

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

École doctorale 101

Thèse pour l'obtention de grade de Docteur en droit

Discipline : Droit public

L'accès au marché en droit du marché intérieur

Damien FÉRAILLE

Présentée et soutenue publiquement le 9 juillet 2009

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves GAUTIER

Jury

Madame Frédérique BERROD, Professeur à l'Université de Strasbourg et au Collège d'Europe de Bruges

Madame Laurence IDOT, Professeur à l'Université de Paris II, Membre de l'Autorité de la Concurrence

Monsieur Yves GAUTIER, Professeur à l'Université de Strasbourg, Directeur de thèse

Monsieur Denys SIMON, Professeur à l'Université de La Réunion

Ce travail est le fruit de nombreux échanges avec plusieurs professeurs, avec plusieurs collègues et amis. Je leur en suis sincèrement reconnaissant.

À Stéphanie

Sommaire

Sommaire	7
Introduction	13
I^{ère} Partie : La nécessité d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché	41
Titre 1 : L'insuffisance d'une qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché	43
Chapitre 1. L'abandon de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en droit de la libre circulation	43
Chapitre 2 : L'abandon de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en droit de la concurrence	123
Titre 2 : Le bien-fondé d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché	211
Chapitre 1 : La qualification d'une pratique anticoncurrentielle en fonction de son effet sur le marché	214
Chapitre 2 : La qualification d'une réglementation de restriction à la libre circulation en fonction de son effet sur le marché	273
II^{ème} partie : Les enjeux d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché sur l'unification du droit du marché intérieur	343
Titre 1 : L'unicité de la définition économique de la restriction à l'accès au marché ...	347
Chapitre 1 : La délimitation du marché pertinent, élément de convergence des droits de la libre circulation et de la concurrence	347
Chapitre 2 : L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès au marché en droit du marché intérieur.....	407
Titre 2 : La complémentarité des régimes de la restriction à l'accès au marché	463
Chapitre 1 : La mise à l'écart de la restriction à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'intérêt général	465
Chapitre 2 : La mise à l'écart de la restriction à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'efficacité économique	511
Conclusion générale	575

BIBLIOGRAPHIE	585
Table des matières	627

Table des abréviations

aff. : affaire

al. : alinéa

art. : article

Ass. : arrêt du Conseil d'État statuant en Assemblée

Bull. : bulletin des arrêts de la Cour de cassation (France)

c. : contre

CC : Conseil constitutionnel

C. cass. : Cour de cassation

Cass. Com. : chambre commerciale de la Cour de cassation

CE : Conseil d'État (France)

Ch. : chapitre

Ch. crim. : chambre criminelle de la Cour de cassation

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

comm. : commentaire ou commenté(e)

concl. av. gén. : conclusions de l'avocat général

déc. : décision

e.a. : *et alii*

i.e. : *id est*

JO : Journal officiel des Communautés européennes ou, à partir du 1^{er} février 2003, Journal officiel de l'Union européenne

JORF : Journal officiel de la République française

mél. : mélanges, *liber amicorum* ou *miscellanea* en l'honneur de ou en l'hommage de...

n.b.p. : note de bas de page

n.e.p. : non encore publié au Recueil des arrêts des juridictions communautaires en mai 2009

not. : notamment

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

OMC : Organisation mondiale du commerce

ord. : ordonnance

p. : page

pén. : pénale(s)

préc. : précité(e)

proc. : procédure(s) ou procureur

pt(s) : point(s)

sp. : spécialement

Rec. : Recueil des arrêts des juridictions communautaires ou, lorsqu'il s'agit d'un arrêt du Conseil d'État, Recueil Lebon

réf. : référence

req. : requête

S. : Sirey

T. : tome

TCE : Traité instituant la Communauté européenne

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TPI : Tribunal de première instance des Communautés européennes

TUE : Traité de l'Union européenne

v. : voir

Table des revues désignées par leur sigle

AFDI : Annuaire français de droit international

AJDA : Actualité juridique – Droit administratif

CDE : Cahiers de droit européen

CMLR: Common Market Law Review

D. : Dalloz

DA : Droit administratif

ECLR: European Competition Law Review

ELR: European Law Review

EuR: Europa Recht

ICLQ: The International and Comparative Law Quarterly

ITLR : International Trade Law and Regulation

JDI : Journal du droit international

JT : Journal des tribunaux – Droit européen

JWT: Journal of World Trade

LIEI: Legal Issues of Economic Integration

PA : Petites affiches

RAE : Revue des affaires européennes

RCC : Revue de la concurrence et de la consommation

RDP : Revue de droit public

RDUE : Revue du droit de l'Union européenne

RFAP : Revue française d'administration publique

RGDIP : Revue générale de droit international public

RIDE : Revue internationale de droit économique

RMCUE : Revue du marché commun et de l'Union européenne

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

Introduction



Au sein de l'Union européenne, l'accès libre d'une personne physique ou morale, d'un produit, d'un service ou d'un capital à l'État membre voisin constitue une formidable avancée d'un point de vue géopolitique, particulièrement lorsque cette possibilité est reconnue entre deux États qui se sont affrontés trois fois en soixante-neuf ans. La frontière qui sépare deux États représente en effet l'obstacle le plus évident à l'accès au territoire de chacun d'eux.

L'accomplissement du marché intérieur de l'Union européenne a vocation à faire disparaître chacune des limites qui cloisonnent les États membres. Certes, les frontières juridiques qui séparent les États membres s'amenuisent, que ce soit par le biais du processus d'harmonisation ou de l'application du principe de reconnaissance mutuelle. L'achèvement politique du marché intérieur le 1^{er} janvier 1993 n'a cependant pas fait disparaître les frontières économiques¹. La facilité avec laquelle les citoyens européens se déplacent sur le territoire européen, par le biais notamment de l'abolition des contrôles systématiques à la libre circulation des personnes dans l'espace Schengen², ne doit pas faire oublier les barrières que

¹ Sur l'objet de la réalisation du marché intérieur, v. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, 3^e éd., p. 33 et 47.

² En application des accords de Schengen, signés le 14.6.1985, complétés par une convention d'application signée le 19.6.1990, entrés en vigueur le 26.3.1995, les contrôles des personnes au franchissement des frontières sont supprimés. Les accords de Schengen relèvent cependant du droit international : l'Espace Schengen ne se

peuvent rencontrer les opérateurs économiques lorsqu'ils accèdent aux marchés situés sur d'autres États membres. Les réglementations nationales ralentissent ou empêchent la circulation des personnes, des marchandises, des services ou des capitaux. Ainsi, étudier l'accès au marché en droit du marché intérieur revient d'abord à identifier les moyens qui sont mis en œuvre pour lever les obstacles étatiques qui gênent l'accès aux marchés des États membres. L'application du droit de la libre circulation contribuerait alors à améliorer l'accessibilité des marchés nationaux, de manière à édifier un seul marché de dimension européenne.

Néanmoins, une répartition des marchés entre les entreprises ne doit pas se substituer à la disparition progressive du « compartimentage étatique » des marchés³. Les pratiques adoptées par celles-ci sur le marché peuvent également rendre difficile l'entrée et la progression d'autres opérateurs économiques. L'obstacle à l'accès au marché peut ainsi consister en la mise en œuvre d'une pratique abusive ou d'un accord entre entreprises, ou résulter de la concentration de plusieurs d'entre elles sur le marché. L'application du droit de la concurrence permet alors de supprimer les entraves à l'accès au marché contraires à celui-ci, qui apparaissent non seulement en amont de l'activité économique⁴, mais aussi au moment de l'exercice d'une telle activité.

Le droit du marché intérieur vise donc la levée de frontières de nature différente. D'une part, l'obstacle à l'accès au marché peut consister en l'édiction d'une réglementation nationale qui

superpose pas au territoire de l'ensemble des États membres de l'Union européenne (le Royaume-Uni et l'Irlande participent seulement à certaines dispositions), mais s'étend à certains États tiers (en particulier la Norvège, l'Islande et la Suisse depuis le 12.12.2008).

³ CJCE, 13.7.1966, *Éts Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c. Commission*, 56 et 58-64, *Rec.*, p. 429, sp. 494 et CJCE, 13.7.1966, *Italie c. Conseil et Commission*, 32-65, *Rec.*, p. 563, sp. 593 : « le traité, dont le préambule et le texte visent à supprimer les barrières entre États et qui, en maintes dispositions, fait montre de sévérité à l'égard de leur réapparition, ne pouvait permettre aux entreprises de recréer de telles barrières ». V. aussi le Rapport des Chefs de délégation aux Ministres des affaires étrangères, rédigé par le Comité intergouvernemental créé à l'issue de la Conférence de Messine des 1^{er} et 2.6.1955 et présidé par P.-H. SPAAK, 21.4.1956, p. 16 : « Des règles de concurrence qui s'imposent aux entreprises sont donc nécessaires pour éviter que des doubles prix aient le même effet que des droits de douane, qu'un dumping mette en danger des productions économiquement saines, que la répartition des marchés se substitue à leur cloisonnement ».

⁴ L'activité économique est l'offre de biens ou de services, sans que cette activité le soit nécessairement dans un but lucratif, « dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but » ; d'après CJCE, 10.1.2006, *Caisses d'épargne italiennes*, C-222/04, *Rec.*, p. I-289, pt 123. Sur cet arrêt, v. en particulier R. KOVAR, « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », *Dalloz*, 2006, p. 919. La définition de la notion d'activité économique en droit public français est plus étroite, comme l'explique J.-P. KOVAR, in « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *DA*, 12.2007, p. 7, sp. 11, à propos de l'arrêt CE, Ass., 31.5.2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531.

limite l'usage d'une liberté de circulation⁵. D'autre part, l'entrave à l'accès au marché peut naître d'une pratique adoptée par une entreprise sur le marché, qui relève du droit de la concurrence⁶. De prime abord, l'objet de notre thèse est d'exposer de quelle manière la qualification et la justification de ces différentes restrictions aux échanges posent toutes deux des questions d'accès au marché. Or, l'étude comparée des droits de la libre circulation et de la concurrence nous conduit à proposer une définition de l'accès au marché qui intègre non seulement la dimension juridique, mais également la dimension économique de cette expression.

Trois étapes sont suivies pour introduire ce raisonnement. Il s'agit d'abord d'expliquer qu'une étude de l'accès au marché met en évidence la nécessité d'une analyse conjointe de l'atteinte à l'accès et à l'exercice de l'activité économique (I). Ensuite, il convient d'exploiter le point de vue selon lequel l'accès au marché constitue l'épine dorsale de la complémentarité entre les droits de la concurrence et de la libre circulation en matière de droit du marché intérieur (II). Ces deux premiers éléments permettent de formuler la problématique de notre thèse, qui réside dans la démonstration de la nécessité et de la portée d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché. L'analyse économique de la restriction publique ou privée apportée à l'échange serait alors un facteur d'unicité du droit du marché intérieur (III).

I. La nécessité d'une analyse conjointe de la restriction à l'accès et à l'exercice de l'activité économique

À première vue, le droit de la libre circulation concernerait l'accès à l'activité économique, tandis que le droit de la concurrence s'intéresserait en priorité à l'exercice de celle-ci. Les restrictions apportées à la première se différencieraient des atteintes à la libre concurrence pour cette raison. Cependant, l'obstacle rencontré lors de l'accès à une activité économique est à rapprocher de celui rencontré lors de l'exercice de celle-ci sur le marché, que le droit applicable soit celui de la libre circulation ou celui de la concurrence.

⁵ Une présentation détaillée de chacune des libertés de circulation est réalisée dans l'introduction du premier chapitre de la thèse, notamment dans le but de justifier la possibilité d'adopter une vision unitaire du droit de la libre circulation à travers le critère de l'accès au marché. Seules les grandes lignes de ce cadre d'analyse unifié sont exposées dans l'introduction générale de la thèse.

⁶ De même, l'introduction du deuxième chapitre de la thèse détaille l'opportunité d'utiliser le critère de l'accès au marché en tant que critère commun à la levée de l'ensemble des pratiques qui relèvent du droit de la concurrence.

Le droit du marché intérieur témoigne en particulier de l'interaction qui existe entre l'accès à l'activité économique et l'exercice de celle-ci sur le marché. Cette proximité est importante si l'on réfléchit à la manière d'apprécier les différents obstacles rencontrés par les opérateurs économiques. Max WEBER a en effet exposé que « *l'ordre économique et l'ordre juridique sont en rapport l'un avec l'autre* »⁷. Ainsi, un raisonnement en termes exclusivement juridiques ne permet pas d'appréhender correctement une restriction à l'accès ou à l'exercice d'une activité économique. Les réflexions allemandes sur la constitution économique de la Communauté économique européenne, développées dans la doctrine juridique francophone par Léontin-Jean CONSTANTINESCO⁸, rejoignent ces considérations. D'après cet auteur, « *il y a entre la constitution juridique et l'ordre économique une dépendance nécessaire et inéluctable* »⁹. Or, le concept d'accès au marché se situe au cœur de cette dialectique.

La considération conjointe de l'accès à une activité économique et son exercice, que l'on observe en droit public français, corrobore notre propos. À cet égard, la liberté d'entreprendre garantit l'accès au marché, « *c'est-à-dire la possibilité juridique d'opérer et de concurrencer les opérateurs installés* »¹⁰. Cette liberté professionnelle a pour origine le Décret révolutionnaire d'Allarde qui énonce qu'à l'avenir, « *il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* »¹¹. Le Conseil constitutionnel élève la liberté d'entreprendre au rang constitutionnel en 1982, en se fondant sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹². La liberté professionnelle comporte la liberté du commerce et de l'industrie¹³, cette dernière étant d'abord reconnue par le Conseil

⁷ WEBER M., *Économie et société – L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, T. 2, trad. CHAVY J. et de DAMPIERRE É. (dir.), Agora, Plon, Paris, 1995, p. 12.

⁸ CONSTANTINESCO L.-J., « La constitution économique de la C.E.E. », *RTDE*, 1977, p. 244, qui expose notamment les abondantes sources bibliographiques allemandes. V. aussi J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, éd. de l'Université, Bruxelles, 1997, sp. p. 308 et s.

⁹ CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé – La science des droits comparés*, Tome III, Economica, Paris, 1983, p. 332.

¹⁰ LUCAS de LUSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, Thémis, droit privé, Paris, 2002, p. 21. En ce sens, v. aussi G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence – Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2006, p. 57, qui rapproche « le droit d'accéder au marché » de la liberté d'entreprendre. Sur le droit d'accéder au marché, v. *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A.

¹¹ Loi des 2 (vote) -17 mars (promulgation) 1791, dite Décret d'Allarde, art. 7. La Loi énonce aussi : « elle sera tenue de se pourvoir notamment d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés ».

¹² CC, déc. n° 81-132 DC du 16.1.1982, première loi de nationalisation, considérant 16, in FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, 14^e éd., n° 28, p. 401 et s. V. aussi J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, Paris, 2007, 2^e éd., p. 52.

¹³ En ce sens, v. not. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, 2^e éd., p. 108. L'auteur s'appuie sur le Décret d'Allarde qui consacre la liberté professionnelle, au sens de toute activité incluant notamment le commerce et l'industrie. V. aussi CE, Ord., 12.11.2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840,

d'État et la Cour de cassation¹⁴. La liberté du commerce et de l'industrie est maintenant considérée comme principe constitutionnel par le législateur¹⁵. Puisqu'une limitation de l'exercice d'une activité professionnelle relève aussi du principe de la liberté d'entreprendre¹⁶, ces libertés professionnelles signifient que l'accès à l'activité économique et son exercice sont libéralisés. Or, l'exercice de l'activité économique est soumis au respect du principe de la libre concurrence¹⁷. Ainsi, la liberté de concurrence constitue selon Pierre DELVOLVÉ « *un prolongement* » de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁸. Une fois que l'accès à l'activité est libéralisé, il est alors essentiel que la liberté contractuelle soit reconnue afin que l'exercice de la concurrence soit effectif¹⁹. Sous cet angle, l'accès libre au marché ne se dissocie pas de la liberté de concurrencer les opérateurs établis sur celui-ci.

La neutralité qui doit caractériser l'intervention de l'État ou de l'un de ses démembrements sur le marché éclaire également notre approche. Certes, le législateur peut limiter la liberté d'entreprendre, à la condition de ne pas « *en dénaturer la portée* »²⁰, ces limites comportant

DA, 2002, n° 41, p. 35, note M. LOMBARD : « la liberté du commerce et de l'industrie [...] est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre ».

¹⁴ V. en particulier CE, Ass., 22.6.1951, *Daudignac, Rec.*, p. 362 (« la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la loi ») ; v. aussi CE, sect., 9.11.1988, *Territoire de la Polynésie française, Rec.*, p. 406 et CE, sect. 13.5.1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, Rec.*, p. 234, qui mentionnent le « principe de la liberté du commerce et de l'industrie » ; v. encore Cass. Com., 15.7.1987, *Époux Brusquant c. Guignet, Bull. civ. V*, n° 184, p. 136 (arrêts cités in P. DELVOLVÉ, *idem*, p. 107).

¹⁵ Loi n° 2007-1224, 21.8.2007, sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, *JORF*, 22.8.2007, p. 13956, art. 1.

¹⁶ Selon J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, préc. note 12, p. 59, « le Conseil constitutionnel protège au titre de la liberté d'entreprendre tant la liberté d'accès aux professions que [leur] liberté d'exercice », en réf. not. à CC, déc. n° 90-287 DC, 16.7.1991, relative à une réglementation des tarifs d'établissements privés de santé.

¹⁷ En ce sens, G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence...*, préc. note 10, p. 59, détaille « le droit d'exercer une concurrence ». V. aussi M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, Paris, 4^e éd., 2008, p. 37 : « la liberté de la concurrence signifie que toute personne est libre d'exercer une activité économique, sous réserve de respecter (...) les lois de police économique ».

¹⁸ DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, préc. note 13, p. 109, en réf. à CE, sect., 30.5.1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec.*, p. 583. V. aussi J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, préc. note 12, p. 60, mais qui estime p. 61 que le principe « [doit] être théoriquement séparé de [la] liberté [d'entreprendre] ».

¹⁹ Sur cette question, v. en particulier Y. SERRA, « Non-concurrence et ordre concurrentiel ou la non-concurrence au service de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 579, en réf. à l'arrêt CA Amiens, 7.5.1974, *D.* 1975 : « la liberté de la concurrence reste dans une économie libérale le principe fondamental des rapports commerciaux, chaque commerçant ou industriel ayant la possibilité d'attirer à lui la clientèle de ses rivaux sans que ceux-ci puissent le lui reprocher ».

²⁰ CC, déc. n° 92-316 DC, 20.1.1993, *Rec.*, p. 14, et ce pour tout motif d'intérêt général. D'après P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, préc. note 13, sp. p. 113, en principe, l'administration ne peut interdire l'ouverture d'un établissement (CE, 17.10.1952, *Syndicat climatique de Briançon, Rec.*, p. 445), exiger une autorisation (arrêt *Daudignac*, préc. note 14) ou une déclaration préalable (CE, 24.10.1930, *Prunget, S.* 1931, 3.1), fixer des conditions d'aptitude professionnelle (CE, Ass., 22.6.1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, Rec.*, p. 386), etc.

leur pendant en droit communautaire²¹. Mais les hypothèses dans lesquelles l'État favorise cette liberté sont plus riches d'enseignement. En ce sens, la condamnation d'une atteinte à la liberté du commerce dans un arrêt *Syndicat de la Boucherie* révèle l'insuffisance d'une réflexion menée seulement en termes d'accès à l'activité économique²². La facilitation de l'accès à l'activité en cause fausse le jeu de la concurrence²³ (de sorte que l'octroi d'une aide publique relève aujourd'hui du droit de la concurrence). En l'espèce, la liberté du commerce n'est pas atteinte, puisque le commerce n'est pas moins libre si un opérateur est favorisé ; chaque opérateur dispose encore de la faculté d'accéder au marché ou de s'en retirer. Dès lors, une atteinte à l'accès à une activité économique ou l'accès favorisé à une telle activité doivent parfois être identifiés en fonction de l'incidence des actes litigieux sur les échanges économiques.

Il ne s'agit cependant pas de confondre la liberté d'accéder à une activité économique sur le marché avec le cadre juridique de l'exercice économique de celle-ci. Ainsi, le Conseil d'État distingue dorénavant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'une part, du droit de la concurrence, d'autre part²⁴. De même, le droit communautaire intègre le principe de la liberté du commerce dans son ordre juridique²⁵, de sorte que les libertés de circulation permettent aux opérateurs économiques d'utiliser cette liberté à l'extérieur du territoire sur

²¹ CJCE, 14.5.1974, *J. Nold e.a. c. Commission*, 4-73, *Rec.* p. 491, pt 14, 3e al. ; v. aussi CJCE, 7.2.1985, *Proc. de la République c. association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, 240-83, *Rec.*, p. 531, pt 12. V. encore TPI, 11.12.1996, *Atlanta e.a. c. Communauté européenne*, T-521/93, *Rec.*, p. II-1707 pts 62 à 64 et, sur ce point, Y. GAUTIER, note sous cet arrêt, *JDI*, 1997, p. 503, sp. 505. Le TCE reconnaît aux articles 39 §3 et 46 la possibilité de limiter l'usage transfrontalier des libertés professionnelles.

²² CE, 6.3.1914, *Syndicat de la Boucherie à Châteauroux*, *Rec.*, p. 308 : « que (...) le conseil municipal de Châteauroux a décidé d'accorder un concours financier sur les fonds communaux à une société coopérative de boucherie alors en formation (...) ; que cette délibération, destinée à favoriser une société coopérative au détriment des bouchers de Châteauroux, constitue une atteinte au principe de la liberté du commerce, qui n'est justifiée par aucune circonstance exceptionnelle ».

²³ *Ibid.* Au vu du Décret d'Allarde, le Conseil d'État estime que le conseil municipal était incompétent pour « allouer des subventions sur les fonds communaux à une entreprise privée, pour la favoriser dans la concurrence qu'elle soutient contre les autres commerçants de la localité ».

²⁴ CE, Ass., 31.5.2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531 : « si [les personnes publiques] entendent, indépendamment [des] missions [de service public qu'elles réalisent], prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ». Sur cet arrêt et les jurisprudences précédentes, v. not. G. ECKERT, *Contrats-Marchés publics*, 2006, comm. 202, p. 12 ; KOVAR J.-P., « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », préc. note 4, sp. 8-9 ; du MARAIS B., *Concurrences*, 2006, n° 3, note p. 167.

²⁵ Arrêt *association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, préc. note 21, pt 9. Sur les relations entre les principes nationaux et les principes généraux de droit communautaire, v. en particulier D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 287, sp. 294. Selon cet auteur, le principe du libre exercice des activités professionnelles constitue un des principes « empruntés à d'autres systèmes juridiques ». L'importation d'un principe est « [f]iltrante, dans la mesure où le juge communautaire n'importe pas un principe issu d'un autre ordre juridique tel quel, mais en recherchant dans la définition de son contenu un équilibre avec les exigences propres du droit communautaire ».

lequel ils sont établis²⁶. Cette liberté d'entreprise se distingue du principe de la libre concurrence qui résulte de l'article 4 §1 du Traité instituant la Communauté européenne (ci-après TCE)²⁷, devenu l'article 119 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE)²⁸. Parallèlement, « la liberté des opérateurs économiques d'accès aux marchés » est reconnue aux États-Unis²⁹, tandis que les pratiques anticoncurrentielles relèvent du Sherman Act³⁰.

Toutefois, en pratique, l'accès et l'exercice d'une activité économique sont indissociables, de sorte que la distinction entre la liberté d'accéder et l'exercice économique d'une activité n'exonère pas de les analyser côte à côte³¹. En effet, « il y a concurrence s'il y a libre entrée sur le marché »³². Il en ressort que la réalité économique ne semble pouvoir être correctement

²⁶ En ce sens, v. concl. av. gén. M. POIARES MADURO (ci-après M. MADURO) présentées pour l'arrêt CJCE, 14.9.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE e.a.*, C-158 et C-159/04, *Rec.*, p. I-8135, pt 39. V. également EVERLING U., « Wirtschaftsfreiheit im europäischen Binnenmarkt – Anspruch und Realität », in *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, Schwarze, 2001, cité par P. OLIVER, in « Concurrence et libre circulation : leur place dans le traité », *RAE*, 2005/3, p. 379, sp. 383 : « le juge EVERLING voit les quatre libertés comme faisant partie de la liberté d'entreprise, même si elles ne s'appliquent qu'aux transactions entre États ».

²⁷ Les références à la « libre concurrence » en tant qu'objectif sont fréquentes (v. not. TPI, 8.10.2008, *Le Carbone Lorraine c. Commission*, T-73/04, n.e.p., pt 60). En revanche, les références au « principe de libre concurrence » ou au principe de « liberté de concurrence » le sont moins. V. par ex. TPI, 5.4.2006, *Degussa AG c. Commission*, T-279/02, *Rec.*, p. II-987, pt 78, à propos des art. 81 et 82 TCE. Le principe est notamment rappelé en matière de marchés publics in CJCE, 7.10.2004, *Sintesi SpA c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, C-247/02, *Rec.*, p. I-9215, pt 26, mais selon la partie requérante ; v. aussi, en matière de télécommunications, CJCE, 17.7.2008, *Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH et Firma 01051 Telekom GmbH c. Allemagne*, C-152 à C-154/07, n.e.p., pt 28 ; v. aussi, en matière de services d'intérêt économique général, dont le caractère obligatoire de la fourniture de la prestation constitue pour la personne qui en est chargée une exception « à la liberté commerciale et au principe de libre concurrence », TPI, 12.2.2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a. c. Commission*, T-289/03, n.e.p., pt 188.

²⁸ Sur l'affirmation du principe de libre concurrence dans le Traité de Lisbonne, v. *infra*, Partie 1, Titre 1, Ch. 2, introduction. La thèse ayant été soutenue avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les numérotations issues des Traités antérieurs sont utilisées en priorité.

²⁹ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 39, en réf. à l'arrêt Cour Suprême des États-Unis, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897) sp. 589, qui interprète le 14^e amendement de la Constitution américaine : « The "liberty" mentioned in that Amendment means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways, to live and work where he will, to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned ».

³⁰ Le Sherman Act, adopté le 2.7.1890, prohibe à la Section 1 les ententes illicites et à la Section 2 les abus de position dominante.

³¹ P. DELVOLVÉ, in *Droit public de l'économie*, préc. note 13, considère p. 113 et s. que « le contenu la liberté d'entreprendre [est, d'une part,] la liberté professionnelle [et, d'autre part] la liberté de concurrence ». V. aussi l'art. 7 du décret d'Allarde, préc. note 11, ainsi que la remarque formulée note 16.

³² SALIN P., *La concurrence*, PUF, Paris, 1995, « Que sais-je », n° 1063, p. 81 : la libre concurrence est « la situation où il y a liberté d'entrer sur un marché ; c'est-à-dire, en fait liberté d'entreprendre ». L'auteur défend la théorie de la libre concurrence face à celle de la concurrence pure et parfaite.

appréhendée qu'à la condition que l'on s'intéresse non seulement à l'accessibilité du marché, mais aussi à la possibilité d'agir et de prospérer sur celui-ci.

La formulation de l'article 43 §2 TCE³³ (devenu 49 TFUE) montre à cet égard la nécessité de considérer l'échange économique, lorsque le juge national compétent qualifie une réglementation litigieuse de restriction à la liberté d'établissement. Parallèlement, en matière de libre circulation des personnes, le droit de circuler s'accompagne nécessairement de celui de séjourner sur le territoire des États membres³⁴. Or, l'étude de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) montre que cette remarque est pertinente pour chacune des libertés consacrées dans le Traité. Le droit de la libre circulation ne se résume pas au droit de l'accès au marché national d'un autre État membre³⁵. Réciproquement, le droit communautaire de la concurrence ne se limite pas à réguler l'exercice d'une activité économique qui affecte le commerce entre États membres, mais vise également à condamner certaines des pratiques qui empêchent ou rendent moins attrayant l'accès à une telle activité. Il serait donc tout aussi erroné de limiter le droit de la concurrence au droit de l'exercice de l'activité économique.

Par conséquent, la qualification d'une restriction étatique à la libre circulation en fonction de l'objet de la réglementation ou de la mesure administrative litigieuse est parfois insuffisante, de sorte que l'examen de l'incidence de celle-ci sur l'exercice des activités économiques est nécessaire. Or, parallèlement, le droit de la concurrence établit également la nuance entre l'objet et l'effet d'une pratique litigieuse sur le marché. Ainsi, aussi bien en droit de la libre circulation qu'en droit de la concurrence, il est critiquable d'analyser formellement des mesures nationales ou des pratiques d'entreprises litigieuses qui affectent l'accès à l'échange ou son exercice³⁶. Une étude précise du critère de l'accès au marché en droit du marché

³³ Dans un sens proche, v. aussi le Rapport SPAAK, préc. note 3, p. 91.

³⁴ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29.4.2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement n° 1612/68/CEE et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77, où sont distingués le droit de sortie (art. 4), le droit d'entrée (art. 6), le droit de séjour inconditionnel de moins de 3 mois (art 6), et le droit de séjour conditionnel de plus de 3 mois (art. 7). Le Rapport SPAAK, préc. note 3, p. 91, contenait déjà cette nuance.

³⁵ En ce sens, v. P. GILLIAUX, « Les entraves à la libre circulation des personnes », *CDE*, 2008, n° 3-4, p. 407, sp. 418 : « le circulant a une vision globale et voit plus loin que le simple accès au marché ».

³⁶ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1 et 2, qui développent la nature formaliste de la qualification de la restriction à l'accès au marché en droit de la libre circulation et en droit de la concurrence.

intérieur vient alors appuyer la complémentarité entre le droit de la concurrence et celui de la libre circulation.

II. L'accès au marché, épine dorsale de la convergence entre les droits de la concurrence et de la libre circulation

Étudier l'accès au marché en droit du marché intérieur permet de montrer les limites de la dichotomie entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence, en faisant écho au lien indéfectible qui unit la liberté professionnelle et la liberté de concurrence. En ce sens, il convient d'expliquer dans quelle mesure la qualification au regard du Traité d'une restriction à l'échange économique, synonyme de restriction à l'accès au marché *lato sensu*, nécessite non seulement d'examiner l'atteinte à l'accès à l'activité économique, mais aussi la limitation de son exercice sur le marché. Cette analyse emporte des conséquences remarquables en matière de justification des restrictions apportées à l'échange ou aux échanges économiques.

Une définition succincte des termes du sujet permet d'étayer les raisons qui fondent la démarche de cette étude. Envisagé d'une manière étroite, l'accès se situe en amont de l'échange économique. Il vise seulement la possibilité d'entrer sur le marché. Néanmoins, du point de vue de l'opérateur économique, l'accès à un marché signifie à la fois se prévaloir d'une liberté économique et concurrencer les opérateurs établis sur celui-ci. L'accès est alors entendu d'une manière plus large, en ce que le contexte concurrentiel est pris en considération³⁷. Dans la mesure où le marché est le lieu réel ou fictif de la confrontation de l'offre avec la demande³⁸, c'est-à-dire l'espace de la concurrence actuelle ou potentielle³⁹, la raison d'être de l'accès à un marché est l'échange avec un ou plusieurs opérateurs économiques. L'accès au marché pourrait alors être compris comme la possibilité d'*opérer* sur le marché. C'est cette dimension dynamique et globale de l'accès que nous souhaitons mettre en avant en matière de droit du marché intérieur.

En effet, il semble essentiel de saisir la relation entre l'accès au marché intérieur et la concurrence qui s'exerce entre les opérateurs économiques sur celui-ci. Certes, une atteinte à l'accès ou à l'exercice d'une activité économique peut être qualifiée de restriction en droit

³⁷ Une définition plus élaborée du terme « accès » est proposée *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 2, introduction.

³⁸ En ce sens, v. P. SALIN, *La concurrence*, préc. note 32, p. 5 : « [d]ans une économie d'échange, à chaque bien correspond un marché, c'est-à-dire un lieu abstrait où se confrontent les offres et les demandes de ces biens ».

communautaire matériel indépendamment de l'effet qu'elle produit sur le marché. Les mesures nationales discriminatoires ou les pratiques d'entreprises dont l'objet anticoncurrentiel est explicite en constituent les exemples principaux⁴⁰. Au-delà des réglementations qui sont explicitement contraires au Traité⁴¹, il paraît primordial de considérer le marché au moment de qualifier une réglementation ou une pratique litigieuse au regard du Traité. Cela concerne non seulement les restrictions à l'accès à l'échange, mais aussi les entraves rencontrées lors de l'exercice d'une activité économique.

L'étude est consacrée au droit du marché intérieur, qui repose d'après l'article 4 TCE (devenu 119 TFUE) sur « *une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* ». L'économie libérale, façonnée en particulier par les théoriciens économistes anglo-saxons, constitue ainsi le socle du marché intérieur⁴². Celui-ci comporte deux branches principales, le droit relatif aux libertés de circulation et à la concurrence⁴³, applicables non seulement sur les marchés concurrentiels mais aussi, de manière progressive, sur les marchés nouvellement ouverts à la concurrence. En tant que développement de l'union douanière⁴⁴, le marché intérieur⁴⁵ suppose

³⁹ Selon F. JENNY, « Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence », *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 27, sp. 28, « le marché est le lieu de la concurrence potentielle ». Le terme « marché » est étudié plus avant *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 1, introduction.

⁴⁰ Sur le rapprochement entre ces deux types de mesures, v. L. IDOT, « Concurrence et libre circulation – Regards sur les derniers développements », *RAE*, 2005/3, p. 391, sp. 399 et K. MORTELMANS, « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ? », *CMLR*, 2001, n° 38, p. 613, sp. 632-633, eu égard aux « hard core cartels » en droit communautaire de la concurrence.

⁴¹ Les réglementations discriminatoires *de jure* ne nécessitent pas nécessairement une analyse approfondie du marché, v. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1. Toutefois, l'appréciation en droit de la concurrence d'un comportement d'une entreprise qui a explicitement pour objet de limiter l'accès à l'échange nécessite d'en étudier le contexte économique et juridique. En ce sens, v. L. IDOT, *idem*, p. 400 ; v. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, introduction.

⁴² En ce sens, v. C. LUCAS de LUSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, préc. note 10, sp. p. 25 et s.

⁴³ En ce sens, v. A. MATTERA, *Le marché unique européen – Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 1990, 2^e éd., p. 12 : les règles prévues par le Traité sur « [le marché commun] visent non seulement l'abolition des barrières de nature étatique qui s'opposent au libre exercice de ces libertés (...), mais également celles qui résultent de pratiques restrictives de répartition ou d'exploitation des marchés émanant d'entreprises ».

⁴⁴ En ce sens, v. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc. note 1, p. 46-47. Selon K. MORTELMANS, in « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, p. 410, sp. 418, l'Union douanière « demande aussi l'établissement d'une législation complète, uniforme et efficace, propre à assurer l'homogénéité du régime des échanges, mais nécessitant un effort ponctuel et de longue haleine », en réf. à la Communication de la Commission, *Programme pluriannuel pour la réalisation de l'union douanière*, JO n° C 84 du 31.3.1979, p. 2, sp. 4. Sur la politique commerciale commune, v. en particulier Y. GAUTIER, « La compétence communautaire exclusive », in BLANQUET M. (dir.), *50 ans de droit communautaire*, Mél. G. Isaac, Presses de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 2004, p. 165.

⁴⁵ Selon D. SIMON, *idem*, p. 47, la réalisation du marché intérieur « implique une harmonisation plus poussée des législations et réglementations nationales, ainsi qu'une coordination accrue des politiques économiques ». L'application du principe de reconnaissance mutuelle pallie le caractère idéaliste d'une harmonisation parfaite des réglementations nationales. V. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, A, 2.

en effet l'intégration des marchés nationaux en un seul marché commun⁴⁶, sur lequel les échanges économiques sont libres⁴⁷. Si « *le marché commun [est] doublement compétitif, tant à l'échelle des économies nationales composantes qu'à l'échelle des entreprises individuelles* » selon Pierre PESCATORE⁴⁸, la réalisation du marché intérieur reste cependant un idéal. À ce propos, Denys SIMON considère que la Cour de justice « *minimis[e] (...) la substitution d'un marché unique à un marché commun* »⁴⁹ telle qu'exprimée dans l'Acte unique européen. Philippe MADDALON estime alors que « *le marché intérieur constitue (...) moins un état qu'un processus* »⁵⁰. Ainsi, libre circulation et droit de la concurrence se complètent pour la réalisation progressive de cet objectif⁵¹. Dès lors, la dynamique juridique

⁴⁶ P. PESCATORE, in « La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Bénélux et les Communautés européennes », *Mél. V. Gothot, Vaillant-Carmanne*, Liège, 1962, p. 497, sp. 522. Sur l'intégration, v. not. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration – Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, A. W. Sijthoff, Leiden, Genève, 1972 ; SCHRANS G., « The instrumentality and the morality of European economic law », in *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 383, sp. 385-401, où l'intégration positive est distinguée de l'intégration négative ; KAPTEYN P., « Outgrowing the Treaty of Rome : from market integration to policy integration », in *Mél. F. Dehousse*, Nathan, Labor, Paris, Bruxelles, 1979, t. 2, p. 45, selon qui la libéralisation des échanges constitue « le moteur de l'intégration des marchés nationaux » (p. 47, traduit de l'anglais), qui doit se combiner avec une intégration des politiques (p. 47 et s.) ; pour une approche synthétique en science politique, v. R. SCHWOK, *Théories de l'intégration européenne : approches, concepts et débats*, Montchrestien, Paris, 2005, coll. Clefs.

⁴⁷ V. l'art. 14, §2 TCE, inséré par l'Acte unique européen (ex-art. 8 A du Traité CEE). V. aussi CJCE, 5.5.1982, *G. Schul Douane Expeditie BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises*, de Roosendaal, 15-81, *Rec.*, p. 1409, pt 33 : « la notion de marché commun (...) vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur » ; KAPTEYN P., art. cité note précédente (écrit en 1976), sp. p. 46 : « le marché commun (...) signifie la fusion des marchés nationaux dans un nouveau marché qui comporte toutes les caractéristiques d'un marché domestique », traduit de l'anglais.

⁴⁸ PESCATORE P., « La notion de marché commun... », préc. note 46, p. 534. Selon D. SIMON, in « De l'Acte Unique au Marché unique », *JDI*, 1989, p. 265, sp. 284, le marché intérieur ne suppose pas seulement « une intégration statique des marchés », mais surtout « une intégration dynamique des économies ».

⁴⁹ SIMON D., note sous arrêt CJCE, 3.10.2000, *Échirolles Distribution c. Association du Dauphiné*, C-9/99, *Rec.*, p. I-8207, *Europe*, 12.2000, comm. 383, p. 14. Selon la Cour, le marché intérieur « constitue l'un des objectifs de la Communauté [art. 3, sous c) du traité] » (pt 23).

⁵⁰ MADDALON P., *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2007, Bibliothèque de droit public, t. 253, p. 271, en comparaison avec « la connexion des marchés locaux dans le cas de l'État ». V. aussi D. SIMON, « De l'Acte Unique au Marché unique », préc. note 48, sp. 283.

⁵¹ Selon D. O'KEEFFE et A. F. BAVASSO, in « Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line », in O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F. (dir.), *Judicial Review in European Union Law – Mél. Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 2000, p. 541, sp. 543 : « l'objectif de création d'un marché intérieur constitue (...) un interface entre le droit communautaire des échanges interétatiques et le droit de la concurrence », notre traduction. V. aussi, P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 325, sp. 346 : « les thèmes de la « liberté » de la concurrence et de l'« unité » du marché commun [sont intimement liés] : donner libre cours aux forces compétitives de l'économie, cela suppose en effet l'élimination des obstacles qui entravent la libre circulation ; ce décloisonnement permet la création d'un marché unique et homogène ».

et pratique du marché intérieur est unitaire, en ce qu'elle profite d'abord à l'opérateur économique, qu'il soit une entreprise, un travailleur ou un consommateur⁵².

Ces éléments distinguent le droit du marché intérieur du droit de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC). D'une part, la libéralisation des échanges qui y est envisagée est qualifiée de « *protectionnisme égalitaire* », [chaque État] s'engageant à ne pas protéger l'accès à son marché national au-delà de ce que l'interprétation des accords OMC permet de faire »⁵³. L'objectif du système commercial international est alors moins ambitieux, si on le compare à l'accomplissement du marché intérieur européen⁵⁴. D'autre part, les fréquentes questions d'accès au marché qui y sont posées, insufflées dès l'origine par la Charte de la Havane⁵⁵, concernent presque exclusivement les relations interétatiques⁵⁶. Ainsi, comme l'explique Frédérique BERROD, le bénéfice que pourraient tirer les entreprises d'une décision de l'Organe de règlement des différends est limité par l'impossibilité d'invoquer les accords de l'OMC pour contester la légalité d'un acte communautaire⁵⁷, ce principe ayant été

⁵² V., à propos de l'entreprise, la déclaration du Conseil européen de Bruxelles des 29 et 30.3.1985 reprise dans le Livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur, COM (85) 310 final, 14.6.1985, sp. p. 4, § 2 qui souhaite « la réalisation [...] d'un grand marché unique, créant ainsi un environnement plus propice à la stimulation de l'entreprise, de la concurrence et des échanges ». Sur l'accès des consommateurs au marché, v. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, introduction et même Titre, Ch. 2, Section 2.

⁵³ MADDALON P., « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, 2005, p. 603, sp. 626. Sur le protectionnisme, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, introduction et, même titre, Ch. 2, Section 2, II, B, 2.

⁵⁴ Selon D. LUFF, in *Le droit de l'OMC, Analyse critique*, Bruylant et LGDJ, Bruxelles, Paris, 2004, p. 9, l'objectif de l'OMC est de « réduire les droits de douane et les autres barrières non tarifaires et d'assurer des conditions d'accès au marché équitables et transparentes qui ne soient pas discriminatoires pour les produits ou services en fonction de leur origine ».

⁵⁵ Charte de la Havane, statuts de l'Organisation internationale du Commerce, 1948, art. 1, 3 : les Parties s'engagent à encourager l'adoption de mesures nationales et internationales qui permettront d'atteindre notamment l'objectif consistant à « faciliter à tous les pays l'accès, dans des conditions d'égalité, aux marchés, aux sources d'approvisionnement et aux moyens de production qui sont nécessaires à leur prospérité et à leur développement économique ». L'Organisation internationale du Commerce n'a cependant jamais vu le jour, à la suite du refus du Congrès étatsunien de ratifier la Charte. Les accords du GATT, signés en 1947, ont pu néanmoins être appliqués jusqu'aux accords de Marrakech instituant l'OMC en 1994. Les accords du GATT et OMC ne se réfèrent toutefois pas expressément à l'expression étudiée ici.

⁵⁶ En ce sens, v. P. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux... », préc. note 53, sp. 626. L'auteur note toutefois que la participation des entreprises au règlement des différends, ainsi que la délimitation du marché parfois réalisée par l'organe d'appel, rapproche le droit de l'OMC d'un droit de la concurrence : « le droit de l'OMC vise à terme la libéralisation des échanges. Mais, si un jour cette libéralisation transforme une juxtaposition de marchés nationaux en un embryon de marché unique, les États risquent de commencer à perdre leur statut de sujet de droit principal au profit des entreprises » (p. 626).

⁵⁷ En ce sens, F. BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation, à propos de l'arrêt Portugal contre Conseil », *RTDE*, 2000, p. 419 et s., au regard de l'arrêt CJCE, 23.11.1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, pt 47 ; v. aussi D. SIMON, « Invocabilité des accords OMC en matière antidumping », *Europe*, 11.2007, comm. 281, p. 10, note sous CJCE, 27.9.2007, *Ikea Wholesale Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, *Rec.*, p. I-7723 ; SIMON D., « Invocabilité des accords OMC en matière de propriété intellectuelle », *Europe*, 11.2007, comm. 282, p. 11, note sous CJCE, 11.9.2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Lda c. Merck & Co. Inc. e.a.*, C-431/05, *Rec.*, p. I-7001 ;

étendu aux décisions de cet organe⁵⁸. La Cour limite en effet l'exercice de son contrôle de légalité d'un acte communautaire au regard d'une disposition d'un accord de l'OMC à deux hypothèses interprétées de manière restrictive. Il s'agit de la situation dans laquelle « *la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT* »⁵⁹ ou dans laquelle « *l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de l'accord général* »⁶⁰. Il n'est néanmoins pas à exclure que le droit de l'OMC oriente les décisions de la Cour de justice⁶¹, mais là n'est pas l'objet de notre étude. Par ailleurs, notre recherche ne développe pas la possibilité d'entrer dans le marché intérieur depuis un État tiers⁶² ou l'accès des entreprises européennes aux marchés extérieurs⁶³, en tant que ces questions concernent notamment l'accès au marché *stricto sensu*, c'est-à-dire qu'elles

NEFRAMI E., « L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes (à propos de l'arrêt Merck) », *RMCUE*, 2008, p. 227.

⁵⁸ CJCE, 30.9.2003, *Biret International c. Conseil*, C-93/02 P, *Rec.*, p. I-10497, pt 62, et *idem*, *Éts Biret c. Conseil*, C-94/02 P, *Rec.*, p. I-10565, pt 65. La Cour ouvre cependant une brèche aux pts 64 (C-93/02 P) et 67 (C-94/02 P), dans la mesure où elle n'exclut pas de « s'interroger », dans une autre espèce, « sur les éventuelles conséquences indemnitaires que pourrait avoir pour des particuliers l'inexécution par la Communauté d'une décision de l'ORD » ; v. F. MARIATTE, note sous ces arrêts, *Europe*, 12.2003, comm. 383, p. 10. V. aussi F. MARIATTE, « Le juge communautaire et l'effet des décisions de l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC », *Europe*, 6.2005, étude n° 6, p. 7, sur les arrêts CJCE, 1^{er}.3.2005, *L. Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, C-377/02, *Rec.*, p. I-1465 et TPI, 3.2.2005, *Chiquita Brands International e.a. c. Commission*, T-19/01, *Rec.*, p. II-315.

⁵⁹ CJCE, 7.5.1991, *Nakajima All. Precision Co. Ltd c. Conseil*, C-69/89, *Rec.*, p. I-2069, pts 30 et 31. La même approche est retenue in CJCE, 10.3.1992, *N.M.B. (Deutschland) GmbH e.a. c. Commission*, C-188/88, *Rec.*, p. I-1689 ; TPI, 5.6.1996, *N.M.B. France SARL e.a. c. Commission*, T-162/94, *Rec.*, p. II-467 ; TPI, 25.9.1997, *Shangai Bicycle Corp. c. Conseil*, T-170/94, *Rec.*, p. II-1383 et dans les arrêts cités note précédente.

⁶⁰ CJCE, 22.6.1989, *Fediol (Fédération de l'Industrie de l'huilerie de la CEE) c. Commission*, 70-87, *Rec.*, p. 1781, sp. pts 19 à 22.

⁶¹ V. en particulier le parallèle établi par J.H.H. WEILER in « The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods », in CRAIG P. et de BÚRCA G. (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, ch. 10, p. 349, sp. 357 et 358 entre la typologie des restrictions à la libre circulation des marchandises telle qu'elle résulte de l'arrêt *Keck et Mithouard* et le droit de l'OMC, mentionné *infra* sous Partie I, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, B, 2, c.

⁶² Cet accès dépend en effet de la mise en œuvre de la politique commerciale commune qui met en relation l'Union européenne et les États tiers. Cette question intéresse ainsi le droit international public économique et non pas le droit du marché intérieur *stricto sensu*. V. cependant nos développements sur la libre pratique, qui bénéficie aux marchandises en provenance d'États tiers une fois qu'elles ont pénétré le marché intérieur (Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, introduction, n.b.p. 174). De même, l'accès des travailleurs ressortissants d'États tiers au marché intérieur sera abordé *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A. De plus, la nature internationale d'une pratique qui répand ses effets sur le marché intérieur relève du droit communautaire de la concurrence.

⁶³ Communication de la Commission, *L'Europe dans le monde : un partenariat renforcé pour assurer aux exportateurs européens un meilleur accès aux marchés extérieurs*, COM/2007/183 final ; v. aussi à l'issue de la Communication de la Commission, *Le défi global du commerce international : Une stratégie d'accès aux marchés pour l'Union européenne*, COM/96/53 final, qui promeut les exportations de l'Union européenne à travers l'investissement et le commerce dans et avec les États tiers, A. STEWART, « Market Access: A European Community Instrument to Break Down Barriers to Trade », *ITLR*, 1996, p. 121 ; RYDELSKI M. S. et ZONNEKEYN G.A.V.R., « The EC Trade Barriers Regulation – The EC's Move Towards a More Aggressive Market Access Strategy », *JWT*, 1997, p. 147 ; MACLEAN R. M. et ZARPELLON S., « Tackling Barriers to Trade Through The European Community's Market Access Strategy », *ITLR*, 1999, p. 109.

peuvent être résolues indépendamment de la concurrence qui s'exerce dans le marché intérieur.

Les investigations concernent ainsi, en priorité, le droit de la libre circulation et le droit communautaire de la concurrence⁶⁴, en tant que l'exercice d'une activité économique peut conduire les opérateurs à se prévaloir de l'un de ces corps de règles. Cette priorité conduit à occulter le développement de l'application des règles de la libre circulation en dehors de l'exercice de toute activité économique⁶⁵.

Or, les deux volets principaux du marché intérieur comportent des fonctions différentes dans l'accomplissement de celui-ci. En effet, l'application du droit de la libre circulation corrige le conditionnement étatique du fonctionnement du marché⁶⁶. Le juge national, la Commission européenne et les juridictions communautaires veillent alors à ce que le rythme intégrationniste ne soit pas ralenti. De son côté, la mise en œuvre du droit de la concurrence permet de rectifier le « *fonctionnement anormal* » du marché intérieur entre personnes privées⁶⁷. La sauvegarde du libre jeu concurrentiel sur ce marché constitue ainsi un instrument d'intégration positive⁶⁸.

De plus, au-delà de la condition de l'affectation du commerce entre États membres, un accord ne relève de l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence qu'à la condition qu'il

⁶⁴ Nous nous ne référerons donc que par exception aux droits nationaux de la concurrence, même si les questions d'accès au marché y sont aussi importantes. En droit français de la concurrence, l'article L 420-1 du Code de commerce, qui interdit les ententes, le démontre : « [s]ont prohibées (...), lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises (...) ». Le droit allemand de la concurrence est tout aussi élogieux, v. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I, B. 2, n.b.p. 681. Pour ce qui concerne le droit britannique de la concurrence, le Competition Act 1998 est formulé indépendamment de l'expression accès au marché.

⁶⁵ V. les précisions apportées pour ce qui concerne la citoyenneté européenne, *infra* sous Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, I, introduction.

⁶⁶ En ce sens, v. P. PESCATORE, « La notion de marché commun... », préc. note 46, p. 532.

⁶⁷ *Idem*, p. 532.

⁶⁸ En ce sens, v. N. BERNARD, « Discrimination and Free Movement in EC Law », *ICLQ*, 1996, p. 82, sp. 104-106, selon qui l'application du droit de la libre circulation est une méthode d'intégration négative, tandis que le droit de la concurrence est une méthode d'intégration positive. Pour une opinion différente, v. J. STUYCK, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », in *Mél. M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, p. 1477, sp. 1496 : « [l]es dispositions en matière de concurrence ont un objectif allant au delà de l'intégration économique des marchés nationaux : le maintien d'une concurrence effective assurant le bon fonctionnement du marché ». Toutefois, de nombreuses pratiques d'entreprises sont condamnées en ce qu'elles sont contraires à l'objectif intégrationniste, notamment en ce qu'elles ont pour objet ou pour effet de cloisonner les marchés nationaux. V. *infra* sous Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II.

franchise certains seuils⁶⁹. Parallèlement, l'article 82 ne s'adresse qu'aux entreprises qui sont en position dominante sur le marché⁷⁰, tandis que le règlement n° 139/2004/CE s'applique seulement aux concentrations de dimension communautaire dépassant aussi un certain seuil⁷¹. Ainsi, les pratiques menées ou les fusions envisagées par les entreprises qui ne remplissent pas ces critères ne relèvent pas du droit communautaire de la concurrence, en ce qu'elles ont un effet minime sur cette dernière. En revanche, le droit de la libre circulation s'applique même si les effets des réglementations litigieuses sur le commerce intracommunautaire sont minimales⁷². *A priori*, il existerait des éléments irréductibles de divergence entre ces deux blocs jurisprudentiels voisins : les destinataires des règles sont globalement différents et ces règles n'ont pas le même objet⁷³. Dès lors, les éléments qui fondent la « complémentarité étroite » entre le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation⁷⁴ doivent être envisagés avec circonspection.

Les points de contacts entre les deux aspects principaux du droit communautaire matériel, qui ont nourri cette approche⁷⁵, relativisent cependant les différences qui viennent d'être énoncées.

Premièrement, le droit de la libre circulation obéit à une forme de « privatisation »⁷⁶. En effet, les pratiques des entreprises « ne sauraient déroger aux dispositions impératives relatives à la

⁶⁹ Communication de la Commission, *Les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 §1 TCE*, 22.12.2001, JO C 368 du 22.12.2001, p. 13, sp. pts 7 et 8 ; v. L. IDOT, *Europe*, 2.2002, comm. 61, p. 24.

⁷⁰ La position dominante d'une entreprise est définie *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I., B.

⁷¹ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1, art. 1^{er} §4. V. *infra*, Partie 1, Titre 1, Ch. 2, introduction, n.b.p. 572.

⁷² Ces éléments sont discutés *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, dans lequel est défendu le critère de l'effet restrictif substantiel, en tant qu'élément déterminant la qualification d'une restriction à la libre circulation.

⁷³ V. en particulier TPI, 26.10.2000, *Bayer AG c. Commission*, T-41/96, *Rec.*, p. II-3383, pts 174 et 176. V. cependant I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29, p. 260, pour qui le pt 179 de cet arrêt marque la complémentarité entre les deux domaines principaux du droit du marché intérieur.

⁷⁴ WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », *in* CAPOTORTI F., EHLERMANN C.-D., FROWEIN J., JACOBS F., JOLIET R., KOOPMANS T. et KOVAR R. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration*, Mél. P. Pescatore, Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 781.

⁷⁵ En plus de l'article cité note précédente, v. not., par ordre chronologique, F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, thèse, Strasbourg, 1994, sp. p. 48 et s. sur « la complémentarité des règles applicables aux États et aux entreprises » ; STUYCK J., « Libre circulation et concurrence... », préc. note 68 ; O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F., « Four freedoms, one market and national competence... », préc. note 51 ; MORTELMANS K., « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ? », préc. note 40 ; BAQUERO CRUZ J., *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Hart, Oxford, Portland Oregon, 2002, sp. ch. 6, p. 85 et s., et ch. 7, p. 105 et s ; MONTI G., « article 81 EC and Public Policy », *CMLR*, n° 39, 2002, p. 1057 ; IDOT L., « Concurrence et libre circulation... », préc. note 40.

libre circulation des marchandises »⁷⁷. En particulier, le comportement d'une personne privée cherchant à faire valoir son droit de marque en empêchant les importations parallèles relève, selon les cas, des articles 28 et 30 TCE⁷⁸ (devenus 34 et 36 TFUE) ou des articles 81 ou 82 TCE⁷⁹ (devenus 101 et 102 TFUE). Comme le souligne Yves GAUTIER, il s'agit d'éviter que « *le titulaire d'une marque (...) contribue à un cloisonnement artificiel des marchés entre États membres* »⁸⁰. Ainsi, les entraves apportées à la libre circulation entrent en ligne de compte au moment d'apprécier l'existence d'une restriction à la concurrence⁸¹.

Deuxièmement, on observe une « *publicisation* » du droit communautaire de la concurrence⁸². Par-delà l'octroi d'un droit exclusif⁸³ ou d'une aide⁸⁴ à une entreprise, l'intervention des États membres dans le domaine économique ne doit pas porter atteinte au fonctionnement normal du régime de la concurrence⁸⁵. Ainsi, ces derniers doivent s'abstenir « *d'édicter des mesures permettant aux entreprises de se soustraire aux contraintes imposées par les articles [81 et*

⁷⁶ WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence... », préc. note 74, p. 781.

⁷⁷ CJCE, 22.1.1981, *Dansk Supermarked c. Imerco*, 58-80, *Rec.*, p. 181, pt 17. Une convention visant à interdire l'importation d'une marchandise ne peut donc être invoquée pour qualifier l'écoulement de cette marchandise de pratique commerciale irrégulière ou déloyale.

⁷⁸ V. par ex. CJCE, 4.11.1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, *Rec.*, p. I-6013 ; CJCE, 23.4.2002, *Merck, Sharp & Dohme*, C-443/99, *Rec.*, p. I-3703 ; *idem*, *Boehringer Ingelheim KG*, C-143/00, *Rec.*, p. I-3759.

⁷⁹ Selon I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29, p. 259, « si l'entrave aux importations parallèles est le résultat d'une entente entre deux ou plusieurs entreprises, c'est le droit de la concurrence qui intervient. Si elle est produite par le comportement unilatéral d'une entreprise, ce sont les règles de la libre circulation qui s'appliquent, dans l'hypothèse où l'entreprise en cause utilise une voie ouverte par la réglementation nationale. Exception est faite de la situation de l'entreprise en position dominante où les règles de concurrence servent à nouveau », en réf. not. à TPI, 16.12.1999, *Micro Leader Business c. Commission*, T-198/98, *Rec.*, p. II-3989, pt 56. Sur l'articulation des champs d'application des art. 28, 30 et 82 TCE en particulier, v. aussi concl. av. gén. C. GULMANN, présentées pour l'arrêt CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission (Magill)*, C-241 et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743, sp. pts 44 et s.

⁸⁰ GAUTIER Y., note sous les arrêts *Merck e.a.* et *Boehringer*, préc. note 78, *Europe*, 6.2002, comm. 225, p. 16.

⁸¹ V., par ex., à propos d'une pratique concertée, CJCE, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Commission*, 48-69, *Rec.*, p. 619, pt 67 ; v. par ex., à propos d'un abus de position dominante, CJCE, 14.2.1978, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, 27-76, *Rec.*, p. 207, pts 227, 232 et 233. V. aussi *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, qui aborde l'importance de l'objectif d'intégration des marchés nationaux en un marché unique en droit de la concurrence.

⁸² WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence... », préc. note 74, p. 781.

⁸³ Sur cette question, v. not. R. KOVAR, « Les entreprises publiques dans l'Union européenne, entre privatisation et banalisation », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D. (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Cahiers du Collège d'Europe n°2, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Bruxelles, 2005, p. 299. V. aussi *infra*, Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, I, B, 1 et Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, B, 1.

⁸⁴ Sur les aides d'État, v. Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, I, A, introduction et, même Section, I, B, 1 ; v. aussi Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, B, 2.

⁸⁵ CJCE, 18.6.1975, *Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) c. Ente nazionale per la cellulosa e per la carta (ENCC)*, 94-74, *Rec.*, p. 699, pt 33.

*suivants] du traité »⁸⁶. Concrètement, un État ne peut ni imposer ou favoriser la conclusion d'une entente contraire au Traité ou en renforcer les effets⁸⁷, ni conférer à une entreprise une situation de position dominante qui lui permettrait de restreindre la concurrence⁸⁸, ni retirer à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique⁸⁹. Un État peut donc enfreindre les articles 81 et 82 TCE⁹⁰, sans qu'il intervienne en tant qu'opérateur économique sur le marché. En outre, Martine LOMBARD défend « *le principe de la liberté d'accès des opérateurs publics au marché* »⁹¹ et tente de l'importer en droit national⁹². La*

⁸⁶ CJCE, 16.11.1977, *SA G.B.-INNO-B.M. c. Association des détaillants en tabac*, 13-77, *Rec.*, p. 2115, pt 33.

⁸⁷ CJCE, 30.4.1986, *Ministère public c. L. Asjes e.a.*, 209 à 213-84, *Rec.*, p. 1425, pt 72 ; CJCE, 1^{er}.10.1987, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, 311-85, *Rec.*, p. 380, pt 24 (hypothèse du renforcement réglementaire d'un cartel illégal de fixation des prix). Un lien doit alors être établi entre la réglementation et les éventuels accords prétendument anticoncurrentiels. Sur ce point, v. concl. av. gén. G. TESAURO, présentées pour l'arrêt CJCE, 17.11.1993, *proc. pén. c. W. W. Meng*, et *proc. pén. c. Ohra Schadeverzekeringen NV*, C-2 et C-245/91, *Rec.*, p. I-5751, sp. pts 23 et s. ; v. aussi CJCE, 9.9.2004, *Carbonati Apuani c. Comune di Carrara*, C-72/03, *Rec.*, p. I-8027, pt 13 et concl. av. gén. M. MADURO présentées pour cet arrêt, pt 20.

⁸⁸ CJCE, 5.10.1995, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl.*, C-96/94, *Rec.*, p. I-2883, pt 31 ; CJCE, 17.10.1995, *DIP SpA c. Comune di Bassano del Grappa, Lidl Italia Srl c. Comune di Chioggia et Lingral Srl c. Comune di Chioggia*, C-140 à C-142/94, *Rec.*, p. I-3257, pt 27. Mais ce n'était pas le cas.

⁸⁹ CJCE, 21.9.1988, *Van Eycke*, 267-86, *Rec.*, p. 4769, pt 16 ; CJCE, 17.11.1993, *Reiff*, C-185/91, *Rec.*, p. I-5801, pt 14 ; CJCE, 19.2.2002, *proc. pén. c. M. Arduino*, C-35/99, *Rec.*, p. I-1529, sp. pts 36 et s. ; CJCE, 9.9.2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-198/01, *Rec.*, p. I-8055, sp. pts 76 à 79, comm. not. par L. IDOT, *Europe*, 11.2003, comm. n° 366, p. 31 et N. CHARBIT, « Restrictions concurrentielles d'origine publique », *AJDA*, 2004, p. 75 ; concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, sp. pts 34 et s.

⁹⁰ Pour une approche conservatrice, v. en particulier G. MARENCO, « Mesures étatiques et liberté de concurrence », *RTDE*, 1984, p. 527, note sous l'arrêt CJCE, 5.4.1984, *proc. pén. c. J. van de Haar et Kaveka de Meern BV*, 177 et 178-82, *Rec.*, p. 1797 et G. MARENCO, « Le Traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ? », *CDE*, 1986, p. 285 ; v. aussi E. PAULIS, « Les États peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 TCEE ? », *JT*, 1985, p. 209 ; pour une approche progressiste, v. D. WAELBROECK, « Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l'autorité publique », *RMC*, 1987, p. 25 ; JOLIET R., « Réglementations étatiques anticoncurrentielles », *CDE*, 1988, p. 363 ; v. aussi C.-M. CHUNG, « The relationship between state regulation and EC competition law : two proposals for a coherent approach », *ECLR*, 1995, 16(2), p. 87-97 ; IDOT L., « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents », *Europe*, 1.1996, p. 1 ; CHARBIT N., « L'entente automatique », *Concurrences*, 2006, n° 2, p. 44.

⁹¹ LOMBARD M., « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, chr., p. 163, sp. 164, l'auteur défendant également « le principe de l'égalité des conditions de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », p. 166 et s. On trouve une consécration implicite de ce principe *in* concl. du commissaire du gouvernement C. BERGEAL présentées pour l'avis CE, sect., 8.11.2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208 : « le droit de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non-concurrence entre les activités publiques et privées, cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques sur le marché ». Sur cette question, v. aussi G. ECKERT, « L'égalité de la concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », *Mél. Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 207.

⁹² Néanmoins, ce principe n'est pas consacré en droit public français dans la mesure où lorsque le marché n'est pas défaillant, un intérêt public doit justifier l'intervention publique sur celui-ci. En ce sens, v. G. ECKERT, comm. préc. note 24, sp. 13 et J.-P. KOVAR, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », préc. note 4, sp. p. 13, en réf. à l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc. note 24 : « pour intervenir sur un

concurrence n'est plus seulement l'apanage des personnes privées. Les nombreuses références à la concurrence lorsque le juge statue en matière de libre circulation en témoignent⁹³.

Dès lors, l'interdépendance entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence dépasse largement l'applicabilité des règles de la libre circulation à des entreprises privées, et celle du droit de la concurrence à des entreprises qui possèdent un statut de droit public ou qui détiennent un monopole administratif⁹⁴. Cette thèse entend alors mettre en exergue le fait que la qualification des « *cloisonnements (...) dans le commerce entre États membres* »⁹⁵ de restriction au sens du Traité utilise un critère commun, à savoir celui de l'accès au marché. Certes, la cohérence de chacun de ces ensembles est consolidée par l'utilisation de ce critère. Celui-ci contribue grandement à l'unicité du droit de libre circulation⁹⁶. La fermeture du marché est également primordiale en droit de la concurrence⁹⁷. Mais c'est surtout la convergence dans l'identification de ces cloisonnements que cette étude souhaite mettre en avant.

Laurence IDOT souligne précisément que « *la lutte contre les cloisonnements nationaux [et] la garantie de l'accès au marché* » font partie « *des préoccupations communes* » aux droits de la concurrence et de la libre circulation⁹⁸. Or, la poursuite de l'objectif de l'établissement du marché intérieur explique ce terrain d'entente⁹⁹. Cet objectif irrigue chacun des conflits qui concernent le droit communautaire de la concurrence et/ou de la libre circulation. Plus encore, comme l'exprime Ioannis LIANOS, l'objectif du marché intérieur « *est dans chaque*

marché, [les personnes publiques] doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ». L'arrêt se situe ainsi en retrait par rapport à l'avis *Sté J.-L. B. Consultants*, cité note précédente. V. aussi J.-Y. CHÉROT, « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mél. Franck Moderne, Mouvement du droit public, Du droit administratif au droit constitutionnel, Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 87 et J.-P. KOVAR, « L'État et les modes d'organisation du marché », Strasbourg, thèse, 2005, sp. p. 81 et s.

⁹³ V. en particulier *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, I.

⁹⁴ V., Partie 1, Titre 1, Ch. 1, introduction, n.b.p. 158 et Partie 1, Titre 1, Ch. 2, introduction, n.b.p. 546 et 547.

⁹⁵ Arrêt *Consten et Grundig*, préc. note 3, sp. 494 et *Italie c. Conseil et Commission*, préc. note 3, sp. 593 : « Un accord entre un producteur et un distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres pourrait être de nature à contrarier les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté ».

⁹⁶ V. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1, introduction, sp. n.b.p. 171, et ce sous l'influence de l'arrêt CJCE, 24.11.1993, *Proc. pén. c. B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, *Rec.* p. I-6097, pt 17.

⁹⁷ V. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, qui aborde en particulier l'identification formaliste d'une restriction à la concurrence en fonction de l'atteinte à l'accessibilité du marché aux concurrents.

⁹⁸ IDOT L., « Concurrence et libre circulation... », préc. note 40, p. 400.

⁹⁹ CJCE, 19.3.1991, *France c. Commission*, C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 41 ; cet aspect est développé *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1.

hypothèse protégé par le jeu congruent du principe de la libre circulation avec celui de la liberté de concurrence »¹⁰⁰.

Il convient donc, d'abord, de mettre en valeur la proximité de la méthode utilisée pour qualifier au regard du Traité une restriction étatique ou privée apportée à l'accès au marché. Ensuite, il s'agit d'étudier la complémentarité des moyens ouverts à ces derniers pour justifier une atteinte apportée à la liberté de l'échange économique¹⁰¹. Cette approche réciproque de la restriction à l'accès au marché favorise une analyse économique de chacune des atteintes apportées à la liberté d'échanger, qui unifie alors le droit du marché intérieur.

III. L'analyse économique de la restriction à l'accès au marché, facteur d'unicité du droit du marché intérieur

L'étude de la restriction à l'accès au marché est idoine pour saisir le dialogue qu'entretiennent droits de la libre circulation et de la concurrence, que ce soit au stade de la qualification ou de la justification d'une telle gêne au sens du Traité. Or, l'interaction entre ces deux domaines rend nécessaire la qualification économique de l'obstacle opposé à la liberté d'échanger sur le marché de restriction au sens du Traité.

Il convient à cet égard de préférer l'expression « restriction » à celle d'« entrave » à l'accès au marché. Le terme restriction occupe en effet une place de premier plan dans le Traité instituant la Communauté européenne, principalement en lien avec la libre circulation¹⁰². Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se situe sur une même ligne¹⁰³. En droit de la concurrence, seul l'emploi du verbe « *restreindre* » figure à l'article 81 §1 TCE¹⁰⁴, mais

¹⁰⁰ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29, p. 259.

¹⁰¹ L'arrêt CJCE, 19.2.2002, *J. C. J. Wouters e.a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, soulève la question de l'identité des moyens ouverts aux entreprises et aux États membres pour justifier les restrictions à l'accès au marché. V. *infra* Partie 2, Titre 2, sp. Ch. 1, Section 2, II.

¹⁰² Dans le TCE, le terme « restriction » qualifie les obstacles à la libre circulation des marchandises (article 3 a) et 28 à 31). Il est également utilisé pour qualifier les obstacles à la liberté d'établissement (articles 43, 44 f) et 47 §3) à la libre prestation des services (art. 49 et 54) et aux mouvements de capitaux (art. 56 à 58). En matière de travailleurs, le terme figure à l'art. 40, mais l'art. 39 met l'accent sur l'interdiction des discriminations. Le terme « restrictions aux échanges internationaux » apparaît aussi dans le Préambule du TCE et à l'article 131 en matière de politique commerciale commune. V. aussi l'art. 95 §6 (énoncé *infra*, note 100). Le terme « restriction » est néanmoins absent du TUE.

¹⁰³ Le terme entrave n'apparaît qu'aux articles 114 (ex-article 95 TCE) et 326 TFUE (relatif aux coopérations renforcées). Le terme restriction est maintenu pour qualifier les atteintes aux libertés de circulations.

¹⁰⁴ Le terme « restriction » figure aussi à l'article 81 §3 a) TCE et peut être relié à l'idée de restriction de la liberté d'action des entreprises. La restriction à la concurrence en tant qu'atteinte à la liberté d'action des entreprises, qui constitue un mode de qualification formaliste, est analysée *infra*, sous Titre 1, Partie 1, Ch. 1.

l'expression « restriction à la concurrence » est communément employée pour qualifier au regard du Traité la gêne apportée au libre exercice de la concurrence¹⁰⁵.

Même si le terme « entrave » apparaît peu dans les Traités et y qualifie seulement les gênes étatiques apportées aux échanges¹⁰⁶, il est très fréquemment usité dans la jurisprudence relative au droit de la libre circulation¹⁰⁷. Le mot « entrave » comporte en effet une forte connotation symbolique : il s'agit d'un frein mis au développement du marché intérieur¹⁰⁸. De plus, « l'entrave étatique à l'accès au marché » est un concept étudié dans la doctrine¹⁰⁹. La jurisprudence communautaire en matière de concurrence l'utilise également¹¹⁰, parfois d'une manière conjointe avec une question d'accès ou d'entrée sur le marché¹¹¹. Néanmoins, d'aucuns peuvent considérer que le terme « entrave » revêt une signification juridique et économique plus faible. Sur le plan juridique, le Traité ne vise pas, d'ailleurs, la qualification de toute entrave au commerce¹¹². En ce sens, la notion de « restriction » qualifie au regard du traité les gênes apportées à la libre circulation qui sont contraires au Traité, et non pas toute affectation des échanges. La possibilité de rattacher la notion d' « entrave » à l'expression

¹⁰⁵ Sur la notion de « restriction à la concurrence », v. en particulier I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29, sp. p. 291-490. Pour un exemple de priorité donnée à ce terme, v. Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, JO C 3 du 6.1.2001, p. 2-30, pt 17.

¹⁰⁶ V. art. 43 f) TUE : la coopération renforcée envisagée « ne constitue ni une entrave ni une discrimination aux échanges entre les États membres et ne provoque pas de distorsions de concurrence entre ceux-ci ». V. aussi l'art. 95 §6 TCE : la Commission doit vérifier, dans le cas où une mesure d'harmonisation a été adoptée, si des propositions émanant des États membres consistant à maintenir des dispositions nationales, pour des exigences importantes, « sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur ». Cette formulation fait écho à celle de l'art. 30 TCE. Néanmoins, une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée constitue nécessairement une entrave au fonctionnement du marché intérieur.

¹⁰⁷ La définition des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative, énoncée in CJCE, 11.7.1974, *Proc. du Roi c. B. et G. Dassonville*, 6 et 7-74, *Rec.*, p. 837, pt 5, est déterminante.

¹⁰⁸ Selon le dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007, le premier sens du terme « entrave » est en effet « ce qu'on met aux jambes d'un animal pour gêner sa marche ». Au sens figuré, il signifie « ce qui retient, gêne, assujettit ».

¹⁰⁹ Sur cet aspect, v. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1, introduction, sp. n.b.p 172 et 173.

¹¹⁰ V. not. arrêt *Consten et Grundig*, préc. note 3, sp. 494 : « si (...) le traité a voulu, par l'article [81], respecter l'organisation interne de l'entreprise et ne la mettre en cause éventuellement, par le moyen de l'article [82], qu'au cas où elle atteindrait le degré de gravité d'un abus de position dominante, il ne pouvait avoir la même réserve lorsque les entraves à la concurrence résultent de l'accord intervenu entre deux entreprises différentes et qu'il suffit généralement alors d'interdire » ; CJCE, 21.2.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 6-72, *Rec.*, p. 215, pt 26, 5e al. ; v. aussi concl. av. gén. S. ALBER présentées pour l'arrêt CJCE, 13.4.2000, *J. Lehtonen e.a. c. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, C-176/96, *Rec.*, p. I-2681, pt 28 al. 2, où les notions d'entrave, de restriction et de distorsion à la concurrence sont employées de manière indistincte.

¹¹¹ TPI, 1^{er}.4.1993, *BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd c. Commission*, T-65/89, *Rec.*, p. II-389, pt 68 ; CJCE, 26.11.1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, C-7/97, *Rec.*, p. I-7791, pt 11 (selon la juridiction de renvoi) ; TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-151/01, *Rec.*, p. II-1607, pt 122.

« affectation du commerce entre États membres »¹¹³ souligne ce point de vue. En effet, la qualification d'une restriction apportée à la libre concurrence peut être indépendante de la satisfaction de cette condition¹¹⁴. Sur le plan économique, chaque entrave rencontrée au moment de l'accès au marché n'a pas à être sanctionnée. En droit de la concurrence, une barrière à l'entrée peut en effet être tolérée, en tant qu'elle ne manifeste pas l'exercice abusif d'un pouvoir de marché¹¹⁵. On peut alors se demander s'il est opportun de traduire cette approche en droit de la libre circulation.

Or, une réglementation nationale, qui affecte le commerce entre États membres¹¹⁶, ne constitue pas nécessairement une restriction au sens des articles 28, 29, 39, 49 ou 56 TCE¹¹⁷ (devenus 34, 35, 45, 56 et 63 TFUE). À l'image de ce que l'on peut relever en droit public français eu égard à la liberté du commerce et de l'industrie, la légalité d'une mesure nationale au regard de ces articles dépend de la neutralité de son incidence sur le marché. Plus précisément, l'effet d'une réglementation sur le jeu de la concurrence qui oppose opérateurs nationaux et communautaires faisant usage d'une liberté de circulation, doit être neutre. Cette affirmation nuance l'opposition entre l'entrave et la discrimination qui ressort des articles 43 f) TUE (devenu 326 TFUE) et 95 §6 TCE (devenu 114 TFUE). On peut en effet défendre

¹¹² *Contra*, v. CJCE, 15.12.1993, *Ligur Carni e.a. c. Unità Sanitaria Locale n° XV di Genova e.a.*, C-277/91, *Rec.*, p. I-6621, pt 35. Cet élément est discuté *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, sp. II, A.

¹¹³ V. CJCE, 30.6.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 56-65, *Rec.*, p. 337, sp. 359, au moment de la définition de la notion d'affectation du commerce entre États membres : l'art. 81 « [fixe] le champ d'application de l'interdiction par l'exigence d'une condition prévisionnelle reposant sur la possibilité d'une entrave à la réalisation du marché unique entre les États membres ». V. aussi P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation... », préc. note 51, p. 346, en réf. à l'arrêt *Consten & Grundig*, préc. note 3 : « il importe notamment de savoir si l'accord est susceptible de mettre en cause (...) la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États ». La condition de l'affectation du commerce entre États membres, qui a donc trait à la liberté du commerce, a influencé la formulation de l'arrêt *Dassonville*, préc. note 107.

¹¹⁴ Une restriction à la concurrence peut exister au sens d'un droit national de la concurrence alors que les conditions relatives à l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence ne sont pas réunies.

¹¹⁵ L'expression « barrière à l'entrée » est étudiée en détail *in* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I, B.

¹¹⁶ STUYCK J., « Libre circulation et concurrence... », préc. note 68, sp. 1496 : « tant les règles de concurrence que celles en matière de libre circulation ne s'appliquent qu'à partir du moment où le commerce interétatique est affecté d'une manière suffisamment sensible ». Toutefois, l'auteur vise les règles du droit communautaire de la concurrence. Or, la non-application du droit communautaire de la libre circulation à une règle litigieuse conduit au maintien de cette règle dans l'ordre juridique. La non-application du droit communautaire de la concurrence à une pratique litigieuse n'exclut cependant pas l'application du droit national de la concurrence. V. aussi, *infra*, la question de la raréfaction des situations purement internes en droit de la libre circulation, sp. n.b.p 203.

¹¹⁷ Il s'agit de développer l'opinion figurant en particulier *in* concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt *Meng*, préc. note 87, pt 32 : « les mesures étatiques qui ne créent pas un obstacle aux échanges au sens de l'article [28] (ou [49]) mais sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres, resteraient en tout état de cause en dehors du champ d'application du traité. Tel pourrait être le cas principalement en ce qui concerne les réglementations de prix et de tarifs qui se limitent à imposer le gel du prix de vente au détail tout en laissant libre la détermination du prix à l'importation ».

l'idée selon laquelle une restriction à la libre circulation au sens du Traité, qui constitue *a fortiori* une entrave au fonctionnement du marché intérieur, contient nécessairement une forme de discrimination¹¹⁸, en ce qu'elle distord la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux¹¹⁹. Cette étude entend alors démontrer que le terme « restriction » en tant que le Traité n'a pas pour objet de qualifier toute entrave apportée aux échanges, mais seulement les réglementations qui restreignent l'usage d'une liberté de circulation d'une manière telle que le jeu de la concurrence entre opérateurs nationaux et communautaires est faussé à l'avantage des premiers. Finalement, ce n'est pas l'entrave (ou la gêne) qui est sanctionnée, mais le traitement défavorable qui est réservé à l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation.

L'identification d'une restriction à la libre circulation en fonction de l'atteinte portée à la compétition qui oppose opérateurs nationaux et communautaires, rapprocherait alors le droit de la libre circulation du droit de la concurrence. Quelle que soit la nature juridique de la gêne apportée au commerce, l'incidence d'une mesure ou d'une pratique litigieuse sur le marché doit en effet être examinée. Droits de la concurrence et de la libre circulation partagent ainsi la nécessité de qualifier une restriction à l'accès au marché en fonction de l'effet produit par la règle ou le comportement en cause sur le marché¹²⁰. L'attention du juge de droit communautaire matériel se déplace alors de l'accès au marché à la concurrence qui s'exerce sur celui-ci, c'est-à-dire à la manière dont la concurrence est affectée par la mesure ou la pratique litigieuse.

Par conséquent, le juge serait amené non pas à protéger l'accès *stricto sensu* au marché, mais l'accès efficace au marché¹²¹. En effet, d'un point de vue microéconomique, la raison pour laquelle un opérateur économique prend pied sur le marché est la réalisation d'un profit. L'accès doit lui être rentable. D'un point de vue macroéconomique, la concurrence qui s'exerce sur le marché doit être efficace¹²², cet objectif étant poursuivi aussi bien en droit de

¹¹⁸ V. not. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II.

¹¹⁹ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, sp. II.

¹²⁰ V. *infra* Partie 1, Titre 2.

¹²¹ V. *infra* Partie 1, Titre 2, introduction. V., par ex., en droit de la concurrence, TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691, pt 113 ; V. par ex., en droit de la libre circulation, CJCE, 5.10.2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, pt 13 et concl. av. gén. M. MADURO présentées pour cet arrêt, pt 73.

¹²² V. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction.

la libre circulation qu'en droit de la concurrence¹²³. Il convient alors d'examiner l'incidence d'une réglementation sur la possibilité offerte à un opérateur économique efficace, quel que soit l'État membre dans lequel il est implanté, de participer d'une manière profitable aux échanges sur le marché national et, partant, de contribuer à l'efficacité de la concurrence sur celui-ci. Si la réglementation litigieuse limite l'efficacité de l'accès au marché depuis un autre État membre à l'avantage des opérateurs nationaux, elle constitue une restriction à la libre circulation au sens du Traité.

Cela conduit à examiner l'incidence de la réglementation litigieuse sur l'efficacité économique¹²⁴, non seulement du point de vue de l'offre, mais aussi du point de vue de la demande¹²⁵. Le comportement des consommateurs finals prend alors de l'importance¹²⁶. La notion d'accès au marché se définit en effet du point de vue de l'offre et de la demande¹²⁷.

La protection d'un accès efficace au marché limite la dimension juridique de la faculté offerte à chaque opérateur économique de participer à l'échange : on ne protège plus l'accès d'un concurrent ou d'un opérateur implanté dans un autre État membre spécifiquement identifié. Ainsi, l'accès au marché ne constitue pas seulement un droit subjectif¹²⁸, mais également et surtout un facteur d'efficacité économique. En effet, le juge vérifie que l'accès au marché est possible et qu'il profite en particulier aux consommateurs (intermédiaires ou finals), quitte à ce que les opérateurs moins efficaces ne puissent entrer sur le marché ou soient contraints de s'en retirer.

Cette thèse vise ainsi à proposer une lecture croisée du droit de la concurrence et de la libre circulation : la principale question posée au juge du droit communautaire matériel serait celle de savoir si une pratique ou une réglementation empêche ou dissuade un opérateur efficace, quel qu'il soit, d'accéder au marché pour y concurrencer les opérateurs établis. Le critère de l'accès efficace au marché constituerait alors le « trait d'union » entre le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation.

¹²³ En droit de la concurrence, v. par ex. TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pt 121 ; en droit de la libre circulation, v. par ex. CJCE, 5.12.2006, *Cipolla*, préc. note 89, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pt 59.

¹²⁴ L'efficacité économique est l'allocation optimale des ressources. V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction.

¹²⁵ En matière de libre circulation, v. en particulier CJCE, 25.7.1991, *M. Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, pt 14, cet arrêt étant exploité *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, I, A 1.

¹²⁶ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, introduction et même Titre, Ch. 2, Section 2.

Ainsi, dans la mesure où les effets d'une règle litigieuse sur le marché peuvent être substantiels, une appréciation superficielle d'un point de vue économique d'une telle législation qui affecte une liberté de circulation devient insatisfaisante. D'aucuns pourraient estimer, en effet, qu'une analyse strictement juridique d'une situation économique nuit à la sécurité juridique. Ici est alors défendue l'opinion selon laquelle une analyse économique du marché est nécessaire aux fins de l'identification d'une restriction à l'accès au marché, quelle que soit la nature de cette restriction. La restriction à l'accès au marché doit être définie sous un angle économique.

L'opinion énoncée par MONTESQUIEU justifie ce point de vue : « [l]a liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent ; ce seroit bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant, ne gêne pas pour cela le commerce »¹²⁹. Ainsi, toute entrave apportée à la liberté de l'opérateur économique de commercer ne constitue pas nécessairement une restriction condamnable, en ce qu'elle ne nuit pas nécessairement aux échanges commerciaux. La qualification juridique d'une restriction d'ordre économique en droit du marché intérieur appelle une « *investigation* » approfondie¹³⁰, c'est-à-dire « *complexe* »¹³¹.

Il convient donc de saisir l'intérêt d'une analyse économique d'une restriction apportée à l'accès au marché, dans l'objectif d'identifier d'une manière réaliste la gêne apportée aux échanges ou à l'échange. Cette question fait l'objet de travaux substantiels en droit de la concurrence¹³², qui peuvent servir de modèle d'analyse en matière de droit de la libre circulation.

¹²⁷ CRAIG P. et de BÚRCA G., *EU Law*, Oxford, 3^e éd., 2003, p. 656, définition proposée en libre circulation des marchandises. Cf. *infra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, B. 1.

¹²⁸ Cette question est étayée *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A.

¹²⁹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XX, ch. 12, 1748 (1^{ère} éd.), in *Œuvres complètes*, CALLOIS R. (éd. et notes), Gallimard, Paris, 1951, Bibliothèque de la Pléiade, t. 2, p. 593 ; réf. citée not. par G. SCHRANS, in « The instrumentality and the morality of European economic law », préc. note 46, sp. 404.

¹³⁰ M. WEBER, in *Économie et société*, préc. note 7, p. 12 explique que la mise en relation de l'ordre juridique et de l'ordre économique modifie radicalement « [l]e sens de l'expression « ordre juridique » (...). Elle ne signifie plus un cosmos de normes dont la logique peut établir la « justesse », mais un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme. Ceci demande d'ailleurs une investigation plus poussée ».

¹³¹ Arrêt *Échirolles Distribution*, préc. note 49, pt 25.

¹³² Parmi une bibliographie évidemment abondante, v. D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, European Monographs, La Haye, 2002 ; BISHOP S. et WALKER M., *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 2002 ; KOVAR R., « « Je t'aime moi non plus » : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence », in DEFFAINS B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays*

Cette thèse implique ainsi de saisir l'essentiel de l'interaction entre le droit et l'économie en matière d'échanges¹³³. Or, les mêmes notions économiques sont parfois définies d'une manière imprécise ou différente¹³⁴. Comme l'exprime Robert KOVAR, « *il n'est pas aisé de concilier l'exigence de prévisibilité de la règle, condition de la sécurité juridique que postule le droit, avec la flexibilité qu'appelle une analyse économique* »¹³⁵. Le principal enjeu d'une analyse économique en droit de la concurrence est ainsi de dépasser une infraction préétablie afin d'examiner, sur le marché pertinent, si la pratique litigieuse est anticoncurrentielle ou non¹³⁶. Concrètement, selon Frédéric JENNY, il convient de délimiter le marché en cause, de considérer les éléments pertinents relatifs à l'offre et à la demande sur celui-ci, d'examiner si la pratique litigieuse est en phase non seulement avec la politique de maximisation des profits qui dicte le comportement de chaque entreprise mais aussi avec la stimulation de la concurrence sur le marché, afin de déterminer si le comportement constitue une pratique anticoncurrentielle interdite¹³⁷. L'analyse économique conduit alors à attacher de l'importance à la notion de pouvoir de marché. Or, le caractère « *assez vague* » de cette notion fait planer le risque d'une nouvelle insécurité juridique¹³⁸. Néanmoins, cette nouvelle forme d'analyse est surtout pragmatique. En ce sens, l'usage récurrent des lignes directrices répond à l'exigence de sécurité juridique dans la mesure où le justiciable « *connaît le cheminement du juge ou de*

de droit civil, Cujas, Paris, 2002, p. 47 ; LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29 ; JENNY F., « le rôle de l'analyse économique... », préc. note 39 ; SIBONY A.-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008.

¹³³ Notre thèse n'aborde donc pas l'analyse économique du droit, mais l'analyse économique d'une situation économique qui peut donner lieu à une qualification juridique. Sur le premier point, v. not. E. MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in DEFFAINS B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, cité note précédente, p. 11, et J.-F. CALMETTE, « Réflexions sur la valeur économique d'une analyse économique du droit : le cas du droit public », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2004, n° 2, p. 905.

¹³⁴ V. par ex. R. KOVAR, « Les rapports (...) entre l'économie et le droit de la concurrence... », préc. note 132, sp. p. 47-48. V. aussi concl. av. gén. M. LAGRANGE présentées pour l'arrêt CJCE, 16.7.1956, *Fédération charbonnière de Belgique c. Haute autorité de la CECA*, 8-55, *Rec.*, p. 201, sp. 284 : « la science économique n'est certes pas une science exacte ; ce n'est tout de même pas une science occulte » (citées in A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*, préc. note 132, p. 1).

¹³⁵ KOVAR R., « Les rapports (...) entre l'économie et le droit de la concurrence... », préc. note 132, p. 54-55.

¹³⁶ En ce sens, v. F. JENNY, « le rôle de l'analyse économique... », préc. note 39, sp. 28 : « la même pratique peut dans certains environnements de marché avoir un effet pro-concurrentiel (ou être pro-efficente) et dans d'autres conditions de marché avoir un effet ou une potentialité d'effet anticoncurrentiel ». V. aussi J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, PUF, Paris, 1999, 5^e éd., p. 219-220 : la Commission et les juridictions communautaires manifestent à la fois « le souci constant de donner aux concepts utilisés dans les articles [81] et [82] un contenu économique, sans les identifier à des catégories juridiques préétablies, ainsi que l'importance qui est donnée aux caractéristiques du marché pour apprécier une restriction de concurrence ».

¹³⁷ En ce sens, chacune de ces étapes étant détaillée, v. F. JENNY, *idem*, p. 29.

¹³⁸ IDOT L. et VAN de WALLE de GHELCKE B., « Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions », *CDE*, 2001, p. 160, sp. 169.

l'autorité de contrôle et les éléments qu'ils prennent en considération »¹³⁹. Ainsi, cette approche pragmatique permet de faire convenablement face à la diversité des situations économiques qui sont difficilement saisissables « en droit ».

Dans la mesure où un examen du marché semble requis afin de démontrer qu'une réglementation constitue une restriction à une ou plusieurs libertés de circulation, la délimitation précise du marché en cause devient nécessaire en droit de la libre circulation. L'appréciation de la concurrence qui s'exerce sur le marché est en effet décisive dans la qualification de la restriction à l'accès au marché. Il s'agit ainsi d'examiner la praticabilité d'une telle analyse dans ce domaine¹⁴⁰.

Une analyse commune des restrictions à l'accès au marché en termes économiques emporte deux séries de conséquences sur l'unicité du droit du marché intérieur. D'une part, la régulation concurrentielle de l'accès au marché est à même d'affecter les marchés nouvellement ouverts à la concurrence¹⁴¹. D'autre part, les moyens ouverts aux entreprises et aux États membres pour justifier les restrictions qu'ils apportent à la concurrence sur le marché sont amenés à se rejoindre. Il convient alors d'examiner non seulement la possibilité de justifier une restriction à la concurrence par des moyens tirés de l'intérêt public¹⁴², mais également le maintien dans l'ordre juridique d'une réglementation restrictive de la libre circulation pour des raisons relatives à l'efficacité économique¹⁴³.

Ces réflexions nous conduisent à aborder l'incidence de l'accroissement des références économiques sur l'interprétation juridictionnelle du droit communautaire matériel. Comme le soutient Denys SIMON, « *l'approche systématique qui dirige l'interprétation du juge communautaire repose (...) sur une analyse de la structure économique du système* »¹⁴⁴. Ainsi, le développement de la place de l'analyse économique en droit de la concurrence et sa résonance en droit de la libre circulation, semblent adaptés à la poursuite de l'objectif du marché intérieur. En effet, la formulation selon laquelle « *le droit (...) tempère [les exigences]*

¹³⁹ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29, p. 98.

¹⁴⁰ Ces éléments sont développés in Partie 2, Titre 1.

¹⁴¹ V. Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2.

¹⁴² V. Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2.

¹⁴³ V. Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 2.

¹⁴⁴ SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales – Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pédone, Paris, 1981, p. 514.

*de l'économie [en affirmant les siennes] »¹⁴⁵ se confirme en droit communautaire de la concurrence¹⁴⁶. Or, l'objectif consistant à fusionner les marchés nationaux en un seul marché reste évidemment essentiel en matière de libre circulation, tandis que la place accordée à la protection des consommateurs tend à s'affermir. Plus précisément, l'utilisation de la concurrence efficace en tant que référentiel interprétatif souligne que l'intégration des marchés nationaux est consubstantiellement liée au développement concurrentiel des activités économiques. L'interprétation récurrente en termes de concurrence efficace est toutefois encadrée juridiquement par ces considérations fondatrices de l'Union européenne. La dimension juridique du marché intérieur tempère la dimension économique de celui-ci, et *vice versa*.*

Notre thèse consiste alors à souligner l'opportunité de qualifier la restriction à l'accès au marché d'un point de vue économique. Une qualification économique de la restriction à l'accès au marché est en effet nécessaire et facteur d'unification du droit du marché intérieur.

La place du critère de l'accès au marché en droit du marché intérieur est d'abord évaluée, en soulignant la nécessité d'une appréciation économique de la restriction publique ou privée apportée à l'échange marchand. Cela permet de mettre en évidence le fait que le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation se rejoignent d'abord par la nécessité d'abandonner la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché et ensuite par la nécessité d'examiner l'effet des réglementations ou des comportements en cause sur le marché. Le critère de l'accès efficace au marché est défini au moment de cet examen. Deuxièmement, il s'agira d'expliquer que la définition économique de la restriction à l'accès au marché est facteur d'unification du droit du marché intérieur. En effet, il est essentiel que le marché en cause soit délimité au moment de l'appréciation d'une restriction étatique à la libre circulation, à l'image de la délimitation du marché à laquelle il est procédé en droit de la concurrence. Ainsi, le juge de droit communautaire matériel n'est pas amené à protéger seulement l'accès au marché. Le juge régule également l'exercice de la concurrence sur le marché. Or, le passage progressif d'une protection de l'accès à la régulation de l'accès

¹⁴⁵ KOVAR R., « Les rapports (...) entre l'économie et le droit de la concurrence... », préc. note 132, p. 51.

¹⁴⁶ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence...*, préc. note 29, p. 290 : « le droit communautaire de la concurrence accorde une importance considérable à l'objectif du marché intérieur et à la protection des consommateurs (...). L'existence d'objectifs « politiques » rend nécessaire l'aménagement du contrôle concurrentiel afin qu'il ne prenne pas uniquement en compte l'objectif d'efficacité économique, mais aussi rende possible la réalisation d'autres objectifs ».

s'observe non seulement sur les marchés concurrentiels, mais aussi dans le domaine des marchés anciennement monopolistiques ou publics. Cette unification du droit du marché intérieur ressort également de l'analyse de la complémentarité des moyens qui sont offerts aux entreprises et aux États membres pour justifier leurs réglementations ou de leurs pratiques restrictives. On pourra alors étayer non seulement la place de l'intérêt général dans chacun de ces domaines, mais aussi celle de l'efficacité économique qui est appelée à se développer. Il convient alors de distinguer :

Partie 1 : La nécessité d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché

Partie 2 : Les enjeux d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché sur l'unification du droit du marché intérieur

I^{ère} Partie : La nécessité d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché

Démontrer la nécessité d'une définition économique de la restriction à l'accès au marché en droit du marché intérieur implique d'abord de relever la pertinence du critère de l'accès au marché en la matière. La qualification d'une restriction aux échanges au sens du Traité instituant la Communauté européenne, quelle que soit la nature de celle-ci, est en effet une question d'accès au marché. Or, la conduite d'une réflexion sur la pertinence de ce critère nous fait observer qu'une qualification formaliste de chacune des restrictions apportées à l'édification du marché intérieur est insatisfaisante sur le plan juridique et économique (Titre 1). L'utilisation correcte du critère de l'accès au marché appelle en effet une qualification économique des restrictions apportées à la libre concurrence et à la libre circulation (Titre 2).

Titre 1 : L'insuffisance d'une qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché

L'obstacle opposé aux échanges, qu'il soit mis en place par un État membre ou par une entreprise, empêche ou entrave l'accès au marché d'autres opérateurs économiques. Cette observation relève de l'évidence. Néanmoins, l'identification de cet obstacle peut s'avérer délicate lorsque la mesure nationale litigieuse ou le comportement adopté par une entreprise n'est pas explicitement contraire aux règles relatives au droit du marché intérieur.

Or, la restriction apportée à la libre circulation, principalement d'origine étatique, fait l'objet d'une qualification formaliste. En effet, une limitation de la liberté des opérateurs économiques d'accéder au marché national est traditionnellement considérée comme une restriction à la libre circulation, sans que les effets des mesures litigieuses sur le marché ne soient établis (chapitre 1). La restriction apportée à la libre concurrence fait aussi l'objet d'une qualification formelle. En effet, l'atteinte à la liberté des concurrents d'accéder au marché est très souvent déterminante au moment de relever une violation des règles du droit de la concurrence (chapitre 2).

Ainsi, au-delà de la démonstration de la pertinence du critère de l'accès au marché dans chacune des sphères principales du droit du marché intérieur, il convient de réfléchir à la nécessité d'abandonner l'appréhension formelle de ces restrictions aux échanges.

Chapitre 1. L'abandon de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en droit de la libre circulation

Notre propos vise à aborder le droit de la libre circulation d'une manière unitaire, en montrant l'intérêt de la qualification, élaborée sur le plan économique, d'une réglementation litigieuse qui entrave l'usage de l'une des quatre libertés de restriction à l'accès au marché au sens du Traité instituant la Communauté européenne. Une approche aussi globale mérite quelque explication préalable.

Il ne s'agit pas, en effet, d'occulter la place de premier plan qu'occupe la libre circulation des marchandises parmi les quatre libertés consacrées par le Traité instituant la Communauté européenne. Alfonso MATTERA estime à cet égard que « *son inscription dans le titre I de la partie du Traité consacrée aux fondements de la Communauté marque d'emblée le rang prééminent et le rôle moteur que les auteurs du Traité assignent à la réalisation des objectifs fixés à la Communauté* »¹⁴⁷. De plus, les trois autres libertés comportent leur spécificité par rapport à la libre circulation des marchandises, comme en témoigne l'organisation du Traité lui-même¹⁴⁸ mais également la formulation des infractions aux règles relatives à ces libertés. Le Traité interdit « *les droits de douanes et restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que toutes autres mesures d'effet équivalent* »¹⁴⁹, mais seulement les « *restrictions* » à la liberté d'établissement¹⁵⁰, à la libre prestation des services¹⁵¹ et à la libre circulation des capitaux¹⁵². La libre circulation des travailleurs, quant à elle, « *implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres* »¹⁵³. La mise en avant du principe de non-discrimination lui est à cet égard « *spécifique* »¹⁵⁴, le juge national appliquant ce principe aux autres libertés seulement en vertu de la formulation générique de l'article 12 TCE¹⁵⁵ (devenu 18 TFUE).

Malgré ces différences, on observe aisément les similitudes dans les problématiques soulevées par l'atteinte portée aux libertés de circulation : une mesure nationale¹⁵⁶, imputable à l'État ou

¹⁴⁷ MATTERA A., *Le marché unique européen – Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 2^e éd., 1990, p. 3.

¹⁴⁸ La libre circulation des marchandises fait l'objet du Titre I de la troisième partie du TCE. La libre circulation des personnes, des services et des capitaux, rassemblée sous le Titre III du TCE, fait l'objet de chapitres séparés. Cette spécificité est maintenue dans le Traité de Lisbonne. La libre circulation des marchandises fait l'objet du Titre II du TFUE, tandis que la libre circulation des personnes, des services et des capitaux est regroupée sous le Titre IV.

¹⁴⁹ Article 3 a) TCE. L'article 90 CE (devenu 110 TFUE) interdit aussi les impositions intérieures discriminatoires à l'égard des produits importés ou protectrices de la réglementation nationale.

¹⁵⁰ Article 43 TCE (devenu 49 TFUE).

¹⁵¹ Article 49 TCE (devenu 56 TFUE).

¹⁵² Article 56, §§ 1 et 2 TCE (devenu 63 TFUE).

¹⁵³ Article 39 § 2 TCE (devenu 45 §2 TFUE).

¹⁵⁴ CJCE, 17.4.1986, *Reed*, 59-85, *Rec.*, p. 1283, pt 21.

¹⁵⁵ L'article 90 CE interdit cependant les impositions intérieures discriminatoires. Sur l'articulation entre le critère de l'accès au marché et le principe de non-discrimination, v. *infra* Section 2, II, A.

¹⁵⁶ Par « mesures nationales », on entend toute réglementation établie par l'État ou l'un de ses démembrés et devant être obligatoirement appliquée par les opérateurs économiques. Une règle applicable sur le territoire d'une commune (CJCE, 9.9.2004, *Carbonati Apuani c. Comune di Carrara*, C-72/03, *Rec.*, p. 8027 ; CJCE, 15.12.1993, *Ligur Carni e.a. c. Unità Sanitaria Locale n° XV di Genova e.a.*, C-277/91, *Rec.*, p. I-6621), d'un arrondissement administratif autrichien (CJCE, 13.1.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, C-254/98, *Rec.*, p. I-131), d'un département français (CJCE, 16.7.1992, *Legros*, C-163/90, *Rec.*, p. I-4657 ; CJCE, 9.8.1994, *Lancry e.a. c. Direction générale des douanes e.a.*, C-363/93, *Rec.*, p. I-3957), d'une région grecque (CJCE, 14.9.1995, *M. Dimitzi c. Dimos Kos*, C-485/93, *Rec.*, p. I-2655), ou d'une

à un opérateur public¹⁵⁷ – mais aussi, par exception, une mesure prise par une institution communautaire¹⁵⁸ ou par une personne privée, non imputable à un État membre¹⁵⁹ – gêne un opérateur économique dans l'exercice d'une liberté, l'en dissuade ou l'en empêche. Il est alors très fréquent que la Cour de justice se réfère à des arrêts qui concernent une autre liberté lorsqu'elle statue sur l'existence d'une entrave à une liberté particulière¹⁶⁰. Cette proximité est explicite lorsqu'une réglementation nationale porte atteinte à plusieurs libertés de circulation à la fois¹⁶¹.

Dans d'autres cas, la CJCE parvient à faire prévaloir une liberté de circulation sur une autre en se demandant quelle est celle qui est principalement entravée par la réglementation litigieuse. L'entrave à la liberté d'établissement peut par exemple être considérée comme

communauté autonome espagnole (CJCE, 25.7.1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA et Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, C-1 et C-176/90, *Rec.*, p. I-4151, pt 8) peut être néanmoins appréhendée par la libre circulation des marchandises.

¹⁵⁷ L'État est responsable de la perception d'une taxe litigieuse par un organisme autonome de droit public (CJCE, 18.6.1975, *Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) c. Ente nazionale per la cellulosa e per la carta (ENCC)*, 94-74, *Rec.*, p. 699), mais également par une société privée (CJCE, 11.8.1995, *Édouard Dubois et fils SA et Général Cargo Services SA c. Garonor*, C-16/94, *Rec.*, p. I-2432, pt 20). Les restrictions matérielles au commerce des marchandises qui résultent de manifestations organisées par des particuliers (CJCE, 9.12.1997, *Commission c. France*, C-265/95, *Rec.*, p. I-6959 ; CJCE, 12.6.2003, *E. Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge c. Autriche*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659), d'une politique nationale mise en œuvre par un organisme privé (CJCE, 24.11.1982, *Commission c. Irlande (Buy Irish)*, 249-81, *Rec.*, p. 4005 ; CJCE, 5.11.2002, *Commission c. Allemagne*, C-325/00, *Rec.*, p. I-9977), d'une pratique administrative constante et générale (CJCE, 9.5.1985, *Commission c. France*, 21-84, *Rec.*, p. 1355, pts 11 et 12 ; CJCE, 11.12.1985, *Commission c. Grèce*, 192-84, *Rec.*, p. 3967) ou des déclarations publiques d'un fonctionnaire (CJCE, 17.4.2007, *A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio et Tarmo Lehtinen*, C-470/03, *Rec.*, p. I-2749) sont aussi imputables à l'État membre concerné.

¹⁵⁸ V. not., en ce sens, CJCE, 17.5.1984, *Denkavit Nerderland*, 15-83, *Rec.*, p. 2171, pt 15 ; CJCE, 9.8.1994, *Meyhui*, C-51/93, *Rec.*, p. I-3879, pt 11, rappelé in CJCE, 25.6.1997, *Proc. pén. c. R. Kieffer et R. Thill*, C-114/96, *Rec.*, p. 3629, pt 27.

¹⁵⁹ CJCE, 12.12.1974, *B. N. O. Walrave et L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale e.a.*, 36-74, *Rec.*, p. 1405, pt 17 : les règles relatives à la libre circulation des travailleurs et des services doivent être respectées par une association de droit privé qui adopte un règlement qui vise à régler de façon collective le travail salarié et les prestations de services, jurisprudence constante. V. aussi CJCE, 14.7.1976, *Donà*, 13-76, *Rec.*, p. 1333, pt 17 ; CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. J.-M. Bosman e.a.*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, pts 82 et 83 ; CJCE, 11.4.2000, *C. Delière c. Ligue francophone de judo*, C-51/96 et C-191/97, *Rec.*, p. I-2549, pt 47 ; CJCE, 6.6.2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, C-281/98, *Rec.*, p. I-4139, pt 36.

¹⁶⁰ L'arrêt CJCE, 10.5.1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, C-384/93, *Rec.*, p. I-1141 est par exemple cité en matière de libre circulation des marchandises (arrêt *TK-Heimdienst Sass*, préc. note 156, pt 29), des personnes (arrêt *Bosman*, préc. note 159, pt 103), et des capitaux (CJCE, 13.5.2003, *Commission c. Espagne*, C-463/00, *Rec.*, p. I-4581, pt 60).

¹⁶¹ V. not. CJCE, 4.3.2004, *Commission c. France*, C-334/02, *Rec.*, p. I-2229, pts 23 à 25, à propos d'une règle fiscale qui restreint à la fois la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux ; v. aussi CJCE, 30.3.2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. G. Calafiori*, C-451/03, *Rec.*, p. I-2941, pts 33 et 34, à propos d'une réglementation italienne qui réserve certaines activités aux centres d'assistance fiscale, ce qui restreint la libre prestation des services et la liberté d'établissement.

accessoire à celle portée à la liberté de circulation des biens¹⁶² ou des capitaux¹⁶³. La libre prestation des services est parfois privilégiée si l'entrave à la libre circulation des biens est de moindre importance¹⁶⁴.

L'indissociabilité de l'entrave à une liberté de circulation, d'une part, de la restriction apportée à une autre liberté, d'autre part, peut entraîner un raisonnement exclusif de la Cour de justice sur l'une d'entre elles. Même lorsque un avis motivé de la Commission allègue un manquement à deux séries d'articles du Traité, la Cour de justice reconnaît par exemple que la restriction apportée à la liberté d'établissement est « *la conséquence directe* » des obstacles à la libre circulation des capitaux, de sorte que la reconnaissance du manquement de l'État membre mis en cause à l'article 56 TCE (devenu 63 TFUE) rend inutile l'analyse des dispositions litigieuses au regard des articles 43 à 48 TCE¹⁶⁵ (devenus 49 à 55 TFUE). Dans le même ordre d'idées, l'entrave portée à l'importation de marchandises¹⁶⁶ ou de capitaux¹⁶⁷ peut être considérée comme « *une conséquence inéluctable de la restriction imposée à l'égard des prestations de services* », de telle manière que la Cour se concentre exclusivement sur le respect des règles relatives aux services.

Dans d'autres cas, l'identification de la liberté principalement entravée est à ce point délicate que la Cour de justice utilise la vague expression de « *restrictions aux libertés fondamentales* » sans, d'ailleurs, que l'ensemble des libertés ne soient entravées par la réglementation litigieuse¹⁶⁸. Ainsi, lorsqu'une entrave est appréhendée à la fois sous l'angle

¹⁶² V. par ex. CJCE, 11.12.2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et J. Waterval*, C-322/01, *Rec.*, p. I-14887 et l'arrêt *TK-Heimdienst-Sass*, préc. note 156.

¹⁶³ CJCE, 1^{er}.6.1999, *K. Konle c. Autriche*, C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, pt 22. Une restriction aux mouvements de capitaux est identifiée mais les questions préjudicielles portent aussi sur la liberté d'établissement.

¹⁶⁴ V. not. CJCE, 30.4.1974, *G. Sacchi*, 155-73, *Rec.*, p. 409, pts 6 et 7 ; CJCE, 14.7.1977, *R. Bosch c. Hauptzollamt Hildesheim*, 1-77, *Rec.*, p. 1473 ; CJCE, 21.10.1999, *P. Jägerskiöld c. T. Gustafsson*, C-97/98, *Rec.*, p. I-7319 ; CJCE, 24.3.1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. G. et J. Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039.

¹⁶⁵ CJCE, 4.6.2002, *Commission c. France*, C-483/99, *Rec.*, p. I-4781, pt 56.

¹⁶⁶ CJCE, 14.10.2004, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec.*, p. I-9609, pt 27.

¹⁶⁷ CJCE, 3.10.2006, *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04, *Rec.*, p. I-9521, pt 49, alors que la Cour précise au pt 43 « que l'activité d'octroi de crédit en cause se rapportait tant à la libre prestation des services (...) qu'à la libre circulation des capitaux » et au pt 46 que « le régime litigieux a pour effet d'empêcher l'accès au marché financier allemand des opérateurs économiques n'ayant pas les aptitudes requises par [la loi allemande sur le secteur du crédit] ». La Cour de justice privilégie la libre prestation des services à la libre circulation des capitaux. En conséquence, la société mise en cause, établie en Suisse, ne peut invoquer une restriction à la liberté principalement entravée.

¹⁶⁸ V. en particulier CJCE, 22.1.2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, *Rec.*, p. I-607, pt 29 ; cette affaire mêle seulement libre circulation des marchandises et libre prestation des services : la réglementation litigieuse conditionne la mise sur le marché d'appareils permettant la réception des signaux de télévision par satellite à une

de la libre circulation des marchandises et de celui de la libre prestation des services, « *la distinction traditionnelle entre marchandises et services [est] estomp[ée]* »¹⁶⁹. L'analyse menée par la CJCE pour identifier une atteinte portée à une liberté de circulation ne s'effectue donc pas en vase clos, même lorsqu'une liberté est privilégiée par rapport à une autre.

Dans un tel contexte, les développements qui suivent n'ont pas vocation à rendre synchrétique la notion d'entrave nationale aux échanges. Il s'agit plutôt de déterminer dans quelle mesure des considérations relatives à l'accès au marché dictent la qualification des restrictions apportées aux libertés de circulation consacrées dans le TCE. Ce questionnement est intrinsèquement lié à celui de l'utilisation d'un critère unique d'analyse des entraves à ces libertés. En effet, s'il est établi qu'une logique similaire gouverne la qualification de l'ensemble de ces entraves, l'emploi des expressions « *restrictions aux libertés fondamentales* » ou « *restrictions apportées aux échanges intracommunautaires* »¹⁷⁰ devient acceptable¹⁷¹. L'utilisation d'un critère unique s'insère ainsi dans les réflexions qui sont menées sur la « *convergence des libertés économiques en droit communautaire* »¹⁷². Or, comme le défendent une partie de la doctrine¹⁷³ et certains avocats généraux¹⁷⁴, cette

inscription préalable du prestataire et des appareils à un registre officiel, d'une part, et à une homologation administrative préalable consécutive à cette inscription, d'autre part. La liberté d'établissement et la libre circulation des travailleurs, non invoquées en l'espèce, n'étaient *a priori* pas atteintes par cette réglementation.

¹⁶⁹ Selon l'expression de D. SIMON, *in comm.* sous CJCE, 26.10.2006, *Commission c. Grèce*, C-65/05, *Rec.*, p. I-10341, *Europe*, 12.2006, p. 17. La notion de marchandise est définie *infra* Section 1, introduction ; la notion de service est définie *infra* Section 2, I, introduction. (L'arrêt CJCE, 4.6.2009, *Commission c. Grèce*, C-109/08, n.e.p., constate que la République hellénique n'a pas mis en œuvre toutes les mesures d'exécution que lui imposait l'arrêt du 26 octobre 2006 en droit interne et la condamne à une astreinte).

¹⁷⁰ Arrêt *Schmidberger*, préc. note 157, pt 82, alors que la libre circulation des marchandises était la seule liberté entravée en l'espèce. V. aussi CJCE, 30.11.1995, *R. Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, pt 37, qui vise « les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales ».

¹⁷¹ En ce sens, v. concl. av. gén. Y. BOT pour l'arrêt CJCE, 10.2.2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, n.e.p., pts 133 et 134.

¹⁷² D'après le titre de l'art. de P. BERHRENS, « Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht », *EuR*, 1992, p. 145, qualifié d'« annonciateur » *in* concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, pt 200. Selon l'avocat général LENZ (*idem*), « les libertés fondamentales du marché commun ne sont pas seulement fondées sur un socle commun. À notre avis, elles constituent également un tronc commun qui doit être traité le plus largement possible selon des critères identiques ». V. aussi concl. av. gén. M. POIARES MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pt 57 : « un cadre d'analyse identique se dessine pour les quatre libertés ».

¹⁷³ V. en particulier S. WEATHERILL, « After Keck, some Thoughts on how to Clarify the Clarification », *CMLR*, 1996, n° 33, p. 885, sp. 899 : « les mesures nationales qui s'appliquent également en droit et en fait à toutes les marchandises et tous les services sans référence à l'origine et qui imposent aucune entrave directe ou substantielle à l'accès des biens et services importés au marché de cet État membre échappent au champ d'application des articles [28] et [49] » notre traduction, et C. BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw ? », *ELR*, n° 26, 2001, p. 35, où est défini un test général basé sur l'accès au marché (ces deux articles sont analysés en particulier *in* CRAIG P. et de BÚRCA G., *EU Law*, Oxford, 3^e éd.,

congruence des libertés a lieu au moyen de l'utilisation du critère de l'accès au marché. La première question à laquelle il nous revient de répondre dans ce chapitre est alors celle de savoir de quelle manière le critère de l'accès au marché participe de l'unification de l'analyse des entraves nationales aux échanges. Mais cette question en appelle une autre qui, elle, se rattache davantage à l'objet de notre thèse.

En effet, les entraves étatiques apportées à la libre circulation sont identifiées d'une manière formaliste dans de nombreux cas, fût-ce en termes d'accès au marché. Les mesures litigieuses sont fréquemment qualifiées de restriction au sens du Traité en fonction de leur objet, sans que les effets de ces réglementations sur le marché ne soient examinés avec précision. Or, cette approche formelle entre à certains égards en contradiction avec la nature économique du critère de l'accès au marché et, partant, à la nature économique des problèmes qui sont posés devant le juge. Ainsi, l'étude de la jurisprudence relative à la libre circulation sous l'angle de ce critère permet d'identifier les situations dans lesquelles une qualification formaliste de l'entrave est insatisfaisante d'un point de vue économique.

Il paraît opportun de répondre à ces interrogations en s'intéressant d'abord à la libre circulation des marchandises, dans la mesure où le critère de l'accès au marché y apparaît en premier (section 1). L'accès au marché a été progressivement utilisé dans le cadre des autres libertés de circulation comme critère d'analyse des restrictions aux échanges. Il convient alors d'étudier dans un deuxième temps la qualification formaliste de l'ensemble des entraves étatiques à la libre circulation en termes d'accès au marché (section 2).

2003, p. 655). V. aussi D. O'KEEFFE et A. F. BAVASSO, « Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line », in O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F. (dir.), *Mél. Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 2000, p. 541, sp. 551 et s. ; BARNARD C. et DEAKIN S., « Market access and regulatory competition », 2001, disponible sur <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.html> ; PRETE L., « Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts : the Battle over Keck », *LIEI*, 2008, n° 35 (2), p. 133, sp. p. 145 et s., pour qui l'accès au marché constitue « le critère clé » (notre traduction).

¹⁷⁴ En matière de libre circulation des marchandises, v. concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJCE, 15.12.1993, *R. Hünermund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, C-292/92, *Rec.*, p. I-6787, pt 10 : « une entrave aux échanges entre États membres (...) [est] un obstacle, une difficulté d'accès au marché de nature à avoir des répercussions en particulier sur les importations : c'est-à-dire une mesure qui de quelque façon – au moins du fait de son caractère dissuasif – constitue une "barrière" à la libre circulation des marchandises » et concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 9.2.1995, *Société d'importation É. Leclerc-Siplec c. TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, C-412/93, *Rec.*, p. I-179. En matière de libre prestation des services, v. concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt CJCE, 5.10.2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, pt 66.

Section 1. La mise en question de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en matière de libre circulation des marchandises

La libre circulation des « marchandises »¹⁷⁵, signifie, d'après les articles 3 a) TCE (abrogé dans le TFUE) et 23 à 31 TCE (devenus 28 à 37 TFUE), que l'ensemble des obstacles étatiques¹⁷⁶ au commerce intracommunautaire¹⁷⁷ doivent être supprimés, que ces obstacles soient de nature tarifaires ou non. Les obstacles tarifaires, par-delà l'interdiction des droits de douane, comportent non seulement les taxes d'effet équivalant à de tels droits (art. 25 TCE, devenu 30 TFUE) mais également les impositions intérieures discriminatoires ou protectrices (art. 90 CE, devenu 110 TFUE). Les obstacles non tarifaires comportent quant à eux les mesures nationales d'effet équivalant à des restrictions quantitatives aux exportations et aux importations (art. 28 et 29 TCE, devenus 34 et 35 TFUE), celles-ci étant généralement classées en fonction de leur application spécifique aux produits importés ou nationaux ou de leur application indistincte aux produits nationaux et importés.

Même si l'approche développée ici vise à mettre l'accent sur les insuffisances d'une approche en fonction de l'objet des réglementations litigieuses, il ne s'agit pas de gommer la distinction essentielle entre les mesures consistant en une imposition ou une taxation nécessairement pécuniaire et les mesures d'ordre technique ou commercial¹⁷⁸, considérées respectivement

¹⁷⁵ CJCE, 10.12.1968, *Commission c. Italie*, 7-68, *Rec.*, p. 617 : il s'agit de « toutes sortes de biens appréciables en argent et susceptibles comme tels, de faire l'objet de transactions commerciales », à propos en l'espèce de biens de caractère artistique, historique, archéologique ou ethnographique. Les cassettes vidéo, en tant que supports matériels d'œuvres cinématographiques (CJCE, 11.7.1985, *Cinéthèque*, 60 et 61-84, *Rec.*, p. 2605, pts 9 et 10), ainsi que les déchets, qu'ils soient ou non recyclables (CJCE, 9.7.1992, *Commission c. Belgique*, C-2/90, *Rec.*, p. I-4431, pt 28), sont, entre autres, des marchandises. Mais les brevets d'invention (Arrêt *Bosch*, préc. note 164, pt 4), les billets de loterie (Arrêt *Schindler*, préc. note 164, pt 22), le droit de pêcher (arrêt *Jägerskiöld*, préc. note 164, pts 32 et 33), n'en sont pas. Dès lors, la notion de marchandises n'inclut pas les biens incorporels (ainsi, nous excluons ces biens lorsque nous employons l'expression « libre circulation des biens » à la place de « libre circulation des marchandises »). Il en va de même pour les produits hors commerce (sur le corps humain, v. J.-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, thèse, 2005, sp. p. 387 et s.), sauf s'ils se trouvent dans un circuit surveillé en vue d'être utilisés à des fins scientifiques ou médicales (CJCE, 28.3.1995, *Evans Medical Ltd*, C-324/93, *Rec.*, p. I-563, pts 19 et 20, à propos de stupéfiants). Les armes, munitions et matériel de guerre relèvent d'un régime particulier (art. 296 TCE). Pour « bénéficier » de cette liberté, une marchandise doit provenir de l'Union (art. 24 du Code des douanes) et être mise en libre pratique si elle provient d'un État tiers (art. 24 TCE).

¹⁷⁶ Sur l'imputabilité à l'État membre des mesures nationales (entendues au sens large) qui affectent la libre circulation des marchandises, v. les jurisprudences citées note 157.

¹⁷⁷ Il s'agit de la circulation d'une marchandise d'un État à un autre dans l'objectif que ce produit soit commercialisé. Ainsi, nous accordons peu de développement au transit des marchandises dans le marché intérieur. Sur cette question, v. not. G. RYELANDT et M. VERHULST, « Le transit de produits par le territoire communautaire », *JDE*, 2008 n° 150.

¹⁷⁸ Ces mesures peuvent, certes, représenter un surcoût pour un opérateur économique installé dans un État membre différent du lieu de commercialisation des produits. La Cour distingue en effet « charge fiscale » et « charge de nature différente, économique par exemple » (CJCE, 14.12.1962, *Commission c. Belgique et Luxembourg*, 2 et 3-62, *Rec.*, p. 813, sp. 829).

comme ayant un effet équivalant à un droit de douane et à un quota¹⁷⁹. Néanmoins, la manière de les appréhender en termes d'accès au marché se révèle concordante.

La directive n° 70/50/CEE montre l'importance des questions relatives à l'accès au marché en matière de libre circulation des marchandises¹⁸⁰. La CJCE souligne aussi dans l'arrêt *Sandoz* le lien indéfectible entre cette liberté et l'accès au marché : « *l'objectif poursuivi par la libre circulation des marchandises consiste précisément à assurer aux produits des États membres l'accès de marchés sur lesquels ils n'étaient pas précédemment représentés* »¹⁸¹. Assurer aux produits l'accès à des nouveaux marchés est *l'objectif* poursuivi par la libre circulation des marchandises, tandis que celle-ci constitue un élément clé de la réalisation *des objectifs* poursuivis par les Traités¹⁸². L'avocat général JACOBS estime¹⁸³ que le principe du libre accès au marché communautaire serait le « *principe directeur* »¹⁸³. L'arrêt des *remorques italiennes* se réfère à nouveau l'arrêt *Sandoz*¹⁸⁴, ce qui montre toute l'actualité de cette réflexion. Il convient alors de réfléchir à la place accordée à l'expression « accès au(x) marché(s) » en matière de libre circulation des marchandises.

¹⁷⁹ V. en particulier CJCE, 25.1.1977, *Bauhuis c. Pays-Bas*, 46-76, *Rec.*, p. 5.

¹⁸⁰ Directive 70/50/CEE de la Commission, du 22.12.1969, fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE, *JO L 13* du 19.1.1970, p. 29, considérants 4 et 5 : « les mesures des États membres, autres que celles applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, existant à l'entrée en vigueur du traité, non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité, qui rendent les importations soit impossibles soit plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale; parmi ces mesures, sont à ranger celles qui subordonnent l'accès des produits importés au marché national, à tout stade de commercialisation, à une condition qui n'est pas exigée pour les produits nationaux ou à une condition différente et plus difficile à satisfaire que celle requise pour les produits nationaux, si bien qu'il en découle une charge pour les seuls produits importés ».

¹⁸¹ CJCE, 14.7.1983, *Proc. pén. c. Sandoz BV*, 174-82, *Rec.*, p. 2445, pt 26, à propos d'une réglementation nationale qui subordonnait une autorisation de commercialiser à la preuve par l'importateur que la commercialisation du produit en question répondait à une demande sur le marché. Selon la Cour, cette condition constitue en elle-même une mesure d'effet équivalent interdite par l'article 28, en aucun cas couverte par l'exception de l'article 30.

¹⁸² L'article 2 TCE énonce les objectifs de la Communauté européenne, tandis que l'article 3 TCE énumère l'objet de l'action de la Communauté. Or, « l'interdiction entre les États membres des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toute autres mesures d'effet équivalent » est le premier volet de cette action, mentionné sous a).

¹⁸³ Concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Leclerc-Siplec*, préc. note 174, pt 41 : « Il existe un principe directeur qui semble fournir un critère approprié : il s'agit du principe selon lequel toutes les entreprises qui exercent une activité économique légale dans un État membre devraient avoir un accès libre à l'ensemble du marché communautaire, à moins qu'il n'y ait une raison valable de leur refuser le plein accès à une partie de ce marché. Malgré quelques contradictions occasionnelles dans la motivation de certains arrêts, cela semble être le principe de base qui a inspiré l'approche de la Cour dans sa jurisprudence allant de l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck et Mithouard* en passant par l'arrêt *Cassis de Dijon* ». L'idée maîtresse de ce chapitre s'inspire donc de ces conclusions.

¹⁸⁴ Arrêt *Commission c. Italie*, C-110/05, préc. note 171, pt 34.

Le critère de l'accès au marché est plus fréquemment pris en considération dans l'analyse des restrictions étatiques à la libre circulation des marchandises après l'achèvement politique du marché intérieur. En effet, la Cour de justice utilise l'accès au marché comme critère d'analyse explicite de certaines de ces restrictions depuis l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁸⁵. L'emploi récurrent de l'expression (au singulier) dans les jurisprudences qui concernent la libre circulation des marchandises à partir de 1993, année symboliquement forte dans ce domaine¹⁸⁶, viserait alors à rendre effectif l'objectif précité de cette liberté. Pourtant, l'arrêt *Keck* a conduit à une qualification formaliste des réglementations litigieuses de restriction aux libertés de circulation, en fonction de leur objet. Il convient alors de s'interroger sur la manière dont le contrôle *a posteriori*¹⁸⁷ des obstacles étatiques au mouvement intracommunautaire des produits¹⁸⁸ est imprégné de considérations explicites ou implicites relatives à l'accès au marché, révélant à cet égard une qualification souvent formaliste de l'entrave.

La qualification formaliste d'une restriction à la libre circulation des biens se justifie cependant dans les cas où la mesure nationale, qu'elle soit tarifaire ou non tarifaire, affecte *de jure* l'accès au marché des produits étrangers (I). Cette approche est insatisfaisante lorsqu'une règle nationale gêne *de facto* l'accès au marché des produits importés¹⁸⁹ (II).

¹⁸⁵ CJCE, 24.11.1993, *Proc. pén. c. B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pt 17.

¹⁸⁶ En ce sens, v. J.H.H. WEILER, « The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods », in CRAIG P. et de BÚRCA G. (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, ch. 10, p. 349, sp. 371.

¹⁸⁷ L'objectif de l'amélioration de l'accessibilité des produits au marché se retrouve cependant aussi lorsque la CJCE contrôle l'encadrement réglementaire des marchés de produits, notamment à propos des organisations communes de marché. L'objectif de l'accès au marché ressort également du droit communautaire dérivé. V. not., R. KOVAR, « Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur », *RTDE*, n° 44, avr.-juin 2008, p. 289.

¹⁸⁸ L'accès au marché communautaire des produits provenant des États tiers est analysé dans l'introduction générale de la thèse, II, sp. note 62.

¹⁸⁹ La distinction entre une entrave *de jure* et *de facto* figure not. à l'article 31 TCE. V. aussi concl. av. gén. G. REISCHL présentées pour l'arrêt CJCE, 31.3.1982, *J. H. T. Blesgen c. Belgique*, 75-81, *Rec.*, p. 1211, sp. p. 1235 : « l'article [28] (...), tout comme les autres libertés fondamentales prévues dans le traité, doit, en tant qu'il exprime de façon spécifique une interdiction générale de discrimination, la discrimination « de jure » mais aussi « de facto », empêcher, en matière de commercialisation, des marchandises importées par rapport aux produits nationaux similaires ». Luca PRETE, art. préc. note 173, sp. p. 149 et 150, distingue aussi les discriminations *de jure* des discriminations *de facto*, à propos de l'application du critère de l'accès au marché. V., en outre, P. OLIVER et S. ENCHELMAIER, « Free movement of goods : recent developments in the case law », *CMLR*, 2007, p. 649, sp. 681.

I. La légitimité de la qualification formaliste d'une mesure nationale qui entrave *de jure* l'accès au marché

Les mesures tarifaires (B) et non tarifaires (A) qui entravent *de jure* l'accès au marché de produits étrangers¹⁹⁰ sont interdites par le Traité. La qualification formaliste de ces mesures est communément admise.

A. La qualification formaliste des mesures non tarifaires entravant *de jure* l'accès au marché

La libre circulation des marchandises vise non seulement les mesures nationales qui gênent l'exportation des produits vers chacun des marchés nationaux des États membres, mais aussi les mesures étatiques qui affectent l'importation sur le territoire national des produits fabriqués ou mis en libre pratique dans un autre État membre. D'après la jurisprudence de la CJCE, l'article 29 TCE (devenu 35 TFUE) vise les seuls obstacles *spécifiques* aux exportations. Il convient d'expliquer en quoi la qualification de ces obstacles de restriction au sens du Traité est le plus souvent formelle, sans que cela ne soit problématique d'un point de vue économique (1). Les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives aux importations sont interdites en vertu de l'article 28 TCE non seulement si elles sont spécifiquement applicables à celles-ci mais également, à certaines conditions définies par la Cour, si elles sont indistinctement applicables aux produits importés et nationaux¹⁹¹. Seules les premières gênent *de jure* l'accès au marché national des produits importés. Leur qualification formaliste d'un point de vue économique est admise en tant que ces mesures sont explicitement contraires au Traité (2).

1. La qualification formaliste des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'exportation

Jusqu'à une date récente, il ressort de la jurisprudence que l'article 29 TCE vise seulement les mesures nationales qui s'appliquent spécifiquement aux exportations¹⁹².

Cet élément distinguait ces mesures de celles qui affectent les importations. *A priori* l'établissement d'un obstacle réglementaire à la sortie d'une marchandise du territoire

¹⁹⁰ L'expression marché vise ici le marché national, sauf en ce qui concerne les mesures nationales touchant aux exportations qui restreignent quant à elle l'accès au marché étranger.

¹⁹¹ Ces mesures sont étudiées *infra*, sous II.

¹⁹² L'arrêt CJCE, 16.12.2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, C-205/07, n.e.p., comm. par A. RIGAUX *in Europe*, 2.2009, n° 77, p. 28 change la donne en tant que l'affectation en fait d'une mesure

national n'est pas pertinent¹⁹³. L'État est en effet libre d'imposer par exemple des normes de qualité élevée aux produits nationaux destinés au marché national et à l'exportation, au risque de les rendre moins compétitifs sur les marchés voisins¹⁹⁴. Il est donc peu vraisemblable qu'un État membre cherche à défavoriser les exportations.

Ce trait distinctif des mesures nationales qui affectent les exportations a ses limites, dans la mesure où la raison d'être de la qualification d'une réglementation au regard de l'article 29 réside dans « *l'avantage particulier [conféré à] la production nationale* »¹⁹⁵, cet élément étant commun à l'ensemble des mesures qui affectent les libertés de circulation (la différence avec les mesures qui affectent l'importation résidant bien évidemment dans le fait que l'accès aux marchés des *autres* États membres est gêné par une mesure qui freine les exportations).

En effet, une réglementation nationale visant spécifiquement les exportations relève de l'article 29 TCE parce qu'elle préserve l'accès au marché national de certains produits nationaux, au détriment des marchés étrangers. C'est le cas, par exemple, lorsque la restriction aux exportations vise explicitement « *à freiner ou régulariser l'exportation* » de pommes de terre par le biais de la fixation hebdomadaire d'un contingent national, cette mesure en apparence autarcique ayant été adoptée dans un contexte rare de pénurie en Europe¹⁹⁶. On constate alors que les réglementations litigieuses visent principalement les produits qui

indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits destinés à l'exportation est jugée contraire à l'article 29 TCE. V. *infra* sous II, B, 2, c.

¹⁹³ Les exportations sont en effet favorables au rééquilibrage de la balance des paiements.

¹⁹⁴ CJCE, 7.2.1984, *Jongeneel Kaas BV e.a. c. État néerlandais et Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, 237-82, *Rec.*, p. 483, pt 23 : « L'article [29] n'a pas pour effet de soustraire les producteurs à toute réglementation qui, affectant les conditions de production, peut avoir une incidence sur le volume et les coûts de la production nationale. Un État membre peut légitimement pratiquer une politique de qualité afin de stimuler les ventes, même si cette politique expose ses producteurs au risque d'une concurrence de prix par les producteurs des autres États membres qui ne sont pas tenus aux mêmes exigences de qualité ».

¹⁹⁵ CJCE, 8.11.1979, *P. B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, 15-79, *Rec.*, p. 3409, pt 7, relatif à une mesure nationale qui interdisait à tout fabricant de charcuterie de détenir un stock et de transformer de la viande de cheval. Constitue une telle restriction les réglementations « qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation, d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et le commerce extérieur de celui-ci, de manière à assurer un *avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres* » (italiques ajoutés). Les conditions posées dans cette définition ne sont pas réunies en l'espèce en raison du caractère indistinctement applicable des dispositions nationales. V. également CJCE, 1^{er}.4.1982, *Gerrit Holdijk e.a.*, 141 à 143-81, *Rec.*, p. 1299, pt 11, à propos de dispositions nationales relatives à de la viande de veau ; CJCE, 14.7.1981, *S. Öbel* (ou *Oebel*), 155-80, *Rec.*, p. 1993, pt 16, à propos de l'interdiction de fabrication avant quatre heures du matin dans le secteur de la boulangerie et de la pâtisserie.

¹⁹⁶ CJCE, 16.3.1977, *Commission c. France*, 68-76, *Rec.*, p. 515, pts 2 et 3. La Cour condamne cette réglementation qui imposait une déclaration en douane pour l'exportation de pommes de terre, quand bien même l'octroi de l'autorisation serait automatique pour les exportations destinées aux échanges intracommunautaires (pts 9, 12 et 15).

peuvent être réinjectés dans le circuit économique national pour y être éliminés ou valorisés¹⁹⁷ ou des produits non finis. Ainsi, une règle espagnole applicable aux « Vins de Rioja », qui restreint spécifiquement la quantité de vin susceptible d'être exportée en vrac afin d'encourager la mise en bouteille sur le lieu de production, est contraire à l'article 29¹⁹⁸. Cette réglementation procure un avantage aux entreprises locales d'embouteillage¹⁹⁹, alors que le vin en vrac ne peut accéder au marché de l'embouteillage qui s'étend au dehors de la région de production²⁰⁰.

Dans le domaine des restrictions non tarifaires aux exportations, il s'agit donc de relever une gêne explicite à l'accès d'un produit national à un marché étranger, sans que la réflexion en termes économiques ne soit particulièrement poussée. La tâche du juge consiste essentiellement à identifier la consécration réglementaire d'un avantage en faveur de la production nationale, cet avantage consistant à inciter les marchandises nationales à accéder en priorité au marché interne. Seule une analyse essentiellement juridique de la réglementation paraît suffisante pour identifier la restriction aux échanges²⁰¹.

Les réflexions sont symétriques pour ce qui concerne les mesures qui entravent *de jure* les importations de biens.

2. La qualification formaliste des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation qui entravent de jure l'accès au marché

Il paraît légitime de qualifier formellement une mesure nationale qui affecte les importations de restriction au sens de l'article 28 TCE (devenu 34 TFUE), lorsque la mesure s'applique de manière spécifique aux produits importés ou nationaux²⁰². La restriction à l'accès au marché

¹⁹⁷ V., à propos de l'organisation sur le territoire d'un État membre d'un système de ramassage et d'élimination des huiles usagées de façon à interdire les exportations à un éliminateur ou régénérateur autorisé d'un autre État membre, CJCE, 10.3.1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et a. c. Groupement d'intérêt économique « Inter-Huiles » et a.*, 172-82, *Rec.*, p. 555. V. aussi CJCE, 25.6.1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV*, C-203/96, *Rec.*, p. 4075, à propos de déchets dangereux destinés à être valorisés. V. également, à propos de déchets de chantier à Copenhague ; CJCE, 23.5.2000, *Sydhavnens Sten & Grup ApS c. Københavens Kommune*, C-209/98, *Rec.*, p. I-3669, sp. pts 39 à 42.

¹⁹⁸ CJCE, 9.6.1992, *Delhaize et Le Lion*, C-47/90, *Rec.*, p. I-3669.

¹⁹⁹ *Idem*, pts 12 à 14.

²⁰⁰ V. cependant CJCE, 16.5.2000, *Belgique c. Espagne*, C-388/95, *Rec.*, p. I-3123, pts 74 et 75 : la condition d'embouteillage sur le lieu de production est justifiée au regard de l'objectif de préservation de l'appellation d'origine (démembrement de l'objectif de protection de la propriété industrielle et commerciale de l'art. 30 TCE).

²⁰¹ L'arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, préc. note 192, vient nuancer cette présentation, v. *infra* sous II, B, 2, c.

²⁰² Il n'est pas exclu qu'une mesure spécifiquement applicable aux importations leur soit favorable.

national des produits importés est en effet évidente lorsqu'une mesure nationale contient une discrimination explicite²⁰³.

Les arrêts ultérieurs ne bouleversent pas ce truisme. Une réglementation française qui limite l'octroi de la dénomination « Montagne » aux produits fabriqués en France et élaborés à partir de matières premières françaises est en « *elle-même* » discriminatoire et, partant, contraire à l'article 28²⁰⁴.

On notera que la notion de discrimination est appréciée avec une certaine souplesse, dans la mesure où une mesure étatique peut être qualifiée de discriminatoire sans que cette mesure « *[n']ait pour effet de favoriser l'ensemble des produits nationaux ou de ne défavoriser que les seuls produits importés à l'exclusion des produits nationaux* »²⁰⁵.

La qualification de restriction au sens du Traité, d'une entrave non tarifaire qui gêne *de jure* l'accès au marché, relève de l'évidence. Leur identification en termes juridiques ne semble pas problématique. La qualification de certaines entraves tarifaires nécessite cependant une analyse plus approfondie.

B. L'insuffisance d'une qualification formaliste de l'ensemble des entraves tarifaires et fiscales à l'accès au marché

²⁰³ CJCE, 17.6.1981, *Commission c. Irlande (souvenirs d'Irlande)*, 113-80, *Rec.*, p. 1625, pt 17 : « en subordonnant l'accès au marché national de ces souvenirs importés des autres États membres à la condition de l'apposition d'une mention d'origine qui n'est pas exigée pour les produits nationaux, il apparaît de manière non contestable que [la réglementation] constitu[e] une mesure discriminatoire ». La réglementation est considérée au pt 18 comme une mesure d'effet équivalent, en application de la « formule *Dassonville* ». V. aussi arrêt *Buy Irish*, préc. note 157, pts 26 et 27.

²⁰⁴ CJCE, 7.5.1997, *Proc. pén. c. J. Pistre e. a.*, C-321 à C-324/94, *Rec.*, p. I-2343, pt 45 : le problème juridique posé n'est donc pas purement interne, il n'y a pas de discrimination à rebours ; v. aussi C. cass., ch. crim., 18.9.1997, pourvoi n° 93-80109, Bull. n° 305, p. 1022. Sur cet arrêt, v. en particulier D. SIMON et F. LAGONDET, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, 7.1997, chron. n° 9, p. 7 ; v. aussi J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE*, 2001, p. 137, sp. 139 : « un produit importé n'entre donc jamais dans les conditions requises pour utiliser cette dénomination, ce qui constitue bien sûr un obstacle à sa commercialisation » ; TARAGAS H., « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement internes », *Mél. M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, p. 1499 ; RIGAUX A., *Lamy Procédures communautaires*, étude 146 ; SIMON D., « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? », *Europe*, 11.2008, p. 1, Repère n° 10.

²⁰⁵ Arrêt *Aragonesa de publicidad exterior et publivia*, préc. note 157, pt 24. Sans que cet arrêt ne soit cité, la CJCE applique cet attendu dans l'arrêt *Pistre* pour relever le caractère discriminatoire de la mesure ; certains produits nationaux, dont ceux du requérant, étaient défavorisés mais la qualification globale de la mesure a permis d'éviter une situation de discrimination à rebours.

Au-delà des droits de douanes qui sont levés entre les États membres depuis le 1^{er} juillet 1968 et qui auraient indéniablement relevé de cette catégorie²⁰⁶, le Traité appréhende deux types d'obstacles de nature pécuniaire, à savoir les taxes d'effet équivalant à des droits de douane (ci-après TEE), qui s'apparentent à des barrières douanières, et les impositions intérieures discriminatoires et protectrices, qui constituent des barrières d'ordre fiscal²⁰⁷. Ces charges se différencient non seulement par le moment de leur perception²⁰⁸, mais aussi par leur régime juridique²⁰⁹. Les TEE sont en elles-mêmes contraires au Traité en ce qu'elles entravent *de jure* l'accès au marché. Leur qualification formaliste est légitime (1). Les impositions intérieures discriminatoires ou protectrices sont contraires au Traité en ce qu'elles entravent *de jure* ou *de facto* l'accès au marché. Les secondes doivent alors l'objet d'une qualification plus élaborée (2).

1. La légitimité de la qualification formaliste d'une taxe d'effet équivalent

À la différence des obstacles non tarifaires dont l'interdiction est relative²¹⁰ et des impositions intérieures qui sont bien évidemment licites si elles ne sont ni discriminatoires ni protectrices, la prohibition des TEE en application de l'article 23 TCE (devenu 28 TFUE) est absolue. Même si la jurisprudence de la CJCE est constante en la matière, l'analyse de ces obstacles en termes de protection du marché national se révèle instructive pour notre recherche sur le critère de l'accès au marché.

En elle-même, la perception d'une taxe à raison du franchissement d'une frontière intracommunautaire constitue une « *entrave (...) pour la libre circulation des*

²⁰⁶ Les États qui ont intégré depuis cette date la Communauté puis l'Union européenne avaient évidemment levé leurs droits de douane lors de leur adhésion.

²⁰⁷ Au sens strict, un obstacle tarifaire fait référence à un droit de douane, de sorte que seules les taxes d'effet équivalent à un droit de douane puissent être considérées comme telles. On pourrait néanmoins considérer que les impositions intérieures qui affectent notamment les produits importés constituent le « tarif » à régler pour leur commercialisation. Il semble plus pertinent, cependant, de qualifier ces dernières d'obstacles fiscaux plutôt que tarifaires.

²⁰⁸ Les TEE sont sensées être perçues au moment du franchissement de la frontière tandis que les impositions intérieures seraient « indépendantes des mouvements transfrontaliers », selon l'expression de L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *in Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2005, § 341, qui développent en quoi TEE et impositions intérieures peuvent interférer. V. aussi, C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, Paris, 5^e éd., 2006, §§ 83 et 159.

²⁰⁹ Arrêt *IGAV*, préc. note 157, pt 13 : à la différence des TEE qui « doivent être purement et simplement supprimées », l'article 90 TCE prévoit « l'élimination de toute forme de discrimination, directe ou indirecte, dans le traitement des produits nationaux d'un État membre et des produits originaires des autres États membres ».

²¹⁰ Les mesures nationales non tarifaires restrictives peuvent être justifiées en vertu de l'article 30 CE. Les mesures nationales indistinctement applicables peuvent aussi répondre à une exigence impérative d'intérêt général. Cet aspect est développé *in* Partie 2, Titre 2, Ch. 1.

marchandises »²¹¹. Dès lors, une charge fiscale peut être qualifiée de TEE indépendamment de la démonstration d'un effet discriminatoire ou protecteur²¹². En effet, si la recherche d'un effet discriminatoire ou protecteur est accessoire, c'est que le caractère discriminatoire ou protecteur de ces mesures est présumé²¹³. Eu égard à la gravité de l'infraction, la Cour n'attache aucune importance à l'effet discriminatoire ou protecteur de la mesure en cause. De plus, une taxe est qualifiée de TEE « *alors même (...) que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale* »²¹⁴. Ainsi, même en l'absence de production nationale similaire ou concurrente²¹⁵, la taxe qui frappe un produit importé *parce qu'il pénètre le marché national*²¹⁶ constitue une TEE. De même, taxer un produit nouveau ou

²¹¹ CJCE, 1^{er}.7.1969, *Fonds social des ouvriers diamantaires*, 2 et 3-69, *Rec.*, p. 211, pt 14. L'expression est de jurisprudence constante. V. par ex. CJCE, 21.3.1991, *Commission c. Italie*, C-209/89, *Rec.*, p. I-1575, pt 7 ; CJCE, 9.2.1994, *Commission c. Italie*, C-119/92, *Rec.*, p. I-395, pt 44. Cette entrave est posée soit à leur importation ou à leur exportation. Les arrêts *Bauhuis c. Pays-Bas*, préc. note 179, et *Carbonati*, préc. note 156, concernent des TEE à des droits de douane posés à l'exportation. Les développements qui suivent s'intéressent surtout aux obstacles pécuniaires de nature douanière posés à l'importation ; le raisonnement est cependant transposable aux obstacles posés aux exportations, dans la mesure où la même définition est retenue.

²¹² Arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires*, préc. note 211, pt 18 : constitue une TEE « une charge pécuniaire, fût-elle minime [qui] frappe les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière (...) alors même (...) qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur ». Dans le même sens, CJCE, 1^{er}.7.1969, *Commission c. Italie*, 24-68, *Rec.*, p. 193, pt 9. La Cour élargit la définition des taxes d'effet équivalent proposée dans l'arrêt *Commission c. Belgique et Luxembourg*, préc. note 178, p. 828.

²¹³ D'après l'arrêt *Commission c. Belgique et Luxembourg*, préc. note 178, p. 828 : « [d]écidées unilatéralement après l'entrée en vigueur du Traité, ces aggravations d'un droit spécial perçu lors et à l'occasion de l'importation des produits en cause et frappant uniquement ces produits en raison de leur importation font présumer l'existence d'une discrimination et d'une protection ». Le caractère protecteur des barrières douanières ne fait aucun doute. V. aussi arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires*, préc. note 211, pt 12. Interdire une entrave à l'accès au marché qui serait dépourvue à la fois d'un caractère et d'un effet protecteur ou discriminatoire serait vide de sens. Ce n'est pas l'opinion défendue par P. PESCATORE in « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 325, sp. 335, selon qui « le critère du caractère « protecteur » ou « discriminatoire (...) est entièrement abandonné » dans les arrêts du 1^{er} juillet 1969. La taxe de statistique s'applique en effet à la fois à l'importation ou à l'exportation. Toutefois, l'existence de cette taxe constitue un obstacle à l'entrée et à la sortie, qui peut donc encourager le maintien des marchandises nationales sur le territoire national ou au contraire dissuader les importations. Selon nous, le caractère protecteur de la taxe ne fait pas de doute.

²¹⁴ Arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires*, préc. note 211, pt 18.

²¹⁵ V. par ex., CJCE, 22.4.1999, *CRT France International c. Directeur régional des impôts de Bourgogne*, C-109/98, *Rec.*, p. I-2237, pts 11 et 12, à propos de la taxe mise à la charge des fabricants, importateurs et personnes qui effectuent en France des livraisons de postes émetteurs-récepteurs fonctionnant sur les canaux banalisés, importés d'États membres ou de pays tiers.

²¹⁶ Par analogie avec l'expression « à raison du franchissement d'une frontière ». L'expression est interprétée largement par la Cour de justice, aussi bien en termes géographiques (V. en particulier les arrêts *Carbonati*, *Simitzi*, *Legros* et *Lancry*, précités note 156), qu'en termes temporels (v. par ex., CJCE, 22.3.1977, *Steinike et Weinling*, 78-76, *Rec.*, p. 595, pt 29).

un produit qui n'est pas fabriqué sur le territoire d'un État membre protège le marché national²¹⁷.

L'arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires* préfigure alors la distinction entre une analyse *en droit*, qui a trait à l'objet de la mesure et, ainsi, à son caractère, d'une analyse *en fait*, relative à l'application et donc à l'effet de la mesure. Alors que l'analyse juridique d'une taxe est suffisante pour relever les éléments constitutifs d'une TEE, une mesure étatique qui, en droit, est neutre à l'égard des produits importés et nationaux, doit être analysée en fonction de son application, afin d'identifier un effet protecteur ou discriminatoire²¹⁸.

On mentionnera simplement que les taxes perçues à raison du franchissement d'une frontière qui constituent soit des charges afférentes à des contrôles effectués pour satisfaire à des obligations imposées par le droit communautaire²¹⁹, soit la rémunération d'un service effectivement rendu à l'importateur, d'un montant égal audit service²²⁰, ne sont pas, en théorie, qualifiées de TEE²²¹. De même, les États membres réussissent parfois à démontrer que les charges pécuniaires litigieuses relèvent « *d'un régime général de redevances intérieures appréhendant systématiquement les produits nationaux et importés selon les mêmes critères* »²²², c'est-à-dire qu'elles satisfont aux conditions énoncées à l'article 90 TCE²²³ (devenu 110 TFUE). La condition de neutralité à l'égard des produits importés et nationaux, que doit remplir toute imposition intérieure, est appréciée strictement. Pour ce faire, il convient « *de tenir compte de la destination des charges pécuniaires perçues* »²²⁴, ce

²¹⁷ Sur cette condition et la distinction d'avec les impositions intérieures, v. CJCE, 7.5.1987, *Co-Frutta c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 193-85, *Rec.*, p. 2105, pt 10.

²¹⁸ C'est le cas pour certaines mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et étrangers. V. not. arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 185, pt 16.

²¹⁹ Arrêt *Bauhuis c. Pays-Bas*, préc. note 179, pts 26 à 31, dans lequel la Cour ne retient pas la qualification de TEE pour un droit de douane perçu à l'exportation. V. aussi CJCE, 27.9.1988, *Commission c. Allemagne*, 18-87, *Rec.*, p. 5427, pt 8, arrêt dans lequel la Cour ne retient pas la qualification de TEE à un droit de douane pour une redevance imposée à l'occasion de l'importation ou du transit.

²²⁰ CJCE, 17.5.1983, *Commission c. Belgique*, 132-82, *Rec.*, p. 1656. Les conditions ne sont pas réunies.

²²¹ Ce dernier moyen relève surtout de l'échappatoire au regard du peu de jurisprudences qui l'ont admis. Sans qu'il ne concerne spécifiquement les TEE, l'arrêt CJCE, 16.3.1983, *SIOT c. Ministère italien des finances*, 266-81, *Rec.*, p. 731, admet au pt 23 que la perception de droits n'est pas incompatible avec la liberté de *transit*, si ces redevances sont proportionnées au coût du service, tout en tenant compte notamment des avantages qui résultent pour l'opérateur de l'utilisation des installations portuaires en question. V. surtout CJCE, *Commission c. Italie*, C-119/92, préc. note 211, pts 46 à 47 : l'importateur choisit ou non de recourir aux services d'un expéditeur en douane professionnel, ce qui signifie que la taxe correspond à un service effectivement rendu à l'opérateur économique, de sorte que la qualification de TEE est exclue.

²²² CJCE, 19.6.1973, *C. Capolongo c. Azienda Agricola Maya*, 77-72, *Rec.*, p. 611, pt 12. V. aussi CJCE, 31.5.1979, *Denkavit c. France*, 132-78, *Rec.*, p. 1923, à propos d'une taxe d'effet équivalant à l'exportation.

²²³ Cf. deuxième sous-paragraphe du présent paragraphe.

²²⁴ Arrêt *Capolongo*, préc. note 222, pt 13, italiques ajoutées.

qui conduit à la distinction entre la compensation intégrale et la compensation partielle pour les produits importés, qui entraîne la qualification de TEE ou d'imposition intérieure illégale²²⁵. La distinction entre les impositions intérieures et les TEE réside seulement dans le fait que les secondes frappent exclusivement le produit importé ou exporté, les premières frappant à la fois produits importés et nationaux²²⁶.

Cette distinction d'ordre juridique doit être éclairée en termes d'accès au marché. En effet, une taxe d'effet équivalent constitue une restriction à l'accès au marché « par excellence » puisqu'elle est perçue parce que la marchandise en question pénètre le marché national. L'analyse économique d'une telle taxe n'est donc pas nécessaire car le produit visé n'est pas encore entré en concurrence avec les produits nationaux.

L'imposition intérieure vise des produits qui ont déjà accédé au marché. Dès lors, la qualification d'une taxation au regard de l'article 90 TCE peut créer davantage de difficultés, mais qui sont d'un remarquable intérêt pour notre étude.

2. La distinction entre les impositions intérieures discriminatoires ou protectrices, pivot de la différence entre les entraves *de jure* ou *de facto* à l'accès au marché

L'article 90 TCE (devenu 110 TFUE) se prête particulièrement bien à la distinction entre les mesures restrictives de l'accès au marché *de jure* et celles qui ne le restreignent que *de facto*. L'application de cet article peut servir de modèle à suivre pour l'ensemble du droit de la libre circulation, en ce que les secondes font l'objet d'une approche plus économique.

L'article 90 TCE a vocation à éliminer les impositions intérieures qui désavantagent les produits importés dans un État membre par rapport à celles qui pèsent sur les produits

²²⁵ Si une charge payée par les opérateurs économiques étrangers et nationaux est compensée intégralement pour les seuls opérateurs nationaux, cette charge constitue une TEE ; v. arrêt *Capolongo*, préc. note 222, pt 14. Si la compensation est partielle pour les produits importés mais complète pour les produits nationaux, l'imposition litigieuse est contraire à l'article 90 en raison de son caractère discriminatoire ; v. CJCE, 21.5.1980, *Commission c. Italie*, 73-79, *Rec.*, p. 1533, pts 15 et 22 ; CJCE, 11.3.1992, *Compagnie Commerciale de l'Ouest e. a. c. Receveur principal des douanes de La Pallice Port*, C-78 à 83/90, *Rec.*, p. I-1847, pt 27, à propos d'une taxe parafiscale ; CJCE, 2.8.1993, *Celulose Beira Industrial SA*, C-266/91, *Rec.*, p. I-4357, pts 16 et s. Dans l'arrêt *Steinike et Weinling*, préc. note 216, pt 28, 3^e al., la Cour considérait cependant que même dans le cas d'une compensation partielle, la qualification de TEE pouvait être maintenue. Même si la qualification de TEE semble plus grave, la qualification d'imposition intérieure illégale ou de TEE n'entraîne aucune différence pratique : la charge en question doit être éliminée ou modifiée pour rétablir l'égalité entre les produits nationaux et importés.

²²⁶ V. par ex., arrêt *Steinike et Weinling*, préc. note 216, pt 28, 2^e al.

nationaux de cet État²²⁷. Une imposition peut alors être maintenue si elle gêne autant l'accès au marché des produits importés que nationaux²²⁸. L'élimination d'une imposition intérieure est donc justifiée lorsque l'application d'une telle imposition, grevant à la fois produits nationaux et produits importés, défavorise spécifiquement ces derniers²²⁹. Il s'agit ici de réfléchir à la caractérisation de cet impact négatif, suivant que la mesure gêne explicitement ou non l'accès au marché des produits importés.

Le premier alinéa de l'article 90 s'applique si les produits nationaux et importés imposés sont similaires²³⁰. Ainsi, la Cour rappelle qu'un régime qui a pour effet d'exclure « *d'avance* » les produits nationaux similaires du régime de taxation le plus lourd est discriminatoire²³¹. Lorsque la similitude entre le produit importé taxé et d'autres produits nationaux ne peut être établie avec précision, l'alinéa 2 implique d'analyser si ces produits se trouvent « *dans un rapport de concurrence même partielle, indirecte ou potentielle* », afin d'appréhender « *toute forme de protectionnisme fiscal indirect* »²³². Un impôt qui favorise les produits nationaux dans leur rapport concurrentiel avec les produits importés doit ainsi être supprimé²³³. Par exemple, la surcharge fiscale imposée par le Royaume-Uni au vin en provenance des autres États membres est contraire à l'article 90, alinéa 2, parce que cette surcharge « *[imprime] au vin le caractère d'un produit de luxe qui ne peut guère constituer aux yeux du consommateur une alternative réelle par rapport à la [bière]* »²³⁴. Cette alternative impliquerait que le produit puisse avoir accès au marché dans des conditions équitables par rapport à la production nationale de bière concurrente. *A priori*, la nécessité d'examiner ce rapport concurrentiel empêche donc d'appréhender formellement ce type d'impositions.

²²⁷ Les différences de taxation entre les produits nationaux destinés à l'exportation et ceux destinés au marché national font l'objet de l'article 91 TCE.

²²⁸ CJCE, 27.11.2003, *Enirisorse SpA c. Ministero delle finanze*, C-34 à C-38/01, *Rec.*, p. I-14243, sp. pt 60 : une taxe portuaire appliquée à toutes les marchandises chargées ou déchargées dans le port concerné ne discrimine pas les produits importés, de sorte que cette taxe relève d'un système général d'impositions intérieures licite. L'accès au marché n'est donc pas moins gêné pour les produits importés que pour les produits nationaux.

²²⁹ Une compensation totale pour les produits nationaux du paiement d'une telle charge pécuniaire constitue une TEE, v. paragraphe précédent.

²³⁰ CJCE, 17.2.1976, *Rewe Zentrale c. Hauptzollamt Landau Pfalz*, 45-75, *Rec.*, p. 181 : il s'agit de produits qui « présentent au regard des consommateurs des propriétés analogues ou répondent aux mêmes besoins ».

²³¹ CJCE, 29.4.2004, *H. et I. Weigel c. Finanzlandesdirektion für Vorarlberg*, C-387/01, *Rec.*, p. I-4981, pt 86. Il en va de même lorsque les produits les plus lourdement taxés sont « par leur nature » des produits importés.

²³² CJCE, 27.2.1980, *Commission c. France*, 168-78, *Rec.*, p. 347, pt 6.

²³³ CJCE, 7.5.1987, *Commission c. Italie*, 184-85, *Rec.*, p. 2013, relatif à un impôt de consommation sur les bananes (application de l'article 90 al. 2).

²³⁴ CJCE, 12.7.1983, *Commission c. Royaume-Uni (Vin et Bière II)*, 170-78, *Rec.*, p. 2265, pt 27. Le 27.2.1980, la Cour jugeait, tout en relevant une « tendance protectrice à l'égard des importations de vin » à propos de ce régime fiscal, qu'elle ne disposait pas des éléments suffisants pour statuer (*Rec.*, p. 417, sp. pt 24).

Or, la question de savoir si les produits importés sont similaires ou seulement dans un rapport de concurrence avec les produits nationaux est délicate en l'absence de production nationale²³⁵. Face à cette difficulté d'interprétation de l'article 90, la Cour préfère opter dans certains cas pour une analyse globale²³⁶. À cet égard, il peut sembler inapproprié d'opposer « *production nationale similaire ou concurrente* »²³⁷ puisque produits importés et produits nationaux similaires entrent en concurrence entre eux²³⁸. Ceci constitue un élément justifiant l'approche globale lorsque l'imposition n'est pas explicitement discriminatoire.

Il convient alors d'établir une distinction entre les impositions explicitement discriminatoires relevant de l'alinéa 1^{er} de cet article, qui affecteraient *de jure* l'accès au marché des produits importés, et l'ensemble des autres impositions illicites au regard de cet article qui défavorisent *de facto* l'accès au marché des produits importés. La seconde catégorie inclurait non seulement les discriminations indirectes au sens de l'article 90 alinéa 1 si les produits importés imposés sont similaires aux produits nationaux, mais également les impositions intérieures protectrices si les produits importés imposés sont seulement dans un rapport de concurrence avec les produits nationaux (celles-ci relevant traditionnellement du 2nd alinéa)²³⁹. Certes, pour les deux catégories, la raison de l'incompatibilité d'une imposition intérieure avec le droit communautaire est que le prélèvement lui-même constitue une gêne pour l'accès au marché des produits importés. Néanmoins, au-delà des modalités de perception de la taxe et de l'assiette de celle-ci qui ne dépendent, elles, que de l'énoncé de la règle, la seconde catégorie nécessite une analyse du rapport concurrentiel entre les produits importés et les produits nationaux, même dans le cas où les produits sont similaires.

²³⁵ V. à ce propos les arrêts CJCE, 11.12.1990, *Commission c. Danemark*, 47-88, *Rec.*, p. 4509 et CJCE, 17.6.2003, *De Danske Bilimportører*, C-383/01, *Rec.*, p. I-6065, à propos de l'imposition de véhicules automobiles au Danemark. A. RIGAUX, *in note sous l'arrêt De Danske Bilimportører, Europe*, 8.2003, comm. 290, p. 25, sp. 27 se demande s'il ne serait pas pertinent dans ce type de situation de « consacrer la notion de taxe d'effet équivalant à un droit de douane à caractère fiscal », qui figure à l'article 25 TCE. Néanmoins, nous estimons ici que l'analyse globale de l'article 90 peut permettre d'appréhender convenablement les impositions exorbitantes telles que celles en cause dans ces arrêts. Cette question est développée *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, A, 1.

²³⁶ Arrêt *Commission c. France*, 168-78, préc. note 232, pt 13 : « l'article [90], pris globalement, peut jouer indistinctement pour tous les produits concernés. Il suffit dès lors d'examiner si l'application d'un système fiscal national déterminé est de nature discriminatoire ou, le cas échéant, protecteur, c'est-à-dire s'il existe une différence de taux ou des modalités d'imposition, et si cette différence est susceptible de favoriser une production nationale déterminée ».

²³⁷ V. not., arrêt *Commission c. Danemark*, préc. note 235, pt 10, comme la formulation du Traité l'y invite.

²³⁸ Pourquoi la Cour ne préférerait-elle pas l'expression « produits similaires et/ou concurrents » ?

²³⁹ La distinction entre une imposition indirectement discriminatoire (al. 1) et une imposition protectrice (al. 2) est en effet particulièrement délicate.

D'ailleurs, que les produits soient similaires ou qu'ils se trouvent dans un rapport de concurrence, la Cour sanctionne une différence de taxation « *qui influence (...) le marché des produits en cause en diminuant la consommation potentielle des produits importés* »²⁴⁰. Un régime fiscal national qui tend à éliminer un avantage concurrentiel des produits importés par rapport aux produits nationaux est contraire à l'article 90 CE²⁴¹. Il nous semble que l'effet d'une réglementation protectrice ou indirectement discriminatoire est similaire du point de vue des importateurs. Sauf dans le cas où l'imposition est explicitement discriminatoire, il est alors essentiel d'analyser en droit et en fait la situation litigieuse, afin de déterminer si l'application de l'imposition est neutre à l'égard des produits importés et nationaux²⁴². La jurisprudence relative à l'article 90 contient donc en germe l'appréciation économique des effets restrictifs des réglementations étatiques sur les échanges²⁴³.

Quelle que soit la nature de l'obstacle, la CJCE reconnaît donc systématiquement la contrariété avec le Traité des mesures nationales tarifaires et fiscales entravant *de jure* l'accès au marché national de biens importés²⁴⁴. La jurisprudence qui concerne l'article 90 souligne cependant l'insuffisance d'une qualification formelle des mesures fiscales qui entravent *de facto* l'accès au marché. Des conclusions similaires peuvent être formulées à l'issue de l'analyse des mesures non tarifaires qui gênent *de facto* l'accès au marché des produits importés.

II. L'imperfection de la qualification formaliste des mesures nationales qui entravent *de facto* l'accès au marché des produits importés

Il s'agit ici de montrer de quelle manière une réglementation nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et importés est qualifiée de mesure d'effet équivalant à une

²⁴⁰ Arrêt *Commission c. Italie*, préc. note 233, pt 13. La Cour releva ainsi la nature protectrice du régime fiscal considéré mais seulement en ce qui concerne les bananes fraîches (pt 14).

²⁴¹ CJCE, 9.3.1995, *Fazenda Pública et Ministério Público c. A. J. Nunes Tadeu*, C-345/93, *Rec.*, p. I-479, pt 18 ; v. aussi CJCE, 9.5.1985, *Humboldt c. Directeur des services fiscaux*, 112-84, *Rec.*, p. 1367, pt 15. L'anéantissement de cet atout compétitif est l'effet inéluctable d'une imposition qui discrimine les produits importés ou qui protège la production nationale. Dans l'arrêt *Weigel*, préc. note 231, pt 87, cette question est posée eu égard au caractère discriminatoire et non pas protecteur d'une taxation perçue lors de l'immatriculation des véhicules d'occasion.

²⁴² V. not. arrêt *Commission c. Danemark*, préc. note 235, pt 9 : l'article 90 vise à « garantir la parfaite neutralité des impositions intérieures au regard de la concurrence entre produits nationaux et produits importés ». Évidemment, cela limite la souveraineté fiscale des États membres.

²⁴³ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, qui développe la nécessité d'une appréciation économique des effets restrictifs des réglementations sur les échanges, et Partie 2, Titre 1, Ch. 1, à propos de la nécessité d'une délimitation préalable du marché.

²⁴⁴ Ceci met à part les mesures s'appliquant spécifiquement aux exportations qui affectent l'accès aux marchés étrangers de certains biens nationaux. Elles sont néanmoins systématiquement jugées contraires au Traité.

restriction quantitative en ce qu'elle entrave *de facto* l'accès au marché des produits importés. La comparaison de l'application des mesures litigieuses aux produits nationaux et importés est alors requise (A). Cette comparaison est essentielle dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, qui exclut en apparence certaines mesures du champ d'application de l'article 28 TCE. Il convient d'expliciter les enjeux de cet arrêt controversé, notamment en ce qu'il a donné lieu à une appréhension formaliste des mesures susceptibles de relever de cet article (B).

A. La nécessité d'une comparaison de l'application des mesures indistinctement applicables aux produits importés et nationaux

La « formule *Dassonville* » est décisive en matière de libre circulation des marchandises. Il convient de définir précisément quel est l'impact de cet arrêt sur la comparaison de l'application d'une réglementation aux produits importés et nationaux, afin de préciser l'importance de cette comparaison dans l'utilisation du critère de l'accès au marché. Globalement, il s'agit d'examiner l'incidence de cet arrêt sur l'utilisation du critère de l'accès au marché (1). En apparence, l'application de la théorie des exigences impératives permet de pallier la largesse de la définition de l'entrave qui résulte de l'arrêt *Dassonville*. L'arrêt *Cassis de Dijon* propose une méthode d'analyse qui attache de l'importance à l'effet des réglementations litigieuses sur les opérateurs qui font usage de la libre circulation des marchandises (2).

1. L'incidence de l'arrêt *Dassonville* sur l'utilisation du critère de l'accès au marché dans la comparaison de l'incidence d'une mesure nationale sur les produits importés et nationaux

Que les mesures nationales non tarifaires litigieuses soient de nature discriminatoire ou indistinctement applicables aux produits importés et nationaux, la Cour se réfère presque de façon systématique à la définition des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives qui figure dans l'arrêt *Dassonville*²⁴⁵. Selon la Cour, des mesures destinées à

²⁴⁵ CJCE, 11.7.1974, *Proc. du Roi c. B. et G. Dassonville*, 6 et 7-74, *Rec.*, p. 837, pt 5 : « toute réglementation commerciale des États membres, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ». Même si le terme « importation » n'est pas mentionné dans cette définition, celle-ci n'est pas appliquée dans le domaine des exportations puisque ne sont appréhendées que les mesures nationales qui leur sont spécifiquement applicables. La notion de commerce intracommunautaire englobe pourtant importations et exportations. V. également « les corrections nécessaires » à cette définition, détaillées par A. et G. DECOCQ in *Droit européen des affaires*, LGDJ, Paris, 2003, sp. p. 406-407. Cette affaire est relative à l'exigence d'une pièce officielle délivrée par le gouvernement de l'exportateur pour les produits à appellation d'origine, en l'espèce du whisky en provenance du Royaume-Uni. Même si l'exigence en question vise tous les

prévenir des pratiques déloyales relativement au non-respect du produit à appellation d'origine ne peuvent avoir « pour effet d'entraver le commerce entre les États membres »²⁴⁶, ce qui est le cas d'une « formalité que les importateurs directs seraient pratiquement seuls en mesure de satisfaire sans se heurter à de sérieuses difficultés »²⁴⁷. Cette différence de traitement dans l'application de la réglementation permet à la Cour de retenir la qualification de mesure d'effet équivalent. En s'appuyant sur l'arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires*, l'avocat général TRABUCCHI considère que « les mesures considérées (...) constituent une charge non justifiée pour les importateurs »²⁴⁸, même en l'absence de caractère discriminatoire ou protectionniste. Conformément aux analyses menées précédemment²⁴⁹, la Cour de justice distingue l'analyse en droit de l'application en fait de la mesure litigieuse. Même si aucune différence de traitement entre produits importés et produits nationaux ne figure dans la réglementation elle-même, est sanctionnée en revanche la différence de traitement entre opérateurs se fournissant directement auprès de l'État producteur et ceux se fournissant auprès d'importateurs situés dans d'autres États membres, qu'on ne peut relever qu'en analysant l'application de la réglementation litigieuse.

Au-delà de la largesse de l'interprétation qui a été faite de cette définition des mesures d'effet équivalent²⁵⁰, cette ébauche de distinction entre une analyse en fait et une analyse en droit apparaît essentielle pour une réflexion sur l'accès au marché dans le cadre du marché intérieur²⁵¹. La définition des mesures d'effet équivalent implique de se détacher de la lettre de la réglementation, de son objet, pour analyser en détail si son application gêne de manière indirecte ou potentielle la commercialisation des produits importés davantage qu'elle ne gêne celle des produits nationaux. Ainsi, David O'KEEFFE et Antonio F. BAVASSO estiment que la définition « Dassonville » « permet un élargissement du concept de libre circulation vers

importateurs, quel que soit le lieu de leur établissement ou la provenance de la marchandise, cette mesure s'applique différemment suivant que les marchandises sont en provenance directe ou non de l'État producteur.

²⁴⁶ *Idem*, pt 6, non italiques ajoutées.

²⁴⁷ *Idem*, pt 8. Les concl. av. gén. A. TRABUCCHI précisait d'ailleurs que la France ne connaissait pas de réglementation analogue relativement au certificat d'origine.

²⁴⁸ Concl. av. gén. A. TRABUCCHI rendues pour l'arrêt *Dassonville*, préc. note 245, sp. 859, en réf. à l'arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires*, préc. note 211, dans lequel la Cour appréhende pour la première fois une taxe d'effet équivalent indépendamment de toute discrimination en fait.

²⁴⁹ V. en particulier I. B. 1 et 2. de la présente section.

²⁵⁰ V. not. concl. av. gén. Y. BOT pour l'arrêt *Commission c. Italie*, C-110/05, préc. note 171, pt 56.

²⁵¹ Il s'agissait dans l'arrêt *Dassonville* d'une question d'accès au marché : les commerçants qui se procuraient les produits en libre pratique en France éprouvaient davantage de difficultés pour commercialiser leurs produits sur le marché belge que ceux qui importaient directement les produits auprès de l'État producteur.

une approche plus économique basée sur le concept d'accès au marché »²⁵². Dépasser le caractère apparemment neutre de la réglementation, qui ne peut être le fruit que d'une lecture en termes juridiques de celle-ci, et comparer l'impact de cette réglementation pour les produits importés et nationaux, constitue effectivement une approche plus économique. Or, l'utilisation du critère de l'accès au marché comme moyen d'identifier des restrictions aux échanges indépendamment du caractère indistinctement applicable de la réglementation suit le développement de l'analyse axée sur la comparaison de l'incidence d'une mesure nationale sur les produits importés et nationaux.

Ce fut le cas à propos de la conformité à l'article 28 TCE d'un arrêté indistinctement applicable aux produits importés et nationaux qui établit des listes de médicaments qui ne peuvent pas être délivrés – ou qui ne peuvent être délivrés que moyennant une autorisation préalable de la Caisse de maladie –, en raison notamment de l'existence de médicaments moins onéreux aux effets thérapeutiques similaires. La Cour analyse à quelles conditions l'accès au marché des produits importés est possible²⁵³. La CJCE a également appréhendé en termes d'accès au marché une législation indistinctement applicable qui oblige les fournisseurs de spécialités pharmaceutiques établis dans un autre État membre d'entretenir dans l'État membre d'importation des locaux et un équipement technique répondant aux exigences légales de cet État, aux fins d'être admis à fournir les pharmaciens locaux²⁵⁴. La règle en question constitue une mesure d'effet équivalent, en dépit de son caractère indistinctement applicable, parce les opérateurs économiques ressortissants d'autres États membres sont contraints de disposer de plusieurs installations de stockage dans différents États membres²⁵⁵.

²⁵² O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F., « Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line », in O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F. (dir.), *Mél. Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 2000, p. 541, sp. 546, notre traduction.

²⁵³ CJCE, 7.2.1984, *Duphar BV e. a. c. État néerlandais*, 238-82, *Rec.*, p. 523, pt 21. La Cour rejette l'argumentation des sociétés pharmaceutiques requérantes selon qui l'arrêté rend impossible la mise sur le marché de certains médicaments (pt 8).

²⁵⁴ CJCE, 27.5.1986, *Société coopérative des laboratoires de pharmacie Legia et L. Gyselinx et fils – Cophalux c. Ministre de la Santé*, 87 et 88-85, *Rec.*, p. 1707, pt 13 : « cette obligation serait susceptible [selon les requérantes] d'entraîner des frais supplémentaires pour les importateurs et de rendre difficile, voire impossible l'accès au marché de l'État membre d'importation ».

²⁵⁵ *Idem*, pts 15 et 16. Cela gêne en particulier les fournisseurs ne souhaitant pas exercer l'activité de grossiste.

Dans d'autres cas, la comparaison de l'affectation de la règle n'est pas effectuée de manière précise. L'arrêt *Smanor* en témoigne²⁵⁶. Il y est jugé que l'interdiction d'utiliser la dénomination « yoghourt » est susceptible de rendre la commercialisation des produits importés surgelés plus difficile²⁵⁷. Cependant, aucune comparaison entre la commercialisation des produits importés et celle des produits nationaux n'a été opérée²⁵⁸. Or, cette réglementation commerciale gêne autant les produits importés que les produits nationaux²⁵⁹. Même si la commercialisation des produits nationaux surgelés est autant affectée, seule prime la considération selon laquelle la commercialisation des produits importés est impossible en utilisant la dénomination litigieuse²⁶⁰. Cette approche risque d'englober l'ensemble des mesures qui affectent les échanges et mérite, pour cette raison, d'être revue.

Toutefois, la comparaison de l'impact d'une réglementation sur les biens importés et domestiques peut être assez succincte, même lorsqu'il existe une production nationale susceptible d'être concurrencée par les produits importés. La Cour condamne par exemple la règle allemande qui interdit non seulement la mise sur le marché de bière contenant des additifs mais aussi la commercialisation, sous la dénomination « bier », de bières fabriquées à partir de malt de céréales qui ne sont pas répertoriés²⁶¹. « *Il n'est pas contesté* » que l'application de cette règle à des bières fabriquées dans d'autres États membres est susceptible d'entraver leur importation en Allemagne, alors qu'un étiquetage du produit permet

²⁵⁶ CJCE, 14.7.1988, *Proc. de redressement judiciaire c. Smanor SA*, 298-87, *Rec.*, p. 4489, pt 25, qui montre que la législation française est condamnée seulement en ce qu'elle peut viser les produits importés : « l'article [28] du traité s'oppose à ce qu'un État membre applique aux produits importés d'un autre État membre où ils sont légalement produits et commercialisés, une réglementation nationale qui réserve le droit d'utiliser la dénomination « yaourts » aux seuls yaourts frais, à l'exclusion des yaourts surgelés ». *Idem*, pt 4 : « Le tribunal de commerce (...) a estimé que les difficultés de trésorerie de Smanor (...) étaient liées à la réglementation française en matière de yaourts dans la mesure où elle avait pour effet de contraindre Smanor soit à renoncer à ses débouchés français, soit à vendre ses yaourts dans l'illégalité ». Ceci inclut implicitement un élément d'extranéité qui est interprété de manière extensive par la Cour : si la réglementation constitue une restriction pour les débouchés français pour une société française, elle peut gêner les débouchés des produits étrangers sur le territoire national.

²⁵⁷ *Idem*, pt 12.

²⁵⁸ Concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour l'arrêt *Smanor*, préc. note 256, pt 16 : « Si l'extension aux produits importés d'une obligation d'utiliser une certaine dénomination sur l'étiquette n'exclut pas, de façon absolue, l'importation dans l'État membre concerné de produits originaires d'autres États membres (...) elle peut néanmoins rendre leur commercialisation plus difficile[et] est ainsi susceptible d'entraver au moins indirectement, les échanges entre les États membres », en réf. à CJCE, 16.12.1980, *Fietje*, 27-80, *Rec.*, p. 3839, pt 10. L'avocat général n'explique pas en quoi la commercialisation est plus difficile pour les produits importés.

²⁵⁹ Il s'agit ainsi d'une discrimination à rebours. Sur cette question, v. les art. de doctrine cités note 204.

²⁶⁰ Cette question est abordée plus en détail in Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, B, 1.

²⁶¹ CJCE, 12.3.1987, *Commission c. Allemagne (Loi allemande de pureté de la bière)*, 178-84, *Rec.*, p. 1227 ; v. aussi CJCE, 12.3.1987, *Commission c. Grèce*, 176-84, *Rec.*, p. 1193, dispositif similaire.

d'informer les consommateurs sur les différents ingrédients utilisés pour le brassage²⁶². Il va de soi que l'application de la mesure gêne davantage l'accès au marché des bières fabriquées légalement dans d'autres États membres que celles qui sont brassées en Allemagne. Dans l'arrêt *Sandoz*, il est jugé que l'article 28 s'oppose à une réglementation indistinctement applicable qui interdit, sauf autorisation préalable, la commercialisation de denrées alimentaires auxquelles de la vitamine a été ajoutée. « *Il est apparent* » qu'une telle réglementation est susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire, dans la mesure où la commercialisation des produits en question est conditionnée par l'obtention d'une autorisation²⁶³.

Les mesures qui empêchent la commercialisation d'un produit en raison de sa composition ou qui soumettent un produit à autorisation préalable entravent de manière évidente le commerce intracommunautaire. En effet, dans ces cas, l'accès au marché national d'un produit importé est empêché. Néanmoins, l'incidence plus forte d'une mesure nationale sur les produits importés n'est pas aisée à déterminer lorsque l'accès est simplement gêné, c'est-à-dire lorsque l'exercice de l'activité économique est affecté. Dans ces cas, la comparaison précise de l'affectation de la mesure litigieuse sur les opérateurs nationaux et sur ceux qui font usage de la liberté de circulation est cruciale aux fins de déterminer si la réglementation est contraire au droit communautaire. L'application du principe de la reconnaissance mutuelle souligne l'importance de cette comparaison.

2. La qualification des mesures indistinctement applicables entravant davantage l'accès au marché des produits importés par le biais de la reconnaissance mutuelle

Sans que cet arrêt ne mentionne cette expression, le principe de reconnaissance mutuelle est communément rattaché à l'arrêt *Cassis de Dijon*. La Cour de justice prend acte en l'espèce de l'irréalisme d'une harmonisation totale des réglementations nationales relatives aux produits²⁶⁴. Elle tolère ainsi les gênes à l'accès au marché qui répondent à des exigences

²⁶² Arrêt *Commission c. Allemagne*, préc. note 261, pts 29 et 35.

²⁶³ Arrêt *Sandoz*, préc. note 181, pt 8.

²⁶⁴ CJCE, 20.2.1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, 120-78, *Rec.*, p. 649, pt 8 : « les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ».

impératives d'intérêt général²⁶⁵, afin de limiter la largesse de la définition des mesures d'effet équivalent. Il convient d'abord de saisir les enjeux du principe de la reconnaissance mutuelle eu égard au critère de l'accès au marché, avant de comprendre comment cet arrêt oriente l'analyse des réglementations en fonction de leur effet différent sur les produits nationaux et importés.

En apparence favorable aux États membres – de nouveaux moyens peuvent être invoqués pour justifier le maintien de réglementations nationales –, la reconnaissance mutuelle a pour objet d'améliorer l'interpénétration économique dans le marché intérieur²⁶⁶. Dans les secteurs qui ne sont pas harmonisés, ou qui ne le sont que partiellement, un produit fabriqué conformément à un processus réglementé dans un État membre doit pouvoir accéder aux autres marchés nationaux, même si ceux-ci légifèrent différemment dans ce domaine²⁶⁷. La Commission explicite cette approche dans une communication relative à l'arrêt *Cassis*. Selon elle, « tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout État membre »²⁶⁸. Cela fait écho au principe du libre accès des produits au marché²⁶⁹. Le *Livre blanc* de 1985 détaille les moyens de le mettre en œuvre :

« [L]es biens fabriqués et commercialisés dans un État membre doivent avoir libre accès aux autres États membres. Dans les cas où l'harmonisation des règles et des normes n'est pas considérée comme essentielle du point de vue de la santé et de la sécurité et du point de vue industriel, c'est la reconnaissance

²⁶⁵ Arrêt *Cassis de Dijon*, préc. note 264, pt 14 : un « but d'intérêt général » peut être « de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises », mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Sur l'élargissement des exigences impératives, v. Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I., introduction notamment.

²⁶⁶ V. not. Communication de la Commission, *Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle*, JO C 265 du 4.11.2003, p. 2.

²⁶⁷ Le fait qu'un secteur soit harmonisé totalement ou partiellement influence la marge de manœuvre laissée aux États membres pour légiférer dans le secteur en question. Si le secteur est harmonisé partiellement, le recours à des justifications tirées de l'article 30 reste possible. V. en particulier, CJCE, 23.6.1993, *Gallagher*, C-11/92, *Rec.*, p. I-3545 et CJCE, 22.10.2002, *National Farmer's Union*, C-241/01, *Rec.*, p. I-9079.

²⁶⁸ Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, JO C 256 du 3.10.1980, p. 2. Le champ lexical est sévère : « le bon fonctionnement du marché commun exige que chaque État membre tienne compte également des exigences légitimes des autres États membres » ; les dérogations au principe ne seront acceptées « que dans des conditions très strictes » ; « la Commission devra (...) s'attaquer à un ensemble de réglementations commerciales (...) dans tous les cas où les entraves résultant de telles réglementations ne sauraient être acceptées au sens des critères très stricts énoncés par la Cour ».

²⁶⁹ V. l'arrêt *Sandoz*, préc. note 181. V. aussi concl. av. gén. F. JACOBS, présentées pour l'arrêt *Leclerc-Siplec*, préc. note 174, pt 41 (cité à la note 183).

pleine et entière de normes de qualité différentes, de règles de composition des aliments différentes, qui doit être la règle »²⁷⁰.

Selon la Commission, tous les obstacles réglementaires doivent être supprimés, chaque État devant admettre sur son territoire les produits qui respectent les exigences normatives de l'État membre d'origine. L'arrêt *Cassis de Dijon* a donc eu un effet considérable sur la libre circulation des marchandises, qui dépasse la tolérance apparente des obstacles au commerce répondant à des exigences impératives d'intérêt général. Dans l'objectif d'assurer « *aux industriels de la Communauté une plus large liberté des échanges* »²⁷¹, la Communication de 1980 annonce explicitement un développement du contentieux, au moins à l'initiative de la Commission. Si la Communauté est « *plus respectueuse des diversités nationales* »²⁷², il semble que cela soit à l'avantage des produits qui circulent d'un État membre à l'autre, plutôt qu'à la faveur des règles qui encadrent les marchés sur lesquels ces produits accèdent.

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Cassis* souligne l'appréciation stricte dont font l'objet les réglementations nationales indistinctement applicables susceptibles de gêner davantage les importations, en ce que compris les contrôles, essais ou analyses équivalents qui sont effectués dans l'État membre d'origine. Ainsi, un État peut exiger l'homologation préalable de produits désinfectants, même si cette agrégation a eu lieu dans l'État membre d'origine. Cependant, « *[l]es autorités ne sont pas en droit d'exiger sans nécessité les analyses techniques ou chimiques ou des essais de laboratoire lorsque les mêmes analyses et essais ont déjà été effectués dans un autre État membre* »²⁷³. Ne pas avoir à suivre de nouveaux tests identiques facilite évidemment la pénétration d'un produit depuis un autre État membre. L'État membre qui fait procéder à des tests doit démontrer leur nécessité en avançant une exigence impérative d'intérêt général de nature à justifier l'entrave. L'équivalence des règles et spécifications techniques est assez similaire²⁷⁴. Les législateurs nationaux doivent donc

²⁷⁰ Commission, *Livre blanc – L'achèvement du Marché intérieur*, COM (85) 310 final, 14.6.1985, § 77, italiques ajoutés.

²⁷¹ Communication de la Commission de 1980, préc. note 268, dernier paragraphe. L'accent est mis sur l'industrie, alors que la libre circulation des marchandises ne s'applique bien évidemment pas seulement à elle.

²⁷² Selon le titre de l'article de A. MATTERA, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis de Dijon" et le principe de reconnaissance mutuelle ; Instruments au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, 4/1992, p. 13.

²⁷³ CJCE, 17.12.1981, *Proc. pén. c. Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV*, 272-80, *Rec.*, p. 3277, pt 16.

²⁷⁴ CJCE, 28.1.1986, *Commission c. France*, 188-84, *Rec.*, p. 419, pt 16 : « [Un État membre] n'est pas en droit d'empêcher la commercialisation d'un produit provenant d'un autre État membre qui équivaut, quant au niveau de protection de la santé et de la vie des personnes, à celui que la réglementation nationale entend assurer ou établir ».

s'imprégner des principes de la libre circulation des marchandises avant de réglementer un domaine particulier²⁷⁵.

Les mesures d'autorisation de commercialisation préalable²⁷⁶ sont également scrutées par la Cour de justice en ce qu'elles gênent l'accès au marché des produits en dépit de leur caractère indistinctement applicable aux produits importés et nationaux²⁷⁷.

Ces éléments démontrent que des mesures indistinctement applicables peuvent affecter *spécifiquement* l'accès au marché des produits importés²⁷⁸. Seule une analyse de l'application de la règle, *de facto*, permet d'arriver à une telle conclusion. L'arrêt *Cassis de Dijon* est éloquent à ce propos :

« L'effet pratique de [telles] prescriptions consiste principalement à assurer un avantage aux boissons spiritueuses à forte teneur alcoolique, en éloignant du marché national les produits d'autres États membres ne répondant pas à cette spécification »²⁷⁹.

L'arrêt *Cassis* souligne ainsi l'importance de la comparaison de l'affectation d'une mesure nationale lorsqu'une réglementation n'empêche pas l'accès mais entrave la mise d'un produit dans le marché d'un autre État membre. Cette comparaison permet en théorie de limiter la qualification de mesures d'effet équivalent aux seules réglementations dont l'effet protecteur est démontré.

Au-delà de la nécessité de comparer l'affectation de l'application des réglementations litigieuses aux opérateurs qui font usage d'une liberté et aux opérateurs nationaux, les développements précédents soulignent l'importance d'une qualification précise des

²⁷⁵ Communication de la Commission, *Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre...*, préc. note 266 ; la Commission y propose notamment que les législations nationales insèrent une clause de reconnaissance mutuelle à l'art. 6.1.

²⁷⁶ V. not. les arrêts *Sandoz*, préc. note 181, *Loi allemande de pureté de la bière*, préc. note 261 et CJCE, 5.2.2004, *Commission c. Italie*, C-270/02, *Rec.*, p. I-1559.

²⁷⁷ À la lumière de la jurisprudence relative à la soumission de l'importation de produits contenant des additifs autorisés dans d'autres États membres à une autorisation préalable, A. MATTERA, article préc. note 272, sp. p. 57 estime que : « Une telle autorisation n'est (...) admissible que si elle est prescrite également pour les produits nationaux (...). Il en résulte que le recours à une telle autorisation ne saurait être exigé pour les produits ne comportant aucun risque pour la santé. Ainsi, les différences de composition ne peuvent être invoquées à cet effet ; seule l'exigence d'un étiquetage informatif approprié peut être imposée en vue de l'accès d'un produit au marché national. En outre, la procédure d'autorisation préalable ne saurait être justifiée en principe pour tous les produits contenant des additifs, mais seulement pour ceux qui présentent des risques pour la santé ».

²⁷⁸ Les mesures discriminatoires n'ont donc pas le monopole de l'affectation spécifique de l'accès au marché, même si cette affectation joue au stade de l'énoncé de la règle pour celles-ci, et au stade de l'application de la règle pour les autres.

réglementations dont la contrariété avec le droit communautaire ne peut ressortir que d'une analyse de leur effet pratique. Ces règles litigieuses n'empêchent pas l'accès au marché mais en limitent seulement l'intérêt, c'est-à-dire qu'elles affectent l'exercice de l'activité économique consistant à commercialiser des biens dans d'autres États.

Dès lors, en proposant une analyse juridique et factuelle des mesures indistinctement applicables aux produits importés et nationaux par le biais de considérations relatives à l'accès au marché, l'arrêt *Keck et Mithouard* peut être interprété comme améliorant la cohérence de jurisprudence communautaire antérieure en soulignant l'intérêt de la distinction entre les mesures qui empêchent l'accès de celles qui affectent seulement l'exercice de l'activité économique. Pourtant, cet arrêt a contribué à une accentuation de la qualification formaliste de l'entrave.

B. L'insuffisance d'une qualification formaliste de l'entrave étatique à l'accès au marché de restriction à la libre circulation à l'issue de l'arrêt *Keck et Mithouard*

L'arrêt *Keck et Mithouard* concerne l'interdiction française de la revente à perte qui figure dans l'ordonnance française de 1986²⁸⁰. Or, dans l'objectif explicitement affiché de limiter le contentieux en la matière²⁸¹, la Cour de justice subdivise les mesures étatiques indistinctement applicables aux produits importés et nationaux en deux types : celles relatives « *aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leurs poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement)* »²⁸² et celles « *qui interdisent ou limitent*

²⁷⁹ Arrêt *Cassis de Dijon*, préc. note 264, pt 14, 2^e al., à propos de l'exigence d'une teneur alcoolique minimale.

²⁸⁰ Ordonnance 86-1243 du 1^{er}.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9.12.1986, p. 14773, art. 32, modifiée par l'ordonnance 2000-912 du 18.9.2000 relative à la partie législative du code de commerce, *JORF* n° 219 du 21.9.2000, p. 14783. Y sont énoncées les différentes pratiques anticoncurrentielles, ce qui révèle la proximité des problèmes qui se posent en matière de libre circulation et de concurrence. Cette disposition est contestée par deux responsables de supermarchés alsaciens qui avaient revendu, en deçà de leur prix d'achat effectif, du café et un arôme à l'orange utilisé pour relever le goût de la bière (l'avocat général W. VAN GERVEN, dans les conclusions présentées pour l'arrêt *Keck*, pt 12, considère erronément que le deuxième produit en question est de la bière).

²⁸¹ Arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 185, pt 14. La formulation de cet attendu laisse perplexe. V. à ce sujet « [l'absence] de commentaire » de A. RIGAUX et D. SIMON in note sous l'arrêt *Keck*, *Europe*, 1.1994, p. 11. Pour la défense de cet attendu, v. J.H.H. WEILER, « The Constitution of the Common Market Place », préc. note 186, p. 370 : « [cet attendu] doit (...) être considéré comme visant à repenser les mérites même de la doctrine *Dassonville* près de vingt ans après son origine. Une volonté de la Cour de reconnaître que ses doctrines jurisprudentielles sont enracinées dans une réalité socio-politique et économique qui change avec le temps et qui appelle une révision des canons, même les plus sanctifiés (*sic*) », notre traduction.

²⁸² *Idem*, pt 15.

certaines modalités de vente »²⁸³. Alors que les premières continuent à relever de l'article 28 du Traité, la Cour estime que les secondes échappent à l'application à son application si deux conditions cumulatives sont remplies : « *s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national [et affecter] de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* »²⁸⁴. Ce type de réglementation n'est pas de nature à empêcher l'accès au marché des produits importés ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux²⁸⁵. Une mesure relative à une modalité de vente est donc présumée licite²⁸⁶.

Il est essentiel de saisir les tenants et aboutissants de cet arrêt décisif en droit de la libre circulation, notamment en ce que l'analyse est centrée sur l'accès au marché. Les prémices de cette décision résident dans la considération selon laquelle une réglementation commerciale comporte *a priori* des effets neutres sur les échanges. La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Keck*, qui n'est pas exempte de contradictions, corrobore ce point de vue (1). À première vue, l'arrêt *Keck* oriente le juge vers une appréciation formaliste des réglementations litigieuses en fonction de leur objet. Ce raisonnement ne tient pas au vu de la jurisprudence ultérieure à ce célèbre arrêt (2).

1. Le préjugé favorable dont bénéficient les réglementations relatives à des modalités de vente en raison de la neutralité de leurs effets sur les échanges

Sans qu'il ne faille en tirer les mêmes conséquences en termes de présomption de licéité, la directive n° 70/50/CEE distingue entre les mesures relatives au produit lui-même et celles relatives à ses conditions de commercialisation²⁸⁷. Symétriquement, la Commission est attentive « *tout spécialement aux réglementations portant sur la composition, la désignation, la présentation, le conditionnement des produits, ainsi qu'aux réglementations prescrivant le respect de certaines normes techniques* »²⁸⁸. Il n'est donc pas nouveau de considérer que des

²⁸³ *Idem*, pt 16.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Idem*, pt 17.

²⁸⁶ En ce sens, v. not. C. GAVALDA et G. PARLEANI, ouvrage préc. note 208, § 111, sp. p. 82.

²⁸⁷ Directive 70/50/CEE, préc. note 180. L'article 3 indique que les mesures nationales régissant la commercialisation des produits relèvent de l'interdiction de l'article [28] lorsque leurs effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. Cet article est cité notamment dans l'arrêt *Blesgen* et dans le 1^{er} arrêt *B & Q*, analysés *infra*. J. STEINER, in « Drawing the line : uses and abuses of Article 30 CEE », *CMLR*, 1992, pp. 749-774, sp. 753, considère d'ailleurs que dès l'arrêt *Cassis de Dijon*, préc. note 264, la Cour de justice aligne sa position avec la directive 70/50/CEE.

²⁸⁸ Communication de la Commission de 1980, préc. note 268, § 16.

règles relatives à des méthodes de commercialisation sont *a priori* moins « nocives » dans le marché intérieur que des normes qui peuvent entraîner une modification physique du produit avant sa commercialisation. Néanmoins, la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Keck* relative aux réglementations qui ont trait à la commercialisation des biens présente quelques disparités qu'il convient de rappeler.

Au détour d'une formulation qui démontre une vision formaliste de la libre circulation des marchandises²⁸⁹, la CJCE considère dans l'arrêt *Blesgen* qu'une réglementation qui interdit la consommation sur place d'alcools au titrage élevé dans tous les endroits accessibles au public ne comporte pas d'effets restrictifs pour les importations « dépassant le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce »²⁹⁰. Cette mesure nationale n'a pas de lien avec l'importation des produits et « les autres formes de commercialisation de ces mêmes boissons » ne sont pas visées par la réglementation²⁹¹. Ainsi, la commercialisation de boissons en provenance d'autres États membres reste possible. Ceci rappelle implicitement que « les effets propres d'une réglementation de commerce » résident *ipso facto* dans l'affectation des conditions d'accès au marché. Cela n'est pas suffisant pour relever une contrariété entre une telle réglementation et l'article 28 du Traité. Les arrêts *Öbel*²⁹² et *Quietlynn*²⁹³ se situent sur une ligne semblable.

Néanmoins, l'arrêt *Cinéthèque* est emblématique d'une vision maximaliste de la notion de restriction à la libre circulation des biens²⁹⁴. La CJCE considère que les disparités entre les réglementations nationales peuvent créer des « entraves éventuelles » à la libre circulation des produits, qui ne sont compatibles avec cette dernière qu'à la condition qu'elles « n'aillent pas

²⁸⁹ Arrêt *Blesgen*, préc. note 189, pt 7, en réf. à CJCE, 10.7.1980, *Commission c. France*, 152-78, *Rec.*, p. 2299 : « une législation relative à la commercialisation des produits, même si elle ne concerne pas directement le régime des importations peut, selon les circonstances, affecter les possibilités d'importations des produits d'autres États membres et tomber à ce titre sous l'interdiction de l'article [28] du Traité ». Le fait que les importations soient affectées n'est pas suffisant pour considérer que la réglementation comporte un effet restrictif.

²⁹⁰ *Idem*, pt 8, au sens de la directive 70/50/CEE. La qualification de mesure d'effet équivalent n'est pas retenue.

²⁹¹ *Idem*, pt 9. La loi n'interdit pas la vente de ces boissons dans les magasins autorisés à le faire.

²⁹² Arrêt *Öbel*, préc. note 195, sp. pts 12, 16 et 20. La qualification de mesure d'effet équivalent n'est pas retenue.

²⁹³ CJCE, 11.7.1990, *Quietlynn Ltd et B. J. Richards c. Southend-on-Sea BC*, C-23/89, *Rec.*, p. I-3059, pt 11.

²⁹⁴ Arrêt *Cinéthèque*, préc. note 175, pt 21, à propos d'une réglementation qui consiste à retarder la commercialisation de vidéocassettes sans défavoriser les produits importés. La mesure litigieuse « n'a pas pour objet de régir les courants d'échanges, s'applique indistinctement applicables aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national et importées, et n'a pas pour effet de favoriser la production nationale par rapport à la production des autres États membres mais d'encourager la production cinématographique ». La Cour de justice mêle l'effet restrictif et le motif d'adoption de la réglementation.

au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé et que cet objectif soit justifié au regard du droit communautaire »²⁹⁵. Cet arrêt révèle à la fois le point faible et l'implacabilité de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, dans la mesure où l'absence d'effet restrictif caractérisé n'empêche pas la Cour de vérifier si la réglementation répond proportionnellement à l'objectif pour lequel elle a été adoptée²⁹⁶.

La jurisprudence relative aux réglementations interdisant à des commerces de détail d'ouvrir le dimanche révèle également ce type d'incohérences. Dans le premier arrêt *B & Q*, la Cour considère qu'« en principe, la commercialisation des produits importés d'autres États membres n'est (...) pas rendue plus difficile que celle des produits nationaux » par ce type de réglementation indistinctement applicable²⁹⁷. Sans avoir relevé de mesure d'effet équivalent, la Cour contrôle cependant la proportionnalité de la mesure adoptée²⁹⁸. Elle note que ce type de réglementation indistinctement applicable aux produits importés et nationaux « n'[a] pas pour objet de régir les courants d'échanges » entre les États membres et admet le motif pour lequel elle a été adoptée²⁹⁹. Ainsi, l'interdiction en cause ne peut être admise qu'à la condition que les effets restrictifs de la réglementation sur les échanges communautaires ne dépassent pas le cadre des effets propres d'une réglementation de ce genre, l'appréciation étant confiée à la juridiction nationale de renvoi³⁰⁰. Dans les arrêts *Conforama* et *Marchandise*³⁰¹, la Cour constate elle-même que les effets restrictifs sur les échanges qui peuvent découler de telles réglementations n'apparaissent pas comme excessifs au regard du but poursuivi. Moins d'un an avant l'arrêt *Keck*, la Cour de justice tient le cap dans un second arrêt impliquant *B & Q*³⁰².

²⁹⁵ *Idem*, pt 22.

²⁹⁶ L'arrêt *Cinéthèque* applique à la lettre le point 8 de l'arrêt *Cassis de Dijon*, préc. note 264.

²⁹⁷ CJCE, 23.11.1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc* (1^{er} arrêt *B & Q*), C-145/88, *Rec.*, p. I-3851, pt 11.

²⁹⁸ *Idem*, pt 12, en application de l'arrêt *Cinéthèque*, préc. note 175.

²⁹⁹ *Idem*, pt 14, en réf. au pt 13 à l'arrêt *Öbel*, préc. note 195 (relatif à l'interdiction de fabrication du pain avant quatre heures du matin). La méthode d'analyse est cependant différente dans cet arrêt.

³⁰⁰ *Idem*, pts 16 et 17.

³⁰¹ CJCE, 28.2.1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIFE Conforama et Société Arts et Meubles et Société Jima*, C-312/89, *Rec.*, p. I-997, pt 12, relative à la réglementation française interdisant le travail le dimanche ; CJCE, 28.2.1991, *Proc. pén. c. A. Marchandise e.a., J.-M. Chapuis et SA Trafitex*, C-332/89, *Rec.*, p. I-1027, pt 13, à propos d'une réglementation belge interdisant l'emploi de salariés le dimanche après 12 heures.

³⁰² CJCE, 16.12.1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, (ci-après 2nd arrêt *B & Q*), C-169/91, *Rec.*, p. I-6635, pts 10 et 16 respectivement : la Cour constate d'abord que la réglementation affecte autant la commercialisation des produits importés que celle des produits nationaux, et relève, elle-même cette fois (contrairement au 1^{er} arrêt *B & Q*), que les effets restrictifs sur les échanges d'une telle réglementation ne sont pas excessifs au regard du but poursuivi. Ces réglementations auraient donc pu être jugées non conformes à l'interdiction des mesures d'effet équivalent en raison de leur caractère disproportionné,

Josephine STEINER note qu'il n'est « *pas facile de réconcilier* » les arrêts *Blesgen, Öbel et Quietlynn* – dans lesquels aucune restriction illicite aux échanges n'est relevée sans que l'analyse ne soit poussée plus avant –, avec le groupe formé par les deux arrêts *B & Q* et les arrêts *Conforama* et *Marchandise* – dans lesquels les mesures ne sont pas qualifiées au regard de l'article 28 mais dans lesquels la question de l'existence d'éventuels effets restrictifs des réglementations est posée au stade de la justification de la mesure³⁰³. En énonçant des critères relatifs à la qualification des mesures d'effet équivalent, la Cour de justice cherche dans l'arrêt *Keck et Mithouard* à éviter la redondance que l'on observe dans cette seconde catégorie d'arrêts. Il n'est plus nécessaire d'évaluer la proportionnalité d'une mesure relative à une modalité de commercialisation si son effet restrictif n'est pas démontré³⁰⁴.

L'arrêt *Keck* procède donc à une lecture *a contrario* de ces arrêts. Il ressort en effet du point 16, dont la rédaction est imparfaite³⁰⁵, qu'une législation relative aux modalités de vente n'est pas visée par l'interdiction de l'article 28 du Traité, à moins qu'elle ne s'applique pas de manière indistincte aux produits importés et nationaux et qu'elle affecte différemment l'accès au marché des produits importés et nationaux. La solution est donc « *contrair[e]* »³⁰⁶ à la jurisprudence précédente parce que de telles réglementations sont exclues du champ d'application de l'article 28 si elles remplissent ces conditions. La CJCE s'écarte sur ce point des conclusions de l'avocat général VAN GERVEN³⁰⁷ et suit celles de l'avocat général TESAURO présentées pour l'arrêt *Hünernmund*, dans lesquelles l'« *application mécanique* »

à la suite d'un contrôle de proportionnalité faisant appel à des considérations relatives à l'accès au marché, dont nous considérons ici qu'elles traitent à la qualification de l'entrave (pt 15).

³⁰³ STEINER J., art. préc. note 287, sp. 757-758, notre traduction. En ce sens, v. aussi les secondes conclusions présentées le 28.4.1993 par l'av. gén. W. VAN GERVEN pour l'arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 185, pt 10. W. VAN GERVEN avait estimé dans ses premières conclusions présentées le 18.11.1992 (*Rec.*, 1993, p. I-6110) que la réglementation litigieuse relevait de l'article 28 et ne répondait pas aux objectifs de protection de la loyauté commerciale, de préservation d'une concurrence non faussée et de protection des consommateurs. La deuxième chambre de la Cour de justice a cependant renvoyé les affaires devant la Cour plénière, ce qui a entraîné la rédaction de ces secondes conclusions.

³⁰⁴ L'arrêt *Keck* n'exclut cependant pas que des considérations d'accès au marché soient utilisées lors de l'analyse de la justification d'une mesure qui entrave les échanges et, partant, de la proportionnalité de celle-ci. La formulation de la seconde phrase de l'article 30 TCE y est à cet égard propice. V. par exemple CJCE, 8.3.2001, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB*, C-405/98, *Rec.*, p. I-1795, pts 32 et 33. Toutefois, nous défendons ici que ces considérations ont principalement leur place au stade de la qualification des réglementations litigieuses.

³⁰⁵ Il paraît impossible qu'une mesure nationale relative à la commercialisation des produits, indistinctement applicable aux opérateurs étrangers et nationaux affecte davantage, en droit, la commercialisation des produits importés.

³⁰⁶ Arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 185, pt 16.

³⁰⁷ La Cour juge que l'article 28 *ne s'applique pas* à une telle réglementation et s'écarte des concl. av. gén. W. VAN GERVEN sur ce point qui avait proposé que l'article 28 *ne s'oppose pas* à celle-ci.

de l'arrêt *Dassonville* est critiquée et où des critères proches de ceux retenus dans l'arrêt *Keck* sont proposés³⁰⁸.

Cependant, l'arrêt *Keck et Mithouard* se situe dans une relative continuité si on le compare à la catégorie d'arrêts incarnée par l'arrêt *Blesgen*. Ici, l'effet restrictif de réglementations relatives à la commercialisation des marchandises est identifié au stade de la qualification, l'incidence de ces règles sur les produits importés et nationaux étant comparée. Dans le même registre, à propos d'un régime de prix comportant des prix maximaux, la Cour conclut à l'existence d'une restriction à la libre circulation des marchandises « *lorsque les prix se situent à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux* »³⁰⁹. De plus, une interdiction indistinctement applicable de revendre à perte a été jugée conforme à l'article 28 pour des raisons similaires³¹⁰. L'arrêt *Keck* n'est donc pas révolutionnaire en ce que la Cour de justice compare également l'effet d'une réglementation sur le produit qui circule et sur le produit national³¹¹.

Avant l'arrêt *Keck*, à l'image de formulations qui sont fréquemment utilisées en droit de la concurrence, Josephine STEINER avait justement souligné « *le besoin d'apprécier le contexte économique et juridique dans lequel la règle nationale s'applique dans son ensemble* »³¹² en proposant de conserver la « *formule Dassonville* »³¹³. Ainsi, dans la suite des interprétations

³⁰⁸ Concl. av. gén. G. TESAURO pour l'arrêt *Hünernund*, préc. note 174, pt 11. L'influence décisive de ces conclusions a été en particulier remarquée par N. REICH, in « The « November Revolution » of the European Court of Justice : Keck, Meng and Audi Revisited », *CMLR*, 1994, p. 459, sp. 463.

³⁰⁹ CJCE, 19.3.1991, *Commission c. Belgique*, C-249/88, *Rec.*, p. I-1275, pt 15, rappelé dans le contexte d'une unification du régime des libertés de circulation in concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, préc. note 172, pt 67.

³¹⁰ CJCE, 24.1.1978, *Van Tiggele*, 82-77, *Rec.*, p. 25, pt 16 : « une disposition nationale qui interdit indistinctement la vente au détail de produits nationaux et de produits importés à des prix inférieurs au prix d'achat payé par le détaillant ne sauraient produire des effets préjudiciables à l'écoulement des seuls produits importés et ne sauraient dès lors constituer une mesure d'effet équivalent », cité par A. RIGAUX et D. SIMON in note sous l'arrêt *Keck et Mithouard*, *Europe*, 1.1994, comm. 12, p. 11.

³¹¹ L'emploi du terme révolutionnaire est emprunté à l'article de N. REICH, préc. note 308. L'auteur considère p. 467 que la révision de la jurisprudence dans l'arrêt *Keck* « n'était pas nécessaire puisque [la CJCE] aurait pu simplement clarifier la catégorie [des réglementations du commerce 'immobile' dont l'impact sur le commerce intracommunautaire n'est pas facilement vérifiable], en excluant les réglementations relatives au travail le dimanche et les lois similaires de l'applicabilité de l'article [28] », notre traduction. Il nous semble cependant contraire au droit de la libre circulation d'exclure certaines lois du champ d'application de l'article 28 en raison de leur objet.

³¹² STEINER J., art. préc. note 287, p. 767, notre traduction. Le critère de l'affectation en droit et en fait de l'accès au marché a été utilisé avant l'arrêt *Keck*, à propos de l'impossibilité de prendre des mesures empêchant de manière absolue l'entrée de marchandises provenant de l'ex-RDA, in CJCE, 21.9.1989, *Schäfer Shop BV c. Minister van Economische Zaken*, 12-88, *Rec.*, p. 2937, pt 10.

³¹³ Il sera proposé *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, A, 1, une révision de la « *formule Dassonville* ».

qui ont été proposées des arrêts *Dassonville* et *Fonds social des ouvriers diamantaires*³¹⁴, le point 16 de l'arrêt *Keck* invite à analyser à la fois l'objet *et* les effets d'une réglementation litigieuse de ce type³¹⁵. Le point 17 oriente à cet égard l'analyse sur « *l'application* » qui est faite d'une réglementation³¹⁶. La Cour a donc généralisé l'utilisation du critère de l'accès au marché à travers une analyse juridique et factuelle de l'ensemble des réglementations qui affectent la libre circulation des biens. Cependant, l'arrêt est difficilement applicable tel quel.

2. La prise en considération du critère de l'accès au marché dans l'appréciation juridique et factuelle des entraves étatiques à la libre circulation des biens

Dans certains cas, l'application de l'arrêt *Keck et Mithouard* ne semble pas problématique (a). Néanmoins, la division opérée par cet arrêt est délicate à pratiquer pour certaines réglementations. La catégorisation formaliste qui figure dans l'arrêt doit alors être dépassée (b). Le mérite de cet arrêt est alors de promouvoir l'utilisation du critère de l'accès au marché au moment de l'analyse de l'objet et des effets sur les échanges de biens des réglementations litigieuses (c).

a. *L'application non problématique de l'arrêt Keck et Mithouard*

La Cour de justice applique l'arrêt *Keck et Mithouard* quelques mois après à une réglementation italienne imposant la fermeture des commerces de détail le dimanche et les jours fériés. Au-delà de la qualification de modalité de vente de la réglementation et de son caractère indistinctement applicable, la Cour juge de manière assez laconique qu'elle « *n'affecte pas la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres d'une manière différente de celle des produits nationaux* »³¹⁷. De même, les points 16 et 17 de l'arrêt *Keck* ont été appliqués à propos de l'organisation de la vente ambulante dans un

³¹⁴ V. *supra* I, A, 1 et II, A, 1.

³¹⁵ V. concl. av. gén. W. VAN GERVEN, présentées le 28.4.1993 pour l'arrêt *Keck*, préc. note 185, pt 3 : à propos de l'objet de la législation litigieuse relative à la vente à perte, l'avocat général estime qu'elle « constitue une réglementation générale du marché qui n'a pas pour but de régir les courants commerciaux entre les États membres ». Il ajoute au pt 4 que « ces observations (...) n'enlèvent rien à la constatation que la vente à perte est une technique susceptible, dans certaines circonstances bien précises, de rendre impossible ou plus difficile l'écoulement des produits importés ». Il conclut que l'article 28 ne s'applique pas à la réglementation car l'accès au marché est affecté de la même manière pour les produits nationaux et importés. *Contra*, v. par ex. L. IDOT *in* note sous l'arrêt *Volker Graf, Europe*, 3.2000 p. 17, sp. 18, qui considère que « le critère fondé sur l'objet de la réglementation [est] la voie choisie dans l'arrêt *Keck* ».

³¹⁶ Arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 185, pt 17 : « Dès lors que ces conditions sont remplies, l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux ».

³¹⁷ CJCE, 2.6.1994, *Punto Casa et PPV*, C-69 et C-258/93, *Rec.*, p. I-2355, pts 13 et 14 respectivement.

Verwaltungsbezirk autrichien. La CJCE dépasse l'objet de la réglementation qui a trait à une modalité de vente³¹⁸ et examine en détail si l'accès au marché des produits importés n'est pas défavorisé³¹⁹. La réponse de la Cour de justice est tout aussi franche à propos d'une législation qui, indépendamment du caractère véridique de l'information, interdit toute référence au fait qu'un produit en vente provient d'une faillite³²⁰. Cette réglementation relative à une modalité de vente est indistinctement applicable³²¹ et n'affecte pas davantage les produits étrangers³²².

Sans que la présomption de licéité des réglementations relatives aux modalités de vente ne soit remise en cause, l'analyse « en droit et en fait » de ces réglementations va de paire avec l'utilisation du critère de l'accès au marché. Cette analyse est également utilisée lorsqu'une réglementation est relative aux conditions auxquelles doivent répondre les produits.

Sans faire référence à l'arrêt *Keck*, la Cour juge qu'un décret fixant différentes conditions pour pouvoir utiliser la dénomination générique « emmental », indistinctement applicable aux produits étrangers et nationaux, « *est néanmoins susceptible de rendre [la] commercialisation [des produits importés] plus difficile* » dans la mesure où est imposée « *aux producteurs l'utilisation de dénominations inconnues ou moins appréciées par le consommateur* »³²³. De même, exiger des distributeurs de pain congelés précuits l'installation de matériels et entreposages propres aux boulangeries « *engendre des coûts supplémentaires rendant ainsi plus difficile la commercialisation desdits produits* »³²⁴, les produits importés étant plus facilement transportés à l'état congelé.

³¹⁸ Arrêt *TK-Heimdienst Sass*, préc. note 156, pt 24. V. not. A. RIGAUX, note sous l'arrêt *TK-Heimdienst Sass*, préc. note 156, *Europe*, 3.2000, comm. 73, p. 14.

³¹⁹ *Ibid*, pts 25 à 31. Les produits en provenance d'autres États membres « doivent supporter des coûts supplémentaires » (pt 26), en réf. aux arrêts *Legia et Gyselinx*, préc. note 254. L'entrave est reconnue (pt 31).

³²⁰ CJCE, 25.3.2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025.

³²¹ *Idem*, pts 39 et 41.

³²² *Idem*, pt 42 : la mesure « n'affecte pas plus lourdement la commercialisation des produits originaires [des autres États membres] que celle des produits nationaux ». La mesure est conforme à l'article 28 TCE.

³²³ CJCE, 6.12.2000, *Proc. pén. c. J.-P. Guimont*, C-448/98, *Rec.*, p. I-10663, pt 26, en réf. à l'arrêt *Smanor*, préc. note 256, pt 12 (termes identiques). L'interdiction de l'application de la mesure aux seuls produits étrangers crée une discrimination à rebours, v. note 204.

³²⁴ CJCE, 14.9.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, formerly Trofo Super-Markets AE c. Elliniko Dimosio et Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon ; Carrefour Marinopoulos AE c Elliniko Dimosio et Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon*, C-158 et C-159/04, *Rec.*, p. I-8135, pt 19. Selon D. SIMON, in note sous cet arrêt, *Europe*, 11.2006, p. 17 « compte tenu du fait que les règles helléniques portent essentiellement sur les conditions de préparation et de production des produits en cause, elles ne relèvent pas des modalités de vente au sens de l'arrêt *Keck* ». L'arrêt *Commission c. Grèce* prononce un manquement à l'encontre de cet État.

Même si la mesure nationale concerne les conditions auxquelles doivent répondre les produits, l'emploi des expressions « *rendre leur commercialisation plus difficile* » ou « *obstacle aux importations* »³²⁵, montre que les analyses sont similaires quelle que soit la nature de la réglementation. La jurisprudence est constante³²⁶. Les arrêts *Guimont* et *Alfa-Vita* révèlent cependant la difficulté d'isoler les mesures en fonction de leur objet : même une mesure relative aux conditions auxquelles doivent répondre le produit a une incidence sur sa commercialisation. L'intérêt de l'arrêt *Keck* réside alors dans la détermination de l'effet restrictif des mesures litigieuses en termes d'accès au marché.

b. La nécessité de dépasser le formalisme de l'arrêt Keck et Mithouard

Une lecture « *formaliste* »³²⁷ de l'arrêt *Keck* voit dans cet arrêt une catégorisation des réglementations en fonction de leur objet. De nombreux arrêts et analystes soulignent cependant la nécessité de dépasser ce formalisme.

Les arrêts qui ont trait aux réglementations relatives à la publicité sont emblématiques³²⁸. L'interdiction de faire de la publicité pour les médicaments étrangers, qui n'affecte pas de la même manière la commercialisation des médicaments en provenance d'autres États membres et celle des médicaments indigènes, est par exemple jugée contraire à l'article 28 en application du point 16 de l'arrêt *Keck*³²⁹. La CJCE applique également les points 16 et 17 dans un arrêt qui concerne une mesure suédoise relative à l'interdiction de toute publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique³³⁰. Cependant, à propos d'une réglementation qui interdit la commercialisation dans un État membre de produits portant les mêmes mentions publicitaires que celles utilisées légalement

³²⁵ Arrêt *Alfa Vita Vassilopoulos*, pt 19.

³²⁶ CJCE, 6.11.2003, *Commission c. Espagne*, C-358/01, *Rec.*, p. I-13145, pt 38 : « le refus de l'accès au marché espagnol [du produit litigieux] constitue une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 28 », à propos du refus de cet État d'autoriser la commercialisation de produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres sous la dénomination « nettoyant avec eau de Javel » lorsque leur teneur en chlore actif est inférieure à 35 grammes par litre.

³²⁷ Sur l'emploi du terme formaliste eu égard à l'arrêt *Keck*, v. not. N. REICH, art. préc. note 308, sp. 465 et s.

³²⁸ V. en particulier concl. av. gén. G. TESAURO pour l'arrêt *Hünernmund*, préc. note 174, pts 16 et 18 ; v. aussi concl. av. gén. F. JACOBS pour l'arrêt *Leclerc-Siplec*, préc. note 174, sp. pts 49 et 55, dans lequel l'avocat général se montre favorable à une réintroduction du critère *de minimis* (v. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, sp. I, B, 2). V. aussi concl. av. gén. Y. BOT présentées pour l'arrêt CJCE, 17.7.2008, *Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media*, C-500/06, n.e.p., sp. pts 84 et 86.

³²⁹ CJCE, 10.11.1994, *L. Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, C-320/93, *Rec.*, p. I-5243. V. cependant Titre 2, Ch. 1, Section 1, A. 1, à propos de la prise en considération de l'affectation du volume des importations au pt 10 de l'arrêt *Ortscheit*.

dans d'autres États membres, le point 15 de l'arrêt *Keck* est appliqué³³¹, parce que la publicité est intégrée au produit³³².

La difficulté de choisir entre les points 15 et 16 de l'arrêt *Keck* atteint son paroxysme dans l'arrêt *Morellato*, dans lequel une réglementation relative aux caractéristiques des produits est qualifiée de modalité de vente³³³. Plusieurs avocats généraux proposent alors d'adopter de nouvelles catégorisations des mesures nationales³³⁴. Cela paraît contreproductif.

Cependant, la distinction entre les réglementations relatives aux produits et celles relatives aux modalités de ventes est impraticable dans certains cas. Comme l'explique J.H.H. WEILER, il semble incohérent qu'une réglementation qui interdirait la vente des cigarettes dans les machines ou dans les magasins de bonbons fréquentés par les enfants soit exclue du champ d'application de l'article 28 alors qu'une interdiction de fumer dans les lieux publics, qui aurait un effet similaire sur le volume des ventes, relèverait de la formule *Dassonville* en

³³⁰ Arrêt *Gourmet International Products*, préc. note 304, pt 21. V. aussi Titre 2. Ch. 1, Section 2, II, B, 2.

³³¹ CJCE, 6.7.1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, C-470/93, *Rec.*, p. I-1923, pt 13.

³³² V. par ex. CJCE, 15.7.2004, *Dowe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et C. Souranis*, C-239/02, *Rec.*, p. I-7007, sp. pts 48 à 59, relatif à la publicité des denrées alimentaires *extérieure* aux produits, qui applique le pt 16 de l'arrêt *Keck*. Dans cet arrêt, il faut aussi remarquer la pertinence des considérations relatives à l'accès au marché au moment du contrôle de proportionnalité : « les denrées alimentaires dont l'étiquetage contient des indications non trompeuses relatives à la santé doivent être considérées comme conformes à la directive 2000/13/CE [du Parlement européen et du Conseil du 20.3.2000, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité à leur égard, *JO L 109* du 6.5.2000, p. 29], les États membres ne pouvant interdire leur commercialisation en se fondant sur des motifs tirés de l'éventuelle irrégularité de cet étiquetage » (pt 38) ; « une interdiction absolue de faire figurer dans l'étiquetage des denrées alimentaires certaines indications relatives à l'amaigrissement ou à des recommandations médicales sans que, au cas par cas, on examine leur aptitude effective à induire l'acheteur en erreur, aurait pour conséquence que les denrées alimentaires portant ces indications ne pourraient pas être librement commercialisées en Belgique, même dans l'hypothèse où celles-ci ne seraient pas trompeuses » (pt 43).

³³³ CJCE, 18.9.2003, *Morellato*, C-416/00, *Rec.*, p. I-9343, pt 36, tel qu'analysé dans les concl. av. gén. Y. BOT présentées pour l'arrêt *Commission c. Italie*, C-110/05, préc. note 171, pt 81.

³³⁴ Concl. av. gén. L. GEELHOED présentées pour l'arrêt CJCE, 15.7.2004, *Douwe Egberts*, C-239/02, *Rec.*, p. I-7007, pts 66 et s, où est proposée une distinction entre les mesures qui interdisent de façon absolue la publicité et celles qui régissent les modalités *stricto sensu* des messages publicitaires. Les premières relèvent de manière systématique de l'article 28 puisqu'elles gênent nécessairement l'accès au marché des produits importés ; les secondes peuvent davantage être rattachées à des modalités de vente dans la mesure où elles n'empêchent pas toute commercialisation. V. aussi concl. av. gén. J. KOKOTT, présentées le 14.12.2006, *Ministère public c. P. Mickelsson et J. Roos*, C-142/05, aff. en cours, pts 65 et 66 : « dans son arrêt *Keck* (...), la Cour constate (...) que des modalités de vente nationales qui répondent aux critères *Keck* ne sont pas de nature à empêcher l'accès au marché du produit concerné ou à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux, de sorte qu'elles échappent au domaine d'application de l'article 28 CE. On peut déduire *a contrario* de cette constatation qu'une mesure nationale qui restreint ou interdit une modalité d'utilisation n'échappe pas au champ d'application de l'article 28 CE lorsqu'elle empêche le produit concerné d'accéder au marché ». V. aussi le pt 56.

ce qu'elle ne constituerait pas une modalité de vente au sens de l'arrêt *Keck*³³⁵. L'auteur propose alors le test suivant :

« les règles qui interdisent l'accès au marché relèvent de l'article 28 et doivent être justifiées. Les règles de régulation du marché – qu'elles soient des modalités de vente ou d'une autre nature – qui n'interdisent pas l'accès au marché ne devraient pas en relever à moins qu'elle soient discriminatoires en droit ou en fait »³³⁶.

Dès lors, l'arrêt *Keck* est cohérent en ce qu'il promeut l'analyse de chaque réglementation en termes d'accès au marché, tout en sous-entendant que certaines catégories de réglementation sont plus nocives que d'autres. Ainsi, en dehors des restrictions à l'accès au marché les plus flagrantes, il s'agit d'évaluer non pas seulement si l'accès au marché est affecté par une mesure étatique, mais surtout si l'accès au marché est affecté de manière différente suivant l'origine des produits, quelle que soit la nature de la réglementation³³⁷.

Pourtant, il paraît délicat de procéder à cet examen. La CJCE confie par exemple au juge national la responsabilité de vérifier si une réglementation indistinctement applicable affecte davantage la commercialisation des périodiques provenant des autres États membres, puisque les éléments dont elle dispose ne lui permettent pas de le déterminer « *avec certitude* »³³⁸. Il en va de même à propos de l'interdiction de la vente à domicile d'articles de bijouterie. La Cour de justice pose la question de savoir si cette législation n'est pas « *en fait, de nature à* » empêcher ou entraver l'accès au marché des produits importés, davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux, mais renvoie au juge national le soin d'y répondre³³⁹.

L'essentiel consiste donc à déterminer l'effet restrictif de la réglementation sur l'accès des biens importés au marché national³⁴⁰. Dans le cadre de cette thèse, nous proposons alors de

³³⁵ Cet exemple est donné in J.H.H. WEILER, « The Constitution of the Common Market Place », préc. note 186, p. 372.

³³⁶ *Ibid.*, notre traduction.

³³⁷ Cette idée n'est pas éloignée de la lecture proposée *supra* sous II, A, 1 de l'arrêt *Dassonville*.

³³⁸ CJCE, 26.5.2005, *Proc. pén. c. Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, p. I-4133, pt 32 ; v. concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour cet arrêt, dans lesquelles l'avocat général est hésitant sur cette question : subordonner à autorisation préalable la vente ambulante de périodiques « est de nature à gêner sans doute davantage l'accès au marché des périodiques originaires d'autres États membres que celui des périodiques nationaux » (pt 88).

³³⁹ CJCE, 23.2.2006, *A-Punkt Schmuckhandels c. Claudia Schmidt*, C-441/04, *Rec.*, p. I-2093, pts 20 et 25.

³⁴⁰ En ce sens, v. not. concl. av. gén. C. LENZ, présentées pour l'arrêt CJCE, 29.6.1995, *Commission c. Grèce (Laits du 1^{er} âge)*, C-391/92, *Rec.*, p. I-1621, pt 18 : « le critère déterminant pour la qualification réside dans l'effet restrictif de l'accès pour les produits d'importation ». À l'appui d'arrêts *pré-* et *post-Keck*, ce dernier expose que l'accès au marché peut être entravé par l'adoption de certaines modalités de vente et conclut que l'article 28 n'est pas applicable à la législation litigieuse (pt 15). V. aussi F. PICOD, « La nouvelle approche de

déterminer les critères permettant de procéder à une appréciation économique de l'entrave³⁴¹, qui dépasserait l'objet d'une réglementation litigieuse afin d'en examiner précisément les effets sur le marché³⁴². Il convient pour l'instant d'observer que l'analyse en termes d'accès au marché se généralise.

c. La généralisation de l'analyse en termes d'accès au marché

La méthode *Keck* déteint sur l'analyse de mesures qui affectent *de jure* l'accès au marché des produits importés. Un arrêt relatif à un régime d'autorisation de l'importation et de la commercialisation de l'esprit-de-vin fournit un exemple topique. La Cour exclut la qualification de modalité de vente inoffensive car « [ce] régime d'autorisation préalable est (...) susceptible (...) de gêner l'accès au marché des marchandises qui sont légalement fabriquées et commercialisées dans d'autres États membres »³⁴³. Or, cette mesure entrave la libre circulation des marchandises, mais simplement en ce que la règle ne s'applique qu'aux importations. Le caractère spécifiquement applicable de la réglementation rend la référence à l'arrêt *Keck* superflue, tandis que les références à l'accès au marché apparaissent parfois « superfétatoires »³⁴⁴.

Cependant, dans de nombreux cas, il s'agit de répondre à la question de savoir si la réglementation en cause appliquée aux produits importés « revient en pratique à empêcher leur importation »³⁴⁵, « a pour effet de rendre plus onéreuses et plus difficiles les importations de marchandises en provenance d'autres États membres »³⁴⁶, « rendrait la commercialisation et, par conséquent, l'accès au marché de ces produits sensiblement plus difficiles »³⁴⁷. Selon

la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, p. 169, sp. 188 : « l'examen pourrait conduire à se demander si la réglementation a pour effet d'empêcher, de retarder, de rendre plus difficile ou plus onéreuse ou de rendre moins intéressante ou attractive l'importation envisagée »

³⁴¹ Ceci est développé *infra* sous Section 2, II, B., et *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 2.

³⁴² En ce sens, v. not concl. av. gén. Y. BOT présentées pour l'arrêt *Commission c. Italie*, C-110/05, préc. note 171, pt 108 : « dans le cadre du contrôle juridictionnel d'une réglementation nationale, il serait donc plus conforme à la lettre et à l'esprit du traité de recourir à une appréciation concrète [de ses] effets sur le marché ».

³⁴³ CJCE, 28.9.2006, *Proc. pén. c. J.-E. Anders Ahokainen et M. Leppik*, C-434/04, *Rec.*, p. I-9171, note D. SIMON, *Europe*, 11.2006, comm. 311, p. 15. L'auteur considère notamment qu'« on voit mal comment une licence d'importation applicable aux seuls produits importés pourrait être une modalité de vente ».

³⁴⁴ KAUFF-GAZIN F., *in* note sous CJCE, 15.3.2007, *Commission c. Finlande*, C-54/05, *Rec.*, p. I-2473, *Europe*, 5.2007, p. 13, à propos de l'emploi de l'expression étudiée pour l'appréhension d'une mesure spécifiquement applicable. Une telle mesure gêne *ipso facto* l'accès au marché des produits importés.

³⁴⁵ CJCE, 23.11.1996, *Graffione c. Ditta Fransa*, C-313/94, *Rec.*, p. I-6039, pt 16.

³⁴⁶ Arrêt *Ligur Carni*, préc. note 156, pt 38. L'auteur se réfère aussi à l'arrêt CJCE, 5.10.1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077, pt 29 : la réglementation « impose une charge économique aux importateurs ».

³⁴⁷ CJCE, 4.11.1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, *Rec.*, p. I-6013, pt 51.

Fabrice PICOD, « *l'examen du lien de causalité entre la réglementation et la restriction aux échanges, actuelle, passée ou à venir, serait essentiel en vue d'identifier une entrave au sens de l'article [28] du traité* »³⁴⁸. Ces formulations semblent également influencées par le point 17 de l'arrêt *Keck*, qui invite à comparer l'effet d'une réglementation indistinctement applicable sur les importations et sur la production nationale. Même si ces mesures sont spécifiquement applicables³⁴⁹, le lien est tangible entre la méthode d'appréhension de ces mesures et celle utilisée dans l'arrêt *Keck*. Néanmoins, la comparaison de l'incidence d'une réglementation spécifiquement applicable sur les produits importés et sur les produits nationaux n'a pas d'intérêt, puisque les produits nationaux ne sont pas visés par la réglementation. L'évaluation des effets pratiques des réglementations spécifiquement applicables corrobore seulement le constat de la gêne explicite apportée aux échanges.

La jurisprudence relative aux mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives aux exportations est également affectée par cette comparaison : dans un arrêt récent, la CJCE détermine si la réglementation indistinctement applicable litigieuse affecte plus lourdement les produits destinés à l'exportation que les produits nationaux³⁵⁰. Anne RIGAUX remarque ainsi que cette analyse participe de la logique de « *cohérence* » de la libre circulation des marchandises, sous l'influence de l'arrêt *Keck*³⁵¹. L'originalité de l'arrêt *Lodewijk Gysbrechts* est alors de condamner une mesure qui ne protège pas le marché national de la concurrence étrangère, mais gêne au contraire les opérateurs nationaux dans la possibilité de « faire affaire » avec des consommateurs implantés dans d'autres États membres. Cette situation nous semble donc particulièrement rare, en tant que l'État membre est *in fine* protégé contre lui-même³⁵².

³⁴⁸ PICOD F., art. préc. note 342, sp. 189, l'auteur se référant aux extraits de ces quatre arrêts précités.

³⁴⁹ Les mesures en cause dans les arrêts *Ligur Carni* et *Centre d'insémination de la Crespelle* ne visent que les importateurs ; l'arrêt *Graffione* s'intéresse à une mesure qui interdit les importations de produits revêtus d'une marque qui est de nature à tromper les consommateurs ; dans l'arrêt *Parfums Christian Dior*, le titulaire de la marque s'oppose à des publicités pour des parfums obtenus par le biais d'importations parallèles.

³⁵⁰ Arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, préc. note 192, pt 43.

³⁵¹ RIGAUX A., note sous l'arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, préc. note 192, sp. p. 29, en réf. à A. RIGAUX, « Cohérence et marché intérieur », in MICHEL V., *L'impératif de cohérence, actes du colloque de Strasbourg de mai 2007*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, à paraître. Selon cet auteur, des jurisprudences antérieures « semblaient implicitement pousser à une harmonisation de la définition des entraves à l'importation et à l'exportation » (arrêt *Schmidberger*, préc. note 157, pt 56 ; CJCE, 15.11.2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, *Rec.*, p. I-9871, pt 57). Sur la nécessité d'une cohérence de la jurisprudence relative aux quatre libertés, v. aussi les conclusions TRSTENJAK présentées pour l'arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, sp. pt 45.

³⁵² Il n'est aucunement dans l'intérêt économique d'un État membre d'entraver les exportations, v. *supra*, sous I, A, 1.

L'incidence de l'arrêt *Keck* est donc perceptible aussi bien dans le cadre de la qualification des mesures spécifiquement applicables qu'en matière de mesures indistinctement applicables aux exportations et aux produits nationaux. Toutefois, il serait exagéré d'attribuer à cet arrêt la généralisation de l'analyse en droit et en fait de l'ensemble des mesures qui restreignent les échanges de marchandises. D'une part, relever la nature explicitement discriminatoire d'une règle rend presque inutile les considérations relatives à l'application de celle-ci. D'autre part, ce type d'analyse était déjà utilisé avant l'arrêt *Keck*. Cet arrêt doit néanmoins être retenu en ce qu'il consacre une utilisation moins formaliste du critère de l'accès au marché, par le biais d'une analyse en droit et en fait de mesures nationales qui restreignent la libre circulation des biens.

Dès lors, l'intérêt principal de cet arrêt réside dans la nuance à établir entre les réglementations qui sont de nature à empêcher l'accès au marché, et celles qui n'affectent l'accès au marché qu'au stade de l'exercice de l'activité économique, c'est-à-dire une fois que le produit a déjà accédé au marché. Une telle approche permet à l'ensemble du droit de la libre circulation des marchandises de gagner en cohérence. À l'image des obstacles tarifaires aux échanges qui distinguent les entraves les plus flagrantes qui existent en amont de l'accès au marché (les taxes d'effet équivalent) de ceux qui apparaissent lorsque les produits sont commercialisés sur le territoire de l'État membre (les impositions intérieures, sous-distinguées en entraves tarifaires *de jure* et *de facto* au marché), les obstacles non-tarifaires peuvent se subdiviser entre les réglementations qui empêchent l'accès au marché et celles qui ont pour objet de réguler le marché, qui peuvent néanmoins gêner l'accès au marché en droit ou en fait³⁵³. De plus, si l'on suit l'opinion défendue par J. H. H. WEILER, cette nouvelle approche du droit de la libre circulation permet au droit communautaire de reproduire en droit du marché intérieur les distinctions qui relèvent du droit de l'OMC, en ce sens que ce dernier opère une distinction, aussi bien en matière tarifaire que non-tarifaire, entre les réglementations ou taxations qui empêchent l'accès au marché et celles qui visent à la régulation du marché, mais qui peuvent néanmoins désavantager les produits importés³⁵⁴. Dans le cadre du marché intérieur, il conviendra d'expliquer comment la question de savoir si une mesure qui gêne l'accès au marché en droit ou en fait implique de prendre en considération la concurrence qui s'exerce sur le marché. Implicitement, il s'agit de donner de

³⁵³ En ce sens, v. J.H.H. WEILER, « The Constitution of the Common Market Place », préc. note 186, p. 372 et 373.

l'éclat à la dimension économique des problèmes soulevés devant le juge en matière de libre circulation.

Par le biais de l'utilisation du critère de l'accès au marché, la Cour de justice semble avoir trouvé le moyen de ne pas sanctionner toute réglementation nationale qui doit être respectée par un opérateur économique qui commercialise des marchandises d'un État à l'autre³⁵⁵. Or, le raisonnement en termes d'accès au marché est également pertinent pour ce qui concerne les autres libertés. À cet égard, la généralisation progressive de l'emploi de ce critère souligne aussi la nécessité de faire évoluer le mode de qualification de la restriction étatique apportée à chacune des libertés de circulation.

Section 2 : L'évolution nécessaire de la qualification de l'entrave à l'accès au marché en matière de libre circulation

Il s'agit ici de démontrer que la qualification de l'ensemble des restrictions étatiques à la libre circulation dépend de considérations relatives à l'accès au marché, mais que la méthode utilisée pour les identifier reste formaliste dans de nombreux cas.

L'unicité progressive de la qualification des entraves en termes d'accès au marché touche aussi la libre circulation des capitaux. L'analyse des restrictions aux mouvements des capitaux³⁵⁶ suit le mode de raisonnement adopté par la Cour de justice dans le cadre des autres libertés. Est d'abord condamnée l'entrave discriminatoire au mouvement des capitaux entre les États membres³⁵⁷. Lorsqu'un État membre cherche à contrôler les investissements en provenance de l'étranger, la CJCE conçoit que « *la difficulté d'identifier et de bloquer les capitaux une fois qu'ils sont entrés dans un État membre peut rendre nécessaire d'empêcher dès l'origine les opérations qui porteraient atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique* »³⁵⁸. Cependant, à l'image de l'appréciation stricte dont font l'objet les autorisations

³⁵⁴ *Idem*, sp. p. 357 et 358.

³⁵⁵ Ceci soulève la question de l'application de la théorie *de minimis*. V. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, A.

³⁵⁶ Elle comprend l'ensemble des opérations énoncées dans la nomenclature annexée à la directive 88/361/CEE du Conseil du 24.6.1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, JO L 178, p. 5. (L'article 67 a été abrogé par le Traité d'Amsterdam. L'article 56, ex-article 73 B, est aujourd'hui l'article pertinent.) Cette liste n'est pas exhaustive, d'après l'arrêt CJCE, 16.3.1999, *P. Mayer et M. Trummer*, C-222/97, *Rec.*, p. I-1661, pt 20.

³⁵⁷ Arrêt *Konle*, préc. note 163, pt 23, mais la restriction fut justifiée pour ce qui concerne la règle mise en place en place en 1993 en ce qu'elle relevait d'une exception tirée de l'acte d'adhésion de l'Autriche à l'UE (pt 31). La réglementation de 1996, différente de celle de 1993, est néanmoins considérée comme contraire à la libre circulation des capitaux (pt 53).

³⁵⁸ CJCE, 14.3.2000, *Association Église de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier ministre*, C-54/99, *Rec.*, p. I-1335, pt 20. Cette analyse intervient, certes, au stade l'appréciation de la

administratives d'importer un bien dans le cadre de la libre circulation des marchandises, la Cour de justice préfère un système de déclaration préalable des capitaux transférés à celui de l'autorisation préalable qui suspend nécessairement l'opération en cause³⁵⁹. La Cour condamne ensuite une mesure nationale indistinctement applicable au transfert de capitaux nationaux et étrangers, qui entrave davantage le mouvement de ces derniers. Elle se détache de l'exigence d'une discrimination explicite³⁶⁰ pour relever une telle restriction³⁶¹. La méthode d'analyse de la restriction est donc similaire avec celle menée, notamment, dans le cadre de la libre circulation des biens. Lorsqu'une mesure nationale est neutre en apparence, l'identification d'une restriction à la libre circulation des capitaux suppose d'analyser la différence d'impact d'une réglementation nationale sur les opérateurs nationaux et étrangers, de manière à évaluer si ces derniers sont dissuadés d'accéder au marché national³⁶². La Cour de justice qualifie ainsi de restriction une réglementation qui dissuade les personnes assujetties à l'impôt dans un État membre d'investir leurs capitaux dans des sociétés ayant leur siège dans d'autres États membres³⁶³. La qualification de la restriction à la libre circulation en termes (explicites ou implicites) de gêne à l'accès au marché inclut dès lors indéniablement cette liberté³⁶⁴. La difficulté de déterminer l'effet restrictif de telles réglementations est également prégnante, dans la mesure où un simple effet dissuasif ne semble pas suffisant pour caractériser économiquement une entrave³⁶⁵.

proportionnalité de la restriction mais semble pertinente pour mieux saisir la réalité de cette dernière en termes proches de considérations relatives à l'accès au marché.

³⁵⁹ CJCE, 23.2.1995, *Proc. pén. c. A. Bordessa, e. a.*, C-358 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361, pt 27 ; CJCE, 14.12.1995, *Proc. pén. c. L. E. Sanz de Lera, e. a.*, C-163, C-165 et C-250/94, *Rec.*, p. I-4821, pt 28.

³⁶⁰ CJCE, 4.6.2002, *Commission c. France*, C-483/99, *Rec.*, p. I-4781, pt 40 : l'interdiction des restrictions aux mouvements des capitaux « va au-delà de l'élimination d'un traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en raison de leur nationalité ».

³⁶¹ *Idem*, pt 41 : une réglementation nationale qui est à même « d'empêcher l'acquisition d'actions dans une société nationale et de dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer leurs placements dans le capital de ces entreprises (...) est susceptible de rendre la libre circulation des capitaux illusoire ».

³⁶² Arrêt *Commission c. Espagne*, C-463/00, préc. note 160, pt 61 : « s'il est vrai que les restrictions en cause concernant les opérations d'investissements sont indistinctement applicables tant aux résidents qu'aux non-résidents, il convient néanmoins de constater qu'elles affectent la situation de l'acquéreur d'une participation en tant que telle et sont donc de nature à dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer de tels investissements et, partant, de conditionner l'accès au marché ». V. également, dans les mêmes termes, CJCE, 13.5.2003, *Commission c. Royaume-Uni*, C-98/01, *Rec.*, p. I-4641, pt 47. Comme dans les arrêts *Alpine Investments* et *Bosman* dans leurs domaines respectifs (v. *infra*), la Cour de justice cantonne le revirement auquel elle a procédé dans l'arrêt *Keck et Mithouard* à la seule libre circulation des marchandises, tout en utilisant le critère de l'entrave à l'accès au marché.

³⁶³ CJCE, 7.9.2004, *P. Manninen*, C-319/02, *Rec.*, p. I-7477, pt 22.

³⁶⁴ En ce sens, v. not. concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, préc. note 172, pt 57, en réf. not. à l'arrêt *Manninen*, pt 23.

³⁶⁵ Sur l'utilisation du critère de l'effet dissuasif, v. en particulier Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, B.

L'utilisation du critère de l'accès au marché se généralise, mais le caractère formaliste de son utilisation doit être remarqué (I). Il convient alors de se demander de quelle manière l'utilisation d'un critère économique dans l'ensemble du droit de la libre circulation appelle une évolution de la qualification des restrictions à ces libertés (II).

I. La généralisation de l'analyse des entraves étatiques à la libre circulation des personnes et des services en termes d'accès au marché

Il s'agit ici de montrer de quelle manière les mesures nationales qui entravent la libre circulation des personnes³⁶⁶ et des services sont qualifiées de restriction à la libre circulation en utilisant le critère de l'accès au marché, en mettant également la lumière sur les aspects formalistes des analyses qui sont menées dans ce cadre.

Certes, la libre circulation constitue le premier droit reconnu aux citoyens européens à l'article 18 TCE (devenu 21 TFUE), qui en bénéficient indépendamment de l'exercice de toute activité économique³⁶⁷, quoique le droit de séjour des citoyens européens soit soumis à diverses conditions économiques s'il est supérieur à trois mois³⁶⁸. Les développements liés à la citoyenneté européenne n'entrent cependant pas dans cette étude, si ce n'est sous l'angle de l'accès du citoyen européen aux marchés d'autres États, que ce soit en tant qu'étudiant, consommateur de biens, destinataire de services, travailleur salarié ou indépendant, *etc*³⁶⁹.

³⁶⁶ À savoir les personnes physiques souhaitant exercer une activité professionnelle dans le cadre d'une relation salariée (articles 39 et suivants du TCE) et les personnes physiques ou morales qui s'établissent dans un autre État membre pour y exercer une activité économique non salariée (articles 43 et suivants).

³⁶⁷ V. not. CJCE, 17.9.2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, *Rec.*, p. I-7091, pt 83 ; CJCE, 2.10.2003, *C. Garcia Avello c. Belgique*, C-148/02, *Rec.*, p. I-11613, sp. pt 29, note Y. GAUTIER, *Europe*, 12.2003, comm. 374, p. 5 ; CJCE, 19.10.2004, *K. C. Zhu et M. L. Chen c. Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, *Rec.*, p. I-9925, pt 20 ; CJCE, 12.9.2006, *Espagne c. Royaume-Uni et M. G. Eman et O. B. Sevinger*, C-145 et C-300/04, *Rec.*, p. I-7917 et I-8055 ; CJCE, 14.10.2008, *S. Grunkin et D. R. Paul*, C-353/06, n.e.p., dans lequel se développe selon F. KAUFF-GAZIN « une citoyenneté européenne de résidence » (note sous arrêt *Grunkin*, *Europe*, 12.2008, comm. 397, p. 9). Sur la citoyenneté européenne, v., parmi une littérature abondante, P. DOLLAT, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 1998 ; MATTERA A., « 'Civis Europaeus Sum'. Citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l'article 8A du traité CE », *RMUE*, 1998, n° 3, p. 24 ; BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, sp. p. 479 et s., où est abordée « la déconnexion de la libre circulation et de l'activité économique dans la construction de la citoyenneté européenne » ; ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

³⁶⁸ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29.4.2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement n° 1612/68/CEE et abrogeant les directives n° 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JO L 158* du 30.4.2004, p. 77, art. 6 et 7.

³⁶⁹ Il va de soi que le développement de la citoyenneté européenne à l'égard des mineurs (v. not. arrêts *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*, préc. note 367) relativise le propos pour ce qui concerne la libre circulation des

Sous cette réserve, il convient de préciser quelques éléments sur le champ d'application de ces libertés avant d'aborder notre problématique.

La notion de travailleur³⁷⁰ et les droits dont il bénéficie³⁷¹, la notion d'établissement³⁷² et le contenu du droit d'établissement³⁷³ conduisent à distinguer les libertés qui sont rattachées à ces concepts. Pourtant, une réglementation peut gêner à la fois liberté d'établissement et libre circulation des travailleurs³⁷⁴. Ainsi, ces deux libertés peuvent être invoquées par le ressortissant d'un État membre à l'encontre de dispositions nationales établies par son État membre d'origine³⁷⁵. Pour ce qui concerne la libre prestation des services, la définition négative de la notion de « services » qui figure à l'article 50 TCE (devenu 57 TFUE) est dépassée³⁷⁶. Le Traité prévoit seulement qu'un prestataire établi dans un État membre a la liberté de se déplacer temporairement sur le territoire d'un autre État membre pour accomplir un service, mais le déplacement du destinataire³⁷⁷ ou du service³⁷⁸ est également visé.

travailleurs, le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux... Néanmoins, la Cour de justice rappelle au pt 20 de l'arrêt *Zhu et Chen* que les mineurs peuvent se prévaloir des droits de libre circulation.

³⁷⁰ D'après l'arrêt CJCE, 3.7.1986, *Lawrie-Blum*, 66-85, *Rec.*, p. 2121, pt 17, les « critères objectifs caractéris[ant] une relation de travail », sont le fait « qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ». La notion de travailleur revêt « une portée communautaire » (CJCE, 19.3.1964, *Unger*, 75-63, *Rec.*, p. 347, sp. 362), elle est « interprétée de façon extensive » (arrêt *Lawrie-Blum*, pt 16). Sur la notion de travailleur, notamment en tant qu'elle vise également les personnes dont les revenus d'une activité salariée sont inférieurs au minimum d'existence, à la condition que cette activité soit réelle et effective, ce qui exclut les activités purement marginales et accessoires, v. pour une confirmation récente, CJCE, 4.6.2009, *A. Vatsouras et J. Koupatanze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, C-22 et C-23/08, n.e.p., sp. pts 26 e 28.

³⁷¹ Règlement n° 1612/68/CEE du Conseil du 15.10.1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO L 257*, p. 2, modifié par la directive 2004/38/CE, préc. note 368.

³⁷² Arrêt *Gebhard*, préc. note 170, pt 25, la notion d'établissement implique « la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées », qui reprend en partie l'arrêt CJCE, 21.6.1974, *J. Reyners c. Belgique*, 2-74, *Rec.*, p. 631, pt 21.

³⁷³ Arrêt *Gebhard*, préc. note 170, pt 23 : il « comporte (...) l'accès sur le territoire de tout autre État membre à toutes sortes d'activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, la création d'agences, de succursales ou de filiales », selon une jurisprudence constante.

³⁷⁴ CJCE, 7.7.1988, *C. Stanton et SA belge d'assurance « L'Étoile 1905 » c. Inasti*, 143-87, *Rec.*, p. 3877, pt 13 : « l'ensemble des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes visent ainsi à faciliter pour les ressortissants communautaires, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur l'ensemble du territoire de la Communauté et s'opposent à une réglementation nationale qui pourrait défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent étendre leurs activités hors du territoire d'un seul État membre ». V aussi, dans le même sens, CJCE, 7.7.1988, *Inasti c. Wolf e.a.*, 154 et 155-87, *Rec.*, p. 3897, pt 13.

³⁷⁵ CJCE, 31.3.1993, *D. Kraus c. Land Baden-Württemberg*, C-19/92, *Rec.*, p. I-1663, pt 16.

³⁷⁶ Arrêt *Fidium Finanz*, préc. note 167, pt 32 : le caractère subsidiaire de cette liberté « [n'établit pas pour autant] de priorité entre la libre prestation des services et les autres libertés fondamentales ».

³⁷⁷ CJCE, 31.1.1984, *Luisi et Carbone*, 286-82 et 26-83, *Rec.*, p. 377, pt 16. V. aussi, CJCE, 2.2.1989, *Cowan*, 186-87, *Rec.*, p. 195, pt 15 et CJCE, 28.4.1998, *R. Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, pt 29.

Même si ce dernier élément empêche d’englober la libre prestation des services dans la libre circulation des personnes, la libre prestation des services est bien évidemment proche de la liberté d’établissement : les notions de prestataire³⁷⁹ et d’établissement³⁸⁰ leur sont communes. L’établissement se distingue cependant de la prestation de service en fonction du caractère continu et stable de l’activité en cause³⁸¹. En outre, libre circulation des travailleurs et libre prestation des services peuvent se « frôler », lorsqu’un prestataire de services se déplace d’un État membre à l’autre en étant accompagné de salariés de son État d’origine³⁸². De plus, une réglementation peut restreindre à la fois la libre circulation des travailleurs et des services³⁸³, ou à la fois celle des capitaux et des services³⁸⁴. Dans certains cas, une réglementation nationale entrave les libertés de circulation des travailleurs, d’établissement et des services³⁸⁵. L’ensemble de ces éléments souligne l’intérêt d’une réflexion centrée sur un seul critère d’analyse.

Or, un salarié qui se déplace d’un État membre à l’autre pour y travailler accède au marché du travail de l’État de destination ; que ce soit sous la forme de l’établissement ou de la

³⁷⁸ V. par exemple, CJCE, 25.7.1991, *M. Säger (ou Saeger) c. Dennemeyer*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, pt 13 ; v. aussi arrêt *Alpine Investments*, préc. note 160.

³⁷⁹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JO L 376* du 27.12.2006, p. 36-68, considérant 36 : « la notion de prestataire devrait recouvrir toute personne physique ressortissante d’un État membre ou personne morale qui exerce une activité de service dans un État membre, en se prévalant soit de la liberté d’établissement, soit de la libre circulation des services ».

³⁸⁰ CJCE, 9.7.1997, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini et TV-Shop*, C-34 à 36/95, *Rec.*, p. I-3843, pt 29 : « la compétence rationae personae d’un État membre à l’égard d’un organisme de radiodiffusion télévisuelle ne peut être fondée que sur son rattachement à l’ordre juridique de cet État, ce qui recouvre en substance la notion d’établissement au sens de l’article [49], 1^{er} alinéa, du traité, dont les termes présupposent que le prestataire et le destinataire du service sont « établis » dans deux États membres différents ».

³⁸¹ Arrêt *Gebhard*, préc. note 170, pt 27.

³⁸² CJCE, 27.3.1990, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d’immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417, pt 15 : les salariés n’intègrent pas le marché du travail national, ils ne relèvent pas de la libre circulation des travailleurs.

³⁸³ CJCE, 28.1.1992, *Commission c. Belgique*, C-300/90, *Rec.*, p. I-305, pt 21, et, même jour, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.*, p. I-249, pt 28, afin cependant d’assurer la cohérence du régime fiscal.

³⁸⁴ V. par ex., CJCE, 14.11.1995, *P. Svensson et L. Gustavsson c. Ministre du Logement et de l’Urbanisme*, C-484/93, *Rec.*, p. I-3955, pt 19.

³⁸⁵ V. CJCE, 30.5.1989, *Commission c. Grèce*, 305-87, *Rec.*, p. 1461, pt 29, à propos d’une règle hellénique qui discrimine les ressortissants des autres États membres pour la passation d’actes juridiques relatifs à des biens immobiliers situés dans les régions frontalières La Cour procède à une analyse successive de chaque liberté invoquée pour identifier une violation de chacun des articles pertinents (pts 15 à 27), sans qu’aucune justification n’ait été régulièrement avancée (pts 10 et 11). V. aussi CJCE, 29.10.1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, *Rec.*, p. I-6717, pt 31, à propos d’une mesure espagnole qui soumettait l’exercice de l’activité de sécurité privée à autorisation, celle-ci étant délivrée à la condition que le personnel de sécurité privée soit de nationalité espagnole (atteinte à la libre circulation des travailleurs), que les entreprises possèdent la nationalité espagnole (atteinte à la liberté d’établissement car une société étrangère ne pourrait pas exercer ses activités par l’intermédiaire d’une succursale ou d’une agence), que leurs administrateurs aient leur résidence en Espagne (atteinte à la libre prestation des services et à la liberté d’établissement car une société dont l’administrateur

prestation de service, un opérateur économique mobile accède aussi à un autre marché national. L'accès au marché est d'ailleurs au cœur de la réglementation communautaire relative aux services³⁸⁶. Ainsi, la mise en œuvre des libertés de circulation a une vocation économique. Toutefois, même si la liberté d'établissement distingue les obstacles à l'accès des obstacles à l'exercice d'une activité indépendante dans un État membre différent de l'État d'origine d'un opérateur économique³⁸⁷, ce qui peut être interprété comme la reconnaissance de la distinction à opérer entre les réglementations qui touchent à l'accès au marché et celles qui affectent l'exercice de la concurrence sur le marché, la qualification de ces restrictions est le plus souvent formaliste.

À l'image de ce qui s'observe en matière de libre circulation des marchandises, la qualification formelle des entraves étatiques à la libre circulation des personnes et des services ne semble cependant pas problématique lorsque la mesure gêne *de jure* l'accès au marché (A). Quoique plus tardivement que dans le domaine des biens, la Cour de justice s'est progressivement détachée de l'exigence d'une discrimination pour identifier une entrave à l'une de ces libertés. Dans ce cas, les références explicites à l'accès au marché, récurrentes, appellent une qualification plus approfondie (B).

A. L'analyse formaliste des mesures nationales entravant *de jure* l'accès au marché des personnes ou des services

À suivre l'ordre des dispositions du Traité, il convient d'étudier, d'une part, les mesures discriminatoires restrictives de la libre circulation des personnes (1) et, d'autre part, celles qui restreignent *de jure* la libre prestation des services (2).

réside dans un autre État membre est empêchée de faire effectuer des services de sécurité temporaires à ses salariés ou de s'implanter en Espagne).

³⁸⁶ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27.12.2006, p. 36-68, considérant 2 : « Un marché libre obligeant les États membres à supprimer les obstacles à la circulation transfrontalière des services, tout en renforçant la transparence et l'information pour les consommateurs, offrirait un plus grand choix et de meilleurs services, à des prix plus bas, aux consommateurs »

³⁸⁷ C'est le cas pour les obstacles posés pour l'exercice d'une profession libérale (v. not. arrêt *Gebhard*, préc. note 170), les restrictions apportées au droit des sociétés établies selon le droit d'un État membre de créer par exemple des succursales dans un autre État membre (v. not. CJCE, 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, *Rec.*, p. I-1459, pt 17 ; CJCE, 30.09.2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art*, C-167/01, *Rec.*, p. I-10155, pt 101) ou au droit d'y ester ou justice (CJCE, 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00, *Rec.*, p. I-9919, pt 82). Une mesure d'ordre fiscal peut également être considérée comme ayant un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'établir dans un autre État membre (CJCE, 11.3.2004, *H. de Lasteyrie du Saillant et Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02, *Rec.*, p. I-2409, pt 45) ce qui signifie que sont appréhendées aussi bien les restrictions à l'entrée que les restrictions à la sortie.

1. L'analyse formaliste des mesures entravant de jure l'accès au marché en matière de libre circulation des personnes

Le Traité distingue la libre circulation des travailleurs de la liberté d'établissement.

Premièrement, l'article 39 § 2 TCE (devenu 45 TFUE) prévoit que la libéralisation de la circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté « implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres »³⁸⁸. Le principe de non-discrimination imprègne alors la jurisprudence en la matière³⁸⁹, qui est constante³⁹⁰. Ainsi, « [l'ouverture] du marché du travail d'un État membre aux ressortissants des autres États membres »³⁹¹ devient effective. On peut alors estimer qu'une mesure discriminatoire à l'égard des travailleurs migrants affecte *de jure* leur accès au marché du travail national. L'avocat général FENNELLY considère que « l'article 39 § 2 prévoit expressément l'interdiction de toute discrimination de travailleurs fondée sur la nationalité, sans avoir à déterminer les effets précis de cette discrimination sur leur accès au marché du travail »³⁹². Dans ces cas, seule une analyse de la réglementation en termes d'objet est suffisante.

Deuxièmement, l'article 43 du Traité interdit, sauf exceptions³⁹³, les mesures nationales discriminatoires restrictives du droit d'établissement³⁹⁴. La CJCE précise que « la règle fondamentale de non-discrimination (...) est à la base du chapitre du traité relatif au droit

³⁸⁸ V. à ce sujet l'arrêt *Reed*, préc. note 154, pt 21.

³⁸⁹ Des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peuvent cependant justifier des restrictions discriminatoires apportées à cette liberté (art. 39 § 3 TCE) ; les États membres ont la possibilité de réserver les emplois dans l'administration publique aux ressortissants nationaux (art. 39 § 4). V. Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, A, 2.

³⁹⁰ La CJCE précise par exemple dans l'arrêt *Walrave*, préc. note 159, pts 10 et 25 qu'une réglementation établie par un organisme sportif doit respecter le principe de non-discrimination, sans trancher explicitement la question de savoir si une réglementation qui impose qu'un entraîneur soit de la même nationalité que le coureur cycliste est contraire aux règles du Traité respectivement. Dans l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, pt 137, la Cour sanctionne les clauses de nationalité qui s'appliquent à l'ensemble des rencontres officielles de football, selon lesquelles les clubs ne pouvaient aligner qu'un nombre limité de joueurs professionnels ressortissants d'autres États membres, sous réserve de la composition des équipes nationales qui doivent évidemment être composées de joueurs ayant la nationalité du pays concerné (pt 133).

³⁹¹ *Idem*, pt 134.

³⁹² Concl. av. gén. N. FENNELLY présentées pour l'arrêt CJCE, 27.1.2000, *V. Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, *Rec.*, p. I-493, pt 21.

³⁹³ Les ressortissants des autres États membres peuvent bénéficier d'un régime spécial justifié par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques (art. 46 TCE). Les activités participant, dans l'État membre intéressé, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, sont exclues du champ d'application de la liberté d'établissement (art. 45 TCE). V. Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, A, 2.

³⁹⁴ Arrêt *Reyners*, préc. note 372, pts 15 et 16, selon lesquels l'ex-article 52 (devenu 43) du Traité met en œuvre dans ce domaine le principe visé à l'ex-article 7 (devenu 12) du Traité.

d'établissement »³⁹⁵. En vertu de l'article 43 alinéa 2 du Traité, la Cour estime que le principe du traitement national appliqué au droit d'établissement³⁹⁶ vise aussi bien l'accès aux activités non salariées que leur exercice. Ce principe empêche par exemple un État membre d'exiger d'un ressortissant d'un autre État membre la possession d'un diplôme national pour accéder à la profession d'avocat, alors que le diplôme étranger a fait l'objet d'une procédure de reconnaissance dans l'État membre d'établissement³⁹⁷. Ce principe permet aussi de condamner l'adjudication d'un local professionnel appartenant au domaine public d'une commune qui subordonne l'admission des candidatures à la condition de détenir la nationalité française³⁹⁸, ou le refus de juridictions allemandes de reconnaître à une société légalement constituée selon le droit d'un autre État membre la capacité juridique et la capacité d'ester en justice³⁹⁹.

Les restrictions à l'accès au marché étudiées ici sont flagrantes. Une analyse formelle est suffisante pour les identifier. Il en va de même pour ce qui concerne les mesures qui limitent *de jure* l'accès au marché des prestataires ou destinataires de services.

2. L'analyse formaliste des mesures entravant de jure la libre prestation des services

Des trois composantes de la libre prestation des services, les mesures discriminant le prestataire ou le service peuvent être rapprochées puisque l'obstacle opposé à la prestation des services gêne en premier lieu le prestataire⁴⁰⁰. Les mesures discriminant le destinataire des services se distinguent assez nettement des premières.

³⁹⁵ CJCE, 6.11.1984, *Fearon*, 182-83, *Rec.*, p. 3677, pt 7, selon lequel un régime national d'expropriation publique n'échappe pas à cette règle.

³⁹⁶ Ce principe signifie d'après l'arrêt *Gebhard*, préc. note 170, pt 33 (par exemple), que « la liberté d'établissement est exercée dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ».

³⁹⁷ CJCE, 28.4.1977, *Thieffry c. Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris*, 71-76, *Rec.*, p. 765, pt 27.

³⁹⁸ CJCE, 18.6.1985, *Steinhauser*, 197-84, *Rec.*, p. 1819, pts 16 et 17.

³⁹⁹ Arrêt *Überseering*, préc. note 387, pt 81 : cela constitue « la négation même de la liberté d'établissement ».

⁴⁰⁰ CJCE, 26.4.1988, *Bond van Adverteerders e.a. c. Pays-Bas*, 352-85, *Rec.*, p. 2085, pt 26 : « L'interdiction de publicité [litigieuse] prive les émetteurs établis dans d'autres États membres de toute possibilité de diffuser sur leur chaîne des messages publicitaires destinés spécialement au public néerlandais, alors que la loi sur la radiodiffusion nationale prévoit la diffusion de tels messages sur les chaînes nationales au bénéfice de l'ensemble des « omroeporganisaties » ». Les « omroeporganisaties » sont les organismes de radiodiffusion agréés par le ministre compétent. Cette interdiction de publicité était doublée d'une interdiction de sous-titrage, qui a aussi été considérée comme une restriction à la libre prestation des services. Il en résulte un obstacle à l'accès au marché de la télévision locale qui gêne spécifiquement les prestations de services des opérateurs établis dans d'autres États membres.

D'après la Cour de justice, l'article 49 TCE (devenu 56 TFUE) vise « l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il se trouve établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie »⁴⁰¹. La jurisprudence est constante⁴⁰².

De plus, les articles 49 et 50 s'opposent aux mesures nationales qui discriminent le prestataire à l'égard de ses concurrents établis dans cet État en limitant la possibilité pour les travailleurs déplacés de participer à l'exercice de l'activité du prestataire dans l'État membre d'accueil⁴⁰³.

Le principe de non-discrimination est également protégé pour ce qui concerne les destinataires de services. Ce principe s'oppose par exemple à ce qu'un État membre soumette l'octroi d'un droit à un ressortissant étranger à la condition de résider sur le territoire, alors que cette condition n'est pas imposée aux nationaux⁴⁰⁴. Le développement des soins médicaux reçus à l'étranger augmente le contentieux relatif aux destinataires de ces services. Sauf erreur de notre part, aucune jurisprudence n'a concerné de restrictions discriminatoires à la liberté des patients de se déplacer. En revanche, plusieurs affaires ont concerné des mesures spécifiquement applicables aux patients qui reçoivent des soins à l'étranger⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ CJCE, 3.12.1974, *Van Binsbergen*, 33-74, *Rec.*, p. 1299, pt 25, à propos de l'exigence de l'établissement aux Pays-Bas pour pouvoir exercer l'activité de mandataire devant un tribunal.

⁴⁰² V. aussi arrêt *Svensson et Gustavsson*, préc. note 384, pt 12, sans que la question préjudicielle ne porte sur la libre prestation des services, à propos d'une réglementation qui subordonne l'octroi de bonifications d'intérêts à la condition que les prêts aient été contractés auprès d'un établissement agréé dans l'État membre en cause, qui constituait une discrimination à l'encontre des établissements de crédits établis dans d'autres États membres, jugée contraire à l'article 49 TCE.

⁴⁰³ Arrêt *Rush Portuguesa*, préc. note 382, pt 12 : « les articles [49] et [50] s'opposent (...) à ce qu'un État membre interdise à un prestataire de service établi dans un autre État membre de se déplacer librement sur son territoire avec l'ensemble de son personnel ou à ce que cet État membre soumette le déplacement du personnel en question à des conditions restrictives telles qu'une condition d'embauche sur place ou une obligation d'autorisation de travail. En effet, le fait d'imposer de telles conditions au prestataire d'un autre État membre le discrimine par rapport à ses concurrents établis dans le pays d'accueil, qui peuvent se servir librement de leur propre personnel, et affecte au surplus sa capacité de fournir la prestation ». En l'espèce, l'article 216 de l'acte d'adhésion du Portugal à la CEE écartait jusqu'au 1^{er} janvier 1993 la possibilité pour les ressortissants portugais qui souhaitaient intégrer le marché de l'emploi d'un État membre de bénéficier de la libre circulation des travailleurs ; cette dérogation ne s'applique donc pas à des travailleurs qui se déplacent temporairement pour effectuer des travaux de construction dans le cadre d'une prestation de service de leur employeur, puisqu'ils retournent dans leur pays d'origine après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil (pts 13 à 15). L'absence de reconnaissance d'une entrave à la libre circulation des travailleurs s'explique par l'inexistence d'effets de la réglementation sur l'accès au marché du travail du point de vue des ressortissants étrangers.

⁴⁰⁴ Arrêt *Cowan*, préc. note 377, pt 17, à propos du droit à l'indemnisation en cas d'agression.

⁴⁰⁵ Les mesures nationales en cause dans les affaires analysées ci-après traitent différemment des situations nationales différentes, ce qui ne constitue pas une discrimination (dans l'arrêt *Cowan*, préc. note 377, la différence de traitement entre les destinataires de services nationaux et les destinataires de services ressortissants d'autres États membres est établie par la réglementation, ce qui constitue une discrimination en raison de la

Parmi ces jurisprudences, l'affaire *Kohll* oppose à l'organisme luxembourgeois de sécurité sociale un patient luxembourgeois qui ne parvient pas à obtenir le remboursement de soins dentaires reçus à l'étranger⁴⁰⁶. L'intéressé n'avait pas demandé l'autorisation préalable requise par la réglementation luxembourgeoise, le règlement n° 1408/71/CEE prévoyant la possibilité pour les États membres d'établir cette autorisation dans leurs réglementations relatives à la sécurité sociale⁴⁰⁷. Selon la Cour, « *le fait qu'une mesure nationale puisse éventuellement être conforme à une disposition de droit dérivé n'a pas pour effet de faire échapper cette mesure aux dispositions du traité* »⁴⁰⁸. Ainsi, l'article 49 TCE est applicable à ce litige puisque « *les États membres doivent (...) dans l'exercice de leur compétence respecter le droit communautaire* »⁴⁰⁹. Cet article s'oppose « *à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de service purement interne à un État membre* »⁴¹⁰ ; ceci reprend par analogie une formulation fréquemment utilisée en matière de libre circulation des marchandises. L'effet dissuasif de la mesure est pris en compte, ce qui montre le lien entre ce type d'analyse et celle menée dans le cadre de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des capitaux⁴¹¹. Cependant, en l'espèce, la qualification de restriction est évidente : *de jure*, l'accès au marché étranger des soins est gêné par la demande d'autorisation. Dès lors, la formulation ultérieure de la Cour de justice, selon laquelle la disposition litigieuse du règlement n° 1408/71/CEE contribue à « *faciliter la libre circulation des patients et la*

nationalité). Cela contredit l'assimilation des mesures qui ne sont pas indistinctement applicables aux mesures discriminatoires. V. par ex., arrêt *Bond van Adverteerders*, préc. note 400, pt 32 : « des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services quelle qu'en soit l'origine et qui sont, dès lors, discriminatoires ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogoratoire expresse ».

⁴⁰⁶ Arrêt *Kohll*, préc. note 377, pts 16 à 21. Le traitement pratiqué par un orthodontiste établi dans un autre État membre en dehors de toute infrastructure hospitalière est considéré comme un service au pt 29.

⁴⁰⁷ Règlement n° 1408/71/CEE du Conseil, du 14.6.1971, art. 22, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié par le règlement n° 118/97/CE du Conseil, du 2.12.1996, *JO* 1997, L 28, p. 1, et abrogé par le règlement n° 883/2004/CE du Parlement et du Conseil, du 29.4.2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (*JO* L 166, p. 1). V. arrêt *Kohll*, préc. note 377, pts 8 et 26.

⁴⁰⁸ Arrêt *Kohll*, préc. note 377, pt 25.

⁴⁰⁹ *IDOT L.*, note sous les arrêts *Kohll* et *CJCE*, 28.4.1998, *N. Decker*, C-120/95, *Rec.*, p. I-1831, *Europe*, 6.1998, comm. 191, p. 9, sp. 10.

⁴¹⁰ Arrêt *Kohll*, préc. note 377, pt 33.

⁴¹¹ *Idem*, pt 35 : « une telle réglementation décourage les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre et constitue, tant pour ces derniers que pour leurs patients, une entrave à la libre prestation des services ». En réf. à l'arrêt *Kohll*, la réglementation en cause dans l'arrêt *CJCE*, 12.7.2001, *B.S.M. Smits, ép. Geraets c. Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, C-157/99, *Rec.*, p. I-5473, a été jugée au pt 69 comme pouvant non seulement décourager mais également empêcher les assurés sociaux de s'adresser à des prestataires étrangers.

prestation de services médicaux transfrontaliers »⁴¹², masque la réalité : la gestion des régimes nationaux de sécurité sociale oblige à mettre en place un système d'autorisation préalable, afin de limiter la circulation des patients aux seules situations qui répondent aux conditions fixées par le règlement telles que traduites en droit national⁴¹³.

Dans le même domaine, l'arrêt *Smits* répond de manière moins détournée au problème qui se posait devant la Cour de justice⁴¹⁴. Il s'agissait de soins reçus dans un hôpital étranger, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale offrant des avantages en nature et non pas un remboursement une fois le soin payé par l'assuré. La Cour encadre la compétence des États membres dans ce domaine en vérifiant si les conditions d'octroi de l'autorisation sont objectives et si elles ne « *privilégient pas, en fait les prestataires de soins néerlandais* »⁴¹⁵. La Cour s'intéresse donc aux conséquences pratiques du système d'autorisation, en se plaçant sur le terrain de la justification de la mesure litigieuse. Puisque la restriction *de jure* à l'accès aux marchés des soins situés dans d'autres États membres est admise par le droit communautaire dérivé, il semble plus pertinent d'analyser si la mesure ne revient pas *de facto* à protéger le marché national des soins, fût-ce au stade de l'examen de la proportionnalité de la mesure nationale. Cette jurisprudence fait donc figure d'exception au schéma présenté ici, dans la mesure où une restriction *de jure* à l'accès au marché est autorisée. Puisque la réponse à la question de savoir si la mesure entrave particulièrement l'accès du ressortissant national au marché étranger est évidente, il est plus pertinent de se demander, au stade de la détermination de la proportionnalité de la mesure, si la mesure a un effet protecteur du marché national.

⁴¹² CJCE, 23.10.2003, *Inizan*, C-56/01, *Rec.*, p. I-12403, pt 25 (le pt 21 est similaire). Dans cet arrêt, à nouveau, la Cour de justice tente d'axer le litige sur une question de remboursement (v. le pt 19).

⁴¹³ V. arrêt *Inizan*, *idem*, pts 41 à 49 : l'autorisation ne peut être refusée lorsque les soins que l'assuré social souhaite recevoir à l'étranger figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre de résidence de l'assuré (caractère usuel du soin demandé), et lorsque le traitement présentant le même degré d'efficacité pour l'assuré ne peut pas être obtenu en temps utile dans l'État membre de résidence (caractère nécessaire du soin demandé).

⁴¹⁴ Arrêt *Smits*, préc. note 411, pt 80 : « l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale de soins hospitaliers dispensés dans un autre État membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable ». La mesure est d'abord considérée comme un obstacle à la libre prestation des services (pt 59).

⁴¹⁵ Arrêt *Smits*, préc. note 411, pt 96, à propos de la condition liée au caractère usuel du traitement envisagé. V. également le pt 107, qui, à propos de la condition liée au caractère nécessaire du traitement envisagé, dans le cas où les soins couverts ne pourront être dispensés par un établissement conventionné, précise qu'« il ne saurait être admis que priorité soit donnée aux établissements hospitaliers nationaux avec lesquels la caisse de maladie de l'assuré n'a pas conclu de convention ».

L'analyse de l'ensemble des restrictions spécifiquement applicables dans le domaine de la libre circulation des personnes et de services est donc imprégnée, de manière plus ou moins accentuée, de considérations relatives à l'accès au marché. Lorsqu'une réglementation est explicitement discriminatoire, l'entrave à l'entrée sur le marché ne fait pas de doute. Dans le cas d'une réglementation indistinctement applicable, l'analyse de la question de savoir si l'application entrave particulièrement l'accès au marché des personnes qui circulent nécessite une analyse plus approfondie.

B. La nécessité d'une analyse plus approfondie des mesures qui entravent *de facto* l'accès des personnes ou des services au marché

Cette question est commune à la libre circulation des personnes (1.) et des services (2.)

1. L'appréciation formelle des mesures indistinctement applicables qui gênent *de facto* l'accès des personnes au marché

L'influence décisive de l'arrêt *Kraus* en matière de libre circulation des personnes conduit à étudier la liberté d'établissement (a.) avant la libre circulation des travailleurs (b.).

a. *L'appréciation formaliste des mesures indistinctement applicables en matière de liberté d'établissement*

À l'image de la libre circulation des marchandises, le Traité n'exige pas qu'une mesure soit discriminatoire *de jure* pour qu'elle puisse constituer une restriction à la liberté d'établissement. La qualification des mesures indistinctement applicables aux ressortissants nationaux et aux ressortissants d'autres États membres en matière de liberté d'établissement implique cependant un élargissement de la notion de restriction à cette liberté qui ne visait traditionnellement que les mesures discriminatoires⁴¹⁶.

Après une application extensive du principe du traitement national dans l'arrêt *Thieffry*⁴¹⁷, la Cour de justice confie dans l'arrêt *Klopp* à la juridiction nationale le soin d'examiner si

⁴¹⁶ Concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 174, pt 32 : « la jurisprudence communautaire traditionnelle tendait à reconnaître dans le principe du traitement national l'essence même de la liberté d'établissement, en assimilant, en substance, l'interdiction des restrictions au sens de l'article 43, premier alinéa, CE et l'interdiction de la discrimination (directe ou indirecte) quant aux conditions d'accès et d'exercice des activités économiques au sens du second alinéa ».

⁴¹⁷ Arrêt *Thieffry*, préc. note 397, pt 27, la règle litigieuse est qualifiée au regard de l'article 43 du Traité alors qu'elle n'est pas explicitement discriminatoire. V. à propos de cet arrêt les concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, pt 168 : « la Cour n'a pas examiné dans ce contexte si la réglementation française était discriminatoire ».

« l'application pratique de la réglementation en cause est en fait discriminatoire »⁴¹⁸. L'absence de caractère explicitement discriminatoire de la mesure nationale n'empêche pas d'analyser la gêne à la liberté d'établissement.

Les arrêts *Stanton* et *Wolf* s'intéressent chacun à une réglementation nationale « indistinctement applicable (...), [qui n'opère pas non plus] une discrimination indirecte en raison de la nationalité »⁴¹⁹. Parallèlement à l'arrêt *Smanor*, la Cour considère que cette mesure « a pour effet de défavoriser l'exercice d'activités professionnelles hors du territoire de cet État membre »⁴²⁰. À la différence de l'arrêt *Smanor* cependant, la Cour considère ici que les règles relatives à la libre circulation des personnes s'opposent à la réglementation, ce qui profite ainsi à l'opérateur national sans créer de discrimination à rebours⁴²¹. L'arrêt *Vlassopoulou* se place sur une ligne semblable, à propos d'une ressortissante grecque, avocate inscrite au barreau d'Athènes, qui exerce la profession d'avocat en Allemagne. L'intéressée sollicite son admission au tableau d'un barreau allemand, mais sa demande est rejetée au motif qu'elle ne remplit pas les conditions posées par la loi allemande. La Cour de justice décide que « des conditions nationales de qualification, même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité, peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice par les ressortissants des autres États membres, du droit d'établissement »⁴²². Dans ces arrêts, la Cour de justice cherche à identifier de quelle manière l'application de la réglementation défavorise les opérateurs qui font usage d'une liberté économique⁴²³.

⁴¹⁸ CJCE, 12.7.1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris c. O. Klopp*, 107-83, *Rec.*, p. 2971, pt 14, à propos du refus de l'inscription à un barreau français d'un avocat allemand en application de la règle de l'unicité du cabinet. Au pt 18, la Cour considère cependant que le droit communautaire s'oppose à ce qu'un État impose l'unicité du cabinet « sur l'ensemble du territoire communautaire ».

⁴¹⁹ CJCE, 7.7.1988, *C. Stanton et SA belge d'assurance « L'Étoile 1905 » c. Inasti*, 143-87, *Rec.*, p. 3877, pt 9, et *Inasti c. Wolf e.a.*, 154 et 155-87, *Rec.*, p. 3897, pt 9. Cette réglementation exonérait d'une cotisation au régime des travailleurs indépendants les personnes qui exerçaient à titre principal une activité salariée en Belgique ; cette exonération était refusée aux personnes qui exerçaient à titre principal une activité salariée dans un autre État.

⁴²⁰ Arrêts *Stanton* et *Wolf*, préc. note 419, pt 13. L'arrêt *Smanor*, préc. note 256, est prononcé le même jour par la même chambre.

⁴²¹ L'arrêt *Smanor* créait une situation de discrimination à rebours ; sur cette notion, v. note 204.

⁴²² CJCE, 7.5.1991, *I. Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, C-340/89, *Rec.*, p. I-2357, pt 15. La demande était adressée au barreau après cinq années d'exercice.

⁴²³ La Cour de justice ne s'affranchit donc pas totalement du principe de non-discrimination. V. *infra* II, A. Dans l'arrêt *Vlassopoulou*, l'absence de prise en considération du diplôme obtenu en Grèce défavorise l'intéressée par rapport à un avocat diplômé en Allemagne, si la procédure de comparaison des qualifications aboutit à la conclusion selon laquelle les compétences acquises à l'étranger correspondent aux qualifications exigées en Allemagne pour l'obtention du diplôme (pts 16 à 19).

Dans l'arrêt *Kraus*, la Cour de justice consolide cette évolution, à propos d'une autorisation administrative qui devait être obtenue des ressortissants allemands afin qu'ils puissent se prévaloir en Allemagne d'un diplôme étranger⁴²⁴. Selon cet arrêt, la levée des obstacles même non discriminatoires fait partie de l'action de la Communauté. Cependant, la qualification de restriction d'une législation « *même applicable sans discrimination tenant à la nationalité* »⁴²⁵ pose la question des limites de la qualification des restrictions à cette liberté.

L'arrêt *Kraus* est d'abord appliqué dans l'arrêt *Gebhard*, dans lequel il est jugé que l'État d'accueil doit veiller à ne pas soumettre l'accès à la profession d'avocat à des conditions de qualification qui sont déjà remplies dans l'État d'origine⁴²⁶. Ensuite, la CJCE va plus loin dans l'interprétation de la notion de restriction au droit d'établissement au sens de l'arrêt *Kraus* dans sa décision *Pfeiffer*. La réglementation en cause, qui interdit d'utiliser un nom commercial déjà enregistré, oblige l'entreprise allemande et sa filiale autrichienne à « *aménager de façon différente la présentation de leurs exploitations en fonction du lieu d'établissement* », ce qui gêne « *la mise en œuvre (...) d'un concept publicitaire uniforme au niveau communautaire* »⁴²⁷. L'entrave ne réside pas dans l'existence de la réglementation elle-même ; seule son application est « *désavantageuse* »⁴²⁸ pour les sociétés qui ne sont pas établies dans l'État membre. La caractérisation de la différence d'impact d'une réglementation sur un opérateur national et sur un opérateur étranger est, certes, analogue à la formulation du point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*. Cependant, l'arrêt *Pfeiffer* montre surtout la nécessité de canaliser l'interprétation de la notion de restriction à la liberté d'établissement en fonction d'un critère précis, puisque l'application d'une réglementation nationale différente a nécessairement tendance à gêner davantage les sociétés qui ne sont pas établies dans l'État membre dont elles cherchent à pénétrer le marché⁴²⁹. En effet, toute réglementation édictée par un État membre, qui s'appliquerait aussi bien aux entreprises

⁴²⁴ Arrêt *Kraus*, préc. note 375, pt 32 : « les articles [39] et [43] s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre État membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le Traité », à moins que la mesure litigieuse ne réponde à une raison impérieuse d'intérêt général et qu'elle soit proportionnée à l'objectif recherché. La Cour de justice se réfère à l'article 3, c) TCE, qui implique « l'abolition (...) des obstacles » aux libertés consacrées par le Traité.

⁴²⁵ Arrêt *Kraus*, préc. note 375, pt 32.

⁴²⁶ Arrêt *Gebhard*, préc. note 170, pts 37 et 38.

⁴²⁷ CJCE, 11.5.1999, *Pfeiffer Großhandel c. Löwa Warenhandel GmbH*, C-255/97, *Rec.*, p. I-2835, pt 20.

⁴²⁸ *Idem*, pt 19.

établies qu'aux entreprises non établies sur le territoire de celui-ci, risque de placer les secondes dans une situation désavantageuse par rapport aux premières.

D'autres arrêts se situent encore dans la mouvance consistant à se demander seulement si une réglementation nationale affecte davantage les personnes qui sont à même de circuler. Il est jugé par exemple que l'institution d'une imposition sur les plus-values latentes du seul fait du transfert hors de France du domicile du contribuable, « *est de nature à restreindre l'exercice [du droit d'établissement] en ayant, à tout le moins, un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre* »⁴³⁰. La caractérisation d'un simple effet dissuasif ne semble pas suffisante pour qualifier une réglementation nationale de restriction à la liberté d'établissement. Ces aspects caractérisent une approche formaliste de la qualification de la restriction à cette liberté. Néanmoins, une évolution est à remarquer quant à la prise en considération de l'efficacité de la concurrence à laquelle peuvent contribuer les opérateurs implantés à l'étranger sur le marché national⁴³¹.

Avant de développer ces éléments, il faut apprécier comment est utilisé le critère de l'accès au marché pour qualifier de restriction à la libre circulation des travailleurs certaines mesures indistinctement applicables. La référence au critère de l'accès au marché ne rend pas nécessairement les solutions plus solides.

b. L'appréciation formaliste des mesures indistinctement applicables en matière de libre circulation des travailleurs en termes d'accès au marché

Faisant fi d'une interprétation littérale de l'article 39 TCE (devenu 45 TFUE)⁴³², la Cour de justice sanctionne également les restrictions non discriminatoires à la libre circulation des travailleurs.

⁴²⁹ En ce sens, v. concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 174, pt 44, selon qui toute réduction des marges de rentabilité de l'opérateur qui circule ne peut être qualifiée de restriction. V. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, eu égard au critère de l'accès efficace au marché.

⁴³⁰ Arrêt *de Lasteyrie du Saillant*, préc. note 387, pt 45. Cette différence de traitement entre ceux qui souhaitent faire usage de leur droit d'établissement et ceux préférant demeurer en France est détaillée au point 46.

⁴³¹ Arrêt *CaixaBank*, préc. note 174, pt 13. Pour la réception de cet arrêt en droit français, v. CE, 23.2.2005, *Sté CaixaBank, Europe*, 4.2005, comm. n° 129. V. aussi CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pts 58 et 59. Cette question est développée *infra* in Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, B, 2.

⁴³² L'article 39 dépasse la simple interdiction de discriminer les travailleurs migrants. En ce sens, v. concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, pts 194 à 196.

L'application du règlement n° 1408/71/CEE⁴³³ a permis à la Cour de justice de poser les prémices de la sanction de réglementations qui défavorisent les travailleurs migrants sans les discriminer ouvertement. En 1975, cette dernière estime que « *le but des articles [39] à [42] ne serait pas atteint si, par suite de l'exercice de leur droit à la libre circulation, les travailleurs devaient perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure (...) la seule législation d'un État membre* »⁴³⁴. Dans l'arrêt *Masgio*, la Cour de justice considère que la disposition litigieuse, bien qu'applicable « *indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés, (...) est susceptible de défavoriser, sur le plan de la sécurité sociale, des travailleurs migrants par rapport aux travailleurs qui n'ont exercé une activité que dans un seul État membre* »⁴³⁵. La Cour de justice se détache ainsi de la nécessité que la réglementation soit explicitement discriminatoire pour qu'elle puisse tomber sous le coup de l'article 39. L'objectif de la libre circulation des travailleurs, qui réside dans l'élimination de toute discrimination fondée sur la nationalité, est ainsi assimilé à la préservation de l'égalité entre les travailleurs migrants et les travailleurs qui ne font pas usage de leur liberté de circulation⁴³⁶.

Au-delà du domaine de la sécurité sociale, la Cour de justice étend à la libre circulation des travailleurs dans son ensemble et à la libre prestation des services l'apport des arrêts *Stanton* et *Wolff*⁴³⁷. En 1993, la formulation de principe précitée de l'arrêt *Kraus* vise, d'ailleurs, autant la liberté d'établissement que la libre circulation des travailleurs. Une mesure nationale qui affecte davantage les travailleurs communautaires qui font usage de leur liberté de circulation constitue donc une entrave contraire à l'article 39 TCE⁴³⁸.

⁴³³ Règlement abrogé par le règlement n° 883/2004/CE, préc. note 407. Le règlement n° 1408/71/CEE avait pour base juridique notamment l'ex-article 7 (devenu 12) et l'ex-article 51 (devenu 422) du Traité. L'article 42 TCE enjoint le Conseil d'adopter dans le domaine de la sécurité sociale des mesures permettant de sauvegarder les droits aux prestations des travailleurs migrants.

⁴³⁴ CJCE, 21.10.1975, *Petroni c. ONPTS*, 24-75, *Rec.*, p. 1149, pt 13. Cet arrêt relève une contrariété entre une disposition du règlement n° 1408/71 et le Traité.

⁴³⁵ CJCE, 7.3.1991, *Masgio*, C-10/90, *Rec.*, p. 1119, pt 19.

⁴³⁶ *Idem*, pt 23 : « une disposition telle que celle visée par la juridiction de renvoi, qui traite de façon plus défavorable des travailleurs communautaires ayant exercé leur droit à la libre circulation que ceux qui n'ont pas fait usage de ce droit, est de nature à entraver la libre circulation des travailleurs ».

⁴³⁷ CJCE, 20.5.1992, *C. Ramrath c. Ministre de la Justice*, C-106/91, *Rec.*, p. I-3351, pt 28, arrêt rendu par la 6^e chambre ; l'arrêt *Masgio* avait été rendu par la 2^e. Les arrêts *Stanton* et *Wolff* sont préc. note 419.

⁴³⁸ V. plus récemment, CJCE, 9.11.2006, *Nemec*, C-205/05, *Rec.*, p. I-10745, pt 39 : « une réglementation nationale telle que celle en cause au principal est susceptible de défavoriser des travailleurs migrants par rapport aux travailleurs qui n'ont exercé une activité que dans un seul État membre ».

Dans l'arrêt *Bosman*, la CJCE appréhende pour la première fois en termes d'accès au marché une entrave à la libre circulation des travailleurs. Les indemnités de transfert payées au club d'où provenait le joueur de football par le club qui l'accueillait, mises en place par des associations internationales de football s'appliquent indistinctement aux footballeurs migrants et nationaux⁴³⁹. Les règles de transferts sont d'abord à même de « *restreindre la libre circulation des joueurs qui souhaitent exercer leur activité dans un autre État membre en les empêchant ou en les dissuadant de quitter leurs clubs d'appartenance* »⁴⁴⁰. Ensuite, la Cour estime que ces règles indistinctement applicables « *conditionnent directement l'accès des joueurs au marché du travail dans les autres États membres et sont ainsi aptes à entraver la libre circulation des travailleurs* »⁴⁴¹. Ainsi, l'atteinte à l'accès au marché du travail n'est pas le critère décisif dans cet arrêt, puisque l'entrave à la libre circulation est d'abord qualifiée sans référence au critère étudié. Par ailleurs, la Cour n'assimile pas les règles en cause à des modalités de vente, en limitant ainsi le revirement opéré dans l'arrêt *Keck et Mithouard* à la libre circulation des biens ; elle utilise néanmoins un champ lexical proche de celui utilisé dans cet arrêt⁴⁴². Le principal apport de l'arrêt *Keck* résiderait, dès lors, dans l'utilisation du critère de l'accès au marché afin de qualifier des mesures indistinctement applicables susceptibles d'affecter davantage les opérateurs économiques qui circulent⁴⁴³. Selon l'avocat général LENZ,

« l'article [39] doit également trouver application à des restrictions non discriminatoires touchant à la libre circulation des personnes. Cela doit tout au moins être le cas lorsque la restriction concerne l'accès au marché du travail dans d'autres États membres »⁴⁴⁴.

Sous l'influence implicite de l'arrêt *Keck*, l'arrêt *Bosman* favorise la prise en compte du critère de l'accès au marché dans la qualification des mesures indistinctement applicables qui

⁴³⁹ La Cour rappelle aux pts 82 à 87 de l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, que depuis l'arrêt *Walrave*, préc. note 159, les règles relatives à la libre circulation des travailleurs s'appliquent à une règle mise en place par une association sportive qui détermine les conditions d'exercice d'une activité salariée par des sportifs professionnels. Le fait que les sportifs soient professionnels les rend bénéficiaires de la libre circulation des travailleurs.

⁴⁴⁰ Arrêt *Bosman*, préc. note 159, pts 99 et 100 respectivement.

⁴⁴¹ *Idem*, pt 103, en réponse à un argument des associations sportives qui invoquaient l'arrêt *Keck et Mithouard*. Cette formulation est fidèle au pt 210 des conclusions de l'avocat général C. LENZ.

⁴⁴² À la différence cependant de l'arrêt *Keck* où les expressions « empêcher » et « gêner l'accès au marché » sont utilisées au pt 17, la Cour emploie ici l'expression de « conditionner directement » l'accès au marché. La même formulation est utilisée dans l'arrêt *Alpine Investments*, analysé *infra*, auquel la Cour de justice se réfère ici.

⁴⁴³ En ce sens, v. en particulier J. BAQUERO CRUZ, *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Hart, Oxford, Portland Oregon, 2002, sp. 93.

⁴⁴⁴ Concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, pt 203, italique dans le texte.

affectent la mobilité des travailleurs communautaires. Néanmoins, l'utilisation de ce critère manque encore d'une assise économique.

À l'image de l'arrêt *Bosman*, l'arrêt *Graf* relie l'entrave à la libre circulation des travailleurs et des considérations liées à l'accès au marché, mais dans des termes qui démontrent aussi une approche fragile. La Cour de justice estime d'abord « *qu'il ne saurait être soutenu que [cette mesure] affecte davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers* »⁴⁴⁵. Ensuite, la Cour se demande si, au-delà de leur caractère non discriminatoire, ces dispositions ne sont pas de nature à empêcher ou dissuader un ressortissant d'un État membre de quitter son État d'origine pour exercer son droit à la libre circulation. Elle énonce alors que « *pour être aptes à constituer de telles entraves, il faut qu'elles conditionnent [directement] l'accès des travailleurs au marché du travail* »⁴⁴⁶. La Cour de justice dénie à la réglementation en cause la qualification d'entrave, en raison principalement du caractère trop aléatoire et indirect de l'événement qui pourrait empêcher ou dissuader un travailleur communautaire de se déplacer⁴⁴⁷. Cet arrêt laisse perplexe. La Cour distingue certes l'analyse du caractère discriminatoire de la mesure de celle de son effet restrictif. Néanmoins, la mesure n'affecte pas davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux ; cela peut difficilement conduire la Cour à estimer ensuite que la mesure constitue une restriction à la libre circulation. En ce sens, la conclusion que la Cour donne en termes d'accès au marché vient seulement corroborer la démonstration initiale, comme si cette dernière manquait de fondement. Il semble alors plus cohérent d'analyser d'abord si la mesure discrimine en droit les travailleurs migrants et ensuite, seulement si l'énoncé de la réglementation empêche le juge d'arriver à cette conclusion, d'examiner si, en fait, celle-ci entrave leur accès au marché du travail voisin.

Au-delà de ces questions qui soulignent la nécessité d'une qualification plus précise de la restriction apportée à la libre circulation, l'arrêt *Graf* a été étendu aux mesures touchant à

⁴⁴⁵ Arrêt *Graf*, préc. note 392, pt 16. En application d'une règle autrichienne, un employeur autrichien refuse de verser à l'un de ses salariés autrichiens son droit à indemnité au moment de la rupture du contrat de travail, dans la mesure où le salarié était à l'origine de celle-ci. L'intéressé avait démissionné pour occuper un poste en Allemagne, il invoque alors l'article 39 TCE parce que cette règle restreint selon lui sa liberté de circulation.

⁴⁴⁶ *Idem*, pt 23. La version italienne comporte l'adverbe « directement » mais pas les autres versions linguistiques. En ce sens, v. concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 174, pt 56, n.b.p. n° 34.

l'exercice d'une activité salariée. À propos d'une réglementation selon laquelle un travailleur, résidant au Danemark, ne peut pas circuler librement sur le territoire de cet État dans une voiture de société immatriculée à l'étranger, la Cour de justice estime que « *les modalités de l'exercice d'une activité sont susceptibles de conditionner également l'accès à cette même activité* »⁴⁴⁸. Cela tend à faire disparaître l'intérêt d'une distinction de régime entre les mesures qui conditionnent, directement ou non, l'accès à l'emploi⁴⁴⁹ et celles qui affectent l'exercice de celui-ci. La réglementation en question constitue une restriction à la libre circulation des travailleurs, eu égard à l'impact de la mesure sur les salariés danois qui sont à même de faire usage de leur liberté de circulation⁴⁵⁰, mais aussi en considération de l'impact de celle-ci sur la décision que pourrait prendre un employeur d'embaucher ou non un salarié danois soumis à cette réglementation⁴⁵¹. Ainsi, une question d'accès au marché est ainsi posée dans le cas d'une restriction touchant seulement à l'exercice d'une profession⁴⁵².

La Cour a développé en parallèle l'appréhension des mesures indirectement discriminatoires dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, ce qui montre un attachement à une approche formaliste basée seulement sur le dialectique liberté/discrimination⁴⁵³. Néanmoins, il paraît raisonnable de considérer également ce type de mesure comme des mesures indistinctement applicables qui affectent *de facto* l'accès au marché des travailleurs qui bénéficient de la libre circulation.

L'appréciation des mesures indistinctement applicables dans le domaine de la libre prestation des services nécessite également d'être approfondie, même lorsque le critère de l'accès au marché est employé.

⁴⁴⁷ Arrêt *Graf*, préc. note 392, pts 24 et 25, en réf. à la jurisprudence rendue sur cette question en matière de libre circulation des marchandises. Sur cette question, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 2.

⁴⁴⁸ CJCE, 15.9.2005, *Commission c. Danemark*, C-464/02, *Rec.*, p. I-7929, pt 37, en réf. à l'arrêt *Graf*.

⁴⁴⁹ L'avocat général LENZ dans les conclusions qu'il a présentées pour l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, considérait au pt 210 que : « à défaut [de payer la somme de transfert exigée], le joueur n'a pas la possibilité d'aller à l'étranger pour changer de club. Il s'agit d'une restriction directe à l'accès à l'emploi ».

⁴⁵⁰ *Idem*, sp. pt 50.

⁴⁵¹ *Idem*, sp. pt 48. La restriction est ainsi analysée côté offre et côté demande ; v. Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, B.

⁴⁵² La nuance entre l'accès et l'exercice d'une profession est cependant pertinente. V. *infra* sous II, B, 2.

⁴⁵³ CJCE, 23.5.1996, *O'Flynn*, C-237/94, *Rec.*, p. I-2617, pt 20 ; CJCE, 7.5.1998, *Clean Car Autoservices GmbH*, C-350/96, *Rec.*, p. I-2521, pts 25 et 30, jurisprudence constante. Le caractère indistinctement applicable des mesures en question est décisif, puisque seule l'analyse de l'application de la réglementation permet de savoir si la mesure en question affecte davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux. V. not. CJCE, 18.1.2007, *Aldo Celozzi c. Innungskrankenkasse Baden-Württemberg*, C-332/05, *Rec.*, p. I-569, pt 24. Sur la question de savoir si l'utilisation du principe de non-discrimination est nécessaire dans le cadre de l'analyse d'une restriction à l'accès au marché, v. *infra* sous II, A.

2. L'appréciation formelle des mesures indistinctement applicables en matière de libre prestation des services

Même si la jurisprudence distingue les mesures qui s'appliquent spécifiquement aux prestataires nationaux ou établis dans un autre État membre et celles qui s'appliquent spécifiquement aux destinataires de services nationaux ou établis dans d'autres États membres, certaines mesures nationales restreignent de manière indistincte ces deux volets⁴⁵⁴. D'autres mesures peuvent être interprétées comme restreignant également l'autre facette alors que l'une d'entre elles est mise en avant⁴⁵⁵. Ces deux types de mesures se prêtent dès lors à une analyse conjointe.

La Cour de justice élargit dans l'arrêt *Säger* le champ d'application de l'article 49 du Traité aux mesures indistinctement applicables⁴⁵⁶, à propos d'une réglementation constitutive d'une restriction non discriminatoire à la libre prestation des services⁴⁵⁷. La Cour de justice se demande implicitement si l'accès au marché des services en question est davantage gêné pour les prestataires établis à l'étranger que pour les prestataires nationaux. On peut estimer que cela revient à examiner si, en fait, la réglementation en cause discrimine les prestataires étrangers en les excluant du marché en question.

L'arrêt *Säger* résume l'évolution jurisprudentielle relative à la qualification de mesures indistinctement applicables de restrictions à la libre prestation des services, si on le compare aux formulations retenues le même jour dans les arrêts *Gouda* et *Commission contre Pays-Bas*⁴⁵⁸, qui appliquent au domaine des services la jurisprudence *Cassis de Dijon*. Peut ainsi

⁴⁵⁴ V. par ex. CJCE, 25.7.1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007 ; et, *idem*, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069. C'est le cas des conditions mises à la transmission aux Pays-Bas de messages publicitaires contenus dans des programmes de radio ou de télévision émis à partir d'autres États membres, détaillées *infra*.

⁴⁵⁵ Arrêt *Alpine Investments*, préc. note 160. Ceci est expliqué plus en détail *infra*.

⁴⁵⁶ Arrêt *Säger*, préc. note 378, pt 12 : « L'article [49] du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues ».

⁴⁵⁷ *Idem*, pt 14. La réglementation allemande subordonnait l'activité des services de renouvellement de brevets à une autorisation administrative, celle-ci étant soumise à la possession de qualification professionnelle, afin en pratique de réserver cette activité aux conseils nationaux en brevet.

⁴⁵⁸ Arrêt *Gouda*, pt 12, arrêt *Commission c. Pays-Bas*, pt 16 (arrêts préc. note 454) : « en l'absence d'harmonisation des règles applicables aux services, voire d'un régime d'équivalence, des entraves à la liberté garantie par le traité dans ce domaine, peuvent, en second lieu, provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre État membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet État ». Ces arrêts concernent la « Mediawet », loi néerlandaise réglant notamment la fourniture de programmes de radiodiffusion et de télévision.

être qualifiée de restriction à la libre prestation des services une mesure indistinctement applicable qui affecte non seulement les prestations fournies depuis un État membre différent de celui de la destination de celles-ci, mais également la possibilité des destinataires des services de s'adresser aux prestataires de services établis dans d'autres États membres.

La première entrave en cause dans l'arrêt *Commission contre Pays-Bas* est l'obligation de recourir aux moyens techniques d'une entreprise nationale pour la réalisation des programmes de radiodiffusion ou de télévision. L'analyse de cette entrave dans le cadre du « nouveau » champ d'application de l'article 49 inclut implicitement le critère de l'accès au marché :

« L'obligation faite à tous les organismes nationaux de radiodiffusion établis dans un État membre de recourir en tout ou en partie aux moyens techniques offerts par une entreprise nationale, empêche ces organismes ou limite, en tout cas, leurs possibilités de s'adresser aux services des entreprises établies dans d'autres États membres. Elle comporte donc un effet protecteur en faveur d'une entreprise de services établie sur le territoire national et défavorise, dans la même mesure, les entreprises du même type établies dans d'autres États membres »⁴⁵⁹.

La Cour sanctionne ici la limitation du choix des prestataires établis aux Pays-Bas dans l'accès au marché des services prestés depuis les autres États. La protection de l'entreprise nationale, qualifiée de « régime préférentiel »⁴⁶⁰ porte ainsi atteinte à la libéralisation du marché des services de la réalisation des programmes de radiodiffusion ou de télévision.

La formulation retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Cabotage* corrobore la percée du critère de l'accès au marché. À propos d'une réglementation française non discriminatoire qui prévoit pour les services de transport effectués entre un port français et un port d'un autre État membre, un régime de taxation moins favorable que pour les services de transports effectués entre des ports français, la Cour juge que la libre prestation des services « s'oppose également à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre »⁴⁶¹. Selon David O'KEEFFE et Antonio F. BAVASSO,

⁴⁵⁹ Arrêt *Commission c. Pays-Bas*, préc. note 454, pt 23.

⁴⁶⁰ *Idem*, pts 24 et 25.

⁴⁶¹ CJCE, 5.10.1994, *Commission c. France*, C-381/93, *Rec.*, p. I-5145, pt 17.

« la décision semble avoir été prise, plus clairement que jamais, sur la base d'une restriction de la possibilité de fournir des services et ainsi de l'accès au marché dans un sens économique plus que sur la base de la discrimination »⁴⁶².

De même, la Cour de justice qualifie expressément une restriction à la libre prestation des services en termes d'accès au marché dans l'arrêt *Alpine Investments*. L'entrave émane en l'espèce de l'État membre dans lequel est établi le prestataire et non de l'État dans lequel est établi le destinataire potentiel⁴⁶³. L'absence de discrimination ne se déduit pas de l'application indistincte de la règle aux prestataires nationaux et établis dans d'autres États membres⁴⁶⁴, mais du fait que l'interdiction en cause « concerne non seulement les offres que [le prestataire] a faites à des destinataires qui sont établis sur le territoire de cet État (...), mais également les offres adressées à des destinataires se trouvant sur le territoire d'un autre État membre »⁴⁶⁵. La lecture de l'ensemble de l'analyse relative à l'existence ou non d'une restriction à la libre prestation des services est donc nécessaire pour saisir le champ d'application exact de la mesure (une remarque similaire peut être formulée à propos de l'arrêt *Schindler*⁴⁶⁶). Ainsi, l'article 49 s'applique à des mesures indistinctement applicables

⁴⁶² O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F., « Four freedoms, one market... », préc. note 252, p. 547, notre traduction, en réf. également à l'arrêt CJCE, 28.4.1998, *J.F. Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län*, C-118/96, *Rec.*, p. I-1897. Le pt 30 énonce « une [telle] législation (...) comporte un ensemble d'éléments susceptibles de dissuader le preneur de souscrire des assurances vie en capital auprès de compagnies non établies en Suède ainsi que de dissuader les compagnies d'assurances d'offrir leurs services sur le marché suédois ».

⁴⁶³ La réglementation néerlandaise en cause interdisait aux opérateurs des marchés financiers établis aux Pays-Bas de contacter des clients par téléphone sans leur consentement préalable, sur le territoire national comme sur celui des autres États membres. La situation est donc partiellement différente des affaires *Gouda* et *Commission contre Pays-Bas* dans lesquelles l'une des restrictions limitait la possibilité pour les gérants de réseau de télédistribution établis aux Pays-Bas de transmettre des programmes offerts depuis l'étranger par des émetteurs établis dans d'autres États membres qui ne satisfaisaient pas certaines conditions

⁴⁶⁴ Néanmoins, un prestataire de service établi dans un autre État membre ne serait-il pas soumis également à l'interdiction du « cold calling » s'il souhaitait cibler des destinataires de services établis aux Pays-Bas ?

⁴⁶⁵ Arrêt *Alpine Investments*, préc. note 160, pt 38.

⁴⁶⁶ Arrêt préc. note 164. En réf. à l'arrêt *Säger*, la Cour « constate » que l'interdiction du déroulement des loteries sur le territoire britannique est une entrave à la libre prestation des services, en choisissant cependant une formulation qui pourrait laisser croire que la réglementation litigieuse est spécifiquement applicable aux prestataires de services établis dans d'autres États membres : « la législation britannique (...) empêche de manière absolue les organisateurs de loterie d'autres États membres de promouvoir leurs loteries et de vendre leur billets (...) sur le territoire de l'État membre qui a [l']édicte[e] » (pt 44). La réponse à la question de savoir si des préoccupations de politique sociale et de prévention de la fraude peuvent légitimer cette entrave précise le caractère indistinctement applicable de la mesure : celle-ci, « qui vise l'organisation des loteries de grande ampleur et (...) la publicité et la diffusion des billets de ce type de loteries, s'applique quelle que soit la nationalité de l'organisateur de la loterie ou de ses agents et quels que soient le ou les États membres dans lesquels l'organisateur ou ses agents sont établis. Elle n'opère donc aucune discrimination selon la nationalité des opérateurs économiques concernés ou selon l'État membre dans lequel ils sont établis » (pt 48).

établies par l'État membre d'origine⁴⁶⁷, même si les destinataires de services sont seulement potentiels⁴⁶⁸.

La Cour de justice estime que la mesure est « *susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers* », en ce qu'elle « *prive les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres* »⁴⁶⁹. En réponse à un argument qui tentait d'assimiler par analogie la règle en cause à une modalité de vente au sens de l'arrêt *Keck*, la Cour de justice répond que la mesure litigieuse « *conditionne directement l'accès au marché des services dans les autres États membres* »⁴⁷⁰. Contrairement à l'analyse qui sera menée quelques mois après dans l'arrêt *Bosman*, la Cour de justice adopte un raisonnement plus progressif qui rend utile le raisonnement en termes d'accès au marché. Sous cette réserve, on pourrait cependant transposer les remarques formulées précédemment à propos de l'arrêt *Bosman* : la Cour refuse d'exclure du champ d'application de l'article 49 un certain type de mesures qui ne répondraient pas à certaines conditions, tout en utilisant le critère étudié. La Cour précise, en sus, que la mesure est « *apte à entraver le commerce intracommunautaire des services* »⁴⁷¹. Cette expression, qui figure dans l'arrêt *Keck* à propos des marchandises⁴⁷², donne le signe d'une complémentarité avec le droit communautaire de la concurrence.

On pourrait estimer que cet arrêt s'écarte de la libre circulation des marchandises en ce que la « *division Keck* » n'est pas transposée à la libre prestation des services. Néanmoins, l'utilisation du critère de l'accès au marché témoigne d'une convergence entre les libertés de circulation, cette convergence dépassant largement la division suggérée dans l'arrêt *Keck*.

L'analyse en termes d'accès au marché des restrictions indistinctement applicables à la libre prestation des services devient assez récurrente à la suite de cet arrêt. Par exemple, la qualification impérative de contrat de travail de la prestation d'un guide touristique dans le

⁴⁶⁷ V. not. F. GAZIN, comm. 256 sous l'arrêt *Alpine Investments, Europe*, 7.1995, p. 9. L'arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, préc. note 192, qui concerne les mesures d'effet équivalant à l'exportation, correspond à cette situation en matière de marchandises.

⁴⁶⁸ V. not. L. IDOT, comm. 264 sous l'arrêt *Alpine Investments, Europe*, 7.1995, p. 11.

⁴⁶⁹ Arrêt *Alpine Investments*, préc. note 160, pt 27.

⁴⁷⁰ *Idem*, pt 38.

⁴⁷¹ *Ibid.* Cette formulation, qui figure aux pts 16 de l'arrêt *Keck* et 103 de l'arrêt *Bosman* se rapproche de l'affectation du commerce entre États membres, condition d'application du droit communautaire de la concurrence.

cadre de l'exécution des programmes touristiques en Grèce prive les guides touristiques originaires d'autres États membres de la faculté d'exercer leur activité de manière indépendante ; cela constitue une restriction à la libre prestation des services⁴⁷³ qui s'interprète aisément en termes d'accès au marché. Toutefois, il n'est pas expliqué en quoi les conditions d'accès au marché des services touristiques gênent davantage les guides établis à l'étranger qui exercent à titre indépendant cette activité.

De manière plus claire, la Cour juge qu'une restriction à la libre prestation des services consiste en une limitation de « *la possibilité pour les organismes de radiodiffusion établis dans l'État d'émission de diffuser au profit des annonceurs établis dans l'État de réception des publicités destinées spécialement au public de ce dernier État* »⁴⁷⁴, ce qui constitue indéniablement une restriction à l'accès au marché des services en question, à savoir les publicités destinées au public de ce dernier État.

Néanmoins, comme on l'a remarqué précédemment, la référence à l'expression « accès au marché » ne rend pas nécessairement la solution plus solide d'un point de vue économique. En témoigne aussi l'arrêt relatif à une réglementation italienne qui limitait drastiquement les activités de recouvrement extrajudiciaire de créances au territoire de la province pour laquelle une entreprise avait obtenu une autorisation, sauf à conférer un mandat à un représentant autorisé pour l'exercice, et exigeait, pour l'obtention d'une autorisation d'exercer sur le territoire d'une autre province, d'y disposer d'un autre local. Selon la Cour de justice, ces règles « *constituent (...) pour tout opérateur non établi en Italie, un obstacle sérieux à l'exercice de ses activités dans cet État membre affectant son accès au marché* »⁴⁷⁵. La précision selon laquelle la réglementation en cause gêne davantage l'accès au marché des opérateurs non établis en Italie que celui des opérateurs qui disposent déjà d'un local dans cet État, permet de mieux saisir la qualification de la restriction litigieuse. Cette explication est nécessaire dans la mesure où, même pour un opérateur italien qui dispose d'un local dans une province, mandater un représentant au cas où l'intéressé souhaite étendre son activité dans une autre province constitue également un obstacle sérieux à son activité. Ainsi,

⁴⁷² Cependant, la réglementation est qualifiée de restriction alors qu'elle n'a pas pour effet de cloisonner le marché national : la mesure a une « portée limitée » (pt 54). Cet argument « *de minimis* » est abordé in Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, A. 2. De plus, les alternatives à l'accès au marché sont énoncées

⁴⁷³ CJCE, 5.6.1997, *SETTG*, C-398/95, *Rec.*, p. I-3091, pts 17 et 18, en application de l'arrêt *Säger*, pt 12.

⁴⁷⁴ Arrêt *De Agostini*, préc. note 380, pt 50.

⁴⁷⁵ CJCE, 18.7.2007, *Commission c. Italie*, C-134/05, *Rec.*, p. I-6251, pts 57 et 64 respectivement. Un manquement de l'Italie aux articles 43 et 49 CE est reconnu.

l'identification d'une entrave indistinctement applicable à la libre prestation des services et/ou à la libre circulation des personnes en termes d'accès au marché n'a de sens que si on compare l'application de chaque mesure litigieuse aux opérateurs nationaux et étrangers.

L'ensemble de la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services présente donc de grandes similitudes avec l'analyse des restrictions étatiques à la libre circulation des biens. Défendre l'identité des analyses dans chacun de ces domaines serait cependant exagéré. En effet, en matière de libre circulation des personnes et des services, la Cour de justice n'utilise pas nécessairement l'expression « empêche ou gêne l'accès au marché », mais plutôt « conditionne (directement) », voire « affecte » celui-ci. De plus, la CJCE n'a pas limité le champ d'application des autres libertés de circulation comme elle l'a fait, ne fût-ce qu'en apparence, en matière de libre circulation des marchandises. Au-delà de ces tempéraments, la qualification des mesures litigieuses en matière de libre circulation des personnes et/ou des services montre néanmoins que la Cour distingue l'affectation en droit de l'affectation en fait de ces mesures. Or, cette distinction est récurrente dans le cadre de la libre circulation des biens. De plus, l'utilisation fréquente du critère de l'accès au marché souligne que la formulation du point 17 de l'arrêt *Keck* a été transposée à l'ensemble de la jurisprudence relative à la libre circulation. Ainsi, selon David O'KEEFFE et Antonio F. BAVASSO, la notion d'accès au marché « *serait la clé d'une interprétation unitaire, applicable à toutes les situations du type Keck, Bosman et Alpine* »⁴⁷⁶. Le critère de l'accès au marché favorise ainsi l'unicité du droit des libertés de circulation.

Une étude plus précise du critère de l'accès au marché dans l'ensemble du droit de la libre circulation permet alors de mieux comprendre la raison d'être de la dichotomie entre les mesures relatives aux modalités de vente et aux produits, qui est spécifique à la libre circulation des marchandises. En effet, la dualité qui figure dans l'arrêt *Keck* est pertinente en ce qu'il semble adéquat de distinguer « *l'accès à l'activité économique en cause de l'exercice de celle-ci* »⁴⁷⁷. L'opinion défendue par l'avocat général GULMANN permet en effet de formuler ce type d'observation⁴⁷⁸, tandis que le passage précité de l'arrêt *Commission contre*

⁴⁷⁶ O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F., « Four freedoms, one market... », préc. note 252, p. 551, notre traduction.

⁴⁷⁷ En ce sens, v. V. HATZOPOULOS, « Recent developments in the field of services », *CMLR*, 2000, p. 43, sp. 68 ; v. aussi J. BAQUERO CRUZ, *Between competition and free movement*, préc. note 443, sp. p. 93-94.

⁴⁷⁸ Concl. av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt *Schindler*, préc. note 164, pt 34 : « [e]n cas d'autorisation de telle ou telle forme de jeu, les États membres peuvent incontestablement établir des règles relativement aux conditions de qualification devant être remplies pour pouvoir accéder à l'exercice de cette

Italie souligne l'importance du critère de l'accès au marché même lorsqu'il est question d'exercice d'une activité économique. Les décisions de la Cour de justice seraient donc mieux fondées si celle-ci s'attachait à comparer précisément l'incidence de la législation sur l'accès ou sur l'exercice de l'activité économique des opérateurs nationaux et étrangers. Cette comparaison nécessite une analyse d'ordre juridique et économique.

La qualification d'une entrave au regard du Traité s'effectue dès lors dans un cadre propice à l'utilisation du critère de l'accès au marché, mais ce dernier appelle une analyse juridique et économique de la situation en cause.

II. La nécessité d'une qualification juridique et économique de l'entrave à l'accès au marché en matière de libre circulation

Même si on retrouve fréquemment l'expression « accès au marché » dans l'ensemble de la jurisprudence relative à la libre circulation, l'expression n'est ni systématiquement employée, ni employée de manière identique. Toutefois, chaque entrave étatique à une ou plusieurs libertés de circulation peut s'expliquer en termes d'accès au marché, de sorte que le critère constitue un élément décisif dans la convergence de l'analyse des restrictions apportées aux libertés économiques consacrées dans le Traité. À propos d'un manquement reconnu à l'encontre de la Belgique⁴⁷⁹, Laurence IDOT estime par exemple que « *[le] critère de l'accès au marché devient fondamental dans l'identification des entraves au principe de libre circulation* »⁴⁸⁰. Ainsi, le critère de l'accès au marché n'est plus seulement l'objectif poursuivi par la libre circulation des marchandises ou le principe directeur de cette dernière, il constitue aussi un moyen d'identifier une restriction étatique à la libre circulation au sens du Traité. Il convient à présent de réfléchir à la nature juridique et économique des analyses que l'utilisation de ce critère unificateur induit.

S'agissant du volet juridique, il est important de confronter ce critère au principe de non-discrimination, qui est essentiel dans l'ordre juridique communautaire. S'agissant de son

activité, et aux modalités d'exercice de cette activité, en vue d'assurer que l'activité ne donne pas lieu à des abus au détriment des joueurs et de la société en général ».

⁴⁷⁹ CJCE, 9.11.2006, *Commission c. Belgique*, C-433/04, *Rec.*, p. I-10653, pt 31 : « sans priver les prestataires non établis et non enregistrés en Belgique de la possibilité d'y fournir leurs services, la disposition litigieuse leur rend difficile l'accès au marché belge », à propos d'une réglementation belge qui oblige les commettants et les entrepreneurs qui font appel à des cocontractants non enregistrés en Belgique à retenir 15 % de la somme due pour les travaux effectués et qui impose aux mêmes personnes une responsabilité solidaire pour les dettes fiscales de ces cocontractants. Cette règle constitue une entrave dans la mesure où elle peut dissuader les prestataires de service non enregistrés de fournir des services sur les marchés belges.

versant économique, il convient de réfléchir à la manière dont le critère peut être utilisé de manière à appréhender au mieux les échanges.

Le critère de l'accès au marché n'est pas le critère exclusif de qualification de l'entrave à la libre circulation, notamment en ce qu'il doit se combiner avec le principe de non-discrimination. La dimension juridique du critère de l'accès au marché doit être étayée sous cet angle (A). Même si l'utilisation de ce critère reste empreinte de considérations juridiques, il convient de réfléchir aux fondements d'une appréciation économique de l'entrave à l'accès au marché (B).

A. La dimension juridique de la qualification d'une mesure étatique de restriction à l'accès au marché

La dimension juridique du critère économique de l'accès au marché ressort d'une confrontation de ce critère avec deux principes proches, l'égalité et la non-discrimination⁴⁸¹. Selon une partie de la doctrine, le critère de l'accès au marché semble devoir être compris en rapport avec le principe d'égalité (1). Toutefois, la relativisation de l'égalité entre opérateurs économiques dans l'échange marchand nous conduit à préférer une utilisation de ce critère conjointement avec le principe de non-discrimination (2).

1. Les limites de l'utilisation du critère de l'accès au marché en rapport avec le principe d'égalité

Il serait incongru d'occulter le principe d'égalité, qui constitue selon Koen LENAERTS « *un concept structurel de base du droit communautaire* »⁴⁸². À première vue, il semble concevable d'établir le lien entre le principe d'égalité et les libertés de circulation. Selon l'avocat général STIX-HACKL, « *en tant qu'elles énoncent des interdictions de discrimination par exemple, [les libertés fondamentales] doivent être considérées comme des expressions particulières du principe général d'égalité* »⁴⁸³. Dans la mesure où le critère de

⁴⁸⁰ IDOT L., note sous arrêt *Commission c. Belgique, Europe*, 1.2007, comm. 10, p. 16.

⁴⁸¹ V. en particulier R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit public, t. 231, 2003. V. aussi P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation ... », préc. note 213, sp. p. 330 à 338, où l'auteur explique la priorité accordée au principe de non-discrimination.

⁴⁸² LENAERTS K., « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3, sp. 38, repris in P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, n° 3, p. 425. Dans un sens proche, D. SIMON, in *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 3^e éd., p. 367-368, considère que le principe d'égalité comporte un « caractère constitutionnel » et le classe parmi les « principes structurels » du droit communautaire.

⁴⁸³ Concl. av. gén. C. STIX-HACKL présentées pour l'arrêt *Omega*, préc. note 166, pt 50. .

l'accès au marché est utilisé de manière à déterminer si une réglementation défavorise l'opérateur qui circule, on pourrait alors considérer que cette utilisation du critère constitue une forme de conjugaison du principe d'égalité. Il convient néanmoins de confronter cette idée à la réalité économique de l'échange.

L'application du principe d'égalité sied à « *la protection du citoyen de la Communauté* », mais précisément lorsqu'il s'agit de protéger des droits « *qui n'ont plus guère de rapport avec l'activité économique* »⁴⁸⁴. Lorsque l'activité économique est directement en cause, le principe d'égalité nous semble moins adapté.

Or, selon l'avocat général TIZZANO, la Cour de justice mettrait en œuvre un « *principe d'égalité dans les conditions d'accès au marché* »⁴⁸⁵. Dans la même optique, Rémy HERNU note que « *la notion d'un marché commun implique par elle-même l'égalité dans la condition juridique de tous les opérateurs concernés* »⁴⁸⁶. Ce principe doit cependant être nuancé, en particulier au regard du principe de reconnaissance mutuelle. Ce dernier vise à corriger l'inégalité dans les conditions d'accès au marché entre les produits importés et les produits nationaux, sans nécessairement la rétablir. Par exemple, un produit importé, qui n'aurait pas subi un traitement sanitaire aussi poussé que celui qui est respecté par le produit national concurrent, doit pouvoir être commercialisé sur le marché de l'État d'importation sauf si le traitement différent accompli dans cet État répond à une exigence impérative d'intérêt général. Dans le cas où l'accomplissement de contrôles sanitaires supplémentaires n'est pas justifié, les conditions d'accès au marché des produits importés et nationaux ne sont pas égales. En effet, le produit importé est avantagé par rapport aux produits nationaux tant que les contrôles supplémentaires sont maintenus pour ces derniers : le droit communautaire n'interdit pas les discriminations à rebours.

De plus, l'égalité entre des opérateurs économiques qui entrent en concurrence sur le même marché est fictive⁴⁸⁷. L'égalité entre opérateurs économiques est relativisée dans l'échange

⁴⁸⁴ LENAERTS K., « L'égalité de traitement... », préc. note 482, p. 25.

⁴⁸⁵ Concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 174, pt 66.

⁴⁸⁶ HERNU R., ouvrage préc. note 481, p. 1.

⁴⁸⁷ Un opérateur économique efficace n'est pas l'égal d'un concurrent moins efficace. Ces aspects sont développés quant à la question de l'opportunité de consacrer un droit d'accès au marché, *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I.

économique⁴⁸⁸. Ainsi, la rupture d'une supposée et relative égalité des conditions d'accès au marché ne semble pas pouvoir emporter la conviction du juge national dans tous les cas où celui-ci doit apprécier l'existence d'une entrave qui naît d'une réglementation indistinctement applicable affectant de la même manière en droit les opérateurs nationaux ou communautaires.

Le raisonnement ne peut cependant s'arrêter à ce stade. En effet, une rupture d'égalité qui ne respecterait pas le Traité peut être sanctionnée *a posteriori* par le contrôle exercé par un juge. À cet égard, il semble plus judicieux de relier l'identification d'une restriction à l'accès au marché au principe de non-discrimination.

Le principe de non-discrimination constitue certes la formulation négative du principe d'égalité de traitement⁴⁸⁹. Denys SIMON qualifie le principe de non-discrimination de « *principe structurel (...) à caractère économique* »⁴⁹⁰. Selon Rémy HERNU, le respect de ce principe est plus « *opérateur* »⁴⁹¹. D'après l'avocat général TIZZANO, il est :

« difficile de qualifier de restrictions contraires au traité des dispositions nationales qui régissent l'exercice d'une activité économique sans en affecter directement l'accès et sans opérer la moindre discrimination, ni en droit, ni en

⁴⁸⁸ V., dans un sens proche, l'opinion défendue par P. MADDALON, *in* « La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne dans la jurisprudence de la CJCE », HERVOUËT F. (dir.) *Démarche communautaire et construction européenne, dynamique des méthodes*, vol. 2, Travaux de la CEDECE, 2000, La documentation Française, Paris, p. 79, sp. 80 : « L'individualisme libéral prétend placer les individus dans des conditions d'égalité. La neutralité du marché doit permettre d'atteindre cet objectif : si aucune volonté politique n'a influencé les conditions de l'échange marchand, le résultat de la confrontation entre les offreurs et les demandeurs – et la hiérarchie qui en résulte – est juste puisqu'elle tient uniquement aux capacités de chacun. Mais, dans ces conditions la prévisibilité fait défaut. Les échanges à venir peuvent bouleverser l'ordre des précédentes rencontres entre les offreurs et les demandeurs. Les opérateurs économiques sollicitent donc des autorités politiques l'organisation des marchés. Cette intervention signifie cependant l'absence de spontanéité de l'échange marchand. Un producteur va s'imposer non seulement parce qu'il est plus performant que les autres au moment de l'échange mais peut-être aussi parce qu'il aura bénéficié auparavant de l'intervention des pouvoirs publics. Dès lors, tous les individus ne sont pas placés dans des conditions d'égalité, ce qui contredit l'idéal marchand ».

⁴⁸⁹ En ce sens, v. R. HERNU, ouvrage préc. note 481, p. 2. L'auteur nuance rapidement le propos : « quoique la non-discrimination constitue l'expression d'une situation d'inégalité contraire au droit, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse s'identifier totalement à l'égalité » (p. 19). Toutefois, F. EDEL, *in* « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, 2009, n° 49, p. 213, défend, en référence à la dialectique hégélienne, « une théorie unitaire du principe d'égalité » (p. 216). L'auteur explique comment « le législateur est fondé, en application dudit principe, à procéder soit au regroupement, soit au fractionnement des sujets de droit, pour joindre ou disjoindre leur régime juridique » (*idem*).

⁴⁹⁰ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, préc. note 482, p. 367-368.

⁴⁹¹ HERNU R., *idem*, p. 19. Selon cet auteur, « les modèles d'égalité déterminent des critères pertinents d'appréciation, alors que la non-discrimination consiste principalement à interdire l'utilisation de critères inconciliables avec la logique même du système juridique » (p. 20).

fait, entre les opérateurs nationaux et les opérateurs étrangers, au seul motif qu'elles réduisent l'intérêt économique à exercer ladite activité »⁴⁹².

Ainsi, il est essentiel de se référer à la non-discrimination, même à propos de réglementations qui affectent l'exercice d'une activité économique. L'avocat général MADURO acquiesce à cette approche :

« toute restriction à la liberté économique ou commerciale n'est pas une restriction à l'exercice des libertés de circulation. En fait, celle-ci comporte toujours une sorte de « discrimination » qui résulte du fait que les États membres confectionnent leurs mesures sans tenir compte des effets qui en résultent sur les situations transnationales. Seules ces dernières restrictions sont interdites par le traité »⁴⁹³.

Ces extraits rappellent que la Cour de justice ne qualifie pas une mesure nationale au regard du Traité s'il s'agit d'une simple entrave à la liberté commerciale d'opérateurs économiques engagés dans des transactions interétatiques. Il s'agit dès lors de rechercher un désavantage particulier subi par l'opérateur économique qui utilise l'une des libertés consacrées dans le Traité, ce désavantage étant établi en fonction de la comparaison de la situation de ce dernier avec celle d'un opérateur qui n'utilise pas les opportunités offertes dans le Traité⁴⁹⁴. La qualification d'une restriction à l'accès au marché ne peut donc pas s'affranchir totalement du principe de non-discrimination⁴⁹⁵.

⁴⁹² Concl. av. gén. A. TIZZANO, présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 485, pt 58. La question de savoir s'il est pertinent de ne sanctionner que les entraves directes à l'accès est développée *infra*, sous B, 1.

⁴⁹³ Concl. av. gén. M. MADURO, présentées pour l'arrêt CJCE, 13.12.2005, *Marks and Spencer*, C-446/03, *Rec.*, p. I-10837, pt 40.

⁴⁹⁴ Le frontière entre le principe de non-discrimination et le principe d'égalité est mince. En matière de libre circulation des personnes, M. BENLOLO CARABOT, ouvrage préc. note 367, p. 495, estime que « en interprétant le principe d'égalité dans le contexte spécifique de la libre circulation, le juge communautaire franchit un palier supplémentaire en comparant non plus simplement les situations respectives de deux ressortissants d'États membres, mais aussi et surtout celles du migrant et du sédentaire, le migrant étant soit la personne qui se déplace, soit la personne qui s'est déplacée d'un État membre à l'autre », en réf. à P. GARRONE, art. préc. note 482, p. 436-437. Or, cette comparaison est évidemment pertinente, par analogie, lorsqu'il est question d'activité économique. Toutefois, dans ce cadre, l'égalité ne peut réellement être rétablie.

⁴⁹⁵ V. l'arrêt *V. Graf*, préc. note 392, pt 18 : « l'article 48 du traité n'interdit pas seulement toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la nationalité, mais également les réglementations nationales qui, bien qu'applicables indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés, comportent des entraves à la libre circulation de ceux-ci ». On pourrait croire qu'une entrave pourrait être reconnue indépendamment de toute discrimination. Néanmoins, la Cour de justice estime dans le même arrêt que « l'ensemble des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les ressortissants communautaires, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur le territoire de la Communauté et s'opposent aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre » (pt 21, italique ajouté). Ainsi, une rupture d'égalité de traitement entre la personne qui fait usage d'une liberté de circulation et celle qui n'en fait pas usage constitue la condition *sine qua non* à la reconnaissance d'une restriction au sens du Traité. V. aussi CJCE, 26.1.1999, *F.C. Terhoeve c.*

Le principe juridique de non-discrimination et le critère économique de l'accès au marché doivent nécessairement « cohabiter » dans le cadre du contrôle juridictionnel exercé sur l'échange.

2. L'utilisation conjointe du critère de l'accès au marché et du principe de non-discrimination

La nécessité d'utiliser conjointement le critère de l'accès au marché et le principe de non-discrimination ressort des développements précédents. Il a en effet été remarqué qu'une mesure nationale discriminatoire défavorise *de jure* l'accès au marché national des opérateurs établis dans un autre État membre, quelle que soit la liberté invoquée. Cependant, l'atteinte portée à l'accès au marché est le plus souvent masquée par la formulation neutre d'une réglementation. Ainsi, l'articulation du critère de l'accès au marché avec le principe de non-discrimination peut devenir délicate. Il convient de préciser le propos en distinguant les réglementations discriminatoires des mesures indistinctement applicables.

Dans le cas d'une restriction discriminatoire à la liberté d'établissement, par exemple, la qualification de l'entrave peut être réalisée indépendamment de toute référence à l'accès au marché, tandis que l'affectation de celui-ci constitue une conséquence évidente de l'application de la réglementation. Cela se vérifie dans un arrêt *Commission contre France*, dans lequel la Cour de justice considère que :

« en refusant aux succursales et agences en France de sociétés d'assurances ayant leur siège dans un autre État membre le bénéfice de l'avoir fiscal pour les dividendes de sociétés françaises que les succursales et agences perçoivent, l'article 158 *ter* du Code général des impôts n'accorde pas à ces sociétés les mêmes conditions que celles définies par la législation française pour les sociétés d'assurances ayant leur siège en France. Cette discrimination constitue, pour les sociétés d'assurances ayant leur siège dans un autre État

Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland, C-18/95, *Rec.*, p. I-345, pt 41 : « une législation nationale (...) constitue une entrave à la libre circulation des travailleurs, interdite, en principe, par l'article [39] du traité. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité, susceptible d'être interdite par les articles [12] ou [39] du traité ou par l'article 7, § 2, du règlement n° 1612/68 (...) ». Cependant, la CJCE estime que « le ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter l'État membre où il réside pour exercer une activité salariée, au sens du traité, sur le territoire d'un autre État membre s'il se voyait imposer le paiement de cotisations sociales *plus lourdes* que dans le cas où il garderait sa résidence dans le même État membre pendant toute l'année, sans pour autant bénéficier de prestations sociales supplémentaires, de nature à compenser ladite majoration » (pt 40, italique ajouté).

membre, une restriction à leur liberté d'établissement qui est contraire à l'article [43], al. 1 et 2, du Traité CEE »⁴⁹⁶.

La discrimination réside dans le fait que les sociétés établies dans d'autres États membres sont défavorisées dans leur accès au marché français des assurances. En qualifiant une telle restriction au regard du Traité, la CJCE poursuit l'objectif consistant à permettre à une société établie dans un autre État membre d'accéder au marché d'autres États membres en étant traitée de la même manière qu'une société établie sur le territoire national. Si ce n'était pas le cas, la société en cause renoncerait plus facilement à des débouchés potentiels sur d'autres marchés.

Ensuite, dans le cas d'une mesure indistinctement applicable, le lien entre la non-discrimination et l'accès au marché est tangible. Selon l'avocat général TIZZANO, « *le ratio de la jurisprudence Keck (...) réside (...) dans le double critère de l'accès au marché et de la discrimination* »⁴⁹⁷. Toute la difficulté consiste alors à déterminer ce qui constitue une gêne à l'accès au marché qui *défavorise*, en fait, l'accès au marché de l'opérateur qui circule. Cela conduit à s'interroger sur l'opportunité de qualifier une réglementation indistinctement applicable de restriction au sens du Traité en l'absence d'effet différent sur les opérateurs nationaux et sur ceux qui font usage de la liberté de circulation⁴⁹⁸.

Il est en tout cas indéniable que la comparaison de l'incidence d'une réglementation nationale sur l'opérateur qui fait usage d'une liberté et sur celui qui n'en fait pas usage, doit être étayée. Contrairement à la formulation précitée de l'arrêt *Pfeiffer*, il paraît délicat de sanctionner les mesures qui créent seulement un désavantage pour l'opérateur qui circule⁴⁹⁹. De même, le fait qu'une réglementation constitue « *un obstacle sérieux (...) qui affecte l'accès au marché* » (aussi bien dans le cadre de la liberté d'établissement que dans celui de la libre prestation des services⁵⁰⁰) pourrait être constaté pour chaque réglementation. D'ailleurs, le terme « *affecter* »

⁴⁹⁶ CJCE, 28.1.1986, *Commission c. France*, 270-83, *Rec.*, p. 273, pt 27, mentionné *in concl.* av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Marks & Spencer*, préc. note 493, pt 39.

⁴⁹⁷ *Concl.* av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 485, pt 72 (l'avocat général se réfère ici au pt 19 des *concl.* av. gén. N. FENNELLY présentées pour l'arrêt *Graf*, préc. note 392).

⁴⁹⁸ Arrêt *Schindler*, préc. note 164, pts 44 et 48 : une entrave à la libre prestation des services est reconnue pour ce qui est de l'accès au marché de la loterie d'ampleur nationale. Cependant, la réglementation qui réserve à un opérateur britannique l'organisation de la loterie nationale gêne autant les (autres) opérateurs nationaux que les prestataires étrangers dans l'accès à ce marché. V. Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, B, 2.

⁴⁹⁹ Arrêt *Pfeiffer*, préc. note 427, pt 19.

⁵⁰⁰ Arrêt *CaixaBank*, préc. note 485, pt 12 ; arrêt *Commission c. Italie*, C-134/05, préc. note 475, pt 57.

signifie « *exercer une action sur quelque chose* »⁵⁰¹, ce qui paraît plus neutre que les termes « gêner », « entraver » ou « dissuader » qui sont souvent rattachés à l'expression accès au marché. Ces mots expriment davantage la circonstance selon laquelle les opérateurs étrangers sont défavorisés par la règle. Il va en effet de soi que l'affectation d'une réglementation nationale n'est pas la même pour une personne établie dans un État membre que pour une personne qui cherche à accéder au marché de cet État. Or, chaque réglementation ne peut être considérée comme une restriction aux échanges au sens du traité⁵⁰². Ainsi, s'il semble impossible de se détacher complètement de l'utilisation du principe de non-discrimination, l'utilisation de ce « référentiel » doit être canalisée afin d'éviter une qualification maximaliste de l'entrave.

Il nous semble que la raison d'être de l'interdiction d'une mesure nationale restrictive d'une ou de plusieurs libertés de circulation réside dans le fait que cette réglementation crée (dans le cas d'une mesure spécifiquement applicable) ou peut conduire à (dans le cas d'une mesure indistinctement applicable) un cloisonnement du marché national. Une qualification économique de l'entrave à l'accès au marché serait alors requise dans les cas où ce cloisonnement n'est pas explicite.

B. Les tenants d'une qualification économique de l'entrave étatique à l'accès au marché

L'utilisation économique du critère de l'accès au marché viserait à éviter une approche trop large de l'entrave (1). Elle serait axée sur l'identification d'un effet protecteur du marché national (2).

1. La nécessité de qualifier précisément l'impact d'une mesure nationale sur l'accès au marché de l'opérateur qui circule

Cette nécessité ressort de l'analyse de la principale différence terminologique entre les arrêts relatifs à la libre circulation des marchandises et ceux relatifs à la libre circulation des services ou des personnes, dans l'utilisation du critère de l'accès au marché.

L'avocat général TIZZANO remarque à juste titre que, dans la jurisprudence qui concerne la libre circulation des services ou des personnes, « *la Cour met l'accent sur le critère de*

⁵⁰¹ Selon la définition du dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007.

⁵⁰² V. en particulier Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, A, 2.

l'entrave directe à l'accès»⁵⁰³. Antonio TIZZANO propose de sanctionner les seules restrictions à la libre circulation des personnes souhaitant accéder ou exercer une activité économique, qui « *affecte[nt] directement, par [leur] objet ou par [leurs] effets, [leur] accès au marché* »⁵⁰⁴. Par ailleurs, les mesures dont les effets restrictifs sont trop indirects ne sont pas sanctionnées⁵⁰⁵.

À cet égard, il convient d'abord de remarquer que la « formule *Dassonville* » permet de qualifier de restriction à la libre circulation des biens les entraves directes ou indirectes à l'accès au marché⁵⁰⁶. Ensuite, l'expression « entrave directe à l'accès au marché » n'est pas reprise dans certains arrêts qui appliquent l'arrêt *Graf*⁵⁰⁷. L'expression n'est pas employée dans le domaine de la liberté d'établissement, en dépit des souhaits de l'avocat général TIZZANO⁵⁰⁸. Dans l'arrêt *SEVIC Systems*, alors que ce dernier avait à nouveau repéré « *un obstacle* » susceptible d'affecter directement la décision de entreprises allemandes de s'établir ou d'étendre leur présence dans d'autres États membres »⁵⁰⁹, la Cour de justice qualifie la réglementation en cause de restriction au sens du Traité en ce que « *le droit allemand instaure une différence de traitement entre sociétés selon la nature interne ou transfrontalière de la fusion, qui est de nature à les dissuader d'exercer la liberté d'établissement* »⁵¹⁰. En matière de libre circulation des capitaux, la Cour de justice préfère aussi utiliser l'expression « *conditionne l'accès au marché* »⁵¹¹.

Pour ce qui concerne la libre prestation des services, la Cour qualifie une entrave seulement indirecte de restriction à cette liberté, contrairement à ce que laisse croire l'arrêt *Alpine Investments*. Par exemple, la Cour de justice décide qu'une législation, « *en ce qu'elle*

⁵⁰³ Concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank*, préc. note 174, pt 49, en réf. à l'arrêt *Alpine Investments*.

⁵⁰⁴ *Idem*, pt 66, « dès lors que le principe de non-discrimination est respecté, et qu'il existe partant une égalité des conditions en droit comme en fait en ce qui concerne à l'accès à une activité économique et à son exercice ». L'expression « conditionne directement l'accès au marché » figure dans l'arrêt *Bosman*, préc. note 159, pt 103, dans l'arrêt *Alpine Investments*, préc. note 160, pt 38 et dans l'arrêt *Graf*, préc. note 392, pt 23.

⁵⁰⁵ V. Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 2, sur l'effet trop aléatoire et indirect d'une entrave qui empêche de la qualifier de restriction au sens du Traité.

⁵⁰⁶ Cependant, une partie de la doctrine réfléchit à une re-formulation de la définition des mesures d'effet équivalent en raison du nombre excessif de mesures qu'elle peut englober (cet aspect est développé in Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1). Or, la démonstration de l'avocat général TIZZANO participe d'une réflexion qui vise à modérer la qualification des restrictions aux libertés consacrées par le Traité.

⁵⁰⁷ Arrêt *Commission c. Danemark*, préc. note 448, pt 37.

⁵⁰⁸ Arrêt *CaixaBank*, préc. note 485, pt 12.

⁵⁰⁹ Concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt CJCE, 13.12.2005, *SEVIC Systems AG*, C-411/03, *Rec.*, p. I-10805.

⁵¹⁰ Arrêt *SEVIC Systems AG*, *idem*, pts 22 et 23.

empêche les opérateurs des États membres, directement ou indirectement, de procéder eux-mêmes à la collecte de paris sur le territoire italien, constitue une entrave à la libre prestation des services »⁵¹². L'analyse du régime français de publicité pour les boissons alcooliques permet également à la Cour de justice de rendre d'une certaine manière accessoire la question du caractère direct d'une entrave à l'accès au marché. Le régime en question subordonne la diffusion télévisée en France par des chaînes de télévision françaises de manifestations sportives ayant lieu sur le territoire d'autres États membres à la suppression préalable des publicités pour des boissons alcooliques. L'avocat général TIZZANO considère que « *les dispositions en cause, même si elles ne prévoient des obligations que dans le chef des opérateurs français, sont un obstacle direct tant pour ces opérateurs que pour ceux des autres États membres en ce qui concerne l'accès au marché des services précités* »⁵¹³. La Cour, sans aboutir à une conclusion différente, ne retient pas cette formulation⁵¹⁴.

Ce débat touche aussi la libre circulation des marchandises. Au regard de la jurisprudence relative aux mesures nationales exclues du champ d'application de l'article 28 TCE en ce qu'elles constituent des modalités de vente remplissant les conditions énoncées au point 16 de l'arrêt *Keck*, l'avocat général TESAURO estime que les mesures nationales en cause dans l'affaire *Familiapress* « *ne sont pas du tout de nature à « conditionner directement l'accès au marché » du produit en cause* »⁵¹⁵. Même s'il ne fait pas de doute que cette réglementation affecte directement l'accès au marché des produits étrangers, la Cour de justice ne reprend pas cet adverbe⁵¹⁶. Sous cet angle, la Cour inscrit la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Keck* dans la ligne jurisprudentielle initiée par l'arrêt *Dassonville*, en se réservant la possibilité de qualifier les entraves indirectes à l'accès au marché. La même remarque peut être formulée par analogie pour les autres libertés.

⁵¹¹ Arrêt *Commission c. Espagne*, préc. note 160, pt 61 (en réf. au pt 60 à l'arrêt *Alpine Investments*).

⁵¹² CJCE, 21.10.1999, *Zenatti*, C-67/98, *Rec.*, p. I-7289, pt 27.

⁵¹³ Concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt CJCE, 13.7.2004, *Commission c. France*, C-262/02, *Rec.*, p. I-6569, pt 59.

⁵¹⁴ Arrêt *Commission c. France*, C-262/02, préc. note 513, pt 26. Tout en mentionnant que les diffuseurs nationaux peuvent moins facilement retransmettre des événements sportifs qui se déroulent à l'étranger, la CJCE explique en quoi cette réglementation constitue une entrave particulière pour les propriétaires de panneaux publicitaires et pour les organisateurs d'événements sportifs se déroulant hors de France.

⁵¹⁵ Concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJCE, 26.6.1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, pt 10.

⁵¹⁶ Arrêt *Familiapress*, *idem*, pt 12. V. cependant le complément de l'analyse proposé par la Cour de justice. Ceci est analysé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2, A, 2.

Même si le critère de l'entrave directe à l'accès au marché n'est pas retenu par la Cour de justice, les opinions défendues par les avocats généraux TESAURO et TIZZANO sont éclairantes en tant qu'elles soulignent la nécessité d'analyser précisément l'incidence d'une réglementation nationale sur l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation. L'essentiel consiste donc à limiter l'appréhension maximale des mesures étatiques à l'accès au marché. Or, la recherche de l'effet protecteur du marché national par le biais d'une réglementation litigieuse constitue une méthode adéquate.

2. La sanction des seules entraves à l'accès au marché qui protègent le marché national

L'effet de compartimentage du marché national pour relever l'existence d'une entrave a été ardemment défendu par l'avocat général VAN GERVEN⁵¹⁷. Par ailleurs, Nicolas BERNARD considère que « *la question essentielle du point de vue de la libre circulation est celle du cloisonnement des marchés nationaux et non celle du niveau de protection et, partant, des restrictions à la liberté commerciale* »⁵¹⁸. Ces réflexions orientent notre propos. Certes, la protection de la libre circulation peut conduire à la qualification d'une réglementation de restriction au regard du Traité qui affecte le commerce au désavantage des opérateurs implantés dans l'État membre qui édicte la mesure litigieuse⁵¹⁹. Néanmoins, le risque de cloisonnement du marché justifie *in fine* la qualification de la mesure litigieuse au regard de l'article 29.

Dans certains arrêts, la Cour de justice identifie expressément l'effet protecteur d'une réglementation nationale. C'est le cas en matière de libre circulation des marchandises pour ce qui concerne les obstacles tarifaires⁵²⁰ et les obstacles non tarifaires⁵²¹. C'est également le cas

⁵¹⁷ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour le 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 297, pts 17 et 18. V. également ses conclusions rendues pour le 2nd arrêt *B & Q*, préc. note 302.

⁵¹⁸ BERNARD N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, p. 11, sp. p. 27, en réf. aux concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 11.11.1997, *SABEL BV c. Puma AG*, C-251/95, *Rec.*, p. I-6191. Selon ce dernier, (concl., pt 51), la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21.12.1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (*JO L 40*, p. 1) « se distingue sans doute des mesures d'harmonisation dans d'autres secteurs, où un niveau élevé de protection est peut-être souhaitable dans l'intérêt général et où ce qui est essentiel pour garantir la liberté des échanges est tout simplement que la même norme soit applicable à tous les États membres. Une interprétation trop stricte de la directive sur les marques aurait pour conséquence de cloisonner les marchés nationaux ».

⁵¹⁹ Arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, préc. note 192. Les opérateurs nationaux exportent en effet moins facilement les produits en cause.

⁵²⁰ V. arrêt *Fonds social des ouvriers diamantaires*, préc. note 211, pt 12, et les remarques formulées *supra* lors de l'analyse de cet arrêt. V. également arrêt *Commission c. France*, 168-78, préc. note 232, pt 13, et la jurisprudence portant sur l'article 90 TCE analysée *supra*.

en matière de libre prestation des services⁵²². Inversement, la sanction d'une restriction à la sortie à la liberté d'établissement peut s'expliquer par une volonté de la France de protéger son marché national de l'exportation de capitaux⁵²³. L'arrêt *Lodewijk Gysbrechts* démontre que la sanction d'une mesure indistinctement applicable aux produits destinés à l'exportation et à ceux destinés au marché national permet de supprimer une mesure de nature à créer un cloisonnement du marché nationale défavorable aux opérateurs nationaux⁵²⁴.

Il faut alors se demander comment la Cour peut caractériser ce cloisonnement. Certes, la comparaison de l'effet d'une réglementation litigieuse sur un produit importé et national, ou sur un opérateur qui fait ou non usage d'une liberté, participe de la recherche d'un effet de cloisonnement du marché national. Si la règle conduit à un tel effet, c'est-à-dire si elle comporte un effet protecteur du marché national, la contrariété entre cette règle et le Traité est juridiquement fondée. Sans remettre en question l'opportunité de rechercher un effet de cloisonnement des marchés, la comparaison précitée comporte des limites. Elle est peu pertinente si la mesure en question gêne autant les opérateurs nationaux que communautaires⁵²⁵. De même, la comparaison n'a pas d'intérêt si la production nationale est inexistante⁵²⁶. À moins qu'une mesure ait explicitement pour objet de restreindre *les échanges*, se poser la question de savoir si une règle protège le marché national nécessiterait alors d'analyser l'effet de la réglementation sur *l'échange économique*.

La qualification des restrictions à la liberté d'établissement révèle à cet égard la nécessité d'étudier l'ensemble de l'échange économique afin d'identifier cet effet protecteur. Si l'accent est mis sur l'accès à une profession dans de nombreux arrêts qui concernent ce

⁵²¹ V. en particulier CJCE, 13.3.1984, *Proc. pén. c. K. Prantl*, 16-83, *Rec.*, p. 1299, pt 24 : « il apparaît qu'une telle réglementation, bien que s'appliquant indistinctement aux produits nationaux et importés comporte en fait des effets protecteurs ».

⁵²² Arrêt *Commission c. Pays-Bas*, préc. note 454, pt 23.

⁵²³ Arrêt *de Lasteyrie du Saillant*, préc. note 387, pt 45 : « même si l'article 167 bis du CGI n'interdit pas à un contribuable français d'exercer son droit d'établissement, cette disposition est néanmoins de nature à restreindre l'exercice de ce droit en ayant, à tout le moins, un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre ».

⁵²⁴ Dans l'arrêt *Lodewijk Gysbrechts*, préc. note 192, une réglementation nationale est qualifiée de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation alors qu'elle gênait les opérateurs nationaux dans la commercialisation de produits dans d'autres États membres.

⁵²⁵ V. à cet égard les remarques formulées dans le paragraphe précédent à propos de l'arrêt *Schindler*.

⁵²⁶ V. par ex. CJCE, 23.2.1988, *Commission c. France (succédanés de lait)*, 216-84, *Rec.*, p. 793. Cela n'exclut pas l'importance de la démonstration d'une protection du marché national, c'est-à-dire de la protection d'autres productions (pt 12 de l'arrêt). En l'espèce, la restriction à la libre circulation des biens ne fait pas de doute, car il s'agit d'une interdiction d'accès au marché. La mesure est jugée disproportionnée pour atteindre l'objectif de protection des consommateurs.

domaine, cela sous-entend que la mesure litigieuse peut empêcher un ressortissant d'un État membre de pénétrer le marché des activités économiques qu'il est à même d'exercer. Si la règle litigieuse porte sur l'exercice d'une profession, la reconnaissance d'une restriction discriminatoire à la liberté d'établissement signifie qu'un ressortissant d'un autre État membre est gêné pour accomplir une telle activité. Dans ce deuxième cas, si l'intéressé est déjà implanté sur le marché, on peut aisément considérer qu'il ne pourra livrer une concurrence aussi efficace aux autres opérateurs établis sur celui-ci⁵²⁷. S'il n'a pas encore accédé au marché, on peut supposer que la règle discriminatoire affectant l'exercice de l'activité pourrait le dissuader de se lancer dans celle-ci. Réfléchir à une restriction à l'exercice des activités professionnelles nécessite alors d'intégrer des considérations d'ordre concurrentiel.

Ces éléments montrent alors les limites d'une réflexion en termes d'accès au marché *stricto sensu*. En effet, l'effet protecteur d'une réglementation doit pouvoir être identifié même lorsque l'opérateur économique, le service ou le produit a déjà accédé au marché, c'est-à-dire lorsque celui-ci est déjà entré en concurrence avec l'opérateur, le service ou le produit national⁵²⁸. L'arrêt *Keck et Mithouard* est à cet égard paradoxal : il contribue au développement de l'utilisation du critère de l'accès au marché alors même que les produits en cause en l'espèce sont déjà mis sur le marché... Néanmoins, cet arrêt montre l'importance de réfléchir à l'effet de la réglementation sur la concurrence. Il s'agit alors de se demander de quelle manière une règle litigieuse au regard des libertés de circulation fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux⁵²⁹.

Conclusion du chapitre 1

L'ensemble du droit de la libre circulation des opérateurs économiques peut s'expliquer en termes d'accès au marché. Cependant, l'utilisation de ce critère économique est encore largement formelle. Il devient nécessaire de qualifier une restriction à la libre circulation en fonction des effets que produit une réglementation litigieuse sur le marché. Dans ce cas, les solutions adoptées par la Cour de justice seraient plus solides d'un point de vue économique.

⁵²⁷ Dans l'affaire *Steinhauser*, préc. note 398, la « crampote » que le peintre souhaitait louer à Biarritz faisait partie d'un ensemble de locaux utilisés pour des expositions et ventes d'œuvre d'art.

⁵²⁸ V. à cet égard les concl. av. gén. Y. BOT, présentées pour l'arrêt *Commission c. Italie*, C-110/05, préc. note 171, pt 81, n.b.p. 45, à propos de l'arrêt *Morellato*, préc. note 333 : « il semble que la Cour se soit fondée sur le fait que l'exigence de conditionnement et donc d'adaptation du produit n'était imposée qu'au stade final de la commercialisation du produit, de telle sorte que l'accès lui-même du produit importé au marché national n'était pas en cause ».

Il s'agit donc d'« assumer » l'utilisation d'un critère économique afin de relever une restriction aux échanges qui résulte de l'adoption d'une réglementation du marché. Afin de pouvoir définir les aboutissants d'une qualification économique de l'entrave qui intégrerait nécessairement davantage de considérations concurrentielles, il convient d'étudier de quelle manière l'accessibilité du marché est également préservée en droit communautaire de la concurrence.

Chapitre 2 : L'abandon de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en droit de la concurrence

Ce chapitre envisage également d'une manière globale le deuxième volet principal du droit du marché intérieur. Il s'agit d'explicitier de quelle manière chaque infraction au droit de la concurrence peut être comprise comme une restriction à l'accès au marché, en relevant le formalisme avec lequel ces infractions sont traditionnellement constatées. Ce chapitre permet ainsi de comprendre la raison d'être d'une qualification plus économique de ces restrictions. Au préalable, il convient de délimiter la matière concernée par cette étude.

Le champ d'application du droit communautaire de la concurrence se définit en fonction de la délimitation de l'action de l'Union. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Traité instituant la Communauté européenne énonçait à l'article 3, sous g, que cette action comportait « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* »⁵²⁹ ; cette action était « *conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* » selon l'article 4 TCE, 1^{er} alinéa⁵³¹. Or, le Traité de Lisbonne reprend cet article 4, mais seulement à l'article 119 TFUE, dans le titre VIII consacré à la politique économique et monétaire. Le nouveau Titre I de la Partie III du TFUE consacré au marché intérieur ne fait pas référence à la concurrence. Toutefois, l'article 3, 1^{er} alinéa, sous c) TFUE énonce que l'Union dispose d'une compétence exclusive dans « *l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché* »

⁵²⁹ Cette question est abordée *infra* sous Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, II.

⁵³⁰ L'article 3 f) du Traité de Rome prévoyait que l'action de la Communauté comportait « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ». La rédaction actuelle de l'article 3 g) est issue de la révision apportée par le Traité de Maastricht.

⁵³¹ Ce principe est d'ailleurs répété à l'alinéa 2 du même article.

intérieur »⁵³². De plus, le Préambule du TFUE n'a pas touché à la formulation précédente du TCE selon laquelle les États membres « *reconnais[sent] que l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir (...) l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence* ». Il convient également de se référer au Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence qui énonce que « *le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du [TUE] comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* ». En outre, et surtout, l'article 3, 3^e alinéa du TUE modifié mentionne que « *l'Union (...) œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur (...) une économie sociale de marché hautement compétitive* ». Cette nouvelle expression peut être saluée, en tant qu'elle constitue un objectif qui n'apparaissait pas dans la version précédente du TUE⁵³³. L'accomplissement de cet objectif suppose bien évidemment que des règles de concurrence soient respectées, ce qui est corroboré par l'article 3, 1^{er} alinéa, sous c) du TFUE. Dès lors, l'éloignement du principe de la libre concurrence dans le titre VIII du TFUE⁵³⁴, ainsi que la nécessité de lire *a contrario* la disposition précitée du Protocole n° 27 annexé aux Traités pour le retrouver⁵³⁵, ne pourraient conduire à ne juger ce principe pertinent qu'en ce qui concerne la politique économique et monétaire de l'Union. Ce principe irrigue en effet l'ensemble du droit du marché intérieur⁵³⁶. Ainsi, l'absence de référence à la concurrence

⁵³² La nature exclusive de cette compétence dévolue à l'Union laisse perplexe au vu du partage de cette compétence entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux de la concurrence. Sur cette question, v. en particulier V. MICHEL, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 7.2008, Dossier sur le Traité de Lisbonne, p. 43, sp. 46, § 15.

⁵³³ Dans l'actuel TUE, la première référence à la notion de concurrence figure à l'article 43 sous f), relatif aux coopérations renforcées qui ne peuvent « provoqu[er] de distorsions de concurrence entre [les États membres] ».

⁵³⁴ V. aussi l'article 120 TFUE relatif à la politique économique, qui reproduit l'article 98 TCE, ainsi que l'article 127 TFUE relatif à la politique monétaire, qui reprend l'article 105 TCE.

⁵³⁵ La rédaction de ce protocole ne semble pas très claire. On peut s'interroger sur le sens du mot « système » dans la phrase « *le marché intérieur (...) comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* ». Il semble possible de l'assimiler au terme « régime », utilisé dans l'actuel article 3 g) TCE, dans la mesure où la version anglaise de cet article énonce « a system ensuring that the competition in the internal market is not distorted ». Cette expression n'est pas employée dans la jurisprudence mais elle est utilisée *in* Communication relative à la coopération entre l'Autorité de surveillance AELE et les juridictions nationales pour l'application des art. 53 et 54 de l'accord EEE, *JO C 112* du 4.5.1995, p. 7, pt I, 1. Il s'agit de l'objectif général défini à l'article 1^{er}, § 2, pt c) de l'accord EEE.

⁵³⁶ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JO L 24* du 29.1.2004, p. 1, considérant 2 : « en vue de la réalisation des finalités du traité instituant la Communauté européenne, l'article 3, §1, pt g), assigne comme objectif à la Communauté l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur. L'article 4, §1, du traité prévoit que les actions des États membres et de la Communauté sont conduites dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre. Ces principes sont essentiels dans la perspective de l'approfondissement du marché intérieur ». V. aussi le considérant 24.

libre ou non faussée dans les premières dispositions du TFUE n'aura vraisemblablement aucune implication juridique et jouit d'une résonance tout au plus politique⁵³⁷.

Dans le cadre du Traité des Communautés européennes, l'énoncé des objectifs à l'article 3 et 4 est explicité aux articles 81 et 82⁵³⁸, qui interdisent respectivement les ententes entre entreprises et les abus de position dominante qui affectent le commerce entre États membres⁵³⁹. Le maintien des formulations précédentes dans les nouveaux articles 101 et 102 TFUE souligne le point de vue selon lequel le principe de la concurrence garde toute sa vigueur dans les nouveaux traités⁵⁴⁰.

Pour accomplir efficacement ces objectifs, le droit communautaire de la concurrence se dote en 1989 d'un règlement relatif aux concentrations de dimension communautaire⁵⁴¹, les fusions et acquisitions précédentes ayant été appréciées au regard de l'article 82⁵⁴², voire de l'article 81 TCE⁵⁴³. Le règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20 janvier 2004 complète et remplace ce règlement⁵⁴⁴.

⁵³⁷ En ce sens, v. C. LEMAIRE, M. WAELBROECK, M. PETITE, « Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence ? Regards juridiques », *Concurrences*, n° 1-2008, p. 87, sp. 91, article dans lequel M. WAELBROECK explique les changements obtenus par la délégation française : « le fait que [la notion de concurrence non faussée] n'est plus expressément mentionnée à l'article I-3 n'entraîne pas de conséquence pratique. On peut même déduire [du Protocole sur le marché intérieur et la concurrence] que la concurrence se trouve bien, dorénavant, parmi les objectifs du traité, puisque le marché intérieur en fait partie ».

⁵³⁸ En ce sens, v. CJCE, 6.3.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission* (ci-après *ICI*), 6 et 7-73, *Rec.*, p. 223, pt 25, 2° al.

⁵³⁹ L'affectation du commerce entre États membres détermine l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence par rapport au droit national. En ce sens, v. R. KOVAR, note sous arrêt *ICI*, préc. note 538, *JDI*, 1976, p. 228, sp. 236 : « le critère de l'affectation du commerce entre États membres a pour fonction d'assurer la répartition des compétences entre la Communauté et ses États ». Pour un exemple d'arrêt dans lequel la condition de l'affectation du commerce n'est pas reconnue, v. CJCE, 31.5.1979, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c. Commission*, 22-78, *Rec.*, p. 1869, sp. pt 17 : « relèvent du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptible de mettre en cause la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun ». V. aussi Commission, *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, *JO*, n° C 101 du 27.4.2004.

⁵⁴⁰ Comparés aux articles 81 et 82 TCE, les articles 101 et 102 TFUE sont inchangés, à l'exception de l'expression « marché commun » qui devient « marché intérieur ». La présente thèse, soutenue avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, se réfère en priorité à l'ancienne numérotation.

⁵⁴¹ Règlement n° 4064/89/CEE du Conseil du 21.12.1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JO L 395* du 30.12.1989, p. 1, modifié notamment par le règlement n° 1310/97/CE du Conseil du 30.6.1997, *JO L 180* du 9.7.1997, p. 1.

⁵⁴² CJCE, 21.2.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 6-72, *Rec.*, p. 215 (article 86 TCEE à l'époque).

⁵⁴³ CJCE, 17.11.1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. c. Commission*, 142 et 156-84, *Rec.*, p. 4487, sp. pts 37 à 39 (article 85 TCEE à l'époque), à propos d'un accord de prise de participation dans le capital d'une entreprise concurrente. L'article 81 reste cependant pertinent pour ce qui

Par ailleurs, il convient de préciser que les articles 81 et 82 TCE et le règlement n° 139/2004/CE s'appliquent aux comportements⁵⁴⁵ adoptés ou aux opérations envisagées par une ou plusieurs entreprises⁵⁴⁶, en ce compris les entreprises disposant d'un statut de droit public⁵⁴⁷ ou d'un monopole administratif ou légal⁵⁴⁸.

Au-delà de ces précisions relatives au cadre d'analyse, il s'agit à présent d'aborder la question de la pertinence du critère de l'accès au marché en la matière. Or, en visant le respect du principe de la libre concurrence, le Traité n'a pas pour objectif de protéger directement les concurrents et de lever toutes les entraves qui sont ou qui pourraient être rencontrées par un opérateur qui accède à un marché. *A priori*, chaque obstacle opposé par un opérateur à l'entrée d'un autre opérateur sur le marché n'est pas systématiquement qualifié de pratique anticoncurrentielle. Toutefois, ce n'est pas ce qui ressort des différentes significations de la notion de restriction à la concurrence.

D'abord, le droit communautaire de la concurrence est marqué par la préservation de la liberté économique de l'entreprise, que ce soit en matière d'ententes, d'abus de position dominante ou de contrôle des concentrations. Cela fait écho à la théorie allemande *ordo-libérale*, qui a

concerne la création d'une entreprise commune (joint venture), d'après l'article 2, 4°, du règlement n° 139/2004/CE, cité note suivante.

⁵⁴⁴ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1 à 22.

⁵⁴⁵ Sur le terme comportement, v. en particulier CJCE, 13.12.1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*, C-18/88, *Rec.*, p. I-5941, pt 20 : « l'article [82] ne vise que des comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative (...) et non des mesures étatiques. S'agissant de mesures étatiques, c'est l'article [86], paragraphe 1, qui entre en jeu ».

⁵⁴⁶ CJCE, 23.4.1991, *K. Höfner et F. Elser c. Macroton GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979, pt 21 : « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». V. aussi pt 22. Sur cette notion, v. en particulier L. IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, *Mél. A. Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 523 ; KOVAR R., « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », *D.*, 2006, p. 919, qui commente en particulier l'arrêt CJCE, 10.1.2006, *Caisses d'épargne italiennes*, C-222/04, *Rec.*, p. I-289 ; KOVAR R., « Les acheteurs institutionnels et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, 1.2007, étude 1, p. 7, qui commente en particulier l'arrêt CJCE, 11.7.2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commission*, C-205/03 P, *Rec.*, p. I-6295. Ces éléments sont abordés particulièrement *infra* sous Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, I, B, 1.

⁵⁴⁷ V. not. CJCE, 18.6.1998, *Commission c. Italie*, C-35/96, *Rec.*, p. I-3851, pt 40 ; TPI, 30.3.2000, *Consiglio Nazionale Degli Spedizionieri Doganali c. Commission*, T-513/93, *Rec.*, p. II-1807, pt 53.

⁵⁴⁸ CJCE, 13.11.1975, *General Motors*, 26-75, *Rec.*, p. 1367, pt 9 ; CJCE, 3.10.1985, *SA Centre belge d'études de marché – Télémarketing c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et SA Information publicité Benelux*, 311-84, *Rec.*, p. 3261, pt 18 ; CJCE, 11.11.1986, *British Leyland Public Limited Company c. Commission*, 226-84, *Rec.*, p. 3263, pt 27 ; CJCE, 5.10.1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077, pt 25 ; v. aussi TPI, 12.12.2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, T-128/98, *Rec.*, p. II-3929,

orienté la formulation initiale des articles 81 et 82 TCE et, partant, la jurisprudence des autorités communautaires de la concurrence⁵⁴⁹. Selon Anne-Lise SIBONY, « [l]’objectif premier » de cette conception du droit de la concurrence est « de protéger la société contre les abus du pouvoir économique »⁵⁵⁰. En pratique, le juge est conduit à protéger la liberté d’action des concurrents, plutôt que la concurrence entre opérateurs⁵⁵¹. La restriction à la concurrence est alors assimilée à une restriction de la liberté économique des opérateurs économiques. Cette approche ordo-libérale de la restriction à la concurrence se traduit aisément en termes d’accès au marché : l’entrée sur le marché constitue une liberté dont chaque opérateur peut se prévaloir⁵⁵². Le droit de la concurrence se voit alors conférer un caractère essentiellement juridique, à l’image de la qualification formelle des restrictions à l’accès au marché en matière de libre circulation⁵⁵³.

Cette proximité entre la conception juridique du droit de la concurrence et les libertés de circulation doit être précisée. L’objectif d’intégration des marchés nationaux en un marché intérieur ressort certes de la condition de l’affectation du commerce entre États membres, qui

sp. pts 107, 108, 124 et 125, analyse confirmée dans le cadre du pourvoi (CJCE, 24.10.2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, C-82/01 P, *Rec.*, p. I-9227, sp. pts 79 à 82).

⁵⁴⁹ En ce sens, v. en particulier A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, sp. p. 76 et s.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 77. Selon W. MÖSCHEL, « Competition policy from an Ordo point of view », in A. PEACOCK, H. WILLGERODT (dir.), *German Neo-liberals and the social market economy*, Macmillan, Londres, 1989, p. 142, sp. 146 [cité not. in E. ROUSSEVA, « Modernizing by eradicating: how the Commission’s new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints », *CMLR*, 2005, p. 587, sp. 590], l’objectif de la politique de la concurrence est « la protection de la liberté individuelle d’action économique comme une valeur en elle-même », notre traduction. Dans cet article, E. ROUSSEVA aborde p. 596 et s., l’incidence de l’idéologie ordo-libérale sur la jurisprudence communautaire. Sur l’approche ordo-libérale du droit de la concurrence, v. aussi G. MONTI, « article 81 EC and Public Policy », *CMLR*, n° 39, 2002, p. 1057, sp. 1059-1062.

⁵⁵¹ Sur la concurrence envisagée comme une protection de la liberté d’action des entreprises, v. en particulier I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l’analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, sp. p. 35 et s. et 302-303. Selon I. LIANOS, p. 303, « la théorie de la liberté de concurrence relativise l’importance du critère de la structure du marché considéré plus comme un résultat que comme une cause du comportement anticoncurrentiel ».

⁵⁵² I. LIANOS, ouvrage cité note précédente, p. 302, résume ainsi ce que l’on peut qualifier de conception juridique du droit de la concurrence : « le droit de la concurrence doit s’affranchir de la théorie microéconomique classique et la grande puissance des entreprises privées doit être une de ses principales préoccupations. La liberté d’accès au marché doit ainsi représenter la valeur suprême du droit de la concurrence, dont l’objectif ultime est la protection du « processus concurrentiel ». L’auteur se réfère not. à A. JACQUEMIN, *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Economica, Paris, 1985, p. 82 : « la liberté d’entrée et de sortie dans une industrie est un des moteurs essentiels de la compétitivité ». V. aussi M. GLAIS, « Les concepts de « relevant market » et « dépendance économique » au regard de l’article 86 du Traité de Rome », *RMC*, 1987, p. 203, sp. 204 : « de telles pratiques constituent une grave entorse à un des principes fondamentaux du jeu concurrentiel : la liberté de pénétrer ou d’évoluer sur le marché ». On pourrait alors défendre l’idée selon laquelle les opérateurs bénéficient d’un droit subjectif d’accéder au marché. Cette idée est développée *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1.

⁵⁵³ Ceci fait l’objet du chapitre précédent.

ne constitue cependant qu'une condition d'applicabilité du droit communautaire de la concurrence⁵⁵⁴. Or, cet objectif se révèle essentiel dans l'analyse de certaines restrictions à la concurrence en droit communautaire, de sorte qu'il se distingue de l'appréciation d'une restriction à la concurrence en fonction d'une atteinte portée à la liberté économique⁵⁵⁵. En pratique, la restriction à la concurrence peut être assimilée à un cloisonnement du marché d'origine privée⁵⁵⁶.

En outre, le droit communautaire de la concurrence est également influencé par l'approche structuraliste dans la définition de la notion d'atteinte à la concurrence, élaborée par l'École de Harvard⁵⁵⁷. L'arrêt *Continental Can* témoigne de cette influence, en tant que le comportement en cause constitue un abus de structure⁵⁵⁸. L'atteinte à la concurrence est alors envisagée d'une manière quantitative⁵⁵⁹.

L'approche structuraliste a fait l'objet de différentes critiques, en particulier par les représentants de l'École de Chicago⁵⁶⁰. Ces derniers font évoluer la notion de restriction à la concurrence. Ils promeuvent l'utilisation d'une analyse économique, de manière à définir

⁵⁵⁴ Sur ce principe, v. en particulier les références citées note 539.

⁵⁵⁵ V. not. G. MONTI, art. préc. note 550, sp. p. 1062-1064.

⁵⁵⁶ Ces éléments sont développés *infra* sous Section 1, II.

⁵⁵⁷ Pour une analyse détaillée, v. en particulier I. LIANOS, *idem*, p. 304 à 313.

⁵⁵⁸ Arrêt *Continental Can*, préc. note 542, pt 26, 4^e al : l'art. 82 « ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f, [devenu article 3 g)] du traité ». Sur l'abus de structure, v. en particulier B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris, 5^e éd., 1994, p. 423-424. Selon ces auteurs, « l'abus de structure, qui se définit par l'effet d'un acte ou d'une opération sur la structure de la concurrence, et en pratique, par l'exclusion de concurrents actuels ou potentiels, rend suspectes nombre d'initiatives d'une entreprise en position dominante, lors même qu'elles ne revêtiraient aucun caractère agressif » (p. 424). V. aussi L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique – Étude comparative*, Economica, Paris, 1988, p. 133 et s.

⁵⁵⁹ En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 312, en réf. à l'arrêt *Continental Can*, préc. note 542, pt 27 : « le renforcement de la position détenue par l'entreprise pouvant être abusif et interdit par l'article [82], quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet ».

⁵⁶⁰ En ce sens, *idem*, p. 313. Pour une critique de l'abus de structure en droit communautaire, v. not. B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, préc. note 558, p. 425-426 : « avec la conception objective de l'abus et la notion d'abus de structure, on parvient à un contrôle direct des structures concurrentielles. Il est sans doute difficile d'admettre (...) que la domination est tolérée et que son maintien ou son développement ne l'est pas ». V. aussi L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, préc. note 558, p. 139 et s.

« l'atteinte à la concurrence comme une diminution de l'efficacité économique »⁵⁶¹. L'approche est alors essentiellement économique⁵⁶².

Ainsi, quelle que soit la conception du droit communautaire de la concurrence retenue, le concept de l'accès au marché est essentiel dans l'analyse d'une restriction à la concurrence sur le marché⁵⁶³. Même lorsque l'éviction d'un concurrent du marché est en cause, la sanction de la pratique qui est à l'origine de cette exclusion trouve sa raison d'être dans l'effet dissuasif que peut exercer le comportement litigieux sur la volonté des opérateurs concurrents d'accéder au marché⁵⁶⁴.

Toutefois, l'accès au marché n'est pas appréhendé de la même manière si une conception juridique, intégrationniste, structuraliste ou économique du droit de la concurrence est préférée. Des considérations différentes entrent ainsi en jeu dans la définition de l'accès au marché. La notion d'accès au marché comprend, en effet, non seulement des aspects juridiques (le droit, la liberté d'accéder au marché⁵⁶⁵), mais aussi des aspects économiques (l'accès sur un marché pour concurrencer les opérateurs établis). Or, une préservation formaliste de l'accès au marché conduit à privilégier les aspects juridiques de cette définition, c'est-à-dire à protéger principalement l'entrée d'un ou de plusieurs concurrents sur le marché au détriment d'une analyse économique précise de l'échange.

Que l'accent soit mis sur la protection de la liberté d'accès au marché des opérateurs économiques, sur la préservation des structures de la concurrence voire sur l'intégration des

⁵⁶¹ LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 313. L'influence de l'analyse économique sur l'utilisation du critère de l'accès au marché est abordée *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1.

⁵⁶² Chaque approche est évidemment économique, même lorsqu'elle est à dominante juridique. Ici le terme « conception économique » du droit de la concurrence vise les restrictions à la concurrence qui sont analysées en fonction d'une analyse économique, c'est-à-dire en prenant en considération l'efficacité de la concurrence dès le stade de la qualification d'un comportement.

⁵⁶³ LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 347-348 : « le droit communautaire de la concurrence met (...) l'accent (...) sur la capacité de l'entreprise dominante à exclure ses concurrents ou à empêcher leur accès au marché. Cela ne signifie pas que le droit communautaire protège les concurrents au détriment des consommateurs. Mais il reconnaît que l'intérêt à long terme de ces derniers exige, dans certains cas, une politique plus active de la concurrence afin de renforcer la rivalité entre les entreprises et de maintenir la structure concurrentielle du marché ».

⁵⁶⁴ En ce sens, v. not. S. TURNBULL, « Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law », *ECLR*, 1996 (2), p. 96, sp. 98 : « [I]a Cour et la Commission ont condamné en particulier les 'abus d'exclusion', c'est-à-dire les comportements destinés à exclure les concurrents et à prévenir la concurrence effective sur le marché. De cette manière, la Cour et la Commission condamnent la création et/ou le renforcement de barrières à l'entrée » (notre traduction). La nuance entre les pratiques d'éviction et les pratiques qui empêchent l'accès des concurrents au marché est reprise *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1.

⁵⁶⁵ Le droit d'accéder au marché est abordé *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1.

marchés, il est essentiel de s'affranchir de la protection stricte de l'accès des concurrents au marché⁵⁶⁶. Il ressort en effet de cette jurisprudence hétérogène le besoin de qualifier économiquement la restriction à l'accès au marché. L'essentiel consisterait alors à promouvoir l'accessibilité du marché, indépendamment de la protection d'un ou de plusieurs opérateurs. Il convient ainsi d'étudier dans quelle mesure il importe que le droit communautaire de la concurrence abandonne la qualification formelle d'une restriction à la concurrence, qui dépend seulement d'une limitation de l'accès au marché des opérateurs économiques.

Même si certaines pratiques anticoncurrentielles peuvent être interdites par leur objet sans que leurs effets ne se soient réalisés sur le marché⁵⁶⁷, et sous réserve de l'application de l'article 81 §3 TCE⁵⁶⁸, la levée d'infractions aux articles 81 et 82 TCE constitue principalement un contrôle *a posteriori*. Le contrôle *ex ante* est l'apanage du contrôle exercé par les autorités concurrentielles en matière de concentrations. Il est proposé d'en retracer ici les grandes lignes, avant d'étudier plus en détail les enjeux de cette problématique dans le cadre de la mise en œuvre des articles 81 et 82.

Le contrôle des concentrations a évolué entre les règlements de 1989 et de 2004. Certes, le règlement n° 139/2004/CE s'applique comme en 1989 aux fusions⁵⁶⁹, à l'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises⁵⁷⁰ et aux entreprises communes de plein exercice⁵⁷¹. Les opérations de concentration doivent être notifiées si elles sont de dimension communautaire⁵⁷², ce qui est déterminé en fonction de seuils qui sont

⁵⁶⁶ L'appréciation économique des comportements adoptés ou des opérations de concentrations envisagées considère l'accès au marché des opérateurs comme un moyen d'atteindre l'efficacité économique optimale, sans que l'accès au marché de chaque concurrent ne soit protégé. V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1.

⁵⁶⁷ V. not., pour l'art. 81, CJCE, 8.7.1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA* (aff. du polypropylène, ci-après *Anic*), C-49/92 P, *Rec.*, p. I-4125, pt 122, et pour l'art. 82, TPI, 30.1.2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, *Rec.*, p. II-107, pt 195.

⁵⁶⁸ Ceci est envisagé principalement *infra* in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, B, et Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II.

⁵⁶⁹ Règlement n° 4064/89/CEE, préc. note 541, et règlement n° 139/2004/CE, préc. note 544, art. 3, 1°, a) : la fusion est une nouvelle unité économique qui apparaît à partir de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes.

⁵⁷⁰ Règlement n° 4064/89/CEE et règlement n° 139/2004/CE, art. 3, 1°, b) : l'acquisition du contrôle peut se faire directement ou indirectement, par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrats ou tout autre moyen.

⁵⁷¹ Règlement n° 4064/89/CEE, art. 3, 2°, et règlement n° 139/2004/CE, art. 3, 4°. Sur cette question, v. not. C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e éd., Litec, Paris, 2006, p. 401-402. Pour un exemple récent, v. déc. Commission, 18.10.2007, Bongrain/Sodiaal/JV, COMP/M.4761, JO C 295 du 7.12.2007, p. 7.

⁵⁷² Règlement n° 4064/89/CEE, considérant 11 et art. 4 ; règlement n° 139/2004/CE, considérant 34 et art. 4.

inchangés depuis 1997⁵⁷³. Néanmoins, le cadre du contrôle évolue. D'abord, les entreprises concernées peuvent dorénavant notifier un projet de concentration de dimension communautaire⁵⁷⁴. Ensuite, le nouveau règlement invite la Commission et les autorités nationales compétentes à former un réseau d'échanges d'informations et de consultations afin de coordonner leurs compétences respectives⁵⁷⁵. Cette coordination est facilitée par le biais de l'amélioration du système des renvois⁵⁷⁶ et de la mise en place du « guichet unique »⁵⁷⁷.

Sur le fond, le règlement n° 4064/89/CEE vise à permettre « *un contrôle effectif de toutes les opérations de concentration en fonction de leur effet sur la structure de la concurrence dans la Communauté* »⁵⁷⁸. L'opération est déclarée incompatible si elle « *crée ou renforce une position ayant comme conséquence qu'une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci est entravée de manière significative* »⁵⁷⁹. Ceci revient à prévenir l'apparition ou le renforcement de structures de marché anticoncurrentielles. Une concentration est alors déclarée incompatible avec le marché commun principalement dans l'objectif de prévenir l'apparition d'un pouvoir de marché. Il s'agit d'empêcher *ex ante* un verrouillage du marché, c'est-à-dire de limiter les situations dans lesquelles l'accès au marché

⁵⁷³ *Idem*, art. 1^{er}, § 2 : l'opération est de dimension communautaire si le chiffre d'affaires (ci-après CA) mondial de toutes les entreprises concernées est supérieur à 5 milliards d'euros, et si le CA dans la Communauté réalisé individuellement par deux des entreprises concernées est supérieur à 250 millions d'euros. L'art. 1^{er}, § 3 de ces règlements (inséré par le règlement n° 1310/97/CE, préc. note 541) permet qu'une concentration soit de dimension communautaire si quatre seuils sont dépassés : CA mondial de l'ensemble des entreprises concernées supérieur à 2,5 milliards d'euros, CA total des entreprises concernées supérieur à 100 millions d'euros dans trois États membres au moins, CA individuel de deux au moins de ces entreprises supérieur à 25 millions d'euros dans trois États membres au moins, CA de deux au moins des entreprises concernées supérieur à 100 millions d'euros dans toute la Communauté.

⁵⁷⁴ Règlement n° 139/2004/CE, art. 4, 1^o, 2^o al.

⁵⁷⁵ Le règlement n° 139/2004/CE poursuit les modifications induites par le règlement n° 1/2003/CE du Conseil, 16.12.2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO*, L 1, du 4.1.2003, p. 1. Sur cette question, v. en particulier L. IDOT, « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 2008, n° 3, p. 787 et É. DAVID, « La coopération entre autorités nationales au sein du Réseau européen de concurrence », *Concurrences*, n° 4-2008, p. 39.

⁵⁷⁶ L'art. 9 du règlement n° 4064/89/CEE avait mis en place un système de renvoi de la Commission aux autorités compétentes des États membres. Cet article est repris à l'art. 9 du règlement n° 139/2004/CE. Le considérant 16 et l'art. 4 § 5 du règlement n° de 2004 permettent dorénavant aux *entreprises* de demander le renvoi d'une concentration à ou par la Commission avant sa notification. Pour l'analyse des renvois en prénotification et après notification, v. not. C. GAVALDA et G. PARLEANI, préc. note 571, p. 406 à 408.

⁵⁷⁷ Règlement n° 139/2004/CE, considérants 8, 14 et 18. Le contrôle *a priori* est maintenu, tout comme la « clause néerlandaise ». Sur ces aspects, v. not. P. KIRCH et C. LIO SOON SHUN, « Mise en œuvre de l'article 22 du Règlement CE concentrations : le point de vue français est-il contraire à la pratique communautaire ? », *Concurrences*, n° 4-2007, p. 45.

⁵⁷⁸ Règlement n° 4064/89/CEE, préc. note 541, considérant 7.

⁵⁷⁹ *Idem*, considérant 14.

est rendu exagérément difficile ou impossible aux concurrents⁵⁸⁰. Sans empiéter sur l'application du règlement n° 139/2004/CE qui marque une évolution du contrôle des concentrations sous l'angle de l'efficacité économique⁵⁸¹, on remarque que le contrôle traditionnel des opérations de concentrations limite la liberté des opérateurs économiques de fusionner, dans l'objectif de protéger la structure de la concurrence, par le biais d'une préservation explicite de l'accès des concurrents au marché.

La sanction des accords et pratiques anticoncurrentiels obéit à un schéma parallèle, qui présente deux branches principales. D'une part, le droit communautaire de la concurrence se caractérise par une protection formelle de l'accès au marché, dont l'hétérogénéité doit être exposée (section 1). D'autre part, il convient d'étudier les raisons qui fondent l'abandon d'une qualification formelle d'une restriction à l'accès au marché en droit de la concurrence. Il reviendrait alors aux autorités administratives et juridictionnelles de préférer une protection neutre de l'accessibilité du marché à la protection systématique de l'accès des concurrents au marché (section 2).

Section 1 : L'hétérogénéité de la protection formelle de l'accès au marché en droit communautaire de la concurrence

L'utilisation du critère de l'accès au marché ressort des trois approches principales qui orientent la détermination formaliste d'une restriction à la concurrence en droit communautaire. La restriction à la concurrence peut d'abord être définie comme une atteinte à la liberté économique, c'est-à-dire une atteinte à la liberté d'accéder au marché (approche ordo-libérale). Ensuite, l'atteinte à la concurrence peut être définie comme une atteinte à la structure du marché, ce qui signifie essentiellement que l'accessibilité du marché est restreinte pour les concurrents (approche structuraliste). Enfin, la restriction à la concurrence peut être reconnue en tant que le comportement en cause crée un cloisonnement du marché, ce qui limite l'intégration des marchés. En pratique, l'accès à un marché pour un opérateur implanté dans un autre État membre, ou l'accès à un marché situé dans un autre État membre est rendu plus difficile par le comportement adopté par une entreprise sur le marché (approche intégrationniste). Il convient alors d'étudier la place hétérogène du critère de l'accès au

⁵⁸⁰ V. not. déc. Commission 91/251/CEE, 12.4.1991, *Alcatel/Telettra*, IV/M042, pts 42, 47, 49. V. aussi déc. Commission 92/553/CEE, 22.7.1992, *Nestlé/Perrier*, IV/M.190, JO L 356, du 5.12.1992, not. pts 95 et 96, 120, 130 et 136.

⁵⁸¹ Ceci sera envisagé in Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction et sous Partie 2, Titre 2, Ch. 2, introduction.

marché dans chacune de ces approches, en dépassant non seulement la relative opposition entre les pratiques multilatérales et unilatérales⁵⁸², mais aussi les entremêlements qui s'observent dans l'influence de ces différentes approches sur les décisions prises par les autorités communautaires de la concurrence. Au préalable, les principales notions pertinentes dans le domaine des articles 81 et 82 TCE doivent être définies.

S'agissant, premièrement, de l'article 81, la raison d'être de l'interdiction d'une entente entre opérateurs économiques réside dans l'autonomie de comportement qui doit caractériser toute décision prise par un opérateur sur le marché⁵⁸³. La forme de l'accord est indifférente⁵⁸⁴. Ainsi, « *une conception pour le moins extensive de [cette] notion* »⁵⁸⁵ est retenue. L'accord se distingue, d'une part, de la décision d'association d'entreprises⁵⁸⁶. Dans l'hypothèse d'un accord, la volonté des entreprises participantes est en cause ; en cas de décision d'association

⁵⁸² Dans certains cas, la signature d'un accord relève de l'article 82, lorsqu'elle est le fait d'une entreprise en position dominante ; v. par ex. le jugement TPI, 1^{er}.4.1993, *BPB industries Plc et British Gypsum Ltd c. Commission*, T-65/89, *Rec.*, p. II-389. Ainsi, les clauses de non-concurrence et les ventes liées peuvent être aussi bien appréhendées par l'article 81 que par l'article 82. De plus, chacune des infractions à l'article 82 s'insère dans une relation contractuelle nouée entre deux ou plusieurs opérateurs économiques. En outre, la jurisprudence a reconnu la notion de position dominante collective, qui donne lieu à des comportements proches des comportements de collusion condamnés en vertu de l'article 81. Il est alors discutable d'assimiler l'article 82 avec l'appréhension des pratiques unilatérales. Toutefois, un comportement unilatéral échappe à l'application de l'article 81. V. CJCE, 29.2.1968, *Parke, Davis and Co c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, (ci-après *Parke*), 24-67, *Rec.*, p. 81, sp. 110 : l'article 81 §1 « [exige des] éléments contractuels ou de concertation ». V. aussi, CJCE, 25.10.1983, *AEF-Telefunken c. Commission*, 107-82, *Rec.*, p. 3151, à propos du refus d'admettre au réseau des distributeurs qui, même s'ils répondaient aux conditions qualitatives exigées, n'entendaient pas adhérer à la politique de prix du fabricant. Selon cet arrêt, si le comportement unilatéral d'un fabricant à l'égard d'entreprises extérieures au réseau de distribution s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord préalable conclu entre le fabricant et ses revendeurs, il rentre néanmoins dans le champ d'application de l'article 81 TCE (pt 38).

⁵⁸³ CJCE, 16.12.1975, *Coöperatieve Verinings « Suiker Unie » U.A. e.a. c. Commission*, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, *Rec.*, p. 1663, pt 173 : « tout opérateur doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes ». D'après l'arrêt CJCE, 15.7.1970, *ACF Chemiefarma c. Commission*, 41-69, *Rec.*, p. 661, pt 112, et selon une jurisprudence constante, des entreprises exprimant leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée concluent un accord au sens de l'article 81 §1 TCE.

⁵⁸⁴ CJCE, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Commission* (ci-après *Matières colorantes*), 48-69, *Rec.*, p. 619, pt 64. V. aussi TPI, 26.10.2000, *Bayer AG c. Commission*, T-41/96, *Rec.*, p. II-3383, pt 69 : la notion d'accord « est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci ».

⁵⁸⁵ BLAISE J.-B. et IDOT L., « Concurrence », chron., *RTDE*, 1997, p. 459, sp. 467, à propos de la déc. de la Commission n° 96/468/CE, 10.1.1996, *Adalat*, JO L 201 du 9.8.1996, p. 1, ayant donné lieu au jugement *Bayer AG*, préc. note 584. Dans le cadre des accords de distribution, la Commission et la Cour admettent l'existence d'un accord avec une « facilité souvent considérée comme excessive », selon M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Concurrence, Le droit de la CE*, coll. Commentaire J. Mégret, éd. de l'Université, Bruxelles, 1997, p. 129.

⁵⁸⁶ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., *idem*, p. 132-133 : une décision d'association d'entreprises est « toute expression de volonté collective de plusieurs entreprises groupées au sein d'une structure commune, tendant à obtenir que les membres de celle-ci adoptent un comportement déterminé ».

d'entreprises, la volonté de l'association est prise en considération⁵⁸⁷. L'accord se différencie, d'autre part, de la pratique concertée⁵⁸⁸, mise en œuvre par des entreprises généralement situées au même stade du processus économique⁵⁸⁹. Néanmoins, chaque restriction plurilatérale au jeu de la concurrence est une collusion⁵⁹⁰. La notion d'infraction unique est d'ailleurs consacrée lorsque la qualification d'une entente est complexe⁵⁹¹.

L'article 81 §1 TCE interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. S'il est établi qu'un accord a un objet restrictif, l'absence d'effet anticoncurrentiel n'empêche pas sa qualification en vertu de cet article⁵⁹² (à l'image des mesures nationales discriminatoires contraires aux règles de la libre circulation, qui constituent des entraves *de jure* à l'accès au

⁵⁸⁷ En ce sens, v. I. LIANOS, « 'La confusion des infractions' de l'article 81 §1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique », *RTDE*, 2000, p. 239, sp. 244.

⁵⁸⁸ Arrêt *Matières colorantes*, préc. note 584, pt 64 : la pratique concertée est une « coordination » entre entreprises qui, « sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ». *Idem*, pt 65 : la pratique concertée « ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants ». V. également CJCE, 4.6.2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a. c. Raad van bestuur van de Neerlands Mededingsautoriteit*, C-8/08, n.e.p., sp. pt 43, qui précise la notion d'objet anticoncurrentiel en matière de pratiques concertées : « il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation. L'échange d'informations entre concurrents poursuit un objet anticoncurrentiel lorsqu'il est susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées ». Il convient néanmoins d'établir le lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché des entreprises participant celle-ci. Celui-ci peut être présumé : « pour autant que l'entreprise participant à la concertation demeure active sur le marché considéré, la présomption du lien de causalité entre la concertation et le comportement de cette entreprise sur ce marché est applicable même si la concertation n'est fondée que sur une seule réunion des entreprises concernées » (arrêt *T-Mobile*, pt 62).

⁵⁸⁹ Une pratique concertée verticale était cependant en cause in CJCE, 21.2.1984, *Hasselblad (GB) Limited c. Commission*, 86-82, *Rec.*, p. 883, pts 24 à 29, à propos des relations tissées entre le fabricant d'appareils photographiques haut de gamme et ses distributeurs, dans le but de restreindre les importations parallèles au Royaume-Uni. Cette pratique concertée empêche le contrat de distribution exclusive d'être exempté en application de l'article 81 §3 (pt 35). La distinction entre accords verticaux et horizontaux est expliquée *infra*.

⁵⁹⁰ À propos de la comparaison entre la notion d'accord et la notion de pratique concertée, l'arrêt *Anic*, préc. note 567, pt 131 énonce que « du point de vue subjectif, elles appréhendent des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent ».

⁵⁹¹ L'entente est complexe lorsqu'elle pourrait relever de plusieurs qualifications V. en particulier I. LIANOS, article préc. note 587 et, à propos des origines de l'expression, M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 125. V. aussi l'arrêt *Anic*, préc. note 567, pt 114 : la notion d'entente complexe est pertinente lorsqu'« une série de comportements de plusieurs entreprises (...) [relève] pour partie de la notion d'accord et pour partie de celle de pratique concertée ». V. en outre CJCE, 7.1.2004, *Aalborg Portland A/S e.a., C-204, C-205, C-211, C-213, C-217 et C-219/00 P, Rec.*, p. I-123, pt 83 ; TPI, 14.12.2006, *Raffaelsen Zentralbank Österreich AG AG e.a. c. Commission (Club Lombard)*, T-259 à T-264/02 et T-271/02, *Rec.*, p. II-5169, pts 162 à 167 ; TPI, 8.7.2008, *Saint Gobain Gyproc Belgium NV, Knauf, BPB, Lafarge SA*, T-50/03, T-52 à T-54/03, n.e.p. À propos du jugement *Degussa*, cité note 624, qui fait référence à la notion d'infraction unique, L. IDOT considère que « sur le plan conceptuel, la jurisprudence a réglé les divers problèmes avec l'affaire *Anic* (...) et que tout est ensuite affaire d'espèce » in comm. sous le jugement *Degussa, Europe*, 6.2006, p. 16.

⁵⁹² Arrêt *Anic*, préc. note 567, pt 122, rappelé in CJCE, 25.1.2007, *Dalmine SpA c. Commission*, C-407/04 P, *Rec.*, p. I-835, pt 84.

marché, sans considération des effets de ces législations sur les marchés en question). L'infraction à cet article est constituée dès lors que l'accord vise à « *organiser artificiellement le fonctionnement du marché* »⁵⁹³. *A priori*, l'analyse formelle d'un accord dont l'objet est restrictif de la concurrence ne semble pas problématique⁵⁹⁴. Toutefois, l'appréciation de l'objet d'un accord litigieux au regard de cet article implique nécessairement de prendre en considération le contexte économique et juridique de l'accord⁵⁹⁵. L'accent mis sur l'organisation provoquée du marché est également récurrent lorsque sont en cause les effets anticoncurrentiels d'un accord. L'appréciation de ces effets dépend aussi du contexte économique et juridique de l'accord⁵⁹⁶. Cependant, même lorsque le contexte économique et juridique est pris en considération, la caractérisation de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel d'un accord peut encore révéler une approche formaliste. Dans ces cas, la liberté d'accès au marché est protégée ou le cloisonnement du marché est sanctionné sans que la concurrence qui s'exerce sur le marché ne soit considérée en détail. Selon cette conception, l'amélioration de l'efficacité économique qui peut éventuellement résulter de ces accords n'est pas prise en considération au stade de l'article 81 §1, mais seulement au stade de l'exemption en application de l'article 81 §3⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Arrêt *Dalmine*, préc. note 592, pt 84, en réf. à CJCE, 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission*, C-238, C-244, C-245, C-247, C-250 à 252 et C-254/99 P, *Rec.*, p. I-8375, pts 508 et 509.

⁵⁹⁴ I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 48, remarque à ce propos « l'absence de référence à l'analyse économique » lorsqu'est en cause une « restriction directe au principe de l'intégration du marché intérieur ».

⁵⁹⁵ CJCE, 6.4.2006, *General Motors BV c. Commission*, C-551/03 P, *Rec.*, p. I-3173, pts 64 à 67, dans le cas d'un accord vertical de distribution sélective. L. IDOT rappelle à cet égard qu'« un accord peut avoir un objet restrictif même s'il n'a pas pour objectif de restreindre la concurrence ; pour apprécier l'objet restrictif d'un accord il est nécessaire, au-delà des termes de l'accord, d'analyser celui-ci dans son contexte économique et juridique », note sous cet arrêt, *Europe*, 6.2006, p. 17. V. aussi CJCE, 10.7.1980, *SA Lancôme e.a. c. Etos BV e.a.*, 99-79, *Rec.*, p. 2511, pt 24.

⁵⁹⁶ Pour les accords verticaux, v. CJCE, 30.6.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 56-65, *Rec.*, p. 337, p. 360 : « le jeu de la concurrence dont s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux ». Même si l'appréciation du contexte économique et juridique des effets d'un accord intervient en priorité dans le cadre de l'appréciation des effets anticoncurrentiels des accords verticaux de distribution exclusive, les accords horizontaux font bien évidemment aussi l'objet d'une telle appréciation. V. par ex, à propos d'une entente horizontale dans le secteur agricole, TPI, 13.12.2006, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e.a. c. Commission*, T-217/03 et T-245/03, *Rec.*, p. II-4987, pt 77. V. aussi à propos d'échanges d'informations entre établissements bancaires sur la solvabilité des clients, CJCE, 23.11.2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, C-238/05, *Rec.*, p. I-11125, pt 49. Cet arrêt rappelle aussi au pt 35 que l'appréciation du contexte économique et juridique d'un accord est également pertinente pour évaluer son incidence sur les échanges communautaires. La distinction entre accords verticaux et horizontaux est expliquée *infra*.

⁵⁹⁷ La prise en considération de l'efficacité économique est néanmoins pertinente dans le cadre de l'article 81 §1. V. sur ce point *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, A et Section 2, I, B et II, A. L'exemption d'un accord

Il convient surtout de remarquer que le positionnement du juge communautaire de la concurrence vis-à-vis du critère de l'accès au marché ne s'entend pas de la même manière en fonction du stade du processus économique dans lequel se situent les partenaires d'un accord⁵⁹⁸. Le principe de l'interdiction d'une entente conclue entre opérateurs économiques qui se situent au même niveau de la chaîne économique se justifie dans la mesure où cette entente peut limiter l'accès au marché des tiers à la collusion, voire l'accès des parties au(x) marché(s) en cause⁵⁹⁹. Les considérations relatives à la liberté d'accéder au marché prennent le dessus. Un accord vertical⁶⁰⁰, cependant, facilite l'accès au marché de ses signataires mais encadre la marge de manœuvre de ces derniers. Le problème principal consiste alors à apprécier la légitimité du cloisonnement auquel procède un réseau de distribution verticale. Dans ces cas, la perspective intégrationniste prend souvent le dessus.

S'agissant, deuxièmement, de l'article 82 TCE, il convient d'abord de remarquer que, à la différence de l'application de l'article 81 qui distingue l'objet de l'effet d'une entente, l'abus est traditionnellement appréhendé en termes d'objet⁶⁰¹. Le monopole ou la position dominante sur un marché ne sont pas condamnés en eux-mêmes, mais obligent l'entreprise concernée à adopter un certain type de comportement⁶⁰². Par ailleurs, même si l'abus de position

en application de l'article 81 §3 pour des raisons tirées de l'efficacité économique est envisagée *infra* in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, B.

⁵⁹⁸ Certains accords mêlent cependant des aspects verticaux et horizontaux. V. par ex. déc. Commission 2002/759/CE, 5.12.2001, *Brasseries luxembourgeoises*, COMP/37.800/F3, relative à un accord conclu entre plusieurs brasseries qui comportait des aspects verticaux. L'interdiction de fournir en bières un débit de boissons qui était déjà approvisionné par l'une d'elles ou par un concurrent, qu'il soit lié ou non par une clause d'achat exclusif, et qui d'autre part, visait à entraver la pénétration d'un secteur donné par les brasseries étrangères constitue une entente anticoncurrentielle par son seul objet. Selon L. VOGEL *in Droit européen de la concurrence*, collection JuriBases 2006-2007, Lawlex, Paris, 2006, t. 1, p. 310, « l'entente horizontale en cause ajoute des restrictions de concurrence patente par rapport à celles qui résultent des relations verticales brasseries/débitants » ; v. aussi arrêt *Pâte de bois*, cité note 616, pt 176.

⁵⁹⁹ V. cependant le jugement TPI, 2.5.2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commission*, T-328/03, *Rec.*, p. II-1231, analysé *infra* sous Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, I, B, 2.

⁶⁰⁰ Il s'agit d'un accord conclu entre un opérateur économique situé en amont et un autre situé en aval du processus économique. V. arrêt *Société Technique Minière*, préc. note 596, sp. 358. Ceci est repris in CJCE, 13.7.1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c. Commission*, 56 et 58-64, *Rec.*, p. 429 et CJCE, 13.7.1966, *Italie c. Conseil et Commission*, 32-65, *Rec.*, p. 563.

⁶⁰¹ TPI, 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commission* (ci-après jugement *Michelin II*), T-203/01, *Rec.*, p. II-4071, pt 241. Cette approche est notamment critiquée par A. WACHSMANN (*in comm.* sous Conseil de la Concurrence, déc. 07-D-14 du 2.5.2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, concessionnaire des remontées mécaniques sur la station de ski de Pra-Loup, *Concurrences*, n° 3-2007, p. 94, sp. 97) qui considère que le Conseil français de la Concurrence accorde une « place centrale [aux] effets dans l'analyse à laquelle il doit procéder dans tous les cas d'abus allégués de position dominante ». L'importance de l'analyse des effets lors de l'analyse d'une restriction à la concurrence, même dans le cadre de l'article 82 TCE, fait l'objet du chapitre suivant de la thèse.

⁶⁰² V. en particulier CJCE, 9.11.1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission* (ci-après *Michelin I*), 322-81, *Rec.*, p. 3461, pt 57 : « la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique

dominante concerne dans la majorité des cas une seule entreprise sur le marché, une position dominante peut être collective⁶⁰³. En plus des critères traditionnels de la position dominante, le caractère collectif de celle-ci se déduit des liens de corrélation économique entre les entreprises concernées⁶⁰⁴. La reconnaissance d'une position dominante collective dépend ainsi d'une limitation de la liberté d'action des entreprises concernées sur le marché ; elle se rapproche alors de la conception juridique de l'accès au marché qui prévaut en matière d'ententes horizontales⁶⁰⁵. Cet aspect est également pertinent pour ce qui concerne le contrôle communautaire des concentrations⁶⁰⁶. Cela démontre la proximité entre le champ d'application de ce dernier domaine et celui des articles 81 et 82 TCE⁶⁰⁷.

Si l'on met de côté la définition de la position dominante collective, l'application de l'article 82 TCE a été marquée par l'approche structuraliste, particulièrement pour ce qui concerne la détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché. Or, selon cette

en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun ».

⁶⁰³ Déc. Commission 89/93/CEE, 7.12.1988, *Verre plat*, IV-31.906, JO L 33, p. 44 et TPI, 10.3.1992, *SIV e.a. c. Commission (Verre plat)*, T-68, T-77 et T-78/89, *Rec.*, p. II-1403, pt 366, où le Tribunal reconnaît qu'une position dominante puisse être « détenue par plusieurs entreprises indépendantes ». V. aussi TPI, 12.6.1997, *Tiercé Ladbroke SA c. Commission*, T-504/93, *Rec.*, p. II-923, pts 110 et 123 (l'abus n'est pas reconnu en l'espèce).

⁶⁰⁴ TPI, 30.9.2003, *Atlantic Container Line AB e.a. c. Commission*, T-191, T-212 à T-214/98, *Rec.*, p. II-3275, pt 595 : « Pour conclure à l'existence d'une telle position dominante collective, il faut, selon la jurisprudence que les entreprises en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché (...). À cet égard, il est nécessaire d'examiner les liens ou facteurs de corrélation économique entre les entreprises concernées et de vérifier si ces liens ou facteurs leur permettent d'agir ensemble indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs », en réf. not. au jugement TPI, 8.10.1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Commission*, ci-après jugement *CEWAL*, T-24 à T-26/93 et T-28/93, *Rec.*, p. II-1201. Les critères permettant de déterminer la position dominante d'une entreprise sont examinés *infra*, sous A.

⁶⁰⁵ Sur ce rapprochement entre la position dominante collective et les ententes, v. N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2007, sp. p. 89 et s ; v. aussi p. 439 et s., où l'auteur traite de « l'applicabilité de la notion de position dominante collective aux oligopoles collusifs », à propos du jugement TPI, 26.1.2005, *L. Piau c. Commission*, T-193/02, *Rec.*, p. II-209.

⁶⁰⁶ V. TPI, 25.3.1999, *Gencor c. Commission*, T-102/96, *Rec.*, p. II-753, dans lequel l'applicabilité du règlement n° 4064/89/CEE relatif au contrôle des concentrations est étendue aux fusions donnant lieu à une position dominante collective. D'après le jugement *Gencor*, des structures de marché anticoncurrentielles peuvent résulter tant de l'existence de liens économiques étroits entre entreprises, tels que la détention commune d'une technologie (pt 274, en réf. au pt 358 du jugement *Verre plat*, préc. note 603), mais aussi « des structures des marchés de type oligopolistique, où chaque opérateur peut prendre conscience des intérêts communs et, notamment, faire monter les prix sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée » (pt 277).

⁶⁰⁷ V. not., à propos de l'application de l'art. 82 : TPI, 7.10.1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, T-228/97, *Rec.*, p. II-2969 ; CJCE, 16.3.2000, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA et Dafra-Lines A/S c. Commission*, C-395 et 396/96 P, p. I-1365 et, à propos du contrôle des concentrations : CJCE, 31.3.1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commission*, C-68/94 et C-30/95, *Rec.*, p. I-1375 ; TPI, 13.6.2006, *Independent Music Publishers and Label Association c. Commission*, T-464/04, *Rec.*, p. II-2289.

conception, la détermination de la position dominante dépend principalement de l'accessibilité du marché aux concurrents. La théorie structuraliste a également façonné en grande partie la notion d'abus⁶⁰⁸. Toutefois, la qualification des mêmes abus peut être rapprochée de l'approche structuraliste ou ordo-libérale⁶⁰⁹, tandis que l'appréciation de certains comportements révèle une approche intégrationniste du droit de la concurrence : dans certains cas, un abus est constaté en tant qu'il permet à l'entreprise dominante de cloisonner le marché.

Les développements qui suivent prennent acte de ces influences différentes, en les mettant en lumière au moyen du critère de l'accès au marché. En effet, deux lignes maîtresses ressortent de cette présentation sommaire des principales définitions pertinentes en la matière. D'une part, le critère de l'accès au marché apparaît comme le trait commun aux approches ordo-libérales et structuralistes du droit communautaire de la concurrence. L'approche ordo-libérale domine en matière d'ententes horizontales, en ce que la liberté d'accéder au marché est protégée. L'approche structuraliste prévaut lorsqu'il s'agit de déterminer la position dominante sur le marché, en tant que l'accessibilité du marché est protégée pour les concurrents. D'autre part, l'utilisation du critère de l'accès au marché dans la qualification de certaines restrictions à la concurrence rappelle que le droit communautaire de la concurrence participe de l'accomplissement du marché intérieur. En effet, l'interdiction de procéder à des cloisonnements sur le marché ressort des décisions relatives aux articles 81 et 82 TCE. Or, chacune de ces trois approches conduit à un emploi formaliste du critère de l'accès au marché lorsque l'appréciation du pouvoir de marché de l'entreprise mise en cause, ou l'examen de la gêne apportée à la concurrence, est opéré d'une manière indépendante du jeu de la concurrence sur le marché. Il convient dès lors d'étudier de quelle manière l'utilisation formelle de la restriction à l'accès au marché reflète non seulement l'influence des approches

⁶⁰⁸ CJCE, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 85-76, *Rec.*, p. 461, pt 91, al. 2 : « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, en raison, précisément, de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ».

⁶⁰⁹ V. la position de L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, préc. note 558, p. 139 et s. quant à l'appréciation des rabais de fidélité et des ventes liées, qui sont considérés comme des abus de structure ; v. la position de E. ROUSSEVA, art. préc. note 550, p. 596 et s. qui analyse l'impact de la théorie ordo-libérale sur la qualification des accords de distribution exclusive, des rabais de fidélité et des ventes liées.

ordo-libérale et structuraliste (I), mais aussi celle de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur (II).

I. L'utilisation formelle du critère de l'accès au marché, reflet des approches ordo-libérale et structuraliste

D'une manière différente, la théorie ordo-libérale et la théorie structuraliste orientent l'analyse vers une utilisation formelle du critère de l'accès au marché⁶¹⁰.

L'objectif de protection de la liberté d'accès au marché est poursuivi lorsqu'un accord horizontal est en cause, ce qui est emblématique de l'influence de la théorie ordo-libérale en droit communautaire. Un accord conclu entre entreprises situées au même stade du processus économique est interdit en ce qu'il limite la liberté, des concurrents et/ou des parties à l'accord, d'accéder au(x) marché(s) en cause (A). Ensuite, au-delà de la délimitation du marché pertinent⁶¹¹, et sans occulter le lien étroit existant entre un marché pertinent et la reconnaissance de la position dominante d'une entreprise sur celui-ci⁶¹², l'accent mis sur l'accessibilité du marché aux concurrents au moment de la détermination d'une telle position témoigne de l'influence de la théorie structuraliste en droit communautaire de la concurrence. Toutefois, d'aucuns pourraient penser que la détermination de la position dominante dépend *in fine* d'une limitation de la liberté des concurrents d'accéder au marché. Il convient alors d'expliquer en quoi l'identification de la position dominante d'une entreprise est fonction de l'accessibilité du marché aux concurrents (B).

A. L'interdiction des accords horizontaux, reflet de la protection de la liberté d'accès des entreprises au marché

D'après l'article 81 §1 TCE, l'entreprise ne doit pas se concerter avec d'autres entreprises, que cette collusion soit matérialisée dans un accord, une décision d'association entre entreprises ou le fruit d'une pratique. Il s'agit ici d'expliquer comment la protection de l'autonomie de comportement des entreprises sur le marché revient à préserver la liberté

⁶¹⁰ Il est proposé de développer cette idée en abordant deux aspects essentiels du droit communautaire de la concurrence qui marquent, pour l'un, l'influence de la première théorie, et, pour l'autre, l'influence de la deuxième. Toutefois, les deux paragraphes ne prétendent pas être exhaustifs sur l'influence de ces théories.

⁶¹¹ Cette question est développée *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 2, I.

⁶¹² Une entreprise dominante a une influence décisive sur les échanges qui ont lieu sur le marché pertinent.

d'accéder au marché, dans la ligne d'une définition ordo-libérale de la restriction à la concurrence⁶¹³.

Il convient d'examiner de quelle manière cette approche du droit de la concurrence est formelle, en ce que l'accent est mis sur le volet juridique de la définition précitée de l'accès au marché. Il s'agit non seulement d'empêcher la limitation de l'accès des concurrents tiers à l'entente au marché (1), mais aussi l'accès des parties à l'entente au marché (2).

1. La protection de l'accès des entreprises concurrentes au marché

En matière d'ententes horizontales, la protection de la liberté de l'accès des entreprises concurrentes au marché ressort principalement des accords relatifs aux prix, qui relèvent de l'article 81 §1 a) TCE⁶¹⁴.

L'affectation de la liberté des concurrents d'accéder au marché est assez évidente dans le cas de hausses de prix qui résultent de pratiques concertées. Ainsi, un comportement parallèle de producteurs est condamné lorsqu'il leur permet non seulement de rechercher « *un équilibre de prix à un niveau différent de celui qui aurait résulté de la concurrence* », mais aussi de « *cristallis[er] de[s] situations acquises au détriment de la liberté effective de circulation des produits dans le marché commun et du libre choix par les consommateurs de leurs fournisseurs* »⁶¹⁵. La liberté des consommateurs de choisir leurs fournisseurs, c'est-à-dire la liberté d'action des consommateurs sur le marché, est protégée. Implicitement, cela facilite l'accès des fournisseurs concurrents au marché. La considération relative à la demande reste

⁶¹³ MARENCO G., « La notion de restriction à la concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », *in* *Mél. M. Waelbroeck*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1229 : « la restriction de concurrence au sens de l'interdiction des ententes consiste dans l'engagement d'une partie à l'accord à se comporter d'une certaine manière sur le marché, ainsi limitant à l'égard des autres parties, qui peuvent ne pas être des concurrents, sa liberté d'action commerciale ».

⁶¹⁴ L'article 81 §1 a) interdit « de fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions ». Les pratiques qui relèvent des articles 81 §1, b) et c) sont analysées *infra* sous 2), parce qu'elles consistent généralement à limiter l'accès des partenaires de l'accord au marché. Les pratiques qui relèvent de l'article 81 §1 d) sont analysées principalement *infra* sous II, B. Celles qui relèvent de l'article 81 §1 e) sont analysées principalement *infra*, sous Section 2, I, A,1.

⁶¹⁵ Arrêt *Matières colorantes*, préc. note 584, pt 67. Au regard des pts 66 et 67 de cet arrêt, M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 138, considèrent que la Cour ne s'en prendrait pas à un équilibre du marché qui résulterait de la structure du marché en tant que tel (Les auteurs se réfèrent également au pt 21 de l'arrêt CJCE, 14.7.1981, *G. Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, 172-80, *Rec.*, p. 2021, relatif à un parallélisme de comportement dans la perception d'une commission bancaire uniforme sur les transferts de sommes d'un État membre à l'autre effectués par des banques sur les fonds de leur clientèle). Il nous semble cependant que la considération à la liberté d'accès au marché prévaut dans cet arrêt.

superficielle. En effet, la demande des consommateurs est ici assimilée à une liberté, ce qui révèle une conception juridique du droit de la concurrence.

Ainsi, les autorités de concurrence condamnent les concertations qui influencent le fonctionnement du marché, en créant des difficultés supplémentaires pour les concurrents d'entrer sur celui-ci. L'affaire relative au système d'annonces parallèles et simultanées de prix, mis en place par des fabricants de pâtes de bois situés en dehors de la Communauté, en témoigne. La Cour de justice relève que la concertation sur les prix n'est pas caractérisée⁶¹⁶ en rappelant « *le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents* »⁶¹⁷. Ainsi, une annonce préalable de prix ne constitue une pratique concertée qu'à la condition qu'elle soit le résultat d'une coordination⁶¹⁸. La concertation sur les prix annoncés et l'échange d'informations sur les prix de transaction qui en résulte est, quant à elle, de nature à restreindre la concurrence⁶¹⁹.

Ainsi, la grande transparence du marché explique la simultanéité des annonces, mais elle signifie aussi que ce marché est accessible : les acheteurs, « *pour éviter d'être trop dépendants d'un producteur, prenaient la précaution de diversifier les sources d'approvisionnements* »⁶²⁰. D'autre part, à propos du parallélisme des prix annoncés, les acheteurs peuvent « *se tourner, moyennant quelques investissements, vers d'autres types de pâte* »⁶²¹ ; cela fonde la considération selon laquelle des concurrents, extérieurs au système d'annonce, disposent d'un accès au marché européen. La liberté d'accès au marché des

⁶¹⁶ CJCE, 31.3.1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. c. Commission (Pâte de bois)*, C-89, C-104, C-114, C-116, C-117, C-125 à C-129/85, *Rec.*, p. I-1307, pt 71, la concertation n'explique pas le parallélisme de comportement des producteurs. D'après le pt 126 de l'arrêt, le système d'annonces parallèles et simultanées de prix est non seulement une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux, mais également une conséquence directe de la forte transparence du marché, des tendances oligopolistiques du marché et des circonstances particulières à certaines périodes.

⁶¹⁷ *Idem* pt 71, en réf. à l'arrêt *Suiker Unie*, préc. note 583, pt 174. V. aussi concl. av. gén. M. DARMON présentées pour l'arrêt *Pâte de bois*, pts 177 et 191.

⁶¹⁸ En ce sens, v. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 141, en réf. à l'arrêt *Matières colorantes* dans lequel les annonces ont été condamnées, ainsi qu'à l'arrêt *Pâte de bois*, pt 131.

⁶¹⁹ Arrêt *Pâte de bois*, préc. note 616, pt 131. V. aussi CJCE, 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren*, 8-72, *Rec.*, p. 977, pt 19.

⁶²⁰ *Idem*, pt 83.

⁶²¹ *Idem*, pt 104.

différents opérateurs en présence (producteurs concurrents et acheteurs) est ainsi préservée⁶²². L'accessibilité du marché aux concurrents joue donc en faveur des opérateurs poursuivis⁶²³.

La jurisprudence récente confirme cette approche. La tenue de réunions ayant donné lieu à des accords litigieux est un élément essentiel de l'organisation d'un cartel : ces réunions « *avaient pour objet de se protéger de la concurrence du nouvel entrant sur le marché (...) et d'échanger des informations à cette fin* », les activités de celui-ci représentant « *la principale menace pour les parties aux accords* »⁶²⁴. Les comportements parallèles des entreprises en causes avaient notamment pour effet « *d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel* »⁶²⁵. Même sans formalisation de l'accord, la concertation est établie car la société intéressée a éliminé ou substantiellement réduit l'incertitude quant au comportement que les autres opérateurs peuvent attendre de sa part sur le marché⁶²⁶. La caractérisation de la volonté conjointe de plusieurs entreprises de se prémunir contre les risques commerciaux que représentait l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché est déterminante dans la qualification de la pratique concertée. Les accords sur les prix (et leur mise en pratique) démontrent ainsi l'intention des entreprises impliquées de contrôler le marché par le biais de la mise à l'écart d'un entrant actuel, ce qui comporte à l'évidence un effet dissuasif pour les entrants potentiels.

En outre, l'analyse des clauses de non-concurrence⁶²⁷ litigieuses au sein d'une convention horizontale préserve la liberté des concurrents d'accéder au marché. En témoigne la

⁶²² *Ibid.* : des pâtes en provenance du Brésil pouvaient constituer « de[s] produits de substitution ».

⁶²³ Il convient ici de remarquer que l'accessibilité du marché est déterminée en fonction de la demande des acheteurs, de sorte que le marché semble convenablement analysé. L'accessibilité du marché aux concurrents est toutefois un élément décisif dans l'arrêt, de sorte que l'objectif d'allocation efficace des ressources ne ressort qu'implicitement de la décision.

⁶²⁴ TPI, 5.4.2006, *Degussa AG c. Commission*, T-279/02, *Rec.*, p. II-987, pt 124. Le pourvoi est rejeté in CJCE, 22.5.2008, *idem*, C-266/06 P, *Rec.*, p. I-81 (sommaire).

⁶²⁵ *Idem*, pt 132, en réf. à l'arrêt *Suiker Unie*, préc. note 583, pt 174.

⁶²⁶ *Idem*, pt 133, en réf. à TPI, 17.12.1991, *BASF c. Commission*, T-4/89, *Rec.*, p. II-1523, pt 242 (aff. du polypropylène). De plus, la société impliquée ne s'est pas distancée publiquement des accords (*idem*, pt 134, en application de l'arrêt *Anic*, préc. note 567, pts 121 et 128). le lien de cause à effet entre la concertation entre les entreprises et le comportement de celle-ci sur le marché est établi (*Idem*, pt 136, en réf. à l'arrêt *Anic*, pt 118, dans lequel la Cour de justice considère aussi que l'infraction est commise sans matérialisation de la concertation sur le marché

⁶²⁷ Le règlement n° 2790/99/CE de la Commission du 22.12.1999 concernant l'application de l'article 81 §3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29.12.1999, p. 21, art. 1 b), définit ainsi les obligations de non-concurrence : « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en

qualification d'une stipulation au regard de l'article 81 TCE, qui ne contient en elle-même aucune obligation de livraison exclusive⁶²⁸. La limitation de l'accès des concurrents au marché entraîne la qualification de cette clause de non-concurrence au regard de l'article 81 §1 et révèle dès lors une protection des concurrents⁶²⁹.

La préservation formaliste de l'accès au marché va donc de paire avec la qualification d'une entente horizontale au regard de l'article 81 §1 TCE. L'appréciation de la limitation de liberté des concurrents d'accéder au marché est essentielle, afin de maintenir la concurrence actuelle et de permettre une concurrence potentielle⁶³⁰. Certaines jurisprudences démontrent toutefois que l'accès au marché des partenaires aux accords est également protégé.

2. L'interdiction de toute restriction apportée à la liberté des partenaires de l'entente d'accéder au marché

Les accords qui entrent en contradiction avec l'article 81 §1 b)⁶³¹ et/ou l'article 81 §1 c)⁶³² TCE consistent en une limitation de l'accès au marché du point de vue de l'auteur du comportement incriminé. Par exemple, des pratiques concertées qui visent à limiter et à contrôler les débouchés ainsi qu'à répartir les marchés sont qualifiées comme telles⁶³³. Il en va de même pour la qualification d'accords *stricto sensu* au sens de cet article⁶³⁴.

biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ».

⁶²⁸ TPI, 2.7.1992, *Dansk Pelsdyravlforening c. Commission*, T-61/89, *Rec.*, p. II-1931, pts 73 et 78. V. aussi le résumé de la décision de la Commission, pt 64.

⁶²⁹ V. cependant les remarques formulées à propos de cet arrêt *infra* Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 1

⁶³⁰ Par exemple, les annonces simultanées de prix dans l'arrêt *Pâte de bois*, préc. note 616, sont licites en partie parce que le marché laissait la place à des concurrents. La mise à l'écart d'un entrant actuel est déterminante dans l'arrêt *Degussa*, préc. note 624.

⁶³¹ L'article 81 §1 b) interdit les accords qui consistent à « limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ». En droit italien, l'article 2, § 2, b) de la loi n° 287 du 10.10.1990 portant adoption de dispositions relatives à la sauvegarde de la concurrence et du marché, *GURI* n° 240, du 13.10.1990, énonce que sont considérés comme des ententes les agissements consistant à « empêcher ou à limiter la production, les débouchés ou les accès au marché, les investissements, le développement technique ou le progrès technologique » ; cité in CJCE, 11.12.2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani – ETI SpA e.a. et Philip Morris Products SA e.a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a.*, C-280/06, *Rec.*, p. I-10893, pt 3.

⁶³² L'article 81 §1 c) interdit les accords consistant à « répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

⁶³³ Arrêt *Suiker Unie*, préc. note 583, pts 174, 175 et 195. La Cour de justice applique la définition proposée dans l'arrêt *Matières colorantes*, préc. note 584, au comportement en cause.

⁶³⁴ Jugement *Tiercé Ladbroke*, préc. note 603, pt 159 : « un accord horizontal entre des sociétés de courses qui empêcherait chacune d'elles d'accorder à un tiers, tel que la requérante, une licence de transmission des sons et images sur les courses qu'elle organise serait susceptible de faire obstacle à l'entrée de chacune d'elles sur le marché belge des sons et images des courses en général et de restreindre ainsi la concurrence potentielle qui pourrait exister sur ce marché, au détriment des bookmakers et des consommateurs finals. (...) [U]n tel accord

Le Traité interdit en effet toute entente ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence qui pourrait s'exercer entre les parties concernées ou l'une d'elles et les tiers, mais également « *la concurrence qu'[elles] se font ou pourraient se faire entre elles* »⁶³⁵. La limitation de la liberté d'accès au marché des entreprises partenaires de l'accord est alors suffisante pour entraîner la qualification de restriction à la concurrence.

La jurisprudence récente le confirme, notamment dans l'affaire *Dalmine* :

« si les contrats d'approvisionnements n'avaient pas existé, les producteurs européens concernés autres que Corus auraient normalement eu (...) un intérêt commercial réel ou à tout le moins potentiel à concurrencer celle-ci sur le marché britannique des tubes filetés ainsi qu'à se concurrencer entre elles pour approvisionner Corus en tubes lisses »⁶³⁶.

La limitation de l'accès de *Dalmine* à deux marchés britanniques distincts a un effet anticoncurrentiel⁶³⁷. Ainsi, la qualification de l'infraction permet de préserver l'accès de l'auteur de la pratique aux différents marchés britanniques des tubes d'acier.

La qualification d'une entente horizontale au sens de l'article 81 TCE participe donc de la protection de la liberté des entreprises d'accéder au marché, que ce soit du point de vue des concurrents ou de celui des parties à l'entente et témoigne en ce sens de l'influence de la théorie ordo-libérale.

A priori, l'application de l'article 82 TCE donne lieu à une appréciation différente : il paraît évident que l'accès au marché de l'entreprise dominante n'a pas à être protégé⁶³⁸. La détermination de la position dominante d'une entreprise dépend principalement de l'accessibilité du marché aux concurrents. On peut y voir une influence de la théorie structuraliste, mais cela doit être nuancé.

pourrait avoir pour effet de « limiter ou de contrôler (...) les débouchés » et/ou de « répartir les marchés » au sens de l'article [81], §1 sous b) et c) du Traité ».

⁶³⁵ *Idem*, pt 156, en réf. aux arrêts *Consten*, préc. note 600, p. 493 et *Italie c. Conseil et Commission*, préc. note 600, p. 592.

⁶³⁶ Arrêt *Dalmine*, préc. note 592, pt 112, en réf. à TPI, 8.7.2004, *Dalmine SpA c. Commission*, T-50/00, *Rec.*, p. II-2395, pt 181, à propos de contrats d'approvisionnements qui répartissent entre trois producteurs européens, dont l'entreprise *Dalmine*, les besoins en tubes lisses d'acier d'une société britannique, Corus, qui fabrique à partir de ces tubes des tubes filetés. Le passage précédent de l'arrêt explique l'intérêt des sociétés à respecter l'accord.

⁶³⁷ Arrêt *Dalmine*, préc. note 592, pt 114 ; jugement *Dalmine*, préc. note 636, pt 186. L'entreprise ne pourra pas exporter plus de tubes lisses que la quantité prescrite dans l'accord d'approvisionnement. De plus, elle est empêchée de commercialiser les tubes filetés.

B. La détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché, fonction de l'accessibilité du marché aux concurrents

Sous l'influence des travaux des « structuralistes », la position dominante d'une entreprise est évaluée notamment en fonction de la présence de barrières à l'entrée sur le marché, en ce que ces barrières déterminent en partie la structure du marché. À l'évidence, la notion de barrière à l'entrée est d'importance dans le cadre de cette étude.

À l'image des qualifications formalistes de restrictions à la libre circulation qui résultent de l'identification d'un simple obstacle à l'accès d'un opérateur ressortissant d'un autre État membre à un marché situé dans l'État mis en cause, la détermination d'une position dominante qui résulterait du simple constat de barrières à l'entrée élevées pour les concurrents ne doit pas se confondre avec la qualification de l'infraction. À cet égard, la barrière à l'entrée ne peut être seulement envisagée du point de vue des opérateurs concurrents de l'entreprise, notamment en ce qu'elle peut être inhérente au marché en cause. Ainsi, cette notion essentielle doit-elle être utilisée avec circonspection. Elle est en effet utile aussi bien lorsqu'il s'agit de déterminer le pouvoir de marché d'une entreprise, que lorsqu'il s'agit de qualifier le comportement en cause. Seul le premier volet nous intéresse ici.

Il convient d'étayer l'influence de la définition structuraliste de la notion de barrière à l'entrée sur la détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché (1). Différents tempéraments sont apportés à l'impact des théories structuralistes en la matière, sans que l'importance du principe de l'accessibilité du marché ne soit remise en question (2).

1. L'influence de la définition structuraliste de la notion de barrière à l'entrée sur la détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché

Certes, la position dominante d'une entreprise sur un marché dépend avant tout des parts de ce marché qu'elle détient. La reconnaissance d'une position dominante relève alors du truisme lorsque les parts de marché sont « *extrêmement élevées* »⁶³⁹. Ainsi, une part de marché supérieure à 50 % présume de l'existence d'une position dominante⁶⁴⁰. La détermination de la

⁶³⁸ Cela est différent de la protection que requiert l'accès au marché d'un produit qui fait l'objet d'un brevet. Sur la relation entre l'abus et la propriété intellectuelle, v. *infra* Section 2, sp. II.

⁶³⁹ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 41.

⁶⁴⁰ CJCE, 3.7.1991, *AKZO Chemie BV c. Commission*, C-62/86, *Rec.*, p. I-3359, pts 59 et 60, concl. contraires de l'av. gén. C. LENZ (pts 62 à 124), en réf. à l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 41. En ce sens, v. R. WHISH, *Competition Law*, LexisNexis – Butterworth, Londres, 5^e éd., 2003, p. 181. C. W. BADEN FULLER, in « Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position » *ELR*, 1979, p. 423, sp. 433,

position dominante implique alors de prendre en considération l'écart entre la part de marché de l'entreprise leader et celles de ses concurrents⁶⁴¹. Lorsque des entreprises puissantes sur d'autres marchés ne pénètrent que timidement sur le marché pertinent⁶⁴², cela peut constituer un indice de la position dominante de l'entreprise en cause.

Pourtant, la détermination d'une position dominante en fonction d'une analyse seulement quantitative n'est pas pleinement satisfaisante :

« l'existence d'une position dominante ne saurait être établie sur le seul fait qu'une entreprise détient d'importantes parts de marché. En effet, (...) l'existence de fortes parts de marché signifie simplement que l'opérateur en question pourrait être en position dominante. C'est pourquoi les [autorités réglementaires nationales] doivent procéder à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché »⁶⁴³.

La possession d'un pouvoir de marché est alors déterminante. La démonstration d'une telle puissance implique ainsi d'analyser la structure du marché pertinent⁶⁴⁴. Or, l'analyse de la structure du marché permet en particulier de relever la présence de barrières à l'entrée dans celui-ci⁶⁴⁵. En leur absence, les entreprises concurrentes peuvent agir librement sur le marché⁶⁴⁶. Ainsi, sous-réserve des barrières à l'entrée inhérentes à certains marchés, l'accessibilité du marché est déterminante dans l'établissement d'une position dominante⁶⁴⁷.

note que les économistes préfèrent la présomption inverse : « il semble très improbable qu'une entreprise possédant moins de 50 % de parts de marché soit dominante » (notre traduction).

⁶⁴¹ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 48, 1^{er} al.

⁶⁴² TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods c. Commission*, T-65/98 Rec., p. II-4653, pt 155.

⁶⁴³ Commission, *Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques*, JO C 165 du 11.7.2002, pt 78. La n.b.p. n° 78 de ce document relativise encore le caractère « hautement significatif » de parts de marché élevées : « des parts de marché élevées ne constituent un critère de mesure précis que si les concurrents sont incapables d'accroître suffisamment leur production pour répondre à un déplacement de la demande à la suite de l'augmentation des prix par un rival ».

⁶⁴⁴ En ce sens, v. R. KOVAR, note sous l'arrêt *Suiker Unie*, préc. note 583, *JDI*, 1977, p. 216, sp. 225, « L'existence de la position dominante s'apprécie généralement par référence à un critère structurel. Une telle démarche ne préjuge néanmoins pas de la définition de la position dominante. Cette notion renvoie, en effet à la possession d'un pouvoir de marché » (italiques dans le texte).

⁶⁴⁵ L'approche des structuralistes a été déterminante dans la définition de la position dominante, notamment au travers de l'étude des barrières à l'entrée ; v. en particulier I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 304 à 313.

⁶⁴⁶ *Lignes directrices sur l'analyse du marché*, préc. note 643, pt 80 : « il faut apprécier la facilité avec laquelle il est possible d'accéder au marché. En effet, l'absence de barrières à l'entrée dissuade en principe une entreprise qui détient une part de marché significative d'adopter un comportement anticoncurrentiel indépendant ».

⁶⁴⁷ Cela souligne aussi la proximité entre la délimitation du marché et la démonstration approfondie d'une position dominante sur celui-ci. Cette question est abordée in Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 2, I, A, 1.

La définition des barrières à l'entrée est alors controversée⁶⁴⁸. Joe BAIN « a été sans doute le premier à évaluer l'influence de l'entrée et de la concentration sur le pouvoir de marché »⁶⁴⁹. Par le biais du paradigme SCP, cet auteur montre que le pouvoir de marché augmente avec le degré de concentration du marché et la difficulté d'y entrer⁶⁵⁰. Ainsi, « les barrières à l'entrée protègent les entreprises installées contre la concurrence de nouveaux entrants »⁶⁵¹. L'approche de Joe BAIN et des structuralistes a été critiquée par l'École de Chicago⁶⁵². Rattaché à cette École, Harold DEMSETZ met l'accent sur l'efficacité dans la définition du pouvoir de marché et transforme le paradigme SCP : les Comportements des entreprises (efficacité productive, qualité des produits) déterminent les Performances (marge prix-coût, profitabilité), qui elles-mêmes influencent la Structure du marché (concentration et barrières à l'entrée)⁶⁵³. Ces controverses resurgissent en droit communautaire de la concurrence, notamment lorsqu'il s'agit de prendre ou non en considération les performances d'une entreprise dans la définition de sa position dominante sur un marché⁶⁵⁴.

Parmi de nombreux auteurs qui se sont intéressés à la question, Dennis CARLTON et Jeffrey PERLOFF estiment que les barrières à l'entrée sont « tout ce qui empêche une entreprise de pénétrer sans délais sur un marché »⁶⁵⁵. Plus précisément, une barrière à l'entrée constitue selon ces auteurs « un coût pour les entrants, alors que les entreprises en place ne supportent

⁶⁴⁸ En ce sens, v. R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 183, qui résume à cet endroit cette controverse. V. aussi OCDE, *Barriers to entry*, étude DAF/COMP(2005)42, Note de référence, p. 55, sp. 59-64. Parmi une doctrine abondante, v. H. DEMSETZ, « Barriers to entry », *The American Economic Review*, 3.1982, p. 47 ; S. TURNBULL, « Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law », préc. note 563 ; B. BRUN et A. TOULEMONT-DAKOURE, « Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence », *Contrats-Concurrence-Consommation*, 11.2003, p. 7 ; AROWOLO O., « Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: is there a Case for Review? », *ECLR*, 2005, p. 247.

⁶⁴⁹ COMBE E., *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, p. 42, se référant aux études empiriques de J.S. BAIN.

⁶⁵⁰ Le paradigme SCP, défini in E. COMBE, *idem*, signifie que les Structures du marché (concentration, différenciation, barrières à l'entrée) déterminent le Comportement (politique de prix, recherche et développement) qui détermine les Performances (pouvoir de marché, profitabilité).

⁶⁵¹ LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 306-307, en réf. à l'ouvrage de J.S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1956. Selon C. W. BADEN FULLER, art. préc. note 640, sp. 428, qui se réfère aussi à J.S. BAIN, « les barrières à l'entrée sont des indicateurs : une entreprise ne peut pas exercer un monopole, à moins qu'il y ait des barrières à l'entrée pour les nouveaux concurrents. (...) S'il y a des barrières à l'entrée, une entreprise peut augmenter ses prix sans qu'aucun rival n'apparaisse » (notre traduction).

⁶⁵² COMBE E., ouvrage préc. note 649, p. 50 et s.

⁶⁵³ *Idem*, p. 54.

⁶⁵⁴ Cela est abordé *infra* in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 1.

⁶⁵⁵ CARLTON D. W. et PERLOFF J., *Économie industrielle*, De Boeck Université, 1998, p. 1013, cité in I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 307.

pas ce coût ou n'ont pas eu à le supporter »⁶⁵⁶. Il semble en effet pertinent de comparer la possibilité pour les entreprises concurrentes d'entrer sur le marché par rapport aux conditions d'accès qui prévalaient pour l'entreprise qui y a accédé la première.

Certains juristes se rattachent à une vision excessivement large de cette définition⁶⁵⁷. La définition des autorités communautaires de la concurrence l'est tout autant⁶⁵⁸.

Devant cette hétérogénéité, et sous l'influence en particulier de Dennis CARLTON, l'OCDE propose de se détacher de ces contraintes définitionnelles. Il importe selon l'Organisation « *de s'interroger sur le fait de savoir si et quand une entrée à des chances de faire échec aux effets anticoncurrentiels dont se préoccupe l'autorité [compétente]* »⁶⁵⁹. Sans négliger l'intérêt de la notion de barrière à l'entrée au moment de la qualification d'une restriction à la concurrence, ni l'importance d'une analyse des parts de marché, il nous semble donc pertinent de considérer que la position dominante d'une entreprise dépend de l'accessibilité du marché en cause aux concurrents.

2. La détermination de position dominante d'une entreprise en fonction de l'accessibilité du marché aux concurrents, reflet d'influences théoriques différentes

L'incidence des définitions structuralistes de la notion de barrière à l'entrée est perceptible dans les arrêts *United Brands* et *Hoffmann-La Roche*. Cette incidence doit cependant être relativisée. Or, le trait commun à ces différentes influences théoriques réside dans le critère de l'accessibilité du marché aux concurrents de l'entreprise dont la position dominante est appréciée. L'appréciation de l'existence d'un pouvoir de marché de l'entreprise mise en cause le corrobore.

⁶⁵⁶ CARLTON D. W. et PERLOFF J., *Modern Industrial Organisation*, 1994, p. 110, cité et traduit in OCDE, note de référence sur les barrières à l'entrée, préc. note 648, p. 62.

⁶⁵⁷ VAN DER WOUDE M. et DUQUESNE T., « Abus de position dominante », *Répertoire communautaire*, Dalloz, 10.2000, pt 65 : les barrières à l'entrée sont « tous les obstacles réglementaires, physiques, techniques et financiers qui entravent l'accès au marché de référence ». Pour ce qui est de la dimension matérielle de ce marché, il s'agit « essentiellement des coûts de substitution liés à l'adaptation de l'outil de production » ; pour la dimension géographique de celui-ci, les barrières à l'entrée sont « principalement les coûts de transport ».

⁶⁵⁸ En ce sens, v. R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 184 : « [les juridictions communautaires et la Commission] ont adopté une approche large, ce qui a donné lieu à des critiques selon lesquelles le pouvoir de marché de certaines entreprises a été exagéré », notre traduction.

⁶⁵⁹ OCDE, note de référence sur les barrières à l'entrée, préc. note 648, p. 65, en réf. not. à D. CARLTON : « Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 2004, p. 469 : « au lieu de se demander s'il existe une « barrière à l'entrée » selon une quelconque définition, les analystes devraient plutôt expliquer comment se comportera l'activité au cours des prochaines années », traduit par l'OCDE.

Dans le cadre de l'analyse de la position de l'entreprise United Brands sur le marché de la banane, la Cour de justice énumère une liste non limitative des « *barrières à l'entrée de la concurrence* »⁶⁶⁰. Puisque les concurrents « *se heurtent à des obstacles pratiques et financiers quasi insurmontables* »⁶⁶¹, la position dominante de l'entreprise est établie⁶⁶². Ainsi, par delà les parts de marché détenues par la société, ces barrières à l'entrée caractérisent la position dominante :

« le fait que l'accès au marché soit rendu plus difficile par les importants investissements qui s'imposaient, et qu'en conséquence, on ne devait pas compter avec l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, n'a également pas été sans influence, loin de là »⁶⁶³.

Indéniablement, l'accessibilité du marché aux concurrents entre en ligne de compte dans l'appréciation de la position dominante d'une entreprise sur celui-ci. Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, la Cour de justice énumère les autres indices valables d'une position dominante⁶⁶⁴, fidèlement à l'idée de concurrence potentielle développée par Joe BAIN⁶⁶⁵. Le facteur tiré de « *l'absence de concurrence potentielle, (...) parce qu'il est le résultat de l'existence de barrières à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché* »⁶⁶⁶, est développé par la Cour :

« s'il est exact qu'à raison de l'importance des investissements nécessaires, – et cela pour tous les groupes de vitamines concernés – la capacité des usines est déterminée en tenant compte de l'expansion prévue pour une longue période, de sorte que l'accès au marché est malaisé pour de nouveaux producteurs, il faut également tenir compte de la circonstance que l'existence d'importantes

⁶⁶⁰ CJCE, 14.2.1978, *United Brands Compagny et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 27-76, *Rec.*, p. 207, pt 122. Cet arrêt est surtout célèbre pour la définition au pt 65 de la notion de position dominante, qui est « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs ». Cette définition est de jurisprudence constante. V. par ex. l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 38, et plus récemment TPI, 17.12.2003, *British Airways plc c. Commission*, T-219/99, *Rec.*, p. II-5917, pt 189 ; v. aussi *Lignes directrices sur l'analyse du marché*, préc. note 643, pt 70.

⁶⁶¹ *Idem*, pt 123.

⁶⁶² *Idem*, pt 124. Celle-ci est qualifiée de « puissance économique » au pt 126.

⁶⁶³ Concl. av. gén. G. REISCHL, présentées pour l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 639, p. 564-565, après avoir souligné le rôle important de la part de marché de l'entreprise UBC.

⁶⁶⁴ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 48, 1^{er} al. : « le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et ses concurrents (...), l'avance technologique qu'une entreprise possède par rapport à ses concurrents, l'existence d'un réseau commercial extrêmement perfectionné et l'absence de concurrence potentielle ». Le premier indice permet « d'évaluer la capacité concurrentielle des concurrents », le second et le troisième « constituent des avantages techniques et commerciaux » ; le quatrième est analysé ici.

⁶⁶⁵ Selon l'analyse qu'a faite I. LIANOS de la théorie de J.S. BAIN, ouvrage préc. note 551, p. 307.

⁶⁶⁶ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 48, 1^{er} al.

capacités de production inemployées crée, entre les producteurs établis, une situation de concurrence potentielle »⁶⁶⁷.

Ainsi, la difficile accessibilité du marché aux concurrents est utilisée pour analyser la puissance de Roche sur les différents marchés⁶⁶⁸.

Toutefois, même si la position dominante d'une entreprise qui opère sur un marché sur lequel l'entrée est difficile est plus facilement reconnue, l'accessibilité du marché aux concurrents n'empêche pas la détermination d'une telle position. Lorsque l'ouverture suffisante ou l'expansion des marchés analysés est invoquée, la réaction de l'entreprise concernée à l'entrée de nouveaux concurrents revêt une grande importance⁶⁶⁹. L'argument selon lequel « *un concurrent potentiel efficace et bien soutenu financièrement pourrait pleinement réussir son intégration dans le marché* » peut alors être sévèrement relativisé⁶⁷⁰. Les faibles parts de marché de concurrents efficaces révèlent au contraire la fermeture du marché et corroborent l'existence d'une position dominante⁶⁷¹.

À l'origine, l'avance technique dont l'entreprise concernée dispose par rapport à ses concurrents constitue un facteur dans l'appréciation de la position dominante, mais pas une barrière à l'entrée⁶⁷². Dans l'arrêt *Tetra Pak*, la CJCE estime cependant que « *la détention d'une technique de remplissage aseptique constitue la clé d'accès tant au marché des*

⁶⁶⁷ *Idem*, pt 48, 2^e al.

⁶⁶⁸ *Idem*, pt 49. La position dominante de Roche est établie pour les marchés des vitamines A (pt 52), B2 (pt 56), B6 (pt 60), C (pt 62), E (pt 66). La part de marché de Roche pour celui de la vitamine B3 n'est pas suffisante pour établir la position dominante (pt 58, 3^e al.). Roche monopolise celui de la vitamine H (pt 67).

⁶⁶⁹ Concl. av. gén. G. REISCHL présentées pour l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, p. 580 : « [I]a possibilité de rendre impossible ou considérablement plus difficile l'accès au marché des autres concurrents ne revêt pas une importance décisive. Même si d'autres fabricants sont parfaitement en mesure d'opérer sur le marché, l'élément déterminant est, par contre, que la requérante ait pu défendre son excellente position sur un marché en forte expansion durant de nombreuses années et se soit opposée avec succès à la concurrence de nouveaux venus ». V. en parallèle le pt 78 de l'arrêt, reproduit note 676, qui se concentre sur la capacité de Roche de réagir à l'entrée de nouveaux concurrents par le biais de son organisation commerciale.

⁶⁷⁰ TPI, 28.2.2002, *Atlantic Container Line AB e.a. c. Commission*, T-395/94, *Rec.*, p. II-875, pt 360. Selon le Tribunal, l'argument n'est pas « crédible », en ce qu'il ne prend pas en compte « l'existence de barrières à l'entrée sur le marché ainsi que des avantages comparatifs que détiennent les opérateurs déjà en place (...). Cet argument revient (...) à soutenir que tout marché est toujours susceptible d'être pénétré par un concurrent disposant de ressources quasi illimitées et d'une efficacité supérieure à tous les autres opérateurs ».

⁶⁷¹ V. jugement *Van Den Bergh Foods*, préc. note 642, pt 155.

⁶⁷² Arrêt *United Brands*, préc. note 660, pts 82 à 84 ; arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 48 ; arrêt *Michelin I*, préc. note 602, pt 55. À ce sujet, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 301 et 302. V. aussi P. HOET, « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire », *RMC*, 1989, n° 325, p. 135, sp. 150, qui considère les performances d'une entreprise comme faisant partie des « éléments non-structurels » entrant en ligne de compte dans la détermination de la position dominante.

machines qu'à celui des cartons aseptiques »⁶⁷³. La possession d'une avance technologique, matérialisée dans un droit de propriété intellectuelle⁶⁷⁴, constitue donc une barrière à l'entrée⁶⁷⁵.

En sus, l'arrêt *Hoffmann-La Roche* mentionne que la mise en place d'une « *organisation commerciale et de marketing de premier ordre* » corrobore la domination de Roche sur le marché, cet élément étant analysé en termes d'accès au marché⁶⁷⁶. Il en va de même lorsque le réseau mis en place est vertical⁶⁷⁷. Les barrières à la sortie peuvent, en outre, être considérées comme des éléments qui dissuadent l'entrée sur un marché⁶⁷⁸.

La détermination de ces obstacles à l'entrée pour les concurrents reflète donc l'approche structuraliste : la structure du marché dépend notamment des technologies possédées et du savoir-faire développé par l'entreprise dominante, voire de la mise en place d'un réseau de vente.

Ce point de vue doit être nuancé à deux égards. D'une part, la théorie ordo-libérale influence le juge communautaire lorsque la position dominante d'une entreprise est établie si celle-ci est « *un partenaire obligatoire* »⁶⁷⁹ pour les autres entreprises sur le marché. La « *situation de*

⁶⁷³ CJCE, 14.11.1996, *Tetra Pak International SA c. Commission*, C-333/94 P, *Rec.*, p. I-5951, sp. pt 2, 3^e §. V. aussi TPI, 6.10.1994, *Tetra Pak International SA c. Commission*, T-83/91, *Rec.*, p. II-755, pt 7. Sans cette technique particulière, résultat d'une différence entre les entreprises du secteur en termes de recherche et de développement, l'accès à ces marchés est donc impossible. V. aussi Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 1, sur la prudence avec laquelle les économies d'échelle et le fonctionnement efficace d'une société dans l'appréciation de sa position dominante sont pris en considération.

⁶⁷⁴ Au regard du jugement *Tetra Pak*, M. VAN DER WOUDE et T. DUQUESNE art. préc. note 657, pt 73, estiment que « un tel droit permet à son titulaire de verrouiller l'accès à une certaine technologie, ce qui peut s'avérer un avantage considérable si les technologies alternatives sont peu nombreuses et/ou brevetées par d'autres ».

⁶⁷⁵ V. C. W. BADEN FULLER, art. préc. note 651, p. 428 et R. WHISH, ouvrage préc. note 640, sp. p. 184, à propos des « Legal Provisions » (en réf. not. aux droits de propriété intellectuelle), qui constituent des barrières à l'entrée.

⁶⁷⁶ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pts 48 et 78 2^e al : ce réseau permettait à Roche « non seulement de prospecter systématiquement les marchés, mais encore de détecter toute velléité de concurrents potentiels d'entrer dans le marché de l'un ou l'autre produit, et capable non seulement de réagir instantanément, mais également de prévenir ces tentatives par des initiatives appropriées ». Cela montre que Roche possède le moyen de contrôler l'accès au marché des concurrents, mais l'arrêt ne détaille pas quelles seraient ces « initiatives appropriées ». Plus récemment, in jugement *France Télécom*, préc. note 567, le réseau d'agences commerciales France Télécom est un élément qui corrobore la position dominante de Wanadoo sur le marché de l'Internet à haut débit pour les clients résidentiels, dans la mesure où ces agences assuraient la distribution des produits Wanadoo sur tout le territoire français (sp. pt 115).

⁶⁷⁷ Arrêt *United Brands*, préc. note 660, pts 70 et 71. En ce sens, v. not. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 302 et R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 185.

⁶⁷⁸ Jugement *Atlantic Container Line AB*, préc. note 670, pt 361.

⁶⁷⁹ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 41, al. 2, repris in TPI, 22.11.2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commission*, T-139/98, *Rec.*, p. II-3413, pt 51 ; dans un sens proche, v. aussi

dépendance économique » est en effet « *caractéristique d'une position dominante* »⁶⁸⁰. Cela montre à quel point la liberté d'action des entreprises sur le marché peut être déterminante à ce stade de l'analyse d'une pratique litigieuse. La dépendance économique d'opérateurs économiques envers un autre canalise en effet l'accès au marché⁶⁸¹. Le droit allemand de la concurrence montre d'ailleurs que la dépendance économique de différentes entreprises envers une autre caractérise une domination de cette dernière, sans que les parts de marché de l'entreprise en position de force ne soient nécessairement très élevées⁶⁸². Le pouvoir d'une entreprise d'organiser le marché, dans la mesure où l'exercice abusif de cette faculté peut porter atteinte à la liberté des opérateurs économiques d'accéder ou de prospérer sur le marché, attire donc l'attention des autorités de concurrence.

arrêt *United Brands*, préc. note 660, pt 93 : « le distributeur ne peut se passer de mettre [la banane de marque Chiquita] à la disposition du consommateur » et arrêt *Michelin I*, préc. note 602, pt 56 : « un revendeur établi aux Pays-Bas, ne saurait normalement se dispenser de vendre des pneus Michelin » ; v. également jugement *British Airways*, préc. note 660, pts 216 et 217 : British Airways est considérée comme partenaire commercial obligé des agents de voyage établis au Royaume-Uni. Sur le partenaire obligatoire, v. not. P. HOET, « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire », préc. cité note 672, p. 150, qui considère la dépendance économique comme un « élément non-structurel » permettant d'établir la position dominante d'une entreprise.

⁶⁸⁰ Arrêt *British Leyland*, préc. note 548, pt 9 : « la réglementation britannique confère ainsi à BL une sorte de monopole administratif sur le marché en cause et place les revendeurs professionnels, pour la délivrance des certificats de conformité, dans une situation de dépendance économique caractéristique d'une position dominante ». La suite de l'arrêt (v. pts 23 et 24) montre toutefois que l'application de ce volet de la théorie ordolibérale se combine avec la théorie intégrationniste.

⁶⁸¹ Les cas de dépendance économique sont fréquents dans le domaine de la grande distribution, domaine dans lequel des barrières à l'entrée sont également observées pour apprécier la position dominante d'un distributeur, qualifiée de puissance d'achat. Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 1085, « [l]es sources de ce pouvoir de marché sont diverses. Il peut s'agir des barrières à l'entrée qui rendent difficile l'accès au marché de nouveaux distributeurs. Ces barrières à l'entrée peuvent aussi bien provenir de la réglementation du secteur que des avantages dont profitent les entreprises installées sur le marché, tels que leur emplacement privilégié dans des endroits stratégiques, leur expérience du marché local et leur réputation ». L'auteur mentionne également « les économies d'échelle » (p. 1085) et « l'implantation locale des distributeurs » (p. 1086), de sorte que « le pouvoir de marché des distributeurs ne dépend pas uniquement de leur part de marché » (p. 1087). Par ailleurs, la 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*, 9.2.2009, JO C 45, 24.2.2009, p. 7 témoignent de la considération selon laquelle la puissance d'achat d'un client d'un fournisseur peut compenser la position dominante de ce fournisseur (v. pts 12 et 18).

⁶⁸² En ce sens, v. L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, préc. note 558, p. 125. « [l]'article 20 [ex-26], paragraphe 2, phrase 2, du [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen] dispose : « La première phrase [qui interdit aux entreprises occupant une position dominante d'empêcher d'une manière non équitable l'accès d'une autre entreprise à un marché accessible à des entreprises similaires ou de lui appliquer un régime discriminatoire injustifié], s'applique également aux entreprises et aux associations d'entreprises dont sont dépendants des fournisseurs ou des acheteurs d'un certain type de produits ou de services commerciaux dans la mesure où il n'existe pas suffisamment de possibilités raisonnables de s'adresser à d'autres entreprises ». Sous l'influence du droit allemand, le Code français de commerce interdit également « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou un fournisseur » (art. L-420-2, §2).

D'autre part, la prise en considération du réseau vertical mis en place par une entreprise peut remplir l'objectif de l'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur⁶⁸³. Certes, la référence à l'intégration verticale d'UBC marque une influence de la théorie structuraliste dans l'arrêt *United Brands*⁶⁸⁴. Néanmoins, une barrière à l'entrée peut exister pour un concurrent implanté dans un autre État membre lorsque le réseau mis en place par une entreprise bloque l'accès à l'ensemble du marché national.

La notion de barrière à l'entrée intègre donc les différentes évolutions théoriques du droit de la concurrence. Quelle que soit l'approche choisie, la suprématie des considérations relatives à l'accessibilité du marché rend le concept de barrière à l'entrée pertinent pour l'ensemble du droit de la concurrence. Il semble essentiel que ces barrières soient examinées d'une manière neutre⁶⁸⁵, en particulier lorsque l'accent est mis sur la détermination du pouvoir de marché d'une entreprise. À cet égard, la Commission a récemment précisé que le pouvoir de marché d'une entreprise est sa capacité à « *augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période[, sans subir] de pressions concurrentielles effectives suffisantes* »⁶⁸⁶, cette capacité déterminant sa position dominante. Or, au-delà des indications fournies par les parts de marché, la position dominante sera déduite d'une analyse de la structure du marché et en particulier des « *contraintes constituées par la menace*

⁶⁸³ En ce sens, v. déc. Commission 88/158/CEE, 18.7.1988, *Napier Brown-British Sugar*, JO L 284 du 19.10.1988, p. 41, pts 56 (« BS possède un système de production intégré bien développé et assure la totalité des stades de la production, de la fourniture de semences aux agriculteurs à la vente du produit fini. Un système aussi bien établi, aussi avancé et aussi intégré des opérations constitue un obstacle considérable pour un nouveau producteur n'opérant qu'à un seul stade de production ») et 57 (« Par conséquent, il existe des barrières considérables qui défendent l'accès du marché du sucre de betterave, au point qu'aucun nouveau producteur de sucre de betterave ne s'est installé au Royaume-Uni depuis 1936, et cela malgré le fait que BS a toujours été rentable »).

⁶⁸⁴ Arrêt *United Brands*, préc. note 660, pts 70 et 71, dans un paragraphe consacré à « la structure d'UBC ».

⁶⁸⁵ V. not. Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JO C 291, 13.10.2000, p. 1, sp. pts 121, 122 et 126 à 129 (les restrictions verticales concernant à la fois les pratiques qui relèvent de l'article 81 et de l'article 82). V. aussi Commission, *Livre vert – La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM (96) 721 final, p. 20 : « [p]lus la concurrence entre marques est vive, plus la probabilité est forte que les effets favorables sur la concurrence et sur l'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels de ces restrictions. L'inverse se vérifie lorsque la concurrence entre marques est faible et que les barrières à l'entrée sont importantes ».

⁶⁸⁶ Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction*, préc. note 681, sp. pt 11. Sur cette communication, v. en particulier A.-S. CHONÉ, « Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3.2009, étude n° 3, p. 4, sp. 5 et A.-L. SIBONY, « Le guide de mise en œuvre de l'article 82 : l'analyse économique intégrée à la qualification d'abus de position dominante », *Concurrences*, 1/2009, p. 118.

crédible d'une future expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels (expansion et entrée) »⁶⁸⁷.

Il convient de noter, en outre, que ces barrières à l'entrée sont également considérées avec attention lorsqu'un comportement relève de l'article 81 §1 TCE, l'application de celui-ci lorsqu'il s'agit également d'identifier le pouvoir de marché de l'entreprise ou des entreprises mise(s) en cause.

L'appréciation de la position dominante d'une entreprise sur un marché montre ainsi l'hétérogénéité de l'emploi du critère de l'accès au marché en droit de la concurrence. De son côté, l'interdiction des ententes horizontales semble plus monolithique, chaque accord conclu entre entreprises situées au même stade du processus économique pouvant être interprété comme une limitation de la liberté d'accéder au marché⁶⁸⁸. Ce double constat doit être complété par l'étude de l'impact de l'objectif de l'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur sur le droit de la communautaire de la concurrence. En effet, l'utilisation du critère de l'accès au marché révèle aussi la prépondérance de cet objectif en la matière.

II. La qualification formelle de la restriction à l'accès au marché, témoin de l'influence de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur

L'utilisation formelle du critère de l'accès est à la croisée de l'incidence des théories ordo-libérale et structuraliste en droit communautaire de la concurrence. Or, à plusieurs égards, l'objectif d'intégration des marchés nationaux ressort de la mise en œuvre de ce dernier, ce qui le rapproche du droit de la libre circulation⁶⁸⁹. Il s'agit ici de montrer comment la mise en

⁶⁸⁷ *Idem*, pt 12, idée développée aux pts 16 et 17. La puissance d'achat d'un client peut compenser la position dominante d'une entreprise fournisseur (v. pts 12 et 18).

⁶⁸⁸ V. cependant les remarques formulées *infra* sous II, B, 2, sur les ententes en matière de prix discriminatoires, qui reflètent davantage la théorie de l'intégration des marchés. Il convient aussi de reconnaître que l'objectif d'accomplissement du marché intérieur ressort également de l'appréciation d'autres accords horizontaux (v. not. arrêt *Matières colorantes*, préc. note 584, pt 115, également en matière de prix). De même, les accords de répartition des marchés entre concurrents horizontaux constituent un frein au développement du marché intérieur. V. not. arrêt *ACF*, préc. note 583, pt 9 : « [u]n gentlemen's agreement constitue un acte susceptible d'encourir l'interdiction de l'article [81], §1, lorsqu'il prévoit des clauses restreignant la concurrence dans le marché commun au sens de cet article et que ces clauses constituent l'expression fidèle de la volonté commune des parties » ; v. également arrêt *Dalmine*, préc. note 592, not. pts 77 à 85. Néanmoins, ces accords peuvent être analysés principalement en ce qu'ils limitent d'une manière contraire au Traité la liberté des parties d'accéder à certains marchés.

⁶⁸⁹ Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 685, pt 7 : « L'intégration des marchés constitue un objectif supplémentaire de la politique communautaire de concurrence. En effet, l'intégration des marchés renforce la concurrence dans la Communauté. Il ne faut pas laisser les entreprises recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés ». La formulation fait écho à celle de l'arrêt *Consten et Grundig*, v. *infra* note 691.

œuvre du critère de l'accès au marché répond à l'accomplissement de cet objectif, même après l'achèvement politique du marché intérieur le 1^{er} janvier 1993. Il s'agit également d'expliquer de quelle manière cette approche du droit de la concurrence est formaliste et si elle appelle ou non des évolutions.

Certes, la condition de l'affectation du commerce entre États membres est remplie lorsque l'accès d'un opérateur implanté dans un État membre au marché d'un autre État est rendu plus difficile en raison d'une pratique litigieuse adoptée par une ou plusieurs entreprises sur le marché de cet État⁶⁹⁰. Il s'agit ici, cependant, de s'intéresser à l'incidence de considérations liées à l'objectif de réalisation du marché intérieur sur la qualification des restrictions à la concurrence au sens du droit communautaire. Or, la démonstration d'un cloisonnement illégal du marché est décisive la matière⁶⁹¹. Même si la recherche d'un cloisonnement du marché témoigne dans une certaine mesure de l'influence de la théorie ordo-libérale en droit communautaire de la concurrence⁶⁹², la démonstration d'une atteinte illégale à l'accessibilité du marché se distingue de la simple limitation ou promotion de l'exercice d'une liberté économique⁶⁹³.

Le lien entre l'accomplissement de l'intégration des marchés et le droit de la concurrence est tangible. En effet, « *l'intégration du marché crée plus de concurrence sur le marché et la prévention de la segmentation du marché conduit à davantage de concurrence* »⁶⁹⁴. Cependant, la mise en œuvre de l'objectif d'intégration du marché conduit à faire en sorte que

⁶⁹⁰ V. par ex. l'arrêt CJCE, 27.1.1987, *Verband der Sachversicherer e.V. c. Commission*, 45-85, Rec., p. 405, qui montre que la qualification d'un comportement qui a un objet restrictif s'explique en termes d'accès au marché. L'infraction à l'article 81 §1 a) est constituée : une association professionnelle a, par la voie de recommandation, cherché à atteindre un relèvement collectif à taux fixe du prix des prestations offertes par ses membres (v. pts 41 à 45). Au moment d'analyser l'incidence du comportement sur le commerce entre États membres, la CJCE estime que : « le relèvement linéaire des primes non justifié par la situation individuelle des entreprises concernées est de nature à avoir une répercussion sur la situation d'assureurs étrangers qui seraient capables d'offrir, même par le biais de leurs succursales, un service plus compétitif. La recommandation tend ainsi à rendre plus difficile l'accès au marché allemand » (pt 50).

⁶⁹¹ Arrêt *Consten et Grundig*, préc. note 600, sp. 494 et *Italie c. Conseil et Commission*, préc. note 600, sp 593 : « un accord entre producteur et distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres pourrait être de nature à contrarier les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté ». Cette idée a été relayée en particulier par G. MARENCO in « La notion de restriction à la concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », préc. note 613, p. 1224 : « les règles de concurrence visent à empêcher qu'au cloisonnement du marché par l'œuvre des gouvernements se substitue la répartition des marchés par les producteurs ».

⁶⁹² G. MARENCO explicite « le critère de la restriction de la liberté entrepreneuriale des parties », p. 1230. Cette approche est critiquée notamment in I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 44 à 48.

⁶⁹³ La distinction entre l'objectif de liberté économique et celui de l'intégration du marché est établie en particulier par G. MONTI in art. préc. note 550, sp. p. 1059 à 1063, à propos de l'article 81.

⁶⁹⁴ *Idem*, p. 1062, notre traduction.

« la libre circulation [ait] la priorité sur la concurrence »⁶⁹⁵, sans que l'efficacité économique du comportement en cause ne soit considérée. Cette approche envisage en effet l'accès au marché d'une manière formaliste, dans la mesure où un cloisonnement contractuel du marché, illégal au regard de l'article 81 §1 ou de l'article 82 TCE, peut être établi indépendamment de la démonstration précise des méfaits de la pratique en cause sur les concurrents ou sur les consommateurs. Nous pouvons alors nous demander dans quelle mesure la démonstration d'une atteinte illégale à l'accessibilité du marché, qui répond à l'objectif de fusion des marchés nationaux en un marché intérieur, peut constituer une approche formelle du droit de la concurrence en tant que l'impact des pratiques litigieuses sur la concurrence n'est pas examiné avec précision.

Deux volets du droit communautaire de la concurrence remplissent spécifiquement l'objectif d'intégration des marchés. Il s'agit d'abord de la qualification d'un accord vertical au regard de l'article 81, qui dépend d'une atteinte illégale à l'accessibilité du marché⁶⁹⁶. L'accord vertical est confronté à l'objectif intégrationniste en tant que cet accord peut cloisonner le marché d'une manière illégale (A). En parallèle à l'importance du principe de non-discrimination en droit de la libre circulation, l'impossibilité pour une entreprise de pratiquer des prix discriminatoires ou excessifs dépend aussi de la démonstration d'une atteinte illégale à l'accessibilité du marché (B).

A. L'accord vertical, cloisonnement du marché confronté à l'objectif intégrationniste

L'article 81 TCE englobe dans son champ d'application les accords verticaux car ils sont susceptibles de limiter la concurrence entre les entreprises signataires ou entre l'une d'elles et les tiers⁶⁹⁷. Toutefois, à la différence de la qualification de certains accords horizontaux de restriction à la concurrence, les accords verticaux ne sont pas qualifiés d'entente seulement en

⁶⁹⁵ *Idem*, p. 1063, notre traduction.

⁶⁹⁶ L'objectif d'accomplissement du marché intérieur ressort toutefois de l'appréhension de certains accords horizontaux. V. not. le jugement *Club Lombard*, préc. note 591. V. aussi *infra* sous B, 2. Et les remarques formulées *supra* note 688.

⁶⁹⁷ Arrêts *Consten*, préc. note 600, p. 493 et *Italie c. Conseil et Commission*, 32-65, préc. note 600, p. 592. Dans l'arrêt *Consten*, la Cour de justice précise à cet égard que l'accord litigieux avait pour conséquence qu'aucun tiers ne pouvait importer des produits Grundig en provenance d'autres États membres de la Communauté pour les revendre en France, sans courir de risques sérieux (v. *Rec.* 1966, p. 494). La Cour de justice énonce dans l'arrêt *Consten, idem*, qu'« il doit en être d'autant plus ainsi que, par un tel accord, les parties pourraient chercher, en empêchant ou en limitant la concurrence des tiers sur les produits, à instituer ou garantir à leur profit un avantage injustifié au détriment du consommateur ou de l'utilisateur, contraire aux objectifs généraux de l'article [81] ». Ceci est rappelé par exemple dans le jugement *Tiercé Ladbroke*, préc. note 603, pt 156.

ce qu'ils canalisent l'accès au marché des parties⁶⁹⁸. En effet, à propos des accords verticaux⁶⁹⁹, la Cour de justice estime que « *l'altération de la concurrence peut être mise en doute si ledit accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas* »⁷⁰⁰. Les accords verticaux bénéficient ainsi d'une présomption favorable, même s'ils demeurent interdits lorsqu'ils donnent lieu à une protection territoriale absolue⁷⁰¹. La principale question qui se pose à l'égard d'un accord vertical simple⁷⁰² réside donc dans la question de savoir si l'accessibilité du marché est restreinte de manière contraire à l'article 81 §1 TCE pour les signataires de l'accord.

Cette question est à relier à l'interdiction des cloisonnements nationaux aux échanges, qui prévaut en matière de libre circulation. L'appréciation de la légalité d'un cloisonnement du marché issu d'un réseau de distribution poursuit en effet l'objectif de stimuler les échanges transfrontaliers de produits de la même marque, c'est-à-dire l'intégration du marché à travers la promotion de la concurrence intra-marque⁷⁰³. Or, la poursuite de l'objectif d'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur peut être formaliste si l'exercice de la concurrence n'est pas considéré avec attention. Il convient ainsi d'apprécier sous cet angle la qualification d'un accord vertical au regard de l'article 81 §1 TCE.

Les accords verticaux englobent deux formes d'organisation de la commercialisation des produits ou des services, à savoir la distribution sélective⁷⁰⁴ et exclusive⁷⁰⁵. Ces deux formes

⁶⁹⁸ V. *supra* I, A.

⁶⁹⁹ V. toutefois le jugement *O2*, préc. note 599, à propos d'un accord horizontal.

⁷⁰⁰ Arrêt *Société Technique minière*, préc. note 600, p. 360.

⁷⁰¹ Selon la Commission, « en raison de l'objectif de l'intégration des marchés, tout système de distribution donnant lieu à une protection territoriale absolue est normalement jugé comme contraire à un des objectifs fondamentaux du traité et, de ce fait, comme incompatible avec les règles de concurrence communautaires », *in Livre vert – La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM (96) 721 final, p. 40, cité *in* I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 633.

⁷⁰² L'application de la théorie de l'effet cumulatif dans l'hypothèse d'accords verticaux multiples mais similaires, témoigne en effet de la préservation dynamique de l'accessibilité du marché. V. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, A.

⁷⁰³ V. not. G. MONTI, art. préc. note 550, sp. p. 1062-1064.

⁷⁰⁴ La distribution sélective consiste en la sélection de son cocontractant sur la qualité. Du côté de la production, la distribution sélective comporte l'avantage de faciliter l'écoulement des produits. Des concurrents peuvent alors être incités à accéder au marché de la production, à la condition de tisser également un tel réseau – le coût de la mise en place d'un réseau de distribution sélective peut représenter un obstacle à l'entrée sur le marché. Du point de vue des distributeurs concurrents, les débouchés sur le marché sont limités parce qu'ils ne peuvent se procurer les produits en question. En ce sens, v. S. CAPRICE et J. PHILIPPE, « Les relations verticales », *in* PERROT A. (dir.), *Réglementation et concurrence*, Laboratoire d'économie industrielle, Economica, Paris, 1997, p. 147, sp. 152.

⁷⁰⁵ La distribution exclusive consiste à désigner un concessionnaire exclusif se chargeant de la promotion de la vente, du service à la clientèle et du stockage. En ce sens, v. S. CAPRICE et J. PHILIPPE, « Les relations verticales », cités note précédente, *idem*. Cette forme de distribution présente aussi des avantages pour le

de distribution reflètent la liberté d'action des entreprises sur le marché, en ce compris le choix du cocontractant. Il convient alors d'étayer la façon dont la qualification d'un accord vertical au regard de l'article 81 §1 TCE répond à l'objectif consistant à encadrer la limitation de l'accès au marché à laquelle procède ce type d'accord, en distinguant les accords de distribution sélective (1) et exclusive (2).

1. La sélection des distributeurs, limitation encadrée de l'accessibilité du marché

Les accords de distribution sélective constituent une forme de cloisonnement du marché qui facilite l'accès au marché de leurs signataires. Le préjugé favorable dont jouissent ces accords peut cependant être remis en question, et ce à plusieurs égards.

Un système de distribution sélective est en principe conforme à l'article 81 TCE si le choix des revendeurs « *s'opère en fonction de critères qualitatifs (...), fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire* »⁷⁰⁶. Si ces conditions sont remplies⁷⁰⁷, le réseau peut être fermé ; si d'autres critères sont posés, ils devront être exemptés en vertu de l'article 81 §3⁷⁰⁸. Une sélection fondée sur des critères quantitatifs peut en effet empêcher illégitimement l'accès au marché à des revendeurs mêmes agréés⁷⁰⁹. La haute qualité des produits est prise en compte dans l'appréciation des critères⁷¹⁰.

Le principe de la sélection des revendeurs repose sur la limitation de l'accès de ces derniers aux marchés en cause. Les revendeurs sélectionnés, en effet, ne pourront fournir des

producteur, puisqu'elle lui permet de s'implanter sur le marché. Cf. règlement n° 1983/83/CEE de la Commission du 22.6.1983 concernant l'application de l'article 85 §3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, JO L 173 du 30.6.1983, considérant 6 : un accord de distribution exclusive « constitue pour le fabricant le moyen souvent le plus efficace, et parfois même le seul moyen, de pénétrer dans un marché et d'y affronter la concurrence des autres fabricants ». De la même façon que pour la distribution sélective, les distributeurs concurrents sont désavantagés. Ils ne peuvent vendre, en effet, les produits qui font l'objet d'une exclusivité. V. aussi les pts 11 et 12 de l'arrêt *Delimitis*, cité note 742, qui détaillent les avantages en termes de débouchés pour le fournisseur de la signature d'un contrat comportant une obligation d'achat exclusif et les avantages en termes d'accès au marché que présente pour le revendeur la signature d'un tel contrat.

⁷⁰⁶ CJCE, 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte & Co. KG c. Commission*, 26-76, *Rec.*, p. 1875, pt 20.

⁷⁰⁷ Les critères de sélection quantitatifs sont donc interdits, d'après l'arrêt *Lancôme*, préc. note 595, pt 21.

⁷⁰⁸ En ce sens, v. R. KOVAR, « Le dernier Metro – L'étanchéité des réseaux de distribution : un réseau peut être ouvert ou fermé », *La Semaine juridique, Éd. Entreprise*, 1994, suppl. n° 4, p. 2, sp. 3.

⁷⁰⁹ Arrêt *Hasselblad*, préc. note 589, pt 51.

⁷¹⁰ Déc. Commission 92/428/CEE, 24.7.1992, *Parfums Givenchy*, IV/33.542, JO L 236 du 19.8.1982, p. 11-22, pt II.A.4) et 5). De plus, la nature des produits en cause doit justifier la mise en place d'un tel réseau : v. CJCE, 11.12.1980, *NV L'Oréal et SA L'Oréal c. PVBA « De Nieuwe AMCK »*, 31-80, *Rec.*, p. 3775, pt 16. V. aussi déc. Commission 85-616/CEE, 16.12.1985, *Villeroy & Boch (SARL)*, IV/30.665, JO L 376 du 31.12.1985 et déc.

revendeurs hors réseau⁷¹¹. Cet élément caractérise « l'étanchéité » du réseau de distribution sélective⁷¹². Les importations parallèles, qui constituent un moyen controversé d'accéder au marché, sont cependant permises dans le droit fil de l'accomplissement du marché intérieur⁷¹³. Les distributeurs agréés doivent ainsi détenir la possibilité de développer leurs ventes vers d'autres distributeurs agréés situés dans d'autres États membres, afin de pouvoir accéder à d'autres marchés que celui pour lequel ils ont été agréés⁷¹⁴.

Ces règles sont transposables en matière de réseaux de contrats de franchises, qui constituent la forme la plus répandue de distribution sélective⁷¹⁵. Or, les clauses d'un contrat de franchise sont également analysées en fonction du critère de l'étanchéité du réseau mis en place⁷¹⁶. Un accord de franchise induit, ainsi, une forme d'exclusivité : le franchisé ne peut s'approvisionner principalement qu'auprès du franchiseur ou auprès d'autres franchisés⁷¹⁷. Toutefois, il est licite d'interdire aux franchisés de rétrocéder les produits du franchiseur à des revendeurs n'appartenant pas au réseau ; il s'agit d'une restriction inhérente aux obligations des franchisés⁷¹⁸. En matière de franchise, on préserve donc à la fois le réseau en autorisant

Commission 92-33/CEE, 16.12.1991, *Yves Saint-Laurent Parfums*, IV/33.242, JO L 12 du 18.1.1992, commentées in L. VOGEL, ouvrage préc. note 598, p. 780-783.

⁷¹¹ Arrêt *Metro*, préc. note 706, pt 27.

⁷¹² CJCE, 13.1.1994, *Metro SB-Großmärkte & Co. KG c. Cartier (SA)*, C-376/92, *Rec.*, p. I-15, pt 20. Selon L. VOGEL, ouvrage préc. note 598, p. 790, ce concept, « développé en Allemagne dans le cadre du droit de la concurrence déloyale, implique que le fabricant ne vende que par l'intermédiaire de distributeurs agréés et prouve, pour bénéficiaire de l'action contractuelle ou de l'action en concurrence déloyale, qu'il fait respecter son système en agissant contre les revendeurs parallèles et leurs fournisseurs ».

⁷¹³ Selon R. KOVAR, comm. sous arrêt *Metro*, préc. note 708, p. 3 : « alors même que la fermeture du réseau est licite en elle-même, les exigences de l'unité du marché intérieur impliquant la perméabilité des réseaux de distribution nationaux d'une marque doivent être respectées. Chaque revendeur agréé établi dans un État de la Communauté doit pouvoir approvisionner tout revendeur agréé établi dans un autre État membre. Toute restriction à cette possibilité est condamnée ».

⁷¹⁴ Ceci est rappelé dans l'arrêt *Hasselblad*, préc. note 589, pt 46, qui comporte une formulation révélant une approche formaliste du droit de la concurrence : « une interdiction de vente entre revendeurs agréés constitue une limitation de leur liberté économique, et par conséquent une restriction de la concurrence ».

⁷¹⁵ CJCE, 28.1.1986, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, 161-84, *Rec.*, p. 353, pt 15 : « une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accordée, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir sur d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès ». La Cour distingue entre les contrats de franchise de production, selon lesquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, les produits qu'il vend sous la marque de celui-ci, des contrats de franchise de distribution, analysés en priorité ici.

⁷¹⁶ *Idem*, pt 21 : « [u]ne clause prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui doit (...) être considérée comme nécessaire à la protection du réseau. Elle ne peut toutefois aboutir à empêcher le franchisé de se procurer ces produits auprès d'autres franchisés ».

⁷¹⁷ Cela n'exclut pas la possibilité que des produits accessoires à ceux proposés par le franchiseur soient mis en vente dans les magasins, le franchisé étant généralement tenu de vendre en majorité des produits du franchiseur.

⁷¹⁸ Déc. Commission IV/31.428 à 31.432, *Yves Rocher*, 17.12.1986, JO L 8, 10.1.1987, p 49-59, pt 46.

notamment que le franchisé ne vende que des produits du franchiseur⁷¹⁹, mais aussi l'ouverture du marché intérieur en permettant au franchisé de se fournir auprès d'un autre franchisé qui pourrait être établi dans un autre État membre.

Par ailleurs, les obligations qui pèsent parfois sur les franchisés peuvent être assimilées à des clauses de non-concurrence⁷²⁰. Toutefois, le franchiseur a la possibilité d'imposer au franchisé une interdiction d'ouvrir dans le territoire d'un autre franchisé un magasin ayant un objet identique ou similaire⁷²¹. Cette obligation constitue également une forme admise de segmentation du marché, qui consiste en fait en une restriction privée apportée à la liberté d'établissement.

La jurisprudence plus récente en matière de distribution sélective confirme cette approche. Dans le jugement *JCB Service*, l'infraction consiste, notamment, à restreindre les ventes passives aux concessionnaires établis au Royaume-Uni, en Irlande et en Italie⁷²². Même si les accords notifiés autorisent en principe les ventes à des revendeurs agréés, ils interdisent en pratique les ventes à utilisateurs finals établis en dehors de « leur territoire »⁷²³. La protection inhérente du réseau de distribution par le fabricant est appréciée strictement. En effet, les

⁷¹⁹ La possibilité qu'un franchiseur communique des prix indicatifs à ses franchisés est un autre moyen de protéger le réseau, « à la condition qu'il n'y ait pas entre le franchiseur et les franchisés ou entre les franchisés, une pratique concertée en vue de l'application effective de ce prix » (arrêt *Pronuptia*, préc. note 715, pt 25). Sur cette question, v. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 144-145. Une limitation de la concurrence sur les prix est ainsi inhérente à tout système de distribution sélective (arrêt *AEG-Telefunken*, préc. note 582, pt 42). Cela est rappelé par ex. in jugement *JCB Service*, cité note 722, pt 131, dans lequel le Tribunal accepte (pts 121 à 133) l'argumentation de la requérante remettant en cause l'infraction constatée par la Commission à l'article 81, §1, a), en référence à l'arrêt *Pronuptia*. A contrario, des systèmes de prix indicatifs horizontaux peuvent être jugés contraires à l'article 81, v. not. arrêts *Vereeniging van Cementhandelaren*, préc. note 619, pt 19 et *Pâte de bois*, préc. note 616, pts 124 et 131.

⁷²⁰ Arrêt *Pronuptia*, préc. note 715, pt 24 : à propos de l'engagement d'un franchiseur de ne pas s'établir dans le territoire du franchisé et de faire en sorte qu'aucun autre franchisé ne s'établisse à cet endroit, la Cour reconnaît qu'« un candidat franchisé ne prendrait pas le risque de s'intégrer à la chaîne (...) s'il ne pouvait, grâce à une (...) protection contre la concurrence du franchiseur et d'autres franchisés, espérer que son commerce puisse être rentable ». Les clauses de non-concurrence relèvent cependant, selon cet arrêt, de l'application de l'article 81 §3 (pt 24). Cette question est examinée plus avant sous Partie 2, Titre 2, Section 1, II, A.

⁷²¹ En ce sens, v. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 716, en réf. à l'arrêt *Pronuptia*, pt 16.

⁷²² TPI, 13.1.2004, *JCB Service c. Commission*, T-67/01, *Rec.*, p. II-49, pt 132, selon lequel le fabricant avait mis en place un système de distribution hybride. En ce sens, v. L. IDOT, note sous CJCE, 21.9.2006, *JCB Service c. Commission*, C-167/04 P, *Rec.*, p. I-8935, *Europe*, 11.2006, comm. 332, p. 32 (le pourvoi formé à l'encontre de ce jugement a été rejeté pour l'essentiel). On ne s'intéresse ici qu'au système de distribution «à dominante» sélective mis en place au Royaume-Uni, en Irlande et en Italie. Les aspects relatifs au système de distribution «à dominante» exclusive, qui concernent la France et en partie l'Italie, sont analysés *infra*.

⁷²³ Jugement *JCB Service*, préc. note 722, pts 86 à 89, sp. 89. V. aussi l'interdiction en Italie de vendre en dehors du territoire concédé, infraction à l'article 81 §1 qui est confirmée par le Tribunal au pt 104. V. également les pts 90 à 94, qui confirment l'infraction à propos de la distribution sélective en Irlande.

revendeurs agréés doivent pouvoir accéder à d'autres marchés géographiques que la zone pour laquelle ils ont été agréés, en ce compris distributeurs agréés et utilisateurs finals.

On retrouve une logique similaire à propos de la mise en cause d'une stratégie du fournisseur néerlandais de véhicules Opel. Il s'agit d'entraver de manière systématique les exportations de véhicules neufs des Pays-Bas vers d'autres États membres, que ce soit à des utilisateurs finals ou à des concessionnaires appartenant au réseau⁷²⁴. Même si la restriction aux exportations est seulement indirecte⁷²⁵, la Cour de justice rappelle « *qu'un accord a un objet restrictif au sens de l'article 81 CE s'il manifeste clairement la volonté de traiter les ventes à l'exportation de manière moins favorable que les ventes nationales et conduit ainsi à un cloisonnement du marché en cause* »⁷²⁶. La logique est très proche de la comparaison à laquelle procède le juge communautaire en matière de libre circulation, lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure nationale entrave davantage les produits destinés à l'exportation que les produits nationaux.

Toujours est-il que, du point de vue du franchisé ou du distributeur agréé, un système de distribution sélective comporte en termes d'accès au marché tant des avantages que des limitations⁷²⁷. De même, le réseau du franchiseur ou du fabricant est à la fois protégé et soumis à une concurrence interne. À l'image des décisions relatives à l'unité économique formée par les sociétés mère et leurs filiales, l'intérêt des tiers au réseau, concurrents des distributeurs agréés, est pris en compte seulement de manière implicite⁷²⁸. Les concurrents ne sont protégés que dans la limite où ils appartiennent au réseau⁷²⁹. La licéité d'un système de

⁷²⁴ Le règlement n° 1475/95/CE de la Commission, en date du 28.6.1995, JO L 145, p. 25, relatif à l'application de l'article 81, §3 du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, en son art. 10, §10, a), n'autorise pas le constructeur et/ou son importateur à interdire aux concessionnaires de livrer des produits contractuels et des produits correspondants aux consommateurs finals, à leurs intermédiaires mandatés ou à d'autres concessionnaires appartenant au réseau de distribution du constructeur et/ou importateur. V. arrêt *General Motors BV*, C-551/03 P, préc. note 595, pts 4 et 5.

⁷²⁵ Aucune clause interdisant d'exporter ne figurait dans les contrats de distribution, mais Opel Nederland avait notamment supprimé les concessionnaires exportateurs des listes établies pour les campagnes promotionnelles.

⁷²⁶ Arrêt *General Motors BV*, préc. note 595, pt 67.

⁷²⁷ Les distributeurs sélectionnés ont la possibilité de vendre les produits du fournisseur ou du franchiseur à d'autres distributeurs ou de s'en procurer auprès d'eux, peut-être à un meilleur prix. Ils ne peuvent pas, cependant, vendre d'autres produits à titre principal, vendre les produits du fournisseur ou du franchiseur à des opérateurs hors réseau ou s'en procurer auprès d'eux.

⁷²⁸ CJCE, 28.2.1984, *Ford of Europe Incorporated et Ford-Werke AG c. Commission*, 228 et 229-82, *Rec.*, p. 1129, pt 16. TPI, 12.1.1995, *Viho Europe BV c. Commission*, T-102/92, *Rec.*, p. II-17 ; CJCE, 24.10.1996, *Viho Europe BV c. Commission*, C-73/95 P, *Rec.*, p. I-5457. En ce sens, v. M. WELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, en réf. p. 158 et 159 aux pts 17 de l'arrêt *Viho Europe* et 52 et 54 du jugement *Viho Europe*.

⁷²⁹ V. par ex. jugement *JCB Service*, préc. note 722, pt 89 : « L'élément de l'infraction relatif aux ventes passives des distributeurs agréés à des distributeurs agréés et à des utilisateurs finals établis hors de leur territoire est par

distribution qui interdit les ventes à un distributeur hors réseau et l'illicéité de l'interdiction des exportations permet alors de trouver le juste milieu entre la protection du réseau et le maintien d'exportations ou d'importations parallèles au sein du réseau⁷³⁰.

Il ressort de ces éléments que la liberté d'accès au marché des entreprises qui participent à un réseau de distribution sélective est maintenue dans une certaine mesure. Néanmoins, l'objectif principal de la Cour de justice et du Tribunal est de préserver l'accessibilité du marché, fidèlement à l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur. Ainsi, l'approche est formaliste en tant que l'exercice de la concurrence sur le marché n'est pas considéré avec acuité.

L'appréciation des cas dans lesquels un opérateur économique amont confie la commercialisation de ses produits à un distributeur ou à un opérateur situé en aval du processus économique sous la forme d'achats exclusifs, obéit à un schéma parallèle.

2. La distribution exclusive, limitation encadrée de l'accessibilité du marché

La qualification en vertu de l'article 81 §1 TCE d'un contrat conclu entre un distributeur et un fournisseur, qui a pour objet de créer une relation d'exclusivité entre l'un et l'autre, témoigne également de l'accomplissement de l'objectif consistant à limiter l'encadrement de l'accès au marché auquel procède ce type d'accord.

L'altération de la concurrence « *peut être mise en doute* » lorsqu'un accord comportant une clause d'exclusivité est nécessaire à l'accès d'une entreprise à un marché sur lequel elle n'est pas représentée⁷³¹. Toutefois, cette présomption favorable est renversée dans l'objectif de favoriser l'intégration des marchés nationaux⁷³². Ainsi, la protection territoriale est bénéfique

conséquent établi ». Le Tribunal maintient sa jurisprudence traditionnelle consistant à tolérer l'interdiction de revendre à des distributeurs non agréés, c'est-à-dire tiers au réseau. La possibilité de vendre à des utilisateurs finals établis hors de leur territoire (v. note précédente) stimule la concurrence intra-marque. Cela stimule implicitement la concurrence inter-marque, dans la mesure où un utilisateur final a le choix entre les appareils de la marque en cause et ceux d'autres marques.

⁷³⁰ Les importations parallèles sont donc traditionnellement protégées en droit communautaire de la concurrence en ce qu'elles participent de l'interpénétration économique voulue par le Traité. Toutefois, le jugement TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969 (analysé *infra* sous Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, A, 2) relativise ce principe.

⁷³¹ Arrêt *Société Technique minière*, préc. note 600, p. 360, à propos d'un contrat « assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente » ».

⁷³² Arrêt *Consten*, préc. note 600, sp. 497, à propos de la relation d'exclusivité liant notamment Grundig à Consten, par laquelle « Grundig s'est engagée à ne pas livrer à des tiers, même indirectement, des produits destinés à la zone visée par le contrat (...). [L]a portée restrictive de cet engagement apparaît clairement si on a considéré à la lumière de l'interdiction d'exporter qui a été établie à l'égard non seulement de Consten, mais

pour les opérateurs économiques qui y participent, mais contraire à l'intégration des marchés en ce qu'elle empêche les importations parallèles⁷³³. À l'image des accords de distribution sélective, il s'agit également de rechercher l'équilibre entre l'interdiction de la protection territoriale absolue, qui gêne l'accès au marché des opérateurs tiers au réseau, et la nécessité de tisser des relations d'exclusivité afin de faciliter l'accès des signataires au marché.

Les décisions relatives à l'affaire *JCB Service* rappellent aussi l'impossibilité de restreindre les ventes passives, à propos du système de distribution mis en place en France. C'est en particulier le cas pour la clause d'exclusivité réciproque interdisant notamment au concessionnaire de vendre, de diffuser ou de promouvoir directement ou indirectement les produits et pièces du fabricant en dehors du territoire concédé, ce qui revient à interdire à la fois les ventes actives et passives⁷³⁴. Le « cloisonnement » contractuel du marché est sanctionné⁷³⁵. En effet, les distributeurs ne peuvent commercialiser les produits que sur une zone restreinte sans pouvoir répondre à la demande provenant d'une autre zone.

Que le réseau de distribution soit exclusif ou sélectif, une clause d'interdiction d'exporter ou de revendre est donc interdite en raison de « *sa nature même* »⁷³⁶, même si elle n'a pas été mise en œuvre⁷³⁷. Par exemple, à propos d'un réseau de distribution exclusive et sélective, l'instruction donnée aux agents Mercedes-Benz de réclamer un acompte de 15 % pour les ventes de véhicules à des clients étrangers limite illégalement les exportations parallèles en

également de tous les autres concessionnaires exclusifs de Grundig, ainsi que des grossistes allemands. (...) Aucun tiers ne pourrait importer des produits Grundig, en provenance des autres pays membres de la Communauté, pour les revendre en France, sans courir des risques sérieux ».

⁷³³ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 550, p. 1065 (en réf. au comportement du passager clandestin). Cet auteur note aussi que la protection territoriale absolue peut elle-même être inefficace. Ces éléments sont développés sous l'angle de l'exemption dont peuvent bénéficier les accords de distribution exclusive, in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, A. Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 689, permettent en effet à certaines conditions de mettre en place des réseaux verticaux de protection territoriale absolue. L'arrêt *GlaxoSmithKline*, préc. note 730, marque aussi une évolution la question des importations parallèles.

⁷³⁴ Jugement *JCB Service*, préc. note 722, pt 96, qui concerne le réseau de distribution exclusive mis en place par la France. Le Tribunal valide au pt 100 l'infraction relevée par la Commission.

⁷³⁵ *Idem*, pt 98. Au pt 112, le jugement confirme également un deuxième type d'infraction, à savoir la répartition des sources exclusives d'approvisionnement. La qualification de cette répartition au sens de l'article 81 §1 s'interprète aussi comme un moyen de préserver l'accessibilité du marché en limitant les cloisonnements.

⁷³⁶ CJCE, 1.2.1978, *Miller International Schallplatten c. Commission*, 19-77, *Rec.*, p. 131, pt 7. V. aussi CJCE, 11.1.1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c. Commission*, C-277/87, *Rec.*, p. I-45, à propos de l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention « exportation interdite », et arrêt *Pâte de bois*, préc. note 616, pt 176, la clause en question constituant un accord vertical parmi plusieurs ententes horizontales.

⁷³⁷ Arrêts *Pâte de bois*, préc. note 616, pt 175 et *Hasselblad*, préc. note 589, pt 46.

évitant la concurrence intra-marque⁷³⁸. Ici, à nouveau, on constate que l'exercice de la concurrence n'est pas analysé en détail, de sorte que l'approche paraît formaliste.

La qualification des accords verticaux en vertu de l'article 81 §1 TCE dépend donc du caractère raisonnable des cloisonnements du marché qui ont pour origine ces accords, de sorte que la protection de l'intérêt des concurrents hors-réseau n'apparaît pas dans nombre de ces décisions. Toutefois, cette approche n'est pas rectiligne, et ce à deux égards. D'une part, certains régimes d'exclusivité sont sanctionnés en ce qu'ils limitent exagérément l'accès des concurrents au marché. C'est en particulier le cas dans le jugement *Métropole Télévision*⁷³⁹ et dans une affaire relative à la distribution de matériel électrotechnique aux Pays-Bas⁷⁴⁰. Pour une partie de la doctrine, ces arrêts se situent dans la ligne d'une qualification ordo-libérale de la restriction à la concurrence, puisque la limitation de la liberté d'accès des concurrents au marché est décisive⁷⁴¹. Cet angle d'approche est cependant également de nature formaliste.

⁷³⁸ Déc. Commission 2002/760/CEE, 10.10.2001, *Mercedes-Benz*, COMP/36.264, JO L 257, du 25.9.2002, p. 1, pts 102, 169 et 175. Par ailleurs, la limitation automatique des remises pour les livraisons aux sociétés de crédit-bail extérieures au groupe Mercedes en Allemagne et en Espagne désavantage les concurrents de Mercedes sur ce créneau (pt 176) ; la Commission sanctionne aussi une limitation du taux de remises pour la ventes de certains véhicules en Belgique (pt 177). Les trois restrictions ont pour objet de restreindre la concurrence (pt 178).

⁷³⁹ TPI, 18.9.2001, *Métropole Télévision e.a. c. Commission*, T-112/99, *Rec.*, p. II-2459, pts 122. L'accord à l'origine de la création de la société TPS, entreprise commune à différents opérateurs français de télévision et télécommunications, comportait notamment une clause d'exclusivité prévoyant que les programmes des chaînes généralistes qui avaient participé à la création de TPS seraient diffusés exclusivement par elle. Cet aspect de l'accord peut être considéré comme vertical, dans la mesure où les chaînes généralistes se seraient chargées de la production des programmes (producteurs) et TPS de leur diffusion (distributeur). Le Tribunal indique aussi au pt 79 (et dans le même sens au pt 125) que « la clause d'exclusivité avait pour effet de priver les concurrents de TPS de l'accès à de tels programmes ». Le Tribunal confirme la décision de la Commission en ce que cette clause n'est pas nécessaire pour accéder au marché mais aussi parce qu'elle a pour effet de limiter les opportunités des concurrents sur le marché des programmes télévisés.

⁷⁴⁰ TPI, 16.12.2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektoteknisch Gebied et Technische Unive*, T-5 et T-6/00, *Rec.*, p. II-5761 (confirmé in CJCE, 21.9.2006, C-105/04 P, *Rec.*, p. I-8725, sauf à propos de l'omission de l'examen d'un moyen relatif à la durée excessive de la procédure administrative imputable à la Commission, qui avait affecté les possibilités de défense des entreprises mises en cause). Le régime collectif d'exclusivité « restreint la liberté des fournisseurs de choisir de manière indépendante les sociétés de commerce en gros auxquelles ils souhaitent effectuer des livraisons » (pt 277). Il rend également « plus désavantageuses les conditions dans lesquelles les concurrents [des membres de la FEG], qui ne sont pas affiliés à cette association, peuvent s'approvisionner en matériel électrotechnique auprès de certains fournisseurs » (*idem*). L'accord est donc qualifié au regard de l'article 81 §1, afin de protéger la liberté d'action des entreprises signataires et celle des concurrents. À propos des conditions d'adhésion à l'association d'entreprise, le Tribunal acquiesce à l'appréciation de la Commission selon laquelle « les critères d'adhésion avaient pour effet de rendre encore plus mal aisée l'arrivée sur le marché de nouvelles entreprises et renforçaient ainsi le régime collectif d'exclusivité » (pt 247). Il s'agit ainsi d'un aspect horizontal de l'entente litigieuse, analysée dans ce cadre en raison de sa proximité avec le régime collectif d'exclusivité, qui constitue un accord vertical.

⁷⁴¹ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 550, p. 1061, à propos de l'arrêt *Métropole Télévision*, préc. note 739. Toutefois, l'analyse qui figure au pt 122 ne vise pas seulement un concurrent particulier. V. aussi le pt 77, qui vise à éviter que l'article 81 ne soit appliqué à tout accord qui limite la liberté d'action des entreprises.

D'autre part, en application de la théorie de l'effet cumulatif⁷⁴², l'appréciation des effets anticoncurrentiels d'un accord d'achat exclusif⁷⁴³ est entendue pragmatiquement. Cette approche envisage l'accès au marché d'une manière dynamique et se différencie de la qualification des accords verticaux simples en ce que l'accessibilité du marché est explicitement envisagée du point de vue des opérateurs concurrents, tiers au réseau litigieux⁷⁴⁴. Dans ces cas, on s'intéresse davantage à l'impact des accords sur le marché et, partant, à l'exercice de la concurrence. L'approche est plus économique et mérite de plus amples développements qui seront abordés *infra*.

Par ailleurs, la qualification d'une clause de non-concurrence au regard de l'article 81 TCE corrobore l'hétérogénéité de la protection formaliste de l'accessibilité du marché. En effet, qu'elles figurent au sein d'un accord horizontal⁷⁴⁵ ou vertical⁷⁴⁶, leur qualification s'explique précisément en ce qu'elles limitent la liberté des opérateurs économiques d'accéder à certains marchés. En outre, l'ensemble de ces remarques n'exclut bien évidemment pas que l'article 82 TCE soit appliqué lorsque un producteur cherche à favoriser d'une manière abusive les distributeurs agréés de son réseau en limitant les importations parallèles⁷⁴⁷.

En règle générale, il ressort de la qualification d'un accord vertical simple que les autorités communautaires de la concurrence interdisent les contrats qui s'opposent en eux-mêmes à

⁷⁴² V. en particulier CJCE, 28.2.1991, *S. Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, *Rec.*, p. I-935, pt 13, puis, not. CJCE, 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky e.a.*, C-214/99, *Rec.*, p. I-11121, pt 25.

⁷⁴³ Même si la théorie de l'effet cumulatif d'accords n'est pas propre aux accords de distribution exclusive, elle est pertinente principalement dans ce domaine. V. par exemple pour l'utilisation de la théorie dans un cas de distribution sélective, déc. Commission 92/428/CEE, 24.7.1992, *Parfums Givenchy*, IV/33.542, *JO L* 236 du 19.8.1982, p. 11-22, pt II.A.8. V. aussi *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 689, pt 185 : la distribution sélective « risque d'affaiblir la concurrence intra-marque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou acheteurs ». Par ailleurs, la théorie de l'effet cumulatif est également employée dans le cadre de l'appréciation de la légalité de ventes liées établies dans le cadre d'achats exclusifs : v. par ex. déc. Commission 79/86/CEE, *Vaessen c. Moris*, 10.1.1979, IV/C-29.290, *JO L* 19 du 26.1.1979, p. 32, pt 18, analysée *infra* Section 2, I, A, 1 dans le cadre des ventes liées.

⁷⁴⁴ L'analyse économique de l'effet cumulatif d'un accord vertical est analysée *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, A.

⁷⁴⁵ V. en particulier le jugement *Dansk Pelsdyravlereforening*, préc. note 628, pt 73.

⁷⁴⁶ V. par ex., arrêt *Pronuptia*, préc. note 715, pt 24 ; TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, *Rec.*, p. II-1533, pt 117. V. aussi Communication de la Commission publiée en application de l'article 27 §4 du règlement n° 1/2003/CE du Conseil concernant l'affaire COM/B-1/38348 – Repsol CPP SA, *JO C* 258 du 20.10.2004, p. 7-11, pt 22, qui explique le lien entre une clause de non-concurrence et l'engagement exclusif : « les [clauses de non-concurrence] peuvent, selon le cas, soulever un problème concurrentiel, notamment lorsqu'en vertu de ces clauses les autres fournisseurs sur le marché ne peuvent vendre aux acheteurs concernés, ce qui peut verrouiller le marché (exclusion des autres fournisseurs par la mise en place de barrières à l'entrée) et affaiblir la concurrence intra-marque ».

⁷⁴⁷ Arrêt *British Leyland*, préc. note 548, pt 23, analysé *infra* sous Section 2, II, A.

l'accomplissement des buts prévus dans le Traité, à l'image de la qualification de restrictions explicites en matière de libre circulation. Ainsi, le caractère formaliste de l'approche n'est pas critiquable, tant que sont en cause des restrictions flagrantes à l'interpénétration économique telle que définie dans les Traités communautaires. La même remarque peut être formulée à propos de l'interdiction pour une entreprise de pratiquer des prix discriminatoires ou excessifs.

B. Les prix discriminatoires ou excessifs, cloisonnements du marché confrontés à l'objectif intégrationniste

À de nombreux égards, la poursuite de l'objectif de l'intégration des marchés ressort également de la qualification des prix discriminatoires ou excessifs⁷⁴⁸. L'adoption de tels prix est fréquemment qualifiée de pratique anticoncurrentielle, en ce que ces prix constituent des cloisonnements du marché contraires aux buts qui figurent dans le Traité instituant la Communauté européenne, c'est-à-dire en ce qu'ils portent atteinte d'une manière illégale à l'accessibilité du marché⁷⁴⁹.

L'interdiction de pratiquer des prix excessifs pèse seulement sur les entreprises en position dominante sur le marché⁷⁵⁰ (1). L'interdiction de pratiquer des prix discriminatoires vise chaque entreprise sur le marché⁷⁵¹, à l'image de l'interdiction de toute discrimination que doivent respecter les États membres lorsqu'ils adoptent une réglementation qui peut affecter la libre circulation (2).

1. L'interdiction des prix excessifs, reflet de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur

⁷⁴⁸ En ce sens, v. not. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 241 : « [l']objectif de la consolidation du marché intérieur semble, en grande partie, inspirer la méfiance du droit communautaire de la concurrence à l'égard des pratiques discriminatoires et des prix excessifs ».

⁷⁴⁹ Ce paragraphe relativise la référence fréquente et explicite à la théorie structuraliste dans la définition jurisprudentielle de l'abus de position dominante, issue de l'arrêt *Hoffmann-La Roche* (v. note 608). Cette définition est notamment rappelée in TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-151/01, *Rec.*, p. II-1607, pt 120, analysé *infra* sous 1.

⁷⁵⁰ L'art. 82, 2° al., a) du TCE empêche une entreprise dominante d'« imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ».

⁷⁵¹ Les articles 81, §1, d) et 82, 2° al., c), interdisent d'« appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». L'interdiction des prix discriminatoires peut aussi être rattachée à l'art. 82, 2° al., a).

Les prix excessifs ne sont pas interdits *per se*⁷⁵², mais en ce qu'ils peuvent porter atteinte à l'accomplissement des objectifs d'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur. La jurisprudence récente oblige cependant à nuancer le propos.

Le principe ressort en particulier d'un arrêt *General Motors*, dans lequel la Cour de justice estime que la détermination « *d'un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie [a] pour effet de freiner les importations parallèles du fait qu'elle neutraliserait le niveau éventuellement plus favorable des prix pratiqués [ailleurs] dans la Communauté* »⁷⁵³. L'arrêt *British Leyland* se place sur une ligne semblable, à propos d'une redevance jugée disproportionnée par rapport à la valeur économique de la prestation fournie⁷⁵⁴, qui « *était fixée dans le seul but de rendre la réimportation de véhicules à conduite à gauche moins attrayante* »⁷⁵⁵. Le risque d'un frein opposé au développement du marché intérieur par une entreprise dominante est également mis en avant lors de la mise en cause des centres français agréés d'insémination artificielle bovine. Ces derniers abuseraient de leur position dominante « *s'ils mettaient à la charge des utilisateurs des frais supérieurs aux frais supplémentaires effectivement encourus pour se procurer et pour conserver jusqu'à la mise en place la semence importée d'un autre État membre à la demande d'un utilisateur* »⁷⁵⁶. Implicitement, la Cour protège la possibilité pour les utilisateurs de s'approvisionner auprès d'autres États membres, de sorte que l'accessibilité du marché national de l'insémination artificielle bovine est préservée pour les opérateurs établis à l'étranger.

Toutefois, ces trois arrêts concernent des entreprises qui disposent d'un monopole administratif établi par la loi⁷⁵⁷. La poursuite de l'objectif d'intégration des marchés est alors

⁷⁵² CJCE, 5.10.1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e.a. c. Régie nationale des usines Renault*, 53-87, *Rec.*, p. 6039, pt 17, en réf. à l'arrêt *Parke*, préc. note 582.

⁷⁵³ Arrêt *General Motors*, préc. note 548, pts 11 et 12. La qualification d'abus de position dominante est cependant écartée (pts 13 à 24).

⁷⁵⁴ Arrêt *British Leyland*, préc. note 548, pt 27 (en réf. à l'arrêt *General Motors*). Le constructeur, qui bénéficiait d'un monopole administratif (pt 9), imposait une redevance pour la délivrance d'un certificat de conformité qui était nécessaire pour l'immatriculation d'un véhicule de cette marque avec conduite à gauche en vue de son utilisation sur la route en Grande-Bretagne. La redevance était excessive par rapport à celle qui était réclamée pour la version à droite du même véhicule. La différence de prix n'est pas justifiée par l'existence d'une prestation plus compliquée à accomplir lorsque le véhicule est à conduite à gauche (pt 28).

⁷⁵⁵ *Idem*, pt 29.

⁷⁵⁶ CJCE, 5.10.1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077, pt 26. V. cependant le pt 27, qui précise que l'abus n'est pas constitué si les frais supplémentaires sont proportionnés au coût supporté par le centre pour satisfaire la demande.

⁷⁵⁷ Arrêt *General Motors*, pt 9 ; arrêt *British Leyland*, pt 9 ; arrêt *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle*, pt 23.

assez évidente, dans la mesure où la position dominante est directement inférée de leur statut établi par les États membres. Même si cet objectif d'intégration des marchés n'est pas absent, l'approche structuraliste peut cependant prédominer quand il s'agit de qualifier au regard de l'article 82 un prix élevé pratiqué par une entreprise dominante. Néanmoins, même lorsque cette approche est privilégiée, l'essentiel est de garantir l'accessibilité du marché pertinent aux « nouveaux venus »⁷⁵⁸. Ainsi, « lorsque les prix élevés sont destinés à empêcher l'accès à un marché donné, la Commission se montre plus prompte à agir »⁷⁵⁹. À cet égard, l'objectif d'intégration du marché intérieur ne ressort pas explicitement du jugement *Der Grüne Punkt*, quand bien même le système géré par l'entreprise DSD est de dimension nationale⁷⁶⁰. En l'espèce, la société en cause commet non seulement un abus d'exploitation, en exigeant de ses clients une redevance excessive pour la totalité des emballages commercialisés portant le logo « Der Grüne Punkt », du fait de la disproportion entre la rémunération exigée et le service réalisé, mais aussi un abus d'éviction, dans la mesure où l'utilisation conjointe d'un autre système que le système DSD est rendue coûteuse, ce qui constitue une barrière à l'entrée de concurrents proposant des solutions alternatives au système DSD⁷⁶¹. Le Tribunal préserve ainsi l'accessibilité du marché aux concurrents en se détachant de la protection formelle de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur. Cet élément révèle une évolution du droit de la concurrence⁷⁶².

⁷⁵⁸ Commission, XXIV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1994, Bruxelles, Luxembourg, 1995, p. 137, pt 207 : « la Commission ne contrôle ni ne condamne un niveau de prix élevé. Elle examine plutôt le comportement de l'entreprise en position dominante cherchant à préserver cette position, en général au détriment direct de concurrents ou des nouveaux venus sur le marché qui seraient normalement à l'origine d'une concurrence effective, ainsi que le niveau des prix qui en résulte. Aussi une entreprise en position dominante est-elle soumise à une obligation spécifique, celle de ne rien faire qui puisse détériorer davantage la structure déjà fragile de la concurrence ou empêcher de manière arbitraire l'apparition ou le développement de concurrents capables de remettre en question cette position dominante et de faire naître une concurrence effective ». V. aussi la définition préc. note 608 de l'abus de position dominante qui figure dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*.

⁷⁵⁹ PRIETO C., note sous jugement *Der Grüne Punkt*, T-151/01, préc. note 749, *Concurrences*, n° 3-2007, p. 94-95, sp. 95, à propos d'un double abus d'exploitation et d'éviction résidant dans le fait d'exiger des clients une redevance pour la totalité des emballages commercialisés avec logo. Comme cet auteur le suggère, l'affaire *ITT Promedia* illustre le propos. V. Commission, XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence – 1997, SEC(98) 636 final, JO C 150 du 28.5.1999, p. 53, pt 67, p. 38-39. La filiale belge d'un éditeur américain d'annuaires téléphoniques reprochait à l'opérateur belge de télécommunication Belgacom d'appliquer des conditions discriminatoires et excessives en termes de prix pour l'accès à des données concernant ses abonnés. Après l'intervention de la Commission, Belgacom a adopté un mode de calcul des prix qui se fonde sur un rapport coûts totaux annuels/nombre d'éditeurs. Selon la Commission, « les prix ont baissé et (...) la logique du système mis en place conduit à lier la baisse des prix à l'apparition de nouveaux entrants » ; les poursuites à l'encontre de Belgacom ont cessé.

⁷⁶⁰ Jugement *Der Grüne Punkt*, T-151/01, préc. note 749, pt 51.

⁷⁶¹ *Idem*, pts 119 à 122, qui renvoient aux pts 50 et 58 du jugement.

⁷⁶² V. *infra* deuxième section. En effet, le Tribunal garantit l'accessibilité du marché aux concurrents, sans qu'un concurrent particulier ne soit protégé.

L'interdiction des prix discriminatoires reflète aussi la poursuite de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur, mais le propos doit lui aussi être nuancé.

2. L'interdiction des prix discriminatoires contraires à l'accomplissement du marché intérieur

Les discriminations par les prix⁷⁶³ ne sont pas les seules formes de discriminations rencontrées en application de l'article 82⁷⁶⁴. Néanmoins, la manière dont ces discriminations sont qualifiées au regard des articles 81 ou 82 TCE reflète particulièrement l'objectif d'intégration des marchés que sous-tendent les Traités communautaires. Cette approche, dont il conviendra de remarquer le formalisme, appelle une évolution qui est déjà perceptible à certains égards.

S'agissant, d'une part, de l'article 81, l'interdiction de pratiquer des prix discriminatoires a été à l'origine de la qualification d'ententes verticales ou horizontales⁷⁶⁵. L'application de l'article 81 §1 d) est cependant peu fréquente. Pour ce qui concerne les ententes horizontales, les conditions inégales pour des prestations équivalentes apparaissent principalement lorsque des comportements d'associations d'entreprises sont en cause⁷⁶⁶. Par exemple, la Commission a décidé qu'une disposition d'un règlement d'ordre intérieur d'un groupement de fabricants

⁷⁶³ Selon R. POSNER, in *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001, 2nd éd., p. 79-80, cité in GERADIN D. et PETIT N., « Price discrimination under EC Competition Law, Another Antitrust Doctrine in search of Limiting Principles », *Journal of Competition Law and Economics*, 2006, p. 479, sp. 482, « [l]a discrimination par les prix est un terme utilisé par les économistes pour décrire la pratique consistant à vendre le même produit à différents consommateurs à différents prix, même si le coût de la vente est le même pour chacun d'eux. Plus précisément, il s'agit de vendre à un prix ou à des prix tels que le rapport du prix relativement aux coûts marginaux est différent dans différentes ventes », notre traduction.

⁷⁶⁴ En ce sens, v. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 611, et les exemples donnés p. 612 à 616. Un refus de contracter peut être discriminatoire (v. par ex. même ouvrage, p. 612 et 613), tout comme le refus d'accès à une installation essentielle (*idem*, p. 614 à 616). Le refus de vente est analysé *infra*, Section 2, II. Le système de livraison prioritaire en cause dans le jugement *BPB Industries*, préc. note 582, donne l'exemple d'un avantage octroyé de manière discriminatoire et constitutif d'un abus de position dominante en dehors de toute question de prix : « le critère retenu en l'espèce par BG (...) reposait sur la distinction entre les clients qui commercialisaient des plaques de plâtre importées et produites par certains de ses concurrents et les clients « fidèles » qui s'approvisionnaient auprès de BG. Un tel critère, qui consiste à assurer des prestations équivalentes à des conditions inégales, présente, en lui-même, un caractère anticoncurrentiel en raison de l'objet discriminatoire qu'il poursuit et de l'effet d'éviction susceptible d'en résulter » (pt 94). Certains rabais de fidélité ou de quantité sont sanctionnés en raison de leur caractère discriminatoire, v. *infra*, Section 2, I, A, 2. Le rabais de quantité en cause in CJCE, 29.3.2001, *Portugal c. Commission*, C-163/99, *Rec.*, p. I-2613 reflète en particulier l'objectif d'accomplissement du marché intérieur en ce qu'il incitait les compagnies aériennes portugaises à utiliser les infrastructures aéroportuaires nationales (pts 54 et 56).

⁷⁶⁵ En matière d'entente verticale, un accord discriminant les exportations parallèles a par exemple été qualifié dans la décision *Mercedes-Benz*, préc. note 738, dans laquelle l'objectif d'intégration du marché ressort particulièrement. Pour les ententes horizontales, v. déc. Commission 74/331/CEE, 23.7.1974, *Papiers peints de Belgique*, IV/626, *JO*, L 237 du 29.8.1974, p. 3-11, analysée *infra*.

de papiers peints en Belgique, qui limite la qualité de membre de l'association aux entreprises établies dans cet État membre, a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence dans la vente de papiers peints dans cet État membre. En effet, « l'accès au marché belge se trouve ainsi rendu plus difficile aux entreprises d'autres pays qui n'ont aucun établissement en Belgique »⁷⁶⁷. La Commission remplit explicitement l'objectif d'intégration des marchés, en employant une formulation analogue à celle que l'on trouve fréquemment dans le corpus jurisprudentiel relatif à la libre circulation.

S'agissant, d'autre part, de l'article 82 TCE, il faut d'abord remarquer qu'une entreprise dominante peut mener une politique de prix sélectifs sans que cela ne constitue une discrimination⁷⁶⁸. Cependant, une pratique discriminatoire établie par une entreprise dominante porte atteinte à l'accessibilité du marché en cause⁷⁶⁹. En particulier, une politique de prix discriminatoires qui crée « un cloisonnement rigide des marchés nationaux à des niveaux de prix artificiellement différents » constitue un abus⁷⁷⁰. Les mentions relatives au cloisonnement des marchés et aux obstacles à la libre circulation des marchandises⁷⁷¹ démontrent la volonté de sanctionner les atteintes portées par un opérateur privé à l'interpénétration des marchés et, partant, à leur accessibilité⁷⁷². Au-delà des critiques dont fait l'objet ce passage de l'arrêt *United Brands*⁷⁷³, desquelles il ressort la nécessité d'une analyse précise des conditions des échanges sur le marché, le jugement *Tetra Pak* confirme l'approche restrictive à l'égard des pratiques de prix discriminatoires qui sont le fait

⁷⁶⁶ En ce sens, v. M.-A. HERMITTE, « Restrictions de concurrence », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 1414, 2002, p. 23.

⁷⁶⁷ Déc. Commission *Papiers peints de Belgique*, préc. note 765, pt II.A.2, cité in M.-A. HERMITTE, art. préc. note 766, p. 23.

⁷⁶⁸ Les différences de prix peuvent tenir à la qualité des produits vendus, à des coûts de production particuliers ou au fait que les clients ne sont pas de taille comparable, v. arrêt *AKZO*, préc. note 640, pts 113 et 116 à 121. Les baisses sélectives de prix sont analysées *infra*, section 2, II, B, 2.

⁷⁶⁹ L'effet d'exclusion des concurrents a été cependant remarqué par ex. in déc. Commission *Napier Brown-British Sugar*, préc. note 683, pts 66 et 74 et in jugement *BPB industries*, préc. note 582, pt 94 (la pratique ne porte pas sur le prix). Cependant, interdire l'élimination de concurrents revient à protéger l'accessibilité du marché, dans la mesure où l'effet d'éviction dissuade les concurrents potentiels d'accéder au marché. Cela est développé *infra*, sous Section 2, I, B. V. aussi Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II.

⁷⁷⁰ Arrêt *United Brands*, préc. note 660, pt 234, en ce que les prix inégaux « infligent aux partenaires commerciaux un désavantage dans la concurrence ».

⁷⁷¹ *Idem*, pt 232.

⁷⁷² En revanche, la pratique de prix inéquitables dans l'arrêt *United Brands*, préc. note 660, n'est pas sanctionnée en raison notamment de la remise en cause de l'allégation des preuves apportées par la Commission. Cela entraîne l'annulation partielle de la décision de la Commission et une réduction de l'amende infligée à UBC, v. pts 235 à 267, sp. 265.

⁷⁷³ V. en particulier I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 239-240, eu égard aux pts 229 et 230 de l'arrêt.

d'entreprises dominantes⁷⁷⁴. Les disparités de prix litigieuses entre les États membres⁷⁷⁵ ne se justifient pas par les « conditions objectives du marché »⁷⁷⁶. En effet, « elles sont intervenues dans le cadre d'un cloisonnement des marchés nationaux par les clauses contractuelles de vente liée », de sorte qu'elles « étaient pratiquées au détriment des conditionneurs »⁷⁷⁷. La pratique de la Commission corrobore la qualification de prix discriminatoires au regard de l'article 82 en ce qu'ils nuisent à l'accomplissement du marché intérieur⁷⁷⁸. Finalement, l'adaptation d'une entreprise aux conditions objectives et différentes des marchés ne constitue pas un abus, sauf si cela s'accompagne de mesures conduisant au cloisonnement du marché⁷⁷⁹. Cela souligne à nouveau les préoccupations relatives à l'accessibilité du marché.

Au-delà de la condition liée au cloisonnement des marchés qui est essentielle dans ces décisions pour caractériser la restriction de concurrence, l'article 82, 2^e al., c), du Traité énonce que l'interdiction des prix discriminatoires est tributaire de la condition selon laquelle la pratique en cause inflige un désavantage aux concurrents. Pourtant, « la Cour n'attache pas une grande importance à [cette] condition »⁷⁸⁰. Le désavantage se déduit naturellement de la

⁷⁷⁴ Jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 160.

⁷⁷⁵ *Idem*, pt 169, tant pour les machines aseptiques que non aseptiques.

⁷⁷⁶ *Idem*, pt 170. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 240, n. b. p. 493, relève que la justification d'une discrimination par les prix relève de l'impossible « lorsque les différents marchés nationaux font partie du même marché pertinent ».

⁷⁷⁷ Jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 170.

⁷⁷⁸ V. par ex., déc. Commission, 29.3.1994, *Deutsche Bahn*, 94/210/CE, IV/33.941, JO L 104 du 23.4.1994, p. 34 (v. aussi Commission, XXIV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1994, préc. note 758, pt 210), pts 260 et 261, à propos d'une pratique abusive consistant pour Deutsche Bahn à appliquer une politique de tarification discriminatoire pour des transactions équivalentes : « l'infraction est particulièrement grave car elle consistait de la part de la DB à abuser de son monopole sur le marché des services ferroviaires en Allemagne pour se protéger de la concurrence d'autres entreprises et favoriser ses propres prestations et celles de sa filiale sur un autre marché, celui des transports terrestres de conteneurs maritimes en provenance ou à destination d'Allemagne et qui transitent par un port belge, néerlandais ou allemand. L'infraction en cause, en maintenant artificiellement des différences de prix, vise également à cloisonner les marchés et à détourner des trafics. Elle porte donc atteinte à l'un des objectifs fondamentaux du traité qui est d'établir un marché unique ».

⁷⁷⁹ En ce sens, v. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 585, p. 609.

⁷⁸⁰ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 585, p. 610. V. aussi WHISH R., ouvrage préc. note 640, p. 721, en réf. à l'arrêt CJCE, 17.5.1994, *Corsica Ferries Italia Srl c. Corporazione dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, *Rec.*, p. I-1783, pt 43. Des tarifs différents étaient appliqués aux entreprises de transport maritime, suivant qu'elles effectuaient des transports entre États membres ou entre des ports situés sur le territoire national. Ils sont considérés comme contraires à l'article 82, 2^e al., sous c), sans qu'un désavantage subi par les concurrents ne soit mentionné. V. aussi concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour cet arrêt, pt 34 : « il ressort implicitement de la jurisprudence communautaire (...) que la Cour n'interprète pas cet alinéa de manière restrictive de sorte qu'il n'est pas nécessaire, pour pouvoir l'appliquer, que les partenaires commerciaux de l'entreprise coupable du comportement abusif subissent un désavantage concurrentiel les uns vis-à-vis des autres ou vis-à-vis de l'entreprise qui occupe la position dominante ». À la suite de cet arrêt, le système de rabais sur les tarifs de pilotage dans le port de Gênes a été interdit par la Commission en ce qu'il avait « pour effet d'appliquer à l'égard des différentes compagnies maritimes des conditions inégales à des prestations équivalentes concernant les manœuvres à l'entrée, à l'intérieur ou à la sortie du port en leur infligeant de ce fait

position dominante détenue par l'entreprise dont le comportement est en cause⁷⁸¹, de sorte que l'atteinte à l'accessibilité du marché résulte du comportement lui-même. Dès lors, on pourrait critiquer le formalisme, voire la superficialité de cette approche. La Cour de justice accorde cependant davantage d'attention à cette condition dans la jurisprudence récente⁷⁸². Il semble en effet essentiel de caractériser ce désavantage, spécialement lorsque le comportement en cause met en jeu deux marchés verticalement liés. À cet égard, les travaux menés sur la distinction entre le préjudice de première ligne de celui de seconde ligne⁷⁸³ pourraient faire évoluer le droit de la concurrence quant à cet aspect.

Le préjudice de première ligne est exercé sur le marché aval, mais répand ses effets sur le marché amont. Ioannis LIANOS donne l'exemple d'une entreprise fabriquant une matière première nécessaire à la fabrication d'un autre produit qui peut décider de la vendre moins cher à l'un de ses clients dans l'objectif d'éviter que celui-ci ne s'approvisionne auprès d'un fabricant d'une matière première concurrente⁷⁸⁴. La politique de prix sélectifs ou discriminatoires poursuivie par Hilti envers ses concurrents et leurs clients, par exemple, est contraire à la concurrence « *en ce qu'elle est de nature à dissuader d'autres entreprises de s'implanter sur le marché* »⁷⁸⁵. La préservation de l'accessibilité du marché en cause transparaît donc dans l'identification d'un préjudice concurrentiel de première ligne.

Une discrimination par les prix peut causer un préjudice de seconde ligne, lorsqu'elle affecte la concurrence sur le marché aval. Il s'agit par exemple pour l'entreprise dominante « *de faire bénéficier sa filiale d'un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents* »⁷⁸⁶. La décision *Napier Brown-British Sugar* illustre le propos : une réduction de la part de British Sugar, dominante sur le marché britannique du sucre, de la marge entre le prix du sucre

un désavantage dans la concurrence » (déc. Commission 97/745/CEE, 21.10.1997, *tarifs de pilotage dans le port de Gênes*, JO L 301, du 5.11.1997, p. 27, pt 20).

⁷⁸¹ V. par ex., certes dans un cas dans lequel un avantage et non pas un prix était en cause, jugement *BPB Industries*, préc. note 582, pt 94, qui ne fait pas référence au « désavantage dans la concurrence » alors que l'article 82, 2° al, sous c) est appliqué.

⁷⁸² CJCE, 11.12.2008, *Kanal 5 et TV 4 AB c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, C-52/07, n.e.p., pts 44 à 46 comm. L. IDOT, *Europe*, 2.2009, p. 39, sp. 40, à propos de redevances dues à une société de gestion de droits d'auteur par les sociétés de télévision. Le fait que la Cour de justice invite la juridiction nationale de renvoi à examiner si les sociétés de télévision en cause sont dans un rapport de concurrence (pt 46) souligne l'importance accordée à cette condition.

⁷⁸³ V. not. D. GERADIN et N. PETIT, art. préc. note 763, sp. p. 490 et s., et I. LIANOS, ouvrage, préc. note 551, p. 236 et s.

⁷⁸⁴ LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 236, en réf. au jugement TPI, 12.12.1991, *Hilti AG c. Commission*, T-30/89, *Rec.*, p. II-1439.

⁷⁸⁵ Jugement *Hilti*, préc. note 784, pt 100.

⁷⁸⁶ LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 235.

industriel et le prix du sucre cristallisé de détail était en cause. Cette politique de « *gâchage des prix* »⁷⁸⁷ pouvait exclure Napier Brown du marché du sucre de détail sur lequel cette dernière était récemment entrée⁷⁸⁸. En l'espèce, la caractérisation du préjudice de seconde ligne est également liée à des considérations liées à l'accessibilité du marché au détail, mais le désavantage dans la concurrence est identifié.

Ainsi, un désavantage dans la concurrence est certes la conséquence de la constatation d'un cloisonnement du marché, mais résulte aussi de la démonstration d'un risque d'exclusion sur le marché aval (2nde ligne) ou sur le marché sur lequel la position dominante est détenue (1^{ère} ligne). Or, l'interdiction de toute discrimination, notamment lorsqu'elle est opérée sur des marchés géographiques distincts, peut comporter des effets néfastes pour le bien-être des consommateurs⁷⁸⁹. Ainsi, Damien GERADIN et Nicolas PETIT avancent l'idée selon laquelle il conviendrait de ne sanctionner que les discriminations par les prix qui créent un préjudice de seconde ligne⁷⁹⁰.

Au-delà de l'observation selon laquelle l'ensemble de ces pratiques posent un problème d'accessibilité du marché aux concurrents, il ressort de ces développements relatifs aux prix discriminatoires ou excessifs que l'essentiel est de caractériser de quelle manière la concurrence est faussée par la pratique litigieuse. Dès lors, une réflexion qui constate un cloisonnement du marché contraire aux objectifs du marché intérieur montre ses limites lorsque l'atteinte à la concurrence n'est pas établie avec précision.

⁷⁸⁷ Déc. Commission *Napier Brown-British Sugar*, préc. note 683, pt 65.

⁷⁸⁸ *Idem*, pt 66. Ceci se rapproche dès lors des jurisprudences relatives aux prix prédateurs, analysées *infra* Section 2, I, B, 1.

⁷⁸⁹ V. en particulier E. COMBE, ouvrage préc. note 649, p. 166 : « [l']interdiction de la discrimination conduit à une égalisation (au coût de transport près) des prix entre les marchés géographiques (...). On peut montrer que le bien-être total augmente lorsque l'on interdit la discrimination, à condition que les deux marchés [situés dans deux pays différents] soient desservis. En effet, la firme peut réagir à l'interdiction de discriminer en décidant de ne servir que les consommateurs du pays A. Cette configuration est plausible si les tailles de marché sont très différentes : si la taille du marché du pays B est faible, il est plus avantageux pour la firme de n'approvisionner que le marché A en fixant un prix élevé. Dans ce cas, l'interdiction de la discrimination par les prix risque de réduire le bien-être total ». Sur la considération selon laquelle certaines discriminations sont efficaces, v. aussi I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 234-235, sp. 234 : « les effets de la discrimination imparfaite [faire payer des prix différentes à des catégories différentes de consommateurs, ou faire payer un prix différent en fonction de la quantité achetée] sur l'efficacité économique et sur la justice distributive sont neutres et dépendent de circonstances particulières, comme l'élasticité de la demande dans les différents marchés ».

⁷⁹⁰ GERADIN D. et PETIT N., art. préc. note 763, sp. 502, où les auteurs estiment que les discriminations par les prix qui créent un préjudice de première ligne pourraient être appréhendées par l'article 82, 2nd al., sous b), en ce qu'elles comportent un effet d'exclusion. La qualification restrictive dont font l'objet les rabais est analysée *infra*, sous Section 2, I, A, 2.

En conclusion, l'utilisation du critère de l'accès au marché en droit communautaire de la concurrence met aisément en évidence les différentes influences théoriques qui orientent les solutions des décisions des autorités communautaires de la concurrence. Ces influences ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre : on peut identifier une préservation de la structure de la concurrence et de la liberté d'action des entreprises, fidèlement à l'approche ordo-libérale du droit de la concurrence sur le marché⁷⁹¹, ou une préservation de la structure de la concurrence couplée avec une volonté explicitement affichée de condamner les atteintes portées à l'accomplissement du marché intérieur⁷⁹². Ainsi, quelle(s) que soi(en)t la ou les théories qui oriente(nt) la décision, une restriction à la concurrence est une question d'accès au marché. La protection formelle de l'accessibilité du marché consiste alors, principalement, soit à mettre l'accent sur la protection de l'accessibilité du marché aux concurrents, soit à sanctionner toute limitation de la liberté d'accéder au marché. En outre, la poursuite de l'accomplissement du marché intérieur montre que certaines pratiques sont qualifiées alors même que le préjudice pour la concurrence n'est pas établi. Sans que chacune de ces méthodes ne soit nécessairement critiquable⁷⁹³, et quand bien même l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur irrigue nécessairement la jurisprudence relative au

⁷⁹¹ V. not. arrêt *Continental Can*, préc. note 542, pt 26, 5^e al : « est dès lors susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendants, dans leur comportement, de l'entreprise dominante ». Cela montre que la Cour de justice préserve la liberté économique des autres entreprises sur le marché. Le pt 26, 4^e al, témoigne cependant de l'appréhension de l'abus en question en ce qu'il touche à la structure de la concurrence. V. encore concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 147 : « Si l'abus réside dans la limitation de la liberté de concurrence d'autres entreprises, la simple menace de désavantages économiques peut permettre à elle seule de retenir l'existence d'une infraction à l'article 86 du Traité CEE (...). La limitation de la libre volonté d'une autre entreprise ayant, à elle seule, un caractère abusif, peu importe que cette entreprise résiste ou cède à la pression exercée sur elle ». La Cour de justice témoigne cependant d'une protection de la structure de la concurrence plus que de la liberté d'action des entreprises (v. pt 70). Pour un autre exemple de cette double influence, v. l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pts 41 al. 2 (référence au partenaire obligatoire, reflet de la théorie ordo-libérale), 91 al. 2 (définition de l'abus en termes d'abus de structure ; v. aussi le pt 107) et 105 al. 4 (à propos de la clause anglaise, qui « opère un cloisonnement des marchés, incompatible avec le marché commun »).

⁷⁹² L'arrêt *United Brands*, préc. note 660 reflète à la fois la théorie structuraliste (v. not. pts 122 et 123, à propos des barrières à l'entrée) et l'objectif d'accomplissement du marché intérieur (pts 232 à 234). Dans l'arrêt *Matières colorantes*, préc. note 584, la Cour de justice s'intéresse à la fois à la structure de la concurrence (pts 107 et 110) et à l'accomplissement du marché intérieur (pts 115 à 119).

⁷⁹³ La qualification d'accords horizontaux de répartition des marchés nationaux, en particulier, est assez évidente et ne nécessite pas *a priori* d'évaluer leurs effets sur les concurrents. Dans ce cas, la constatation d'une atteinte à la liberté d'accéder au marché, même du côté des signataires de l'entente, est suffisante. La qualification d'un accord vertical simple en tant qu'il comporte une interdiction d'exporter peut ne pas nécessiter, non plus, d'analyse économique approfondie.

droit communautaire de la concurrence⁷⁹⁴, il importe de s'affranchir de la protection stricte des concurrents, tout en veillant à l'accessibilité effective du marché en cause.

Section 2 : La nécessité d'une appréciation économique d'une restriction à l'accessibilité du marché en droit de la concurrence

Au-delà de la détermination des théories qui orientent les décisions en droit communautaire de la concurrence, la volonté de protéger l'accessibilité du marché est perceptible dans chaque décision en la matière. Cette conception s'apparente à une approche structuraliste du droit de la concurrence : en raison de l'adoption d'un comportement litigieux, le marché est rendu, ou risque d'être rendu, à court ou à plus long terme, plus difficilement accessible, d'une manière telle que les consommateurs, intermédiaires ou finals risquent d'en pâtir. Or, le droit communautaire de la concurrence a traditionnellement protégé l'accès des concurrents au marché, sans que le préjudice porté sur les concurrents ne soit correctement évalué, ou alors même que le comportement peut bénéficier aux consommateurs. Cette approche formaliste du droit de la concurrence, qui évite au juge de considérer l'échange avec attention, ou qui le conduit à n'orienter sa décision qu'en fonction de l'intérêt des concurrents de l'entreprise mise en cause, fait écho à la protection formaliste de l'accès de l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation dans le premier volet du droit communautaire matériel : ce n'est pas tant l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation qui doit être protégé, mais davantage la possibilité de livrer une concurrence aux opérateurs nationaux établis. Ainsi, par analogie avec le droit de la libre circulation, il semble nécessaire d'apprécier économiquement la restriction à l'accessibilité du marché qui résulte du comportement d'une entreprise sur celui-ci. Il convient alors de préciser les raisons pour lesquelles les autorités communautaires de la concurrence sont contraintes de s'affranchir de l'objectif formaliste de protection de l'accès des concurrents au marché, afin de privilégier une protection neutre de l'accessibilité de celui-ci.

La protection stricte de l'accès des concurrents au marché ressort de la qualification de certains comportements au regard de l'article 81 ou de l'article 82 TCE, qui conduisent à limiter exagérément la liberté contractuelle des entreprises et/ou qui sont interdits alors même que la nocivité de ces pratiques sur les consommateurs n'est pas établie. C'est en particulier le

⁷⁹⁴ Au-delà des pratiques qui portent en elles-mêmes atteinte à l'accomplissement du marché intérieur, le droit communautaire de la concurrence ne s'applique qu'à la condition que le comportement en cause affecte le commerce entre États membres.

cas en matière de ventes liées, de rabais, ou de baisses abusives des prix. La qualification de ces comportements est emblématique de l'attachement du droit communautaire de la concurrence à la protection formelle de l'accessibilité du marché aux concurrents (I). En revanche, la qualification du refus de vente amorce assez tôt une qualification plus élaborée de la protection de l'accessibilité du marché (II).

I. L'attachement du droit communautaire de la concurrence à la protection formelle de l'accessibilité du marché aux concurrents

La qualification de ventes liées au regard de l'article 81 ou de l'article 82 TCE, ainsi que la qualification de rabais de quantité et de fidélité en application de l'article 82, ont en commun de limiter la liberté contractuelle des entreprises partenaires de l'entreprise en position de force, en créant une relation d'exclusivité envers cette dernière⁷⁹⁵. Leur interdiction montre que la Cour de justice veille à protéger l'accès des concurrents au marché (A). À l'inverse, l'impossibilité pour une entreprise dominante de pratiquer des prix bas ou une baisse sélective de prix se justifie en tant qu'elles ont pour objet d'exclure les concurrents du marché (B). La qualification de l'ensemble de ces pratiques revient alors à poursuivre l'objectif consistant à protéger l'accessibilité du marché aux concurrents⁷⁹⁶.

A. La qualification de restriction à la concurrence des ventes liées et des rabais, reflet de la protection de l'accès des concurrents du marché

La condamnation de nombreuses pratiques contractuelles s'explique par la protection formaliste de l'accès des concurrents au marché. Au premier rang de celles-ci figurent les ventes liées et les rabais. La limitation de la liberté contractuelle de l'entreprise s'observe lorsque l'article 81 TCE est applicable⁷⁹⁷. Elle découle aussi de la reconnaissance d'une position dominante⁷⁹⁸. Ces aspects méritent d'être étayés.

⁷⁹⁵ Certains rabais sont cependant qualifiés au regard de l'article 82 TCE en tant qu'ils comportent une discrimination entre les partenaires de l'entreprise dominante, v. *infra* sous A., 2.

⁷⁹⁶ Une pratique d'éviction des concurrents menée sur un marché peut en effet dissuader d'autres entreprises d'accéder au marché en ce que cette éviction renforce les barrières à l'entrée. V. *supra* note 563. Nous n'excluons pas que les ventes liées puissent comporter un effet d'éviction du marché. Cet aspect est développé *infra* in Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B.

⁷⁹⁷ V. les développements *supra*, Section 1, I, A, sp. 2.

⁷⁹⁸ Arrêt *Michelin I*, préc. note 602, pt 57.

Une entreprise dominante ne peut, en principe, imposer à une entreprise partenaire une obligation de non-concurrence⁷⁹⁹. De même, la conclusion d'un accord d'approvisionnement exclusif avec un opérateur constitue pour l'opérateur dominant une exploitation abusive de sa domination⁸⁰⁰. Même si un accord d'achat exclusif n'est pas prohibé en lui-même, il fait ainsi l'objet d'une appréciation différente dans le cas d'un marché dont le jeu de la concurrence est restreint par la position prééminente de l'entreprise signataire⁸⁰¹, cette appréciation visant à préserver l'accessibilité du marché aux concurrents⁸⁰².

Au-delà des cas dans lesquels une position dominante est reconnue, il s'agit ici d'étudier le bien-fondé d'une condamnation de pratiques qui conduisent essentiellement à limiter la liberté contractuelle des entreprises partenaires de l'entreprise en position de force, ces pratiques étant motivées par la volonté d'exclure des concurrents du marché ou de rendre plus difficile l'accès des concurrents au marché. Cela concerne non seulement l'interdiction des ventes liées (1), mais aussi celle des rabais qui ne pèse, elle, que sur l'entreprise en position dominante (2).

1. L'interdiction des ventes liées, reflet de la protection des concurrents

Les ventes liées⁸⁰³ ou jumelées sont expressément interdites aux articles 81 §1 et 82 TCE⁸⁰⁴ car elles peuvent porter atteinte à l'accessibilité du marché du produit lié⁸⁰⁵.

⁷⁹⁹ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 689, pt 141 : « Les entreprises en position dominante ne peuvent imposer des obligations de non-concurrence à leurs acheteurs à moins de pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratique commerciale dans le contexte de l'article 82 ».

⁸⁰⁰ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 89 : « pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier – fut-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 (...), soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ». Les rabais de fidélité sont analysés *infra*, sous A, 2.

⁸⁰¹ Jugement *BPB Industries*, préc. note 582, pts 66 et 67. Dans le même sens, v. TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods c. Commission*, T-65/98 Rec., p. II-4653, pts 159 et 160.

⁸⁰² Jugement *BPB Industries*, préc. note 582, pt 68, soulignement ajouté. V. aussi arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 149, et jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 137. En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 889-890.

⁸⁰³ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 689, pt 215 : « il y a vente liée lorsqu'un fournisseur subordonne la vente d'un produit à l'achat, auprès de ce fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci, d'un autre produit distinct ».

⁸⁰⁴ Les art. 81 §1 e) et 82 d) TCE interdisent le fait « de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

⁸⁰⁵ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 689, pt 217 : « le principal effet anticoncurrentiel des ventes liées est que celles-ci peuvent verrouiller le marché du produit lié ».

L'application de l'article 81 §1 e) TCE, tout d'abord, est emblématique de la protection de l'accessibilité du marché aux concurrents. Une infraction à cette disposition a été relevée à l'encontre d'un opérateur belge, qui mettait gratuitement un appareil breveté à la disposition de fabricants de saucissons à la condition que ceux-ci s'engagent à s'approvisionner exclusivement en boyaux artificiels auprès d'une société à qui l'opérateur avait concédé l'exploitation de son brevet. Une société concurrente sur le marché des boyaux voyait « *son action de pénétration du marché belge (...) contrariée* »⁸⁰⁶ par les accords d'approvisionnement exclusif qui liaient plusieurs fabricants belges⁸⁰⁷. L'accès d'un concurrent « identifié » au marché belge est donc explicitement protégé.

La protection de l'accessibilité du marché aux concurrents est implicite dans une affaire qui concerne les relations tissées par une entreprise avec différentes sociétés allemandes, qui ont reçu des accords de licence pour fabriquer et vendre des planches à voile de la marque de la première. Ces accords obligeaient les titulaires de licence de vendre les gréements, couverts par un brevet allemand, uniquement avec les flotteurs approuvés par le fabricant. Or, « *l'obligation faite arbitrairement au licencié de ne vendre le produit breveté qu'associé à un produit étranger au brevet [n'est pas] indispensable à l'exploitation de ce brevet* » ; cette clause est de nature à restreindre la concurrence⁸⁰⁸. Au regard de cet arrêt, Ioannis LIANOS estime que « *la Cour a condamné la vente liée sans examiner au préalable si l'entreprise en cause disposait d'un pouvoir de marché, la seule limitation de la concurrence potentielle étant considérée comme un élément suffisant* »⁸⁰⁹. La protection de l'accessibilité du marché à tout concurrent, même s'il n'existe pas encore, motive donc l'approche restrictive de la jurisprudence à l'égard des ventes liées qui relèvent de l'article 81 TCE⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ Déc. Commission *Vaessen c. Moris*, préc. note 743, pt 2.

⁸⁰⁷ *Idem*, pt 15 : « La clause (...) qui oblige Impérial à s'approvisionner en boyaux exclusivement auprès de ALMO, dans la mesure où cette entreprise entend faire usage du procédé breveté et de l'appareil mis à sa disposition par Moris, a pour objet et pour effet de restreindre la concurrence, parce qu'elle prive la sous-licenciée de la liberté commerciale de s'approvisionner en boyaux auprès d'autres entreprises, éventuellement à des conditions plus avantageuses, ainsi que le démontrent ses achats auprès de Vaessen ».

⁸⁰⁸ CJCE, 25.2.1986, *Windsurfing International Inc. c. Commission*, 193-83, *Rec.*, p. 611, pts 57 et 59.

⁸⁰⁹ LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 863. On lit en effet au pt 58 de l'arrêt *Windsurfing International* : « même si à une certaine époque les licenciés ont montré en général aucun intérêt à des ventes séparées, la situation pourrait se modifier à l'avenir ».

⁸¹⁰ En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 862 : « la fermeture du marché semble être la raison principale de cette jurisprudence restrictive sur les ventes liées », en réf. notamment au regard des affaires *Vaessen c. Moris* et *Windsurfing International*.

Il en va de même lorsque l'article 82 est applicable. En effet, selon Richard WHISH, « *la préoccupation réside dans le fait que les clients sont liés à l'entreprise dominante, avec la conséquence que l'accès au marché est fermé aux concurrents* »⁸¹¹.

L'affaire la plus topique en matière de vente liée appréhendée par l'article 82 est celle dans laquelle la Commission a condamné la vente jumelée de chargeurs pour les pistolets de scellement Hilti avec leur complément de clous⁸¹². L'abus réside dans l'exploitation de la position dominante sur le marché des pistolets de scellement afin d'entraver l'accès au marché des fabricants des produits consommables compatibles avec ces derniers⁸¹³. L'atteinte à l'accessibilité du marché aval pour les concurrents est donc à l'origine de la sanction du comportement adopté par Hilti.

L'affaire *Tetra Pak* peut être relue de la même façon. L'entreprise mise en cause disposait d'un quasi monopole sur le marché des machines et cartons d'emballage aseptiques et d'une position prééminente sur les marchés des machines et cartons non aseptiques, ces marchés présentant des liens de connexité⁸¹⁴. Cette hypothèse se rapproche non seulement des arrêts *ICI* et *Télémarketing*⁸¹⁵ dans lesquels les abus commis sur le marché dominé avaient des effets sur le marché aval, mais aussi des situations qui ont fait l'objet des arrêts *AKZO*⁸¹⁶ et *BPB Industries*⁸¹⁷. Dans ce contexte, la Cour de justice confirme qu'un abus de position dominante peut résider dans le comportement d'une entreprise commis sur un marché non dominé, connexe au marché dominé, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer la domination

⁸¹¹ WHISH R., ouvrage préc. note 640, p. 203, notre traduction.

⁸¹² Déc. Commission 88/138/CEE, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, 22.12.1987, IV/30.787 et 31.488, JO L 65 du 11.3.1988, p. 19, pt 75.

⁸¹³ *Idem*, pt 74. Cette décision est confirmée en appel et en cassation. V. jugement *Hilti*, préc. note 784 et CJCE, 2.3.1994, *Hilti AG c. Commission*, C-53/92 P, *Rec.*, p. I-667.

⁸¹⁴ Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 31. V. aussi jugement *Tetra Pak*, *idem*, pt 7.

⁸¹⁵ Arrêts préc. respectivement notes 538 et 548, analysés *infra*, même section, sous II, A.

⁸¹⁶ Arrêt préc. note 640, analysé *infra*, même paragraphe, B, 1. L'abus commis sur un secteur du marché, les peroxydes utilisés additifs pour la farine, renforçait la position de l'entreprise sur un autre secteur du marché sur lequel l'entreprise concurrente d'AKZO avait décidé d'accéder, les peroxydes destinés à la fabrication des plastiques. En ce sens, v. concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER (ci-après D. COLOMER) présentées pour l'arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 45. La Cour mentionne au pt 25 de l'arrêt *Tetra Pak* que la Cour a qualifié d'abusifs certains comportements sur des marchés autres que les marchés dominés en citant l'arrêt *AKZO*. Pourtant, un seul marché pertinent avait été reconnu dans cet arrêt, même si deux secteurs avaient été identifiés sur ce même marché. L'avocat général COLOMER considère d'ailleurs que la délimitation de ces secteurs s'est faite « de façon un peu confuse » dans cet arrêt.

⁸¹⁷ Jugement *BPB Industries*, préc. note 582. L'entreprise en cause dominait le marché du plâtre mais l'abus est commis sur le marché des plaques de plâtre afin de renforcer la position de l'entreprise en cause sur ce dernier marché. En ce sens, v. concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 45.

de l'entreprise sur le premier⁸¹⁸. Au vu de la considération selon laquelle « *une grande partie des clients de Tetra Pak opère à la fois dans le secteur aseptique et dans le secteur non aseptique* »⁸¹⁹, la Cour estime que « *les liens entre les deux marchés aseptiques et les deux marchés non aseptiques renforçaient la puissance économique de Tetra Pak sur ces derniers* »⁸²⁰. La société imposait aux acheteurs des machines Tetra Pak de n'utiliser que des cartons Tetra Pak sur les machines qu'elle vendait ; elle les obligeait de ne s'approvisionner en cartons qu'auprès d'elle ou auprès d'un fournisseur désigné par elle, de sorte que la vente des cartons était liée à celle des machines⁸²¹. Or, des producteurs indépendants fabriquaient des cartons non aseptiques destinés à être utilisés dans les machines Tetra Pak⁸²². Ainsi, l'accès au marché des cartons non aseptiques est limité pour les producteurs indépendants. Pourtant, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle peut conduire un fabricant à obliger les acheteurs à s'approvisionner auprès de lui afin de rentabiliser ses machines⁸²³. L'existence d'un droit de propriété intellectuelle, qui pourrait limiter de manière légitime l'accès au marché des cartons, n'est cependant pas étayée par la Cour⁸²⁴. En garantissant que d'autres producteurs de cartons puissent les commercialiser auprès des utilisateurs de machines Tetra Pak, la CJCE préserve l'accessibilité du marché aux concurrents (en supposant que la

⁸¹⁸ Arrêt *Tetra Pak*, pts 25, 31 et 32 ; jugement *Tetra Pak*, pt 122. La formulation retenue par la Cour de justice au pt 31 (« la position quasi monopolistique détenue par Tetra Pak sur les marchés aseptiques et sa position prééminente sur les marchés non aseptiques, *distinctes*, mais *étroitement* connexes, plaçaient cette entreprise dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause », italiques ajoutées) est critiquable à plus d'un titre. L. IDOT in note sous l'arrêt *Tetra Pak, Europe*, 1.1997, comm. 17, p. 15-16, sp. 16, relève que « la Cour conclut à l'existence d'une position dominante sur tous les marchés... après avoir envisagé l'hypothèse d'un abus intervenant sur un marché non dominé. C'est pour le moins contradictoire ». De plus, au-delà de ce qui constitue certainement une faute de frappe (il semble que le problème consiste principalement dans le caractère distinct des marchés et non pas dans le caractère distinct des positions dominantes de Tetra Pak sur chacun d'eux), l'expression « *étroitement connexes* » est un pléonasme.

⁸¹⁹ Jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 120 ; arrêt *Tetra Pak*, pt 29.

⁸²⁰ Jugement *Tetra Pak*, pt 121.

⁸²¹ Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 36. Même si cette pratique respectait selon l'entreprise les usages commerciaux, la Cour de justice confirme que les cartons pouvaient être dissociés des machines, eu égard à l'existence de producteurs indépendants spécialisés dans la fabrication de cartons non aseptiques, destinés à être utilisés dans des machines produites par d'autres entreprises.

⁸²² *Ibid.* La situation est parallèle à celle en cause dans l'arrêt CJCE, 29.4.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, *Rec.*, p. I-5039.

⁸²³ V. en effet, arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 36, qui reprend la constatation énoncée au pt 83 du jugement : « tout producteur indépendant est parfaitement libre, au regard du droit communautaire de la concurrence, de fabriquer des produits consommables destinés à être utilisés dans des appareils fabriqués par d'autres à moins que, ce faisant, il ne porte atteinte à un droit de propriété intellectuelle détenu par un concurrent ».

⁸²⁴ Le Tribunal avait cependant précisé que « la communication aux utilisateurs de machines des caractéristiques techniques que doivent présenter les cartons pour être compatibles avec ces machines » pouvait protéger la santé publique « sans porter atteinte aux droits de propriété industrielle et commerciale des fabricants » (jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 84). V. aussi concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt *Tetra Pak*, pt 69 : « Tetra Pak s'est engagée, à la suite de la décision attaquée, à abandonner son système de vente liée et à

fabrication de cartons utilisables pour les machines de cette entreprise n'est pas couverte par un droit de propriété intellectuelle). Au-delà de l'application en l'espèce de la théorie de l'effet de levier⁸²⁵, l'approche reste formaliste. En effet, la Cour ne se préoccupe pas de l'effectivité de l'accès des concurrents au marché, alors que le Tribunal s'était intéressé à cette question⁸²⁶.

L'arrêt *Tetra Pak II* rappelle ainsi l'appréciation particulièrement restrictive dont font l'objet les ventes liées, qui peut sembler contraire à l'article 82 d). En effet, il n'est pas suffisant d'établir que « *la vente liée (...) [est] conforme aux usages commerciaux ou [qu'il] existe un lien naturel entre les deux produits en question* »⁸²⁷. Cela laisse peu de place aux justifications objectives. Une vente liée, réalisée par une entreprise dominante, ne peut donc être justifiée par la nature des produits ou les usages commerciaux « *que dans des cas exceptionnels* »⁸²⁸. L'approche est donc formaliste non seulement en ce que l'accès des concurrents au marché est considéré comme un objectif suffisant, mais aussi en ce que les effets éventuellement positifs des comportements litigieux sur la concurrence ne sont pas analysés⁸²⁹. La protection formaliste de l'accessibilité du marché aux concurrents conduit donc à une limitation de la liberté contractuelle des entreprises mises en cause, qui peut sembler critiquable si les effets

communiquer les critères techniques que les emballages doivent remplir pour pouvoir être utilisés avec ses machines de remplissage ».

⁸²⁵ En ce sens, v. not. jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 163. Un abus est en effet reconnu dans le fait de profiter d'un pouvoir de marché pour en créer un autre sur un marché connexe. En dehors des articles 81 et 82 (v. en particulier la jurisprudence analysée *infra* sur le refus de vente), la théorie est appliquée aussi en matière d'aides d'État (v. not. TPI, 18.1.2005, *Confédération nationale du Crédit mutuel c. Commission*, T-93/02, *Rec.*, p. II-143) et de concentrations (v. not. CJCE, 15.2.2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, C-12/03 P, *Rec.*, p. I-987).

⁸²⁶ Jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 132 : « dans le secteur aseptique, les obstacles techniques à l'accès au marché des cartons, résultant de certaines différences techniques entre les procédés de conditionnement aseptique et non aseptique, n'auraient pas été insurmontables, compte tenu de l'existence de certaines similitudes entre ces procédés ». Le pt 84 du jugement participe aussi de cette préoccupation. Le jugement TPI, 17.9.2007, *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04, *Rec.*, p. II-3601, développe davantage la question de l'efficacité de l'accès au marché à propos de la vente liée du système d'exploitation Windows pour PC clients et du logiciel Windows Media Player. Cette question est développée *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B.

⁸²⁷ Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 37 ; v. aussi jugement *Tetra Pak*, pt 137, repris *in* concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour cet arrêt, pt 70.

⁸²⁸ Concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 70. Le jugement *Microsoft Corp.*, préc. note 826, pt 940, le confirme : « il est difficile de parler d'usages commerciaux dans un secteur contrôlé à 95 % par [une entreprise en position quasi-monopolistique] ».

⁸²⁹ V. cependant l'analyse de la restriction de la concurrence issue de la vente liée du lecteur Windows Media Player avec les systèmes d'exploitation Windows, deuxième infraction en cause dans le jugement *Microsoft*, préc. note 826, étudié *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B, et même chapitre, Section 2, II, B, 2.

de la pratique ne sont pas correctement évalués. La jurisprudence plus récente marque cependant une évolution⁸³⁰.

On retrouve les mêmes préoccupations en matière de rabais de fidélité : leur interdiction poursuit l'objectif d'améliorer l'accessibilité du marché aux concurrents, mais limite fortement la liberté contractuelle des entreprises dominantes.

2. La qualification du rabais de quantité ou de fidélité, reflet de la protection des concurrents

La condamnation de certains rabais de fidélité⁸³¹ ou de quantité octroyés par une entreprise en position dominante a nécessité une interprétation dynamique de l'article 82 TCE⁸³². En fait, l'octroi d'une ristourne, d'un rabais ou d'une prime par un fournisseur en position dominante peut être interdit s'il est discriminatoire⁸³³, s'il tend à lier de manière exclusive le distributeur au premier⁸³⁴ ou lorsqu'il s'apparente à une vente liée⁸³⁵. Leur interdiction est problématique puisqu'il peut sembler rationnel qu'un distributeur plus performant qu'un autre soit récompensé financièrement par le fournisseur. Il convient ici d'étudier l'incidence de la préservation de l'accessibilité du marché aux concurrents sur la jurisprudence relative à cette pratique contractuelle controversée.

Avant de se consacrer plus avant aux rabais de fidélité, il convient de s'intéresser aux rabais (ou rappels) de quantité qui se distinguent des premiers :

« à la différence des rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé, la remise de fidélité tend à

⁸³⁰ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B, et même chapitre, Section 2, II, B, 2.

⁸³¹ Selon A. WINCKLER, « Entre chien et loup, ou la loyauté mal récompensée », *RLC*, 2005, p. 1, les rabais de fidélité sont : « une pratique commerciale courante et qui vise sur une période donnée – en général un exercice annuel – à récompenser un client – en général un distributeur – pour avoir atteint un volume de vente, un niveau de part de marché local ou un degré de progression de chiffre d'affaires donné ».

⁸³² L'énumération des pratiques abusives contenues à cet article « n'épuise [cependant] pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le Traité » (arrêt *Continental Can*, préc. note 542, pt 26, 3^e al).

⁸³³ V. par ex. Rapport sur la politique de concurrence – 1997, préc. note 759, pt 135, à propos du système de rabais sur les taxes d'atterrissage en vigueur à l'aéroport de Zaventem : « ce système (...) [avait] pour effet d'appliquer à l'égard de compagnies aériennes des conditions inégales pour des prestations équivalentes (prestations liées à l'atterrissage et au décollage), leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». V. aussi déc. Commission 97/745/CEE, *tarifs de pilotage dans le port de Gênes*, préc. note 780.

⁸³⁴ V. arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 89 (cité note 800). V. aussi la jurisprudence citée note 801.

⁸³⁵ V. en particulier le jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 163.

empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents »⁸³⁶.

Ainsi, les rabais de quantité « sont généralement considérés ne pas avoir un effet de forclusion interdit par l'article 82 (...). [Ils] sont donc censés refléter des gains d'efficience et des économies d'échelle réalisés par l'entreprise en position dominante »⁸³⁷. Toutefois, un rabais de quantité ne doit pas se traduire par l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes⁸³⁸. Certes, un système de rabais de quantité qui aboutit à ce que certains clients bénéficient, sur des quantités données, d'un taux moyen de réduction proportionnellement plus élevé que d'autres par rapport à la différence de leurs volumes d'achat respectifs n'est pas discriminatoire⁸³⁹. En revanche, « réserver le bénéfice de rabais, ou de rabais supplémentaires, à certains partenaires commerciaux »⁸⁴⁰ constitue un traitement discriminatoire⁸⁴¹. La démonstration de cette discrimination fonde la contrariété de la pratique avec l'article 82 TCE.

Une telle démonstration peut conduire à des raisonnements similaires à ceux qui sont menés en droit de la libre circulation. Ainsi, les rabais supplémentaires octroyés aux compagnies aériennes nationales sont condamnés parce que ces ristournes incitaient ces compagnies à utiliser en priorité les infrastructures aéroportuaires nationales au détriment des infrastructures concurrentes étrangères⁸⁴². Le faussement du jeu de la concurrence est condamné en tant que l'accès aux infrastructures nationales est favorisé.

La protection de l'accessibilité du marché aux concurrents est également explicite dans le jugement *Michelin II*. Ainsi, les rabais de quantité violent l'article 82 s'ils tendent, à l'instar des rabais de fidélité et d'objectifs, à empêcher l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents⁸⁴³. *Michelin* ne parvient pas à démontrer la contrepartie

⁸³⁶ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 90, 2° al.

⁸³⁷ Jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 58 ; en termes similaires, v. aussi jugement *British Airways*, préc. note 660, pt 246 (dans la mesure où le Tribunal renvoie aux mêmes affaires dans ces deux jugements, cela montre que on peut assimiler empêchement de l'approvisionnement des clients auprès des concurrents et effet de forclusion). Les économies d'échelles qui résultent des rabais de quantité sont mentionnées aussi dans l'arrêt *Portugal c. Commission*, préc. note 764, pts 49 et 52.

⁸³⁸ Arrêt *Portugal c. Commission*, C-163/99, préc. note 764, pt 50.

⁸³⁹ *Idem*, pt 51.

⁸⁴⁰ *Idem*, pt 52.

⁸⁴¹ *Idem*, pts 53 à 57. Ce traitement a été relevé en faveur de deux compagnies aériennes portugaises.

⁸⁴² V. les pts 54 et 56 : les rabais les plus avantageux profitent aux compagnies aériennes portugaises.

⁸⁴³ En ce sens, v. jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 59 et jugement *British Airways*, préc. note 660, pt 246. Selon le Tribunal, « l'incitation à l'achat générée par un système de rappels quantitatifs est (...) beaucoup plus importante lorsque les remises sont calculées uniquement tranche par tranche », et le système « est d'autant plus

économiquement justifiée de son système de rappels quantitatifs⁸⁴⁴, qui a un impact décisif sur l'accessibilité du marché français des pneus poids lourd⁸⁴⁵. Il paraît ainsi difficile pour une entreprise dominante de fidéliser ses clients en fonction d'une grille progressive de rabais quantitatifs, ceux-ci étant interdits s'ils limitent la liberté d'action des opérateurs économiques qui en bénéficient au détriment de l'accès des concurrents au marché. Le formalisme de ces décisions ressort nettement.

Les rabais de fidélité font l'objet d'une jurisprudence plus abondante, qui répond à une préoccupation du même ordre. Il est interdit pour une entreprise dominante d'octroyer des rabais, en contrepartie d'un engagement des clients de se fournir exclusivement ou presque auprès d'elle. Ces rabais tendent en effet à empêcher l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents, ce qui est contraire à l'article 82 b) TCE⁸⁴⁶. L'arrêt *Hoffmann-La Roche* mérite d'être rappelé à ce stade, à propos du comportement de Roche sur plusieurs marchés de vitamines, qualifié de double abus. D'abord, les acheteurs sont liés à la société par des engagements d'approvisionnement exclusif, qui constituent en eux-mêmes un abus, que ces accords trouvent ou non leur contrepartie dans l'octroi de rabais de fidélité⁸⁴⁷. Les rabais consentis aux acheteurs compensent leur obligation de ne se fournir qu'auprès de Roche et « *barrent l'accès du marché des autres producteurs* »⁸⁴⁸. Implicitement, l'article 82 c) est également appliqué⁸⁴⁹, en ce que certains rabais de fidélité créent une discrimination entre les opérateurs⁸⁵⁰. Mais ce sont surtout les limitations des sources d'approvisionnement (qui se traduisent du côté des producteurs par une limitation de leur accès au marché) qui semblent

fidélisant que la période de référence est longue » (pt 88 du jugement *Michelin II*). La période est d'un an en l'espèce (pt 91, en réf. au premier arrêt *Michelin*, préc. note 602, pt 81). Alors que la Commission avait démontré le caractère fidélisant, cloisonnant et inéquitable du système litigieux de rabais quantitatifs (pt 66), le Tribunal ne s'intéresse qu'au premier, eu égard aux liens qui unissent chacune de ces caractéristiques.

⁸⁴⁴ *Idem*, pts 98 à 109.

⁸⁴⁵ *Idem*, pt 110 : « Le système de rappels restreignait ainsi la possibilité de choix pour les revendeurs en ce qui concerne leurs sources d'approvisionnement et rendait plus difficile pour les concurrents l'accès au marché sans que la situation de dépendance des revendeurs, créée par le système de ristournes litigieux, ne reposait sur une contrepartie économiquement justifiée ».

⁸⁴⁶ Arrêt *Suiker Unie*, préc. note 583, pt 518, rappelé *in* jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 56. V. aussi le pt 526 : « le système incriminé était de nature à limiter les débouchés au préjudice des consommateurs, au sens de l'article [82], lettre b), du fait qu'il empêchait ou restreignait les possibilités d'autres producteurs, et notamment de ceux établis dans d'autres États membres, de concurrencer le sucre écoulé par SZV ».

⁸⁴⁷ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 89 (dont l'énoncé est reproduit note 800), repris not. *in* arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 149, et jugement *BPB Industries*, préc. note 582, pt 68.

⁸⁴⁸ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 90, 1^{er} al.

⁸⁴⁹ *Idem*, pt 90, 3^e al. : « les rabais de fidélité ont, en outre, pour effet d'appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en ce que deux acheteurs d'une même quantité d'un même produit paient un prix différent suivant qu'ils s'approvisionnent exclusivement chez l'entreprise en position dominante ou qu'ils diversifient leurs sources d'approvisionnement ».

décisives dans la reconnaissance de l'infraction. En effet, au moment de l'analyse de la clause anglaise, la CJCE met à nouveau l'accent sur l'atteinte implicite à l'accessibilité du marché qui résultait du système de fidélisation de la clientèle de Roche⁸⁵¹. La Cour sanctionne ainsi une entreprise dont le comportement avait pour objectif d'empêcher l'accès au marché de concurrents⁸⁵².

L'arrêt *Hoffmann-La Roche* est appliqué dans l'arrêt *Michelin I* à un système de rabais dénué de toute obligation d'achat exclusif, mais lié à la réalisation d'un objectif d'achat annuel⁸⁵³. Le système de ristournes créait une « *situation de dépendance des revendeurs* » envers Michelin⁸⁵⁴. La Cour de justice promeut l'accès des concurrents au marché par le biais de la protection de l'indépendance de choix du client de l'entreprise dominante⁸⁵⁵. La CJCE sanctionne donc pour cette raison le système litigieux⁸⁵⁶ mais, selon Anne-Lise SIBONY, « *l'examen est fort succinct et la restriction de concurrence est inférée de la restriction à la liberté commerciale* »⁸⁵⁷. Le jugement *Irish Sugar* dans lequel la protection de concurrents identifiés est explicite⁸⁵⁸, s'analyse de la même façon.

⁸⁵⁰ *Idem*, pt 106. La discrimination est suffisante dans certains cas pour interdire la pratique.

⁸⁵¹ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 105, al. 2 : « [d]ans un certain nombre de contrats, il n'est pas seulement précisé que l'offre doit émaner de concurrents sérieux, mais également de concurrent importants du même niveau que Roche ou encore que les offres doivent être comparables non seulement en ce qui concerne la qualité du produit, mais également en ce qui concerne la continuité de l'offre, ce qui, en éliminant un approvisionnement plus favorable mais occasionnel, renforce l'exclusivité ».

⁸⁵² *Idem*, pt 139, au moment d'un argument qui portait sur l'article 15 du règlement n° 17 du Conseil, du 6.2.1962, premier règlement d'application des articles des articles 81 et 82 du Traité, *JO*, 1962, 13, p. 204 (règlement abrogé par le règlement n° 1/2003/CE, préc. note 575) : « les instructions (...) contenues dans [différents] documents internes, en ce qui concerne l'importance et les effets attendus de la conclusion d'accords d'exclusivité et d'un système de rabais de fidélité pour le maintien des parts de marché de Roche, démontrent que la requérante poursuivait [délibérément] une politique commerciale visant à barrer l'accès des marchés à de nouveaux concurrents ».

⁸⁵³ Arrêt *Michelin I*, préc. note 602, pts 67, 72 et 73. Parmi l'ensemble des circonstances à analyser pour répondre à la question de savoir si les modalités d'octroi des rabais étaient constitutives d'un abus au sens de l'article 82, la Cour relève, en reprenant la formulation de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, qu'il convient d'apprécier notamment si la réduction consentie « barre l'accès au marché aux concurrents ». Celle-ci est de jurisprudence constante. On la retrouve également dans le jugement *Irish Sugar*, préc. note 607, pt 214.

⁸⁵⁴ *Ibid.* V. aussi les pts 81 et 84 où est caractérisée cette dépendance.

⁸⁵⁵ En ce sens, arrêt *Michelin I*, préc. note 602, pt 85.

⁸⁵⁶ Le grief de la Commission relatif au caractère discriminatoire du système en cause n'est pas retenu (pts 87 à 91). Ceci est rappelé dans le jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 65.

⁸⁵⁷ SIBONY A.-L., *Le juge et le raisonnement économique...*, préc. note 549, p. 285.

⁸⁵⁸ Jugement *Irish Sugar*, préc. note 607, pts 214 : « [l'octroi de ristournes d'objectif] ne repose pas sur une prestation économique justifiant cet avantage, mais tend à enlever à l'acheteur ou à restreindre sa possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres fournisseurs » et 224 : « la Commission était en droit d'affirmer que (...) était un client important de Gem Pack et d'en déduire que l'octroi d'une ristourne d'objectif à (...) par la requérante avait pour effet de désavantager ses autres fournisseurs de sucre, dont Gem Pack, ce qui constitue une pratique abusive », parenthèses dans le texte.

De même, à propos d'une offre de British Sugar qui consiste en une obligation d'approvisionnement exclusif auprès d'elle, compensée par un rabais de fidélité⁸⁵⁹, la restriction à la concurrence réside dans la limitation de la liberté des opérateurs ciblés de choisir leurs sources d'approvisionnement⁸⁶⁰. Un rabais de fidélité qui se double d'une obligation d'achat exclusif limite les débouchés et constitue donc un abus⁸⁶¹.

Dans les jugements *Michelin II* et *British Airways*, l'application du principe de la protection formaliste de l'accessibilité du marché aux concurrents est confirmée, à propos de systèmes de primes dont la nature inéquitable et fidélisante est stigmatisée en deux temps par le Tribunal.

La prime de service en cause dans le jugement *Michelin II* était dénuée de toute obligation d'achat exclusif, mais incitait les revendeurs à vendre et promouvoir les produits Michelin. En application de l'article 82 c), le Tribunal confirme que la prime de service était inéquitable. Elle était versée en fonction « *de critères évalués de manière subjective* », ce qui « *a conduit à une discrimination entre les revendeurs* »⁸⁶². Comme en matière de prix discriminatoires⁸⁶³, le Tribunal ne développe pas en quoi cela constitue une restriction à la concurrence, alors que l'article 82 exige qu'un désavantage dans la concurrence soit démontré lorsqu'une entreprise en position dominante applique à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes. Certes, comme dans le premier arrêt *Michelin*, le Tribunal fait état d'éléments qui semblent pouvoir caractériser un état de dépendance des revendeurs envers Michelin⁸⁶⁴, ceci consistant en des limitations de la liberté d'action des entreprises. Cela semble cependant assez mince pour identifier un désavantage dans la concurrence au

⁸⁵⁹ L'offre comportait plus précisément l'octroi par BS d'un rabais qu'elle était disposée à accorder aux membres du groupe d'achats achetant exclusivement à BS si, à l'avenir, l'ensemble des membres de ce groupe acceptait de s'approvisionner exclusivement auprès de BS.

⁸⁶⁰ Déc. Commission *Napier Brown-British Sugar*, préc. note 683, pt 74.

⁸⁶¹ *Idem*, pt 76, en référence au pt 89 de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*.

⁸⁶² Jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 158. V. aussi la démonstration du caractère inéquitable de la prime de service « en raison de la subjectivité dont était affectée l'appréciation des critères ouvrant droit à la prime », pts 136 à 150.

⁸⁶³ V. Section 1, II, B, 2.

⁸⁶⁴ Le Tribunal se réfère à la décision de la Commission en dénonçant l'appréciation subjective de la part de l'entreprise en position dominante du respect par le revendeur de ses engagements ouvrant droit à la remise : « une telle appréciation du respect des engagements permettrait à l'entreprise en position dominante « d'exercer une *pression forte* sur le revendeur [...] et lui donn[er]ait la possibilité, le cas échéant, d'utiliser le mécanisme de manière discriminatoire » (pt 140, en réf. au pt 251 de la déc. attaquée, italiques ajoutés). L'arrêt *Michelin I*, préc. note 602, pts 84 et 85, mentionnait une « pression considérable » et une « situation de dépendance ».

sens de l'article 82 TCE. Le jugement *Michelin II* interprète *a contrario* le premier arrêt *Michelin* : la discrimination entre les revendeurs est suffisante pour caractériser l'abus. L'approche est donc particulièrement formaliste.

Le Tribunal a aussi apprécié le caractère discriminatoire des systèmes de primes de résultat de British Airways (ci-après BA), dont bénéficient les agents de voyage établis au Royaume-Uni pour la vente de billets d'avion de cette compagnie aérienne. La discrimination réside dans la rémunération différente de services identiques⁸⁶⁵. À la différence du jugement *Michelin II*, le Tribunal s'intéresse à l'« *intense concurrence* » qui s'exerce entre les agents de voyage et explique que celle-ci est affectée par les conditions discriminatoires de rémunération inhérentes aux systèmes de primes de résultat⁸⁶⁶. L'argumentation semble cependant assez limitée, puisque les réels effets économiques de cette pratique sur le marché ne sont pas explicités⁸⁶⁷. Sans qu'il ne soit explicité⁸⁶⁸, le désavantage dans la concurrence est considéré comme la conséquence directe des effets discriminatoires des systèmes de primes de résultat⁸⁶⁹.

Au-delà du caractère inéquitable d'une prime de service ou de résultat qui est donc suffisant pour emporter la qualification d'abus de position dominante⁸⁷⁰, le caractère fidélisant de la prime de service a également été contesté dans le jugement *Michelin II*, à l'égard des produits nouveaux⁸⁷¹. Le rabais « *constituait [...] une incitation abusive à la promotion des nouveaux produits Michelin au détriment des produits concurrents* »⁸⁷². La possibilité d'une baisse de

⁸⁶⁵ Jugement *British Airways plc*, préc. note 660, pt 235. Les systèmes de primes de résultat pouvaient entraîner l'application de taux de commission différents à un montant de recettes identiques réalisées au titre de la vente de billets BA par deux agents de voyages, dès lors que leurs chiffres de vente respectifs et leur taux de progression avaient été différents.

⁸⁶⁶ *Idem*, pts 237 et 238.

⁸⁶⁷ Sans que cela ne puisse nous convaincre, v. le pt 265 du jugement : selon la Commission, dans la mesure où le système de remises constitue un abus, il ne serait pas nécessaire de démontrer également la présence des caractéristiques et des effets d'un tel système tel que celui condamné par la Cour dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*. V. aussi, selon une jurisprudence constante, pt 293 (relatif à l'effet d'exclusion des compagnies aériennes concurrentes de BA).

⁸⁶⁸ *Idem*, pt 23, en réf. au pt 29 de la déc. attaquée : « Inversement, un concurrent de BA qui souhaiterait accorder à un agent de voyages un avantage pour l'inciter à vendre ses billets d'avion à la place de billets BA devrait, pour neutraliser cet effet, offrir un pourcentage de commission bien supérieur à celui que verse BA sur tous les billets vendus par cet agent ». Ceci caractérise à l'évidence un désavantage dans la concurrence, la décision était ainsi plus disserte sur ce point.

⁸⁶⁹ *Idem*, pt 240, où le Tribunal valide l'appréciation de la Commission selon laquelle l'abus est commis.

⁸⁷⁰ Jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 150, en réf. au pt 253 de la déc. attaquée. Jugement *British Airways*, préc. note 660, pt 240.

⁸⁷¹ *Idem*, pt 151. Un revendeur obtenait des points supplémentaires « s'il se fournissait en produits nouveaux Michelin à hauteur d'un pourcentage déterminé par rapport à la part de marché régionale de ces produits ».

⁸⁷² *Idem*, pt 155.

deux points de la prime dissuadait les distributeurs de se fournir auprès d'autres producteurs. La société Michelin invoquait également l'argument selon lequel il était possible d'atteindre le rabais maximal sans devoir accepter d'obligations de nature à créer une relation d'exclusivité⁸⁷³. Le Tribunal rétorque cependant que « *la requérante cherchait à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement auprès de producteurs concurrents* »⁸⁷⁴. L'atteinte à l'indépendance de choix des fournisseurs est donc décisive dans la reconnaissance de l'infraction, ce qui montre que la jurisprudence n'a pas évolué depuis l'arrêt *Hoffman-La Roche*. Cet aspect de la décision repose sur une analyse essentiellement juridique, sans considération des effets réels de la pratique litigieuse sur le marché : le Tribunal ne prend pas en considération les offres que les producteurs concurrents peuvent éventuellement proposer aux revendeurs de pneus. Il ne répond pas à la question de savoir si l'accessibilité du marché pertinent est entravée, ou si le comportement peut évincer des concurrents du marché.

Dans son jugement *British Airways*, le Tribunal explique l'effet « fidélisant » du système de primes de résultat⁸⁷⁵, « *qui ne constituent ni des rabais ou primes de quantité ni des rabais ou primes de fidélité* »⁸⁷⁶, mais qui se rapprochent des primes de service en cause dans le premier arrêt *Michelin*⁸⁷⁷. Les principaux concurrents de BA ne pouvaient « *instaurer efficacement un système de primes similaire à celui de BA pour en contrecarrer l'effet d'exclusion s'exerçant à leur encontre sur le marché britannique des services d'agences de voyages aériens* »⁸⁷⁸. L'approche est axée sur la protection des concurrents.

Les systèmes de primes peuvent en outre avoir un effet de vente liée. Alors que cette qualification n'avait pas été retenue dans l'arrêt *Michelin I* à propos de la ristourne supplémentaire⁸⁷⁹, l'octroi d'une remise subordonnée à l'engagement que le revendeur choisisse Michelin pour rechapier les pneus usagers retient l'attention de la Commission dans

⁸⁷³ *Idem*, pt 159.

⁸⁷⁴ *Idem*, pt 160. La formulation est de jurisprudence constante. V. par ex., jugement *Irish Sugar*, préc. note 607, pt 221, et arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pt 90 al. 2.

⁸⁷⁵ Jugement *British Airways*, préc. note 660, pts 271 à 273, ce qui confirme la décision de la Commission.

⁸⁷⁶ CJCE, 15.3.2007, *British Airways plc c. Commission*, C-95/04 P, *Rec.*, p. I-2331, pt 68.

⁸⁷⁷ *Idem*, pt 65.

⁸⁷⁸ Jugement *British Airways*, préc. note 660, pt 278. V. aussi pt 276.

⁸⁷⁹ Arrêt *Michelin*, préc. note 602, pts 92 à 99.

l'affaire *Michelin II*⁸⁸⁰. La protection de l'accessibilité du marché aux concurrents est aisément perceptible :

« [P]ar la condition en cause la requérante cherchait à s'assurer de la part des revendeurs le rechapage systématique des pneus Michelin. Cette condition tendait ainsi à priver les revendeurs de la possibilité de choix en ce qui concerne le rechapage et à barrer aux autres rechapeurs l'accès au marché »⁸⁸¹.

Les rabais de fidélité sont donc assez rarement appréhendés en tant que tels, et cela pour trois raisons. D'abord, démontrer le caractère fidélisant de rabais revient à identifier une exclusivité, dont on peut estimer qu'elle est interdite *per se* en droit de la concurrence si elle est le fait d'une entreprise en position dominante. Ensuite, déterminer le caractère inéquitable d'un rabais est suffisant pour qu'il soit interdit (s'il est le fait d'une entreprise dominante). Enfin, exposer que le rabais revient à lier le distributeur sur un autre marché fait l'objet d'une interprétation restrictive. L'approche retenue ici semble donc formaliste, en tant que l'atteinte à l'accessibilité du marché du point de vue des concurrents est déterminante, sans que les effets de la pratique sur le marché ne soient évalués avec précision. La délicate justification d'un système de rabais de fidélité le corrobore⁸⁸².

La qualification d'une vente liée et celle d'un rabais se rejoignent donc par leur formalisme⁸⁸³. Même si la qualification de baisses abusives des prix répond quant à elle à l'objectif consistant à empêcher un opérateur dominant le marché d'évincer ses concurrents actuels et de dissuader ses concurrents potentiels d'accéder au marché, la préoccupation des autorités communautaires de la concurrence au moment de les qualifier au regard de l'article 82 TCE est du même ordre : il s'agit de préserver l'accessibilité du marché aux concurrents.

B. La qualification de restriction à la concurrence des baisses abusives des prix, reflet de l'objectif consistant à empêcher l'exclusion des concurrents du marché

À l'image de l'interdiction des rabais, l'interdiction pour une entreprise dominante de pratiquer des prix prédateurs ou une baisse sélective de prix ne figure pas explicitement à

⁸⁸⁰ Jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 163, en réf. au pt 137 du jugement *Tetra Pak*, préc. note 673.

⁸⁸¹ *Idem*, pt 164.

⁸⁸² Jugement *Irish Sugar*, préc. note 607, pt 218, rappelé *in* jugement *Michelin II*, préc. note 601, pt 140. Le Tribunal rejette l'argumentation de *Irish Sugar* sur ce point : l'octroi d'une remise par une entreprise en position dominante à un revendeur peut donc reposer sur une justification économique objective, sans que cette possibilité ne porte souvent ses fruits pour l'entreprise qui l'invoque. V. aussi, dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, préc. note 608, pts 102 à 108, le rejet de l'argumentation liée à la clause anglaise, invoquée comme un moyen de faire échapper les accords d'exclusivité et les rabais de fidélité à la qualification d'abus.

l'article 82 TCE⁸⁸⁴. Or, la particularité de ces pratiques est de bénéficier à court terme aux consommateurs. Cependant, l'article 82 « *ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective* »⁸⁸⁵. Même si d'aucuns sont tentés de préférer une approche ordo-libérale⁸⁸⁶, l'approche structuraliste semble plus pertinente. En effet, une pratique de prix bas relève du champ d'application de cet article dans la mesure où elle vise le plus souvent à exclure un concurrent du marché⁸⁸⁷, ce qui peut avoir un effet dissuasif sur la volonté d'autres opérateurs d'accéder au marché.

Les pratiques de baisses sélectives de prix et de prix prédateurs ont en commun d'être interdites si l'exclusion du ou des concurrents du marché motive une entreprise en position dominante qui les adopte⁸⁸⁸. À propos des prix situés en dessous des prix de revient, l'Organisation de coopération et développement économiques (ci-après OCDE) confirme le bien-fondé de leur interdiction au regard non seulement de l'intérêt des consommateurs mais aussi de l'économie en général :

« [L]’éviction par les prix renforce à court terme le bien-être des consommateurs, car cette stratégie a pour corollaire, dans un premier temps, l’application de prix d’une faiblesse inhabituelle. L’éviction, cependant, est un processus dynamique et lorsqu’elle atteint son objectif, les hausses de prix qui en résultent sont préjudiciables à la fois aux consommateurs et à l’efficacité de répartition à long terme. Si les entreprises en place avaient le droit de vendre à perte en vue de pratiquer des prix inférieurs à ceux de leurs concurrents et de les éliminer, alors les avantages résultant du libre jeu de la concurrence ne pourraient se faire pleinement sentir »⁸⁸⁹.

⁸⁸³ V. cependant la nuance apportée à ces propos dans le chapitre suivant.

⁸⁸⁴ À propos des baisses sélectives de prix, v. arrêt *Compagnie maritime belge*, préc. note 607, pt 112, en réf. à l'arrêt *Continental Can*, préc. note 542, pt 26, 3^e al. (extrait cité note 832).

⁸⁸⁵ Arrêt *Continental Can*, préc. note 542, pt 26, 3^e al.

⁸⁸⁶ V. concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 147 : « si l'abus réside dans la limitation de la liberté de concurrence d'autres entreprises, la simple menace de désavantages économiques peut permettre à elle seule de retenir l'existence d'une infraction à l'article [82] du Traité CEE (...). La limitation de la libre volonté ayant, à elle seule, un caractère abusif, peu importe que cette entreprise résiste ou cède à la pression exercée sur elle ». Cette approche paraît trop large, puisque toute limitation de la libre volonté d'une entreprise sur le marché n'a pas forcément d'effet néfaste sur la concurrence mais peut au contraire la stimuler.

⁸⁸⁷ Arrêt *AKZO*, *idem*, pt 70. V. aussi concl. av. gén. C. LENZ présentées pour cet arrêt, pt 146.

⁸⁸⁸ Les prix d'éviction et les baisses sélectives de prix ne sont bien sûr pas les seules pratiques d'exclusion. Un effet d'éviction peut être remarqué pour certains refus de vente, certaines ventes liées ou certains rabais de fidélité, mais également pour les prix discriminatoires (v. not. déc. Commission *Napier Brown-British Sugar*, préc. note 683, pt 66).

⁸⁸⁹ OCDE, « Predatory foreclosure », 15.3.2005, DAF/COMP(2005)14, Note de référence, p. 64.

Ainsi, l'interdiction de ces pratiques a un intérêt économique, à la condition cependant que la stratégie d'éviction soit démontrée. En effet, « *une baisse de prix pratiquée en réaction à l'arrivée de nouveaux concurrents ou à la menace de cette arrivée fait (...) partie des pratiques que l'on pourrait normalement attendre d'une entreprise établie, réalisant des bénéfices supérieurs au niveau concurrentiel* »⁸⁹⁰. Il convient dès lors de préciser à quelles conditions ces pratiques ambivalentes peuvent être interdites en droit communautaire de la concurrence, en distinguant les prix prédateurs⁸⁹¹ (1) des prix sélectivement bas⁸⁹²(2).

1. L'interdiction des prix prédateurs, reflet de la démonstration formaliste de l'effet d'exclusion des concurrents

Les prix prédateurs ou d'éviction sont emblématiques de la délicate appréhension par le droit de comportements adoptés par un opérateur économique dominant le marché, qui portent atteinte à première vue à l'intérêt des concurrents mais bénéficient à court terme aux consommateurs. Or, la pertinence des questions relatives à l'accès au marché dans l'interdiction des prix prédateurs est tangible. En effet, selon l'OCDE, « *l'application de prix d'éviction peut ne pas tant viser à éliminer un concurrent existant, mais à empêcher que des concurrents potentiels ne prennent pied sur le marché* »⁸⁹³. Il convient alors d'expliquer de quelle manière l'atteinte à l'accessibilité du marché en cause est également déterminante lorsqu'il est démontré qu'une pratique a pour objectif l'exclusion du marché d'un ou de plusieurs concurrents. Il convient aussi d'étudier comment la qualification de telles pratiques reste formaliste si l'effet sur la concurrence de celles-ci n'est pas démontré avec précision.

En droit communautaire, la première pratique litigieuse de prix bas a concerné AKZO, une entreprise dominant le marché des peroxydes organiques. Cette société fabrique également des composés à base de peroxyde de benzoyle, ainsi que des additifs utilisés pour la farine⁸⁹⁴. Un concurrent, ECS, produisait du peroxyde de benzoyle et le vendait seulement comme additif pour la farine. À partir de 1979, ECS produit également du peroxyde de benzoyle pouvant servir de catalyseur dans l'industrie des plastiques⁸⁹⁵. Selon la CJCE, AKZO a tenté

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ L'adjectif « prédateur » est préféré à celui de « prédatore », traduction impropre de l'expression anglaise « predatory prices ».

⁸⁹² L'arrêt *Compagnie maritime belge*, préc. note 607, distingue les prix prédateurs des baisses sélectives de prix.

⁸⁹³ OCDE, étude sur les pratiques d'éviction, préc. note 889, p. 64.

⁸⁹⁴ Arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 4. Le peroxyde de benzoyle est un peroxyde organique qui constitue un agent de blanchiment de la farine.

⁸⁹⁵ Concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *AKZO*, pt 1.

d'éliminer ECS du marché des peroxydes organiques, principalement en baissant les prix, massivement et d'une manière prolongée, dans le secteur des additifs pour la farine⁸⁹⁶.

La Cour établit ensuite le nouveau test de relation « prix-coût » afin d'apprécier le comportement d'une entreprise dominante⁸⁹⁷, en distinguant les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux⁸⁹⁸. D'une part, les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (qui varient en fonction des quantités produites⁸⁹⁹) sont « *présumés* »⁹⁰⁰ abusifs dans la mesure où une entreprise dominante cherche *de facto* à éliminer la concurrence en adoptant de tels prix⁹⁰¹. Cette présomption peut être renversée si l'entreprise en cause apporte une justification objective à l'adoption de ces prix bas⁹⁰²; certaines interprétations jurisprudentielles peuvent cependant en faire douter⁹⁰³. En revanche, les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux⁹⁰⁴, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables⁹⁰⁵, ne sont abusifs que s'ils sont « *fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent* »⁹⁰⁶. Ceci est lié à la préservation d'une concurrence efficace sur le marché⁹⁰⁷.

⁸⁹⁶ Arrêt *AKZO*, préc. note 640, pts 9, 63 et 162. ECS était empêchée d'étendre son activité sur le marché des peroxydes organiques dans leur application aux plastiques.

⁸⁹⁷ *Idem*, pt 163 : « les abus de cet ordre relèvent d'un domaine du droit où les règles de concurrence n'avaient jamais été précisées » (par les autorités communautaires de la concurrence, pourrait-on ajouter).

⁸⁹⁸ *Idem*, pts 71 et 72.

⁸⁹⁹ C'est-à-dire les prix inférieurs à la marge brute.

⁹⁰⁰ Selon la formulation retenue dans le jugement *France Télécom*, préc. note 567, pt 130.

⁹⁰¹ Arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 71. Le seul « intérêt » pour une entreprise dominante de pratiquer de tels prix est « d'éliminer ses concurrents (...), puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite.

⁹⁰² En ce sens, v. R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 706 : « la Cour de justice n'a pas énoncé que la présomption ne peut pas être renversée, mais en principe il serait faux de poser une règle *per se* selon laquelle la vente en-dessous de la moyenne des coûts variables serait toujours illégale », notre traduction.

⁹⁰³ Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 41 : « les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent toujours être considérés comme abusifs. Dans ce cas, une finalité économique autre que l'élimination d'un concurrent n'est pas concevable, car chaque unité produite et vendue entraîne une perte pour l'entreprise » et jugement *France Télécom*, préc. note 567, pt 195 : « des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables pratiqués par une entreprise détenant une position dominante sont considérés *per se* abusifs », alors que ces prix sont (seulement) « *présumés abusifs* » au pt 130 dans le même jugement.

⁹⁰⁴ Les coûts totaux sont l'addition des coûts fixes et des coûts variables.

⁹⁰⁵ Il s'agit des cas où la marge nette est négative mais la marge brute positive.

⁹⁰⁶ Arrêt *AKZO*, préc. note 640, pt 72.

⁹⁰⁷ *Ibid* : « ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ».

La Cour de justice s'inspire du test élaboré par Philipp AREEDA et Donald TURNER⁹⁰⁸, selon qui « *un prix doit être considéré comme prédateur en droit américain de la concurrence lorsqu'il se situ[e] en-dessous de la moyenne des coûts variables* »⁹⁰⁹. La position de la Commission, qui fut confirmée par la Cour, est cependant plus sévère : un prix situé au-dessus des coûts variables n'est pas présumé légal⁹¹⁰. Les prix situés au-dessus des coûts variables mais en dessous des prix totaux sont en principe interdits. L'OCDE fait d'ailleurs état des critiques formulées contre ce test qui semblent avoir été intégrées dans l'arrêt *AKZO*⁹¹¹.

Dans l'arrêt *AKZO*, la Cour reprend le calcul des coûts variables et totaux et compare les prix proposés par AZKO avec ces coûts pour juger de la légalité de chacune des offres⁹¹². Les prix des additifs pour la farine proposés par AKZO à la clientèle d'ECS étaient inférieurs à la moyenne des coûts totaux d'AZKO mais supérieurs à la moyenne des coûts variables⁹¹³. Puisqu'il est établi que ces prix avaient été proposés dans l'intention de nuire à la viabilité d'ECS⁹¹⁴, la Cour acquiesce à la considération selon laquelle les prix étaient anormalement bas⁹¹⁵. La principale difficulté réside dans la démonstration de l'intention de l'entreprise dominante d'éliminer son concurrent lorsqu'elle vend à un prix inférieur aux coûts totaux mais supérieur aux coûts variables⁹¹⁶. Or, l'arrêt *AKZO* ne prévoit pas un test basé sur des critères économiques, mais seulement sur l'intention de l'opérateur dominant.

⁹⁰⁸ AREEDA P. et TURNER D., « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harvard Law Review*, 1975, n° 88, p. 697, cité in R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 703 à 705.

⁹⁰⁹ WHISH R., *idem*, p. 704, notre traduction.

⁹¹⁰ En ce sens, *idem*, pp. 705 et 706.

⁹¹¹ OCDE, étude préc. note 889, p. 66.

⁹¹² Arrêt *AKZO*, préc. note 640, pts 83 à 97.

⁹¹³ *Idem*, pts 101 et 106 et 107.

⁹¹⁴ *Idem*, pts 102 et 108.

⁹¹⁵ *Idem*, pts 103 et 109. L'abus est commis également en ce qui concerne les prix d'appel proposés par AKZO aux clients d'ECS, relatifs au bromate de potassium, pour les amener à lui commander l'ensemble de leurs additifs, et aux mélanges de vitamines, alors qu'AKZO ne fournissait pas ce produit à sa propre clientèle (pts 122 à 130). Le maintien de prix artificiellement bas des additifs pour la farine proposés par AKZO pendant une période prolongée à sa propre clientèle est également mis en cause par la Cour. Certains sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux et ne se justifient pas objectivement : ils visaient à dissuader ECS de s'attaquer à sa propre clientèle (pts 131 à 146).

⁹¹⁶ En ce sens, R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 704-705 : « une règle juridique qui requiert une preuve spécifique de l'intention du prédateur pose des difficultés. Dans le processus impitoyable de la concurrence, chaque concurrent qui entre dans la course souhaite gagner, d'une manière telle qu'il doit nécessairement avoir l'intention que ses concurrents perdent (...). Une règle qui requiert la preuve de l'intention d'éviction serait plus sensée si elle avait une qualité objective basée sur l'économie (;) par exemple, le comportement d'un prédateur qui déroge à la maximisation du profit à court terme, ne peut qu'avoir pour finalité l'élimination d'un concurrent » (notre traduction).

La Cour de justice confirme son approche restrictive à l'égard de ces pratiques dans l'affaire *Tetra Pak II*, dans l'objectif de protéger l'intérêt des concurrents :

« une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a risque d'élimination des concurrents (...). L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents »⁹¹⁷.

Afin de reconnaître l'abus, l'essentiel est de caractériser de quelle manière la pratique peut tendre à exclure un concurrent. La CJCE confirme que « toute une série d'indices sérieux et concordants permet d'établir l'existence d'une intention d'éviction (...), en particulier (...) la durée, (...) la constance et (...) l'ampleur (...) des pertes consenties, ainsi que par [leur] caractère délibéré »⁹¹⁸. Même si la Cour réaffirme ici que l'objet de la sanction des prix prédateurs « est de préserver une concurrence non faussée », elle se contente de la constatation d'un risque d'exclusion des concurrents. Elle s'oppose également à la mise en œuvre de l'analyse de la récupération des pertes⁹¹⁹. La Cour et le Tribunal prennent dès lors le parti de ne protéger que les concurrents. Pourtant, vérifier si les pertes momentanées consenties par une entreprise en position dominante seront récupérées permet d'évaluer si l'adoption de prix bas est réellement préjudiciable à la concurrence⁹²⁰.

La jurisprudence qui concerne la baisse sélective de prix se situe sur une ligne semblable, c'est-à-dire sur une interdiction de tout comportement tendant à l'élimination d'un concurrent du marché.

2. L'interdiction des baisses sélectives de prix menées par une entreprise dominante, en tant que moyen de préserver formellement l'accessibilité du marché

L'interdiction des baisses sélectives de prix repose à première vue sur l'interdiction des pratiques discriminatoires au sens de l'article 82 c). Ces baisses sélectives de prix représentent également un moyen d'exclure les concurrents et induisent une réflexion en termes de coûts, de sorte que ces pratiques se rapprochent aussi des prix prédateurs. Dans l'arrêt *AKZO*, la sélectivité des offres faites aux « gros indépendants » est sanctionnée, car elle participe de l'objectif de « nuire » au fournisseur originel de ces derniers, il ne s'agit pas d'« une politique

⁹¹⁷ Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 44.

⁹¹⁸ Jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 190.

⁹¹⁹ Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 44. V. aussi jugement *Tetra Pak*, préc. note 673, pt 150.

⁹²⁰ L'appréciation des prix prédateurs en cause dans le jugement *France Télécom*, préc. note 567 est moins formaliste. V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, I. B.

de prix avantageux »⁹²¹. Cela semble pouvoir caractériser un désavantage dans la concurrence au sens de l'article 82 c), mais la Cour de justice ne se réfère pas à cet article. Parallèlement, dans l'affaire *Irish Sugar*, l'expression « *prix sélectivement bas* » apparaît de manière explicite, mais l'infraction n'est pas retenue sur ce point⁹²².

Seule l'affaire *Compagnie maritime belge* concerne le propos⁹²³. En l'espèce, une conférence maritime a mis en œuvre la pratique dite des « *navires de combat* », qui consiste à fixer les prix uniquement de façon à ce qu'ils soient inférieurs aux prix annoncés par l'unique concurrent, et non pas en rapport avec les coûts⁹²⁴. La Cour valide la sanction du comportement litigieux⁹²⁵. La Cour note que l'objet du comportement litigieux était d'évincer le concurrent, comme les requérantes l'avait reconnu⁹²⁶. La qualification de prix prédateurs est éludée, alors qu'elle était invoquée par la requérante⁹²⁷, mais la CJCE souligne que la baisse sélective des prix ne constitue pas « *une nouvelle définition d'une pratique abusive* »⁹²⁸.

L'arrêt *Compagnie maritime belge* est cependant assez isolé ; cela s'explique au regard des circonstances très particulières de la situation en cause : Cewal monopolisait 90 % du marché, elle n'était concurrencée que par une seule société, et la preuve de l'intention de la conférence d'éliminer ce concurrent était rapportée⁹²⁹. De plus, « *une entreprise dominante [dans le secteur des transports maritimes] est à même de cibler ses concurrents et de les éliminer par*

⁹²¹ Arrêt *AKZO*, préc. note 640, pts 112 à 115, sp. 115.

⁹²² Jugement *Irish Sugar*, préc. note 607, pts 117 à 124.

⁹²³ L'arrêt *Compagnie maritime belge*, préc. note 607, concerne également un abus de position dominante conjointe (v. pts 73 et s.). Les entreprises membres de la conférence maritime (Cewal) avaient en effet essayé de se prévaloir d'une exclusivité contractuelle prévue par l'accord Ogefrem, afin d'évincer un concurrent indépendant qui avait été autorisé par l'Ogefrem à accéder au marché. L'accord Ogefrem répartissait sur une base géographique le marché du transport maritime de ligne entre l'Europe du Nord et l'Afrique de l'Ouest. Les membres de Cewal bénéficiaient d'une exclusivité en vertu de cet accord, pour l'ensemble des marchandises à transporter dans le cadre du champ d'action de la conférence (pt 80). Essayer de se prévaloir de cette exclusivité « afin d'évincer le seul concurrent du marché (...) n'était pas exigé par l'accord [dans lequel il était] expressément prévu la possibilité d'accorder des dérogations en sorte que les exigences de l'article [82] pouvaient être respectées » (pt 86).

⁹²⁴ Arrêt *Compagnie maritime belge*, préc. note 607, pts 5 et 101.

⁹²⁵ *Idem*, pt 117 : « [L]orsqu'une conférence maritime en position dominante procède à une baisse sélective des prix afin de les aligner, d'une façon ciblée, sur ceux d'un concurrent, elle en profite à un double titre. D'une part, elle élimine le principal, voire le seul, moyen de concurrence ouvert à l'entreprise concurrente. D'autre part, elle peut continuer à demander aux utilisateurs des prix supérieurs pour les services qui ne sont pas menacés par cette concurrence ».

⁹²⁶ *Idem*, pt 119.

⁹²⁷ *Idem*, pt 97.

⁹²⁸ *Idem*, pt 120.

⁹²⁹ En ce sens, v. R. WHISH, ouvrage préc. note 640, p. 714.

un comportement stratégique qui prête peu attention aux coûts »⁹³⁰. Ceci rapproche donc indéniablement la pratique des baisses sélectives de prix de celle des prix prédateurs. Au-delà de cet aspect, la préservation de la structure de la concurrence ressort de cet arrêt, même dans un cadre restreint par l'accord litigieux⁹³¹. On pourrait estimer que l'approche est formaliste dans la mesure où la Cour préserve l'accès du seul concurrent au marché. Toutefois, il semble difficile qu'il en soit autrement dans un marché qui est quasiment monopolisé par un seul opérateur. La préservation de l'accès d'un concurrent au marché peut donc apparaître nécessaire dans certains cas, à la condition que la démonstration de l'effet anticoncurrentiel de la pratique litigieuse soit établi.

Il ressort de ces éléments que de nombreux accords ou pratiques sont traditionnellement sanctionnés au regard de l'article 81 ou de l'article 82 TCE en tant qu'ils portent atteinte à l'accessibilité du marché aux concurrents. Même si l'accessibilité d'un marché est essentielle pour qu'une concurrence efficace soit livrée, l'impact négatif du comportement litigieux sur la concurrence n'est souvent pas établi en détail. Nous verrons *infra* qu'une analyse précise en termes d'effets sur la concurrence permet de corriger l'appréhension de ces pratiques par les autorités de la concurrence, d'une manière telle que l'accessibilité du marché tend à être protégée d'une manière neutre.

À cet égard, la jurisprudence relative à l'interdiction du refus de fournir un produit ou un service marque précisément une évolution de la protection formelle de l'accès des concurrents au marché, à une préservation impartiale de l'accessibilité du marché.

II. La qualification du refus de vendre, amorce d'une démonstration neutre de l'atteinte portée à l'accessibilité du marché

L'évolution de la qualification du refus de vendre en droit communautaire de la concurrence peut servir d'exemple dans la démonstration de la nécessité d'une protection neutre de l'accessibilité du marché, c'est-à-dire indépendamment de la protection d'un ou de plusieurs concurrents explicitement identifiés.

La protection formelle de l'accès des concurrents au marché ressort de la jurisprudence classique relative au refus, opposé par une entreprise dominant le marché, de fournir un

⁹³⁰ WHISH R., *idem*, p. 714, notre traduction.

⁹³¹ V. en particulier les pts 45 et 47 de l'arrêt *Compagnie maritime belge*.

produit ou un service à un opérateur concurrent (A). Néanmoins, l'appréciation qualitative de l'atteinte portée à l'accessibilité du marché apparaît dès l'arrêt *Magill*. À partir de cet arrêt, l'accessibilité du marché est protégée d'une manière plus élaborée, en ce que la réflexion se détache de la nécessité de protéger la liberté d'accéder au marché (B).

A. La protection de l'accès des concurrents au marché dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Magill*

Dans les jurisprudences qui précèdent l'arrêt *Magill*, la CJCE interdit le refus de fournir d'une entreprise dominante en protégeant explicitement l'accessibilité du marché aux concurrents.

Dans l'affaire *ICI*, est en cause le refus de la société Commercial Solvents Corporation (ci-après CSC), dominante⁹³² sur le marché des matières premières nécessaires à la production de l'éthambutol⁹³³, de fournir cette matière première à Zoja. CSC entend concurrencer cette entreprise sur le marché aval par le biais de son intégration verticale dans la fabrication des médicaments antituberculeux. C'est alors la manière dont CSC cherche à prendre pied sur ce marché qui est contestable⁹³⁴. L'abus de position dominante est constitué par la volonté de CSC d'éliminer la concurrence sur le marché aval⁹³⁵. En application de la théorie de l'effet de levier, la présence de CSC sur le marché aval accentue le risque d'élimination de la concurrence⁹³⁶. La CJCE protège donc l'accessibilité du marché aval aux concurrents existants en qualifiant le refus litigieux au regard de l'article 82 TCE⁹³⁷.

Dans l'affaire des bananes, l'analyse des conditions de ventes des bananes de l'entreprise United Brands aux mûrisseurs conduit aussi la Cour de justice à se demander de manière implicite si le marché est accessible aux mûrisseurs indépendants, dans la mesure où un opérateur indépendant est empêché de s'approvisionner auprès des mûrisseurs agréés⁹³⁸. L'abus réside dans la limitation des débouchés, qui rend d'autant plus difficile l'accès au marché des mûrisseurs indépendants⁹³⁹. La Cour tente ainsi de rétablir des conditions normales de concurrence en protégeant l'accès des mûrisseries indépendantes au marché. En

⁹³² Arrêt *ICI*, préc. note 538, pts 9 à 18.

⁹³³ *Idem*, pts 19 à 22.

⁹³⁴ *Idem*, pt 24.

⁹³⁵ *Idem*, pt 25.

⁹³⁶ En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 834-835.

⁹³⁷ V. les critiques dont cet arrêt a fait l'objet relativement à la délimitation du marché pertinent, abordées *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 2, I, A, 2.

⁹³⁸ Arrêt *United Brands*, préc. note 660, pts 156, 158 et 159.

⁹³⁹ *Idem*, pt 159.

sus, la CJCE estime dans cet arrêt qu'une entreprise dominante est obligée de fournir un « *client ancien (...) lorsque les commandes de ce dernier ne présentent aucun caractère anormal* »⁹⁴⁰. *A contrario*, un refus de vendre est permis lorsque, en période de pénurie, le client est occasionnel⁹⁴¹ et lorsque celui-ci dispose d'approvisionnements alternatifs⁹⁴². La Cour s'assure que le client n'est pas évincé du marché et que le refus ne verrouille pas l'accès au marché aval. La protection de la liberté des concurrents d'accéder au marché ressort donc aisément de l'arrêt.

La protection formelle de l'accessibilité du marché ressort aussi de l'arrêt *Télémarketing*. Cette décision concerne le refus de la chaîne RTL au Luxembourg, opposé au Centre belge d'étude de marché, d'utiliser un numéro de téléphone rattaché à la chaîne et non pas à ce centre ; le refus exclut ce dernier du marché publicitaire de la chaîne. Or, l'entreprise dominante était seule à même de fournir le service en cause. Selon l'avocat général LENZ :

« Une entreprise abuse de la position dominante qu'elle détient sur un marché lorsqu'elle use de cette position pour s'implanter sur un autre marché voisin et lorsqu'elle ne se limite pas à cet égard à exercer elle-même ses activités sur ce marché mais lorsqu'elle tente simultanément, en opposant un refus d'approvisionnement, d'exclure les opérateurs économiques dont les activités se situent déjà sur ce marché »⁹⁴³.

En apparence, il s'agit davantage de l'imposition d'une condition contractuelle que d'un refus de livrer un service⁹⁴⁴. Cependant, selon la Cour de justice, « *la condition, pour la vente de temps d'antenne, d'utiliser le standard du régisseur publicitaire appartenant au même groupe que la chaîne de télévision, constitue en fait un refus de fournir les services de cette chaîne à toute autre entreprise de télémarketing* »⁹⁴⁵ ; ceci est qualifié d'abus de position dominante en

⁹⁴⁰ *Idem*, pt 182.

⁹⁴¹ CJCE, 29.6.1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV e.a. c. Commission*, 77-77, *Rec.*, p. 1513, pt 32.

⁹⁴² *Idem*, pt 42 : « grâce (...) aux possibilités d'approvisionnement offertes par le marché, en dehors des fournitures provenant de BP, ABG a pu, au cours de la crise, disposer d'un approvisionnement qui, quoique limité en raison notamment de la raréfaction généralisée des produits, l'a pourtant mise en mesure de surmonter les difficultés de la crise ». Inversement, la Cour de justice avait jugé dans l'arrêt *ICI*, pt 15, que « l'invocation de procédés alternatifs potentiels et de nature expérimentale ou pratiqués à petite échelle, n'est pas de nature à réfuter les motifs de la décision attaquée [quant à l'établissement de la position dominante] ».

⁹⁴³ Concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *Télémarketing*, préc. note 548, sp. p. 3268, en réf. à l'arrêt *ICI*. (arrêt cité comme réf. dans certains arrêts ultérieurs mettant en œuvre la théorie des installations essentielles ; il concernait une entreprise détenant un monopole légal, ce qui est constitutif d'une position dominante).

⁹⁴⁴ Arrêt *Télémarketing*, préc. note 548, pt 24.

⁹⁴⁵ *Idem*, pt 26.

raison du risque d'élimination de la concurrence qui en résulte⁹⁴⁶. Même si la Cour s'intéresse à l'objectivité du comportement, le risque d'élimination de la concurrence n'est pas analysé d'une manière approfondie. L'arrêt *GB-Inno-BM* prononcé dans l'affaire C-18/88 se situe sur une ligne parallèle, dans un cas dans lequel, cependant, « toute concurrence » était éliminée sur le marché voisin⁹⁴⁷. Le maintien de la concurrence empêche ainsi une entreprise dominante sur un marché d'adopter des comportements de nature à éliminer la concurrence sur un marché voisin sur lequel elle décide d'opérer ou sur lequel elle opère déjà. L'arrêt *British Leyland*⁹⁴⁸ concernait aussi « le comportement d'entreprises en position dominante, en ce qui concerne la fourniture de service ou de produits que seules ces entreprises étaient à même de fournir et qui étaient nécessaires pour exercer une activité sur un marché dérivé »⁹⁴⁹. Le fait de ne pouvoir accéder au marché des certificats nécessaires à l'immatriculation des véhicules (marché amont) dissuade les revendeurs hors réseau de se procurer les véhicules auprès d'autres États membres, afin de les commercialiser (marché aval)⁹⁵⁰. L'entreprise dominante sur le marché amont est donc contrainte de fournir le service afin de laisser le concurrent accéder au marché aval, mais la restriction à la concurrence est déduite de l'atteinte à la liberté commerciale des distributeurs indépendants⁹⁵¹.

Il ressort de cette jurisprudence que la limitation de la liberté des concurrents d'accéder au marché aval peut entraîner l'obligation pour l'entreprise dominante sur le marché amont de fournir le service ou le produit en question, alors que les questions relatives à la concurrence sur le marché aval sont à peine évoquées.

L'appréciation est différente, cependant, lorsque le refus concerne un droit de propriété intellectuelle :

⁹⁴⁶ *Idem*, pt 27.

⁹⁴⁷ CJCE, 13.12.1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*, C-18/88, *Rec.*, p. I-5941, pt 18, en réf. à l'arrêt *Télémarketing*, pt 27. Le jugement *Microsoft*, préc. note 826, pt 561, assimile cependant un comportement de nature à éliminer toute concurrence à un comportement qui risque seulement de l'éliminer.

⁹⁴⁸ Arrêt *British Leyland*, préc. note 548, pt 5 : « le marché en cause n'est (...) pas celui de la vente des véhicules, mais un marché dérivé et distinct, qui est celui des services indispensables en fait aux revendeurs professionnels pour assurer la commercialisation des véhicules produits par BL dans une aire géographique déterminée ». *British Leyland* était seule à même de procurer aux revendeurs les informations et les services nécessaires à l'immatriculation des véhicules (pt 23).

⁹⁴⁹ Concl. av. gén. C. GULMANN, présentées pour l'arrêt *Magill*, cité note 955, pt 108, en réf. aux arrêts *British Leyland*, préc. note 548, et *Hugin* (préc. note 539, arrêt dans lequel la condition liée à l'affectation du commerce entre États membres n'est pas remplie, de sorte que le refus de vendre des pièces de rechange à un opérateur hors-réseau n'est pas contraire à l'article 82 du Traité).

⁹⁵⁰ Arrêt *British Leyland*, préc. note 548, pt 23.

⁹⁵¹ *Idem*, pt 24 : le refus est considéré comme un abus de position dominante en ce que la société manifestait par ce biais « sa volonté de faire obstacle aux réimportations venant concurrencer ses distributeurs agréés ».

« la faculté reconnue au titulaire d'un [tel] droit de s'opposer à la fabrication par des tiers de produits couverts par ce droit et d'empêcher l'importation et la vente de pareils produits fabriqués sans son consentement dans d'autres États membres constitue la substance de son droit exclusif »⁹⁵².

Empêcher la fabrication et la vente de ces produits protégés ne constitue donc pas en soi un abus de position dominante⁹⁵³. L'abus peut cependant être reconnu dans trois cas : le refus de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants est arbitraire ; les prix sont fixés à un niveau inéquitable ; la décision est prise de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore⁹⁵⁴. L'exercice du droit exclusif par le titulaire, qui peut résider dans le refus d'octroyer une licence, ne peut donc donner lieu à un comportement abusif que dans des circonstances exceptionnelles⁹⁵⁵. En ce sens, les arrêts *CICRA* et *Volvo* constituent le prélude de l'arrêt *Magill*.

Les pratiques conduisant à éliminer la concurrence d'un marché dérivé sont donc sanctionnées en application de l'article 82 TCE afin de protéger formellement l'accès des concurrents au marché, même si la position dominante n'est établie que pour le marché principal⁹⁵⁶. Or, le fait qu'une entreprise dominante soit contrainte de partager la place sur le

⁹⁵² CJCE, 5.10.1988, *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e.a. c. Régie nationale des usines Renault* (ci-après *CICRA*), 53-87, *Rec.*, p. 6039, pt 11, à propos de pièces de rechange pour véhicules automobiles, mais dans le cadre de la première question préjudicielle relative à la libre circulation des marchandises. Dans des termes similaires pour le titulaire d'un modèle protégé, v. CJCE, 5.10.1988, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd*, 238-87, *Rec.*, p. 6211, pt 8.

⁹⁵³ *Idem*, pt 15. V. aussi, arrêt *Volvo*, pt 8.

⁹⁵⁴ *Idem*, pt 16. Arrêt *Volvo*, pt 9. La Cour de justice ajoute que l'abus n'est reconnu que si le comportement affecte le commerce entre États membres. Les deux premiers exemples concernent un comportement d'abus indépendant du refus de licence, c'est-à-dire des actes supplémentaires ne concernant pas le droit au modèle ; cela ne porte pas une atteinte spécifique à l'objet spécifique du droit de modèle (en ce sens, v. concl. av. gén. C. C. GULMANN, présentées pour l'arrêt *Magill*, cité note 955, pt 57). Le troisième exemple, le fait de ne pas reproduire l'œuvre protégée, constitue l'exercice d'une prérogative relevant de l'objet spécifique du droit de modèle : la Cour admet que l'article 82 fonde une atteinte à des prérogatives relevant de l'objet spécifique d'un droit incorporel (selon l'avocat général GULMANN, *idem*, pt 58).

⁹⁵⁵ CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission* (ci-après *Magill*), C-241 et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743, pt 50, en réf. à l'arrêt *Volvo*, préc. note 952, pt 9. V. not. C. CARREAU, « Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (À propos de l'affaire *Magill*) », *Europe*, 7.1995, chron. n° 8, p. 1-4 ; J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des « installations essentielles » », *Dalloz Affaires*, n° 28, 1996, p. 859-862.

⁹⁵⁶ Arrêt *ICI*, préc. note 538, pt 25. Arrêt *Télémarketing*, préc. note 548, pt 26, en réf. à l'arrêt *ICI* : « cette constatation [selon laquelle le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'art. 82] est également valable pour le cas d'une entreprise détenant une position dominante sur le marché d'un service indispensable pour les activités d'une autre entreprise sur un autre marché ».

marché avec un concurrent peut freiner l'investissement⁹⁵⁷. Il semble alors préférable de privilégier une protection neutre de l'accessibilité du marché.

B. Le développement de la protection neutre de l'accessibilité du marché

Au-delà de la question de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, l'arrêt *Magill* est emblématique du développement de la protection neutre de l'accessibilité du marché en droit communautaire de la concurrence.

La théorie des infrastructures essentielles est issue de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique⁹⁵⁸. Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, la théorie des infrastructures essentielles a principalement un intérêt en matière de refus de fournir un produit ou un service⁹⁵⁹. L'accès à un réseau, à une installation ou une infrastructure considérée comme essentielle pose la question, *de facto*, de l'accès au marché : sans l'autorisation d'accès, l'entreprise demanderesse est dans l'impossibilité de commercialiser le service ou le produit en question. Il ne s'agit pas ici de définir ce qu'il convient d'entendre par cette théorie⁹⁶⁰, mais plutôt de se demander à quelles conditions le refus de l'accès à une infrastructure essentielle⁹⁶¹ constitue une restriction de la concurrence. Le juge

⁹⁵⁷ En ce sens, v. en particulier E. COMBE, ouvrage préc. note 649, p. 252, où l'auteur développe les arguments selon lesquels « la menace d'une obligation d'accès peut décourager à terme les firmes d'investir dans de nouvelles infrastructures » et « l'obligation d'accès peut entrer en conflit avec l'exercice même d'un droit de propriété intellectuelle ».

⁹⁵⁸ À propos de l'origine étatsunienne de cette théorie, v. not. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 26.11.1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, C-7/97, *Rec.*, p. I-7791, sp. pts 46 et 47 ; COMBE E., ouvrage préc. note 649, p. 249 ; LIANOS I., ouvrage préc. note 551, p. 841 et s, en réf. not. aux arrêts de la Cour Suprême qui s'inspirent de la théorie des installations essentielles : *U.S. v. Terminal Railroad* (224 US 383, (1912)) qui applique l'art. 1 du Sherman Act à un contrat qui partageait l'installation entre plusieurs propriétaires en imposant à ces derniers de partager l'installation, et *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (427 US 585, (1985)) qui applique l'art. 2 du Sherman Act à un refus de vente. Le refus de vente ne se justifiait pas par des gains d'efficacité et l'objectif de l'entreprise en cause était d'exclure le concurrent du marché. V. aussi H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St Paul, Minn., 1994, p. 273 et s ; J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2004, p. 128-129.

⁹⁵⁹ La théorie a aussi un intérêt pour ce qui est des redevances discriminatoires, v. par ex., jugement *Aéroports de Paris c. Commission*, préc. note 548, pt 122. La théorie est également pertinente en matière d'accords, v. la jurisprudence citée *infra*, note 1002.

⁹⁶⁰ Parmi une littérature abondante, v. not. G. DEZOBRY, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles)*, thèse, Paris X, 2007 ; SUBIOTTO R. et O'DONOGHUE R., « Defining the scope of the duty of dominant firms to deal with existing customers under article 82 EC », *ECLR*, 2003, p. 683 ; CAPOBIANCO A., « The essential facility doctrine : similarities and differences between the American and European approach », *ELR*, 2001, p. 549 ; LIPSKY A. B. Jr et SIDAK J. G., « Essential Facilities », Symposium – Tribute to William F. Baxter, *Stanford Law Review*, 1999, n° 51, p. 1187 ; FURSE M., « The 'Essential Facilities' Doctrine in Community Law », *ECLR*, 1995, p. 469.

⁹⁶¹ Les expressions installation ou infrastructure essentielle sont synonymes. L'expression « facilité essentielle » est un néologisme qui traduit l'expression « essential facility ». Elle semble impropre (v. définition proposée par le dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007, du terme « facilité ») mais est employée par la doctrine et par la

communautaire doit en effet dépasser l'évidence selon laquelle l'accès au marché est rendu plus difficile pour un ou plusieurs opérateurs concurrents, lorsque l'accès à ce marché est conditionné par l'octroi d'un produit ou d'un service.

En étendant la jurisprudence *ICI* au refus d'une entreprise en position dominante située sur un marché donné de fournir un service indispensable pour les activités d'une autre entreprise située sur un autre marché, l'arrêt *Télémarketing* pose les prémices d'une application de la théorie des infrastructures essentielles en droit communautaire⁹⁶². L'arrêt *Magill* a été prononcé dans l'esprit de cette théorie, en reconnaissant un abus de position dominante dans le refus de livrer l'information sur les programmes hebdomadaires de chaînes de télévision d'Irlande et d'Irlande du Nord. En l'espèce, la livraison de cette « œuvre de l'esprit »⁹⁶³ est indispensable pour l'édition d'un guide général de télévision, chaque chaîne publiant son propre programme. Or, les chaînes de télévision disposent d'un monopole sur les informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision captés en Irlande et en Irlande du Nord⁹⁶⁴. Ainsi, la question est de savoir si le refus de délivrer l'information est constitutif d'un abus de position dominante, même si le refus répand ses effets sur le marché dérivé de l'édition de programmes généraux de télévision. La Cour se place sur le terrain du refus de livrer une information brute et non sur celui d'accorder une licence de propriété intellectuelle⁹⁶⁵. Le refus de délivrer l'information litigieuse constitue pourtant un abus, dans la mesure où trois conditions sont remplies : le refus empêche l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle, alors qu'aucun substitut réel ou potentiel n'existe et que l'information est indispensable pour fabriquer le produit (1^{ère} condition)⁹⁶⁶ ; ce refus n'est pas justifié (2^e condition)⁹⁶⁷ ; toute concurrence est exclue sur le

jurisprudence. V. not. jugement *Aéroports de Paris*, préc. note 548, pt 122 : « les installations de l'aéroport de Paris constituent une *facilité essentielle* en ce sens que leur utilisation est indispensable pour la fourniture de divers services, notamment d'assistance en escale », italiques ajoutés. L'expression n'est pas reprise dans l'arrêt de pourvoi, préc. note 548. V. aussi jugement TPI 15.9.1998, *European Night Services Ltd e.a. c. Commission* (ci-après *ENS*), T-374, T-375, T-384 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141, pt 212.

⁹⁶² V. les remarques formulées *supra* sur cet arrêt.

⁹⁶³ Selon les parties requérantes et l'avocat général.

⁹⁶⁴ Arrêt *Magill*, préc. note 955, pt 47, où il est précisé que les chaînes de télévisions « ont ainsi le pouvoir de faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur le marché des hebdomadaires de télévision ». Comme on a pu le remarquer dans l'arrêt *ICI*, la Cour de justice ne délimite qu'accessoirement le marché pertinent.

⁹⁶⁵ En ce sens, J.-B. BLAISE, préc. note 955, sp. p. 860 (v. pt 54 de l'arrêt *Magill* préc. note 955). L'opinion défendue par l'avocat général GULMANN est contraire, v. pt 87. v. aussi le pt 97 : « même s'il s'agit d'un produit nouveau et meilleur, l'intérêt des consommateurs ne saurait, dans une telle situation, justifier une atteinte à l'objet spécifique du droit d'auteur ». Même lorsque le refus empêche l'accès au marché pertinent d'un nouveau produit qui pourrait satisfaire l'intérêt des consommateurs, le refus d'octroyer une licence est légitime, selon l'avocat général, en ce qu'il constitue l'exercice d'un droit d'auteur.

⁹⁶⁶ Arrêt *Magill*, préc. note 955, pts 52 à 54.

marché dérivé (3^e condition)⁹⁶⁸. « *L'information brute* » est « *une matière première indispensable* » pour créer le guide et l'offrir sur le marché des produits dérivés⁹⁶⁹. La Cour de justice occulte la question de l'existence d'un droit légal susceptible d'être protégé, alors que l'existence d'un tel droit n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'un abus dans les arrêts *CICRA* et *Volvo*⁹⁷⁰.

Cet arrêt applique donc la théorie des installations essentielles au refus de fournir un bien immatériel indispensable à la commercialisation d'un produit⁹⁷¹. Même s'il y est également question de la mainmise d'une ou de plusieurs entreprises sur un marché, l'arrêt *Magill* ne transpose pas l'apport de l'arrêt *ICI* à la possession d'une matière première immatérielle par une entreprise en position dominante. En effet, CSC n'était pas dominante sur le marché des produits dérivés issus de ses matières premières, mais « *risqu[ait]* » d'éliminer la concurrence sur celui-ci⁹⁷². En l'espèce, les chaînes de télévision se partagent le marché des produits dérivés de leurs informations (le marché aval constitue un oligopole)⁹⁷³, la concurrence est « *exclu[e]* » sur celui-ci⁹⁷⁴. Cependant, la différence entre un « *risque d'élimination de la concurrence* »⁹⁷⁵ et un comportement « *de nature à exclure la concurrence* »⁹⁷⁶ n'est pas pertinente⁹⁷⁷. Le point positif de l'arrêt *Magill*, si on le compare à l'arrêt *ICI*, réside alors dans l'appréciation plus poussée de la concurrence potentielle sur le marché aval. Les considérations relatives à l'apparition du produit nouveau sur le marché aval sont en effet décisives dans l'arrêt : le refus empêche la fabrication d'un tel bien, qui ne peut pas accéder

⁹⁶⁷ *Idem*, pt 55.

⁹⁶⁸ *Idem*, pt 56, en réf. au pt 25 de l'arrêt *ICI*, préc. note 538.

⁹⁶⁹ *Idem*, pts 53 et 56, en réf. explicite à l'arrêt *ICI* et implicite à l'arrêt *Télémarketing*. L'arrêt *ICI*, préc. note 538, concernait effectivement le refus de vendre une matière première nécessaire à la fabrication d'un produit dérivé. L'adjectif qualificatif « *indispensable* » est employé au pt 26 de l'arrêt *Télémarketing*, préc. note 548. V. aussi concl. av. gén. C. GULMANN, présentées pour l'arrêt *Magill*, pt 161, qui expose le point de vue selon lequel l'information sur les programmes télévisés présente un élément suffisant de création intellectuelle au sens de la Convention de Berne de 1886.

⁹⁷⁰ Arrêt *Magill*, pt 54. V. les remarques formulées *supra* sur les arrêts *CICRA* et *Volvo*, préc. note 952. On aurait donc pu s'attendre à ce que la Cour développe davantage cette question sensible qui a fait l'objet de longs développements dans les conclusions de l'avocat général : une fois la référence à l'arrêt *Volvo* effectuée, la Cour fait référence au droit d'auteur seulement en ce qu'il est invoqué par les requérantes.

⁹⁷¹ En ce sens, v. not. J.-B. BLAISE, art. préc. note 955, et les auteurs auxquels il fait référence.

⁹⁷² Arrêt *ICI*, préc. note 538, pt 25.

⁹⁷³ Arrêt *Magill*, préc. note 955, pts 53.

⁹⁷⁴ *Idem*, pt 56.

⁹⁷⁵ L'arrêt *ICI*, préc. note 538, emploie cette expression au pt 25 et l'arrêt *Télémarketing*, préc. note 548, au pt 27, mais la Cour de justice les interprète dans l'arrêt *Bronner*, préc. note 958, pt 38, comme signifiant que la Cour a jugé dans les deux cas le refus abusif « *dans la mesure où le comportement en cause était de nature à éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise* ».

⁹⁷⁶ Arrêt *IMS*, préc. note 822, pt 47.

⁹⁷⁷ Jugement *Microsoft*, cité note 826, pt 561.

au marché alors qu'il existe une demande pour ce produit. L'intérêt des consommateurs est alors indirectement pris en considération⁹⁷⁸. Néanmoins, l'arrêt *Magill* laisse le lecteur dubitatif, dans la mesure où la Cour de justice élude la question de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle et semble alors faire peser une obligation trop forte sur les entreprises dominant le marché.

Le jugement *Tiercé Ladbroke* confirme l'évolution des considérations liées à l'accessibilité du marché dans le cadre du refus de fournir. En l'espèce, le Tribunal estime qu'un refus de concession d'une licence de transmission n'est pas constitutif d'un abus s'il n'induit pas de restriction de concurrence⁹⁷⁹. La transmission télévisée n'est pas, en effet, un service indispensable à l'exercice de l'activité principale des bookmakers⁹⁸⁰. Ainsi, même si la formulation est critiquable⁹⁸¹, il est jugé qu'un refus d'octroyer une licence, de la part d'une entreprise dominante sur un marché amont, n'est pas abusif lorsque les effets de ce refus s'étendent sur un marché aval sur lequel cette entreprise n'est pas implantée et lorsque l'entreprise à qui le refus est opposé peut exercer convenablement son activité par d'autres moyens. Le jugement se détache donc d'une protection stricte de la liberté des concurrents d'accéder au marché.

Cet aspect est également décisif dans l'arrêt *Bronner*, dans lequel la CJCE limite les cas dans lesquels l'entreprise dominante est contrainte de laisser un concurrent accéder au réseau. La

⁹⁷⁸ Le fait que l'abus nuise à l'intérêt des consommateurs ne fait pas partie des conditions explicites de mise en œuvre de la théorie des installations essentielles. Étant donné que l'article 82 suppose que l'élimination ou la réduction substantielle de la concurrence est défavorable aux consommateurs, cela semble sous-entendu. En ce sens, v. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Bronner*, préc. note 958, pt 61.

⁹⁷⁹ Jugement *Tiercé Ladbroke*, préc. note 603, pt 130 ; v. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Bronner*, préc. note 958, pts 41 et 42. V. aussi L. IDOT, note sous le jugement *Tiercé Ladbroke*, *Europe*, 8-9.1997, comm. 292, p. 17-18.

⁹⁸⁰ *Idem*, pt 132.

⁹⁸¹ *Idem*, pt 131 : « Le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article [82] que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs ». L'emploi de l'adjectif « essentiel », qui ne figure pas dans l'arrêt *Magill* dans lequel seul le terme « indispensable » est employé pour ce qui concerne le refus litigieux, appuie l'idée selon laquelle l'arrêt *Magill* applique la théorie des infrastructures essentielles. Au-delà de cet aspect, la lecture proposée ici de l'arrêt *Magill* est erronée dans la mesure où le Tribunal considère que l'arrêt *Magill* énonce deux conditions alternatives, sans faire mention de la possibilité de justifier le refus. Si l'arrêt *Magill* distingue effectivement entre l'information qui était essentielle pour éditer un guide complet de télévision et le guide lui-même, produit nouveau pour lequel il existait une demande potentielle, le refus résidait seulement dans le fait de délivrer l'information. De plus, l'arrêt ne prévoit pas une telle alternative, mais ces éléments composent la première condition consistant à apprécier le caractère indispensable du service.

Cour de justice s'est en effet interrogée sur l'applicabilité de la jurisprudence *Magill* « à un droit de propriété quel qu'il soit »⁹⁸².

La Cour reprend de la jurisprudence antérieure les trois conditions pour reconnaître l'existence d'un abus en cas de refus litigieux d'accès à un réseau⁹⁸³. L'abandon de la condition selon laquelle le refus doit faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle rend cette condition spécifique au domaine de la propriété intellectuelle⁹⁸⁴. La Cour concentre ainsi l'analyse sur le caractère indispensable du produit ou du service dont la fourniture est refusée. L'emploi de l'adjectif qualificatif « *essentiel* » démontre l'influence de la théorie sur le sens de la décision⁹⁸⁵.

La Cour de justice considère le service de portage à domicile comme un système parmi d'autres de distribution⁹⁸⁶ ; aucun obstacle n'empêche réellement la mise en place d'un autre

⁹⁸² Arrêt *Bronner*, préc. note 958, pts 40 et 41. L'arrêt *Magill* concernait donc bien un droit de propriété intellectuelle alors que la Cour ne l'avait pas explicitement reconnu dans cet arrêt, prononcé également par la sixième chambre de la Cour. L'arrêt *Bronner* concerne le refus d'une entreprise de presse, qui détient et exploite l'unique système de portage à domicile de journaux en Autriche (l'entreprise est dominante sur le marché, cf. pt 42), de laisser accéder au réseau de distribution l'éditeur d'un quotidien concurrent.

⁹⁸³ Arrêt *Bronner*, préc. note 958, pt 41. Le service doit être indispensable à l'exercice de l'activité du demandeur du service, c'est-à-dire qu'il ne peut être substitué réellement ou potentiellement (arrêt *Télémarketing*, préc. note 548, pt 26, arrêt *Magill*, préc. note 955, pts 52, 53 et 56) ; le refus ne peut être objectivement justifié (arrêt *Télémarketing*, pt 26 ; arrêt *Magill*, pt 55) ; le refus du service est de nature à éliminer toute concurrence sur le marché pertinent (arrêt *ICI*, préc. note 538, pt 25 ; arrêt *Télémarketing*, pt 26 ; arrêt *Magill*, pt 56).

⁹⁸⁴ Jugement *Microsoft*, préc. note 826, pt 334.

⁹⁸⁵ Arrêt *Bronner*, préc. note 958, pt 37 : « il y aurait lieu de vérifier enfin si le fait, pour le propriétaire de l'unique système de portage à domicile existant à l'échelle nationale sur le territoire d'un État membre, qui utilise ce système pour la distribution de ses propres quotidiens, d'en refuser l'accès à l'éditeur d'un quotidien concurrent constitue un abus de position dominante au sens de l'article [82] du traité, au motif que ce refus priverait ledit concurrent d'un mode de distribution jugé *essentiel* pour la vente de celui-ci », italique ajouté. Les pts 38 à 41 explicitent cette affirmation au regard des arrêts *ICI*, *Télémarketing* et *Magill*. Dans les conclusions présentées pour l'arrêt *Bronner*, l'avocat général JACOBS se montre défavorable à l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Certes, l'avocat général admet qu'il peut être imposé à une entreprise d'accepter l'accès à l'infrastructure en question dans des cas limités. Cependant, d'une part, exiger d'une entreprise de fournir le produit ou le service ou d'accorder l'accès à l'installation peut être « entendu (...) de manière (...) traditionnelle, comme une réponse au refus de fournir des biens ou des services » (pt 65). La jurisprudence sur le refus de vente permet alors de répondre à la situation posée sans nécessairement faire référence à la théorie (v. en particulier l'arrêt *ICI*, préc. note 538, auquel la Cour de justice se réfère au pt 38 de l'arrêt *Bronner*). D'autre part, l'avocat général estime que l'ingérence du juge dans les contrats est cantonnée seulement aux « cas où l'entreprise dispose d'une véritable mainmise sur le marché apparenté. [Il n'est donc] pas suffisant que le contrôle qu'exerce l'entreprise sur l'installation lui confère un avantage sur la concurrence ». (pt 65). Le juge peut alors déterminer dans quel cas l'accès doit être autorisé : « si le coût engendré par la reproduction de l'installation est à lui seul un obstacle à l'accès au marché, il doit être de nature à dissuader toute entreprise prudente d'entrer sur le marché » (pt 66). Il s'agit donc de mettre en balance la nécessité d'intensifier la concurrence et celle de protéger les avantages obtenus par une entreprise à la suite d'investissements importants. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 845, considère à cet égard que « les conclusions de l'avocat général JACOBS participent à cet effort de neutralisation de la théorie ».

⁹⁸⁶ Arrêt *Bronner*, préc. note 958, pt 43.

système de distribution⁹⁸⁷. La circonstance selon laquelle l'entreprise demanderesse avait d'autres possibilités d'accéder au marché est alors décisive dans l'absence de reconnaissance de l'abus de position dominante⁹⁸⁸. Au contraire, si la concurrence sur le marché aval avait été éliminée, le refus de vente opposé par l'entreprise dominante aurait pu être considéré comme non conforme à l'article 82 TCE⁹⁸⁹. Ceci rapproche indéniablement cette solution de l'arrêt *ICI*. Cependant, la CJCE se demande implicitement si des concurrents efficaces peuvent reproduire l'installation. L'obstacle à l'accès au marché est donc légitime parce que le marché aval est accessible. L'accessibilité du marché n'est pas analysée du point de vue du seul requérant, mais de manière globale et objective.

Le refus d'octroyer une licence d'utilisation d'une structure modulaire comportant des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne, par la société titulaire d'un droit d'auteur sur cette structure, donne l'occasion à la Cour de proposer une solution plus proche de celle retenue dans l'arrêt *Magill*, mais également mieux fondée en ce que l'arrêt applique le droit de la protection de la propriété industrielle⁹⁹⁰. La juridiction de renvoi est d'abord invitée à déterminer le caractère indispensable de l'accès à la structure protégée, notamment au regard de l'effort que les utilisateurs potentiels devraient fournir pour pouvoir acheter des études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques présentées sur la base d'une structure alternative⁹⁹¹. Ensuite, sont énumérées les trois conditions cumulatives afin qu'un refus soit considéré comme abusif⁹⁹². La Cour de justice détache ainsi l'appréciation de l'obstacle opposé à l'apparition d'un produit nouveau de l'appréciation du caractère indispensable du produit ou du service dont la fourniture est refusée⁹⁹³ et souligne la pertinence de cette condition lorsque le refus concerne un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle. Le refus est licite « *si l'entreprise qui a demandé la licence (...) se [limite] à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché*

⁹⁸⁷ *Idem*, pt 44.

⁹⁸⁸ En ce sens, v. E. COMBE, ouvrage préc. note 649, p. 250 : « le fait que Bronner ne parvienne pas à créer son propre réseau de distribution ne constitue pas en tant que tel une condition suffisante pour obliger Mediaprint à ouvrir l'accès à son réseau ». V. arrêt *Bronner*, préc. note 958, pt 46, en réf. au pt 68 des concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour cet arrêt : « [P]our que cet accès puisse le cas échéant être considéré comme étant indispensable, il faudrait à tout le moins établir (...), qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant ».

⁹⁸⁹ En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 838, l'auteur se référant au pt 38 de l'arrêt *Bronner*.

⁹⁹⁰ Arrêt *IMS*, préc. note 822, pt 37, en réf. à l'interprétation de l'arrêt *Magill* dans l'arrêt *Bronner*.

⁹⁹¹ *Idem*, pt 30.

⁹⁹² *Idem*, pt 38, en réf. à l'arrêt *Magill*.

⁹⁹³ Ces deux éléments sont liés dans l'arrêt *Magill*.

dérivé »⁹⁹⁴, ce qui confirme que le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle⁹⁹⁵. Pour ce qui est de la condition relative au risque d'exclusion de toute concurrence sur un marché dérivé, il est rappelé l'importance d'identifier « *deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval* »⁹⁹⁶.

Que ce soit par le biais du caractère nouveau que doit revêtir le produit en question ou s'agissant de la condition liée à l'exclusion de la concurrence du marché aval, la CJCE semble avoir trouvé dans l'arrêt *IMS* un juste milieu entre, d'une part, « *la protection du droit de propriété intellectuelle et la liberté d'initiative économique du titulaire de celui-ci* » et, d'autre part, « *l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence* »⁹⁹⁷. En effet, la Cour préserve la possibilité de limiter l'accessibilité d'un marché en raison d'un droit de propriété intellectuelle, tout en garantissant, à certaines conditions, l'accessibilité du marché aval si l'entreprise demanderesse démontre un comportement efficace qui résiderait dans la création d'un produit nouveau qui satisferait une demande des consommateurs. Cela est ainsi favorable au développement de l'analyse économique dans ce domaine⁹⁹⁸.

Le peu de références explicites à la théorie des infrastructures essentielles en droit communautaire de la concurrence⁹⁹⁹ et les critiques dont elle fait l'objet¹⁰⁰⁰ permet de se demander si cette théorie est réellement utile dans cette matière. Cette doctrine a cependant contribué à la délimitation de l'action du juge face à un refus litigieux de fournir un produit ou un service. En témoignent les points communs entre les conditions de mise en œuvre de cette théorie en droit américain de la concurrence et les conditions énoncées en droit européen pour reconnaître qu'un refus de fournir est abusif, sous réserve de la condition liée à l'apparition

⁹⁹⁴ *Idem*, pt 49.

⁹⁹⁵ La Cour se réfère au pt 34 à l'arrêt *Volvo*, préc. note 952.

⁹⁹⁶ Arrêt *IMS*, préc. note 822, pt 45, ce qui confirme la critique du jugement *Tiercé Ladbroke*, pt 131 (v. *supra*).

⁹⁹⁷ *Ibid.*, pt 48.

⁹⁹⁸ Sur cette question, v. *infra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, qui aborde *in* Section 1, I, B et *in* Section 2, II, B, 1, en particulier la déc. de la Commission 2007/53/CE, 24.3.2004, *Microsoft Corp.*, COMP/C-3/37.792, JO 6.2.2007, L 32, p. 23-28 et le jugement *Microsoft*, préc. note 826.

⁹⁹⁹ Jugement *Aéroports de Paris*, préc. note 548, pt 122. V. surtout jugement *ENS*, préc. note 961, pt 209. Toutefois, l'emploi de l'adjectif « essentiel » (arrêts *Bronner*, pt 37, arrêt *Télémarketing*, pt 131), constitue une référence implicite à la théorie.

¹⁰⁰⁰ Ces critiques sont détaillées not. par E. COMBE, ouvrage préc. note 649, pp. 251 à 253 et par I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, sp. pp. 850-851. Au regard de l'arrêt *Bronner*, I. LIANOS estime p. 847 que « même si on considère que la décision de la Cour porte sur la théorie des facilités essentielles, ces conditions restrictives mettent en question la valeur ajoutée de cette théorie par rapport à la jurisprudence sur les refus de vente ». V. aussi J.-F. CALMETTE, ouvrage préc. note 958, p. 134 et s, qui traite des « effets pervers de la théorie des infrastructures essentielles ».

d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle qui est propre à ce dernier¹⁰⁰¹. Au-delà de cette controverse doctrinale, la jurisprudence concernant le refus de fournir démontre surtout que les autorités communautaires de la concurrence s'intéressent à l'accessibilité du marché voisin avant d'exiger le partage du réseau, c'est-à-dire sans nécessairement protéger l'accès d'un concurrent particulier au marché. Cette amorce d'une approche qualitative touche également les refus de fournir qui relèvent de l'article 81 TCE¹⁰⁰², l'essentiel étant également de se demander si le marché est accessible en dépit de la présence d'un opérateur canalisant l'accès au marché aval¹⁰⁰³.

L'attachement du droit communautaire de la concurrence à la protection de l'accessibilité du marché aux concurrents est donc particulièrement mis de côté pour en matière de refus de vente. La liberté des concurrents d'accéder au marché semble encore prévaloir lorsqu'une entreprise pratique des ventes liées ou adopte une politique de rabais ou de prix bas¹⁰⁰⁴.

Conclusion du chapitre 2

Le critère de l'accès au marché est donc utilisé de manière récurrente en droit communautaire de la concurrence. Sous l'influence de la théorie ordo-libérale, le principe de la liberté d'accès

¹⁰⁰¹ V. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Bronner*, préc. note 958, sp. pt 46. L'avocat général mentionne, en citant différentes jurisprudences de la Cour Suprême, les cinq conditions entraînant l'obligation pour une entreprise disposant d'un pouvoir monopolistique de passer un contrat avec un concurrent : 1. une installation essentielle, *i.e.* une installation dont l'accès est indispensable pour entrer en concurrence sur le marché avec la société qui contrôle celui-ci, est contrôlée par un monopoleur. 2. Il est impossible à un opérateur, d'un point de vue pratique ou raisonnable, de reproduire l'installation essentielle. 3. Un concurrent se voit dénier l'usage de l'installation. 4. L'installation est de nature à pouvoir être mise à disposition. 5. Il n'existe pas de raison commerciale légitime de refuser l'accès à l'installation.

¹⁰⁰² Jugement *ENS*, préc. note 999, pt 209 : « les entreprises mères et/ou l'entreprise commune ainsi créée ne sauraient être considérées comme étant en possession d'infrastructures, de produits ou de services « indispensables » ou « essentiels » pour l'accès au marché pertinent que si ces infrastructures, produits ou services ne sont pas « interchangeables » et que, en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché » : cela démontre une volonté de s'assurer que le marché est accessible sans protéger un concurrent particulier (v. *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 2, en lien avec la question de la régulation de l'accès aux marchés nouvellement ouverts à la concurrence). V. aussi TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691, pts 98, 101 et 115 (v. *infra* sous Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I, B, 1). V. aussi Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, B, 2, puisque ces éléments interviennent lors de l'analyse de l'exemption des accords litigieux.

¹⁰⁰³ Jugement *Métropole Télévision*, préc. note 739, pt 134, où la qualification d'infrastructure essentielle n'est pas retenue : « la situation de TPS ne saurait être comparée à celle d'un nouvel entrant sur un marché qui est dominé par une société en situation de monopole historique et qui requiert un accès à une infrastructure essentielle. En effet, Canal+ ne dispose pas d'un monopole historique sur le marché de la commercialisation des chaînes thématiques et l'entrée sur ce marché ne requiert pas l'accès à une infrastructure essentielle. De plus, dans les décisions Cégétel et Télécom développement, les clauses analysées n'avaient pas pour effet de priver les tiers de toute possibilité d'accès aux services des actionnaires. Il s'agissait seulement d'une préférence ».

au marché oriente les décisions prononcées dans ce domaine. L'accomplissement du marché intérieur ainsi que les travaux menés par les représentants de l'École structuraliste ont également une incidence déterminante sur ce droit, qui consiste globalement à préserver l'accès des concurrents au marché. Or, l'objectif de protection stricte de l'accès des concurrents au marché est critiquable en tant que les effets des pratiques litigieuses sur le marché ne sont pas nécessairement appréciées avec précision. Il nous semble donc nécessaire de dépasser la seule protection formaliste de l'accès des concurrents au marché.

Conclusion du Titre 1

La pertinence de l'étude du critère de l'accès au marché en droit du marché intérieur ne fait pas de doute. Néanmoins, que ce soit lorsqu'il applique le droit de la libre circulation ou le droit de la concurrence, le juge communautaire a tendance à privilégier une qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché. Cette méthode peut être résumée de la manière suivante : l'accès au marché de chaque opérateur est considéré comme une liberté économique, et chaque restriction à l'usage d'une liberté est sanctionnée. Or, la qualification d'une restriction aux échanges nécessite d'analyser l'incidence des législations ou des comportements litigieux sur le marché. La qualification de l'entrave à l'accès au marché doit être principalement économique.

¹⁰⁰⁴ Sous réserve des jurisprudences analysées *infra* dans le chapitre suivant de la thèse.

Titre 2 : Le bien-fondé d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché

Le formalisme avec lequel certaines restrictions à l'accès au marché sont appréhendées en droit du marché intérieur mérite réflexion. Deux tendances majeures rendent en effet l'approche formaliste : la protection de l'opérateur économique qui invoque une liberté de circulation en droit de la libre circulation, et la protection du concurrent face à l'entreprise dont le comportement est mis en cause en droit de la concurrence. La différence entre ces deux approches conduit à distinguer le bien-fondé d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché au sens du Traité suivant que le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation est appliqué. Or, le premier a pris de l'avance sur le second en la matière. La qualification économique d'une restriction à l'accès au marché est en effet plus fréquente en droit de la concurrence. Dans ce domaine, en dehors des cas dans lesquels une pratique litigieuse a un objet explicitement anticoncurrentiel, une appréciation économique d'une restriction à la concurrence consiste à examiner précisément les effets de la pratique litigieuse sur le marché. Notre propos consiste à démontrer la nécessité, en matière de libre circulation, de centrer l'appréciation d'une mesure nationale litigieuse sur les effets qu'elle exerce sur les échanges. Une telle appréciation rapprocherait ainsi la qualification d'une mesure nationale de restriction au sens du droit de la libre circulation de la qualification d'une pratique anticoncurrentielle.

Il s'agit en particulier de mettre en exergue le rôle du critère de l'accès au marché dans l'évolution du droit du marché intérieur par le biais d'une analyse économique. Or, les autorités et juridictions communautaires de la concurrence s'intéressent de manière croissante à l'accès efficace au marché, c'est-à-dire à l'accès et au maintien durable d'une entreprise sur celui-ci. L'objectif poursuivi consiste ainsi à sanctionner seulement les atteintes à l'accessibilité du marché injustifiées par des considérations d'efficacité économique¹⁰⁰⁵. Ceci peut conduire à nuancer le principe de primauté du marché intérieur, lorsqu'un accord limitant

le commerce parallèle n'est pas interdit en lui-même mais analysé de manière « à déterminer s'il a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché en cause, au détriment du consommateur final »¹⁰⁰⁶. Une approche qualitative inviterait alors à s'intéresser à l'accès efficace au marché.

Un accès efficace « produit l'effet qu'on en attend »¹⁰⁰⁷ (l'adjectif efficace est préféré ici à l'adjectif synonyme « efficient »¹⁰⁰⁸ et à l'adjectif « effectif », dont la signification n'est pas aussi riche d'un point de vue économique¹⁰⁰⁹). Or, l'effet attendu de la vente d'un bien ou d'un service est la réalisation d'un profit. Ainsi, la qualification des mesures qui portent à l'accès efficace au marché de restriction au sens du Traité donne l'occasion au juge de s'intéresser à la rentabilité de cette entrée sur le marché pour l'ensemble des acteurs.

En effet, en protégeant la liberté des concurrents, la structure de la concurrence ou en poursuivant seulement l'objectif de l'intégration des marchés nationaux, le juge de la concurrence garantit certes aux concurrents l'accès au marché, mais sans avoir égard à la compétition qui s'exercera entre les opérateurs une fois que cet accès est effectif. La rentabilité de cet accès pour l'ensemble des acteurs n'est pas considérée. Parallèlement, si le juge qualifie de restriction aux libertés de circulation toute limitation étatique de l'accès au marché, il favorise certes l'entrée sur le marché d'opérateurs ressortissants d'autres États membres. Le juge risque néanmoins de sanctionner des réglementations qui gênent autant les

¹⁰⁰⁵ Ces considérations d'efficacité économique peuvent être considérées d'un point de vue macroéconomique ou microéconomique. Les considérations liées à l'efficacité économique sont principalement détaillées *infra in* Partie 2, Titre 2, Ch. 2.

¹⁰⁰⁶ TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pt 119. Le cloisonnement du marché est relatif à l'affectation du commerce entre les États membres et non pas à la condition de l'atteinte à la concurrence. Selon I. LIANOS, in *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 286, n.b.p. 661, « si cette jurisprudence se confirme, la protection des consommateurs remplacera le Marché intérieur comme objectif prioritaire du droit de la concurrence ». On peut se demander, néanmoins, si ce ne sont pas les conditions particulières du marché des médicaments qui conduisent à tempérer en l'espèce la primauté du marché intérieur : le marché en question est régulé par l'État qui fixe les prix, de sorte qu'on peut considérer que le marché intérieur des médicaments n'est pas pleinement réalisé. Le Tribunal juge que l'accord comporte des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81 §1 TCE. Il est cependant exempté en application de l'article 81 §3. V. *infra*, ce titre, Ch. 1, Section 2, II, A, 2.

¹⁰⁰⁷ Selon le dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007, sous l'entrée « efficace ».

¹⁰⁰⁸ *Idem*, sous l'entrée « efficient » : il s'agit d'un anglicisme, qui signifie « efficace, dynamique, capable de rendement ».

¹⁰⁰⁹ *Idem*, sous l'entrée « effectif » : en langage courant, un accès effectif est un accès « qui se traduit par un effet, par des actes réels ». Il s'agit d'un accès « positif, réel, tangible ». Ainsi, s'intéresser à l'accès effectif au marché consiste à s'assurer de la réalité de cet accès. Or, si l'accès est réalisé, il se traduira par la possibilité d'en tirer un gain, qui pourra constituer un bénéfice voire un profit au sens économique.

opérateurs nationaux que communautaires, c'est-à-dire des réglementations dont l'effet sur le marché est neutre.

En centrant l'analyse sur l'efficacité de l'accès au marché, le juge se préoccupe du contexte concurrentiel afin d'évaluer la profitabilité de cet accès, aussi bien pour celui qui accède que pour l'économie au sens large. Il convient alors d'évaluer, d'une part, l'incidence du comportement ou de la mesure nationale litigieuse sur l'offre, c'est-à-dire son impact sur les opérateurs actuellement ou potentiellement établis. D'autre part, il s'agit d'évaluer l'effet de l'entrave litigieuse sur la demande, afin d'évaluer non seulement si les consommateurs intermédiaires ou finals¹⁰¹⁰ se tourneront vers le produit ou le service concurrent, mais aussi s'ils profiteront de cet accès. Déterminer dans quelle mesure une pratique d'entreprises ou une réglementation porte atteinte à un accès efficace au marché nécessite alors d'étudier avec précision quels sont ou quels peuvent être les effets de ces interventions privées ou publiques sur le fonctionnement du marché¹⁰¹¹.

Puisque le droit de la concurrence est pionnier en la matière, il convient d'abord d'examiner la qualification d'une opération litigieuse de pratique anticoncurrentielle en fonction des effets produits par le comportement en cause sur le marché (chapitre 1). On peut alors s'intéresser à la qualification des réglementations nationales de restriction à la libre circulation en fonction de leurs effets sur les échanges, voire sur l'échange lui-même (chapitre 2).

¹⁰¹⁰ Notre propos vise donc les consommateurs au sens large. La prise en considération des consommateurs finals est nécessaire en droit du marché intérieur, comme l'article 153, §2, TCE le suggère : « les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté ». La notion de consommateur se distingue en effet de la notion de consommateurs finals. V. *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3 du traité*, préc. note 1031, pt 84 : « La notion de « consommateurs » englobe tous les utilisateurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord, y compris les producteurs qui utilisent les produits pour transformation, les grossistes, les détaillants et les consommateurs finals, c'est-à-dire les personnes physiques qui agissent à des fins étrangères à leur activité professionnelle ou commerciale. Autrement dit, les consommateurs au sens de l'art. 81 §3 sont les clients des parties à l'accord et les acheteurs ultérieurs. Ces clients peuvent être des entreprises achetant par exemple des machines industrielles ou des produits pour transformation ultérieure, ou des consommateurs finals effectuant par exemple l'achat d'une glace en vue de sa consommation immédiate ou l'acquisition d'une bicyclette ».

¹⁰¹¹ Notre propos n'occulte pas l'effet d'éviction d'une pratique litigieuse en droit de la concurrence. Comme indiqué précédemment *in* Titre 1, Ch. 2, l'éviction d'un concurrent peut signifier, pour les concurrents potentiels, qu'il est difficile d'accéder profitablement au marché. V. *infra*, dans ce titre, Ch. 1, Section 2.

Chapitre 1 : La qualification d'une pratique anticoncurrentielle en fonction de son effet sur le marché

Il s'agit ici d'apprécier dans quelle mesure la qualification économique d'une pratique anticoncurrentielle en fonction de son effet sur le marché tend à la préservation dynamique de l'accessibilité du marché.

La qualification formaliste des restrictions à la concurrence peut en effet apparaître statique d'un point de vue économique. L'accès des concurrents est protégé en tant que tel, sans que la durabilité de l'entrée ne soit considérée, ni que l'intensification de la concurrence à l'avantage des consommateurs ne soit évaluée. D'après le rapport de l'European Advisory Group for Competition Policy (ci-après rapport EAGCP),

« l'autorité de la concurrence peut être tentée d'identifier une protection de la concurrence à travers la préservation de la structure d'un marché particulier, par exemple un marché qui implique une concurrence actuelle pour une compagnie donnée. L'intervention de cette autorité pourrait avoir simplement pour effet de protéger les autres entreprises du marché de la concurrence. Ceci leur permettrait de maintenir leur présence sur le marché, même si leurs offres ne procurent pas aux consommateurs les meilleurs choix en termes de prix, de qualité et de variété »¹⁰¹².

Au contraire, « *le standard permettant d'examiner si une pratique donnée nuit à la concurrence ou si elle constitue un outil légitime de la concurrence, devrait être dérivé des effets de la pratique sur les consommateurs* »¹⁰¹³. Ainsi, l'accès au marché de chaque concurrent ne doit pas nécessairement être protégé, de sorte que l'accessibilité doit être appréciée d'une manière neutre¹⁰¹⁴. Plus précisément, l'analyse économique d'un comportement en droit de la concurrence ne serait dès lors satisfaisante que dans la mesure où l'effet de la pratique sur la concurrence est examiné non seulement du point de vue des opérateurs concurrents, quels qu'ils soient, c'est-à-dire du côté de l'offre, mais aussi en fonction de l'impact du comportement sur les consommateurs, c'est-à-dire du côté de la demande.

¹⁰¹² European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), REY P. (dir.), « An economic approach to Article 82 », rapport, 2005, en ligne, p. 9, notre traduction.

¹⁰¹³ *Idem*, p. 8.

¹⁰¹⁴ V. *supra* Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, II, B.

En droit communautaire de la concurrence, le développement de l'analyse économique s'est observé assez tôt, au moment de l'application de la théorie de l'effet cumulatif en matière d'accords verticaux¹⁰¹⁵. L'analyse économique est utilisée aujourd'hui non seulement pour l'ensemble des accords, mais aussi en matière d'abus de position dominante. Pour ce qui concerne en particulier l'article 82, Gunnar NIELS et Helen JENKINS considèrent qu'une telle analyse permet d'éviter « *la virtuelle prohibition per se de certaines pratiques une fois que la position dominante d'une entreprise est reconnue, c'est-à-dire que la dominance soit utilisée comme un raccourci pour en inférer des effets anticoncurrentiels* »¹⁰¹⁶. Selon ces auteurs, le lien entre la domination d'une entreprise sur le marché et les effets anticoncurrentiels d'une pratique ne sont pas systématiquement établis. Ainsi, la démonstration de la domination d'une entreprise, notamment en fonction de seuils en termes de parts de marché à partir desquels une position dominante est supposée (40 à 50 %), ne constitue qu'une « *étape intermédiaire dans l'analyse des effets anticoncurrentiels réels ou potentiels* »¹⁰¹⁷. L'objectif actuel du droit communautaire de la concurrence en ressort modifié.

En effet, l'analyse économique des pratiques litigieuses constitue l'instrument adéquat permettant d'atteindre l'allocation efficace des ressources, synonyme d'efficacité économique. Or, l'accomplissement de cet objectif mobilise à la fois l'offre et la demande¹⁰¹⁸. Selon Ioannis LIANOS, l'attention du juge communautaire de la concurrence est orientée vers « *l'utilisation anticoncurrentielle [du pouvoir de marché], avec comme conséquence la diminution de l'efficacité économique* »¹⁰¹⁹. D'un point de vue économique, ce qui est dynamique est « *relatif à l'étude des faits économiques dans leurs causes et leurs effets* »¹⁰²⁰. La préservation dynamique de l'accessibilité du marché en cause en droit de la concurrence consisterait ainsi à évaluer, d'abord, l'incidence d'une pratique sur l'accès au marché, que l'on se place du point de vue des concurrents ou de l'auteur de la pratique litigieuse. Il

¹⁰¹⁵ V. *infra* Section 1, I, A.

¹⁰¹⁶ NIELS G. et JENKINS H., « Reform of Article 82 : Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down », *ECLR*, 2005, p. 605, notre traduction.

¹⁰¹⁷ *Idem*, p. 606.

¹⁰¹⁸ D'après, D. GERARD, *in* « Merger Control Policy : How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims? », *CMLR*, 2003, p. 1367, sp. 1369, l'allocation efficace des ressources est « la situation optimale dans laquelle les biens seraient alloués d'une manière telle que personne ne pourrait se trouver dans de meilleures conditions sans empirer la situation d'un autre au moins », notre traduction.

¹⁰¹⁹ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 313. L'auteur précise : « cette évolution a été la conséquence des critiques des théories structuralistes par les économistes de l'École de Chicago ».

s'agirait, ensuite, d'analyser l'efficacité de cet accès, c'est-à-dire la rentabilité de l'entrée, aussi bien du côté de l'offre que du côté de la demande.

Le critère de l'accès au marché est donc partie prenante dans l'accomplissement de la finalité de ce *nouveau* droit communautaire de la concurrence. Selon Damien GERARD,

« [l]a Commission européenne a développé avec le temps une vision dynamique de la concurrence comme un processus de rivalité entre les entreprises qui doit être protégé en tant que tel, afin de permettre que l'économie de marché atteigne un niveau d'allocation des biens proche d'une situation d'efficacité optimale. Le droit de la concurrence sert à améliorer l'efficacité allocative en protégeant l'ouverture et l'accès aux marchés et en prévenant les défaillances du marché à travers la protection d'un niveau suffisant d'interactions rivales »¹⁰²¹.

Dès lors, dans le cadre de l'évolution du droit de la concurrence qui tend à développer l'appréciation qualitative des comportements adoptés ou des opérations de concentrations envisagées, garantir l'accessibilité des marchés aux opérateurs économiques est considéré comme un moyen d'atteindre l'efficacité économique optimale. Certes, il n'est pas question de s'affranchir de la reconnaissance des libertés qui sont consacrées pour les opérateurs économiques¹⁰²². Néanmoins, l'essentiel consiste à caractériser, autant que faire se peut, l'effet des comportements litigieux sur le marché. Il s'agit alors de repérer les atteintes à une concurrence efficace sur celui-ci, c'est-à-dire au processus qui favorise l'efficacité économique¹⁰²³.

Avant de développer ces éléments dans le cadre du contrôle *ex post* des infractions aux règles de la concurrence, il convient de noter que la métamorphose de l'objectif du droit de la concurrence affecte aussi le contrôle *a priori* des concentrations. Au-delà des modifications qu'apporte le règlement n° 139/2004/CE au cadre du contrôle des concentrations¹⁰²⁴, la notion

¹⁰²⁰ Dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007, sous l'entrée « dynamique ».

¹⁰²¹ GERARD D., art. préc. note 1018, p. 1379, notre traduction.

¹⁰²² Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 348 : « La conception du droit communautaire résulte d'une approche pragmatique et non dogmatique du marché (...). La liberté d'entreprendre et de pénétrer facilement sur les marchés peut assurer la promotion durable de l'efficacité économique et protéger les intérêts des consommateurs lorsqu'on se place en longue période ».

¹⁰²³ Sur la concurrence en tant que processus, v. par ex. E. COMBE, *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, p. 53 et s, qui oppose « la vision statique de la concurrence » qui caractérise l'approche structuraliste, à « la promotion de l'efficacité », sous l'influence de l'École de Chicago. Nous envisageons ici la concurrence efficace comme un processus dynamique, qui relativise en particulier la nocivité des barrières à l'entrée mais promeut le bien-être des consommateurs.

¹⁰²⁴ Sur cet aspect, v. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, introduction.

de concentration est assimilée au concept de « *changement durable du contrôle* »¹⁰²⁵. Le nouveau règlement ne modifie pas l'appréciation plus souple dont font l'objet les concentrations verticales par rapport à l'appréciation qui est faite des concentrations horizontales¹⁰²⁶. Le contrôle évolue cependant en ce que les concentrations sont appréhendées en fonction d'une analyse plus économique, qui se détache de la conception structuraliste du droit de la concurrence. D'après le règlement n° 139/2004/CE, les autorités compétentes en matière de concurrence sont invitées à examiner si une fusion est susceptible d'avoir « *pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective* »¹⁰²⁷. Il ne s'agit plus seulement de déterminer si la fusion crée ou renforce une position dominante¹⁰²⁸. Selon Penelope PAPANDROPOULOS, ce nouveau test de l'entrave significative à une concurrence effective est « *sensé couvrir tous les effets anticoncurrentiels des fusions, y compris les hausses de prix sans création de position dominante* », ce qui éloigne donc « *de l'approche structurelle fondée principalement sur l'appréciation des parts de marché* »¹⁰²⁹ qui prévalait sous l'empire du précédent règlement.

En application de celui-ci, la Commission a analysé par exemple dans l'affaire *T-Mobile/tele.ring* les effets unilatéraux de cette fusion sur le marché de la téléphonie mobile autrichienne, sans que celle-ci ne crée une position dominante (30 à 40 % de parts de marché), dans la mesure où la nouvelle entité est concurrencée par un opérateur qui a déjà accédé au marché, Mobilkom, disposant de parts de marché comparables¹⁰³⁰.

¹⁰²⁵ Règlement n° 139/2004/CE, art. 1 ; en ce sens, v. C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e éd., Litec, Paris, 2006, p. 397, § 679. Les auteurs distinguent les opérations à objet concentrationniste de celles qui sont exclues du champ d'application du règlement n° 139/2004/CE (pp. 397 à 403). Pour ce qui est des premières, ils expliquent la notion de contrôle et quelles sont les opérations susceptibles de modifier durablement un contrôle.

¹⁰²⁶ Commission, *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, JO C 31 du 5.2.2004, p. 5-18.

¹⁰²⁷ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1 à 22, considérants 5, 25, 26, 29, 32 et art. 2 § 2 et 3.

¹⁰²⁸ *Idem*, considérants 26 (certes, ces entraves « résultent généralement de la création ou du renforcement d'une position dominante ») et 25 (cependant, « la notion d'entrave significative à une concurrence effective (...) devrait être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas de position dominante sur le marché concerné »).

¹⁰²⁹ PAPANDROPOULOS P., « L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusions », *Concurrences*, n° 2-2007, p. 16, sp. 17.

¹⁰³⁰ Déc. Commission 2007/193/CE, 26.4.2006, *T-Mobile Austria/tele.ring*, COMP/M.3916, JO L 88 du 29.3.2007, p. 44, résumé, pt 9. Pour une analyse critique de l'appréciation de ces effets, v. P. PAPANDROPOULOS, art. cité note précédente, sp. p. 18-19. Les engagements proposés sont suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence constatés sur le marché (pt 24 du résumé de la décision).

Au-delà de la prise en considération des gains d'efficience¹⁰³¹ avancés par les parties à l'opération¹⁰³², il convient surtout de remarquer que le contrôle des autorités concurrentielles intègre fréquemment l'analyse de l'incidence de la concentration sur la possibilité pour les concurrents d'accéder efficacement au marché, ou sur le risque qui peut peser sur les entreprises établies sur le marché de s'en faire évincer. Ainsi, à l'image de ce qui est observé dans le cadre de l'article 82 TCE, l'efficacité de l'opération du point de vue des parties est nuancée au regard de l'effet que l'opération aura sur la concurrence¹⁰³³. Ce qui est efficace d'un point de vue microéconomique ne l'est pas forcément d'un point de vue macroéconomique. En revanche, cela n'exclut pas que l'appréciation de l'accessibilité du marché du point de vue des concurrents joue à l'avantage des parties à l'opération envisagée.

Avant même l'adoption du règlement n° 139/2004/CE, le Tribunal décide que les économies d'échelle démontrées par les tours opérateurs dans l'affaire *Airtours* remettent en cause les atteintes à la concurrence qui résultent de l'intégration verticale envisagée¹⁰³⁴. De plus, le Tribunal sanctionne l'appréciation à laquelle s'était livrée la Commission, en ce qu'elle n'a pas assez pris en considération l'accessibilité du marché en cause pour les concurrents¹⁰³⁵. La fusion est autorisée, principalement en ce qu'elle n'empêche pas un accès efficace des concurrents au marché¹⁰³⁶. Les engagements peuvent aussi faire disparaître les effets néfastes d'une concentration lorsqu'ils favorisent notamment un accès durable au marché¹⁰³⁷.

¹⁰³¹ Selon D. GERARD, art. préc. note 1018, sp. 1369, les gains d'efficience (ou d'efficacité) sont, d'une part, les gains d'efficience productive (du côté de l'offre, ce qui signifie que les biens sont produits en utilisant la combinaison la moins coûteuse des ressources productives, *via* des économies d'échelle) et, d'autre part, les gains d'efficience dynamique (du côté de la demande, par le biais de l'invention, du développement, par la diffusion de nouveaux produits et de nouveaux processus de production, *via* la mise en commun de l'ensemble des capacités de recherche et de développement). L'auteur note également que des gains d'efficience peuvent résulter des modes de distribution ou du management. La distinction entre les gains d'efficience productive et dynamique se superpose avec la distinction établie entre les gains d'efficacité quantitatifs et qualitatifs. Sur cette distinction, v. Commission, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3 du traité*, JO n° C 101, 27.4.2004, p. 97, §§ 59 et s.

¹⁰³² Les effets anticoncurrentiels des concentrations peuvent être contrebalancés par la démonstration de gains d'efficacité. Ceci est étayé *in* Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, introduction.

¹⁰³³ Pour ce qui concerne l'article 82, v. particulièrement *infra* sous Section 1, I, B, 1.

¹⁰³⁴ TPI, 6.6.2002, *Airtours plc c. Commission*, T-342/99, *Rec.*, p. II-2585, pts 113, 211 et 229.

¹⁰³⁵ *Idem*, pt 269 : « Si la Commission a examiné les obstacles au développement au-delà d'une certaine taille dans le marché, elle n'a pas tenu compte, comme elle le devait, du fait que l'absence d'obstacles à l'accès au marché devrait permettre aux concurrents potentiels d'accéder au marché en cause pour offrir leurs produits et, donc, d'intervenir efficacement et rapidement dans l'hypothèse où une situation de sous-capacité interviendrait à la suite d'un alignement des politiques des grands voyagistes en matière de capacité ».

¹⁰³⁶ Si la réponse est positive, la démonstration de gains d'efficience pour l'ensemble de l'économie permettrait de contrebalancer les atteintes potentielles à l'accessibilité du marché.

¹⁰³⁷ V. par ex. déc. Commission n° 2006/622/CE, 21.12.2005, *E.ON/MOL*, COMP M.36.96, JO L 253 du 16.9.2006, p. 20. La Commission établit la domination de MOL sur les différents marchés de gros du gaz en

Ainsi, des structures de marché anticoncurrentielles peuvent résulter tant de l'existence de liens économiques tangibles, tels que la détention commune d'une technologie¹⁰³⁸, que « *des structures des marchés de type oligopolistique, où chaque opérateur peut prendre conscience des intérêts communs et, notamment, faire monter les prix sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée* »¹⁰³⁹, « *sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective* »¹⁰⁴⁰. Cet extrait témoigne de l'évolution de l'analyse vers l'effet de la concentration sur la réalité de la réaction des concurrents sur le marché, pas uniquement sur leur possibilité d'accéder au marché¹⁰⁴¹. Une telle évolution est également perceptible en ce qui concerne les pratiques qui relèvent des articles 81 ou 82 TCE.

Il convient d'analyser ici la nécessité d'une démonstration de l'incidence d'un comportement litigieux sur la possibilité des opérateurs concurrents ou des auteurs de la pratique d'accéder efficacement au marché, au bénéfice des consommateurs, aux fins de qualifier ou non cette pratique en application des articles 81 ou 82 du Traité. Trois précisions préalables doivent être formulées. Premièrement, l'analyse de l'effet des pratiques anticoncurrentielles ne touche pas à la nécessité de sanctionner les comportements avant même qu'ils aient produits leurs effets sur le marché. Ainsi, la démonstration de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique est suffisante, aussi bien pour l'application de l'article 81 §1¹⁰⁴² que pour celle de l'article 82¹⁰⁴³.

Hongrie en relevant notamment les difficultés des nouveaux arrivants pour accéder au gaz russe (pt 27) et les avantages structurels dont elle disposait par rapport aux nouveaux arrivants potentiels (pt 29). L'opération envisagée (acquisition de MOL par E.ON Allemagne) permettra de restreindre l'accès au gaz en gros aux concurrents de MOL sur le marché de la fourniture de gaz aux petits clients industriels et commerciaux, dans la mesure où ces concurrents « devraient avoir recours à [la nouvelle entité] pour acheter leur gaz en gros (pt 31). La principale conséquence de l'opération est donc l'augmentation des coûts des rivaux de la nouvelle entité (pt 33). La Commission note ainsi que la restriction de l'accès aux inputs risque de « décourage[r] toute nouvelle arrivée sur ce marché ». Le marché de l'électricité est également affecté, la concurrence risquant d'être limitée de la même manière (pt 54). Les engagements proposés par E.ON permettent cependant de réaliser l'opération. Au-delà de la séparation d'une partie des actions que MOL possédait dans ses filiales (pts 60 à 63), MOL s'engage à mettre en place un programme de « gas release » et à céder la moitié d'un contrat, ce qui permet aux acteurs du marché de « couvrir leurs besoins en gaz à des conditions concurrentielles et non discriminatoires » (pt 67), dans la mesure notamment où « la tierce partie à qui sera attribué le contrat constituera une force concurrentielle importante *et durable* sur les marchés du gaz en Hongrie » (pt 71, italiques ajoutés). MOL s'engage aussi à garantir l'accès à ses capacités de stockage, la Commission veillant à ce que cet accès soit « effectif et non discriminatoire » (pt 73).

¹⁰³⁸ TPI, 25.3.1999 *Gencor Ltd c. Commission*, T-102/96, *Rec.*, p. II-753, pt 274, en réf. à TPI, 10.3.1992, *SIV e.a. c. Commission (Verre plat)*, T-68, T-77 et T-78/89, *Rec.*, p. II-1403, pt 358.

¹⁰³⁹ *Idem*, pt 277.

¹⁰⁴⁰ Jugement *Airtours*, préc. note 1034, pt 61.

¹⁰⁴¹ V. *infra* Section 2, introduction, qui commente le fait que les consommateurs sont également visés à cet endroit de l'arrêt *Airtours*.

¹⁰⁴² V. not. CJCE, 8.7.1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, *Rec.*, p. I-4125, pt 122, V. pour un rappel récent, CJCE, 21.9.2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op*

De plus, la démonstration de l'objet anticoncurrentiel n'exclut pas que le contexte économique et juridique soit pris en considération¹⁰⁴⁴. Deuxièmement, l'approche choisie ici consiste à démontrer les aspects positifs de l'identification de l'effet de ces pratiques du côté de l'offre de biens ou de services sur le marché pertinent, mais aussi du côté de la demande des consommateurs. Toutefois, il va de soi que la prise en considération de l'impact d'une mesure sur l'offre et sur la demande ne constitue pas nécessairement une approche du droit de la concurrence en termes d'efficacité économique¹⁰⁴⁵. Troisièmement, abstraction est faite, à ce stade, de la possibilité offerte aux entreprises d'invoquer des gains d'efficacité au moment de la qualification d'une atteinte à la concurrence au regard des articles 81 §1 ou 82 TCE¹⁰⁴⁶.

L'identification économique d'une restriction à l'accès au marché consiste d'abord à examiner l'incidence d'une pratique litigieuse sur un accès efficace des concurrents au marché, c'est-à-dire à considérer l'impact d'une pratique du côté de l'offre (section 1). Il convient également de prendre en compte l'incidence de la pratique sur les consommateurs, c'est-à-dire du côté de la demande (section 2).

Elektoteknisch Gebieb et Technische Unive, C-105/04 P, *Rec.*, p. I-8725, pt 138, comm. not. in J.-B. BLAISE et L. IDOT, « Concurrence – Articles 81 et 82 CE (1^{er}.7.2006 – 31.12.2007) », *RTDE*, 2008, p. 312, sp. pts 136 et 138.

¹⁰⁴³ V. not. TPI, 30.1.2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, *Rec.*, p. II-107, pt 195.

¹⁰⁴⁴ V. *supra*, chapitre précédent, sp. n.b.p. 595.

¹⁰⁴⁵ Par exemple, dans l'arrêt CJCE, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Commission (Matières colorantes)*, 48-69, *Rec.*, p. 619, l'effet de l'accord horizontal en matière de prix est envisagé au pt 67 à la fois du côté des parties en cause mais aussi du côté des consommateurs (considérés ici comme clients des fournisseurs). L'objectif d'accomplissement du marché intérieur ressort néanmoins de cet arrêt : « la fonction de la concurrence en matière de prix est de maintenir les prix au niveau le plus bas possible et de favoriser la circulation des produits entre les États membres en vue de permettre ainsi une répartition optimale des activités en fonction de la productivité et de la capacité d'adaptation des entreprises » (pt 115). La Cour de justice s'intéresse aussi à la structure de la concurrence (pts 107 et 110). V. aussi CJCE, 31.3.1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. c. Commission (Pâte de bois)*, C-89, C-104, C-114, C-116, C-117, C-125 à C-129/85, *Rec.*, p. I-1307, sp. pts 83 et 104, dans un arrêt qui reflète toutefois la protection de l'accessibilité du marché aux concurrents. De même, dans le jugement TPI, 16.12.2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektoteknisch Gebieb et Technische Unive*, T-5 et T-6/00, *Rec.*, p. II-5761, pt 277, la restriction est analysée à la fois du côté de l'offre (les fournisseurs liés à la FEG) et du côté de la demande (ceux qui cherchent à s'approvisionner auprès de fournisseurs liés à la FEG), mais l'approche ordo-libérale de la restriction à la concurrence ressort de cet arrêt. TPI, 13.1.2004, *JCB Service c. Commission*, T-67/01, *Rec.*, p. II-49, pt 89, dans lequel la restriction apportée par le fournisseur aux ventes passives est analysée dans l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur.

¹⁰⁴⁶ V. par ex., pour l'art. 81, TPI, 2.5.2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commission*, T-328/03, *Rec.*, p. II-1231, pt 79, et, pour l'art. 82, TPI, 17.12.2003, *British Airways plc c. Commission*, T-219/99, *Rec.*, p. II-5917, pt 280. Ces éléments sont développés in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, II.

Section 1 : L'appréciation de l'effet d'une pratique litigieuse sur l'accès efficace des concurrents au marché

Même s'il est délicat de catégoriser l'ensemble des pratiques économiques mises en œuvre sur le marché par les opérateurs sur le marché, deux lignes maîtresses distinguent les pratiques anticoncurrentielles si l'on met l'accent sur l'intérêt d'une identification des effets de ces pratiques sur le marché en fonction de considérations relatives à l'accès au marché. Certaines pratiques anticoncurrentielles portent atteinte à l'accès efficace des concurrents au marché (I), tandis que d'autres conduisent à l'éviction des concurrents du marché, ce qui peut dissuader un concurrent potentiel efficace d'y accéder (II).

I. La qualification d'une pratique anticoncurrentielle qui porte atteinte à l'accès efficace des concurrents au marché

Le développement de la qualification économique des pratiques anticoncurrentielles s'observe à travers l'analyse de l'effet du comportement en cause sur un accès efficace des concurrents au marché. Cela est pertinent aussi bien pour la qualification d'une entente en application de l'article 81 §1 (A), que pour celle d'un refus de vente constitutif d'un abus de position dominante en application de l'article 82 du Traité¹⁰⁴⁷ (B).

A. La qualification économique des accords qui portent atteinte à un accès efficace des concurrents au marché

Dans le cadre de l'article 81 §1 TCE, le critère de l'accès efficace apparaît aussi bien s'agissant des accords horizontaux que verticaux, lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets d'un accord sur la concurrence. Le corpus jurisprudentiel relatif aux accords verticaux est cependant emblématique de la nécessité de prendre en considération les effets produits par un accord sur le marché aux fins de le qualifier au regard de l'article 81 §1¹⁰⁴⁸.

À l'image de ce qui a été observé précédemment¹⁰⁴⁹, les restrictions verticales¹⁰⁵⁰, en ce compris les accords de distribution sélectifs et/ou exclusifs, ont un double visage. Or, leurs

¹⁰⁴⁷ Les autres comportements constitutifs d'un abus, à savoir essentiellement la vente liée, la pratique de prix prédateurs et les rabais, sont analysés *infra*, II, en ce qu'ils sont principalement appréhendés par le biais de la caractérisation d'un effet d'exclusion du marché.

¹⁰⁴⁸ Dans le cadre des accords de coopération horizontale, un accord en cause dans l'affaire *O2*, préc. note 1046, a échappé à la qualification d'entente en vertu de l'article 81 §1 TCE en ce qu'il permettait un accès efficace de l'un des signataires au marché. L'accord, en organisant l'accès d'un opérateur supplémentaire sur le marché, intensifie la concurrence. Ceci est envisagé *infra* Section 2, I, B, 2.

¹⁰⁴⁹ V. en particulier Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A.

effets positifs et négatifs, qui s'expriment aisément en termes d'accès au marché¹⁰⁵¹, montrent la nécessité de mettre en parallèle le critère de l'accès au marché avec le concept d'efficacité économique¹⁰⁵². Il devient alors nécessaire de dépasser la considération selon laquelle un accord vertical permet un accès efficace de ses signataires au marché, afin de qualifier un accord d'entente au regard de l'article 81 §1 TCE s'il résulte de cet accord qu'un opérateur économique tiers efficace est empêché voire dissuadé d'accéder au marché en cause.

Certes, des observations similaires peuvent être formulées à propos de l'appréciation de la nécessité d'une clause d'exclusivité dans un accord simple. Une telle clause peut respecter l'article 81 en tant qu'elle intensifie la concurrence « *en permettant l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent qui sans cette assurance n'aurait certainement pas accepté d'encourir les risques de l'entreprise* »¹⁰⁵³. À l'inverse, une telle clause est contraire à l'article 81 si elle n'est pas nécessaire pour l'accès profitable des signataires de l'accord au marché¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁰ Les restrictions verticales sont ici abordées dans le cadre de l'article 81, même si l'article 82 est pertinent pour certaines restrictions verticales : l'abus peut être commis, par exemple, dans la relation qui noue un distributeur avec ses fournisseurs. Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 8, les restrictions verticales sont « un ensemble de pratiques (des pratiques bilatérales ou multilatérales, des actions unilatérales ou des fusions) qui mettent en relation, directe ou indirecte, des entreprises qui se situent à des stades différents du processus économique (production-distribution) et qui ont pour effet de restreindre la concurrence ».

¹⁰⁵¹ D'après la Commission, in *Livre vert – La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM (96) 721 final, les restrictions verticales sont à la fois un « instrument d'amélioration de l'efficacité économique par une meilleure coordination entre producteurs et distributeurs » (pts 57 à 59) et un instrument de restriction de concurrence (pts 60 à 64). La Commission oppose ainsi les restrictions verticales qui entravent ou empêchent l'accès au marché (pt 62) et celles qui favorisent l'entrée sur le marché (pt 63). V. aussi le pt 117 : « de tels accords peuvent constituer un instrument approprié pour permettre à certaines entreprises de pénétrer sur de nouveaux marchés et commercialiser leurs produits de manière efficace. D'autre part, des accords de ce type peuvent néanmoins être utilisés pour freiner l'accès de tiers au marché et perpétuer un cloisonnement du marché commun ».

¹⁰⁵² L'arrêt CJCE, 13.7.1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c. Commission*, 56 et 58-64, *Rec.*, p. 429, sp. p. 493, énonçait, à propos de la distinction entre la situation dans laquelle un producteur est lié au distributeur par un contrat d'exclusivité et celle du producteur qui intègre à son entreprise la distribution de ses propres produits, que ces situations « offrent un intérêt différent, l'efficacité pouvant n'être pas identique entre deux circuits économiques dont l'un est intégré et l'autre pas ».

¹⁰⁵³ KOVAR R., « Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison » », *RTDE*, 1987 p. 237, sp. 245, à propos de l'arrêt CJCE, 8.6.1982, *C. Nungesser KG et Kurt Eisele c. Commission*, 258-78, *Rec.*, p. 2015, sp. pt 57 : « dans le cas d'une licence d'un droit d'obtention pour des semences de maïs hybride nouvellement développées dans un État membre, une entreprise établie dans un autre État membre qui n'aurait pas la certitude de ne pas souffrir de concurrence de la part d'autres licenciés pour l'espace territorial qui lui a été concédé, ou de la part du titulaire du droit lui-même, pourrait être amenée à ne pas accepter le risque de la culture et de la commercialisation de ce produit, résultat qui serait nuisible à la diffusion d'une nouvelle technologie et qui porterait ainsi atteinte à la concurrence entre le nouveau produit et les produits existants semblables sur le territoire de la Communauté ». Selon R. KOVAR, « l'exclusivité peut être nécessaire pour permettre l'exploitation d'une nouvelle technologie novatrice et l'apparition de concurrents nouveaux » (p. 246).

¹⁰⁵⁴ TPI, 18.9.2001, *Métropole Télévision e.a. c. Commission*, T-112/99, *Rec.*, p. II-2459, pt 122 : « une société active dans le secteur de la télévision à péage peut être lancée en France sans disposer de la diffusion exclusive

Toutefois, c'est à propos de la théorie de l'effet cumulatif d'accords verticaux d'achats exclusifs¹⁰⁵⁵ que ces interrogations revêtent un intérêt particulier. Cette théorie constitue à certains égards un modèle à suivre en la matière (1). En effet, progressivement, les juridictions communautaires ont sanctionné les accords similaires dont l'effet cumulé portait atteinte à la concurrence, en tant qu'ils empêchent un accès efficace des concurrents au marché (2).

1. La théorie de l'effet cumulatif d'accords similaires, modèle d'analyse économique de conventions restrictives de l'accès au marché

La particularité de la jurisprudence qui concerne l'effet cumulatif est d'intégrer explicitement et de manière récurrente des considérations relatives à l'accès au marché, dans l'appréciation de la gêne à la concurrence qui résulte d'un accord d'achat exclusif. Les grandes lignes de la jurisprudence traditionnelle méritent d'être retracées, en ce que celle-ci comporte les prémices d'une analyse économique des effets des accords litigieux sur le marché.

L'arrêt *Brasserie de Haecht* introduit l'analyse de l'effet cumulé d'accords verticaux de distribution exclusive. Afin d'apprécier l'altération du jeu de la concurrence qui résulte d'un accord de distribution de bière par lequel un opérateur s'engage à se fournir exclusivement auprès d'une brasserie, la Cour de justice souligne le caractère vain d'une analyse des effets d'un accord « *si ceux-ci devaient être séparés du marché où ils se manifestent et ne pouvaient être examinés que détachés du faisceau d'effets convergents ou non, au milieu desquels ils se produisent* »¹⁰⁵⁶. Elle énonce pour la première fois la nécessité d'examiner les effets d'un accord « *dans le cadre où ils se produisent, c'est-à-dire dans le contexte économique et juridique au sein duquel ces accords, décisions ou pratiques se situent et où ils peuvent concourir, avec d'autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence* »¹⁰⁵⁷. Cependant, même en concentrant l'analyse sur les effets de la convention sur la concurrence, l'approche

des chaînes généralistes ». Cela signifie qu'un accès effectif au marché est possible, pour n'importe quel concurrent efficace, sans la clause d'exclusivité litigieuse.

¹⁰⁵⁵ Cette théorie est reprise not. in Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JO C 291, 13.10.2000, p. 1, pt 119 (7).

¹⁰⁵⁶ CJCE, 12.12.1967, *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 23-67, *Rec.*, p. 525, sp. 537.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*.

reste assez formaliste dans la mesure où la Cour assimile altération de la concurrence et restriction de la liberté du commerce¹⁰⁵⁸.

L'arrêt *Delimitis* concerne aussi la question de savoir si l'existence de plusieurs contrats de distribution exclusive, signés par un brasseur allemand avec ses débitants de boisson, ferme le marché¹⁰⁵⁹. Selon la Cour, les accords de fourniture de bière sont interdits par l'article 81 §1 TCE si deux conditions cumulatives sont réunies.

Tout d'abord, il convient d'analyser s'il est difficile pour les concurrents d'accéder au marché national de la distribution de la bière dans les endroits où cette boisson est mise en vente, en examinant non seulement « *la nature et l'importance de l'ensemble de ces contrats (...) [ainsi que] l'incidence de ces réseaux de contrats sur l'accès au marché* »¹⁰⁶⁰, mais aussi « *[l]es autres éléments (...) qui déterminent les possibilités d'accès* »¹⁰⁶¹. Ces autres éléments impliquent d'évaluer, d'une part,

« s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats grâce à l'acquisition d'une brasserie déjà implantée sur le marché avec toute sa chaîne de points de vente ou de contourner le faisceau de contrats par l'ouverture de nouveaux débits de boissons »¹⁰⁶².

D'autre part, parmi les autres éléments qui déterminent les possibilités d'accès au marché en cause, il convient de tenir compte des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur ce marché¹⁰⁶³. Si ces premières conditions permettent de conclure que le marché est accessible pour des concurrents nationaux ou étrangers, l'ensemble des contrats similaires échappe à l'emprise de l'article 81 §1 TCE¹⁰⁶⁴. Dans le cas où la première condition est remplie, la seconde condition qui est requise est de déterminer si les accords individuels

¹⁰⁵⁸ Selon l'arrêt *Brasserie de Haecht*, sp. p. 537, « l'existence de contrats similaires peut être prise en considération dans la mesure où l'ensemble des contrats de ce genre est de nature à restreindre la liberté du commerce ».

¹⁰⁵⁹ CJCE, 28.2.1991, *S. Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, *Rec.*, p. I-935, pts 14 et 15, à propos d'un contrat de distribution de bière signé entre l'exploitant d'un débit de boisson établi à Francfort et une brasserie allemande. Ce contrat comportait un engagement d'exclusivité d'achat et une clause autorisant l'exploitant à acheter la bière en provenance d'autres États membres (v. *infra* n.b.p. 1086). Le marché est celui de la distribution de la bière dans les débits de boissons en Allemagne (pts 16 à 18).

¹⁰⁶⁰ *Idem*, pt 19.

¹⁰⁶¹ *Idem*, pt 20.

¹⁰⁶² *Idem*, pt 21.

¹⁰⁶³ *Idem*, pt 22.

¹⁰⁶⁴ *Idem*, pts 23 et 24.

participent de manière significative à « l'effet de blocage cumulatif »¹⁰⁶⁵. Ceci dépend non seulement de la position des parties contractantes sur le marché mais également de la durée des contrats individuels conclus¹⁰⁶⁶.

Selon Doris HILDEBRAND, l'arrêt *Delimitis* « indique l'importance croissante de l'analyse économique en droit communautaire de la concurrence »¹⁰⁶⁷. Il convient également de remarquer l'évolution de l'utilisation du critère de l'accès au marché à cet égard. Les considérations en termes d'accès au marché sont en effet plus poussées dans l'arrêt *Delimitis* que dans l'arrêt *Brasserie de Haecht*. Selon Ioannis LIANOS, la Cour de justice procédait dans cet arrêt à une « analyse quantitative structurelle de la fermeture du marché »¹⁰⁶⁸ tandis que, dans l'arrêt *Delimitis*, elle « recour[t] au critère qualitatif de la fermeture du marché »¹⁰⁶⁹.

En effet, la Cour examine avec précision l'accessibilité du marché et notamment les « possibilités réelles et concrètes » pour un nouveau fournisseur de s'implanter sur le marché de la distribution de la bière ainsi que les « conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence »¹⁰⁷⁰. Ces conditions sont d'ailleurs analysées aussi bien du côté de l'offre que de celui de la demande. Ainsi, l'arrêt *Delimitis* marque une évolution fondamentale dans l'appréciation de la gêne apportée à la concurrence par l'existence de plusieurs contrats verticaux qui lient des distributeurs à un fournisseur.

La jurisprudence ultérieure marque progressivement la consécration de la préservation d'un accès efficace au marché.

2. L'analyse de l'effet de contrats identiques sur un accès efficace au marché

¹⁰⁶⁵ *Idem*, pt 25.

¹⁰⁶⁶ *Idem*, pts 25 et 26.

¹⁰⁶⁷ HILDEBRAND D., « The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules », Kluwer, European Monographs, La Haye, 1998, p. 232, notre traduction, au vu du pt 27 de l'arrêt *Delimitis*, préc. note 1059. Selon cet auteur, « l'arrêt soutient le besoin d'une telle analyse et suggère un test à deux étapes (...). Premièrement, il doit être estimé s'il est difficile pour des nouveaux fournisseurs d'entrer sur le marché sur lequel opère l'accord ou si les fournisseurs existants ne peuvent pas facilement augmenter leurs parts de marché. Deuxièmement, si le marché présente des barrières à l'entrée ou à la croissance, il doit être examiné si l'accord en question contribue de manière significative à ces barrières » (p. 232). Toutefois, l'auteur, estime p. 208 que les arrêts CJCE, 30.6.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 56-65, *Rec.*, p. 337, sp. 358 et *Consten*, préc. note 1052, introduisent déjà une telle analyse économique. L'analyse économique est cependant plus explicite in *Delimitis*, tandis que le critère de l'accès au marché y est explicitement utilisé.

¹⁰⁶⁸ LIANOS I., ouvrage préc. note 1019, p. 874.

¹⁰⁶⁹ *Idem*, p. 878.

¹⁰⁷⁰ Arrêt *Delimitis*, préc. note 1059, pts 21 et 22. En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 880.

À la suite de l'arrêt *Delimitis*, les jugements prononcés dans les affaires *Langnese* et *Schöller*¹⁰⁷¹ développent une approche qui est centrée sur l'entrave à un accès efficace au marché causée par des contrats similaires.

Dans l'affaire *Langnese*, le Tribunal s'intéresse d'abord aux aspects quantitatifs, en ce compris le degré de dépendance des revendeurs à l'égard du producteur¹⁰⁷². Ensuite, il est évalué si les contrats similaires conclus sur le marché pertinent « ont pour effet cumulatif de fermer l'accès à ce marché pour de nouveaux concurrents nationaux et étrangers »¹⁰⁷³. Or, même si le réseau mis en place par *Langnese* affecte plus de 30 % du marché, le Tribunal examine « les possibilités réelles et concrètes pour de nouveaux concurrents de s'infiltrer sur celui-ci malgré l'existence d'un réseau de contrats d'achat exclusif »¹⁰⁷⁴. Différents éléments¹⁰⁷⁵ rendent difficile la mise en place d'un système concurrent de distribution rentable, de sorte que le cloisonnement du marché allemand à l'égard des glaces en provenance d'autres États membres qui résulte du système d'accords exclusifs est sanctionné¹⁰⁷⁶. Ainsi, le Tribunal « censure la politique restrictive de la Commission et réaffirme la théorie qualitative de l'effet cumulatif »¹⁰⁷⁷. L'analyse de la demande des produits et de la rentabilité de la mise en place d'un système de distribution concurrent montre la volonté de promouvoir un accès efficace au marché.

Une utilisation rigoureuse de la théorie de l'effet cumulatif est proposée dans l'arrêt *Neste*, dans lequel sont en cause divers réseaux d'accords de distribution exclusive sur le marché finlandais de détail des produits pétroliers¹⁰⁷⁸. L'avocat général FENNELLY souligne que les

¹⁰⁷¹ V. aussi déc. Commission, n° 93/405/CEE, 23.12.1992, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co c. KG*, JO n° L 183 du 26.7.1993, p. 1, IV/31.533 et IV/34.072 et TPI, 8.6.1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co*, T-9/93, Rec., p. II-1611, qui sont rendus peu ou prou dans les mêmes termes que les décisions rendues dans l'affaire *Langnese*, auxquelles il est fait référence ici en priorité.

¹⁰⁷² TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, Rec., p. II-1533, pts 97 et 98. La conclusion trop rapide qu'en avait tirée la Commission est ainsi remise en cause.

¹⁰⁷³ *Idem*, pt 99.

¹⁰⁷⁴ *Idem*, pts 104 à 106, sp. 106.

¹⁰⁷⁵ *Idem*, pts 107 à 111 : le système de prêt portant sur un grand nombre de surgélateurs, l'octroi de ristournes, l'absence d'intermédiaires indépendants qui avait pour effet un morcellement de la demande, la notoriété des marques de la requérante ainsi que la durée effective des contrats litigieux.

¹⁰⁷⁶ *Idem*, pts 110, 112 et 121.

¹⁰⁷⁷ LIANOS I., ouvrage préc. note 1019, p. 884 et 885, en réf. not. à la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article [81] § 1 du TCE, 97/C 372/04, JO n° C 29 du 30.1.1997, p. 3-9. La Commission avait en effet pris pour fondement de l'interdiction en cause le dépassement des seuils prévus dans cette Communication. Le jugement du Tribunal est confirmé *in CJCE*, 1^{er}.10.1998, *Langnese Iglo c. Commission*, C-279/95 P, Rec., p. I-5609.

¹⁰⁷⁸ Arrêt préc. note 1087. À la lecture du pt 27 de cet arrêt, I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 887 estime que « la Cour refuse de suivre l'approche du Tribunal et de la Commission qui condamnaient les accords d'achat

simples possibilités d'accéder au marché en cause peuvent être relativisées¹⁰⁷⁹. Selon ce dernier, « *il faut que de nouveaux concurrents aient une possibilité substantielle, et non pas minime, d'entrer sur le marché pertinent, afin de ne pas conclure que l'accès au marché est difficile* »¹⁰⁸⁰, ce qui implique une « *analyse économique approfondie* »¹⁰⁸¹. L'accès des concurrents au marché est apprécié de manière qualitative, d'une manière telle que l'efficacité de cet accès est seulement supposée.

La principale cause de fermeture du marché dans l'affaire *Neste* consiste dans la durée des engagements souscrits¹⁰⁸², de laquelle dépend l'incidence des réseaux de contrats sur l'accès au marché¹⁰⁸³. Or, ces contrats conclus pour dix ans sont résiliables à tout moment, moyennant un préavis d'un an¹⁰⁸⁴. Ils ne participent donc que de manière insignifiante à l'effet de blocage cumulatif produit par l'ensemble des accords d'achat exclusif conclus par le fournisseur¹⁰⁸⁵. À l'image de la clause d'ouverture dans l'arrêt *Delimitis*¹⁰⁸⁶, la clause de résiliation fait échapper les contrats à l'emprise de l'article 81 §1 TCE, en dépit de l'effet de fermeture du marché provoqué par l'ensemble de ces contrats. Ainsi, l'accès de concurrents particuliers au marché n'est pas protégé, mais l'accessibilité du marché est préservée. Cela ressort en particulier de l'extrait suivant :

« L'appréciation des effets d'un accord d'achat exclusif implique la nécessité de prendre en considération le contexte économique et juridique au sein duquel celui-ci se situe et où il peut concourir avec d'autres, à un effet cumulatif sur le

exclusif pour le simple fait que les distributeurs faisaient partie du réseau d'un fournisseur qui, avec les réseaux des concurrents, conduisait à une fermeture du marché. Elle effectue un examen des différentes caractéristiques des accords d'achat exclusif faisant partie du réseau du fournisseur et n'a pas limité son contrôle à la seule considération des éléments extrinsèques aux accords en question ».

¹⁰⁷⁹ Concl. av. gén. N. FENNELLY présentées pour l'arrêt *Neste*, préc. note 1087, pt 24 : « Le seul fait que quelques nouveaux concurrents soient récemment parvenus à prendre pied sur ce marché, et que la part de marché de Neste ait décliné ces derniers temps, n'empêche pas de constater que l'accès au marché est « difficile » (...) par application du critère *Delimitis*. À notre avis, il doit y avoir plus qu'une possibilité réelle d'accès, qui ne doit pas, du moins pas exclusivement, reposer sur l'acquisition ou la reprise de fournisseurs existants ». Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 1168, cela « signifie que cette condition doit être interprétée de manière restrictive ».

¹⁰⁸⁰ *Idem*, n.b.p. n° 27, à laquelle renvoie le pt 24 des conclusions.

¹⁰⁸¹ *Idem*, pt 26.

¹⁰⁸² Arrêt *Neste*, préc. note 1087, pt 32.

¹⁰⁸³ Arrêt *Delimitis*, préc. note 1059, pt 19. Cela fait partie des « effets des réseaux » qui diffèrent de « l'effet de réseau » selon l'expression de I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 1187 et s.

¹⁰⁸⁴ Arrêt *Neste*, préc. note 1087, pt 35 : « [ce] délai de résiliation d'un an est de nature (...) à limiter la restriction apportée par celui-ci au jeu de la concurrence sur le marché de la distribution des carburants ».

¹⁰⁸⁵ *Idem*, pt 36. La faculté pour un distributeur de résilier le contrat qui le lie au fournisseur à l'issue d'un préavis d'un an laisse à un nouvel entrant la possibilité d'en conclure un autre dans un délai raisonnable avec un distributeur.

¹⁰⁸⁶ Arrêt *Delimitis*, préc. note 1059, pt 32 : la clause autorise l'exploitant à acheter la bière en provenance d'autres États membres. Cette clause est décisive dans la conformité des accords cumulés avec l'article 81 §1.

jeu de la concurrence. Il convient, par conséquent, d'analyser les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités, pour les concurrents nationaux ou originaires d'autres États membres, de s'implanter sur le marché de référence ou d'y agrandir leur part de marché »¹⁰⁸⁷.

Ainsi, la théorie de l'effet cumulatif consiste à analyser les effets d'accords d'achat exclusif du même type non seulement sur l'accès des concurrents au marché, mais aussi sur la croissance des opérateurs établis. Cet accent mis sur la préservation de l'accès au marché des concurrents nationaux et ressortissants d'autres États membres, révélateur de la poursuite de l'objectif du marché intérieur, est combiné avec une appréciation *in concreto* des effets des accords litigieux. Cet extrait démontre, si besoin en était, que l'objectif de l'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur se conjugue opportunément avec le développement d'une analyse économique des effets des conventions litigieuses sur le marché. L'approche perd donc de son formalisme en tant que l'intensité de la restriction apportée au jeu de la concurrence est appréciée d'une manière neutre.

L'analyse qualitative des possibilités d'accéder au marché en cause, aux fins de juger de la licéité d'un accord de distribution exclusive qui s'insère dans un réseau de contrats similaires, intègre donc implicitement des références à l'efficacité de l'accès au marché. Le jugement *Van den Bergh Foods* poursuit cette évolution en dégageant de manière encore plus claire les critères de l'accès efficace au marché. La clause d'exclusivité litigieuse empêche les détaillants irlandais de placer dans les congélateurs que HB leur met à disposition d'autres glaces que celles commercialisées sous cette marque. Contrairement à l'exclusivité litigieuse en cause dans l'affaire *Langnese*, les détaillants ne sont donc pas formellement empêchés de s'approvisionner auprès d'autres fabricants¹⁰⁸⁸. Selon la Commission, la clause opère cependant comme une exclusivité de nature à cloisonner sensiblement le marché¹⁰⁸⁹. Est apprécié le degré de cloisonnement au regard de l'ensemble des accords similaires conclus sur le marché de référence et des autres éléments du contexte économique et juridique¹⁰⁹⁰, en ce compris la position dominante de HB sur le marché de référence qui crée une dépendance

¹⁰⁸⁷ CJCE, 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky e.a.*, C-214/99, *Rec.*, p. I-11121, pt 25.

¹⁰⁸⁸ TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, T-65/98, *Rec.*, p. II-4653, pt 79.

¹⁰⁸⁹ *Idem*, pt 77.

¹⁰⁹⁰ *Idem*, pts 82 et 83.

effective des détaillants envers elle¹⁰⁹¹. Les modalités de pénétration du marché par les concurrents sont également appréciées en détail. En effet, il « *existait une demande sur le marché de référence pour les produits fabriqués par les concurrents de HB et (...) la clause d'exclusivité influe sur la possibilité, pour ses concurrents, d'y pénétrer et de s'y établir* »¹⁰⁹². Le Tribunal s'intéresse donc à la profitabilité de l'accès des concurrents au marché.

En outre, contrairement à l'arrêt *Neste*, la clause de résiliation ne diminuait pas le « *degré de cloisonnement du marché de référence* »¹⁰⁹³. Une faculté de résiliation est donc appréciée différemment suivant que les barrières à l'entrée que comporte le marché pertinent sont aisément surmontables ou non¹⁰⁹⁴.

La protection de l'accessibilité efficace du marché devient ainsi déterminante dans la qualification des verticaux en vertu de l'article 81 §1 TCE. Les jurisprudences relatives à l'article 82 TCE développent également l'utilisation du critère de l'accès efficace au marché, sous l'influence croissante de l'analyse économique en droit communautaire de la concurrence. Le refus de vente en constitue un bon exemple.

B. La qualification du refus de vente en fonction de l'effet de la pratique sur l'accès efficace des concurrents au marché

L'analyse de l'efficacité de l'accès au marché constitue une méthode d'analyse pertinente pour ce qui concerne le refus de vente d'un produit ou d'un service essentiel pour la commercialisation d'un produit ou d'un service concurrent, essentiellement en matière d'abus de position dominante¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹¹ *Idem*, not. pts 90, 91 et 112, qui rappelle que le degré de dépendance qui découle des réseaux d'accords ne constitue qu'un élément parmi d'autres du contexte économique et juridique des accords en question. La prise en compte de la position des parties sur le marché figurait déjà au pt 25 de l'arrêt *Delimitis*, préc. note 1059.

¹⁰⁹² *Idem*, pt 93.

¹⁰⁹³ *Idem*, pt 105, confirmé in CJCE, ord., 28.9.2006, *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd c. Commission*, C-552/03 P, *Rec.*, p. I-9091, pt 55. Le pourvoi est rejeté.

¹⁰⁹⁴ La question de savoir si ces analyses participent de la réalisation d'un bilan concurrentiel dès l'application du premier paragraphe de l'article 81 est abordée in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 2.

¹⁰⁹⁵ Le jugement TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691, pt 105 prend en considération l'efficacité de l'accès au marché dans le cadre de l'article 81 §3 TCE, en utilisant un champ lexical propre à la théorie des infrastructures essentielles. V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, B, 2.

Alors que cela n'était qu'implicite dans l'arrêt *Magill*¹⁰⁹⁶, l'accessibilité efficace du marché en cause est explicitement préservée dans l'arrêt *Bronner* : l'intérêt du concurrent n'est pas protégé en particulier¹⁰⁹⁷. De même, cette considération ressort de l'arrêt *IMS* lorsque la rentabilité de la reproduction d'une structure modulaire alternative est analysée¹⁰⁹⁸. La préservation dynamique de l'accessibilité du marché est aussi à relever dans le volet du jugement *Microsoft* relatif au refus de cette entreprise de fournir à ses concurrents des informations sur l'interopérabilité¹⁰⁹⁹ ; ceci consiste à refuser à des tiers une licence portant sur des droits de propriété intellectuelle¹¹⁰⁰. Le jugement accorde non seulement beaucoup d'importance à la préservation d'une concurrence effective sur le marché¹¹⁰¹, mais analyse

¹⁰⁹⁶ L'arrêt *Magill* (CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission*, C-241 et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743) ne s'intéresse qu'implicitement à l'efficacité de l'accès au marché des magazines hebdomadaires de télévision, dans la mesure où le refus litigieux exclut toute concurrence sur le marché aval. Au contraire, l'efficacité de l'accès des requérantes au marché dérivé doit être partagée avec les concurrents : « Les requérantes avaient donc la possibilité de s'adapter aux conditions d'un marché des magazines de télévision ouvert à la concurrence, pour assurer la viabilité commerciale de leur hebdomadaire » (pt 30). De plus, la prise en considération de l'existence de la demande pour un magazine général de télévision suppose que l'accès des concurrents sera rentable. V. *infra* sous Section 2, II, B, 1, a.

¹⁰⁹⁷ CJCE, 26.11.1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, C-7/97, *Rec.*, p. I-7791. La Cour s'intéresse en effet à la faisabilité et à la rentabilité (pts 44 à 46) de la reproduction d'un réseau de distribution parallèle lors de la qualification de l'abus.

¹⁰⁹⁸ CJCE, 29.4.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, *Rec.*, p. I-5039, pt 29.

¹⁰⁹⁹ Déc. Commission 2007/53/CE, 24.3.2004, *Microsoft Corp.*, COMP/C-3/37.792, JO L 32 du 6.2.2007, p. 23-28 ; TPI, 17.9.2007, *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04, *Rec.*, p. II-3601. Le deuxième comportement en cause, la vente liée de Windows avec le lecteur Windows Media Player, est analysée *infra*, sous II. B.

¹¹⁰⁰ D'après le pt 37 du jugement, les « informations relatives à l'interopérabilité » sont les « spécifications exhaustives et correctes de tous les protocoles [mis en œuvre] dans les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail et qui sont utilisés par les serveurs de groupe de travail Windows pour fournir aux réseaux Windows pour groupe de travail des services de partage des fichiers d'imprimantes, et de gestion des utilisateurs et des groupes [d'utilisateurs], y compris les services de contrôleur de domaine Windows, le service d'Active Directory et le service 'Group Policy' ». V. aussi le pt 195 du jugement.

¹¹⁰¹ Trois marchés pertinents de produits ont été identifiés par la Commission, à savoir celui des systèmes d'exploitation pour PC clients, celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, et celui des lecteurs multimédias. La position dominante de Microsoft est reconnue par la Commission sur les deux premiers marchés, celle occupée sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients présentant des « caractéristiques extraordinaires » (pt 387, en réf. aux pts 429 et 472 de la déc. attaquée). Microsoft ne conteste pas ce volet de la décision de la Commission dans un premier temps (pt 83). Microsoft remet en cause les conclusions relatives au refus de fournir les informations relatives à l'interopérabilité et au fait qu'elle soit contrainte d'en autoriser l'usage, celles relatives à la vente liée du système d'exploitation Windows pour PC clients et de Windows Media Player (analysé *infra*, sous II, B.) et l'obligation de désigner un mandataire indépendant chargé de veiller à ce que Microsoft se conforme à la décision attaquée (le mécanisme de suivi mis en place pour veiller à ce que Microsoft se conforme aux injonctions prévues dans la décision de la Commission a été annulé par le Tribunal. Sur ce point, v. not. L. IDOT, « Premières vues sur l'arrêt *Microsoft* : comment mettre fin à une super dominance », *Europe*, 10.2007, focus 58, p. 2). Dans le cadre de son argumentation remettant en cause la qualification d'abus de position dominante pour le refus de fournir les informations sur l'interopérabilité, le deuxième moyen invoqué porte sur l'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé (le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail). Au sein de cette argumentation, Microsoft conteste la délimitation de ce marché, qu'elle considère notamment comme trop étroite. Le moyen est rejeté (v. pts 480 à 532). Microsoft conteste aussi le calcul des parts de marché, et *in fine*, la reconnaissance de la position dominante sur le marché (v. pts 533 à 559). Le moyen est rejeté, d'autant que la Commission « a

également l'efficacité économique du refus en cause. Il convient de bien saisir les apports de cette décision en termes d'accès au marché.

Selon la Commission, Microsoft a abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, en refusant de fournir à des concurrents les spécifications des protocoles mis en œuvre dans les systèmes d'exploitation pour Windows pour serveurs de groupe de travail (c'est-à-dire une description détaillée de ce qui est attendu du logiciel en cause). Le refus en question ne porte pas sur les éléments de « code source » de Microsoft¹¹⁰². D'après la Commission, le refus provoque un risque d'élimination de la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et il n'est pas objectivement justifié¹¹⁰³. La Commission n'envisage pas d'ordonner que des tiers puissent copier Windows¹¹⁰⁴, mais enjoint à Microsoft de permettre aux concurrents d'utiliser ces spécifications afin de développer et de commercialiser des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail¹¹⁰⁵. La théorie de l'effet de levier est explicitement appliquée¹¹⁰⁶, les marchés des systèmes d'exploitation pour PC clients et des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail étant voisins¹¹⁰⁷. Or, cette injonction permet aux autres entreprises de « *concurrencer de manière viable* » le système

également tenu compte du fait qu'il existait des barrières à l'entrée sur ce marché (...), dues notamment à la présence d'effets de réseau et d'obstacles à l'interopérabilité, ainsi que des liens commerciaux et technologiques étroits entre ledit marché et celui des systèmes d'exploitation pour PC clients » (pt 558). Microsoft ne remet en revanche pas en cause sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients (sur cet aspect, à propos des ventes liées, v. pt 854 du jugement).

¹¹⁰² *Idem*, pts 40 et 206 : « Les informations visées par la décision attaquée constituent une description technique détaillée de certaines règles d'interconnexion et d'interaction applicables au sein des réseaux Windows pour groupe de travail pour la fourniture de services de groupe de travail. Cette description ne s'étend pas à la manière dont Microsoft met en œuvre lesdites règles, à savoir, notamment, à la structure interne ou au code source de ses produits ».

¹¹⁰³ *Idem*, pt 41.

¹¹⁰⁴ *Idem*, pt 40. D'ailleurs, le Tribunal précise au pt 241 que « Microsoft (...) reconnaît elle-même [que] ses concurrents ne seront pas en mesure de développer des produits constituant des « clones » ou des reproductions des systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail en ayant accès aux informations relatives à l'interopérabilité visées par la décision attaquée » et au pt 242 qu'il ne serait pas dans l'intérêt des concurrents de Microsoft de développer exactement les mêmes systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail que ceux de Microsoft.

¹¹⁰⁵ *Idem*, pt 48.

¹¹⁰⁶ *Idem*, pt 559 : « la Commission reproche à Microsoft (...) de s'être servie, par l'exercice d'un effet de levier (leveraging), de la position quasi monopolistique qu'elle détient sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients pour influencer sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail », en réf. aux considérants 533, 538, 539, 764 à 778, 1063, 1065 et 1069 de la déc. attaquée.

¹¹⁰⁷ *Idem*, pt 385 : « l'une des fonctions essentielles des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail est précisément la gestion des PC clients ».

commercialisé par Microsoft¹¹⁰⁸. La Commission régule ainsi l'accès profitable des concurrents au marché.

Microsoft argue principalement¹¹⁰⁹ que les conditions posées dans les jurisprudences *Magill* et *IMS* ne sont pas réunies, de sorte que la Commission ne saurait lui ordonner de divulguer ces informations¹¹¹⁰. La réponse du Tribunal à cette argumentation prend deux directions principales, qui répondent l'une comme l'autre à l'objectif de préservation d'un accès efficace au marché. Il s'agit de démontrer d'abord le caractère indispensable des informations relatives à l'interopérabilité, c'est-à-dire que l'objet du refus est la condition *sine qua non* à l'efficacité de l'accès au marché (1). De plus, le refus de divulguer ces informations comporte un effet d'exclusion du marché (2).

1. L'efficacité de l'accès des concurrents au marché, tributaire de l'objet du refus

Il ressort du jugement *Microsoft* que l'efficacité de l'accès des concurrents au marché dépend de l'objet du refus.

À propos de la nature indispensable des informations relatives à l'interopérabilité¹¹¹¹, qui est remise en cause par Microsoft¹¹¹², le Tribunal accepte le degré d'interopérabilité retenu par la Commission¹¹¹³. Ainsi, l'appréciation est réalisée en fonction de ce qui est « *nécessaire pour permettre aux concepteurs de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail*

¹¹⁰⁸ *Idem*, pt 236, en réf. au pt 1003 de la décision attaquée.

¹¹⁰⁹ Microsoft allègue aussi que ses protocoles de communication sont protégés par des droits de propriété intellectuelle, pts 267 et s. Ceci n'était cependant pas contesté par la Commission. Le Tribunal décide donc que cette question est liée à la question de savoir si la Commission pouvait valablement imposer à Microsoft d'accorder une licence portant sur des droits de propriété intellectuelle (pts 289 et 290).

¹¹¹⁰ *Idem*, pt 112. Ainsi, l'application de la théorie de l'effet de levier ne serait pas justifiée, v. le pt 296 : « Microsoft rejette l'allégation de la Commission selon laquelle elle a utilisé le pouvoir de marché qu'elle détient sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients pour conquérir le marché de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail ».

¹¹¹¹ Il s'agit de la première des quatre branches de l'argumentation de Microsoft, qui comprend aussi l'élimination de la concurrence qui résulte du refus de la divulguer, l'apparition d'un produit nouveau et les justifications objectives (v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 1).

¹¹¹² *Idem*, pts 337 et s. Au pt 345 invoque à ce propos cinq méthodes permettant de réaliser l'interopérabilité entre des systèmes d'exploitation pour serveurs concurrents et les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients et pour serveurs, constituant autant d'alternatives à la divulgation des protocoles de communication en cause.

¹¹¹³ *Idem*, pt 374 : cette interopérabilité est composée de l'interopérabilité client-à-serveur et de l'interopérabilité serveur-à-serveur, qui sont indissociables.

concurrents de rester de manière viable sur le marché »¹¹¹⁴. La réflexion est axée sur l'efficacité de l'implantation des concurrents sur le marché¹¹¹⁵.

Cette interopérabilité est également nécessaire pour se relier à l'ensemble de l'architecture de domaine Windows¹¹¹⁶. Finalement, le Tribunal accepte de considérer que l'interopérabilité entre les deux systèmes est nécessaire afin que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents soient « *commercialisés de manière viable sur le marché* »¹¹¹⁷. L'intérêt des utilisateurs est pris en considération : ceux-ci préfèrent se tourner vers les systèmes Windows « *alors que les systèmes concurrents présentent des caractéristiques auxquelles ils attachent une grande importance* »¹¹¹⁸. Par ailleurs, l'accès de concurrents au marché ne remet pas en cause le rôle clé de l'interopérabilité dans les décisions en matière d'acquisition des systèmes d'exploitation et le caractère indispensable de l'obtention des informations en cause¹¹¹⁹. Ce volet de la décision s'intéresse dès lors à l'objet du refus tant du point de vue des consommateurs que de celui des opérateurs concurrents dont l'accès rentable au marché est contrarié. La suite de l'arrêt comporte aussi cette double dimension.

2. La conséquence du refus : l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé

Microsoft fait valoir que le refus litigieux n'est pas de nature à exclure toute concurrence sur le marché dérivé, à savoir le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. Le Tribunal accepte les considérations de la Commission selon lesquelles le refus en

¹¹¹⁴ *Idem*, pt 376. Le pt 229 énonce : « s'il est établi en l'espèce que le degré d'interopérabilité existant ne permet pas aux concepteurs de systèmes d'exploitation pour serveurs concurrents de Microsoft de rester présents de manière viable sur le marché de ces systèmes d'exploitation, il s'ensuit qu'il est porté atteinte au maintien d'une concurrence effective sur celui-ci ». V. aussi le pt 356 : « [selon la Commission], une entreprise dominante n'a pas le droit de compromettre la concurrence effective sur un marché dérivé en refusant abusivement à ses concurrents l'accès à un « intrant » nécessaire à leur viabilité. (...) [S]il n'existe aucune solution de remplacement à l'« intrant » refusé, susceptible de permettre aux concurrents d'exercer une pression concurrentielle effective sur l'entreprise en position dominante sur le marché dérivé, il est alors évident que ledit « intrant » est indispensable au maintien d'une concurrence effective ».

¹¹¹⁵ *Idem*, pt 388 : « Le système d'exploitation Windows étant ainsi présent sur la quasi-totalité des PC clients installés au sein des organisations, les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents ne sauraient continuer à être commercialisés de manière viable s'ils ne sont pas en mesure d'atteindre un degré d'interopérabilité suffisant avec lui ».

¹¹¹⁶ *Idem*, pt 390.

¹¹¹⁷ *Idem*, pt 421.

¹¹¹⁸ *Idem*, pt 422. V. aussi pt 407: le Tribunal fait état de sondages de responsables informatiques qui montrent que : « l'avance manifeste et croissante dont Microsoft bénéficie par rapport à ses concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail (...) s'explique moins par les mérites de ses produits que par l'avantage dont elle dispose en matière d'interopérabilité ». L'influence des considérations relatives à la demande est développée *infra* sous Section 2, II.

question « *a pour conséquence de confiner les produits des concurrents de Microsoft sur des positions marginales, voire de les rendre non rentables* »¹¹²⁰. Il est relevé notamment que « *les éditeurs de produit Linux ne représentaient pas une menace sérieuse pour Microsoft* »¹¹²¹ sur ce marché dérivé. Depuis l'entrée sur ce marché de Microsoft, les parts de marché des concurrents ont diminué¹¹²² ; l'entrée sur le marché de Linux s'est faite surtout au détriment des autres concurrents¹¹²³, alors que c'est précisément au moment du lancement de la génération Windows 2000 des systèmes d'exploitation de Microsoft « *que les problèmes d'interopérabilité se sont posés de manière particulièrement aiguë pour les concurrents de Microsoft* »¹¹²⁴. Si le Tribunal acquiesce dans un premier temps à l'approche de la Commission consistant à mettre l'accent sur la préservation de l'effectivité de la concurrence sur le marché voisin¹¹²⁵, il contrôle ici avec acuité l'analyse menée par celle-ci au titre de la préservation de la concurrence, tout en tenant compte des réactions des utilisateurs au lancement des nouveaux produits Microsoft.

Les préoccupations liées à l'accessibilité du marché aval apparaissent lorsqu'il est expliqué en quoi le refus litigieux décourage les concurrents de mettre sur le marché des produits innovants¹¹²⁶. L'accent est mis à nouveau sur le maintien de manière viable (ou rentable) des concurrents sur le marché¹¹²⁷. On suppose ainsi que la divulgation des informations incitera d'autres opérateurs à accéder au marché, de nombreux utilisateurs se montrant prêts à choisir des produits innovants.

¹¹¹⁹ *Idem*, pts 424 à 436, sp. 426. La part de marché des concurrents a diminué de manière sensible parallèlement à l'augmentation rapide de celle de Microsoft (pt 428). La croissance du concurrent Linux a été modeste (pt 432).

¹¹²⁰ *Idem*, pt 593. Nous passons le rejet par le Tribunal des arguments selon lesquels la délimitation du marché dérivé était trop étroite (pts 480 à 532), et le calcul des parts de marché erroné (pts 533 à 559). Microsoft avance aussi la distinction entre son comportement qui « *risqu[ait] d'éliminer la concurrence* » (élément retenu par la Commission) et un comportement « *de nature à éliminer toute concurrence* ». Mais l'argument ne tient pas, v. pt 561.

¹¹²¹ *Idem*, pt 594.

¹¹²² *Idem*, pt 575

¹¹²³ *Idem*, pt 591.

¹¹²⁴ *Idem*, pt 571.

¹¹²⁵ *Idem*, pt 332. Au regard de l'arrêt *Magill*, préc. note 1096, qui reconnaît que l'exercice du droit exclusif par le titulaire de droit de propriété intellectuelle peut donner lieu à un abus de position dominante dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal considère que le fait que « *le refus [soit] de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché voisin* » constitue l'une de ces circonstances (italique ajouté). C'est la première fois que le Tribunal lit ainsi l'arrêt *Magill*. Selon la Commission, (pt 454) « *le refus en cause risque d'éliminer toute concurrence effective sur le marché dérivé (...)* ». Selon le Tribunal (pt 563), « *ce qui importe (...)* aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, c'est que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché ».

¹¹²⁶ *Idem*, pt 653.

¹¹²⁷ V. not. les pts 229, 356, 376 et 658.

Ce volet du jugement *Microsoft* semble en tout cas trouver sa légitimité dans l'analyse détaillée de l'atteinte à la structure de la concurrence effective sur le marché, par le biais d'une étude de l'impact du comportement à la fois sur l'offre et sur la demande, c'est-à-dire en s'intéressant autant à l'intérêt des concurrents qu'au préjudice (indirect en l'espèce¹¹²⁸) des consommateurs. Il ouvre aussi la possibilité d'avancer des justifications objectives au comportement en cause, ce qui laisse la voie libre à l'allégation de gains d'efficacité¹¹²⁹.

Le critère de l'accès efficace au marché trouve donc sa place en droit communautaire de la concurrence, aussi bien en matière d'accords verticaux que de refus de vente. Ces jurisprudences témoignent ainsi du développement de l'analyse économique de la restriction apportée par une entreprise à l'accès au marché des concurrents, en ce que l'accessibilité du marché est préservée d'une manière neutre. Il convient à présent de préciser dans quelle mesure l'effet d'exclusion d'une mesure est également apprécié d'une manière moins formaliste, en application du critère de l'accès efficace au marché.

II. La qualification économique d'une pratique anticoncurrentielle en fonction de son effet d'exclusion des concurrents du marché

L'évolution du droit de la concurrence en termes plus économiques requiert, aux fins de qualifier une pratique qui comporte un effet d'éviction, qu'il soit établi que cette pratique dissuade une entreprise efficace de venir s'implanter de manière durable sur le marché. Les récentes Orientations de la Commission sur les pratiques d'éviction le corroborent : les autorités de concurrence exigent en effet « *la preuve de l'effet concret d'éviction* »¹¹³⁰. Or, à contre-courant d'une évolution du droit de la concurrence qui accorde plus de place à l'analyse économique des comportements anticoncurrentiels, la Cour de justice est attachée à une interdiction de certaines pratiques qui comporteraient un effet d'exclusion *per se*. C'est le cas en matière de rabais de fidélité, voire en matière de prix prédateurs¹¹³¹ (A). L'analyse de

¹¹²⁸ *Idem*, pt 664 : « il est de jurisprudence constante que l'article 82 CE vise non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective. Or, (...) *Microsoft* a porté atteinte à la structure de concurrence effective sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail en y acquérant une part de marché importante ».

¹¹²⁹ Ces éléments sont analysés *infra* Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B. 1.

¹¹³⁰ CHONÉ A.-S., « Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3.2009, étude n° 3, p. 4, sp. 5 (à propos de la Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, 9.2.2009, JO C 45, 24.2.2009, p. 7).

¹¹³¹ La démonstration d'un plan d'exclusion dans le cadre de la qualification des prix prédateurs semble plus précise que pour celle qui est appliquée qu'en matière de rabais. Ces différences sont étayées dans ce paragraphe.

l'effet d'exclusion des ventes liées semble davantage en phase avec une qualification économique des pratiques anticoncurrentielles (B).

A. La nécessité d'une appréciation économique des effets anticoncurrentiels des rabais de fidélité et des prix bas

À la différence des rabais de quantité qui jouissent d'un préjugé favorable¹¹³², l'approche des autorités communautaires de concurrence à l'égard des rabais de fidélité reste très restrictive. Il est pourtant indispensable de démontrer l'effet d'exclusion d'un système de rabais de fidélité (1). Les mêmes remarques peuvent être formulées en matière de prix prédateurs (2)¹¹³³.

1. La nécessité de la démonstration d'un plan d'éviction en matière de rabais

La nécessité d'une telle démonstration ressort en particulier des jugements *British Airways* et *Michelin II*¹¹³⁴. Selon Antoine WINCKLER, pour qualifier un rabais de fidélité au regard de l'article 82, « le test clé consiste [d'abord] à savoir si un rabais ou un système de rabais a un effet fidélisant ou de loyauté »¹¹³⁵. Ensuite, il faut établir que les rabais ont un effet important à la marge « puisque une diminution même peu importante des achats peut se traduire par une diminution beaucoup plus importante du taux de rabais »¹¹³⁶. Enfin, le système peut comporter des « facteurs considérés aggravants »¹¹³⁷ ; ces facteurs consistent, d'une part, en une période de référence longue, dans le calcul des rabais sur l'ensemble du chiffre d'affaires et non pas simplement sur les achats supplémentaires, et, d'autre part, dans la considération selon laquelle ce calcul rend difficile pour le client le calcul du prix exact des produits de l'entreprise dominante au moment de l'achat, créant par là un effet d'incertitude et de

¹¹³² V. not. TPI, 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commission* (ci-après *Michelin II*), T-203/01, *Rec.*, p. II-4071, pt 58 : « Les rabais de quantité sont (...) censés refléter des gains d'efficacité et des économies d'échelle réalisées par l'entreprise en position dominante ».

¹¹³³ Les rabais de fidélité peuvent être rattachés à l'article 82, 2nd al. c) en ce que les clients de l'entreprise dominante ne sont pas placés dans la même situation les uns par rapport aux autres. Les prix prédateurs ne sont visés par aucun alinéa de l'article 82, qui énumère cependant une liste non limitative d'infractions.

¹¹³⁴ Les grandes lignes des jugements *British Airways*, préc. note 1046, et *Michelin II*, préc. note 1132, sont analysées in Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, B, 2. Il s'agit ici de les apprécier afin de démontrer la nécessité d'une analyse économique des rabais.

¹¹³⁵ WINCKLER A., « Entre chien et loup, ou la loyauté mal récompensée », *RLC*, 2005, p. 3. Cet auteur précise « c'est-à-dire que le rabais n'est pas assis strictement sur une économie d'échelle due au volume objectif des achats mais il reflète spécifiquement la performance individuelle du distributeur ou du bénéficiaire du rabais de fidélité, c'est-à-dire qu'il est calculé sur la performance passée du distributeur en question ».

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ *Ibid.*

dépendance envers le producteur dominant¹¹³⁸. Quel que soit le bien-fondé juridique de l'appréhension de ces rabais de fidélité, les jugements *Michelin II* et *British Airways* interrogent quant à l'existence de moyens permettant à un fournisseur en position dominante de fidéliser légalement ses distributeurs. En effet, selon le Tribunal,

« tout système de rabais « fidélisant » appliqué par une entreprise en position dominante tend à empêcher l'approvisionnement des clients auprès des concurrents, en violation de l'article 82, indépendamment de la question de savoir si le système de rabais est ou non discriminatoire »¹¹³⁹.

Ce passage fait douter de l'existence de méthodes permettant à un offreur dominant de fidéliser ses clients dans le respect du droit de la concurrence. En effet, « *le seul système en pratique de rabais qui est autorisé pour une entreprise en position dominante sont des rabais non personnalisés applicables à tous les clients pour des commandes qui se traduisent par des économies de coût pour le producteur dominant* »¹¹⁴⁰. Ceci ne recueille pas une adhésion unanime¹¹⁴¹. Antoine WINCKLER remarque en effet que « *l'examen concurrentiel (...) des rabais dits de fidélité est resté complètement rudimentaire et insatisfaisant* »¹¹⁴². Il estime que « *la théorie économique contemporaine ne permet d'ailleurs plus de soutenir une approche réglementaire fondée sur une interdiction per se des rabais de fidélité accordés par des entreprises dominantes* »¹¹⁴³. Une meilleure démonstration du risque d'exclusion qui résulte de la pratique en cause est alors nécessaire¹¹⁴⁴. Il s'agit de « *tester, dans les conditions du marché pertinent, la crédibilité d'un scénario d'exclusion des concurrents par le producteur dominant* »¹¹⁴⁵, qui résulterait d'une situation d'exclusivité que peut sous-entendre un rabais de fidélité.

¹¹³⁸ En ce sens, *ibid.*

¹¹³⁹ Jugement *British Airways*, préc. note 1046, pt 248.

¹¹⁴⁰ WINCKLER A., art. préc. note 1135, p. 3-4, soulignement ajouté.

¹¹⁴¹ L. IDOT, in note sous CJCE, 15.3.2007, *British Airways plc c. Commission*, C-95/04 P, *Rec.*, p. I-2331, *Europe*, 5.2007, comm. 142, p. 19, remarque que « beaucoup parmi [les économistes] ont reproché aux autorités communautaires une lecture trop formaliste de l'article 82 CE ».

¹¹⁴² WINCKLER A., art. préc. note 1135, p. 2.

¹¹⁴³ *Idem*, p. 8.

¹¹⁴⁴ *Idem*, p. 6. Selon cet auteur, « l'obligation qui résulte de la jurisprudence *Michelin* d'appliquer une logique strictement linéaire liant le rabais à la quantité vendue par commande, est doublement absurde du point de vue commercial en ce qu'elle ne permet pas au fournisseur d'inciter ou de récompenser les distributeurs pour l'effort individuel effectivement réalisé et en ce qu'elle pénalise nécessairement les plus petits distributeurs du fournisseur par rapport aux plus gros » (p. 8), en réf. à l'étude de E. MIRAVETE J. et L.-H. RÖLLER, « *Competitive Nonlinear Pricing in Duopoly Equilibrium: The Early Cellular Telephone Industry* », 2004.

¹¹⁴⁵ *Idem*, p. 10. Selon l'auteur, « cela signifierait d'examiner de près la structure du marché et la puissance relative des concurrents (...), l'existence de sunk costs qui rendraient la sortie du marché coûteuse ou improbable pour les concurrents, l'impact sur la politique d'innovation et d'investissement commerciale des concurrents, les

L'analyse économique de l'accessibilité du marché en cause et de la faculté corrélative d'une entreprise le dominant d'éliminer ses concurrents est donc nécessaire. La jurisprudence relative aux prix prédateurs peut faire l'objet d'observations similaires.

2. La nécessité de la démonstration d'un plan d'exclusion de la concurrence en matière de prix prédateurs

Au-delà du « *mythe* » dont font l'objet les prix prédateurs¹¹⁴⁶, l'appréciation économique de l'adoption de prix bas par une entreprise dominante semble nécessaire¹¹⁴⁷. Or, la CJCE qualifie dans l'arrêt *Tetra Pak II* les prix litigieux au regard de l'article 82 TCE, en raison d'un simple risque d'exclusion des concurrents¹¹⁴⁸. Cette jurisprudence se démarque par rapport à l'approche nuancée de l'OCDE sur les pratiques de prix bas :

« la récupération des pertes liées à des pratiques d'éviction est nécessairement préjudiciable au bien-être des consommateurs. Ces pertes ne peuvent être récupérées que par l'établissement et le maintien de prix supérieurs à ceux qui auraient été appliqués si la campagne d'éviction n'avait pas éliminé ou dissuadé la concurrence. Or, l'application de prix supra-concurrentiels nuit en soi aux consommateurs. Par conséquent, si le test démontre que la probabilité de récupération des pertes est faible ou nulle, l'application de prix d'éviction est une pratique non seulement déraisonnable, mais également peu susceptible de porter atteinte au bien-être des consommateurs. En effet, dans ce cas, une campagne d'éviction par les prix stimule au contraire le bien-être des consommateurs durant toute sa durée, et induit un risque faible, voire nul, de porter atteinte à ce bien-être à long terme. Dans la logique du test, lorsque la récupération des pertes n'est pas plausible, la meilleure solution pour l'autorité de tutelle (et pour les tribunaux) consiste donc à n'engager aucune poursuite, même si une entreprise pratique des prix inférieurs à ses coûts »¹¹⁴⁹.

Procéder à un calcul consistant à établir si la société qui adopte la pratique litigieuse récupérera ses pertes évite de sanctionner un comportement qui n'est pas systématiquement préjudiciable aux consommateurs à moyen ou plus long terme (à court terme, la pratique de prix prédateurs leur est en tout cas profitable). *A priori*, la récupération des pertes à la suite de l'éviction des concurrents risque d'entraîner une hausse des prix qui porterait préjudice aux

éventuels effets de réseau ou les impératifs de coûts fixes qui rendraient plus réaliste une opération d'exclusion abusive de la part de l'offreur dominant ».

¹¹⁴⁶ E. COMBE, *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, p. 265, où l'auteur explique qu'une pratique de prix prédateurs est généralement « peu rentable » et « peu crédible ».

¹¹⁴⁷ Il convient en effet de démontrer de quelle manière une pratique qui profite à court terme aux consommateurs leur est en fait préjudiciable à plus long terme.

¹¹⁴⁸ CJCE, 14.11.1996, *Tetra Pak International SA c. Commission*, C-333/94 P, *Rec.*, p. I-5951, pt 44, analysé in Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, B, 1.

¹¹⁴⁹ OCDE, « Predatory foreclosure », 15.3.2005, DAF/COMP(2005)14, Note de référence, p. 64, sp. p. 70.

consommateurs. L'OCDE propose que ce test, plus simple, ait lieu préalablement au test de la relation prix-coût. Si le test de la récupération des pertes est positif, le test de la relation prix-coût devient nécessaire pour vérifier que l'entreprise en cause a effectivement mis en place un plan d'éviction d'un ou de plusieurs concurrents¹¹⁵⁰.

Adopter un tel test ne signifie pas que l'infraction sera moins facilement reconnue, puisqu'une entreprise en position dominante récupérera plus facilement ses pertes qu'une entreprise ayant des parts de marché moindres. En effet, une société leader sur le marché est plus à même de disposer de surcapacités de production, qui doivent être utilisées pour faire face à la hausse de la demande consécutive à la baisse des prix et gagner ainsi des parts de marché sur celles des concurrents¹¹⁵¹. De plus, un marché dominé par un opérateur comporte des barrières à l'entrée qui garantissent au prédateur de pouvoir adopter des prix supra-concurrentiels une fois que l'opérateur ciblé est évincé du marché¹¹⁵². Au-delà de ces éléments, le test de la récupération des pertes doit inclure selon l'OCDE une évaluation des facilités de trésorerie du prédateur¹¹⁵³. Il prend aussi en considération la faible élasticité de la demande par rapport au prix¹¹⁵⁴, l'évolution des parts de marché¹¹⁵⁵, la fidélité à la marque¹¹⁵⁶, l'efficacité relative¹¹⁵⁷, les effets de réputation¹¹⁵⁸, la discrimination par les prix¹¹⁵⁹ et les subventions croisées¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁰ En ce sens, *idem*, p. 71.

¹¹⁵¹ En ce sens, *idem*, p. 72. On y lit en particulier : « un prédateur détenant une part de marché de 80 % n'aura besoin d'augmenter que modérément ses capacités pour ravir à ses concurrents des pans entiers de leur marché ».

¹¹⁵² En ce sens, *idem*, p. 72-73. On y lit en particulier : « sur un marché ayant d'importantes barrières à l'entrée (...), le prédateur se trouve protégé du risque d'entrée et peut donc augmenter ses prix sans avoir à trop se préoccuper de la concurrence ».

¹¹⁵³ *Idem*, p. 73 : « [p]lus il prend de parts de marché à ses concurrents vaincus, plus le nombre d'unités vendues sur lesquelles il subit des pertes, tend à augmenter. Le prédateur doit donc posséder la puissance financière nécessaire pour se maintenir et la volonté nécessaire de financer toutes ses pertes et de livrer bataille jusqu'au bout ».

¹¹⁵⁴ *Idem*, p. 73-74. « Plus l'élasticité de la demande par rapport au prix est faible, moins le prédateur aura besoin d'utiliser de surcapacités pour satisfaire le nouveau marché généré par les prix d'éviction. (...) En cas de forte élasticité, (...) même si le prédateur réussissait à ramener ses prix à un niveau monopolistique, il pourrait perdre une demande telle, que l'ampleur de ses bénéfices pourrait ne pas lui suffire à couvrir ses pertes ».

¹¹⁵⁵ *Idem*, p. 74. Si les parts de marché du prédateur diminuent pendant la période supposée d'éviction, la récupération des pertes est peu probable.

¹¹⁵⁶ *Ibid.* Si l'entreprise en position dominante jouit d'une forte fidélité à sa marque, adopter des prix bas lui sera moins coûteux, car elle pourra moins baisser ses prix que si les consommateurs ne lui étaient pas fidèles.

¹¹⁵⁷ *Idem*, p. 75 : « plus l'entreprise établie est efficace par rapport à ses concurrents, moins il lui sera coûteux de mener une campagne d'éviction ».

¹¹⁵⁸ *Ibid.* V. not. : « Si la stratégie d'éviction d'une entreprise lui permet d'éliminer les concurrents et que les entrants potentiels sur ce marché pensent le prédateur capable de recourir à nouveau à cette même stratégie, ils se montreront moins enclins à accéder au marché ».

¹¹⁵⁹ *Idem*, p. 76. La possibilité pour l'entreprise de discriminer les consommateurs en ne cassant ses prix que pour les produits susceptibles d'être concurrencés limite le coût d'une campagne d'éviction et permet dès lors de récupérer plus facilement les pertes occasionnées par celle-ci.

En apparence, la CJCE admet dans l'arrêt *Tetra Pak* la possibilité de prendre en compte dans d'autres cas l'absence probable de récupération des pertes pour ne pas qualifier l'adoption d'une politique de prix bas par une entreprise¹¹⁶¹. Ce sont « *les circonstances de l'espèce* » qui rendent superflète la démonstration « *que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes* »¹¹⁶² : la super-dominance de Tetra Pak sur le marché ne faisait guère de doute sur sa capacité à rentabiliser à terme la pratique... L'avocat général FENNELLY s'est montré favorable à la prise en compte de la récupération des pertes au moment de la qualification de l'abus¹¹⁶³.

L'affaire *Wanadoo Interactive* confirme la jurisprudence antérieure sur ce point¹¹⁶⁴, mais l'approche choisie est moins formaliste. Même si le test de la récupération des pertes n'est pas adopté, l'analyse menée dans le jugement est en effet satisfaisante d'un point de vue économique en ce que l'accent est mis sur la préservation de l'accessibilité efficace du marché en cause.

La Commission a condamné des pratiques de tarification des services d'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle, en ce qu'elle était inférieure à la moyenne des coûts variables de France Télécom jusqu'en août 2001 et, à partir de cette date, en ce qu'ils étaient inférieurs à la moyenne des coûts totaux, dans une période de forte croissance du marché de l'Internet à haut débit¹¹⁶⁵. Selon la Commission, ces pratiques ont donné à l'entreprise « *une*

¹¹⁶⁰ *Ibid.* Il s'agit pour l'entreprise en position dominante sur plusieurs marchés de récupérer les pertes subies sur un marché par les bénéfices supraconcurrentiels réalisés sur un autre marché dominé. Dans sa décision *Tetra Pak*, la Commission avait avancé l'idée selon laquelle « Tetra Pak a fixé les prix des cartons Tetra Rex en Italie à un niveau destiné à évincer ses concurrents, en recourant au financement croisé de ses produits, grâce à la position dominante qu'elle détenait sur le marché aseptique » (TPI, 6.10.1994, *Tetra Pak International SA c. Commission*, T-83/91, *Rec.*, p. II-755, pt 146).

¹¹⁶¹ En ce sens, v. R. WHISH, *Competition Law*, LexisNexis – Butterworth, Londres, 5^e éd., 2003, p. 708.

¹¹⁶² Arrêt *Tetra Pak*, préc. note 1148, pt 44.

¹¹⁶³ Concl. av. gén. N. FENNELLY présentées pour l'arrêt CJCE, 16.3.2000, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA et Dafra-Lines A/S c. Commission*, C-395 et 396/96 P, p. I-1365, pt 136 : « [D]ans la mesure où cela est nécessaire, nous croyons que le présent cas satisfait au critère de la récupération. (...) Une telle exigence doit être intégrée au critère utilisé pour vérifier si une entreprise dominante applique des prix abusivement bas ». L'avocat général FENNELLY mentionne aussi (n.b.p. 84) que l'avocat général COLOMER n'était pas favorable dans les conclusions présentées pour l'arrêt *Tetra Pak* à ce que la possibilité de récupérer les pertes soit une nouvelle condition pour la constatation de prix éliminatoires incompatibles avec l'article 82 : « la récupération des pertes est le résultat recherché par l'entreprise dominante, mais les prix prédateurs constituent en eux-mêmes une pratique anticoncurrentielle, indépendamment du point de savoir s'ils atteignent ou non leur objectif » (pt 78 des concl. av. gén. D. COLOMER).

¹¹⁶⁴ Jugement *France Télécom SA*, préc. note 1043, pt 228 : « la démonstration d'une récupération des pertes n'[est] pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs ». Le jugement du Tribunal aborde cependant également la question de l'accès efficace des concurrents au marché, v. *infra*.

¹¹⁶⁵ *Idem*, pt 107, cet aspect n'étant pas un obstacle à l'application de l'article 82 TCE. L'infraction a duré au moins jusqu'en septembre 2002. C'était l'une des pommes de discorde entre la Commission et France Télécom,

avance considérable sur ses concurrents ou empêché leur entrée ou leur maintien sur ce marché »¹¹⁶⁶. L'accès efficace des concurrents au marché est donc préservé d'une manière explicite.

Le Tribunal valide la détermination de l'abus réalisée par la Commission¹¹⁶⁷ et la méthode du taux de couverture des coûts¹¹⁶⁸. L'argument de Wanadoo consistant à reconnaître le droit d'une entreprise en position dominante de s'aligner sur les prix de ses concurrents ne tient pas¹¹⁶⁹. Au regard des faibles barrières à l'entrée sur ce marché, Wanadoo estime surtout qu'elle n'a pu vouloir éliminer un ou plusieurs concurrents du marché, puisque des prix même bas n'empêcheraient pas un entrant d'accéder au marché¹¹⁷⁰. Le caractère accessible du marché pertinent remettrait ainsi en cause la qualification d'abus. Le Tribunal propose cependant une lecture restrictive de l'arrêt *AKZO* :

« s'agissant des prix prédateurs, le premier élément de la pratique abusive mise en œuvre par l'entreprise dominante est constitué par la non-couverture de ses coûts. Dans le cas de la non-couverture des coûts variables, le second élément est présumé, tandis que, pour les prix intérieurs à la moyenne des coûts complets, il faut prouver l'existence d'un plan d'éviction »¹¹⁷¹.

À première vue, une entreprise en position dominante peut réussir à renverser la présomption simple selon laquelle l'adoption de prix en dessous des coûts variables est abusive. Le Tribunal ne s'intéresse pourtant qu'à la démonstration d'une stratégie de « préemption » pour ce qui concerne la période de non-couverture des coûts totaux, en esquivant toute prise en considération des arguments de Wanadoo pour ce qui est de la période au cours de laquelle les

v. pts 15 à 53. Le Tribunal valide cependant la décision sur ce point. De même, le moyen tiré du défaut de motivation est rejeté (pts 54 à 60), tout comme celui tiré de la violation du principe de la personnalité des peines (pts 61 à 71).

¹¹⁶⁶ *Idem*, pt 23, en réf. à la conclusion de la communication des griefs de la Commission. V. aussi pt 24.

¹¹⁶⁷ La délimitation du marché retenue par la Commission est acceptée par le Tribunal aux pts 73 à 91. L. IDOT, *in* note sous jugement *France Télécom, Europe*, 3.2007, p. 21-22, remarque que le Tribunal fait application du SSNIP Test. Sur cette question, v. Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 2, I, A, 2.

La reconnaissance de la position dominante de Wanadoo sur ce marché est également validée aux pts 99 à 121. Au-delà de la part de marché élevée détenue par Wanadoo, le Tribunal accepte l'argument selon lequel l'adossement de Wanadoo à France Télécom lui a procuré des avantages sur ses concurrents de nature à contribuer à sa position dominante (pts 112 à 118) mais rejette celui selon lequel la position dominante sur le marché en cause est corroborée par la position dominante sur le marché des annuaires (pts 119 et 120).

¹¹⁶⁸ Jugement *France Télécom*, préc. note 1043, pts 123 à 156, notamment en ce que la Commission a tenu compte des différentes modifications tarifaires dans son évaluation (pt 151).

¹¹⁶⁹ Loin d'être considéré comme un « droit absolu », le droit d'alignement d'une entreprise dominante sur les prix de la concurrence ne peut au contraire aboutir ni à la « non-couverture des coûts du service en cause » (pt 182), ni au renforcement et à l'abus de cette position dominante (pt 185).

¹¹⁷⁰ *Idem*, pt 188.

¹¹⁷¹ *Idem*, pt 197.

prix étaient situés en dessous des coûts variables¹¹⁷² : la présomption est dès lors irréfragable, ce qui constitue une reconnaissance d'une infraction *per se*¹¹⁷³. Pour ce qui concerne les coûts situés en deçà des coûts totaux, la démonstration de la stratégie de préemption du marché de l'ADSL est suffisante, sans qu'il ne soit fait état de l'éviction de concurrents¹¹⁷⁴. Selon le Tribunal, Wanadoo savait que sa stratégie tarifaire rendait difficile un accès efficace au marché¹¹⁷⁵. Ainsi, la pratique de prix « *décourage[ait] les entreprises rivales et procédait de l'objectif d'éviction de la concurrence* »¹¹⁷⁶. Il est donc déterminant que la pratique en cause rende le marché « encore moins » accessible ; un prix peut alors être qualifié de prédateur s'il dissuade les concurrents de s'implanter sur le marché¹¹⁷⁷. L'interdiction semble dès lors justifiée.

Le Tribunal propose alors une interprétation dynamique de l'arrêt *AKZO*, qui ne s'intéressait qu'à l'éviction des concurrents et non pas à l'éviction de la concurrence. L'effet de la pratique en cause sur la décision des concurrents potentiels de s'implanter sur le marché, est essentiel dans la démonstration de la nature anticoncurrentielle de cette pratique. Les arguments de l'entreprise mise en cause tendant à mettre l'accent sur la diversité des offres destinées aux consommateurs¹¹⁷⁸ ne sont pas retenus en raison, notamment, de l'éviction d'un concurrent du marché¹¹⁷⁹ et de l'effet dissuasif des pratiques de cette société sur l'entrée ou le développement de la puissance économique des concurrents¹¹⁸⁰. Le Tribunal n'a donc pas établi seulement l'objet anticoncurrentiel de la pratique¹¹⁸¹.

Ainsi, le Tribunal identifie précisément l'effet des prix bas sur l'éviction de la concurrence (et pas seulement des concurrents), contrairement à l'approche retenue en matière de rabais de fidélité. Dès lors, on s'intéresse d'une manière neutre à la possibilité que des opérateurs

¹¹⁷² *Idem*, pt 198.

¹¹⁷³ *Idem*, pt 195.

¹¹⁷⁴ *Idem*, pts 199 à 209.

¹¹⁷⁵ *Idem*, pt 210.

¹¹⁷⁶ *Idem*, pt 214.

¹¹⁷⁷ On pourrait opposer à cet argument le fait que les barrières à l'entrée au marché dominé rendent *de facto* le marché moins accessible, indépendamment de la pratique d'éviction. Cependant, la condamnation de prix prédateur prend en considération ces barrières à l'entrée. En effet, selon l'OCDE, étude préc. note 1149, p. 72-73 : « sur un marché ayant d'importantes barrières à l'entrée (...), le prédateur se trouve protégé du risque d'entrée et peut donc augmenter ses prix sans avoir à trop se préoccuper de la concurrence ».

¹¹⁷⁸ Jugement *France Télécom*, préc. note 1043, pt 255.

¹¹⁷⁹ *Idem*, pt 262.

¹¹⁸⁰ *Idem*, pt 264.

¹¹⁸¹ Le Tribunal n'attache pas d'importance à la sortie du marché de Mangoosta au stade de la qualification de la mesure, mais au stade de la vérification du montant de l'amende infligée à Wanadoo : la disparition de cet opérateur du marché corrobore « la difficulté à pénétrer le marché » (pt 262).

efficaces puissent s’implanter sur le marché indépendamment de la pratique. La jurisprudence relative aux ventes liées montre que l’effet d’exclusion de la concurrence fait, comme en matière de prix prédateurs, l’objet d’une analyse économique poussée.

B. L’analyse économique de l’effet d’exclusion d’une pratique de vente liée

L’effet d’exclusion d’une pratique de vente liée doit faire l’objet d’une analyse économique, contrairement à l’approche particulièrement restrictive dont elles font l’objet lorsqu’elles sont le fait d’une entreprise dominant le marché¹¹⁸². Emmanuel COMBE remarque en effet qu’elles « *constituent une pratique fréquente, qui s’explique le plus souvent par des considérations d’efficience* »¹¹⁸³. Le volet de l’affaire *Microsoft* consacré à l’intégration litigieuse du logiciel Windows Media Player (ci-après WMP) dans le système d’exploitation Windows pour PC clients montre à cet égard que l’analyse économique de l’effet d’exclusion d’une vente liée répond à l’objectif de préservation d’un accès efficace au marché en cause. L’appréciation économique des effets produits par une pratique sur le marché se prête donc à l’analyse de comportements qui limitent la liberté d’action des entreprises.

Au préalable, il convient de préciser dans quelle mesure le logiciel WMP est un produit distinct du système d’exploitation Windows pour PC clients, même si le logiciel est intégré au système : des produits complémentaires peuvent être distincts¹¹⁸⁴ et une demande existe pour des systèmes d’exploitation pour PC clients sans lecteur multimédia¹¹⁸⁵. De plus des opérateurs commercialisent leurs logiciels de systèmes indépendamment de leurs logiciels d’application, tandis que des opérateurs ne commercialisent que des lecteurs multimédia sans

¹¹⁸² V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 1. Il ressort de la jurisprudence relative aux ventes liées qui sont le fait d’entreprises dominantes que l’effet d’éviction de ces pratiques est présumé.

¹¹⁸³ COMBE E., *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, p. 244, § 108. Selon cet auteur, les ventes liées permettent en particulier « d’économiser les coûts de transaction » et « de résoudre les asymétries d’information sur la qualité des produits ».

¹¹⁸⁴ Le Tribunal énonce au pt 921 à propos de l’affaire *Hilti* : « il peut être supposé qu’il n’y avait pas de demande pour acquérir un chargeur pour pistolet de scellement sans fourniture complémentaire de clous, puisqu’un chargeur sans clous est inutile. Or, cela n’a pas empêché le juge communautaire de considérer que ces deux produits relevaient de marchés distincts ». De même, dans l’affaire *Tetra Pak II*, on peut considérer qu’il n’y avait pas de demande autonome de machines pour cartons d’emballage sans l’approvisionnement complémentaire de cartons. Cela écarte ainsi implicitement l’argument de Microsoft selon lequel la qualification de ventes liées n’a été reconnue que lorsque les produits liés sont consommables.

¹¹⁸⁵ De plus, des équipementiers peuvent pré-installer des ordinateurs avec des lecteurs multimédias concurrents, v. jugement *Microsoft*, préc. note 1099, pt 923. Des employeurs peuvent en outre chercher à se procurer des systèmes d’exploitation sans le lecteur, afin d’éviter que leurs employés ne l’utilisent à des fins non professionnelles (pt 924).

fabriquer de systèmes d'exploitation pour PC clients¹¹⁸⁶. Dès lors, la question de savoir si un produit est distinct d'un autre revient à se demander si des opérateurs accèdent au marché du produit lié indépendamment de l'accès au produit liant. Le Tribunal détermine également si la vente de ce système est effectivement subordonnée à des prestations supplémentaires : les consommateurs n'ont effectivement pas le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié¹¹⁸⁷. Les utilisateurs n'ont pas la possibilité d'acheter le lecteur WMP sans le logiciel de système ; même si aucun supplément n'est demandé pour l'achat de WMP¹¹⁸⁸, la condition relative à la subordination de la conclusion de contrats à des prestations supplémentaires est remplie¹¹⁸⁹.

En revanche, la détermination moins formaliste de l'effet d'exclusion de cette pratique requiert davantage d'attention¹¹⁹⁰. Le Tribunal valide l'approche suivie par la Commission :

« la Commission a estimé que, compte tenu des circonstances spécifiques de l'espèce, elle ne pouvait se contenter de considérer – comme elle le fait normalement dans les affaires en matière de ventes liées abusives – que la vente liée d'un produit donné et d'un produit dominant a un effet d'exclusion sur le marché per se. Elle a (...) examiné plus en avant les effets concrets que la vente liée en cause avait déjà eus sur le marché des lecteurs multimédias (...) ainsi que la manière dont ce marché était appelé à évoluer »¹¹⁹¹.

D'après le Tribunal, l'étude des conditions du marché, qui permet de conclure à l'effet d'exclusion de la concurrence du marché, est suffisamment approfondie. Il convient dès lors de saisir les tenants et aboutissants de la démonstration économique de l'effet d'exclusion produit par la pratique litigieuse, à contrecourant de la jurisprudence traditionnelle.

¹¹⁸⁶ *Idem*, pt 927. V. aussi le pt 941 : « certains des vendeurs de systèmes d'exploitation concurrents de Microsoft qui livrent ceux-ci avec un lecteur multimédia rendent l'installation de celui-ci facultative, permettant sa désinstallation complète ou offrent un sélection de lecteurs multimédias différents ».

¹¹⁸⁷ *Idem*, pt 960. Pour Microsoft, l'intégration du lecteur WMP au logiciel de système n'implique aucune prestation supplémentaire au sens de l'article 82, 2), d) dans la mesure où les utilisateurs ne paient aucun supplément en acquérant le lecteur conjointement avec le logiciel de système, et où ils peuvent utiliser d'autres logiciels d'applications.

¹¹⁸⁸ *Idem*, pt 968. Cela ne signifie pas que le logiciel WMP soit gratuit.

¹¹⁸⁹ *Idem*, pt 961. Sur la question de savoir si le comportement peut être justifié objectivement, v. Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 1. En sus, Microsoft argue que l'accord ADPIC n'a pas été pris en considération, v. pts 1168 à 1192. L'argument est rejeté, en application de la jurisprudence classique sur l'« invocabilité » limitée des accords OMC par les opérateurs économiques. Le Tribunal précise que l'accord ADPIC ne s'oppose pas à ce que les membres de l'OMC adoptent des législations qui permettent de sanctionner l'usage abusif de droit de propriété intellectuelle.

¹¹⁹⁰ Jugement *Microsoft*, préc. note 1099, pts 827 à 830 : le Tribunal prend d'abord acte de ce qu'il existe plusieurs circuits de distribution des lecteurs multimédias aux utilisateurs finals.

¹¹⁹¹ *Idem*, pt 868.

L'analyse de la restriction de concurrence fait l'objet de développements substantiels¹¹⁹². La Commission a démontré les effets néfastes du comportement en cause sur le marché du produit lié, en se détachant d'une approche formaliste selon laquelle la vente liée d'un produit distinct a en elle-même un effet d'exclusion sur les concurrents¹¹⁹³. Le Tribunal acquiesce à cette approche¹¹⁹⁴ en trois étapes. La première consiste à interpréter d'une manière dynamique la limitation de la liberté d'action des équipementiers (1). Les deuxième et troisième étapes établissent que l'efficacité du comportement de Microsoft n'empêche pas de reconnaître qu'il porte atteinte à une saine concurrence (2).

1. L'interprétation dynamique de la limitation de la liberté d'action des opérateurs concurrents

Dans le cadre de la première étape, le passage le plus pertinent semble être celui dans lequel le Tribunal énonce que la vente liée de Windows et de WMP limite la liberté d'action des équipementiers, ce qui se traduit nécessairement comme une entrave à l'accès au marché pour les opérateurs concurrents :

« La mise sur le marché de la version couplée de Windows et de WMP en tant que seule version du système d'exploitation Windows susceptible d'être préinstallée sur les nouveaux PC clients par les équipementiers a eu pour conséquence directe et immédiate de priver ces derniers de la possibilité qu'ils avaient auparavant d'assembler les produits en fonction de leur propre appréciation de ce qui était le plus attrayant pour les consommateurs et, plus particulièrement, de les empêcher de choisir un lecteur concurrent de WMP en tant que seul lecteur multimédia »¹¹⁹⁵.

Le Tribunal ajoute que « *les modes de distribution alternatifs autres que la préinstallation par les équipementiers ne [contrebalancent] pas l'omniprésence de WMP* »¹¹⁹⁶ sur ce marché. Le comportement litigieux conduit donc à fausser la concurrence entre les lecteurs multimédia.

¹¹⁹² *Idem*, pts 976 à 1090, soit 115 paragraphes... La question de la justification du comportement a été presque aussi abondamment débattue : cf pts 1091 à 1193...

¹¹⁹³ *Idem*, pt 977, en réf. au pt 841 de la déc. attaquée. « Alors que, dans les cas classiques de ventes liées, la Commission et le juge communautaire ont estimé que la vente liée d'un produit distinct avec le produit dominant était l'indice de l'effet d'exclusion que cette pratique avait sur les concurrents, [il doit être relevé que,] en l'espèce, les utilisateurs peuvent se procurer – et se procurent dans une certaine mesure – des lecteurs multimédias concurrents [de WMP] sur Internet, et ce parfois gratuitement. Il existe donc de bonnes raisons de ne pas tenir pour acquis, sans un complément d'analyse, le fait que la vente liée de WMP constitue un comportement susceptible, par nature, de restreindre la concurrence ».

¹¹⁹⁴ Comme la Commission, le Tribunal réfute toute application d'une nouvelle théorie juridique (pt 1035).

¹¹⁹⁵ *Idem*, pt 1046. Les équipementiers sont aussi moins enclins à proposer un second lecteur multimédia dans l'assemblage qu'ils proposent aux consommateurs (pt 1044), la présence de plusieurs lecteurs multimédia entraînant un risque de confusion dans le chef des utilisateurs (pt 1045).

¹¹⁹⁶ *Idem*, pt 1049. V. aussi pts 1050 et 1051, à propos du téléchargement d'autres lecteurs par Internet.

La pénétration « efficace »¹¹⁹⁷ du marché aval, « qui a en effet permis à Microsoft d'obtenir un avantage sans équivalent en termes de distribution »¹¹⁹⁸, cantonne d'abord le choix des consommateurs (sans la vente liée, ils auraient été amenés à choisir un autre lecteur parmi ceux offerts sur le marché, que ce soit par les équipementiers ou par Internet). Elle limite aussi l'accès des équipementiers à ce marché (sans la vente liée, ils auraient été amenés à proposer à la vente des systèmes équipés d'autres lecteurs).

Le marché dont on examine l'accessibilité est donc analysé aussi bien côté offre que côté demande, ce qui répond à l'objectif de l'allocation efficace des ressources. Cette analyse permet de passer outre l'efficacité micro-économique du comportement de Microsoft, de manière à protéger l'efficacité de l'entrée de concurrents sur le marché.

2. La protection de l'efficacité globale de l'accès des concurrents au marché

La deuxième étape de la qualification de la restriction à la concurrence consiste à examiner à quelles conditions les concurrents peuvent accéder efficacement au marché. La troisième s'intéresse d'avantage à la globalité de cet accès, en ce compris l'intérêt des consommateurs.

La protection de l'efficacité de l'accès des concurrents au marché ressort ainsi de la deuxième phase du raisonnement de la Commission. Il s'agit d'établir que « l'omniprésence de WMP qui résulte de son couplage avec Windows a une influence non négligeable sur les fournisseurs de contenu et les concepteurs de logiciels »¹¹⁹⁹.

D'une part, à propos des fournisseurs de contenu, le Tribunal accueille favorablement l'identification par la Commission d'importants effets de réseau indirects, qualifiés de « boucle de rétroaction positive »¹²⁰⁰. En l'espèce, ces effets résident dans la circonstance selon laquelle « plus un lecteur multimédia donné est diffusé, plus les fournisseurs de contenu sont enclins à créer des contenus pour la technologie mise en œuvre dans ce lecteur multimédia »¹²⁰¹. Or, « [d]ès qu'un contenu reposant sur un format déterminé [était] largement diffusé, la position concurrentielle des lecteurs multimédias compatibles s'en

¹¹⁹⁷ *Idem*, pt 1048 : « la possibilité de conclure des accords de distribution avec les équipementiers [constituait] un moyen de distribution des lecteurs multimédias moins efficace que la vente liée pratiquée par Microsoft » (tiré du pt 859 de la déc. de la Commission).

¹¹⁹⁸ *Idem*, pt 1054.

¹¹⁹⁹ *Idem*, pt 1060.

¹²⁰⁰ *Idem*, pt 1061.

¹²⁰¹ *Idem*, pt 1067.

[trouvait] renforcée, tandis que l'entrée de nouveaux concurrents [était] rendue plus difficile »¹²⁰². La concurrence ne s'exerce pas par les mérites du produit. Les effets de réseaux participent à la fermeture de l'accès au marché de nouveaux concurrents, ils sont donc à prendre en compte dans l'analyse de la restriction de concurrence qui résulte d'un comportement litigieux.

D'autre part, les concepteurs de logiciels « *qui créaient des applications qui se fondaient sur un lecteur multimédia étaient incités à le faire surtout pour WMP* »¹²⁰³ ; cela caractérise d'autres effets de réseau selon la Commission dont l'avis est repris par le Tribunal. Ainsi, « *la vente liée renforce les barrières à l'entrée liées au contenu et aux applications* »¹²⁰⁴. En outre, le Tribunal note que Microsoft ne conteste pas l'exposé de la Commission selon qui, en application de la théorie de l'effet de levier, « *l'omniprésence dont jouit WMP grâce à la vente liée en cause a également des effets sur certains marchés adjacents* »¹²⁰⁵.

La troisième étape a consisté à prendre en considération l'évolution du marché, décrite dans des études qui « *révèlent invariablement une tendance en faveur de l'utilisation de [WMP] et des formats Windows Media au détriment des principaux lecteurs multimédias concurrents et des technologies associées* »¹²⁰⁶. Ainsi, même si le raisonnement du Tribunal reste marqué par la protection de l'accès au marché des concepteurs de logiciels concurrents, l'impact de la vente liée sur les consommateurs est pris en considération¹²⁰⁷. Dès lors, l'efficacité de l'accès des concurrents au marché est envisagée d'une manière globale.

L'ensemble de ces éléments démontre que le développement de l'analyse économique dans le cadre des pratiques d'éviction n'est pas égal, que l'on soit en présence d'un rabais, d'un prix prédateur ou d'une vente liée. Même s'il est question d'exclusion des concurrents du marché, la réflexion en termes d'accès efficace des concurrents du marché semble convenir à deux égards. D'une part, l'éviction de concurrents peut dissuader d'autres opérateurs d'accéder au marché : ces derniers craignent par exemple que l'opérateur dominant répète un comportement litigieux (cela est particulièrement le cas à propos d'un prix prédateurs).

¹²⁰² *Idem*, pt 1069.

¹²⁰³ *Idem*, pt 1075. L'affirmation est basée sur des sondages opérés auprès de concepteurs de logiciels.

¹²⁰⁴ *Idem*, pt 1088.

¹²⁰⁵ *Idem*, pt 1076. Ces marchés adjacents sont ceux des lecteurs multimédias installés sur les terminaux mobiles, des décodeurs, des solutions DRM et de la diffusion de musique en ligne.

¹²⁰⁶ *Idem*, pt 1078.

¹²⁰⁷ *V. infra* Section 2, II, B, 2, b.

D'autre part, l'éviction de concurrents rend l'accès au marché d'autant plus difficile pour de nouveaux concurrents, puisque les consommateurs finals seront plus enclins à se tourner vers les produits de l'opérateur dominant.

Il ressort de ces développements que l'accès efficace au marché devient le critère clé de l'appréciation économique d'une restriction à la concurrence. L'évaluation de la possibilité, pour les concurrents des signataires d'un accord, de pénétrer efficacement le marché est essentielle dans l'appréciation de cet accord au regard de l'article 81 §1 TCE. Dans le cadre de l'article 82, il sera difficile pour une entreprise dominante qui empêche un accès efficace des concurrents au marché de ne pas se faire sanctionner en application de cet article. Or, de telles solutions juridictionnelles impliquent une analyse économique précise des conditions des échanges sur le marché, aussi bien du côté de l'offre que du côté de la demande.

Section 2 : L'appréciation économique de l'effet d'une pratique litigieuse sur les consommateurs

L'appréciation économique d'une restriction apportée à l'accès au marché implique de considérer l'effet de la pratique litigieuse sur la demande, c'est-à-dire sur les consommateurs entendus au sens large.

Même si le terme « *consommateur* » n'est employé qu'à l'article 82 b)¹²⁰⁸, « *l'énumération exemplative effectuée par le second alinéa de l'article 81 §1 et de l'article 82 (...) révèle l'assise et le contenu de la mission de protection directe des consommateurs assumée par [ces] articles* »¹²⁰⁹. La question de savoir si le comportement en cause préjudicie aux consommateurs entre alors fréquemment en considération¹²¹⁰. Il s'agit ici d'étayer le lien intrinsèque entre la lutte contre les pratiques qui empêchent l'accès des concurrents au marché ou qui tendent à les exclure, et la protection des consommateurs¹²¹¹. Plus précisément, les

¹²⁰⁸ Seule une référence aux « utilisateurs » figure à l'article 81 §3. Ce terme ne vise pas seulement les consommateurs finals, v. note précédente.

¹²⁰⁹ LIANOS I., ouvrage préc. note 1019, p. 218, *n.b.p.* 407. L'auteur détaille p. 213 et s. la place de la protection des consommateurs en droits américain et communautaire de la concurrence.

¹²¹⁰ V., par exemple, dans le cadre de l'article 81 à propos d'un accord horizontal, TPI, 12.6.1997, *Tiercé Ladbroke SA c. Commission*, T-504/93, *Rec.*, p. II-923, pt 159 ; v. dans le cadre de l'article 82, jugement *Microsoft*, préc. note 1099, pt 643. V. aussi les jurisprudences citées ci-après.

¹²¹¹ Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 347-348, « Le droit communautaire de la concurrence met (...) l'accent (...) sur la capacité de l'entreprise dominante à exclure ses concurrents ou à empêcher leur accès au marché. Cela ne signifie pas que le droit communautaire protège les concurrents au détriment des consommateurs. Mais il reconnaît que l'intérêt à long terme de ces derniers exige, dans certains cas, une

développements qui suivent entendent démontrer dans quelle mesure la poursuite de l'objectif d'une allocation efficace des ressources permet, par le biais de la préservation d'un accès efficace au marché, de satisfaire l'intérêt des consommateurs¹²¹².

La place de la protection des consommateurs *finals* en droit de la concurrence est régulièrement rappelée dans la jurisprudence communautaire :

« les règles qui visent à assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ont pour finalité ultime d'accroître le bien-être du consommateur. (...) Le droit et la politique de la concurrence ont ainsi un impact indéniable sur les intérêts économiques concrets de clients finaux acheteurs de biens ou de services »¹²¹³.

Cet objectif est pertinent de manière spécifique pour l'article 81¹²¹⁴ et pour l'article 82 TCE¹²¹⁵. D'ailleurs, le consommateur peut disposer d'un « *intérêt légitime* » à faire constater par la Commission une infraction à ces articles, « *[s'il fait] valoir [qu'il a] subi un préjudice économique du fait d'un contrat ou d'un comportement susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence* »¹²¹⁶. Par ailleurs, la reconnaissance de la position dominante d'une société dépend notamment de sa capacité à agir indépendamment des consommateurs¹²¹⁷, ce qui a été retranscrit en matière de position dominante collective¹²¹⁸. De plus, le juge communautaire s'intéresse désormais à la position dominante collective qui peut résulter d'une concentration de plusieurs entreprises, notamment dans la mesure où « *les*

politique plus active de la concurrence afin de renforcer la rivalité entre les entreprises et de maintenir la structure concurrentielle du marché ».

¹²¹² Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 348, « la liberté d'entreprendre et de pénétrer facilement sur les marchés peut assurer la promotion durable de l'efficacité économique et protéger les intérêts des consommateurs lorsqu'on se place en longue période ».

¹²¹³ TPI, 14.12.2006, *Raffaelsen Zentralbank Österreich AG e.a. c. Commission (Club Lombard)*, T-259 à T-264/02 et T-271/02, *Rec.*, p. II-5169, pt 99.

¹²¹⁴ TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pt 118 : « l'objectif assigné à l'article 81, §1, CE qui constitue une disposition fondamentale pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur (...) est d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elle ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause ».

¹²¹⁵ V. not. jugement *Microsoft*, préc. note 1099, pt 229 : « L'article 82 CE vise (...) le comportement d'un ou de plusieurs opérateurs économiques, consistant à exploiter de façon abusive une situation de puissance économique qui permet à l'opérateur concerné de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui donnant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ».

¹²¹⁶ Arrêt *Club Lombard*, préc. note 1213, pt 99.

¹²¹⁷ CJCE, 9.11.1983, *Michelin c. Commission*, 322-81, *Rec.*, p. 3461, pt 30, et selon une jurisprudence constante.

¹²¹⁸ TPI, 30.9.2003, *Atlantic Container Line AB e.a. c. Commission*, T-191, T-212 à T-214/98, *Rec.*, p. II-3275, pt 595, en réf. not. au jugement TPI, 8.10.1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Commission*, T-24 à T-26 et T-28/93, *Rec.*, p. II-1201.

consommateurs [ne peuvent] réagir de manière effective » à cette opération¹²¹⁹. Le jugement *Airtours* marque l'importance de l'analyse de l'incidence des opérations en cause sur les consommateurs. La réaction des consommateurs à la concentration est en effet examinée, au-delà de la question de savoir si la concentration est dans leur intérêt ou non. En outre, le droit communautaire de la concurrence tend à admettre de plus en plus que des gains d'efficacité puissent contrebalancer notamment le préjudice causé aux consommateurs par une pratique litigieuse¹²²⁰.

Même si, comme en matière de libre circulation, « l'auteur » de l'accès au marché est principalement un opérateur économique qui offre un service ou un produit, la qualification des pratiques anticoncurrentielles en termes de limitation de l'accès efficace des concurrents au marché évolue vers l'incidence de la pratique sur l'accès des consommateurs au marché. Il devient indispensable que les autorités de concurrence se préoccupent de la question de savoir si « *[les] offres (...) procurent (...) aux consommateurs les meilleurs choix en termes de prix, de qualité et de variété* »¹²²¹. Selon la Commission, « *l'existence de nouveaux produits ou de produits améliorés constitue une source importante de bien-être pour les consommateurs* »¹²²². On peut alors se demander dans quelle mesure la préservation dynamique de l'accessibilité du marché améliore la diversité et la qualité des produits offerts à ces derniers. Cette réflexion s'inscrit ainsi dans la ligne d'un droit de la concurrence qui condamne les pratiques qui réduisent le bien-être collectif, celui-ci englobant non seulement le profit réalisé par les entreprises, mais également le surplus des consommateurs¹²²³.

Or, l'analyse précise d'un marché requiert de considérer à la fois l'offre et la demande, de manière à évaluer correctement si la concurrence peut être efficacement livrée. Ainsi, les consommateurs finals sur le marché aval profitent de l'efficacité de la concurrence qui s'exerce sur le marché amont. Dès lors, une analyse économique du marché peut être satisfaisante sans que les consommateurs finals ne soient explicitement pris en considération,

¹²¹⁹ Jugement *Airtours*, préc. note 1034, pt 61.

¹²²⁰ Pour l'art. 81, v. not. jugement *O2*, préc. note 1046, pt 79 ; jugement *GlaxoSmithKline*, préc. note 1214, pts 118 et 247 et s. Pour l'art. 82, v. not. TPI, 17.12.2003, *British Airways plc c. Commission*, T-219/99, *Rec.*, p. II-5917, pt 280. Cette question est développée in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I.

¹²²¹ Rapport EAGCP, préc. note 1012, p. 9. V. aussi p. 8, extrait cité dans le corps de texte renvoyant à la note 1013.

¹²²² *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3*, préc. note 1031, pt 104.

¹²²³ En ce sens, v. E. COMBE, ouvrage préc. note 1183, § 22, p. 57.

à la condition que le marché en cause soit analysé à la fois du côté de l'offre et de la demande, c'est-à-dire du consommateur entendu au sens large.

Que la détermination de l'incidence d'une pratique litigieuse en termes d'accès efficace au marché dépende explicitement (II) ou implicitement (I) de son effet sur les consommateurs, l'essentiel consiste ainsi à évaluer l'effet de la pratique litigieuse sur la demande, de manière à déterminer si l'accès des concurrents au marché profite aux consommateurs.

I. La détermination implicite de l'effet d'une pratique litigieuse sur les consommateurs

L'intérêt des consommateurs n'est pas systématiquement pris en considération lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est qualifiée en fonction de son effet sur l'accès efficace au marché. Cela s'observe aussi bien dans le domaine de l'article 82 TCE, lorsqu'il est question de démontrer que la pratique consistant pour une entreprise à pratiquer des prix bas ou des rabais est abusive (A), que dans le cadre de l'article 81 TCE, à propos des accords horizontaux (B). Néanmoins, dans l'ensemble des cas, on peut estimer que l'intensification de la concurrence profitera nécessairement aux consommateurs finals, dans la mesure où la concurrence est protégée d'une manière impartiale.

A. La détermination implicite de l'incidence sur les consommateurs d'une pratique litigieuse relative au prix

Les rabais et les prix bas font l'objet d'un préjugé défavorable lorsqu'ils sont adoptés par une entreprise dominant le marché pertinent, notamment en raison du risque d'exclusion de la concurrence qu'ils induisent¹²²⁴. Les rabais de fidélité apparaissent comme les parents pauvres de la protection des consommateurs au moment de leur qualification de restriction de la concurrence (1). La qualification de prix bas au regard de l'article 82 du Traité se fait toutefois davantage en fonction de la préservation de l'accès efficace des concurrents au marché, de sorte que la protection des consommateurs ressort davantage des décisions dans lesquelles de telles pratiques sont en cause (2).

¹²²⁴ Les pratiques litigieuses en matière de prix analysées ici visent les relations entre une entreprise dominante et ses clients. La doctrine réfléchit cependant à la question de savoir si l'article 82 ne pourrait pas s'appliquer en cas de prix discriminatoires pratiqués à l'égard des consommateurs finals : P. AKMAN, « To abuse, or not to abuse: discrimination between consumers », 32 *ELR*, 2007, p. 492, en réf. en particulier à déc. Commission 2000/12/CE, 20.7.1999, *Coupe du monde de football 1998*, IV/36.888, *JO*, n° L 5 du 8.1.2000, p. 55.

1. La condamnation de rabais de fidélité est quasiment étrangère à la protection des consommateurs

D'après le rapport de l'European Advisory Group for Competition Policy, interdire certains rabais peut constituer un « *interventionnisme excessif* »¹²²⁵. Il importe d'établir avec précision quels sont les effets anticoncurrentiels des rabais litigieux sur les concurrents, mais aussi sur les consommateurs.

Il est clair en effet que les rabais de fidélité peuvent avoir des effets nocifs à l'égard des consommateurs¹²²⁶. Même si on peut dénoncer une qualification formaliste du rabais de fidélité dans l'affaire *British Airways*, il ne faut pas négliger que le Tribunal envisage explicitement que des « *critères d'efficacité économique* » puissent justifier « *la protection de la position concurrentielle* » de *British Airways* (ci-après BA)¹²²⁷. Or, l'efficacité économique de la pratique n'est pas démontrée par l'opérateur. Le système de prix avait donc un caractère fidélisant puisque « *les agents étaient (...) dissuadés d'offrir leurs services d'agences de voyages aux compagnies aériennes concurrentes de BA, dont l'entrée ou la progression sur le marché britannique des services d'agences de voyages était ainsi nécessairement entravée* »¹²²⁸. Le Tribunal apprécie qualitativement (mais de manière sommaire) la marge de manœuvre qui est laissée aux concurrents en dépit de la pratique litigieuse, en se référant non seulement à la possibilité pour des opérateurs concurrents d'entrer sur le marché, mais aussi à la progression des opérateurs établis. Le Tribunal veille donc à l'efficacité de la concurrence, celle-ci pouvant être intensifiée par l'accès de nouveaux opérateurs et par le maintien sur le marché d'opérateurs performants. L'effet d'exclusion est alors la seule résultante du caractère fidélisant du système de prime litigieux¹²²⁹.

¹²²⁵ Rapport EAGCP, préc. note 1012, p. 36.

¹²²⁶ V. not. jugement *Michelin II*, préc. note 1132, pt 276.

¹²²⁷ Jugement *British Airways*, préc. note 1046, pt 280. Le jugement *Michelin II*, préc. note 1132, ne développe pas cet aspect. Ceci est abordé en détail in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 1.

¹²²⁸ Jugement *British Airways*, préc. note 1046, pt 287. Au pt 288, le Tribunal énonce que le caractère fidélisant de la prime de service démontrait la volonté de BA d'évincer les compagnies aériennes concurrentes.

¹²²⁹ En ce sens, *idem*, pt 295. Même si les parts de marché des compagnies aériennes concurrentes de BA ont augmenté, le Tribunal note que « les parts de marché auraient pu augmenter de façon plus significative » si la pratique en cause n'avait pas eu lieu (pt 298). A. WINCKLER, art. préc. note 1135, p. 9, dénonce à cet égard un raisonnement « circulaire ». V. aussi, en libre circulation, CJCE, 8.3.2001, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB*, C-405/98, *Rec.*, p. I-1795, pt 22. Selon la Cour de justice l'augmentation de la vente d'alcools principalement importés ne signifie pas que si l'interdiction n'avait pas été appliquée, l'augmentation n'aurait pas été plus forte. Sans évaluation précise, ce type de remarque paraît énigmatique.

L'arrêt qui rejette le pourvoi « *confirme une interprétation « classique » de l'article 82 CE* »¹²³⁰. En effet, la Cour de justice considère que les effets d'un comportement sur la concurrence peuvent être appréciés indépendamment de l'effet de celui-ci sur les consommateurs finals¹²³¹, dans la mesure où la concurrence se situe au niveau des relations entre les distributeurs et fournisseurs. Même si les effets de ces pratiques sur les consommateurs ne sont analysés qu'au moment de la justification de ces pratiques¹²³², le formalisme semble encore dominer en matière de rabais¹²³³.

L'appréciation des prix prédateurs intègre en partie ces éléments, puisqu'il s'agit de démontrer qu'un plan d'éviction empêche notamment un accès efficace des concurrents au marché, sans que l'effet de ces pratiques sur les consommateurs ne soit évalué.

2. La protection des consommateurs, résultante de la démonstration d'un plan d'éviction de la concurrence en termes d'accessibilité efficace du marché

Au-delà de l'idée selon laquelle une baisse des prix est favorable aux consommateurs finals, l'appréciation restrictive dont les prix bas adoptés par une entreprise en position dominante font l'objet participe implicitement de la préservation de l'accès des consommateurs à des produits variés¹²³⁴. En effet, l'interdiction de ces pratiques se justifie en tant que l'éviction des concurrents de l'entreprise dominante qui peut découler de l'adoption par cette dernière de prix bas porterait atteinte à une concurrence effective dont les consommateurs pâtiraient¹²³⁵. Ce préjudice ne réside pas seulement dans la possibilité pour l'opérateur dominant d'adopter des prix supra-concurrentiels, mais également dans la limitation des choix des consommateurs qui résulte nécessairement de l'éviction d'opérateurs concurrents du marché. Ces éléments ne

¹²³⁰ IDOT L., note sous arrêt *British Airways*, préc. note 1141, p. 19.

¹²³¹ Arrêt *British Airways*, préc. note 1141, pt 107, en réf. au pt 106 à l'arrêt CJCE, 21.2.1973, *Europemballage et Continental Can c. Commission*, 6-72, *Rec.*, p. 215, pt 26, 2^e al.

¹²³² *Idem*, pt 86.

¹²³³ Toutefois, la prise en considération des gains d'efficience est un signe d'évolution qu'il conviendra d'étayer : v. Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B. 1.

¹²³⁴ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, B, 1.

¹²³⁵ OCDE, « *Predatory foreclosure* », étude préc. note 1149, Note de référence, p. 70 : « la récupération des pertes liées à des pratiques d'éviction est nécessairement préjudiciable au bien-être des consommateurs ». Toutefois, le test de la récupération des pertes n'est pas réalisé dans la jurisprudence communautaire, comme indiqué *supra*.

ressortent cependant pas explicitement de la jurisprudence communautaire qui concerne cette matière¹²³⁶.

L'affaire *Wanadoo* a donné l'occasion à la Commission et au Tribunal de centrer l'analyse sur l'accessibilité efficace du marché en cause¹²³⁷, sans que l'intérêt des consommateurs ne soit pris en considération. L'approche n'est donc pas pleinement satisfaisante, en ce que le volet demande du marché est à peine évoqué. Dès lors, une réflexion sur les effets pro-concurrentiels éventuels d'une pratique de prix bas améliorerait l'approche eu égard à l'intérêt des consommateurs¹²³⁸.

Même si l'accès des consommateurs au marché n'est pas explicitement pris en considération en matière de rabais et de prix prédateurs, les consommateurs sont les premiers bénéficiaires d'une politique consistant à condamner les pratiques qui empêchent de pénétrer le marché de manière efficace, puisqu'un marché dynamique sur lequel la concurrence est vive profite *de facto* aux consommateurs. Des conclusions assez similaires peuvent être remarquées à propos de la qualification d'accords de coopération horizontale en application de l'article 81 §1 TCE.

B. La détermination implicite de l'effet d'un accord horizontal litigieux sur les consommateurs

La qualification des ententes horizontales au regard de l'article 81 §1 du Traité n'est pas étrangère à la limitation des choix des consommateurs sur le marché (1). De même, lorsque l'analyse du juge est centrée sur l'efficacité de l'accès au marché de l'auteur de la pratique, on peut estimer que cela répond implicitement à l'objectif d'amélioration du bien-être des consommateurs (2).

1. La qualification d'une entente horizontale, fonction de la limitation implicite des choix des consommateurs sur le marché

Même si la qualification d'une entente horizontale est régulièrement opérée d'une manière indépendante de toute référence aux consommateurs¹²³⁹, l'appréciation des accords qui

¹²³⁶ CJCE, 14.11.1996, *Tetra Pak International SA c. Commission*, C-333/94 P, *Rec.*, p. I-5951, pts 16 et 19 : la Cour de justice ne s'intéresse aux consommateurs qu'en ce qui concerne la délimitation du marché pertinent ; v. aussi jugement *France Télécom*, préc. note 1043, pt 87.

¹²³⁷ V. *supra* Section 1, II, A, 2.

¹²³⁸ V. sur cette question Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 1 qui détaille les effets pro-concurrentiels que peuvent produire une politique temporaire de prix bas, liée au lancement de nouveaux produits sur le marché.

¹²³⁹ V. not. Commission, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 CE aux accords de coopération horizontale*, 2001/C 3/02, *JO C 3*, du 6.1.2001, p. 2. Ce n'est qu'au pt 34 que le mot « consommateur » apparaît,

relèvent de l'article 81 §1 TCE est réalisée en fonction de l'objectif de l'amélioration du bien-être de ces derniers. Cela est particulièrement le cas lorsque des infractions graves sont en cause. L'arrêt relatif à l'entente bancaire en Autriche en témoigne, notamment parce que « *le secteur bancaire offre des services d'une importance extrême tant pour les consommateurs que pour les entreprises, c'est-à-dire pour l'ensemble de l'économie* »¹²⁴⁰.

Au-delà des accords qui ont un objet anticoncurrentiel, la Commission considère qu'un accord de coopération horizontale peut être visé par l'article 81 TCE s'il est « *susceptible d'affecter la concurrence sur le marché dans une mesure telle qu'on peut s'attendre à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la qualité des biens ou des services* »¹²⁴¹. Ces effets négatifs ont indéniablement une répercussion sur les consommateurs, sans que cette répercussion ne soit mentionnée de manière explicite dans les décisions.

À l'image de l'application de l'article 90 TCE en matière de libre circulation des marchandises, la cristallisation des habitudes des consommateurs est un élément qui intervient dans la définition d'une pratique concertée au regard de l'article 81 §1 TCE. Ainsi, une pratique concertée existe si elle conduit à « *cristallis[er] de[s] situations acquises au détriment de la liberté effective de circulation des produits dans le marché commun et du libre choix par les consommateurs de leurs fournisseurs* »¹²⁴². Selon cet arrêt, la liberté de choix des consommateurs participe à l'équilibre des prix qui aurait résulté de la concurrence. La variation des prix contribue en effet à « *l'interpénétration des marchés nationaux et, par là, [à] l'accès direct des consommateurs aux sources de production de toute la Communauté* », ce qui constitue « *un des buts essentiels du Traité* »¹²⁴³. L'accès des consommateurs aux marchés de toute la Communauté constituerait, selon cet arrêt, l'un des objectifs du Traité ; cette formulation est cependant unique dans la jurisprudence de la Cour de justice. Certaines ententes sont cependant qualifiées au regard de l'article 81 §1 notamment

au moment de l'analyse de l'art. 81 §3. L'ensemble de la présentation de l'art. 81 §1 se fait indépendamment de toute référence aux consommateurs (pts 17 à 30).

¹²⁴⁰ Arrêt *Club Lombard*, préc. note 1213, pt 356. V. aussi le pt 99.

¹²⁴¹ *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 CE aux accords de coopération horizontale*, préc. note 1239, pt 19.

¹²⁴² CJCE, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Commission (Matières colorantes)*, 48-69, *Rec.*, p. 619, pt 67. V. aussi CJCE, 16.12.1975, *Coöperatieve Veriniging « Suiker Unie » U.A. e.a. c. Commission*, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, *Rec.*, p. 1663, pts 27, 69, 180, 191, 293 et 621.

¹²⁴³ Arrêt *Matières colorantes*, *idem*, pt 116.

en ce qu'elles rendent difficile la modification des habitudes des consommateurs¹²⁴⁴. En outre, un accord horizontal qui restreint la concurrence peut bénéficier d'une exemption s'il profite aux consommateurs, dans la mesure où il augmente le choix de produits disponibles sur le ou les marchés pertinents¹²⁴⁵.

La référence au libre choix des consommateurs, aussi pertinente soit-elle dans le cadre d'une analyse d'une restriction de la concurrence car elle permet de s'intéresser à l'accès des consommateurs au marché, ne figure donc pas de manière systématique dans les arrêts relatifs aux accords horizontaux. Lorsqu'un accord horizontal est apprécié en fonction de l'efficacité de l'accès au marché des opérateurs sur le marché, l'objectif d'amélioration du bien-être des consommateurs sous-tend également la décision du juge.

2. L'amélioration du bien-être des consommateurs finals, résultat de l'accès efficace au marché de l'un des signataires d'un accord horizontal

Le jugement *O2 contre Commission* témoigne d'une détermination implicite de l'effet de l'accord horizontal en cause sur les consommateurs. Il concerne un accord-cadre relatif au partage d'infrastructures et à l'itinérance nationale des télécommunications mobiles de troisième génération conclu entre T-mobile, filiale de l'opérateur historique Deutsche Telekom AG, et O2, opérateur de taille moindre présent sur le marché des télécommunications mobiles en Allemagne.

Le Tribunal conteste l'analyse de la Commission en ce qu'elle n'a pu « *valablement apprécier dans quelle mesure l'accord était nécessaire à O2 pour pénétrer le marché des télécommunications mobiles 3G* »¹²⁴⁶. Cet aspect peut remettre en cause la conclusion selon laquelle l'accord en question altère la concurrence¹²⁴⁷. Les éléments utilisés par la Commission pour relever une exemption au sens de l'article 81 §3 TCE montrent que la présence d'O2 sur le marché n'allait pas d'elle-même. Le Tribunal prend ainsi en compte les effets positifs de l'accord dans le cadre de l'article 81 §1 pour dénier à l'accord sa contrariété

¹²⁴⁴ Arrêt *Club Lombard*, préc. note 1213, pt 185, mais à propos de l'affectation par cet accord du commerce entre États membres : « En effet, le « réseau Lombard » peut avoir contribué au maintien des barrières à l'accès au marché décrites par les requérantes (...), en ce qu'il a pu permettre la conservation des structures du marché bancaire autrichien, dont le caractère inefficace a été reconnu par BA-CA elle-même, et des habitudes des consommateurs correspondantes ».

¹²⁴⁵ *Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale*, préc. note 1239, pt 158. Ceci est détaillé in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, B, 2.

¹²⁴⁶ Jugement *O2*, préc. note 1046, pt 77.

¹²⁴⁷ À cet égard, le Tribunal se réfère au pt 68 à l'arrêt *Société Technique Minière*, préc. note 1067.

avec cet article¹²⁴⁸ : « un examen à cet égard aurait été nécessaire non seulement aux fins de l'octroi d'une exemption, mais, préalablement, aux fins de l'analyse économique des effets de l'accord sur la situation concurrentielle déterminant l'applicabilité de l'article 81 CE »¹²⁴⁹.

Le Tribunal analyse ensuite les effets *in concreto* de l'accord sur la concurrence, en particulier le partage du marché de détail des services 3G par six opérateurs. Parmi eux, T-Mobile occupe une position prépondérante ; O2 détient la part de marché la plus faible. L'accord permet ainsi de rééquilibrer les relations concurrentielles en plaçant O2 dans une position plus favorable¹²⁵⁰. La Tribunal remarque que les effets de l'accord sur la concurrence n'ont été pris en compte que dans le cadre de l'analyse de l'article 81 §3 TCE, alors que « l'accord était nécessaire et que, sans lui, O2 n'aurait pas été en condition d'accéder efficacement au marché »¹²⁵¹. Il est donc clair que le Tribunal axe son analyse de la restriction de la concurrence sur les effets de l'accord, afin de remarquer que celui-ci « [permet] un déploiement rentable [du] réseau 3G [de la société O2] »¹²⁵². À la différence d'une entreprise dominante qui invoquerait l'efficacité de son accès au marché d'un point de vue microéconomique, le juge protège dans l'arrêt O2 l'accès rentable d'un opérateur économique plus faible sur le marché. L'efficacité est ici comprise dans un sens macroéconomique, dans la mesure où cette entrée stimule la concurrence.

La nécessité de conclure un accord pour accéder efficacement au marché empêche de considérer que cet accord altère la concurrence. Ainsi, un accord signé par une entreprise qui lui permet d'accéder efficacement au marché en cause a toutes les chances d'être considéré comme compatible avec l'article 81 TCE dans la mesure où il a pour effet d'intensifier la concurrence. Les consommateurs profiteront *a fortiori* de cette amélioration des conditions de la concurrence, car la présence d'un opérateur supplémentaire sur le marché peut entraîner une baisse des prix. Ainsi, le caractère implicite de l'amélioration de la diversité des choix offerts aux consommateurs finals n'affecte pas la qualité de l'analyse, dans la mesure où l'effet de la pratique sur le jeu de l'offre et de la demande est considéré en détail.

¹²⁴⁸ En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 1019, p. 706. La question de savoir si le bilan concurrentiel a sa place dans le cadre de l'article 81 §1 CE est abordée plus en détail *in* Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 2.

¹²⁴⁹ Jugement O2, préc. note 1046, pt 79.

¹²⁵⁰ *Idem*, pts 106 à 109.

¹²⁵¹ *Idem*, pt 111.

¹²⁵² *Idem*, pt 108.

Une remarque parallèle peut être formulée à propos de l'arrêt *Neste*, qui concernait certes un accord vertical¹²⁵³. L'intérêt des consommateurs et la demande ne sont pas abordés dans l'arrêt. Néanmoins, le délai de résiliation d'un an fixé dans les contrats litigieux « *limite la restriction apportée par [le contrat] au jeu de la concurrence sur le marché de la distribution des carburants* »¹²⁵⁴. Ainsi, la faculté de résilier assez aisément les contrats avec l'entreprise en cause limite la fermeture du marché. Or, un marché accessible aux concurrents profite indirectement aux consommateurs dans la mesure où cette accessibilité est susceptible d'intensifier la concurrence.

Ces deux exemples montrent que l'intérêt des consommateurs finals n'est pas explicitement protégé. Toutefois, la violation de l'article 81 §1 TCE n'est pas reconnue dans ces deux espèces. À l'inverse, les considérations explicites liées à l'intérêt des consommateurs viennent appuyer la démonstration d'une restriction de la concurrence au sens de l'article 81 §1, lorsqu'un accord vertical est en cause¹²⁵⁵.

La protection explicite de l'intérêt des consommateurs tend en effet à se généraliser, spécialement dans le cadre des relations verticales qui se nouent entre les opérateurs économiques.

II. La détermination explicite de l'effet d'une pratique litigieuse sur les consommateurs

L'appréciation d'une restriction à la concurrence implique de démontrer notamment une limitation de l'accès des consommateurs à des produits ou des services variés, de qualité, et proposés à des prix concurrentiels. Cela ressort des conclusions de l'avocat général COSMAS présentées pour l'arrêt *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, qui témoignent de l'évolution de la jurisprudence quant à cette question. La restriction à la concurrence en cause est appréciée du point de vue des trois acteurs affectés par la politique commerciale de HB sur le marché en cause. Avant de conclure à l'existence d'un abus de position dominante, l'avocat général relève à la fois la gêne à l'accès au marché du côté des fournisseurs concurrents de HB, l'atteinte à la liberté des détaillants de choisir librement leur fournisseur, ainsi que la limitation de la liberté des consommateurs de choisir librement les produits sur la base de leur

¹²⁵³ Arrêt *Neste*, préc. note 1087, analysé *supra* sous I. A, 2.

¹²⁵⁴ *Idem*, pt 35.

¹²⁵⁵ V. *infra*, sous II, A.

qualité et de leur prix¹²⁵⁶. Ainsi, l'accès des consommateurs au marché n'a pas à être analysé de façon isolée, l'affectation de la concurrence se comprenant de manière globale sur le marché en cause. De plus, une appréciation complète d'une restriction de la concurrence requiert d'examiner également l'impact d'un comportement sur l'accès des consommateurs aux produits ou aux services. Les consommateurs sont en effet le vecteur de l'intensification de la concurrence. Il semble alors logique que le juge communautaire de la concurrence se préoccupe de la question de savoir si ces derniers accèdent à des produits ou des services qui entrent en concurrence.

La jurisprudence récente tend à caractériser explicitement l'impact d'une pratique litigieuse sur les consommateurs, c'est-à-dire à attacher de l'importance à l'accès des consommateurs à des produits ou des services variés, vendus à un prix compétitif. Cela s'observe non seulement pour les accords verticaux susceptibles d'enfreindre l'article 81 §1 du Traité (A), mais également pour certains comportements qui sont appréciés sous l'angle de l'article 82 (B).

A. La qualification économique d'un accord vertical au regard de l'article 81 §1 TCE, fonction de son effet négatif sur les consommateurs

Même si les objectifs qui sous-tendent leur appréciation sont similaires, on peut distinguer ici les accords d'achats exclusifs (1) des accords limitant le commerce parallèle (2).

1. L'appréciation de l'effet d'un accord d'achats exclusifs sur les consommateurs

Le préjugé favorable dont bénéficient les accords d'achats exclusifs s'explique au regard des avantages que peuvent en tirer les consommateurs :

« une obligation de fourniture exclusive, en garantissant au producteur la vente de ses produits et au distributeur la sécurité de ses approvisionnements, peut être de nature à intensifier la concurrence par les prix et les services offerts au consommateur sur le marché en cause, dont elle contribue à améliorer la fluidité »¹²⁵⁷.

L'accès régulier des consommateurs aux produits ou aux services en cause, à des prix soumis à une concurrence suffisante, intervient ainsi en faveur d'un accord litigieux. De plus, « la

¹²⁵⁶ Concl. av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt CJCE, 14.12.2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, *Rec.*, p. I-11369, pt 94.

¹²⁵⁷ TPI, 2.7.1992, *Dansk Pelsdyravlereforening c. Commission*, T-61/89, *Rec.*, p. II-1931, pt 99. On notera cependant que la théorie de l'effet cumulatif n'est pas appliquée dans l'arrêt.

fidélité des consommateurs aux marques existantes »¹²⁵⁸ est également pertinente afin de déterminer la difficulté avec laquelle un marché est pénétrable. Dans l'arrêt *Delimitis*, la Cour s'est consacrée à l'analyse « [des] effets que produit un contrat de fourniture de bière, en combinaison avec d'autres contrats de même type, [sur l'accès des concurrents au marché] (...) et, partant, sur la gamme des produits offerts aux consommateurs »¹²⁵⁹. Ainsi, déterminer si les contrats similaires rendent impossible ou très difficile l'accès au marché de concurrents participe de l'amélioration de la diversité des produits offerts aux consommateurs. Cet objectif est supposé (comme l'indique l'emploi de la conjonction « partant »), la CJCE ne le rappelle donc pas systématiquement au cours de son analyse.

Dans les jugements *Langnese* et *Schöller*, les considérations relatives au choix des consommateurs ne concernent pas la qualification d'une atteinte à la concurrence, mais la délimitation du marché pertinent¹²⁶⁰. Dans le jugement *Schöller*, l'argument de la Commission selon lequel les « accords restreindraient les possibilités de choix des consommateurs » a trait à la question de savoir si les accords de livraison litigieux satisfont aux conditions de l'article 81 §3 du Traité, mais n'est pas repris par le Tribunal¹²⁶¹.

Les choses évoluent cependant dans le jugement *Van den Bergh Foods* dans lequel le Tribunal examine la demande des consommateurs pour des produits concurrents de HB¹²⁶². Le Tribunal considère que la concurrence serait réduite notamment parce que les clauses d'exclusivité litigieuses « pourraient avoir pour effet (...) de réduire le choix des consommateurs mais aussi la concurrence par les prix »¹²⁶³. La condition d'exclusivité et les coûts de maintenance courants des congélateurs représentent un obstacle financier à l'entrée de nouveaux fournisseurs sur le marché en cause et à l'expansion des fournisseurs existants¹²⁶⁴. En outre, les avantages économiques pour les fournisseurs et détaillants sont contrebalancés par leurs effets négatifs sur la concurrence¹²⁶⁵. La qualification des accords de

¹²⁵⁸ Arrêt *Delimitis*, préc. note 1059, pt 22.

¹²⁵⁹ *Idem*, pt 15.

¹²⁶⁰ Jugement *Langnese*, préc. note 1072, pt 69 ; jugement *Schöller*, préc. note 1071, pts 27, 34 et 48.

¹²⁶¹ Jugement *Schöller*, pt 134, ce qui fait écho à déc. Commission, 93/405/CEE, 23.12.1992, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG*, IV/31.533 et IV/34.072, JO L 183 du 26.7.1993, p. 1, pt 123. V. aussi déc. Commission, 93/406/CEE, 23.12.1992, *Langnese Iglo GmbH*, IV/34.072, JO L 183 du 26.7.1993, p. 19, pt 124.

¹²⁶² Jugement *Van den Bergh Foods*, préc. note 1088, pt 93, en réponse à un argument de HB (pt 97 : « la réticence des détaillants à vendre des produits d'autres fabricants de glace ne doit pas être attribuée à la clause d'exclusivité mais plutôt au fait qu'il n'y a pas de demande sur le marché de référence pour ces produits »).

¹²⁶³ *Idem*, pt 94.

¹²⁶⁴ *Idem*, pt 113.

¹²⁶⁵ *Idem*, pt 115.

distribution au regard de l'article 81 §1 est donc retenue. En sanctionnant ces accords, un accès efficace des concurrents au marché est garanti. En effet, il existe une demande pour les produits commercialisés par ces derniers, ce qui est à même de satisfaire les consommateurs. L'analyse économique de l'accord en cause inclut donc une analyse du côté de la demande.

La conclusion selon laquelle les clauses d'exclusivité ferment l'accès au marché permet ainsi de protéger l'accès des consommateurs à une plus grande variété de produits sur le marché en question. La préservation de l'accessibilité d'un marché aux concurrents et la diversité des produits offerts aux consommateurs sont donc étroitement liées.

On notera que la sanction au regard de l'article 82 de la clause d'exclusivité litigieuse répond également à l'objectif de préservation de l'accessibilité efficace au marché¹²⁶⁶.

En matière de commerce parallèle, la prise en considération de l'accès des consommateurs au marché est tout aussi importante.

2. La détermination explicite de l'effet d'un accord limitant le commerce parallèle sur les consommateurs

L'appréciation de certains accords verticaux limitant le commerce parallèle révèle précisément qu'il est essentiel d'évaluer de quelle manière un accord affecte la limitation des approvisionnements des consommateurs. À propos de contrats signés entre GlaxoSmithKline et ses grossistes qui limitait le commerce parallèle – les accords visent à garantir que le prix de gros fixé par l'Espagne soit effectivement appliqué aux seuls médicaments pour lesquels il a été légalement prévu –, le Tribunal énonce en effet que :

« S'il est acquis, [depuis l'arrêt *Consten et Grundig*], que le commerce parallèle bénéficie d'une certaine protection, ce n'est donc pas en tant que tel mais (...) en tant qu'il favorise (...) le développement des échanges et (...) le renforcement de la concurrence (...), c'est-à-dire, sous ce second aspect, en tant qu'il procure aux consommateurs finals les avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix. Par suite, s'il est acquis qu'un accord

¹²⁶⁶ *Idem*, pt 160 : « Le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier de facto – fût-ce à leur demande – 40 % des points de vente du marché de référence par une clause d'exclusivité, qui opère en réalité comme une exclusivité imposée à ces points de vente, constitue l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article [82] du traité. En effet, la clause d'exclusivité a pour effet d'empêcher les détaillants concernés de vendre d'autres marques de glaces ou de réduire leur possibilité de réaliser de telles ventes, et ce alors même qu'il y a une demande pour de telles marques, et à empêcher l'accès du marché de référence aux fabricants concurrents ».

visant à limiter le commerce parallèle doit en principe être considéré comme ayant pour objet de restreindre la concurrence, c'est en tant qu'il peut être présumé qu'il prive les consommateurs finals de ces avantages »¹²⁶⁷.

L'analyse du jugement *GlaxoSmithKline* révèle cependant que cette présomption est étroitement encadrée et renversée en l'espèce. Le jugement n'occulte pas qu'un accord qui limite le commerce parallèle peut être interdit s'il a une incidence négative sur l'approvisionnement ou les prix des produits ou des services offerts au consommateur ; à cet égard, la question principale est de savoir si l'accord a « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché en cause, au détriment du consommateur final* »¹²⁶⁸. Les conditions du marché, et notamment la fixation des prix des médicaments par les États membres, encouragent le dumping. Les prix sont soustraits au libre jeu de la concurrence¹²⁶⁹. Ainsi, il ne peut être présumé que l'interdiction litigieuse du commerce parallèle a une incidence sur les prix et tendrait à les faire baisser. Le Tribunal remarque d'abord que les consommateurs finals ne sont pas les principaux bénéficiaires du commerce parallèle¹²⁷⁰. De plus, la réglementation des prix empêche de pouvoir considérer que le commerce parallèle en cause accroît nécessairement le bien-être des consommateurs¹²⁷¹. L'interdiction du commerce parallèle n'a donc pas pour objet de restreindre la concurrence.

L'effet du comportement sur les consommateurs n'est cependant pas exclu. Néanmoins, d'une part, l'interdiction faite aux grossistes espagnols de revendre à l'étranger les produits en question à un prix qui leur permettrait d'en tirer un profit, ne signifie pas qu'en l'absence de l'accord litigieux, la concurrence par les prix serait plus grande¹²⁷². L'incidence de l'accord sur le commerce n'implique pas nécessairement que l'accord ait un effet sur la concurrence au

¹²⁶⁷ Jugement *GlaxoSmithKline*, préc. note 1214, pt 121. La référence à la concurrence efficace figure déjà dans l'arrêt *Consten*, préc. note 1052, p. 497 : « la situation constatée ci-dessus aboutit à un isolement du marché français et permet de pratiquer pour les produits en question des prix soustraits à une concurrence efficace ».

¹²⁶⁸ *Idem*, pt 119.

¹²⁶⁹ *Idem*, pts 134 et 135.

¹²⁷⁰ *Idem*, pt 122 : « En effet, les grossistes, dont la fonction est (...) d'assurer au commerce de détail un approvisionnement profitant de la concurrence entre producteurs (...), sont des agents économiques opérant à un stade intermédiaire de la chaîne de valeur et sont susceptibles de conserver l'avantage que le commerce parallèle peut comporter en termes de prix, auquel cas celui-ci ne sera pas répercuté sur les consommateurs finals ».

¹²⁷¹ *Idem*, pt 147.

¹²⁷² *Idem*, pts 168 et 169.

détriment du consommateur final¹²⁷³. D'autre part, la distinction des prix selon les marchés ne consiste pas à appliquer à des clients des conditions inégales à des prestations équivalentes d'une manière contraire à l'article 81 §1 TCE. En effet, chaque marché obéit à des conditions particulières qui dépendent des différentes réglementations étatiques en matière de prix¹²⁷⁴. *A priori*, l'accord n'a pas pour effet de restreindre la concurrence.

Le Tribunal admet cependant l'argumentation de la Commission qui avait démontré l'effet de l'accord sur les consommateurs finals : l'accord « *les [empêche] de tirer avantage, sous la forme d'une baisse des prix et des coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque sur les marchés de destination du commerce parallèle d'origine espagnole* »¹²⁷⁵. C'est donc la limitation de l'approvisionnement des consommateurs en produits issus du commerce parallèle qui entraîne le constat selon lequel l'accord a pour effet de restreindre la concurrence. Il semble en effet que seul l'approvisionnement des consommateurs en produits issus de ce canal puisse entraîner une baisse des prix et des coûts à leur avantage. La limitation des choix des consommateurs oriente donc en partie le sens de la décision¹²⁷⁶.

La poursuite de l'objectif de satisfaction du bien-être des consommateurs est donc étroitement liée à la préservation d'une concurrence efficace sur le marché. On peut tirer le même constat au regard de cas récents d'application de l'article 82.

B. La qualification économique d'une pratique au regard de l'article 82 TCE, fonction de son effet négatif sur les consommateurs

Au-delà l'adoption de rabais et de prix bas qui sont implicitement appréciés en fonction de la protection des consommateurs¹²⁷⁷, il convient ici d'expliquer dans quelle mesure la qualification économique d'une pratique au regard de l'article 82 TCE implique que soit caractérisé un effet négatif de la pratique sur les consommateurs.

¹²⁷³ Cet aspect est essentiel pour l'appréciation des réglementations étatiques qui affecte les échanges, sans nécessairement violer les règles de la libre circulation.

¹²⁷⁴ *Idem*, pts 178 et 179.

¹²⁷⁵ *Idem*, pt 182. La décision de la Commission est cependant annulée en ce qu'elle viole l'article 81 §3 TCE.

¹²⁷⁶ À la lecture de ce jugement, J.-B. BLAISE *in* BLAISE J.-B. et IDOT L., « Concurrence – Articles 81 et 82 CE (1^{er}.7.2006 – 31.12.2007) », *RTDE*, 2008, p. 312, sp. pt 146, estime que « le bien-être du consommateur devient (...) un « concept opératoire » ».

¹²⁷⁷ *V. supra*, sous I, A.

Or, l'article 82, 2nd al., sous b) du Traité mentionne qu'une exploitation abusive d'une position dominante peut consister en une limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs. La question de l'accès des consommateurs à des produits en quantité suffisante, variés et innovants figure ainsi implicitement dans cet article. De même, l'article 82, 2nd al., sous c) interdit les pratiques abusives consistant en une répartition des marchés et des sources d'approvisionnement. Ceci peut contrarier l'accès des consommateurs aux sources de production de la Communauté¹²⁷⁸.

À titre liminaire, on note que la jurisprudence qui concerne les monopoles publics donne l'occasion à la Cour de justice d'appliquer l'article 82, 2nd al., b) du Traité, dans des conditions qui prennent explicitement en considération l'accès des consommateurs au marché. Dans l'arrêt *Höfner*, la Cour relève une violation par un État membre de l'article 86 §1 du Traité (ex-article 90 §1) si l'État en cause « crée une situation dans laquelle l'office public pour l'emploi sera nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article [82] du traité »¹²⁷⁹. En l'espèce, la CJCE pose quatre conditions pour que cette violation soit reconnue ; parmi celles-ci, on lit : « l'office public pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce type d'activité »¹²⁸⁰. Cette approche est confirmée dans l'arrêt *Job Centre*¹²⁸¹. À la suite de ces arrêts, la Cour de justice paraît assimiler dans l'arrêt *Banchemo* l'absence de préjudice des consommateurs et la satisfaction de la demande de ces derniers¹²⁸². Selon Frédérique BERROD, « le monopole, pour subsister, doit être à même de satisfaire la demande des consommateurs ou des usagers. À défaut, cela démontre qu'il y a place sur le marché pour un nouvel entrant »¹²⁸³. L'arrêt *Firma Ambulanz Glöckner* confirme ce point de vue à propos du transport non urgent de malades, qui était soumis à l'autorisation d'organisations sanitaires titulaires d'un droit exclusif dans le domaine des services de transport médical d'urgence et de transport de

¹²⁷⁸ Par analogie avec la formulation précitée sous Section 2, I., B. 1, de l'arrêt *Matières colorantes*, préc. note 1242, pt 116.

¹²⁷⁹ CJCE, 23.4.1991, *K. Höfner et F. Elser c. Macrotron GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979, pt 34 ; v. aussi pt 27.

¹²⁸⁰ *Idem*, pt 34 ; v. aussi pt 30.

¹²⁸¹ CJCE, 11.12.1997, *Job Centre coop. arl.*, C-55/96, *Rec.*, p. I-7119, pts 34 et 35 ; concl. av. gén. ELMER présentées pour cet arrêt, pt 49.

¹²⁸² CJCE, 14.12.1995, *Proc. pén. c. G. D. Banchemo*, C-387/93, *Rec.*, p. I-4663, pt 53 : « le système de distribution au détail des tabacs mis en place par cette législation (...) [n'aboutit pas] à une situation préjudiciable aux intérêts des consommateurs au sens de l'article [82], 2nd al., sous b), du traité. En tout état de cause, il ne peut être affirmé (...) que ce système n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande des consommateurs ».

malades. L'octroi d'une autorisation est justifié, à condition que ces organisations sanitaires autorisent les opérateurs indépendants à agir lorsqu'elles ne sont pas en mesure de satisfaire la demande dans ce domaine¹²⁸⁴. Il est donc remarquable que l'accessibilité du marché aux concurrents dépende avant tout autre élément de la question de savoir si les consommateurs voient leur demande satisfaite, c'est-à-dire s'ils accèdent à une quantité suffisante de produits ou de services sur le marché. Des remarques similaires peuvent être formulées à propos des refus de vente ou des ventes liées.

En effet, l'application de l'article 82, 2nd al., sous b) au refus de vente appelle de la manière la plus évidente une prise en compte de l'impact de cette pratique sur les consommateurs, voire sur l'accès des consommateurs au marché (1). L'application de l'article 82, 2nd al. sous d) aux ventes liées fait également appel à l'intérêt des consommateurs (2).

1. La qualification économique de l'infraction de refus de vente, fonction de l'effet négatif de la pratique sur les consommateurs

Dès l'arrêt *United Brands*, la qualification de l'infraction en cause au regard du Traité semble dépendre de son effet négatif sur les consommateurs. En effet, l'interdiction faite aux mûrisseurs agréés de Chiquita de revendre les bananes de cette marque à l'état vert et celle de les revendre sans marque constitue un abus de position dominante « *en limitant les débouchés au préjudice des consommateurs* »¹²⁸⁵. L'intérêt des consommateurs est donc pris en compte au stade de la qualification de l'abus (contrairement à la formulation retenue dans l'arrêt *ICI*¹²⁸⁶). Les débouchés en question ne sont cependant considérés que du point de vue de l'offreur, tandis que le préjudice des consommateurs découle simplement de la pratique en cause, selon la CJCE.

¹²⁸³ BERROD F., « Monopoles publics et droit communautaire », *Jurisclasser Europe*, Fasc. 1510, 2003, pt 57, p. 14, l'auteur s'exprimant en réf. aux arrêts *Höfner, Banchemo* et CJCE, 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, *Rec.*, p. I-8089.

¹²⁸⁴ Arrêt *Firma Ambulanz Glöckner*, *idem*, pts 43, 64 et 65.

¹²⁸⁵ CJCE, 14.2.1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 27-76, *Rec.*, p. 207, pt 159, application de l'article 82 sous b) du Traité.

¹²⁸⁶ CJCE, 6.3.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission* (ci-après *ICI*), 6 et 7-73, *Rec.*, p. 223, pts 23 à 29, sp. 25. L'arrêt *ICI* prend en considération l'intérêt des consommateurs au moment de la caractérisation de l'affectation du commerce entre États membres, pt 30, 2^e al. : « en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'article [82] vise dès lors tant les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, que celles qui leur causent un préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle qu'envisagée à l'article 3, lettre [g], du Traité ».

La jurisprudence relative au refus de vente a progressivement évolué quant à la question de la prise en compte de l'accès des consommateurs au marché. Dans l'arrêt *Magill*, il a été précédemment remarqué que la Cour a attaché de l'importance à l'existence d'une demande d'un guide général de télévision¹²⁸⁷ : la Cour de justice permet que les consommateurs aient accès à ce produit nouveau¹²⁸⁸. Ceci ressort également de l'arrêt *IMS*¹²⁸⁹.

Dans la suite de certaines jurisprudences antérieures, le Tribunal détermine dans le jugement *Microsoft* l'atteinte à la concurrence en prenant en considération l'effet du refus litigieux sur le bien-être des consommateurs (a). L'efficacité de la concurrence sur le marché dérivé est alors préservée, ce qui remplit l'objectif de l'allocation efficace des ressources (b).

a. La détermination de l'atteinte à la concurrence en termes d'accès efficace au marché, fonction de l'effet négatif du refus sur les consommateurs

L'arrêt *Magill* semble s'être indirectement orienté vers une protection de l'accès efficace au marché, puisque l'existence d'une demande pour le guide général de télévision suppose que l'accès au marché de ce produit sera rentable¹²⁹⁰. La sanction du refus permet aussi de satisfaire l'intérêt des consommateurs dans la mesure où ceux-ci pourront se procurer le nouveau produit. On peut considérer que la solution de l'arrêt *Bronner* n'est pas contraire à l'intérêt des consommateurs, dans la mesure où la Cour de justice vérifie que la demande en quotidiens concurrents pourra être satisfaite¹²⁹¹. Le jugement *Microsoft* consacre cette évolution, en s'intéressant explicitement à la demande des consommateurs et en permettant un accès efficace de nouveaux concurrents au marché, notamment à propos de la question de la reproduction d'un bien identique ou différent.

En l'espèce, Microsoft avance que la Commission n'aurait pas démontré que le refus litigieux avait empêché l'apparition d'un produit nouveau. Celle-ci répond que le comportement consiste en « *un refus de permettre l'innovation subséquente* », c'est-à-dire le développement de produits nouveaux, et non [en] un simple refus d'autoriser la

¹²⁸⁷ Arrêt *Magill*, préc. note 1096, pts 52 à 54, qui mentionnent les « téléspectateurs », les « usagers » et les « consommateurs ».

¹²⁸⁸ *Contra*, v. concl. av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt *Magill*, *idem*, pts 87 et 97.

¹²⁸⁹ V. arrêt *IMS*, préc. note 1098, pts 29, et, dans une moindre mesure, pt 49.

¹²⁹⁰ CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission*, C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743, pts 52 à 54 : la Cour vise les « téléspectateurs », les « usagers », et les « consommateurs ».

reproduction »¹²⁹². Le refus affecte ainsi la capacité des concurrents de tirer profit de leur innovation par leur manque d'interopérabilité¹²⁹³. En suivant l'avis de la Commission, le Tribunal rattache la condition liée à l'apparition d'un produit nouveau à l'article 82, §2, b) CE¹²⁹⁴, ceci révélant la prise en considération de l'intérêt des consommateurs dans la qualification de l'abus. La particularité de ce jugement est d'évaluer avec précision le préjudice des consommateurs¹²⁹⁵.

Le Tribunal rappelle ensuite que le refus litigieux empêchait les concurrents de développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail qui soient en mesure d'atteindre un degré suffisant d'opérabilité avec l'architecture de domaine Windows. Le comportement de Microsoft amenait de nombreux utilisateurs à préférer les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail alors que les systèmes concurrents présentaient une série de caractéristiques auxquelles ils attachent une grande importance¹²⁹⁶, ce qui constitue une limitation du choix des consommateurs. Or, les problèmes de compatibilité litigieux les dissuadent de se tourner vers les systèmes concurrents¹²⁹⁷ (tandis que, comme on l'a vu, la situation de quasi-monopole de Microsoft « *s'explique moins par les mérites de ses produits que par l'avantage dont elle dispose en matière d'interopérabilité* »¹²⁹⁸). Les concurrents sont alors dissuadés de développer et de commercialiser des systèmes innovants¹²⁹⁹. Cela souligne la relation intrinsèque (et évidente) entre la limitation de l'accès des concurrents au marché et la limitation des choix des consommateurs, une limitation de l'accès au marché du point de vue de l'offre se traduisant nécessairement par une limitation de l'accès des consommateurs à une gamme de produits innovants et variés sur le marché¹³⁰⁰.

¹²⁹¹ Arrêt préc. note 1097. La Cour de justice mentionne au pt 43 l'existence d'autres modes de distribution de quotidiens (distribution par la voie postale, la vente dans les magasins et kiosques) qui permettent de satisfaire la demande du quotidien concurrent.

¹²⁹² *Idem*, pt 632.

¹²⁹³ *Idem*, pt 636.

¹²⁹⁴ *Idem*, pt 643.

¹²⁹⁵ *Idem*, pt 650 : selon le Tribunal, « un nombre croissant de consommateurs sont enfermés dans une solution homogène Windows en ce qui concerne les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail ».

¹²⁹⁶ *Idem*, pt 652.

¹²⁹⁷ *Ibid.* v. aussi le pt 422.

¹²⁹⁸ *Idem*, pt 407.

¹²⁹⁹ *Idem*, pt 653 : « l'avantage artificiel en termes d'interopérabilité que Microsoft se réservait par son refus décourageait les concurrents de développer et de mettre sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail présentant des caractéristiques innovantes, et ce au préjudice, notamment des consommateurs ».

¹³⁰⁰ V. les pts 421 et 422.

Le Tribunal rappelle que les protocoles qui sont censés être divulgués en vertu de la décision de la Commission ne touchaient pas aux « codes sources », de sorte que les produits mis sur le marché par les concurrents seront nécessairement différents¹³⁰¹. Ceci constitue une nécessité pour « *bénéficiaire d'un avantage concurrentiel sur Microsoft et demeurer de manière rentable sur le marché* »¹³⁰². L'arrêt oriente ainsi la condition de l'influence du refus de délivrer les informations relatives à l'interopérabilité sur l'apparition d'un produit nouveau vers l'appréciation de l'impact du refus en cause sur les incitations des concurrents de l'entreprise dominante à innover et à accéder de manière efficace au marché¹³⁰³. La satisfaction de l'intérêt des consommateurs nécessite ainsi que les opérateurs concurrents aient un accès efficace au marché.

b. L'analyse en termes d'accès efficace au marché remplit l'objectif de préservation de l'efficacité de la concurrence sur le marché dérivé

Pour ce qui concerne le refus de fournir, la principale nouveauté du jugement *Microsoft* réside dans l'importance que le Tribunal accorde à l'efficacité de la concurrence sur le marché dérivé, alors que le critère de l'accès efficace au marché est employé. L'objectif de préservation de l'efficacité de la concurrence sur le marché dérivé est alors atteint.

Pourtant, la présence de plusieurs concurrents sur le marché dérivé ne rend pas en l'espèce le risque d'élimination de la concurrence aussi explicite que dans l'affaire *Magill* ou *IMS*, par exemple. Or, en insistant sur la viabilité de la commercialisation des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents, en relevant notamment que les nouveaux entrants sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrencent finalement assez peu Microsoft mais davantage les plus petits opérateurs, la Commission et le Tribunal semblent avoir correctement démontré que le refus de divulguer les informations sur l'interopérabilité permet à Microsoft d'influencer l'ensemble des échanges sur le marché. Microsoft profite d'un avantage artificiel qui limite à la fois le choix des consommateurs et l'innovation.

Dès lors, Microsoft est sanctionnée pour avoir verrouillé l'accès au marché dérivé en utilisant son pouvoir de marché sur le marché principal, le Tribunal ayant mis en œuvre une analyse

¹³⁰¹ *Idem*, pt 657.

¹³⁰² *Idem*, pt 658.

¹³⁰³ *Idem*, pt 659.

économique qui inclut la prise en considération de l'intérêt des consommateurs. Il est donc clair que ce jugement est prononcé dans l'objectif affiché de rétablir (ou d'établir) les conditions nécessaires à une concurrence efficace entre les opérateurs économiques sur le marché en cause¹³⁰⁴.

L'ensemble des qualifications de refus de vente au regard de l'article 82 TCE prend alors en considération l'accès des consommateurs au marché. À la différence d'une qualification d'une entrave à l'accès au marché du seul point de vue de l'offre, on permet à ces derniers d'accéder à une gamme de produits suffisamment innovants. La CJCE lève donc les entraves qui empêchent les consommateurs d'accéder à des produits nouveaux. L'appréciation de l'effet d'exclusion des ventes liées est proche de ces considérations.

2. La qualification économique d'une vente liée, fonction de l'effet négatif de la pratique sur les consommateurs

Il semble raisonnable d'interdire les ventes liées en application de l'article 82, 2nd al., d) du Traité en raison de la limitation du choix des consommateurs qu'elles peuvent induire¹³⁰⁵.

L'appréciation de la vente liée en cause dans l'affaire *Microsoft* démontre à cet égard une volonté de caractériser la restriction à la fois du côté de l'offre et des consommateurs finals. Contrairement à ce que laissent penser certains passages du jugement *Microsoft*, une approche économique de l'effet d'exclusion des ventes liées doit dépasser la satisfaction apparente de la demande des consommateurs (a). Dans son ensemble, ce volet du jugement vise à protéger les consommateurs en rendant le marché plus accessible aux concurrents (b).

a. *Les nuances à apporter à l'efficacité économique d'une vente liée du point de vue de l'offre et de la demande des consommateurs*

On peut se référer à ce sujet à certains passages de la première étape du raisonnement du Tribunal dans le jugement *Microsoft*, relative à l'évaluation de la restriction de la concurrence. Le Tribunal note que la vente liée du logiciel en cause constitue un moyen facilité d'accéder au marché des lecteurs multimédias, Microsoft étant à même de profiter de

¹³⁰⁴ Sur les justifications avancées par Microsoft, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 1.

¹³⁰⁵ La protection formaliste de l'accessibilité du marché aux concurrents, abordée *supra* Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 1, se fait indépendamment de la limitation des choix des consommateurs finals ou intermédiaires.

sa position quasi-monopolistique pour accéder au marché voisin¹³⁰⁶. Ceci relève cependant davantage du constat que de l'analyse de la restriction de la concurrence : ce qui est en cause est la manière dont Microsoft a cherché à prendre pied sur le marché dérivé en profitant de sa position sur le marché principal, à l'image de toute affaire dans laquelle un effet de levier est observé¹³⁰⁷.

Le deuxième argument énoncé par le Tribunal afin de qualifier le comportement litigieux de restrictif de la concurrence n'est pas non plus très convaincant. La pré-installation de Windows Media Player (ci-après WMP) sur les PC clients rend les utilisateurs « *moins enclins à utiliser un lecteur multimédia alternatif* »¹³⁰⁸. Ainsi, l'accès au marché pertinent est nécessairement entravé pour les distributeurs de lecteurs multimédias concurrents. Le Tribunal fait ensuite référence à « *l'importance que les utilisateurs attachent au fait de pouvoir acheter des PC clients ou des systèmes « prêts à l'emploi », [de sorte que Microsoft] dispose clairement d'un avantage concurrentiel sur tout autre fournisseur de produits similaires* »¹³⁰⁹. Afin de démontrer qu'un comportement litigieux restreint la concurrence, il semble incohérent d'avancer non seulement l'argument selon lequel la société dispose d'un avantage concurrentiel en fournissant un produit liant prêt à fonctionner en ce qu'il est notamment doté du produit lié, mais d'expliquer aussi que la demande des consommateurs est satisfaite par la circonstance selon laquelle WMP est préinstallé (d'autant plus qu'on peut imaginer que certains consommateurs se procureront le système essentiellement dans l'objectif d'utiliser le lecteur multimédia). Ce passage donne l'impression que la Commission sanctionne la performance d'une société qui satisfait les consommateurs. Cela met aussi en lumière l'ambiguïté de l'interdiction de cette pratique. En l'espèce, la vente liée verrouille le marché, mais elle constitue le fruit des performances d'une entreprise dominante sur le marché amont qui utilise son pouvoir de marché pour pénétrer efficacement le marché aval ; de plus, la pratique satisfait à certains égards les consommateurs. N'eût-il pas fallu préciser que le fait que ces systèmes « prêts à l'emploi » sont dotés d'un lecteur multimédia WMP ne satisfait que partiellement les consommateurs, dans la mesure où des lecteurs de meilleure

¹³⁰⁶ *Idem*, pt 1038 : « la vente liée en cause a conféré au lecteur [WMP] une présence sans équivalent sur les PC clients dans le monde en ce qu'elle a permis à ce lecteur multimédia d'obtenir automatiquement un niveau de pénétration sur le marché correspondant à celui du système d'exploitation Windows pour PC clients, et ce sans devoir concurrencer par les mérites les produits concurrents ».

¹³⁰⁷ V. par ex. l'arrêt *ICI*, préc. note 1286, et les remarques formulées *supra* Titre 1, Ch. 2, Section 2, II, A, 1.

¹³⁰⁸ *Idem*, pt 1041.

¹³⁰⁹ *Idem*, pt 1042.

qualité peuvent être disponibles sur le marché ? L'intégration du lecteur dans le système ne limite-t-elle pas le choix des utilisateurs d'une manière contraire au principe de libre concurrence ? De plus, rien n'empêche que des systèmes « prêts à l'emploi » soient mis en vente avec un lecteur multimédia concurrent ou un lecteur WMP si le consommateur le préfère, de sorte qu'une concurrence puisse s'exercer entre les fournisseurs de lecteurs¹³¹⁰.

Il nous semble donc essentiel d'analyser l'impact de la pratique sur les concurrents et sur les consommateurs. La poursuite de l'objectif consistant à allouer efficacement les ressources le corrobore.

b. La préservation de l'allocation efficace des ressources implique d'analyser l'impact de la pratique litigieuse sur les concurrents et sur les consommateurs

Même si le passage du jugement dans lequel il est fait état de ce que la vente de systèmes « prêts à l'emploi » et comportant WMP satisfait à certains égards la demande des consommateurs aurait mérité quelque tempérament, la mise en cause du canal de distribution de ce lecteur multimédia démontre que l'analyse de la restriction de la concurrence s'effectue dans l'objectif de préserver l'accessibilité du marché en cause, et ce aussi bien à la faveur des concurrents que des consommateurs.

Le Tribunal détermine si la vente de ce système est effectivement subordonnée à des prestations supplémentaires, en notant que les consommateurs n'ont effectivement pas le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié¹³¹¹. La limitation du choix des utilisateurs influence donc l'appréciation de la restriction de la concurrence litigieuse¹³¹².

La vente liée limite la possibilité pour les équipementiers de proposer aux consommateurs de choisir un lecteur concurrent de celui commercialisé par Microsoft¹³¹³. Ainsi, la vente liée n'est pas condamnée seulement parce qu'elle oriente le choix des équipementiers en priorité vers les systèmes Microsoft (ce qui entrave l'accès au marché des fabricants de logiciels concurrents de Microsoft), mais aussi en ce qu'elle limite l'accès des consommateurs à une plus grande diversité de produits.

¹³¹⁰ En ce sens, *idem*, pt 1155, certes au stade de la justification du comportement en cause.

¹³¹¹ Jugement *Microsoft*, préc. note 1099, pt 960. Pour Microsoft, le fait d'avoir intégré le lecteur WMP au logiciel de système n'implique aucune prestation supplémentaire au sens de l'article 82, 2), d) dans la mesure où les utilisateurs ne paient aucun supplément en acquérant le lecteur conjointement avec le logiciel de système, et où ils peuvent utiliser d'autres logiciels d'applications.

Le Tribunal cherche en sus à rendre le marché accessible à des produits innovants qui puissent concurrencer par le mérite le lecteur en question. Le Tribunal acquiesce ainsi à la conclusion à laquelle était parvenue la Commission quant à la détermination des effets anticoncurrentiels du comportement en cause¹³¹⁴.

Ces éléments valident un aspect de la décision attaquée qui n'a pas été discuté dans le jugement mais qui ne manque cependant pas d'intérêt : « *Microsoft se préserve de la concurrence effective que pourraient lui opposer des éditeurs de lecteurs multimédias potentiellement plus efficaces et réduit de la sorte les talents et le capital investis dans l'innovation en matière de lecteurs multimédias* »¹³¹⁵. Ici, l'accent est justement mis sur l'accès de concurrents efficaces au marché. L'efficacité de l'accès au marché ne peut donc bien évidemment pas être envisagée du seul point de vue de l'auteur de la pratique lorsque celui-ci est en position dominante sur le marché.

L'analyse économique de la vente liée litigieuse¹³¹⁶ dans le jugement *Microsoft* confirme donc l'abandon de la condamnation *per se* des ventes liées qu'avait choisie la Commission¹³¹⁷.

Il ressort de ces éléments l'importance de déterminer quel est l'effet de l'adoption d'une pratique litigieuse sur la demande, afin d'établir si une telle pratique porte préjudice ou non aux consommateurs. Certes, lorsque la concurrence affectée par une pratique s'exerce en amont, par exemple entre un fournisseur et ses distributeurs, l'effet négatif de la pratique sur les consommateurs finals est la résultante évidente de l'effet anticoncurrentiel de la pratique. Toutefois, même lorsque les relations entre un producteur et ses grossistes sont en cause, le comportement des consommateurs finals peut avoir un impact décisif sur la qualification de l'infraction. La prise en considération de l'accès des concurrents au marché se complète ainsi par l'examen de l'effet de la pratique sur l'accès des consommateurs aux produits ou aux services en cause. Le juge peut alors examiner avec précision quelle est l'incidence de la pratique sur l'accessibilité efficace du marché pertinent.

¹³¹² *Idem*, pts 1041 et 1054.

¹³¹³ *Idem*, pt 1046. V. aussi pts 1044 et 1045.

¹³¹⁴ *Idem*, pt 1088, qui résume l'ensemble des éléments anticoncurrentiels relevés par la Commission.

¹³¹⁵ *Ibid.*, en réf. au pt 981 de la déc. attaquée.

¹³¹⁶ Sur les moyens avancés par Microsoft pour justifier sa pratique, v. Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 1.

¹³¹⁷ En ce sens, v. A. WINCKLER, art. préc. note 1135, p. 7, à propos de la déc. de la Commission *Microsoft*.

Conclusion du chapitre 1

L'appréciation d'une restriction à la concurrence en fonction des effets produits par une pratique litigieuse sur le marché, dépend *in fine* de l'efficacité de l'accès au marché. Cela signifie que le juge compétent doit analyser non seulement la profitabilité de l'accès du point de vue de l'offreur, mais également la profitabilité de cet accès du point de vue des consommateurs. Ainsi, l'accès au marché qui ne profite pas aux consommateurs ne mérite pas protection. Il semble donc primordial que l'entreprise qui accède à l'échange ne confisque pas les résultats de l'efficacité économique.

Il convient alors de s'intéresser également à la manière dont les restrictions étatiques sont, elles aussi, appréciées en fonction des effets qu'elles produisent sur le marché ; il s'agit ainsi d'étudier la qualification économique de la restriction apportée à la libre circulation.

Chapitre 2 : La qualification d'une réglementation de restriction à la libre circulation en fonction de son effet sur le marché

Dans l'ensemble de la jurisprudence relative à la libre circulation, la Cour de justice met en œuvre une approche qui paraît formaliste. Cela ne semble pas critiquable lorsqu'une réglementation a pour objet de discriminer les opérateurs économiques qui font usage d'une liberté de circulation. Dans ce cas, *de jure*, la réglementation est contraire au Traité en ce qu'elle limite explicitement l'accès au marché des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. En revanche, les mesures indistinctement applicables nécessitent une analyse plus approfondie de leur incidence sur les échanges¹³¹⁸. À l'image de l'appréciation dont font l'objet les pratiques litigieuses en droit de la concurrence, la qualification des réglementations qui affectent les libertés de circulation se modifie. Notre propos vise à mettre en exergue la pertinence d'une analyse économique des effets d'une réglementation litigieuse sur le marché au moment de sa qualification de restriction à la libre circulation au sens du Traité¹³¹⁹, en prenant pour modèle l'appréciation des pratiques litigieuses en droit de la concurrence en fonction de l'incidence de celles-ci sur le marché.

¹³¹⁸ V. *supra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1.

¹³¹⁹ Certes, des mesures nationales restrictives des échanges peuvent être maintenues dans l'ordre juridique si elles sont justifiées par des motifs figurant dans le Traité ou si elles répondent à des exigences impératives ou impérieuses d'intérêt général, v. *infra* Partie 2, Titre 2, sp. Ch. 1, Section 1. Ces restrictions à l'accès au marché sont admises.

L'appréciation économique des restrictions apportées à la libre circulation vise d'abord à contrecarrer l'approche maximaliste de la limitation étatique apportée aux échanges. Il serait en effet illusoire de lever chaque obstacle rencontré lors de la mise en œuvre des libertés fondamentales¹³²⁰. Parallèlement, en droit de la concurrence, toute restriction des échanges n'est pas prohibée. En effet, au-delà l'application de la théorie *de minimis* en la matière¹³²¹, il est admis qu'une distorsion de la concurrence peut contribuer au dynamisme de la compétition entre les acteurs présents sur le marché. Le développement de la prise en considération des gains d'efficacité au moment de la qualification d'un comportement de pratique anticoncurrentielle en témoigne¹³²². Tout ce qui affecte la concurrence ne constitue pas nécessairement une pratique anticoncurrentielle.

L'étude du droit de la concurrence montre également la distinction qui est opérée entre la condition de l'affectation du commerce entre États membres et la qualification d'un comportement litigieux de pratique anticoncurrentielle. Or, en matière de libre circulation, l'interprétation large de l'élément d'extranéité permet de s'interroger sur la question de savoir si l'affectation des échanges n'est pas assimilée à la qualification d'une mesure litigieuse de restriction au sens du Traité, alors que la raison d'être de l'élément d'extranéité est de déterminer seulement l'applicabilité du droit communautaire de la libre circulation. Il est fréquemment observé que les situations purement internes se raréfient, ou du moins l'idée que le juge s'en fait¹³²³. En pratique, une réglementation discriminatoire peut être jugée contraire au Traité alors qu'aucun opérateur économique implanté à l'étranger ne cherche à bénéficier de la dénomination litigieuse¹³²⁴; une mesure indistinctement applicable est illégale seulement en ce qu'elle s'applique aux opérateurs étrangers alors qu'un opérateur national la

¹³²⁰ P. DAILLIER, « la libre circulation des marchandises : obstacles tarifaires et non tarifaires aux échanges », in DAILLIER P., de LA PRADELLE G., GHÉRARI H., *Droit de l'économie internationale*, Pédone, Paris, 2004, ch. 10, p. 365, sp. 365 rappelle, du point de vue international, que « jusqu'à 80 % des échanges (...) sont affectés par des normes », en réf. à l'étude de l'OCDE, TD/TC/WP(98)36/Final.

¹³²¹ Emblématique est la non-application de l'articles 81 §1 TCE aux accords d'importance mineure, tels que définis in Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 §1 TCE, 22.12.2001, JO C 368 du 22.12.2001, p. 13. La Commission détermine à quelles conditions « les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, § 1 TCE » (considérant 7).

¹³²² Ainsi, notre comparaison avec le droit de la concurrence s'inspire de l'évolution du droit de la concurrence sous l'angle de l'efficacité économique, qui tend à admettre certaines entraves à la concurrence qui auraient pu faire l'objet d'une qualification formaliste précédemment.

¹³²³ V. *supra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, I, A, 2, note 204.

¹³²⁴ CJCE, 7.5.1997, *Proc. pén. c. J. Pistre e. a.*, C-321 à C-324/94, *Rec.*, p. I-2343.

contestait¹³²⁵. Louis DUBOUIS et Claude BLUMANN considèrent à cet égard que, « *dans tous ces cas, la Cour estime que des produits communautaires pourraient se voir affectés – même de façon minimale – par de telles législations* »¹³²⁶. C'est cette « affectation » que nous souhaitons analyser en priorité ici, afin de réfléchir à l'opportunité de maintenir une interprétation aussi large de la notion de restriction apportée à la libre circulation au sens du Traité.

Or, selon la Cour de justice, « *[b]ien qu'une mesure n'ait pas pour objet de régler les échanges de marchandises entre les États membres, ce qui est déterminant c'est son effet, actuel ou potentiel, sur le commerce intracommunautaire* »¹³²⁷. Ce type de formulation met l'accent sur la nécessité de considérer l'incidence des mesures litigieuses sur les échanges communautaires. Toutefois, la détermination des effets d'une réglementation communautaire sur le commerce intracommunautaire ne nous semble pas suffisante pour conclure à l'existence d'une restriction au sens du Traité¹³²⁸, puisque cela relève selon nous de l'applicabilité du droit communautaire de la libre circulation.

Il convient de limiter la qualification des réglementations litigieuses aux seules mesures qui ont un effet restrictif sur les échanges à l'avantage des opérateurs nationaux qui opèrent sur le marché de l'État membre dont la réglementation est litigieuse. Au-delà de l'affectation du commerce intracommunautaire, il s'agit dès lors de déterminer l'effet produit par une réglementation étatique sur le marché national, à l'image de la qualification d'un comportement anticoncurrentiel qui dépend de l'incidence néfaste de la pratique litigieuse sur le marché pertinent¹³²⁹.

¹³²⁵ CJCE, 6.12.2000, *Proc. pén. c. J.-P. Guimont*, C-448/98, *Rec.*, p. I-10663.

¹³²⁶ DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2006, p. 233.

¹³²⁷ CJCE, 14.2.2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, C-244/06, *Rec.*, p. I-505, pt 27.

¹³²⁸ V. *supra* Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, B, et II. La condition de l'affectation du commerce entre États membres est proche de la formulation précitée de l'arrêt *Dynamic Medien Vertriebs* (v. par ex. CJCE, 8.7.2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, C-49/07, n.e.p., pt 42 : « [l]e fait que le comportement d'une entreprise en position dominante n'ait pour objet que la commercialisation de produits dans un seul État membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre États membres puisse être affecté (...). En effet, un tel comportement peut avoir pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité ». Toutefois, cette condition joue au stade de l'application de l'article 81 ou 82 TCE et non pas à celui de la qualification de restriction de concurrence en termes d'effet sur la concurrence.

¹³²⁹ V., par ex., à propos de l'article 81 §1 TCE, TPI, 8.7.2008, *AC-Treuhand AG c. Commission (Peroxydes organiques)*, T-99/04, n.e.p., pt 126 : « il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel ledit accord ou ladite décision ont été pris ou déploient leurs effets, et plus particulièrement de leurs objectifs

Cette réflexion se situe dans la mouvance de l'évolution du droit du marché intérieur. Le comblement des « *lacunes provisoires du droit communautaire* »¹³³⁰ n'est plus d'actualité en matière de libre circulation. Toutefois, l'abolition des frontières ne fait pas disparaître la volonté des États membres de protéger certains secteurs de la concurrence, notamment celle venue des opérateurs ressortissants d'autres États de l'Union européenne. L'accès à une activité dans un autre État membre est facilité, mais l'exercice de celle-ci peut s'avérer encore difficile. Souvent, le contrôle des mesures nationales restrictives des échanges se déplace de l'accès au marché à la concurrence exercée sur le marché. Or, lorsque l'effet protecteur d'une réglementation n'est pas explicite, il est nécessaire d'étudier si une mesure nationale affecte à la fois l'offre et la demande sur le marché, à l'avantage des opérateurs établis sur le marché national¹³³¹. Il s'agit d'examiner de quelle manière le jeu de la concurrence est faussé à l'avantage de ces opérateurs.

Ainsi, la qualification économique d'une réglementation de restriction à l'accès au marché au sens du Traité consiste d'abord à déterminer son effet restrictif sur les échanges (section 1). En second lieu, l'analyse de l'impact de la règle nationale litigieuse sur l'offre et sur la demande nous semble requise aux fins de déterminer précisément cet effet restrictif, qui revient à identifier une protection du marché national de la concurrence européenne (section 2).

Section 1 : La détermination économique de l'effet restrictif d'une réglementation sur les échanges

Une analyse économique de l'entrave à l'accès au marché suppose d'abandonner une approche formaliste, qui verrait dans toute atteinte aux libertés de circulation une restriction au sens du Traité. Une appréciation rigoureuse de l'effet d'une réglementation sur les échanges permet d'éviter cet écueil.

(...). il n'y [a] pas lieu de considérer, de manière complètement abstraite et indistincte, que tout accord restreignant la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles [tombe] nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 81, §1, CE, mais (...) il incomb[e], aux fins de l'analyse de l'applicabilité de cette disposition à un accord, de tenir compte du cadre concret dans lequel il [déploie] ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel [opèrent] les entreprises concernées, de la nature des produits et/ou services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ».

¹³³⁰ MORTELMANS K., « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, p. 410, sp. 426-428.

¹³³¹ Nous n'occultons pas la possibilité que des opérateurs nationaux établis dans d'autres États membres viennent concurrencer les opérateurs nationaux établis sur le territoire duquel ils sont ressortissants.

La qualification d'une entrave à l'accès au marché en fonction de son effet sur les échanges semble alors bien fondée (I). Cette analyse conduit le juge communautaire à déterminer l'intensité de l'effet restrictif (II).

I. Le bien-fondé de la détermination d'une restriction à la libre circulation en fonction de son effet sur les échanges

La jurisprudence de la Cour de justice relative à la libre circulation révèle l'importance de l'identification de l'effet restrictif d'une réglementation nationale au moment de sa qualification, en dépit des catégories qui sont parfois délimitées par le juge en fonction de l'objet des réglementations en cause¹³³². La nécessité de déterminer quel est l'effet d'une réglementation litigieuse sur les échanges ne fait pas de doute (A). Il convient alors d'élaborer des critères permettant d'identifier l'effet restrictif d'une réglementation litigieuse (B).

A. La nécessité de déterminer l'effet de la réglementation litigieuse sur les échanges

La nécessité de déterminer l'effet d'une réglementation litigieuse sur les échanges ressort d'abord de l'intérêt qui est porté à l'incidence de celle-ci sur le volume de ces derniers (1). De plus, le droit de la libre circulation ne s'applique pas lorsque les effets d'une réglementation sur les échanges sont trop aléatoires, trop hypothétiques ou trop indirects (2).

1. La prise en considération de l'effet de la mesure nationale litigieuse sur le volume des échanges

La prise en considération de l'effet d'une mesure nationale sur le volume des échanges participe de la définition de la notion d'« *effet restrictif* » proposée par Fabrice PICOD¹³³³. Néanmoins, interdire toute entrave empêcherait en principe d'accorder de l'importance à la

¹³³² CJCE, 24.11.1993, *Proc. pén. c. B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pts 15 et 16. À ce propos, v. concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 14.9.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE e.a.*, C-158 et C-159/04, *Rec.*, p. I-8135, pt 29. L'avocat général se réfère aux arrêts CJCE, 23.10.1997, *Proc. pén. c. H. Franzén*, C-189/95, *Rec.*, p. I-5909, et CJCE, 5.10.1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077, dans lesquels la Cour de justice s'affranchit de la distinction entre les modalités de ventes et les conditions relatives à la fabrication des produits initiée dans l'arrêt *Keck* afin d'identifier néanmoins l'effet restrictif des réglementations litigieuses. Toutefois, dans le second cas la réglementation en cause était spécifiquement applicable aux importateurs.

¹³³³ PICOD F., « Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises », thèse, Strasbourg, 1994, p. 103 : « les effets [des restrictions quantitatives] consistent à empêcher certaines importations ou exportations totalement ou partiellement et ainsi à réduire le volume des échanges qui pourraient avoir lieu en leur absence », au moment où l'auteur s'intéresse à « la nature des effets restrictifs interdits » par la prohibition des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. Même si les développements qui

question de savoir si le volume des ventes est affecté par une réglementation, que ce soit en matière de mesures nationales qui affectent les importations¹³³⁴ ou les exportations¹³³⁵. La Cour est contrainte de dépasser l'évidence selon laquelle une mesure qui touche à la commercialisation des produits affecte nécessairement leur volume de ventes¹³³⁶.

Or, l'augmentation du volume des échanges transfrontaliers sous-tend l'établissement du marché intérieur. Ainsi,

« il n'est pas nécessaire d'établir que des mesures restreignent effectivement les importations des produits concernés, mais il suffit qu'elles aient un effet potentiel sur les importations qui pourraient avoir lieu en leur absence (...). Les nombreuses plaintes des opérateurs économiques grecs (...) démontrent que, sans les mesures en question, le commerce entre la [Grèce] et les autres États membres s'effectuerait plus facilement et pourrait même augmenter »¹³³⁷.

La Cour porte ici de l'intérêt au volume du commerce interétatique. Ainsi, il convient de ne pas assimiler non-application de la théorie *de minimis* et absence de considérations liées à la quantité des échanges gênés par la mesure. L'interdiction des entraves potentielles, par exemple, se justifie dans la mesure où le marché intérieur a pour objectif d'augmenter le volume des échanges. À la suite d'une référence à cet arrêt, Alfonso MATTERA rappelle alors le principe selon lequel l'interdiction de l'article 28 TCE « [est] de rigueur, quelle que

suivent visent seulement la libre circulation des marchandises, ils pourraient être généralisés à l'ensemble de la libre circulation.

¹³³⁴ V. en particulier, arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 1332, pt 13 : « il est vrai qu'une telle législation est susceptible de restreindre le volume des ventes et, par conséquent, le volume des ventes des produits en provenance d'autres États membres dans la mesure où elle prive les opérateurs d'une méthode de promotion des ventes. Il y a lieu cependant de se demander si cette éventualité suffit pour qualifier la législation en cause de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation ». Selon J.H.H. WEILER, in « The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods », in CRAIG P. et de BÚRCA G. (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, ch. 10, p. 349, sp. 372: « la CJCE avait l'intention d'exclure du champ d'application de l'article 28 les mesures qui sont susceptibles de restreindre le volume des ventes, et ainsi le volume des ventes de produits en provenance d'autres États membres, mais qui n'empêchent pas empêcher leur accès au marché et qui ne les discriminent pas », notre traduction, en réf. au pt 13 de l'arrêt *Keck*.

¹³³⁵ CJCE, 7.2.1984, *Jongeneel Kaas BV e.a. c. État néerlandais et Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, 237-82, *Rec.*, p. 483, pt 23 : « L'article [29] n'a pas pour effet de soustraire les producteurs à toute réglementation qui, affectant les conditions de production, peut avoir une incidence sur le volume et les coûts de la production nationale ».

¹³³⁶ V. CJCE, 25.3.2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025, pt 42 : le fait « qu'une telle interdiction est en principe susceptible de restreindre le volume total des ventes dans l'État membre considéré » n'est pas suffisant pour juger la législation contraire à l'article 28.

¹³³⁷ CJCE, 16.12.1986, *Commission c. Grèce (viandes fraîches)*, 124-85, *Rec.*, p. 3935, pt 7, en réf. à CJCE, 20.2.1975, *Commission c. Allemagne*, 12-74, *Rec.*, p. 181 et CJCE, 24.11.1982, *Commission c. Irlande*, 249-81, *Rec.*, p. 4005.

soit l'ampleur des effets restrictifs de la mesure, alors même que ceux-ci seraient minimes »¹³³⁸.

De plus, la Cour de justice s'intéresse de manière récurrente au volume des importations lorsqu'une législation relative à la publicité est en cause¹³³⁹. La jurisprudence est constante¹³⁴⁰ : la réglementation est sanctionnée, aussi minime la restriction soit-elle, mais dans la mesure où le volume des importations peut diminuer. Ainsi, même si une restriction du volume des ventes est sans pertinence, une diminution de celui des importations est à prendre en considération.

Ceci concerne également les mesures spécifiquement applicables et permet de mieux comprendre la raison d'être de ces considérations. Dans l'arrêt *Ortscheit*, il est jugé que l'interdiction allemande de faire de la publicité, qui ne concerne que les médicaments étrangers, « peut restreindre potentiellement le volume des importations de médicaments non agréés en Allemagne »¹³⁴¹. Cet extrait appelle deux remarques. D'une part, comme on l'a vu précédemment¹³⁴², une mesure qui restreint spécifiquement un moyen de promouvoir les produits étrangers doit faire l'objet d'une appréciation restrictive. En effet, le volume des importations de biens qui sont traités de manière explicitement défavorable est nécessairement restreint. La mesure est *de jure* interdite. D'autre part, il semble logique que la CJCE s'intéresse à la nature *quantitative* de la gêne infligée spécifiquement aux importations dans

¹³³⁸ MATTERA A., *Le marché unique européen – Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 1990, 2^e éd., p. 236.

¹³³⁹ CJCE, 15.12.1982, *Proc. pén. c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, 286-81, *Rec.*, p. 4575, pt 15 : « une législation qui limite ou interdit certaines formes de publicité et certains moyens de promotion des ventes, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, peut être de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés ».

¹³⁴⁰ V. CJCE, 16.5.1989, *Buet*, 382-87, *Rec.*, p. 1235, pt 7, qui éclaire la référence à l'arrêt *Oosthoek* de la manière suivante : « on ne saurait, en effet, exclure la possibilité que le fait, pour un opérateur concerné, d'être contraint soit de modifier la forme ou le contenu d'une campagne publicitaire en fonction des États membres concernés, soit d'abandonner un système publicitaire qu'il juge particulièrement efficace puisse constituer un obstacle aux importations, même si une telle législation s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés ». Même sans référence au volume des importations, la Cour de justice reconnaît l'existence d'un obstacle à l'importation à partir d'une limitation d'une méthode de commercialisation, sans comparer l'impact de la réglementation sur les produits nationaux ou importés. L'approche est quantitative. V. aussi CJCE, 7.3.1990, *GB-Inno-BM c. Confédération du commerce luxembourgeois*, C-362/88, *Rec.*, p. I-667, pt 7 ; CJCE, 12.12.1990, *SARPP c. Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre de France e.a.*, C-241/89, *Rec.*, p. 4695, pt 29 ; CJCE, 25.7.1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, jtes C-1 et C-176/90, *Rec.*, p. I-4151, pt 10 et CJCE, 18.5.1993, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft c. Yves Rocher*, C-126/91, *Rec.*, p. I-2361, pt 10.

¹³⁴¹ CJCE, 10.11.1994, *L. Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, C-320/93, *Rec.*, p. I-5243, pt 10.

¹³⁴² V. en particulier Titre 1, Ch. 1, section 1, I, et, pour les autres libertés, même chapitre, Section II, I, A.

l'objectif de caractériser une mesure d'effet équivalant à une restriction *quantitative* à l'importation¹³⁴³.

La référence faite au volume des échanges dans l'arrêt *Ortscheit* a été minimisée par l'avocat général STIX-HACKL. Celle-ci estime que « *la restriction potentielle de la circulation des marchandises est au premier plan* », et que « *la Cour a déjà relativisé l'importance de ce critère dans les arrêts Keck (...), Hünermund (...), [et] Leclerc-Siplec* »¹³⁴⁴. L'arrêt *A-Punkt* le confirme¹³⁴⁵. Selon cette position, l'absence de prise en compte du critère de l'affectation du volume des échanges est fidèle à la non application du principe *de minimis* dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Il convient d'admettre que l'effet potentiellement restrictif d'une réglementation doit être identifié indépendamment d'un effet actuel sur le volume des importations. Néanmoins, une diminution du volume des produits importés ou exportés doit entrer en ligne de compte¹³⁴⁶. De plus, une réflexion sur le volume des échanges peut fournir des indices intéressants au juge¹³⁴⁷. Il semble donc nécessaire de prendre en considération les effets d'une réglementation litigieuse sur le volume des importations ou des exportations lorsqu'on réfléchit à l'incidence de celle-ci sur le marché national.

La jurisprudence relative à la circonstance trop aléatoire et indirecte de l'existence d'une restriction montre, d'ailleurs, que la réglementation litigieuse doit avoir des effets sur le marché, c'est-à-dire que ces effets doivent exister pour qu'une telle réglementation puisse être jugée contraire au droit de la libre circulation.

2. L'effet trop aléatoire et indirect de l'existence d'une restriction, obstacle à l'application du droit de la libre circulation

¹³⁴³ En effet, l'expression « mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative » signifie que le Traité interdit la mise en place par les États membres de mesures nationales qui s'apparentent à un quota. Or, un quota constitue « une quantité de marchandises qu'un pays accepte d'importer, d'exporter » (dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007).

¹³⁴⁴ Concl. av. gén. C. STIX-HACKL présentées pour l'arrêt CJCE, 11.12.2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et J. Waterval*, C-322/01, *Rec.*, p. I-14887, pt 68, en réf. not. à CJCE, 15.12.1993, *Hünermund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, C-292/92, *Rec.*, p. I-6787, pt 20 et CJCE, 9.2.1995, *Leclerc-Siplec*, C-412/93, *Rec.*, p. I-179, pt 20.

¹³⁴⁵ CJCE, 23.2.2006, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c. C. Schmidt*, C-441/01, *Rec.*, p. I-2093, pt 21.

¹³⁴⁶ V. par ex. arrêt *Centre d'insémination de la Crespelle*, préc. note 1332, pt 29 : l'interdiction litigieuse « impose une charge économique aux importateurs (...) de nature à restreindre le volume des importations ».

¹³⁴⁷ V. not. concl. av. gén. G. REISCHL présentées pour l'arrêt CJCE, 31.3.1982, *J. H. T. Blesgen c. Belgique*, 75-81, *Rec.*, p. 1211, sp. p. 1238-1239. V. aussi CJCE, 26.10.2006, *Commission c. Grèce*, C-65/05, *Rec.*, p. I-10341, pts 29 et 30 et CJCE, 4.6.2009, *Commission c. Grèce*, C-109/08, n.e.p., pt 34.

La question de la circonstance trop aléatoire et indirecte de l'existence d'une restriction, qui s'est posée d'abord en matière de libre circulation des marchandises avant de concerner l'ensemble du droit de la libre circulation, consiste à examiner si une réglementation comporte une incidence sur les échanges, au moment de sa qualification de restriction au sens du Traité. Cette question est d'importance dans la mesure où elle constitue un élément de rapprochement avec le droit de la concurrence¹³⁴⁸.

Dans l'arrêt *Krantz*¹³⁴⁹, le caractère trop hypothétique de l'entrave aux échanges rend l'article 28 du Traité inopposable à la réglementation en question¹³⁵⁰. L'absence de lien entre cette dernière et la libre circulation des marchandises n'est pas un obstacle à l'application de celle-ci, de sorte que le champ d'application de cette liberté n'est pas amputé de l'ensemble des réglementations qui ne touchent pas explicitement aux échanges de biens¹³⁵¹. On note que la Cour prend le soin d'évaluer l'existence de l'effet de cette réglementation sur les échanges, fût-ce de manière particulièrement succincte¹³⁵². L'applicabilité de la libre circulation des marchandises dépend ici de l'existence d'effets sur les échanges de biens, la réglementation litigieuse n'ayant pas pour objet de les réglementer.

Selon l'avocat général DARMON :

« l'existence même d'effets sur les importations résultant de l'application d'une réglementation des saisies, telle que celle ici en question, est très douteuse. Il n'y a donc pas matière, dans la présente espèce, à faire dépendre la compatibilité avec l'article [28] de la plus ou moins grande importance d'effets sur les importations, mais il y a plutôt

¹³⁴⁸ Selon L. IDOT, « Concurrence et libre circulation – regards sur les derniers développements », *RAE*, 2005/3, p. 391, sp. p. 400, en réf. à la Communication sur les accords d'importance mineure, préc. note 1321 : la troisième voie (selon l'expression d'A. RIGAUX, v. *infra* note 1361) « évoque inmanquablement la théorie du seuil de sensibilité bien établie en droit de la concurrence et confirmée de manière éclatante dans la nouvelle approche ».

¹³⁴⁹ Arrêt *Krantz*, préc. note 1432, pt 11 : « la circonstance que les ressortissants d'autres États membres hésiteraient à vendre à tempérament des biens à des acheteurs de l'État membre concerné, parce que ces biens risqueraient d'être saisis par le receveur si les acheteurs n'honoreraient pas leurs dettes fiscales néerlandaises, est trop aléatoire et indirecte pour qu'une disposition nationale autorisant une telle saisie puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres », à propos d'une législation néerlandaise permettant au receveur des impôts directs de saisir des biens, à l'exclusion des stocks, qui se trouvent chez un contribuable, alors que ces biens proviennent d'un fournisseur établi dans un autre État membre qui les a vendus à tempérament avec réserve de propriété.

¹³⁵⁰ *Idem*, pt 12 : l'article 28 « ne s'oppose pas » à la réglementation litigieuse.

¹³⁵¹ Cette affirmation peut être réitérée après l'arrêt *Keck et Mithouard*, préc. note 1332, qui considère que l'article 28 n'est pas applicable aux réglementations touchant aux modalités de vente répondant aux conditions fixées aux points 16 et 17 de cet arrêt.

¹³⁵² L'arrêt ne comporte que treize points, la démonstration de la légalité de la réglementation au regard de l'article 28 s'effectuant en quatre points.

lieu de considérer que la compatibilité avec l'article [28] de la mesure nationale en cause résulte tout simplement de son absence de lien avec les importations »¹³⁵³.

Ceci démontre en apparence un attachement à la définition des mesures d'effet équivalent issue de l'arrêt *Dassonville*. L'arrêt *Krantz* rappelle cependant qu'il serait réducteur de réduire l'applicabilité de l'article 28 aux seules réglementations qui ont un lien explicite avec les importations, puisque cette absence de lien n'empêche pas la Cour d'examiner l'existence d'hypothèses dans lesquelles la libre circulation des marchandises serait effectivement gênée (c'est pourquoi certaines entraves potentielles ou certaines modalités de ventes peuvent être interdites)¹³⁵⁴. Le passage précité des conclusions de l'avocat général DARMON est à comparer avec la suite de son argumentation :

« Il s'agit d'une mesure nationale sans lien avec les importations. Peut-être cette dernière appréciation aurait-elle été sujette à réexamen si la loi en question s'était appliquée également aux stocks, car l'on n'aurait alors pu exclure tout effet sur les échanges de marchandises du fait de « réticences » de plus grande ampleur. Mais tel n'est pas le cas »¹³⁵⁵.

L'avocat général fait dépendre l'appréciation de la mesure nationale de l'ampleur de la gêne qu'elle crée aux échanges. Or, la restriction aux échanges ne résulterait que d'une « *cascade d'éventualités* »¹³⁵⁶. La mesure en question est donc conforme au Traité.

Dans l'arrêt *Yves Rocher*, la CJCE cantonne « *l'exception des règles ayant des effets simplement hypothétiques sur les échanges communautaires* ». En effet, l'article 28 « *ne fait pas de distinction entre les mesures qui peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative selon l'intensité des effets qu'elles ont sur les échanges au sein de la Communauté* »¹³⁵⁷. Réfléchir à la question de savoir si les effets d'une réglementation

¹³⁵³ Concl. av. gén. M. DARMON présentées pour l'arrêt *Krantz*, préc. note 1432, pt 11, soulignements ajoutés.

¹³⁵⁴ V., déjà, arrêt *Blesgen*, préc. note 1347, pt 7.

¹³⁵⁵ Concl. av. gén. M. DARMON présentées pour l'arrêt *Krantz*, préc. note 1432, pt 13, soulignements ajoutés. V. aussi pt 11 : « ce n'est qu'en présence d'*effets perceptibles* sur les importations qu'il y a lieu de rechercher si la réglementation qui en est la cause répond à un objectif légitime et si lesdits effets ne sont pas disproportionnés. En revanche, une telle démarche ne nous semble pas pertinente si aucun effet perceptible sur les importations n'est à imputer à une législation », italiques ajoutés.

¹³⁵⁶ *Idem*, pt 13.

¹³⁵⁷ Arrêt *Yves Rocher*, préc. note 1340, pt 21.

sont hypothétiques¹³⁵⁸ revient donc à analyser seulement l'existence des effets sur les échanges.

La jurisprudence *Krantz* est également confirmée dans l'arrêt *CMC Motorradcenter*¹³⁵⁹. Après la décision *Keck*, plusieurs arrêts maintiennent la jurisprudence *Krantz*. C'est en particulier le cas dans l'arrêt *Peralta*¹³⁶⁰, dans lequel la Cour de justice emprunte selon Anne RIGAUX la « troisième voie »¹³⁶¹. Les deux premières consistent à distinguer entre les réglementations relatives aux modalités de vente et celles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les produits avant d'être commercialisés¹³⁶². Cette tendance se confirme en matière de libre circulation des marchandises¹³⁶³, en ce compris les mesures spécifiquement applicables aux exportations¹³⁶⁴.

La circonstance « trop aléatoire et indirecte » de l'existence d'une restriction empêche aussi qu'une réglementation soit qualifiée au regard du Traité dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. Dans l'arrêt *Graf*, la Cour dénie à la réglementation en cause la qualification de restriction, en raison principalement du caractère trop aléatoire et indirect de l'événement qui pourrait empêcher ou dissuader un travailleur communautaire de se déplacer¹³⁶⁵. Selon Vassilis HATZOPOULOS, cette exception a été reconnue « indirectement » en matière de libre circulation des capitaux¹³⁶⁶.

¹³⁵⁸ Ce terme signifie « qui est de la nature de l'hypothèse », ou « qui n'est pas certain » (Dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007).

¹³⁵⁹ CJCE, 13.10.1993, *CMC Motorradcenter GmbH c. P. Baskiciogullari*, C-93/92, *Rec.*, p. I-5009, pt 12, *Europe*, 12.1993, p. 8, comm. 477, note Y. GAUTIER et A. RIGAUX.

¹³⁶⁰ CJCE, 14.7.1994, *Proc. pén. c. M. Peralta*, C-379/92, *Rec.*, p. I-3453, pt 24.

¹³⁶¹ RIGAUX A., note sous arrêt *Peralta*, *Europe*, 10.1994, comm. 364, p. 12-13.

¹³⁶² On pourrait considérer cependant que la première voie vise l'appréhension des mesures discriminatoires, la seconde les mesures indistinctement applicables, la troisième les mesures dont l'effet sur les échanges est trop aléatoire et trop indirect. La lecture de la note rédigée par A. RIGAUX, citée note précédente, n'exclut pas cette hypothèse. R. KOVAR, in « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose », *RTDE* 42 (2), avril-juin 2006, p. 213, sp. p. 247, considère cependant que les deux premières voies sont « la distinction dominante des réglementations relatives aux produits et de celles concernant les modalités de vente ».

¹³⁶³ CJCE, 5.10.1995, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl.*, C-96/94, *Rec.*, p. I-2883, pt 41 ; CJCE, 17.10.1995, *DIP SpA c. Comune di Bassano del Grappa, Lidl Italia Srl c. Comune di Chioggia et Lingral Srl c. Comune di Chiogga*, C-140 à C-142/94, *Rec.*, p. I-3257, pt 29 ; CJCE, 30.11.1995, *Esso Española SA c. Comunidad Autónoma de Canarias*, C-134/94, *Rec.*, p. I-4223, pt 24 ; CJCE, 18.6.1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl e.a.*, C-266/96, *Rec.*, p. I-3949, pt 31 ; CJCE, 21.9.1999, *BASF AG c. Präsident des Deutschen Patentamts*, C-44/98, *Rec.*, p. I-6269, pt 21 ; CJCE, 26.5.2005, *Proc. pén. c. M. Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, p. I-4133, pt 31.

¹³⁶⁴ CJCE, 22.6.1999, *ED Srl c. Italo Fenocchio*, C-412/97, *Rec.*, p. I-3845, pt 11.

¹³⁶⁵ Arrêt *Graf*, préc. note 1432, pts 24 et 25, en réf. à la jurisprudence rendue sur cette question en marchandises.

¹³⁶⁶ HATZOPOULOS V., « Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés, quatre ? », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D. (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*,

La Cour n'a pas étendu la jurisprudence *Krantz* au domaine de la liberté d'établissement¹³⁶⁷. Pour ce qui concerne la libre prestation des services, une occasion s'est d'abord présentée dans l'affaire *Corsica Ferries*¹³⁶⁸. La Cour de justice reconnaît ensuite dans l'arrêt *Viacom Outdoor* que la perception d'une taxe communale ne restreint pas cette liberté parce qu'elle n'est « *pas de nature à prohiber, gêner ou rendre autrement moins attrayantes les prestations publicitaires devant être effectuées sur le territoire des communes concernées, y compris lorsque ces prestations ont un caractère transfrontalier* »¹³⁶⁹. Selon Laurence IDOT, « *l'effet sur les échanges n'est pas suffisamment sensible pour justifier la qualification d'entrave* »¹³⁷⁰.

La troisième voie a été transposée au domaine des marchés publics. En effet, « *en raison de circonstances particulières, telle qu'un enjeu économique très réduit* », les opérateurs économiques implantés dans d'autres États membres peuvent ne pas avoir d'intérêt à se voir attribuer un marché public. Dans ce cas, « *les effets sur les libertés fondamentales [...] devraient [...] être considérés comme trop aléatoires et indirects* »¹³⁷¹ pour que les libertés de circulation soient affectées¹³⁷².

L'effort réalisé pour démontrer l'absence de restriction souligne la distinction à laquelle procède la Cour de justice entre l'objet d'une réglementation et ses effets sur la libre

Liber Professorum 1973-04 – 2003-04, Cahiers du Collège d'Europe n° 2, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, 2007, p. 186 (éd. 2005), sp. 195. L'auteur se réfère à l'arrêt *Italo Fenocchio*, préc. note 1364, pt 17.

¹³⁶⁷ Arrêt *H. de Lasteyrie du Saillant*, préc. note 1433, pt 43, qui rappelle que « même une restriction à la liberté d'établissement de faible portée ou d'importance mineure est prohibée par l'article du 52 traité ». En ce sens, v. L. IDOT, *in* note sous cet arrêt, *Europe*, 5.2004, comm. 137, p. 23. L'intensité de l'entrave sur l'opérateur qui fait usage de la liberté d'établissement est cependant démontrée en l'espèce.

¹³⁶⁸ V. concl. av. gén. N. FENNELLY présentées pour l'arrêt *Corsica Ferries France SA*, C-266/96, préc. note 1363, pt 44 : « [I]es mesures litigieuses en l'espèce se rapprochent bien davantage de celles qui étaient en cause dans l'affaire Perralta. Leur impact sur la libre prestation des services est trop éloigné et indirect pour pouvoir affecter directement l'accès au marché des services de transport maritime ». Selon L. IDOT, *in* note sous cet arrêt, *Europe*, 8-9.1998, comm. 286, p. 16, la CJCE a éludé la question en estimant aux pts 59 à 61 que la restriction éventuelle à la libre prestation de services est justifiée par des considérations de sécurité publique.

¹³⁶⁹ Arrêt *Viacom Outdoor*, préc. note 1434, pt 38.

¹³⁷⁰ IDOT L., note sous l'arrêt *Viacom Outdoor*, préc. note 1434, *Europe*, 4.2005, p. 15, comm. 130. D'aucuns pourraient alors remarquer que la frontière entre l'appréciation de l'existence des effets des réglementations sur les échanges et une application d'un critère *de minimis* est étroite, v. *infra*, même section, II, A, 2.

¹³⁷¹ CJCE, 21.7.2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03, *Rec.*, p. I-7287, pt 20 (ce n'était pas le cas en l'espèce), cité *in* Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics, *JO C 179* du 1^{er}.8.2006, p. 2, pt 1.3. Cela corrobore le lien entre cette méthode d'analyse et l'application de critères *de minimis*, qui sont envisagés *infra*, même section, II, A, 2.

¹³⁷² L'arrêt CJCE, 13.12.2007, *Commission c. Irlande*, C-507/03, *Rec.*, p. I-9777, pts 32 et 34 juge nécessaire qu'il soit démontré « un intérêt transfrontalier certain » pour que l'obtention d'un marché litigieux à un opérateur national puisse être remise en question au regard des règles relatives à la libre circulation. La plainte d'un

circulation. Dans l'arrêt *Peralta*, la CJCE dépasse l'objet de la législation litigieuse, qui n'est pas de régir les échanges, afin de se demander néanmoins si celle-ci a un effet sur ces derniers. La Cour ne se limite pas non plus à une analyse en termes d'objet dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Même si une réglementation relative à une modalité de vente n'a *a priori* pas pour objet de réglementer les échanges (ce qui justifie d'ailleurs que ce type de réglementation fasse l'objet d'un préjugé favorable), la Cour de justice propose un test pour rechercher si l'application d'une telle réglementation restreint en particulier l'accès au marché des produits importés¹³⁷³. L'arrêt *Peralta* ne fait donc pas figure d'exception dans le sens où la Cour de justice distingue l'objet des effets des réglementations litigieuses (ceci est aussi le cas pour les autres libertés de circulation).

La CJCE modifie donc son appréciation en fonction de l'existence ou non d'effets de la réglementation en cause sur les échanges. En effet, la circonstance selon laquelle une réglementation n'a pas pour objet de réglementer les échanges n'empêche pas l'application de la libre circulation des marchandises. Toutefois, la plupart des jurisprudences issues de l'arrêt *Peralta* n'étaient pas la question de savoir dans quelle mesure les effets des réglementations en cause ne sont que trop aléatoires, indirects ou hypothétiques.

Réfléchir à l'existence d'une entrave illégale à l'accès au marché implique donc d'analyser les effets pratiques d'une réglementation sur les échanges. Or, chaque réglementation affectant les échanges économiques ne constitue pas nécessairement une restriction contraire au Traité. Il convient ainsi d'en déterminer l'effet restrictif.

B. La détermination économique de l'effet restrictif d'une mesure nationale

Déterminer l'effet restrictif d'une mesure nationale part du constat évident selon lequel certains effets d'une réglementation sur les échanges sont admis alors que d'autres ne le sont pas. À cet égard, la question de savoir si « *les effets restrictifs [d'une réglementation relative à la commercialisation des produits] sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce* »¹³⁷⁴ participe, d'après la

opérateur déchu, implanté dans un autre État membre, n'est pas suffisante pour démontrer cet intérêt. Dans le même sens, v. CJCE, 17.7.2008, *ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*, C-347/06, n.e.p., pt 59.

¹³⁷³ V. Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, B, 2. V. aussi CJCE, 3.12.1998, *Proc. pén. c. Ditlev Bluhme*, C-67/97, *Rec.*, p. I-8033, pts 21 et 22.

¹³⁷⁴ Arrêt *Blesgen*, préc. note 1347, pt 8, en réf. à la directive 70/50/CEE.

directive n° 70/50/CEE, de la définition de la notion de mesure d'effet équivalent¹³⁷⁵. Toutefois, cette formulation énigmatique a été seulement utilisée lors du contrôle de proportionnalité des mesures restrictives de la libre circulation¹³⁷⁶. L'arrêt *Keck et Mithouard* a conduit à son abandon¹³⁷⁷. Néanmoins, il nous semble essentiel de distinguer l'effet restrictif des effets « naturels » des réglementations nationales sur les échanges économiques¹³⁷⁸.

À cet égard, la détermination économique de l'effet restrictif d'une réglementation qui entrave l'entrée sur le marché implique de prendre en considération les autres moyens qui sont offerts aux opérateurs économiques pour y accéder (1). Il s'agit ainsi d'examiner l'intensité de l'effet restrictif d'une mesure nationale (2).

1. La prise en considération des circuits alternatifs à l'accès au marché

La nécessité de considérer les circuits alternatifs à l'accès au marché s'inspire d'un volet important du droit de la concurrence. En effet, la possibilité pour un opérateur concurrent d'accéder au marché, en dépit du refus d'accès à un réseau que lui oppose une entreprise dominante, peut empêcher la qualification de ce comportement de pratique anticoncurrentielle¹³⁷⁹. L'existence d'une ou de plusieurs alternatives à l'accès au marché est également importante en droit de la libre circulation. On peut en effet se demander si une réglementation qui empêche un moyen de prendre pied sur le marché, sans que celui-ci ne soit verrouillé, constitue une restriction au sens du Traité.

¹³⁷⁵ Directive 70/50/CEE, 22.12.1969, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE, JO L 13 du 19.1.1970, p. 29, art. 3 : « zont également visées par la présente directive les mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. Tel est notamment le cas : lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors de proportion par rapport au résultat recherché; lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave le moins les échanges »

¹³⁷⁶ CJCE, 30.4.1974, *G. Sacchi*, 155-73, *Rec.*, p. 409, pt 8, al. 3 et 4 ; CJCE, 23.11.1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc* (1^{er} arrêt *B & Q*), C-145/88, *Rec.*, p. I-3851, pt 15. CJCE, 16.12.1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc* (2nd arrêt *B & Q*), C-169/91, *Rec.*, p. I-6635, pts 12 à 15. V. concl. av. gén. M. DARMON présentées pour l'arrêt *Krantz*, préc. note 1432, pt 16, qui corroborent la considération selon laquelle la formulation peut être interprétée en lien avec le principe de proportionnalité : « [v]otre [premier arrêt *B & Q*] (...), s'appuyant sur l'arrêt *Cinéthèque*, contribue déjà à fournir certains éléments de clarification en ce sens que les effets restrictifs des importations propres aux législations poursuivant des objectifs légitimes au regard du traité, et non disproportionnés, ne donnent pas lieu à la qualification de mesure d'effet équivalent. Ainsi commence à s'esquisser une "limite inférieure" de la mesure d'effet équivalent ».

¹³⁷⁷ Sur le lien entre la formulation étudiée et l'arrêt *Keck*, v. concl. av. gén. Y. BOT présentées pour l'arrêt CJCE, 10.2.2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, n.e.p., pt 60.

¹³⁷⁸ Les origines doctrinales de cette idée sont précisées *infra* sous 2.

¹³⁷⁹ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, II, B.

L'application de l'article 28 aux réglementations commerciales représente le terreau du revirement opéré par la CJCE dans l'arrêt *Keck et Mithouard*¹³⁸⁰. Or, la Cour apprécie les effets restrictifs de ces réglementations conjointement aux circuits alternatifs offerts aux opérateurs économiques pour accéder au marché.

Dans l'arrêt *Blesgen*, la Cour rappelle qu'une mesure qui « *ne concerne pas directement le régime des importations peut (...) affecter les possibilités d'importation de produits d'autres États membres et tomber à ce titre sous l'interdiction de l'article [28] du Traité* »¹³⁸¹. En référence à la directive n° 70/50/CEE, la Cour de justice estime que la réglementation ne comporte pas d'effet restrictif dépassant le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce¹³⁸². Elle suit sur ce point l'avocat général REISCHL, selon qui l'absence « *d'effets défavorables sur la commercialisation des produits étrangers* » empêche de retenir la qualification de mesure d'effet équivalent, même si cette règle « *[a] pu influencer les courants d'importation* »¹³⁸³. La Cour de justice note, en sus, que les autres méthodes de vente de ces boissons ne sont pas visées par la réglementation¹³⁸⁴, de sorte que l'accès au marché de boissons en provenance d'autres États membres reste possible. Cette référence aux autres moyens d'accéder au marché corrobore l'absence d'effet restrictif de la réglementation, même si ces moyens ne sont pas détaillés.

La Cour énonce aussi dans l'arrêt *Öbel* que la commercialisation des biens en question est possible à tout moment et ne relève pas de contradiction entre les réglementations en cause et l'article 28¹³⁸⁵. D'une manière parallèle, à propos de l'interdiction de la vente d'articles pornographiques licites par des boutiques non autorisées, la CJCE considère que « *la commercialisation des produits visés par [la loi litigieuse] est possible par l'intermédiaire de*

¹³⁸⁰ V. Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, B, 1. Cette réflexion se situe principalement dans le cadre des réglementations qualifiables de « modalités de vente » au sens de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Il s'agit cependant d'utiliser cette jurisprudence comme modèle pour l'ensemble de la libre circulation.

¹³⁸¹ Arrêt *Blesgen*, préc. note 1347, pt 7. L'affirmation suivant laquelle la réglementation « n'a pas de lien avec l'importation des produits » (pt 9) n'est donc pas pertinente. Une réglementation qui n'a pas de lien avec les importations peut avoir pour effet de les restreindre.

¹³⁸² *Idem*, pts 8 et 9.

¹³⁸³ Concl. av. gén. G. REISCHL présentées pour l'arrêt *Blesgen*, préc. note 1347, sp. p. 1239, en réf., p. 1238, à la directive 70/50/CEE.

¹³⁸⁴ *Idem*, pt 9.

¹³⁸⁵ CJCE, 14.7.1981, *S. Öbel* (ou *Oebel*), 155-80, *Rec.*, p. 1993, pt 20. La Cour de justice se place ici sur le terrain de la qualification de la mesure litigieuse au regard des (actuels) articles 28 et 29 TCE.

boutiques autorisées et par d'autres circuits »¹³⁸⁶. Or, la mesure en question n'est pas qualifiée de mesure d'effet équivalent.

Ceci est à nuancer au regard de la décision *van de Haar* qui énonce que la faiblesse d'une entrave et l'existence « *d'autres possibilités d'écoulement des produits importés* » ne sont pas suffisants pour empêcher de qualifier une entrave au vu du Traité¹³⁸⁷. Néanmoins, la jurisprudence ultérieure maintient les références à ces alternatives.

L'arrêt *A-Punkt* confirme que l'existence d'autres méthodes de commercialisation peut être prise en compte¹³⁸⁸. Non seulement la législation paraît affecter autant la commercialisation des bijoux nationaux que celle des bijoux étrangers, mais encore les opérateurs disposent d'autres moyens de commercialiser leurs produits. Même si cet aspect manque d'assise économique¹³⁸⁹, le juge n'aurait pas proposé une interprétation aussi favorable de la réglementation si la méthode de vente litigieuse était indispensable pour un opérateur étranger de pénétrer le marché en question.

De plus, l'arrêt *De Agostini* démontre que l'article 28 s'oppose à une réglementation nationale qui empêche le seul moyen d'accéder au marché¹³⁹⁰. De même, dans l'arrêt *DocMorris*, la Cour de justice favorise le moyen d'accéder au marché allemand proposé par l'entreprise implantée à l'étranger¹³⁹¹. À l'inverse, l'approche semble lacunaire lorsque la Cour ne se

¹³⁸⁶ CJCE, 11.7.1990, *Quietlynn Ltd et B. J. Richards c. Southend-on-Sea BC*, C-23/89, *Rec.*, p. I-3059, pt 11, à propos également de l'application de l'actuel article 28 TCE.

¹³⁸⁷ CJCE, 5.4.1984, *Proc. pén. c. J. van de Haar et Kaveka de Meern BV*, 177 et 178-82, *Rec.*, p. 1797, pt 13, comm. par G. MARENCO in *RTDE*, 1984, p. 527, sp. 534 et s. où l'auteur défend l'idée selon laquelle l'article 28 ne poursuit pas le même objectif pro-concurrentiel que l'article 81 TCE. L'arrêt est appliqué in CJCE, 14.3.1985, *Commission c. France*, 269-83, *Rec.*, p. 837, pt 10 et CJCE, 5.5.1986, *Commission c. Italie*, 103-84, *Rec.*, p. 1759, pt 18. Ces trois arrêts sont cités dans les concl. W. VAN GERVEN rendues pour l'arrêt 2nd arrêt *B & Q*, préc. note 1376.

¹³⁸⁸ Arrêt *A-Punkt*, préc. note 1345, pt 24 : « il est constant que l'interdiction en cause (...) ne vise pas toutes les formes de commercialisation des marchandises concernées mais seulement l'une d'entre elles, n'excluant pas, dès lors, la possibilité de vendre lesdites marchandises sur le territoire national par d'autres méthodes », au stade de la qualification de la réglementation litigieuse au regard de l'article 28 TCE.

¹³⁸⁹ La Cour n'explique pas quels sont les autres moyens qui permettent de commercialiser les produits en cause. Si la possibilité de vendre des bijoux de valeur par d'autres méthodes ne réside que dans l'ouverture d'un établissement fixe, la réglementation n'affecte pas autant les opérateurs nationaux qu'étrangers. Cet arrêt souligne donc la nécessité d'examiner précisément le marché au moment d'apprécier les effets d'une réglementation litigieuse. V., par analogie, CJCE, 13.1.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, C-254/98, *Rec.*, p. I-131, pt 26. Dans l'arrêt *A-Punkt*, la CJCE visait peut-être la possibilité de vendre les produits à des opérateurs déjà établis, mais cet aspect aurait dû, nous semble-t-il, figurer dans l'arrêt.

¹³⁹⁰ CJCE, 9.7.1997, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini et TV-Shop*, C-34 à 36/95, *Rec.*, p. I-3843, pt 43.

¹³⁹¹ Arrêt *DocMorris*, préc. note 1344, pt 74 : « si pour [les pharmacies allemandes] il est peu contestable que cette interdiction les prive d'un moyen supplémentaire ou alternatif d'atteindre le marché allemand des

préoccupe pas de l'existence de moyens alternatifs permettant de pénétrer le marché. Dans l'arrêt *Caixabank*, la solution aurait été plus admissible si la CJCE s'était demandé s'il était possible d'offrir d'autres services de meilleure qualité ou moins chers que ceux fournis par les établissements en place¹³⁹².

Cependant, lorsqu'une réglementation indistinctement applicable défavorise *de facto* la commercialisation des produits étrangers par rapport aux produits nationaux, l'existence d'autres moyens d'accéder au marché n'empêche pas de qualifier la réglementation au regard de l'article 28 du Traité¹³⁹³. Lorsque la réglementation est discriminatoire, l'existence de circuits alternatifs ne fait d'ailleurs pas disparaître l'illégalité de la réglementation, que la Cour de justice précise¹³⁹⁴ ou non¹³⁹⁵ quelles sont ces autres possibilités.

Il ressort en tout cas de la jurisprudence qu'une réglementation nationale indistinctement applicable ne constitue pas une restriction s'il existe d'autres moyens d'accéder au marché national et si la réglementation ne défavorise pas la commercialisation des produits étrangers. La démonstration de ces circuits alternatifs et de l'absence de protection de la production nationale « légitimerait » l'absence de qualification d'une entrave au regard du Traité et rendrait plus solide d'un point de vue économique les décisions de la Cour de justice.

Ceci emporte des questionnements d'importance. En effet, d'aucuns pourraient penser que l'existence de moyens alternatifs à l'accès au marché, qui sont étudiés conjointement à la mention selon laquelle une réglementation commerciale comporte des effets restrictifs, minimise la gêne apportée aux échanges. En effet, s'il existe d'autres possibilités pour entrer sur le marché, la Cour de justice est plus à même de ne pas qualifier de restriction une réglementation. Ces éléments invitent alors à se demander si la Cour applique ou non la

consommateurs finals de médicaments, il n'en demeure pas moins qu'elles conservent la possibilité de vendre les médicaments dans leurs officines ».

¹³⁹² CJCE, 5.10.2004, *Caixabank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, dans lequel une banque espagnole proposait un service interdit en France, à savoir la rémunération des comptes à vue. Cet arrêt est considéré également sous Section 2, II, B, 2.

¹³⁹³ Dans l'arrêt *A-punkt*, la Cour de justice énonce, après avoir remarqué que la réglementation n'exclut pas la possibilité de vendre les marchandises par d'autres méthodes, que « si [cette] juridiction constate que l'interdiction prévue (...) affecte davantage les produits provenant d'autres États membres que les produits nationaux en ce qui concerne l'accès au marché national, il lui appartiendra d'établir si cette interdiction est justifiée (...) » (pt 26).

¹³⁹⁴ CJCE, 14.3.1985, *Commission c. France*, 269-83, *Rec.*, p. 837, pt 10.

¹³⁹⁵ Arrêt *Commission c. Italie*, 103-84, préc. note 1387, pt 18. V. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Leclerc-Siplec*, préc. note 1396, pt 46 : dans cet arrêt, « l'effet de la mesure a en tout état de cause été jugé substantiel ».

théorie *de minimis* en droit de la libre circulation¹³⁹⁶. Cette interrogation est corroborée par la sanction des réglementations qui comportent un effet restrictif substantiel sur les échanges.

2. La détermination de l'intensité de l'effet restrictif d'une réglementation nationale sur les échanges

La détermination de l'intensité de l'effet restrictif d'une mesure nationale litigieuse est également à rapprocher des raisonnements qui sont menés en droit de la concurrence : dans ce domaine, il est essentiel de déterminer dans quelle mesure un comportement litigieux restreint l'accessibilité du marché, aux fins de le qualifier ou non de pratique anticoncurrentielle.

En matière de libre circulation, la détermination de l'intensité de l'effet restrictif d'une réglementation nationale fait écho non seulement à la différence entre effets restrictifs et effets propres d'une réglementation qui est reprise dans l'arrêt *Blesgen*, mais également au « critère des restrictions spécifiques aux échanges » défendu par l'avocat général REISCHL dans les conclusions présentées pour cet arrêt¹³⁹⁷.

Le premier arrêt *B & Q* est à cet égard crucial. En s'inspirant de la jurisprudence relative à l'article 81, l'avocat général VAN GERVEN distingue « cloisonnement du marché national par des mesures de verrouillage absolu et cloisonnement du marché national par des mesures qui tendent à rendre l'accès à ce marché plus difficile »¹³⁹⁸. À propos de la deuxième catégorie, il estime que :

« le cloisonnement du marché doit être considéré comme suffisamment probable, sur la base d'un certain nombre de données quantitatives démontrant que l'application de la réglementation a un tel « effet de renforcement du cloisonnement », rendant le marché inaccessible (onéreux, non rentable) à un

¹³⁹⁶ V. l'interprétation de l'arrêt *Van de Haar*, préc. note 1387, qui figure *in* concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 9.2.1995, *Société d'importation É. Leclerc-Siplec c. TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, C-412/93, *Rec.*, p. I-179, pt 46 : « la Cour a rejeté [dans l'arrêt van de Haar] un critère de *de minimis* à l'égard d'une mesure applicable sans distinction (à savoir une réglementation de prix) ; toutefois elle l'a fait purement dans l'abstrait et a jugé, dans le même arrêt, qu'une réglementation imposant les prix n'est contraire à l'article [28] que si les prix sont fixés à un niveau propre à empêcher les produits importés d'être commercialisés de manière rentable ou à annuler un avantage de concurrence dont jouit le fabricant de produits importés. Cela revient, en définitive, presque au même que de dire que l'article [28] ne s'applique que s'il existe un obstacle substantiel à l'accès au marché ». L'avocat général se réfère implicitement aux pts 19 et 22 de l'arrêt *van de Haar*.

¹³⁹⁷ Concl. av. gén. G. REISCHL présentées pour l'arrêt *Blesgen*, préc. note 1347, p. 1238.

¹³⁹⁸ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour le 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 1376, pt 23.

point tel qu'il faut craindre que la plupart des produits importés disparaîtront du marché »¹³⁹⁹.

Même si l'avocat général cherche explicitement à détacher cette analyse d'une application du principe *de minimis*¹⁴⁰⁰, Kamiel MORTELMANS estime que « de facto, [Walter] VAN GERVEN applique la règle de minimis »¹⁴⁰¹. La formulation utilisée dans le premier arrêt *B & Q* laisse d'ailleurs penser que la Cour de justice tolère certains effets de la réglementation en question, voire admet, sans les sanctionner, l'existence d'effets restrictifs¹⁴⁰². À la suite de cette jurisprudence, l'avantage de l'arrêt *Keck et Mithouard* serait alors non seulement de concentrer l'analyse sur l'effet des réglementations sur les échanges, mais aussi d'initier un test permettant de mieux déterminer cet effet.

Il convient à cet égard de rappeler les grandes lignes des de la position de l'avocat général JACOBS, lorsqu'il s'est montré favorable à l'introduction de critères *de minimis* en matière de libre circulation des marchandises¹⁴⁰³. L'avocat général propose d'abord une lecture de l'arrêt *Keck* en ayant implicitement à l'esprit l'application de cette théorie :

« la meilleure interprétation [de cet arrêt] est peut-être qu'il exclut du champ d'application de l'article [28] uniquement les mesures de nature tout à fait générales qui n'empêchent pas les importations, agissent au point de vente et n'ont pas d'autre effet sur le commerce que de réduire la quantité totale de marchandises vendues, en affectant dans cette mesure les importations et les produits nationaux de la même manière »¹⁴⁰⁴.

Selon cette lecture, même si le volume des ventes (c'est-à-dire des échanges au sens large) est réduit par la réglementation française interdisant la vente à perte, cela n'est pas suffisant pour entraîner la qualification de mesure d'effet équivalent : il ne s'agit pas de sanctionner toute réduction du volume des échanges, mais seulement les réglementations qui affectent

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ *Idem*, pt 24 : « Dans le cas (...) d'une réglementation nationale « renforçant le cloisonnement », il ne saurait évidemment pas être fait application d'une règle « *de minimis* », parce que, dans cette hypothèse, l'application de l'interdiction visée à l'article [28] suppose déjà une entrave grave, et donc pas seulement sensible, du commerce interétatique ».

¹⁴⁰¹ MORTELMANS K., « Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition? », *CMLR*, 1991, p. 115, sp. 128, notre traduction.

¹⁴⁰² 2nd arrêt *B & Q*, préc. note 1376, pt 17 : « les effets restrictifs sur les échanges communautaires qui peuvent éventuellement (...) résulter [de l'application de cette réglementation] ne dépassent pas le cadre des effets propres à une réglementation de ce genre », à propos de la réglementation en cause dans le 1^{er} arrêt *B & Q*.

¹⁴⁰³ Concl. av. gén. F. JACOBS présentées le 24.11.1994 (*i.e.* un an exactement après l'arrêt *Keck*) pour l'arrêt *Leclerc-Siplec*, préc. note 1396, sp. pts 49 et 55, non suivies sur ce point par la Cour ; celle-ci considère que l'article 28 ne s'applique pas à la réglementation en question, mais pas en application de la théorie *de minimis*.

¹⁴⁰⁴ *Idem*, pt 34.

différemment les importations et la production nationale¹⁴⁰⁵. Pour ce qui est de l'arrêt *Hünermund*, dans lequel la Cour de justice n'a pas sanctionné la réglementation allemande interdisant la publicité pour les produits parapharmaceutiques en dehors des officines, l'avocat général estime qu'il est « possible que (...) la Cour ait été influencée par la nature relativement peu significative des restrictions en cause et n'ait pas envisagé l'application du même critère à des restrictions plus importantes »¹⁴⁰⁶. Ceci constitue les prémices de l'« analyse différente »¹⁴⁰⁷ proposée par l'avocat général :

« Si le principe est que toutes les entreprises devraient avoir libre accès à l'ensemble du marché communautaire, le critère approprié est (...) de savoir s'il existe une restriction substantielle à cet accès. Cela reviendrait évidemment à introduire un critère de *minimis* dans l'article [28]. (...) [U]n critère fondé sur l'étendue de l'obstacle au commerce entre États membres que cause une mesure en limitant l'accès au marché paraît être la solution la plus évidente »¹⁴⁰⁸.

L'avocat général JACOBS exclut cependant les mesures discriminatoires de l'application de la théorie de *minimis*¹⁴⁰⁹ ; ces mesures sont néanmoins interdites, précisément parce qu'elles restreignent ou sont susceptibles de restreindre substantiellement l'accès au marché des produits importés¹⁴¹⁰. L'avocat général considère comme des mesures restreignant substantiellement l'accès au marché les mesures indistinctement applicables empêchant l'accès au marché et celles entraînant la nécessité de modifier les produits¹⁴¹¹. Ainsi, dans l'affaire *Keck et Mithouard*, la loi en question « n'a pas d'effet significatif sur le volume global des importations et elle n'empêche pas un commerçant dans un autre État membre d'avoir pleinement accès au marché »¹⁴¹². En l'espèce, l'avocat général affirme que la réglementation en cause dans l'affaire *Leclerc-Siplec* n'a pas un impact substantiel sur l'accès

¹⁴⁰⁵ Si le volume des importations est réduit en raison de la réglementation, celle-ci entrave les premières, mais cette entrave n'est pas nécessairement sanctionnée.

¹⁴⁰⁶ *Idem*, pt 37, en réf. à l'arrêt *Hünermund*, préc. note 1344. V. aussi, *idem*, pt 28 : « il est possible que le type de restriction en cause dans l'affaire *Hünermund e.a.* n'ait eu qu'un faible impact sur le commerce entre États membres, mais il est difficile de prétendre que, par exemple, une interdiction totale de la publicité pour un produit particulier légalement commercialisable pourrait ne pas relever de l'article [28] ».

¹⁴⁰⁷ *Idem*, pts 38 et s. L'avocat général se fonde notamment sur la « maigre consolation » qu'apporterait à un concurrent étranger une jurisprudence qui ne condamnerait pas une mesure nationale au motif que la réglementation en question fait subir à ses concurrents établis dans l'État membre une perte identique, alors que cette réglementation limite fortement l'accès de certains produits au marché (pt 39).

¹⁴⁰⁸ *Idem*, pt 42.

¹⁴⁰⁹ *Idem*, pt 43.

¹⁴¹⁰ *Ibid.* ; l'avocat général mentionne à cet endroit que les mesures discriminatoires sont sanctionnées mêmes si leur impact sur le volume des échanges est faible.

¹⁴¹¹ *Idem*, pt 44.

¹⁴¹² *Idem*, pt 48. On remarque que l'accès au marché est envisagé de manière qualitative.

au marché¹⁴¹³. Même si la CJCE ne suit pas l'avocat général sur ce point¹⁴¹⁴, elle considère que le volume des ventes peut être restreint et que les distributeurs ont la possibilité d'utiliser d'autres formes de publicité¹⁴¹⁵. Elle se réfère ainsi aux circuits alternatifs à l'accès au marché. Puisque la Cour énonce ensuite que l'article 28 ne s'applique pas à la réglementation en cause, on peut alors se demander si une entrave de faible ampleur est tolérée. En effet, la vérification de l'application indistincte de la réglementation nationale aux opérateurs étrangers et nationaux révèle que, s'il existe une entrave, elle pèse autant sur chacun de ces opérateurs¹⁴¹⁶. Il n'y a donc pas d'effet restrictif au sens d'une gêne qui pèserait davantage sur les opérateurs étrangers. Or, l'entrave existe. Des observations du même ordre peuvent être formulées au regard de l'arrêt *Semeraro Casa Uno*¹⁴¹⁷.

De même, dans l'arrêt *DocMorris*, la lecture de l'arrêt *Leclerc-Siplec* à laquelle procède la Cour de justice ne donne pas tort à l'argumentation de Francis JACOBS. Selon la Cour, « l'interdiction de la diffusion de messages publicitaires (...) n'avait pas une portée étendue, car elle ne visait qu'une certaine forme de promotion (publicité télévisée) d'une certaine méthode de commercialisation (distribution) de produits »¹⁴¹⁸. En outre, la CJCE fait écho aux conclusions précitées lorsqu'elle estime, à propos de l'arrêt *Hünernmund*, que « l'interdiction [en cause] n'affectait pas la possibilité pour les opérateurs économiques autres que les pharmaciens de faire de la publicité pour [les] produits [parapharmaceutiques] »¹⁴¹⁹. La Cour de justice rappelle que lorsque « l'interdiction de faire la publicité télévisée [prive] un opérateur de la seule forme de promotion efficace qui lui aurait permis de pénétrer le marché national »¹⁴²⁰, la réglementation constitue une mesure

¹⁴¹³ L'avocat général se réfère à ce sujet à W.-H. ROTH, « Commentaire des arrêts Keck et Mithouard et Hünernmund », *CMLR*, 1994, p. 845, sp. 853. Selon cet auteur, « l'application de l'article 28 requiert de mettre l'accent sur l'accès au marché et non pas sur la liberté commerciale en tant que telle (...) [et de] se concentrer sur la question de savoir si et quand les réglementations étatiques non discriminatoires placent *spécifiquement* une charge sur la distribution de biens à travers la Communauté » (notre traduction, italique dans le texte).

¹⁴¹⁴ Selon P. OLIVER, in *Free movement of goods in the European Community*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996, p. 110, la Cour de justice « n'indique [dans cet arrêt] aucune sympathie pour le test *de minimis* suggéré par l'avocat général ».

¹⁴¹⁵ Arrêt *Leclerc-Siplec*, préc. note 1396, pt 20.

¹⁴¹⁶ *Idem*, pts 23 et 24.

¹⁴¹⁷ CJCE, 20.6.1996, *Semeraro Casa Uno e.a.*, C-418 à C-421/93, C-460 à C-462/93, C-464/93, C-9 à C-11/94, C-14 et 15/94, C-23 et 24/94 et C-332/94, *Rec.*, p. I-2975, pt 24 : « les réglementations nationales qui restreignent en général le commerce d'un produit et, en conséquence, son importation ne peuvent être considérées sur cette seule base comme limitant la possibilité pour ces produits importés d'avoir accès au marché dans une plus forte mesure que pour les produits nationaux analogues ».

¹⁴¹⁸ Arrêt *DocMorris*, préc. note 1344, pt 71, en réf. à l'arrêt *Leclerc-Siplec*, pt 22.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, en réf. à l'arrêt *Hünernmund*, pt 19.

¹⁴²⁰ *Idem*, pt 72, en réf. à l'arrêt *De Agostini*, préc. note 1390, pt 43.

d'effet équivalent. Par ailleurs, les conclusions présentées par l'avocat général GULMANN pour l'arrêt *Schindler* mettent l'accent sur le caractère « *substantiel* » de la restriction en cause à la libre prestation des services¹⁴²¹. Les conclusions présentées par l'avocat général BOT témoignent de l'intérêt qui est actuellement porté à ce critère¹⁴²².

Un arrêt *Commission contre Allemagne* semble également utiliser un critère quantitatif, à propos d'une mesure nationale qui limitait à deux par an (30 juin et 31 décembre) les dates de péremption pouvant être indiquées sur l'emballage des médicaments et des instruments médicaux stériles à usage unique. La Cour de justice énonce en effet :

« sans qu'il soit nécessaire d'examiner les coûts éventuels liés à la modification de l'emballage, (...) la mesure en cause relative aux conditions auxquelles doivent répondre les produits est susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires dans la mesure où elle peut réduire la période de commercialisation des produits importés et (...) elle constitue à ce titre, selon une jurisprudence constante, une mesure d'effet équival[e]nt »¹⁴²³.

Or, la réduction de la période de commercialisation des produits importés est une considération quantitative ; celle-ci est analysée sous l'angle de l'intensité de la gêne aux échanges pour les produits importés. Il ressort en effet de cet arrêt que la réduction de la période de commercialisation des médicaments défavorise davantage les produits importés¹⁴²⁴. Cette décision rappelle, au-delà de la question de savoir s'il convient ou non

¹⁴²¹ Concl. av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt CJCE, 24.3.1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. G. et J. Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, pt 78 : « La question de la qualification ne revêt pas, selon nous, une grande importance pratique en l'espèce. Quelle que soit la qualification que l'on donne à la situation par rapport au concept de discrimination, il s'agit d'une restriction substantielle – une exclusion effective du droit à la libre prestation des services – qui ne peut être justifiée que si la mesure litigieuse est objectivement nécessaire aux fins de la prise en compte d'intérêts fondamentaux de la société ».

¹⁴²² Concl. av. gén. Y. BOT présentées pour l'arrêt CJCE, 17.7.2008, *Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media*, C-500/06, n.e.p., sp. pts 84 à 86. En référence aux conclusions F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Leclerc-Siplec*, l'avocat général estime que « cette analyse n'a pas pour but de démontrer toute interdiction ou restriction importante de faire de la publicité [serait] nécessairement [contraire] au droit communautaire [mais] ces restrictions doivent être justifiées par un motif d'ordre public » (pt 85). Dès lors « une interdiction de faire de la publicité ou une limitation *très sévère* constituent, en principe, une restriction aux libertés de circulation garanties par le traité et elles ne peuvent être compatibles avec le droit communautaire que si elles sont justifiées » (pt 86, italiques ajoutés). Toutefois, ces affirmations ne prennent pas en considération l'effet de la réglementation qui serait plus sévère pour les opérateurs non établis. V. aussi conclusions Y. BOT présentées pour l'arrêt CJCE, 10.2.2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, n.e.p., pt 159 : « la réglementation en cause, qui interdit purement et simplement l'utilisation d'une marchandise sur l'ensemble du territoire national, comporte une entrave substantielle, directe et immédiate au commerce intracommunautaire ».

¹⁴²³ CJCE, 1^{er}.6.1994, *Commission c. Allemagne*, C-317/92, *Rec.*, p. I-2039, pt 12. La Cour se réfère à l'arrêt *Keck*, sans préciser à quel point pertinent de l'arrêt. Or, la « période de commercialisation » peut être considérée comme une modalité de vente.

¹⁴²⁴ En effet, les médicaments importés peuvent être commercialisés plus longtemps sur le territoire de l'État dans lequel ils sont fabriqués. Par exemple, un médicament périmé le 31 août pourrait être commercialisé plus

d'appliquer la théorie *de minimis* en droit de la libre circulation, que l'essentiel consiste à identifier une entrave spécifique pour les opérateurs qui font usage de l'une des libertés économiques.

Une partie de la doctrine intègre cette évolution au moment de définir les restrictions à la libre circulation dans le sens d'une prise en considération du critère de l'intensité de l'entrave pour l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation. Ainsi, Stephen WEATHERILL défend assez tôt le critère de l'entrave directe et substantielle à l'accès au marché¹⁴²⁵. Selon Catherine BARNARD, l'arrêt *Keck et Mithouard* permet au juge de ne plus se demander seulement si une mesure litigieuse « *a un impact sur le commerce en général* », mais de s'interroger sur la question de savoir « *s'il y a un impact suffisant sur le commerce transfrontalier* »¹⁴²⁶. Cette opinion est relayée par Alina TRYFONIDOU¹⁴²⁷.

Il ressort de ces développements que la réalité de l'entrave à la libre circulation doit être établie en fonction des effets de la réglementation sur le marché, et non pas seulement en fonction de l'incidence de la règle sur les opérateurs qui utilisent l'une des opportunités offertes dans le Traité. Cela nécessite de prendre en considération non seulement le volume des importations ou des exportations affecté par la réglementation, mais aussi l'existence de modes alternatifs à l'accès au marché. Il conviendrait alors d'identifier l'intensité de l'effet restrictif d'une mesure nationale sur un opérateur économique qui cherche à accéder au marché d'un autre État membre que celui sur lequel il est implanté. Néanmoins, pour que cet argument soit pleinement recevable, il doit être confronté à la raison d'être de la non-application de la théorie *de minimis* en la matière. La question de savoir comment des

longtemps dans son État membre de fabrication qu'en Allemagne, dans la mesure où dans cet État le médicament serait considéré comme périmé au 30 juin. Les fabricants de médicaments allemands ne sont pas autant défavorisés par la règle, dans la mesure où il est possible pour eux d'adapter leurs processus de fabrication en fonction de ces dates de péremption.

¹⁴²⁵ WEATHERILL S., « after Keck, some Thoughts on how to Clarify the Clarification », *CMLR*, 1996, n° 33, p. 885, sp. 899 : « les mesures nationales, soit qui s'appliquent également en droit et en fait à toutes les marchandises et tous les services sans référence à l'origine, soit qui imposent aucune entrave directe ou substantielle à l'accès des biens et services importés au marché de cet État membre, échappent au champ d'application des articles [28] et [49] », notre traduction. En n.b.p., l'auteur intègre dans cette définition les règles mises en place par des opérateurs privés qui relèvent de la libre circulation.

¹⁴²⁶ BARNARD C., « Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw », *ELR*, 2001, n° 26, p. 35, sp. 42, notre traduction.

¹⁴²⁷ TRYFONIDOU A., « Was Keck a half-baked Solution After All? », *LIEI*, 2007, p. 175, sp. 178-179 : « ce qui est important pour décider si une situation tombe sous le coup du droit communautaire est de savoir s'il y a une restriction substantielle de l'accès au marché de l'État membre depuis un autre État membre », notre traduction.

considérations quantitatives peuvent être utilisées en matière de libre circulation permet d'aborder cet aspect.

II. L'utilisation de considérations quantitatives dans la détermination de l'effet restrictif d'une règle nationale sur les échanges

La détermination de l'intensité de l'effet restrictif d'une mesure nationale implique d'attacher de l'importance à des critères quantitatifs¹⁴²⁸. Or, en principe, aucune entrave mineure à l'accès au marché au sens du Traité ne peut être maintenue dans l'ordre juridique communautaire. L'adage *de minimis non curat praetor* n'est pas applicable en la matière¹⁴²⁹. Notre démonstration rend ces deux points de vue conciliables.

¹⁴²⁸ Cette réflexion se place au moment de la qualification d'une réglementation litigieuse de restriction à l'une ou à plusieurs des libertés fondamentales litigieuses, et non pas au stade de la justification d'une restriction à la libre circulation. Cela n'empêche pas que l'appréciation de la justification d'une restriction à la libre circulation conduise la Cour à attacher de l'importance à la sensibilité de l'entrave. V. par ex. CJCE, 15.9.1994, *proc. pén. c. L. N. B. Houtwipper*, C-293/93, *Rec.*, p. I-4249, pt 25 : « à supposer même que les consommateurs ou certains d'entre eux souhaitent connaître l'année de fabrication des ouvrages en métal précieux, un tel intérêt ne saurait justifier une entrave aussi sensible à la libre circulation des marchandises ». La réglementation néerlandaise interdisait notamment de commercialiser des ouvrages en métal précieux ne contenant pas une marque indiquant l'année de leur fabrication. Il convient aussi d'occulter la jurisprudence qui concerne le motif tiré de la protection contre le risque de tromperie des consommateurs, même si des critères quantitatifs sont utilisés en la matière. V. CJCE, 6.7.1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, C-470/93, *Rec.*, p. I-1923, pt 19 : « le *simple* risque que les importateurs et détaillants augmentent le prix de la marchandise et que, par conséquent, les consommateurs puissent être trompés ne suffit pas pour justifier une interdiction générale susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire », italique ajouté. Selon P. LEGER, *in* concl. av. gén. présentées pour l'arrêt CJCE, 4.4.2000, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo AG*, C-465/98, *Rec.*, p. I-2297, pt 58 : la Cour de justice procède dans ce passage de l'arrêt *Mars* à « une sorte de raisonnement *de minimis* », dans la mesure où le risque de tromperie des consommateurs doit être suffisamment grave ou caractérisé pour que la restriction soit proportionnée à cet objectif. L'av. gén. se réfère également à l'arrêt CJCE, 26.10.1995, *Commission c. Allemagne*, C-51/94, *Rec.*, p. I-3599, pt 34. V. aussi l'arrêt *Adolf Darbo AG*, pt 28 : « à supposer même que, dans certains cas, des consommateurs puissent ignorer [le fait que l'environnement naturel comporte la présence de plomb et de cadmium] et être de ce fait induits en erreur [par la mention « purement naturelle » apposée sur une confiture qui comporte des résidus de plomb, de cadmium et de pesticides], ce risque demeure minime et ne peut pas conséquemment justifier une entrave à la libre circulation des marchandises ».

¹⁴²⁹ L'expression latine, qui signifie littéralement « du minime le prêteur n'a cure » est assez peu définie dans les dictionnaires juridiques français. Selon H. ROLLAND, *in* *Lexique juridique – Expressions latines*, Lexis-Nexis, Paris, 4^e éd., 2006, p. 69, « l'adage (...) est quelquefois invoqué pour justifier l'éviction du contrôle juridictionnel ». Dans cet esprit, le droit communautaire de la concurrence s'applique, au-delà de la condition de l'affectation du commerce entre États membres, seulement si la restriction au jeu de la concurrence est sensible (v. *infra* note 1238). Une application de l'adage *de minimis* permettrait de tolérer les mesures nationales litigieuses au regard de la libre circulation, aussi bien du point de vue du droit national que du point de vue du droit communautaire, en tant qu'elles ne gênent l'accès au marché des produits ou des services importés que de manière mineure. Ce n'est toutefois pas la ligne retenue ici. Il s'agit cependant de démontrer que certains critères, qui s'apparentent à une appréciation *de minimis*, sont pertinents.

Le principe de la répression de toute entrave à la libre circulation, issu de l'arrêt *Dassonville* en matière de marchandises¹⁴³⁰, vaut pour l'ensemble des libertés¹⁴³¹. Il est confirmé pour ce qui concerne les travailleurs¹⁴³², l'établissement¹⁴³³, les services¹⁴³⁴ ou les capitaux¹⁴³⁵. Cette règle permet d'appréhender non seulement les entraves minimales mais également potentielles, dont l'effet sur les échanges est avéré¹⁴³⁶. Ainsi, le droit communautaire de la libre circulation ne fait pas exception à l'opinion exprimée par Jean CARBONNIER, selon qui « *il est si rare que le droit proclame ses propres limites* »¹⁴³⁷.

Selon une approche traditionnelle, la consécration des libertés de circulation requiert *a priori* l'application maximale des dispositions du Traité, au point qu'une entrave même minimale puisse être qualifiée d'obstacle à l'accomplissement des objectifs que les États membres se sont assignés en intégrant l'Union européenne. Néanmoins, les développements précédents remettent en question l'application maximaliste des règles du Traité. Il est essentiel d'identifier l'effet restrictif produit par une réglementation nationale sur les échanges. Nous proposons ici, dans un premier temps, de prendre en considération des critères d'ordre

¹⁴³⁰ CJCE, 11.7.1974, *Proc. du Roi c. B. et G. Dassonville*, 6 et 7-74, *Rec.*, p. 837, pt 5 : « toute réglementation commerciale des États membres, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ».

¹⁴³¹ CJCE, 13.12.1989, *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises*, C-49/89, *Rec.*, p. I-4441, pt 8 : « les articles du Traité CEE relatifs à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux constituent des dispositions fondamentales pour la Communauté et toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée ».

¹⁴³² V., pour la libre circulation des travailleurs, CJCE, 15.2.2000, *Commission c. France*, C-169/98, *Rec.*, p. I-1049, pt 46. La Cour de justice applique cependant la jurisprudence issue de l'arrêt *Krantz* (CJCE, 7.3.1990, *H. Krantz GmbH c. Ontvanger der Directe Belastingen et Staat der Nederlanden*, C-69/88, *Rec.*, p. I-583) dans l'arrêt *Graf* rendu quelques jours avant (CJCE, 27.1.2000, *V. Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, *Rec.*, p. I-493).

¹⁴³³ CJCE, 11.3.2004, *H. de Lasteyrie du Saillant et Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02, *Rec.*, p. I-2409, pt 43, en réf. à CJCE, 28.1.1986, *Commission c. France*, 270-83, *Rec.*, p. 273, pt 21 (« l'article 52 interdit toute discrimination, même de faible portée », sans qu'il soit nécessaire d'« évaluer l'importance des désavantages qui en résultent ») et CJCE, 15.2.2000, *Commission c. France*, C-34/98, *Rec.*, p. I-995, pt 49.

¹⁴³⁴ V. arrêt *Corsica Ferries France*, préc. note 1431, pt 8, cet arrêt concernant la libre prestation des services. Mais l'affirmation n'est pas reprise dans l'arrêt CJCE, 17.2.2005, *Viacom Outdoor Srl c. Giotto Immobilier SARL*, C-134/03, *Rec.*, p. I-1167, analysé *infra*, dont on peut considérer qu'il fait application d'un critère de *minimis*.

¹⁴³⁵ Concl. av. gén. A. LA PERGOLA présentées pour l'arrêt CJCE, 6.6.2000, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M Verkooijen*, C-35/98, *Rec.*, p. I-4071, pt 17.

¹⁴³⁶ On pourrait alors rétorquer qu'une réglementation ne peut être qualifiée d'entrave « minimale » s'il est démontré qu'elle comporte un effet protecteur de la réglementation nationale.

¹⁴³⁷ CARBONNIER J., *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Ch. VI, « Vers le degré zéro du droit : de *minimis*... », LGDJ, Paris, 10^e éd., 2001, p. 74. Selon cet auteur, p. 78, « le juge ne déclarera insignifiante une action en responsabilité qu'après être convaincu de l'insignifiance du préjudice ». Il précise pp. 79-80 qu'« en encourageant l'empirisme jurisprudentiel, on confère à l'exclusion des menus litiges une capacité d'être équitable ».

quantitatif pour identifier l'intensité de cet effet restrictif, en expliquant dans quelle mesure cette approche peut se combiner avec la nécessité d'appréhender non seulement les entraves potentielles, mais aussi les entraves mineures dont l'effet restrictif est démontré.

Parmi les critères permettant de démontrer l'effet substantiel d'une réglementation sur les échanges, le critère des frais supplémentaires occasionnés par la commercialisation d'un produit ou d'un service depuis un autre État membre, semble idoine. Ce critère, analysé dans un deuxième temps, révèle cependant la difficulté d'identifier l'impact négatif d'une mesure litigieuse sur les échanges européens en se plaçant du seul côté de l'offre de produits ou de services sur le marché.

Il convient ainsi de réfléchir non seulement au bien-fondé de la mise en œuvre du critère de l'accès au marché en fonction de considérations quantitatives (A), mais aussi à la difficulté de déterminer l'effet restrictif d'une réglementation nationale en fonction du seul critère des frais supplémentaires que fait peser cette dernière sur l'opérateur qui circule (B).

A. Le bien-fondé de la mise en œuvre du critère de l'accès au marché en fonction de considérations quantitatives

Défendre la qualification des entraves à la libre circulation en application de critères quantitatifs nécessite, au premier chef, de saisir les raisons pour lesquelles l'application stricte de l'adage *de minimis* en droit de la libre circulation n'est pas pertinente (1). L'utilisation correcte du critère de l'accès au marché implique cependant d'utiliser des critères *de minimis* pour identifier une restriction au sens du Traité (2).

1. Les raisons qui fondent l'opposition à l'application de la théorie *de minimis* en droit de la libre circulation

Globalement, les différents analystes de la jurisprudence de la Cour de justice sont hostiles à une application la théorie *de minimis* en droit de la libre circulation. Cette opposition est conforme à l'interdiction du principe de non-discrimination et aux différentes obligations qui incombent aux États membres en vertu du Traité. Toutefois, elle doit être nuancée.

Nicolas BERNARD critique, par exemple, l'expression « entrave « *directe et substantielle* » ». Cela constituerait selon cet auteur « *un retour à la jurisprudence antérieure* ».

à l'arrêt *Keck* »¹⁴³⁸. Certes, il a été démontré le caractère non pertinent de la qualification de réglementation en fonction du caractère direct de l'obstacle causé par une réglementation nationale à l'accès au marché¹⁴³⁹. L'auteur centre sa critique principalement sur le terme « substantiel ». Cette expression :

« est à certains égards dangereuse en ce qu'elle met l'accent sur, et oriente le débat vers, des questions d'intensité et de volume, qui nous semblent non pertinentes pour la réalisation du marché unique et qui créent par là même un risque d'aboutir à des solutions non appropriées »¹⁴⁴⁰.

Il ne semble pas, cependant, que l'utilisation de critères *de minimis* oriente seulement l'analyse vers des questions de volume et d'intensité des échanges. En effet, l'important est d'identifier dans quelle mesure la réglementation affecte particulièrement les opérateurs qui circulent. L'impact sur l'intensité des échanges est seulement un facteur à prendre en considération.

Au regard du premier arrêt *B & Q*, Peter OLIVER est également opposé à une telle appréciation :

« Puisqu'il apparaîtrait que l'entreprise défenderesse aurait perdu à elle seule des millions de livres sterling en raison de la législation contestée, les effets ne pourraient guère être regardés comme négligeables pour l'économie dans son ensemble, même si les ventes perdues ne représentaient qu'une petite part du chiffre d'affaires de la distribution au Royaume-Uni. De plus, si on traitait différemment les deux secteurs les plus affectés par l'interdiction du commerce le dimanche – les secteurs du bricolage et des jardins –, les effets en termes de pourcentage seraient évidemment plus significatifs »¹⁴⁴¹.

Même si ce passage souligne opportunément que l'appréciation peut être différente en fonction de la délimitation du marché pertinent¹⁴⁴², ce n'est pas parce que les principaux secteurs affectés voient une diminution de leur chiffre d'affaires que la réglementation gêne particulièrement l'accès au marché des produits importés. L'effet significatif d'une législation

¹⁴³⁸ BERNARD N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, p. 11, sp. 20. L'expression « obstacle direct » (ou apparentée) figure not. in concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJCE, 26.6.1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, pt 10 et in concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt CJCE, 13.7.2004, *Commission c. France*, C-262/02, *Rec.*, p. I-6569, pt 59. V. aussi concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank France*, préc. note 1392, pt 49.

¹⁴³⁹ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, B.

¹⁴⁴⁰ BERNARD N., art. préc. note 1438, sp. 20.

¹⁴⁴¹ OLIVER P., ouvrage préc. note 1414, p. 110, notre traduction, en réf. au 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 1376.

¹⁴⁴² Cette question est abordée in Partie 2, Titre 1, Ch. 1.

sur le volume national de ventes des produits pertinents n'est pas suffisant pour démontrer que la mesure protège substantiellement le marché national. Il serait pour le moins insatisfaisant de considérer qu'une mesure est interdite parce qu'elle limite le volume des échanges en ce que le chiffre d'affaires d'un secteur diminue et de tolérer au contraire des réglementations qui ont un impact mineur sur un tel chiffre d'affaire.

Le rejet d'une application de la théorie *de minimis* en droit de la libre circulation se justifie néanmoins par la nécessité d'appréhender les entraves potentielles ou minimales aux échanges.

La jurisprudence de la CJCE montre que « *l'effet de la gêne sur le commerce intra-communautaire n'a pas besoin d'être réel ou significatif (...). Un simple effet potentiel est suffisant, il n'y a pas de test de minimis* »¹⁴⁴³. Le caractère potentiel de l'entrave permet d'appréhender des réglementations qui empêchent les importations d'avoir lieu en l'absence de celles-ci¹⁴⁴⁴. De même, une législation nationale relative à un produit particulier peut être jugée contraire à l'article 28 quand bien même il n'existerait pas de production nationale concurrente¹⁴⁴⁵. Néanmoins, il est important de mettre économiquement en évidence le désavantage que risque d'entraîner une réglementation nationale sur un opérateur faisant usage d'une liberté. Les conclusions de l'avocat général VERLOREN van THEMAAT présentées pour l'arrêt *Cullet* en témoignent¹⁴⁴⁶. Le caractère potentiel de l'entrave doit être identifié économiquement puisqu'une entrave potentielle peut être significative ; or, cette identification démontre finalement que l'entrave n'est pas potentiellement minimale...

D'autre part, Denys SIMON estime que « *la faible ampleur de l'entrave (...) [n'est pas] pertinent[e] quant à la présence d'un obstacle à la libre circulation des marchandises*

¹⁴⁴³ PRETE L., « Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts : the Battle over Keck », *LIEI*, 2008, n° 35 (2), p. 133, sp. 151.

¹⁴⁴⁴ Arrêt *Commission c. Grèce*, 124-85, préc. note 1337, pt 7 : « il n'est pas nécessaire d'établir que des mesures restreignent effectivement les importations des produits concernés, mais il suffit qu'elles aient un effet potentiel sur les importations qui pourraient avoir lieu en leur absence ». V. aussi CJCE, 24.11.1982, *Commission c. Irlande*, 249-81, *Rec.*, p. 4005, pt 27.

¹⁴⁴⁵ CJCE, 29.6.1995, *Commission c. Grèce (Laits transformés du premier âge)*, C-391/92, *Rec.*, p. I-1621, pt 17, v. aussi Section 2, I, A, 2.

¹⁴⁴⁶ Concl. av. gén. P. VERLOREN van THEMAAT présentées pour l'arrêt CJCE, 29.1.1985, *H. Cullet e.a. c. Centre Leclerc à Toulouse e.a.*, 231-83, *Rec.*, p. 305, sp. 311 : « un tel régime constitue une entrave indirecte et potentielle (en fonction des circonstances du marché) aux importations. L'entrave pourra notamment se manifester lorsque les cours sur le marché libre (le marché « spot ») aux Pays-Bas, ou sur les marchés des autres États membres en général, sont inférieurs de plus de 8 % aux prix de revient des raffineries françaises (...). Un régime de prix minimaux, tel que celui dont il s'agit ici, ne peut pas être considéré en fait comme un régime de prix ayant les mêmes effets à l'égard des produits importés qu'à l'égard de produits nationaux ».

incompatible avec l'article 28 CE »¹⁴⁴⁷. L'application des règles de la libre circulation aux entraves minimales trouve son origine dans les obligations que les États membres ont contractées en signant le Traité. En effet, selon la Cour de justice, « même à supposer que les opérations visées par le présent recours aient une importance réduite, (...) le manquement aux obligations qui incombent aux États membres en vertu du traité existe quelles que soient la fréquence et l'ampleur des situations incriminées »¹⁴⁴⁸. Une entrave minimale peut être sanctionnée s'il est avéré que la mesure en question protège la production ou l'activité nationale¹⁴⁴⁹, même dans le cas d'une restriction à la sortie¹⁴⁵⁰.

Ainsi, une mesure nationale protectrice, même minimale, est contraire au principe de non-discrimination (qui interdit de favoriser l'activité économique nationale au détriment du commerce intracommunautaire). En revanche, certaines réglementations peuvent constituer des entraves à l'échange économique mais ne pas être sanctionnées en ce que la gêne est similaire pour les opérateurs nationaux et pour ceux qui circulent. Toute entrave n'est donc pas abolie¹⁴⁵¹.

Les propos qui suivent ne remettent bien évidemment pas en question la qualification de réglementations dont l'effet sur les échanges est minimal ou potentiel. Ils visent cependant à souligner la nécessité de caractériser précisément la protection du marché national qu'induit

¹⁴⁴⁷ Selon l'expression de D. SIMON, in note sous CJCE, 14.12.2004, *Commission soutenue par France et Royaume-Uni c. Allemagne*, C-463/01, *Rec.*, p. I-11705 (sp. pt 63) et CJCE, 14.12.2004, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. et S. Spitz KG c. Land Baden-Württemberg*, C-309/02, *Rec.*, p. I-11763, (sp. pt 68), *Europe*, 2.2005, comm. 39.

¹⁴⁴⁸ CJCE, 21.3.1991, *Commission c. Italie*, C-209/89, *Rec.*, p. I-1575, pt 19.

¹⁴⁴⁹ V. not. CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Irlande*, 55-79, *Rec.*, p. 481, pt 9 « bien que l'avantage réservé à la production nationale, sous forme de facilités de paiements, soit peu important, la différence de traitement au détriment des produits importés d'autres États membres n'en est pas moins patente ». V. aussi arrêt *Commission c. Italie*, 103-84, préc. note 1387, pt 18 : même si la mesure nationale litigieuse, qui consistait à allouer aux entreprises municipales de transport une subvention à la condition qu'elles achètent des véhicules de production nationale, « avait une portée économique relativement réduite », l'aide, octroyée à concurrence de 20 % du prix d'achat d'un véhicule, est « de nature à avoir des effets sur les échanges entre les États membres ».

¹⁴⁵⁰ CJCE, 8.11.2005, *Jersey Produce Marketing Organization Ltd v. States of Jersey, Jersey Potato Export Marketing Board and Top Produce Ltd, Fairview Farm Ltd*, C-293/02, *Rec.*, p. I-9543, pt 76. La qualification de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation est retenue en l'absence d'une grande protection du marché national, à propos de différentes mesures qui étaient imposées aux producteurs de pommes de terre de l'île de Jersey. La réglementation litigieuse « assure un avantage particulier à la production de l'île ou au marché intérieur de celle-ci » (pt 76), même si « la presque totalité des pommes de terre [en cause] est exportée de Jersey vers le Royaume-Uni » (pt 81). Ceci n'empêche pas de condamner la réglementation en ce qu'elle entrave l'exportation des produits et, partant, leur accès au marché européen.

¹⁴⁵¹ *Contra*, v. V. HATZOPOULOS, « Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés, quatre ? », in 30 ans d'études juridiques au collège d'Europe, p. 186, sp. 196 : « les grands principes qui régissent le standard de transgression des quatre libertés sont les mêmes (abolition de toute entrave, à condition de ne pas être trop éloignée du commerce intracommunautaire) ».

une restriction à la libre circulation. Cette démonstration implique selon nous de prendre en compte des « critères *de minimis* » c'est-à-dire quantitatifs.

Or, la prise en considération de l'intensité de la gêne rend « plus économique » l'analyse, à l'image de la qualification d'une restriction à la concurrence en fonction des effets qu'elle produit sur le marché. Selon David O'KEEFFE et Antonio BAVASSO :

« en se référant au test *de minimis*, il nous semble que l'avocat général Jacobs avait l'intention d'introduire une évaluation similaire à la « règle de raison » utilisée en droit de la concurrence. Si le test adopté est fondé sur l'accès au marché, il serait logique de se référer également au fait que la restriction peut être substantielle ou appréciable. Une évaluation « qualitative » des mesures qui portent atteinte à l'établissement du marché unique est intrinsèque à la notion d'accès au marché. L'évaluation de l'obstacle à l'accès au marché est un élément qui ne peut être séparé de l'analyse »¹⁴⁵².

L'entrave à l'accès au marché doit être appréciée économiquement, et cela constitue un facteur de rapprochement avec le droit de la concurrence. La « formule *Dassonville* » mériterait alors d'être « revue à la baisse ». **En dehors des mesures explicitement discriminatoires qui sont interdites *de jure*, l'article 28 vise les mesures nationales qui, actuellement ou potentiellement, directement ou indirectement, ont pour effet d'entraver davantage l'accès au marché national des marchandises qui circulent par rapport à l'accès des marchandises nationales à ce marché.** Cette formulation pourrait être reprise par analogie pour chacune des libertés consacrées dans le Traité¹⁴⁵³.

A priori, ceci revient à sanctionner les seules réglementations qui ont pour effet de créer des entraves qui sont plus sensibles pour les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. *A fortiori*, les réglementations qui affectent autant les conditions de la commercialisation ou de fabrication d'un bien ou d'un service étrangers que celle d'un bien ou d'un service national (ou qui affectent autant l'accès au marché national d'un travailleur étranger ou d'une société

¹⁴⁵² O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F., « Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line », in O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F. (dir.), *Judicial Review in European Union Law*, Mél. Lord Slynn of Hadley, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 2000, p. 541, sp. 553, notre traduction.

¹⁴⁵³ J.H.H. WEILER, in « The Constitution of the Common Market Place... », art. préc. note 1334, milite aussi en faveur d'une révision de la « formule *Dassonville* ». Il énonce p. 372 que : « les règles nationales qui n'affectent pas de la même manière, en droit ou en fait, la commercialisation des produits domestiques et ceux en provenance d'autres États membres, doivent être justifiées par un intérêt public qui prime sur la libre circulation des biens (...). Les règles nationales qui empêchent l'accès au marché des produits importés doivent aussi être justifiées » (notre traduction).

étrangère que celui d'un travailleur national ou d'une société nationale) sont conformes au Traité. La présence d'une entrave n'est donc pas suffisante pour considérer qu'une réglementation constitue une restriction au sens de ce dernier. Il convient alors d'examiner non seulement la limitation du volume des importations ou des exportations, induite par la mesure litigieuse, mais également les autres moyens d'accéder au marché que celui ou ceux qui sont limités par cette dernière.

L'utilisation de ces critères n'empêche donc pas d'appréhender les entraves minimales ou potentielles aux échanges. Il faut alors réfléchir à la méthode qui permettrait d'identifier l'intensité de l'incidence d'une réglementation nationale sur les échanges.

2. L'utilisation de critères de minimis dans l'identification de l'intensité de l'effet restrictif d'une réglementation

L'utilisation de critères *de minimis* semble pertinente à plusieurs égards. Ces critères sont employés conjointement avec le principe de non-discrimination¹⁴⁵⁴.

En matière de libre circulation des marchandises, la caractérisation de l'intensité de la gêne que fait peser une réglementation nationale sur l'opérateur qui en fait usage ne signifie pas que les modalités de vente seraient *de jure* exclues du champ d'application de l'article 28, en ce que leur effet sur le commerce ne serait pas sensible. En effet, la Cour de justice réserve la possibilité de sanctionner de telles modalités de vente si l'accès au marché des produits importés est davantage affecté que l'accès au marché des produits nationaux. Tout effet sur le commerce intracommunautaire n'entraîne cependant pas la reconnaissance d'une restriction au sens du Traité : une analyse économique en termes d'effets implique de se demander si la réglementation affecte plus sensiblement les produits importés que les produits nationaux, dans les cas où il existe une production nationale concurrente¹⁴⁵⁵. Si une affectation différenciée à la défaveur des produits importés est démontrée, la réglementation est sanctionnée. L'application mesurée de la libre circulation des marchandises à « certaines modalités de vente » s'expliquerait, ainsi, en référence à un critère *de minimis*. C'est l'opinion que semble défendre l'avocat général ALBER :

¹⁴⁵⁴ L'utilisation du critère de l'accès au marché n'esquive pas l'application du principe de non-discrimination. V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, A, 2.

¹⁴⁵⁵ L'hypothèse de l'absence de production nationale concurrente est envisagée *infra* sous Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, A.

« Selon l'arrêt Keck, seules sont compatibles avec la libre circulation des marchandises les modalités de vente qui s'appliquent à tous les produits indistinctement ou qui affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation de produits nationaux et de ceux en provenance de l'étranger. En revanche, le respect de cette liberté fondamentale continue de s'appliquer aux modalités de vente qui entravent sensiblement la libre circulation des marchandises »¹⁴⁵⁶.

L'essentiel consisterait alors à déterminer la sensibilité de l'entrave, mais cette sensibilité dépend aussi du non-respect du principe de non-discrimination. La Cour de justice estime que l'interdiction en cause dans l'arrêt *DocMorris*, « qui frappe davantage les pharmacies établies en dehors du territoire allemand, pourrait être de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits en provenance d'autres États membres que celui des produits nationaux »¹⁴⁵⁷. Si l'affectation de l'accès au marché des produits importés n'est pas plus importante que pour les produits nationaux, la réglementation ne constitue pas une restriction aux échanges. Ainsi, lorsque la CJCE estime qu'une réglementation « n'affecte (...) pas plus lourdement la commercialisation des produits originaires [d'autres États membres] que celle des produits nationaux »¹⁴⁵⁸, après avoir estimé que cette mesure est à même de réduire la quantité de biens échangés, en ce compris les produits importés, on peut considérer que la Cour tolère une entrave minimale aux échanges. La CJCE met aussi l'accent sur le caractère sensible de la difficulté d'accéder au marché en raison d'une interdiction de publicité¹⁴⁵⁹. Les particularités relevées à propos des législations relatives à la publicité à partir de l'arrêt *Oosthoek* s'insèrent alors plus aisément dans le bloc jurisprudentiel de la libre circulation des marchandises¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁶ Concl. av. gén. S. ALBER présentées pour l'arrêt CJCE, 13.4.2000, *J. Lehtonen e.a. c. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, C-176/96, *Rec.*, p. I-2681, pt 49. V. aussi le pt 48 : « du point de vue des modalités de vente, le producteur étranger n'est (...) pas tenu de modifier son produit en fonction du marché visé. En principe, elles n'affectent donc que de manière très indirecte la libre circulation des marchandises ».

¹⁴⁵⁷ *Idem*, pt 74, soulignements ajoutés.

¹⁴⁵⁸ Arrêt *Herbert Karner*, préc. note 1336, pt 42.

¹⁴⁵⁹ CJCE, 4.11.1997, *Parfums Christian Dior SA e.a. c. Evora BV*, C-337/95, *Rec.*, p. I-6013, pt 51 : « une interdiction de publicité telle que celle sollicitée dans le litige au principal rendrait la commercialisation et, par conséquent, l'accès au marché [des] produits [que le revendeur s'est procurés par l'intermédiaire d'importations parallèles] sensiblement plus difficiles ».

¹⁴⁶⁰ Arrêt *Yves Rocher*, préc. note 1340, pt 10 : « une législation nationale qui limite ou interdit certaines formes de publicité ou certains moyens de promotion des ventes, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, peut être de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés. Le fait, pour un opérateur économique, d'être contraint soit d'adopter des systèmes différents de publicité ou de promotion des ventes en fonction des États membres concernés, soit d'abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace, peut constituer un obstacle aux importations même si une telle législation s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits

Par ailleurs, il ressort d'un arrêt prononcé dans le domaine tarifaire qu'une différence de taxation substantielle doit exister pour considérer qu'une imposition intérieure protège la production nationale¹⁴⁶¹. Enfin, un épiphénomène ne peut constituer une mesure d'effet d'équivalent¹⁴⁶². En outre, l'application de l'article 31 TCE (devenu 37 TFUE) aux monopoles nationaux dépend d'un critère *de minimis*¹⁴⁶³. La « clarification » souhaitée par Jean-Claude MASCLET dans le domaine de la libre circulation des marchandises, « qui pourrait résider dans l'application de la clause de *minimis* »¹⁴⁶⁴ semble ainsi avoir été réalisée.

Les autres libertés de circulation sont également concernées par le développement de l'emploi de critères quantitatifs. Pour ce qui concerne la libre prestation des services, l'arrêt *Alpine Investments* pourrait pourtant faire penser le contraire. En effet, la réglementation interdisant les appels téléphoniques commerciaux non sollicités est constitutive d'une restriction à la libre prestation des services¹⁴⁶⁵, en dépit de la considération selon laquelle la réglementation a une « portée limitée »¹⁴⁶⁶. La CJCE ne sanctionne pas la réglementation en la jugeant proportionnée à l'objectif poursuivi, à savoir celui de restaurer et de préserver la confiance des investisseurs dans le marché national des valeurs mobilières. Elle mentionne notamment les moyens alternatifs d'accéder au marché, que constituent les « autres techniques de prise de contact » et précise que « l'interdiction des appels téléphoniques non sollicités est limitée au marché (...) des contrats à terme des marchandises »¹⁴⁶⁷. On peut alors se demander si ces

importés ». La CJCE détermine ici la sensibilité de la gêne pour les produits importés, en prenant en considération une diminution potentielle du volume des importations.

¹⁴⁶¹ CJCE, 9.7.1987, *Commission c. Belgique*, 356-85, *Rec.*, p. 3299, pts 16 : « la réduction de cette différence serait à tel point *négligeable* qu'elle ne saurait influencer le choix du consommateur » et 18 : « La Commission n'a pas mis en évidence que l'écart entre les prix respectifs des qualités comparables de la bière et du vin soit à tel point *mineur* que la différence de 6 % existant entre les taux de la TVA pour les deux produits est susceptible d'influencer le comportement du consommateur », italiques ajoutés.

¹⁴⁶² CJCE, 9.5.1985, *Commission c. France*, 21-84, *Rec.*, p. 1355, pt 13 : « pour constituer une mesure interdite par l'article [28], une pratique administrative doit présenter un certain degré de constance et de généralité. Cette généralité doit s'apprécier de façon différenciée, selon que l'on se trouve dans un marché comptant de nombreux opérateurs économiques ou dans un marché, comme ce lui des appareils d'affranchissement postal, qui est caractérisé par la présence de quelques entreprises seulement. Dans ce dernier cas, l'attitude adoptée par une administration nationale à l'égard d'une seule entreprise peut déjà constituer une mesure incompatible avec l'article [28] ».

¹⁴⁶³ L'article 31 TCE vise « tout organisme par lequel un État membre contrôle, *de jure* ou *de facto*, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou exportations entre les États membres ». V. not. CJCE, 3.2.1976, *Pubblico Ministero c. F. Manghera e.a.*, 59-75, *Rec.*, p. 91.

¹⁴⁶⁴ MASCLET J.-C., « Libre circulation des marchandises », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 550, 11.1997, pt 66, l'auteur s'exprimant à l'issue d'une analyse de jurisprudences « post-Keck ».

¹⁴⁶⁵ CJCE, 10.5.1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, C-384/93, *Rec.*, p. I-1141, pt 39.

¹⁴⁶⁶ *Idem*, pt 54.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*

deux éléments ne remettent pas en question l'opportunité d'avoir qualifié la réglementation litigieuse de restriction à la libre prestation des services. Une meilleure caractérisation de l'entrave aurait évité à la Cour de justice de qualifier de restriction une réglementation qui n'empêchait pas aux opérateurs établis dans d'autres États membres d'accéder de manière profitable au marché, c'est-à-dire de qualifier une entrave dont les effets sur les échanges sont limités.

La jurisprudence issue de l'arrêt *Peralta* rejoint aussi ces considérations. Par exemple, la faiblesse du supplément de coût qu'entraîne le recours à des services de lamanage locaux pour accéder au port de Gênes permet de considérer que les effets restrictifs sur les échanges sont trop aléatoires et trop indirects¹⁴⁶⁸. On peut considérer également que la CJCE applique un critère *de minimis* dans l'arrêt *Viacom Outdoor*¹⁴⁶⁹. Ces éléments témoignent d'un rapprochement avec le droit de la concurrence en ce sens que la caractérisation d'une restriction aux échanges est plus élaborée.

En matière de liberté d'établissement, également, une mesure ayant un impact substantiel sur l'accès au marché des opérateurs étrangers, à leur désavantage par rapport aux opérateurs nationaux, est contraire au Traité. L'emploi des termes « *obstacles sérieux* »¹⁴⁷⁰ révèle, en effet, l'importance de considérations quantitatives dans l'analyse.

Lorsqu'une réglementation litigieuse ne discrimine pas ouvertement les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation, la détermination de l'effet restrictif d'une mesure nationale (c'est-à-dire l'identification d'une restriction substantielle à l'accès au marché pour les opérateurs intéressés) constitue évidemment la question la plus difficile. Le juge doit utiliser des critères économiques afin d'évaluer si l'incidence de la réglementation sur le marché est minime ou non.

La détermination d'une entrave en fonction des frais supplémentaires qui pèsent sur l'opérateur qui circule en témoigne, mais ce critère est sujet à controverse.

¹⁴⁶⁸ Arrêt *Corsica Ferries France SA*, préc. note 1363, pt 30 : « [l]e recours aux services de lamanage représenterait un supplément de coût pour les produits transportés d'environ 0,5 % ».

¹⁴⁶⁹ Arrêt *Viacom Outdoor*, préc. note 1434, pt 38 : « une telle taxe ne s'applique *qu'à* des activités publicités extérieures (...) », italiques ajoutés.

¹⁴⁷⁰ Arrêt *Caixabank*, préc. note 1392, pt 12 ; CJCE, 18.7.2007, *Commission c. Italie*, C-134/05, *Rec.*, p. I-6251, pt 57. Toutefois, on verra *infra* que la substantialité de l'entrave du côté de l'opérateur qui circule n'est pas établie avec suffisamment de précisions.

B. La délicate détermination de l'effet restrictif d'une mesure nationale en fonction du seul critère des frais supplémentaires

A priori, une restriction substantielle à l'accès au marché national existe si un opérateur qui n'est pas établi sur ce marché est dissuadé de commercialiser un produit ou un service dans cet État, notamment en raison de frais supplémentaires occasionnés par l'application de cette réglementation. En effet, une mesure nationale ou un événement isolé et autorisé par l'État qui n'a pas d'effet dissuasif sur les importations respecte l'article 28¹⁴⁷¹. Toutefois, l'effet dissuasif peut être caractérisé indépendamment de la démonstration de frais supplémentaires, ce qui est particulièrement fréquent en matière de circulation des personnes¹⁴⁷².

Sous cette réserve, l'effet dissuasif exercé par une réglementation nationale sur les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation s'explique principalement par les frais supplémentaires qui sont engendrés par l'application de cette réglementation pour ces opérateurs (dans le domaine de la libre circulation des marchandises, le produit importé, plus cher, attirera moins facilement les consommateurs, plus enclins à se tourner vers les produits nationaux). L'accès devient donc moins rentable et l'opérateur est dissuadé d'y procéder¹⁴⁷³. Une telle entrave existe également quand bien même l'accès au marché a lieu.

Pourtant, la circonstance selon laquelle un opérateur est établi dans un autre État membre rend la commercialisation d'un produit ou d'un service depuis un autre État membre nécessairement plus onéreuse. Le critère des coûts supplémentaires doit donc être envisagé avec circonspection. Antonio TIZZANO a d'ailleurs formulé quelques réserves solides quant à l'utilisation du critère de l'effet dissuasif¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷¹ CJCE, 20.9.2007, *Commission c. Pays-Bas*, C-297/05, *Rec.*, p. I-7467, pt 63 ; CJCE, 12.6.2003, *E. Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge c. Autriche*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659, pt 88 : « l'action isolée dont il s'agit n'a pas engendré un climat général d'insécurité ayant eu un effet dissuasif sur les courants d'échanges intracommunautaires dans leur ensemble, contrairement aux troubles graves et répétés à l'ordre public en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission contre France [guerre des fraises] ».

¹⁴⁷² V. par ex., CJCE, 13.11.2003, *V. Neri c. European School of Economics (ESE)*, C-153/02, *Rec.*, p. I-13555, pt 43, à propos d'une pratique administrative en vertu de laquelle certains diplômes délivrés à la fin des cours de formation universitaire dispensés par l'ESE ne sont pas reconnus en Italie. La mesure nationale dissuade les opérateurs économiques de mettre en œuvre la liberté d'établissement, cela est suffisant pour relever une restriction à cette liberté. V. aussi arrêt *de Lasteyrie du Saillant*, préc. note 1433, pt 45 : l'institution d'une imposition sur les plus-values latentes du seul fait du transfert hors de France du domicile du contribuable « est de nature à restreindre l'exercice [du droit d'établissement] en ayant, à tout le moins, un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre ». V. aussi, en libre circulation des capitaux, CJCE, 13.5.2003, *Commission c. Espagne*, C-463/00, *Rec.*, p. I-4581, pt 61.

¹⁴⁷³ En ce sens, v. concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour le 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 1376, pt 18, qui établissent le lien entre l'effet dissuasif d'une mesure nationale et la perspective d'une rentabilité moindre.

¹⁴⁷⁴ Concl. av. gén. A. TIZZANO, présentées pour l'arrêt *CaixaBank France*, préc. note 1392, pt 44.

Le critère des frais supplémentaires qu'une réglementation nationale fait peser sur l'opérateur qui fait usage ou qui pourrait faire usage d'une liberté de circulation est fréquemment utilisé (1), mais il ne peut l'être *in abstracto* (2).

1. L'utilisation du critère des frais supplémentaires comme moyen de déterminer l'effet restrictif d'une réglementation nationale

Même si le critère des frais supplémentaires est également pertinent en matière de libre circulation des capitaux¹⁴⁷⁵ et des services¹⁴⁷⁶, ce critère est le plus fréquemment utilisé dans le domaine de la libre circulation des marchandises. *A priori*, une entrave à cette liberté apparaît si un opérateur est dissuadé d'accéder au marché en raison de frais supplémentaires occasionnés par l'importation d'un produit. L'arrêt *Prantl* en est emblématique¹⁴⁷⁷. Le critère des frais supplémentaires entre cependant aussi en ligne de compte indépendamment de la caractérisation explicite d'un effet dissuasif¹⁴⁷⁸.

Dans les conclusions présentées pour le premier arrêt impliquant *B & Q*, l'avocat général VAN GERVEN propose, à la lumière de l'arrêt *Cinéthèque*, que la CJCE qualifie également au regard de l'article 28 les réglementations commerciales qui rendent « moins attrayantes » ou « moins rentables » les importations, sans défavoriser explicitement les produits importés par rapport aux produits nationaux¹⁴⁷⁹. L'arrêt *Keck* n'envisage pas expressément la possibilité de sanctionner ce type de mesures nationales. La jurisprudence ultérieure à cet arrêt démontre cependant la résonance de l'opinion de Walter VAN GERVEN.

¹⁴⁷⁵ CJCE, 16.3.1999, *P. Mayer et M. Trummer*, C-222/97, *Rec.*, p. I-1661, pts 26 et 27 : une réglementation nationale interdisant d'inscrire une hypothèque dans la monnaie d'un autre État membre « peut être de nature à dissuader les intéressés de libeller une créance dans la monnaie d'un autre État membre », et « risque d'engendrer des coûts supplémentaires ».

¹⁴⁷⁶ V. par ex. CJCE, 3.2.1982, *Seco*, 62 et 63-81, *Rec.*, p. 223, pt 9.

¹⁴⁷⁷ CJCE, 13.3.1984, *Proc. pén. c. K. Prantl*, 16-83, *Rec.*, p. 1299, pt 23 : « Les producteurs de l'État membre d'exportation, désirant commercialiser leur vin dans l'État membre où a été prise la réglementation [litigieuse], se voient imposer l'obligation de conditionner leur vin, pour un marché déterminé, dans des bouteilles différentes de celles qu'ils utilisent traditionnellement aussi bien dans leur pays d'origine que sur le marché des autres États membres. La commercialisation de ces vins serait rendue plus difficile ou plus onéreuse, notamment en raison des frais supplémentaires occasionnés par la nécessité de conditionner spécialement ces produits en vue de les rendre conformes aux exigences prévalant sur le marché de leur destination ».

¹⁴⁷⁸ V. par ex. l'arrêt *Franzén*, préc. note 1332, pt 71.

¹⁴⁷⁹ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour le 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 1376, pt 18 : « l'arrêt *Cinéthèque* [applique] la règle *Dassonville* (...) aux réglementations nationales qui, tout en ne défavorisant pas les produits importés par rapport aux produits nationaux, rendent l'accès aux nouveaux marchés et la pénétration de ceux-ci pas des entreprises d'autres États membres impossibles, plus difficiles (plus onéreux) ou beaucoup moins attrayants (non rentable) », conclusions non suivies sur ce point par la Cour de justice. V. également ses conclusions rendues pour le 2nd arrêt *B & Q*, préc. note 1376.

De prime abord, la prise en compte des coûts supplémentaires qui rendent plus difficile l'accès au marché est décisive aux fins de qualifier si une réglementation entrave davantage l'entrée d'opérateurs implantés dans d'autres États membres. Ce critère est économique en ce qu'il révèle le coût de la mise en œuvre d'une liberté de circulation. À ce titre, il se rapproche du concept de barrière à l'entrée utilisé en droit de la concurrence. En effet, ces barrières ne sont pas condamnées en elles-mêmes, mais elles sont prises en considération au moment de la détermination de la position dominante d'une entreprise, ou lors de la démonstration du caractère anticoncurrentiel d'une pratique litigieuse¹⁴⁸⁰.

La prise en considération du critère des frais supplémentaires ressort de l'appréhension de certaines mesures spécifiquement applicables postérieures à l'arrêt *Keck*. Une réglementation qui rend les importations « plus onéreuses »¹⁴⁸¹ est qualifiée de restriction à la libre circulation. Il en va de même pour un régime national monopolisé d'autorisation qui soumet l'importation de boissons alcoolisées à des coûts supplémentaires¹⁴⁸², lequel régime fut d'ailleurs analysé en fonction de la gêne apportée à l'importation des produits étrangers « en droit et en fait »¹⁴⁸³. Le critère des frais supplémentaires est également pris en compte en matière de mesures indistinctement applicables. C'est d'abord le cas lorsqu'une mesure touche aux caractéristiques auxquelles doivent répondre les produits¹⁴⁸⁴ : la nécessité de modifier la fabrication d'un produit pour l'accès de celui-ci à un marché voisin gêne cet accès en ce que cela entraîne des coûts additionnels¹⁴⁸⁵.

Dès lors, le point 17 de l'arrêt *Keck* (qui ne visait que les réglementations qui empêchent ou gênent l'accès au marché des produits) est élargi aux mesures nationales qui ont un caractère dissuasif sur la volonté d'un opérateur de faire accéder ses produits à de nouveaux marchés

¹⁴⁸⁰ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A, 2.

¹⁴⁸¹ V. not. l'arrêt CJCE, 15.12.1993, *Ligur Carni*, C-277, C-318 et C-319/91, *Rec.*, p. I-6621, pt 38.

¹⁴⁸² Arrêt *Franzén*, préc. note 1332, pt 71.

¹⁴⁸³ *Idem*, pt 40.

¹⁴⁸⁴ V. par ex. l'arrêt CJCE, 6.7.1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, C-470/93, *Rec.*, p. I-1923, pt 13. La prise en compte, détaillée, de la demande de ces produits, n'intervient qu'au stade de la justification de la mesure litigieuse alors qu'elle déjà qualifiée de MEE (v. pts 19 et 20).

¹⁴⁸⁵ Arrêt *Familiapress*, préc. note 1438, pt 12 : « dès lors qu'elle contraint les opérateurs établis dans d'autres États membres à modifier le contenu du journal, l'interdiction en cause compromet l'accès du produit concerné au marché de l'État membre d'importation et, partant, entrave la libre circulation des marchandises ». V. aussi, concl. av. gén. VAN GERVEN présentées pour l'arrêt CJCE, 2.6.1994, *Proc. pén. c. Tankstation 't Heukske vof et J. B. E. Boermans*, C-401 et C-402/92, *Rec.*, p. 2199, pt 20, à propos des réglementations qui entraînent une modification préalable du produit : « en raison des frais que cela entraîne, le producteur se voit imposer, lors de l'importation, une charge supplémentaire, ayant quasi certainement pour effet d'entraver l'accès au marché des produits importés, ou même lorsque ces frais sont prohibitifs, de le rendre impossible ».

pour des raisons pécuniaires. Une réglementation qui donne lieu à des frais supplémentaires de publicité et de conditionnement pour l'importateur constitue une restriction à la libre circulation des produits cosmétiques¹⁴⁸⁶. Le critère touche donc aussi des mesures relatives à des modalités de vente¹⁴⁸⁷.

Toutefois, toute augmentation des coûts qui pèse sur l'opérateur qui circule ne peut être considérée comme une restriction à la libre circulation.

2. La nature subjective de la démonstration d'un effet restrictif en fonction du seul critère des frais supplémentaires

Le critère des coûts supplémentaires ne semble pas utilisable *in abstracto*. L'essentiel consiste à identifier une hausse inévitabile des coûts pour l'opérateur qui fait usage de la libre circulation. Il faut alors passer outre, évidemment, la démonstration de frais de transport plus élevés en raison de la distance entre le lieu de fabrication d'un produit dans un État membre et le lieu de commercialisation dans un autre¹⁴⁸⁸ ; il ne faut pas nécessairement attacher de l'importance à une augmentation des coûts liés à l'adaptation du processus de production que peut nécessiter la pénétration d'un nouveau marché. Il importe à ce sujet que le juge communautaire examine avec précision quels sont ces frais supplémentaires, de manière certes à établir le lien entre cette augmentation des coûts et la réglementation litigieuse, mais surtout dans le but d'identifier l'effet protecteur de la réglementation.

Ceci ressort d'une affaire relative à une réglementation allemande qui fixe une limite de péremption des médicaments : la Cour occulte la modification nécessaire des emballages qu'induit cette mesure¹⁴⁸⁹. Il est parfois évident que la commercialisation d'un produit ou service dans un autre État membre occasionne des frais supérieurs à la commercialisation de ce dernier sur le territoire d'origine. Or, il est possible qu'un opérateur choisisse de commercialiser un produit ou un service en dépit de l'existence de frais supplémentaires, si

¹⁴⁸⁶ CJCE, 2.2.1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, C-315/92, *Rec.*, p. I-317, pt 19 : « L'interdiction (...) de mettre en circulation en Allemagne des produits cosmétiques sous la même dénomination que celle où ils sont commercialisés dans d'autres États membres constitue, en principe, une entrave de cette nature au commerce intracommunautaire. Le fait que, en raison de cette interdiction, l'entreprise concernée soit contrainte de poursuivre dans ce seul État membre la commercialisation de ses produits sous une autre dénomination et de supporter des frais supplémentaires de conditionnement et de publicité démontre que cette mesure porte atteinte à la liberté des échanges ».

¹⁴⁸⁷ V. par ex. l'arrêt *TK-Heimdienst Sass GmbH*, préc. note 1389, pt 26.

¹⁴⁸⁸ Ceci est relatif, puisqu'un produit frontalier pourra supporter moins de frais de transport qu'un produit commercialisé à l'intérieur d'un État membre depuis une région éloignée de la zone de commercialisation.

¹⁴⁸⁹ Arrêt *Commission c. Allemagne*, C-317/92, préc. note 1423, pt 12.

son accès peut encore être rentable. Un opérateur dont le fonctionnement est suffisamment efficace d'un point de vue économique pourra facilement amortir de tels frais.

La démonstration d'une restriction à une liberté de circulation en fonction du seul effet dissuasif d'une réglementation nationale est dès lors trop subjective. Injecter des considérations liées aux frais supplémentaires n'améliore pas nécessairement l'appréciation. D'abord, il semble logique que le juge communautaire sanctionne également une réglementation qui entraîne des frais supplémentaires pour un opérateur qui a déjà accédé au marché si l'effet protecteur de cette réglementation est démontré. Ensuite, cette appréciation dépend de l'efficacité économique de chaque opérateur.

En outre, l'existence de frais supplémentaires peut s'expliquer par la différence des règles applicables dans les différents États membres dans lesquels un opérateur souhaite commercialiser des produits ou des services. Ainsi, « *toute imposition de coûts supplémentaires n'est pas condamnable* »¹⁴⁹⁰. Selon l'avocat général MADURO,

« Pour être qualifié de restriction aux échanges, il est nécessaire que le coût supplémentaire qui est imposé résulte de ce que les règles nationales n'ont pas pris en compte la situation particulière des produits importés et, notamment, le fait que ces produits ont déjà dû se conformer aux règles de leur État d'origine »¹⁴⁹¹.

Il serait donc exagéré de considérer que toute réglementation qui rend les importations plus onéreuses est restrictive de la libre circulation. Il semble alors préférable d'utiliser le critère des frais supplémentaires dans l'objectif d'identifier un effet protecteur de la réglementation nationale, en le combinant par exemple avec une analyse de l'impact d'une mesure nationale sur la rentabilité de l'accès au marché¹⁴⁹².

Il ressort de l'ensemble de ces développements que la qualification des mesures étatiques au regard des règles relatives à la libre circulation dépend de leurs effets sur les échanges. Cet effet doit exister et implique de prendre en considération des critères quantitatifs. C'est en particulier le cas des modes alternatifs à l'accès au marché et des frais supplémentaires engendrés par la commercialisation d'un produit ou d'un service depuis un État membre

¹⁴⁹⁰ Concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Alfa Vita Vassilopoulos AE*, préc. note 1332, pt 44.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

différent. Toutefois, face à la difficulté d'identifier avec précision l'intensité de la gêne du côté de l'offre, il semble logique que le juge de la libre circulation analyse à la fois l'incidence de la mesure litigieuse sur l'offre et sur la demande, c'est-à-dire sur l'échange.

Section 2 : L'analyse économique de l'effet restrictif d'une réglementation sur l'échange

Il ressort de la jurisprudence de la CJCE relative aux libertés de circulation qu'une utilisation pertinente du critère de l'accès au marché nécessite de comparer l'effet des réglementations étatiques sur l'accès au marché des nationaux et des ressortissants des États membres, quelle que soit la liberté utilisée. Il revient alors au juge d'analyser les conditions des échanges sur ce marché pour qualifier ou non une restriction au regard du Traité. Or, apprécier seulement l'influence d'une mesure nationale sur les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation et sur leurs opérateurs nationaux concurrents est parfois insuffisant pour déterminer l'effet restrictif d'une réglementation. L'analyse des conditions des échanges sur un marché implique en effet de considérer à la fois l'offre et la demande, à l'image de ce qui s'observe en droit de la concurrence. En effet, comme l'expriment Claude LUCAS de LUSSAC et Gibert PARLEANI, « *les atteintes à la liberté de confrontation de l'offre et de la demande (...) procèdent [aussi] de l'application des règles de droit* »¹⁴⁹³. Il convient alors de se demander dans quelle mesure la détermination d'une restriction à l'accès au marché en fonction de son effet sur l'offre et sur la demande permet d'appréhender de manière satisfaisante d'un point de vue économique une règle nationale litigieuse en matière de libre circulation.

Cette approche se justifie eu égard à la place qui est accordée à l'accès des consommateurs au marché en droit communautaire de la libre circulation. Une restriction peut en effet être établie en fonction notamment de l'impact d'une réglementation sur les habitudes des consommateurs, qui peuvent être orientés vers l'activité nationale. Ainsi, une caractérisation de l'effet restrictif en fonction de l'incidence d'une mesure nationale sur l'offre et sur la demande permettrait d'évaluer de quelle manière une mesure nationale porte atteinte à la profitabilité de l'accès au marché d'un opérateur économique établi dans un autre État

¹⁴⁹² Pour l'instant, seul l'impact d'une mesure nationale sur l'offre est envisagé, mais il sera répondu *infra* à la question de savoir quel est l'impact des réglementations nationales sur la demande des consommateurs, afin d'évaluer si celle-ci favorise la production nationale.

¹⁴⁹³ LUCAS de LUSSAC (C.) et PARLEANI (G.), *Droit du marché*, Thémis, droit privé, Paris, 2002, p. 187.

membre. En filigrane, il s'agit de mettre en évidence les points de convergences des analyses qui sont menées pour identifier une restriction étatique à la libre circulation ou une distorsion du jeu concurrentiel contraire au droit de la concurrence.

Il convient d'abord de souligner l'importance de l'analyse en termes d'offre et de demande en droit de la libre circulation (I). Ensuite, il sera démontré qu'une mesure nationale porte atteinte à la libre circulation si l'accès est rendu moins rentable du côté de l'offre, mais aussi si les choix offerts aux consommateurs sont limités (II).

I. Le bien-fondé de l'analyse de l'effet des réglementations nationales sur l'offre et sur la demande

C'est dans le domaine de la libre prestation des services que l'analyse du côté de l'offre et du côté de la demande est menée de la manière la plus fréquente, à partir de l'arrêt *Säger*¹⁴⁹⁴. On peut alors réfléchir à l'opportunité de transposer cette méthode d'analyse à la libre circulation des biens.

Cette méthode est également utilisée dans l'analyse des restrictions apportées aux autres libertés. En matière de libre circulation des travailleurs, cela revient à comparer l'impact de la réglementation litigieuse sur un travailleur qui circule et sur un autre qui reste dans son État membre d'origine, mais aussi l'impact de celle-ci sur la décision d'embauche d'un travailleur migrant, prise par un employeur établi dans un autre État membre. La Cour de justice rend alors une solution particulièrement solide, en tant qu'elle utilise le critère de l'accès au marché en analysant ce dernier aussi bien du côté de l'offre que de la demande¹⁴⁹⁵. En matière de libre circulation des capitaux, la Cour constate par exemple qu'une réglementation finlandaise « *dissuad[e] les personnes assujetties à l'impôt à titre principal en Finlande d'investir leur capitaux dans des sociétés étrangères* » (restriction du côté de l'offre de capitaux) et « *constitue [à l'encontre des sociétés établies dans d'autres États membres] un obstacle à la collecte de capitaux en Finlande* » (restriction du côté de la demande de capitaux)¹⁴⁹⁶. La restriction des capitaux finlandais à l'accès au marché des actions des sociétés implantées dans d'autres États membres est analysée en son entier.

¹⁴⁹⁴ CJCE, 25.7.1991, *M. Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, pt 14.

¹⁴⁹⁵ CJCE, 15.9.2005, *Commission c. Danemark*, C-464/02, *Rec.*, p. I-7929, pts 48 et 50.

¹⁴⁹⁶ CJCE, 7.9.2004, *P. Manninen*, C-319/02, *Rec.*, p. I-7477, pts 22 et 23 : « En effet, dans la mesure où les revenus de capitaux d'origine non finlandaise sont fiscalement traités de manière moins favorable que les

Il convient ainsi de mieux comprendre l'intérêt d'une telle analyse en se référant d'abord à la jurisprudence relative à la libre prestation des services (A). Il semblerait opportun que les décisions qui concernent la libre circulation des marchandises s'en inspirent (B).

A. L'intérêt de l'analyse de l'effet d'une mesure nationale sur l'offre et sur la demande en matière de libre prestation des services

L'application de la libre prestation des services aux prestataires et aux destinataires de ces derniers est propice à l'analyse de l'impact d'une mesure nationale sur l'offre et sur la demande de services. Cependant, même lorsque le litige concerne au premier chef les destinataires des services, l'impact de la mesure est considéré à la fois côté offre et côté demande (1). Cette double analyse est parfois seulement implicite, la Cour de justice étant orientée vers l'analyse de l'offre de services lorsqu'un prestataire invoque une restriction à cette liberté (2).

1. L'analyse explicite d'une restriction à la libre prestation des services en fonction de l'impact d'une mesure nationale sur l'offre et sur la demande des services

L'arrêt *Säger* est le premier arrêt dans lequel une gêne apportée à la libre prestation des services est qualifiée de restriction au sens du Traité en fonction de l'incidence de la mesure litigieuse sur l'offre et sur la demande du service en question :

« en réservant la prestation de services en matière de surveillance de brevets à certains opérateurs économiques répondant à certaines qualifications professionnelles, une réglementation nationale empêche à la fois une entreprise établie à l'étranger de fournir des prestations de services aux titulaires de brevets sur le territoire national et ces titulaires de choisir librement le mode de surveillance de leur brevets »¹⁴⁹⁷.

En l'espèce, en s'intéressant aussi bien à l'offre des services de surveillance de brevets qu'à leur demande, la CJCE se demande implicitement si la mesure en question fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des prestataires nationaux. Il s'agit aussi de garantir la libre prestation des services dans l'intérêt de leurs destinataires.

Les arrêts prononcés le même jour à propos de la *Mediawet* témoignent d'une approche assez similaire. Les conditions exigées pour la transmission aux Pays-Bas de messages publicitaires

dividendes distribués par des sociétés établies en Finlande, les actions des sociétés établies dans d'autres États membres sont moins attrayantes pour les investisseurs résidant en Finlande que celles de sociétés ayant leur siège dans cet État membre ».

contenus dans des programmes de radio ou de télévision émis à partir d'autres États membres constituent une « *double restriction* » à la libre prestation des services¹⁴⁹⁸. La réglementation néerlandaise limite, d'une part, la possibilité pour les gérants de réseau de télédistribution établis aux Pays-Bas, considérés ici comme destinataires de services, de transmettre des programmes offerts depuis l'étranger par des émetteurs qui ne satisfont pas les conditions définies dans la Mediawet, et, d'autre part, la possibilité pour les émetteurs établis à l'étranger, prestataires de services, de programmer des messages publicitaires au profit de publicitaires établis notamment dans l'État de réception. La Cour de justice s'intéresse ainsi à une restriction du côté de la demande de services (pour les programmes offerts depuis l'étranger), et à une restriction du côté de l'offre de services (pour les messages publicitaires). Il faut cependant noter qu'il ne s'agit pas du même marché dans les deux cas, puisque deux types de services différents sont en cause. La première restriction liée à la structure des organismes de radiodiffusion établis à l'étranger est rapidement écartée par la CJCE en ce qu'elle n'est pas « *objectivement nécessaire en vue de garantir l'intérêt général que constitue le maintien d'un système national de radio et de télévision assurant le pluralisme* »¹⁴⁹⁹. La seconde restriction est cependant analysée en suivant une méthode plus rigoureuse¹⁵⁰⁰.

D'autres exemples témoignent de l'analyse globale des restrictions à la libre prestation des services, aussi bien du côté du destinataire que du prestataire des services. C'est le cas en matière d'assurances¹⁵⁰¹. Également, les arrêts relatifs aux systèmes nationaux de sécurité sociale suivent cette approche. La CJCE se demande notamment dans l'arrêt *Smits* si la condition liée au caractère nécessaire du traitement envisagé qui subordonne l'octroi de l'autorisation « *est susceptible de maintenir sur le territoire national une offre suffisante, équilibrée et permanente de soins hospitaliers ainsi que de garantir la stabilité financière du système de l'assurance maladie* »¹⁵⁰². Or, le maintien d'une telle offre de soins est protégé en ayant égard à l'intérêt de leurs destinataires. Ainsi, l'autorisation est octroyée « *en*

¹⁴⁹⁷ CJCE, 25.7.1991, *M. Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, pt 14.

¹⁴⁹⁸ CJCE, 25.7.1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007, pt 17 et, *idem*, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069, pt 38.

¹⁴⁹⁹ *Idem*, respectivement pts 25 et 43.

¹⁵⁰⁰ Ceci est abordé in Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, II, B, 2.

¹⁵⁰¹ CJCE, 28.4.1998, *J.F. Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län*, C-118/96, *Rec.*, p. I-1897, pt 30 : la législation « comporte un ensemble d'éléments susceptibles de dissuader le preneur de souscrire des assurances vie en capital auprès de compagnies non établies en Suède ainsi que de dissuader les compagnies d'assurances d'offrir leurs services sur le marché suédois ».

¹⁵⁰² CJCE, 12.7.2001, *B.S.M. Smits, ép. Geraets c. Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, C-157/99, *Rec.*, p. I-5473, pt 105.

considération de l'ensemble des circonstances caractérisant chaque cas concret, en tenant dûment compte (...) de la situation médicale du patient »¹⁵⁰³. De plus, la Cour se préoccupe dans ces arrêts de la question de savoir si les prestataires nationaux ne sont pas favorisés par le système d'autorisation litigieux¹⁵⁰⁴ et note qu'une réglementation nationale gêne tant la demande que l'offre de soins reçus à l'étranger¹⁵⁰⁵. Le marché des soins obéit ainsi à un régime globalement similaire, même s'il est légitime de limiter l'accès d'un patient au « marché » des soins offerts dans un autre État membre si l'offre nationale est suffisante et efficace pour soigner l'intéressé.

Dans l'hypothèse où un destinataire est principalement en cause, une mesure susceptible de restreindre la libre prestation des services est donc analysée aussi bien du côté de l'offre que de la demande. Il convient à présent d'analyser les cas dans lesquels un prestataire invoque l'article 49 du Traité.

2. L'analyse implicite de l'effet d'une mesure nationale sur la demande de services lorsqu'un prestataire invoque l'article 49 TCE

La CJCE a naturellement tendance à mettre l'accent sur la restriction du côté de l'offre lorsqu'un opérateur économique se prévaut de la libre prestation des services. Cependant, les formulations choisies dans certains arrêts montrent *in fine* une analyse des deux côtés pertinents du marché.

L'arrêt *Alpine Investments* en témoigne, puisque la Cour de justice estime que la mesure en cause « *prive les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres* »¹⁵⁰⁶. Selon les gouvernements néerlandais et britanniques, l'interdiction en cause échappe au champ d'application de l'article 49 : d'une part, elle s'applique de manière générale et sans discrimination ; d'autre part, elle n'a pas pour objet ni pour effet de procurer au marché national un avantage par rapport aux prestataires de services d'autres États membres¹⁵⁰⁷. L'argument selon lequel la mesure ne procure pas d'avantage aux entreprises nationales par

¹⁵⁰³ *Idem*, pt 104. V. aussi pt 105 : « l'autorisation de subir un traitement dans un autre État membre ne peut être refusée (...) que lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun en ayant recours à un établissement avec lequel la caisse de maladie de l'assuré a conclu une convention ».

¹⁵⁰⁴ *Idem*, pt 96.

¹⁵⁰⁵ CJCE, 28.4.1998, *R. Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, pt 35.

¹⁵⁰⁶ Arrêt *Alpine Investments*, préc. note 1465, pt 27.

rapport aux prestataires de services établis dans d'autres États membres est admis par la Cour. Toutefois, la restriction consiste en un désavantage « concurrentiel »¹⁵⁰⁸ à la sortie puisque les prestataires nationaux ne peuvent s'adresser aux destinataires potentiels de leurs services dans les autres États membres.

Ainsi, aux fins de qualifier la réglementation de restriction à l'accès au marché au sens du Traité, la CJCE a identifié explicitement une restriction du côté de l'offre des services et implicitement une restriction du côté de la demande de ces services. En effet, la demande de ces services est nécessairement contingentée par la réglementation en cause dans l'État membre visé par le prestataire. Même si cet aspect est supposé, peut-être avait-il sa place dans l'arrêt¹⁵⁰⁹.

La double analyse d'une restriction du côté de l'offre et de la demande des services est donc pertinente d'un point de vue économique, dans la mesure où l'ensemble de l'échange est examiné. Cette analyse est également nécessaire en matière de libre circulation des marchandises.

B. L'analyse de l'incidence d'une mesure litigieuse sur l'offre et sur la demande en matière de libre circulation des marchandises

L'analyse de l'incidence d'une réglementation nationale sur l'offre et sur la demande est à la fois nécessaire (1) et pertinente (2) en matière de libre circulation des marchandises. En effet, cela revient à apprécier d'un point de vue économique les effets des réglementations litigieuses sur l'échange.

1. La nécessité d'identifier une restriction à l'accès au marché en fonction de son effet sur l'offre et sur la demande

Cette nécessité ressort de la définition même de l'accès au marché mais également, en filigrane, d'arrêts dans lesquels l'incidence des réglementations sur la demande n'est pas évaluée.

¹⁵⁰⁷ *Idem*, pt 33, en réf. à l'arrêt *Keck*, mais l'analogie avec cet arrêt est écartée dans la suite de l'arrêt.

¹⁵⁰⁸ Concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. J.-M. Bosman e.a.*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, pt 206, qui s'exprime à propos du pt 33 de l'arrêt *Alpine Investments*.

¹⁵⁰⁹ Il est inutile en effet d'envisager le cas où le cold calling serait interdit, puisque la société litigieuse aurait difficilement envisagé cette méthode de vente si elle ne pouvait pénétrer le marché voisin... La solution semble peu satisfaisante cependant car la Cour de justice reconnaît une restriction au sens de l'article 49 alors que la mesure est de faible portée, cf. Section 1, II, B, 1.

Paul CRAIG et Gráinne de BÚRCA prennent en considération cette double dimension de l'accès au marché lorsqu'ils définissent l'expression au sens général. Selon eux,

« L'accès au marché peut être envisagé du double point de vue du producteur et du consommateur de biens. Du point de vue du producteur, la libre circulation facilite la vente des marchandises sur différents marchés nationaux, l'objectif premier étant de défier les producteurs existants dans l'État d'importation, le second objectif étant d'empocher des économies d'échelle. L'accès au marché est un moyen permettant d'obtenir une fin, la fin étant de maximiser les ventes ou les profits pour le producteur individuel et d'augmenter l'allocation optimale des ressources dans l'ensemble de la Communauté. Du point de vue du consommateur, la libre circulation augmente le choix. Si les allemands ont la possibilité de boire de la bière néerlandaise, ils pourraient très bien la préférer au produit local »¹⁵¹⁰.

L'accès au marché ne peut pas se définir du seul point de vue de l'offre. Néanmoins, à l'image du droit de la concurrence, on doit observer que l'échange en cause peut mettre en relation un producteur avec un fournisseur, sans que les consommateurs finals ne soient concernés directement. Dès lors, le consommateur doit être entendu au sens large, de manière à englober les opérateurs intermédiaires entre la production et l'achat qui a lieu à l'autre extrémité du processus économique.

Si l'on garde cette définition de l'accès au marché à l'esprit, et en dehors des cas dans lesquels la restriction est flagrante, les décisions qui démontrent seulement une restriction du côté de l'offre s'avèrent insatisfaisantes. L'arrêt *Semeraro Casa Uno* est emblématique de cette lacune.

Dans le cadre d'affaires suspendues dans l'attente de l'arrêt *Punto Casa*, la Cour est en effet invitée à répondre à la question de savoir si l'interdiction de l'ouverture dominicale des commerces de détails peut avoir pour conséquence de « *détourner la demande vers les petits établissements, plus proches du consommateur, et donc vers les produits nationaux, du fait que, dans ces petits établissements, on ne trouve généralement pas les mêmes variétés de produits étrangers* »¹⁵¹¹. La Cour de justice répond seulement « *qu'il n'apparaît pas que la réglementation litigieuse (...) peut entraîner une inégalité de traitement entre produits nationaux et produits importés en ce qui concerne leur accès au marché* »¹⁵¹², sans réfléchir

¹⁵¹⁰ CRAIG P. et de BÚRCA G., *EU Law*, Oxford, 3^e éd., 2003, p. 656, notre traduction.

¹⁵¹¹ Arrêt *Semeraro Casa Uno*, préc. note 1417, pt 18.

¹⁵¹² *Idem*, pt 24.

cependant aux effets de cette réglementation sur l'offre et la demande de produits importés, alors qu'elle y était explicitement invitée par la juridiction de renvoi. Dans cet arrêt, il est précisé que « *la Cour a itérativement reconnu qu'une réglementation nationale telle que celle en cause poursuit un but justifié au regard du droit communautaire* »¹⁵¹³ ; mais ce n'était pas nécessaire puisque l'article 28 ne s'applique pas à la réglementation litigieuse. Certes, il est peu probable que le sens de la décision eût été différent si la CJCE avait pris en considération cet argument ; en effet, la concurrence entre produits importés et produits nationaux s'exerce tout au long de la semaine et pas seulement le dimanche. Cela rend très relative l'existence d'un effet sensible de cette réglementation sur la demande en produits importés. Il ressort néanmoins de cet arrêt que la seule comparaison de l'impact d'une réglementation du côté de l'offre n'est pas suffisante pour que la décision soit fondée d'un point de vue économique.

Il est donc essentiel de réfléchir non seulement à l'effet de réglementations sur l'offre des marchandises, mais aussi sur la demande, afin d'évaluer notamment si la réglementation oriente la demande des consommateurs intermédiaires ou finals vers les opérateurs nationaux.

2. La pertinence des arrêts dans lesquels une restriction est analysée du côté de l'offre et du côté de la demande

Il s'agit ici de mettre en valeur les arrêts dans lesquels une restriction est analysée à la fois du côté de l'offre et de la demande, en ce que les effets économiques des mesures litigieuses sont appréciés d'un point de vue économique.

En matière d'obstacles tarifaires, certains arrêts mentionnent explicitement une restriction du côté de la demande de produits importés. La CJCE sanctionne de manière récurrente une différence de taxation « *qui influence (...) le marché des produits en cause en diminuant la consommation potentielle des produits importés* »¹⁵¹⁴.

Pour ce qui concerne les obstacles non tarifaires, cette analyse est menée lorsque la Cour de justice prend en considération non seulement la réaction des consommateurs en fonction de la dénomination des produits, mais aussi les contraintes que fait peser la réglementation sur le

¹⁵¹³ *Idem*, pt 25, réf. au second arrêt *B & Q*, préc. note 1376.

¹⁵¹⁴ CJCE, 7.5.1987, *Commission c. Italie*, 184-85, *Rec.*, p. 2013, pt 13. La Cour relève la nature protectrice du régime fiscal en cause pour ce qui concerne les bananes fraîches mais pas pour les bananes sèches et la farine de banane (pt 14) ; le marché des produits est clairement délimité. V. également CJCE, 15.7.1982, *COGIS (Compagnia Generale Interscambi) c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, 216-81, *Rec.*, p. 2701, pt 11 et, récemment, CJCE, 8.4.2008, *Commission c. Suède*, C-167/05, *Rec.*, p. I-2127, pt 52.

fabricant¹⁵¹⁵. Des appréciations de cet ordre sont conduites également lorsqu'une modalité de vente est en cause. La Cour prend par exemple en compte la demande des consommateurs dans la qualification de mesure d'effet équivalent, lorsqu'une modalité de vente est « *de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits importés que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé* »¹⁵¹⁶. Il en va de même lorsqu'une réglementation empêche notamment aux opérateurs étrangers de mettre en œuvre un moyen efficace de faire connaître aux consommateurs des nouveaux périodiques¹⁵¹⁷.

À propos d'une législation qui, indépendamment du caractère véridique de l'information, interdit toute référence au fait qu'un produit en vente provient d'une faillite, on remarque que l'analyse de la restriction du côté de l'offre s'explique par le biais de la protection des consommateurs¹⁵¹⁸. L'arrêt *Herbert Karner* se comprend mieux, ainsi, par le biais de la considération de la demande des produits en question par les consommateurs, tandis que « *les motifs relatifs à la protection des consommateurs* » sont seulement mentionnés au moment où la mesure en question n'est pas qualifiée d'entrave au sens du Traité¹⁵¹⁹. Cette position s'explique au regard de la considération énoncée par la CJCE à titre liminaire : permettre de donner une telle information peut créer la confusion dans l'esprit des acheteurs, qui penseraient faire une bonne affaire alors que cette vente n'est plus le fait de l'administrateur judiciaire¹⁵²⁰. Cela souligne l'importance de prendre en compte cet aspect pour que la décision soit fondée d'un point de vue économique.

La démarche à laquelle procède la Cour de justice dans l'arrêt *Banchemo* doit aussi être soulignée. La Cour s'intéresse d'abord à l'approvisionnement suffisant des consommateurs finals¹⁵²¹ ; elle relève ensuite la liberté des détaillants, demandeurs sur le marché du tabac en gros auprès du monopole italien des tabacs, de s'approvisionner « *en fonction de l'état du marché* »¹⁵²² ; enfin, la CJCE souligne que les producteurs communautaires sont libres de

¹⁵¹⁵ Arrêt *Guimont*, préc. note 1325, pt 26.

¹⁵¹⁶ CJCE, 8.3.2001, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB*, C-405/98, *Rec.*, p. I-1795, pt 21. Cette entrave à la libre circulation des marchandises fut justifiée néanmoins par des motifs de protection de la santé publique

¹⁵¹⁷ Arrêt *Burmanjer*, préc. note 1363, pt 30.

¹⁵¹⁸ Arrêt *Herbert Karner*, préc. note 1336, pts 30 et 42.

¹⁵¹⁹ *Idem*, pt 42.

¹⁵²⁰ *Idem*, pt 30.

¹⁵²¹ CJCE, 14.12.1995, *Proc. pén. c. G. D. Banchemo*, C-387/93, *Rec.*, p. I-4663, pt 39.

¹⁵²² *Idem*, pt 42.

créer leur propre canal de distribution ou de distribuer leurs produits *via* le monopole¹⁵²³. La proximité de l'analyse qui est menée entre l'appréciation de ce monopole et celle du comportement d'une entreprise en position dominante est donc remarquable. Il s'agit selon Kamiel MORTELMANS d'un élément de convergence entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence¹⁵²⁴.

Certaines jurisprudences relatives aux importations parallèles analysent également la restriction à l'accès au marché en considération de la réaction des consommateurs. Le titulaire d'une marque ne peut s'opposer au reconditionnement d'un produit importé parallèlement si ceci « *entrave l'accès effectif du produit importé au marché de cet État* »¹⁵²⁵. Or, afin d'apprécier si cet accès est réellement entravé, la Cour de justice s'intéresse aux « *réticences* » des consommateurs à l'égard des médicaments ré-étiquetés. Les « *résistances* » des consommateurs à l'égard de ces produits doivent être « *forte[s]* » et concerner une « *proportion significative* »¹⁵²⁶ d'entre eux. La demande et la réaction des consommateurs face à des médicaments ré-étiquetés est donc décisive dans l'analyse de la légitimité de l'opposition du titulaire de la marque à la commercialisation des produits reconditionnés importés par un canal parallèle. À l'image de ce qu'on peut observer en droit de la concurrence, il peut paraître nécessaire de se référer à des sondages, afin d'apprécier le comportement des opérateurs sur le marché¹⁵²⁷.

L'utilisation du critère de l'accès au marché est plus cohérente lorsque la CJCE « raisonne » en fonction d'une méthode qui se rapproche d'une analyse économique, en termes d'offre et de demande. Toutefois, l'analyse d'une restriction du côté de la demande et du côté de l'offre ne semble pas nécessaire dans chaque cas. En effet, la qualification d'une mesure nationale explicitement discriminatoire au regard du Traité ne nécessite pas d'envisager son effet sur la demande, puisque le Traité l'interdit. Dans cette hypothèse, l'analyse des deux côtés de l'échange ne semble pas essentielle.

¹⁵²³ *Idem*, pt 43.

¹⁵²⁴ MORTELMANS K., in « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ? », *CMLR*, 2001, p. 613, sp. 627 : « in this case, the Court uses explicitly, the same reasoning, first to interpret the *de facto* test of the *Keck* approach; secondly to interpret the abuse element in article 82 ». selon l'auteur, cet arrêt se démarque des arrêts *Franzén* et *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle*, précités note 1332, et CJCE, 23.10.1997, *Commission c. Pays-Bas*, C-157/94, *Rec.*, p. I-5677.

¹⁵²⁵ CJCE, 23.4.2002, *Merck Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, C-443/99, *Rec.*, p. I-3703, pt 25. Dans le même sens, v. le pt 29.

¹⁵²⁶ *Idem*, pts 30 et 31.

En dehors de ces cas, la prise en compte de la réaction des consommateurs finals ou intermédiaires semble essentielle pour apprécier la légalité d'une mesure indistinctement applicable qui affecte un marché national. Cela concerne aussi les cas dans lesquels un produit nouveau est empêché de pénétrer sur un marché national (la demande des consommateurs nationaux peut exister même en l'absence du produit en cause sur le marché national¹⁵²⁸). En effet, étudier l'impact de cette mesure sur la demande permettrait d'évaluer précisément son incidence sur la concurrence qui s'exerce sur le marché, en répondant *in fine* à la question de savoir si le jeu de la concurrence est faussé à l'avantage des opérateurs nationaux. Dès lors, l'appréciation de l'effet d'une réglementation litigieuse sur l'efficacité de l'accès au marché participe non seulement de la promotion de la diversité et de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs, mais aussi de l'intensification de la concurrence menée entre les offreurs sur le marché.

II. L'appréciation de l'effet d'une mesure nationale sur l'efficacité de l'accès au marché

Les développements précédents démontrent l'importance de l'analyse d'une restriction aux libertés de circulation du côté de l'offre et de la demande. Implicitement se dessine le critère de l'accès efficace au marché, c'est-à-dire l'accès profitable d'un opérateur économique implanté dans un État membre sur le marché d'un autre. À l'image de ce qui a été précédemment observé en droit de la concurrence, la profitabilité de cet accès n'existe, en effet, qu'à la condition que les consommateurs en bénéficient également¹⁵²⁹.

Du point de vue de la demande, la qualification d'une mesure nationale de restriction au sens du Traité se justifie si elle limite la diversité des produits ou des services disponibles sur le marché. En effet, une réglementation qui revient à geler les conditions du marché défavorise à la fois les consommateurs et les entreprises étrangères qui cherchent à pénétrer de manière profitable le marché.

Du point de vue de l'offre, la qualification d'une telle mesure au regard du Traité se justifie si la demande est systématiquement orientée vers les produits nationaux, d'une manière telle que les opérateurs implantés dans les autres États membres ne puissent livrer une concurrence

¹⁵²⁷ CJCE, 13.1.2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, C-220/98, *Rec.*, p. I-117, pt 31, certes au moment d'apprécier la justification de la mesure litigieuse.

¹⁵²⁸ Cette hypothèse est envisagée *infra in* Partie 2, Titre 1, Ch. 1.

¹⁵²⁹ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2.

efficace aux opérateurs établis. De cette manière, on peut réfléchir à la question de savoir comment l'accent mis sur la promotion de la concurrence efficace en droit de la concurrence affecte également le droit de la libre circulation.

Il s'agit alors de déterminer de quelle manière l'effet protecteur d'une réglementation nationale peut être établi non seulement en ce que la mesure porte atteinte à la diversité des produits et des services offerts au consommateur sur le marché (A), mais aussi en ce qu'elle fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux (B).

A. La limitation de la diversité des produits et des services offerts au consommateur

Même si la libre circulation intéresse en particulier les offreurs de marchandises et de services, le consommateur de biens et le destinataire des services font partie des acteurs dont on protège l'accès aux marchés situés dans d'autres États membres et à un plus grand choix sur le marché national. Cette réflexion ne s'intéresse pas de manière spécifique aux travailleurs qui bénéficient de la liberté de circuler¹⁵³⁰, ni aux entreprises qui peuvent profiter de la liberté d'établissement¹⁵³¹.

En matière de capitaux, les analyses concernent fréquemment l'accès des investisseurs aux marchés voisins. Ainsi, l'analyse peut être menée du côté de la demande d'investisseurs de placement dans le capital d'entreprises implantées dans un autre État membre¹⁵³², ou bien du côté de la demande d'un particulier d'acquérir une propriété foncière dans un État membre dont il n'est pas ressortissant¹⁵³³. L'accès des investisseurs au marché voisin est donc protégé par le biais de la mise en œuvre de la libre circulation des capitaux.

Dans le domaine des marchandises, le respect des règles relatives à cette liberté garantit l'accès des consommateurs aux marchés voisins. La libre prestation des services bénéficie aussi aux destinataires des services qui se déplacent sur le territoire d'autres États membres. En plus de ces aspects relatifs à la mobilité des consommateurs, l'application du droit communautaire matériel de la libre circulation permet ainsi d'améliorer l'accès de ces

¹⁵³⁰ Cela n'exclut pas qu'une analyse soit menée du côté de l'offre et de la demande lorsque la libre circulation des travailleurs est invoquée. V. par ex. l'arrêt *Commission c. Danemark*, C-464/02, préc. note 1495.

¹⁵³¹ Évidemment, les particuliers peuvent aussi invoquer la liberté d'établissement lorsqu'ils font valoir l'obtention d'un diplôme pour accéder plus facilement à un marché national. V. not. l'arrêt *Neri*, préc. note 1472. Cette réflexion inclut implicitement cette situation.

¹⁵³² CJCE, 4.6.2002, *Commission c. France*, C-483/99, *Rec.*, p. I-4781, pt 41.

¹⁵³³ CJCE, 1^{er}.6.1999, *K. Konle c. Autriche*, C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, pts 41 et 49.

derniers à une plus grande diversité de produits ou de services. Cela constitue une résultante du principe de la reconnaissance mutuelle. En effet, selon la Commission, ce principe « assure un (...) grand respect des traditions locales, régionales et nationales et permet de maintenir la diversité des produits et des services qui pénètrent le marché »¹⁵³⁴. Dans la mesure où ce sont évidemment les consommateurs finaux qui bénéficient de cette diversité, on peut s'intéresser à la question de savoir comment une restriction étatique apportée à une liberté de circulation doit être établie aussi en fonction de son impact négatif sur les consommateurs. Néanmoins, la diversité des produits, aspect quantitatif, doit être combinée à la qualité de ces derniers.

Il convient alors d'examiner plus avant dans quelle mesure la promotion de l'accès des consommateurs (1) ou d'un destinataire de services (2) à des produits et services variés et de qualité entre en ligne de compte au moment d'apprécier l'effet d'une réglementation sur l'échange économique.

1. La promotion de l'accès des consommateurs à des produits variés et de qualité

Cette réflexion vise à établir dans quelle mesure l'accès des consommateurs à des produits variés et de qualité constitue un facteur d'analyse pertinent au moment de l'évaluation de l'effet restrictif d'une réglementation nationale.

Même s'il s'agit ici d'évaluer la pertinence de ce facteur au moment de la qualification de la restriction à la libre circulation des biens, l'objectif de protection des consommateurs, constitutif d'une exigence impérative d'intérêt général de nature à justifier une entrave à la libre circulation des marchandises, peut difficilement justifier une interdiction absolue d'accéder au marché pour un certain type de produits. Les consommateurs peuvent être protégés par le biais d'une information adéquate ; de plus, ils bénéficient *a priori* d'une amélioration de la diversité des produits offerts sur le marché¹⁵³⁵. Un étiquetage adéquat

¹⁵³⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur », COM (1999) 299 final, 16.6.1999, cité in V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique, un ordre juridique concurrencé ? », *Annuaire de droit européen*, 2004, vol. II, p. 31, sp. 41.

¹⁵³⁵ CJCE, 23.2.1988, *Commission c. France (succédanés de lait)*, 216-84, *Rec.*, p. 793, pt 12 : « en interdisant la commercialisation des succédanés de lait, la disposition en question ne garantit pas non plus la liberté de choix du consommateur. Ce n'est au contraire que la possibilité d'importer ces succédanés qui donne aux consommateurs un choix réel entre les agents blanchissants et les produits laitiers ». L'objectif de protection des consommateurs est développé in Partie 2, Titre 2, ch. 1, Section 1, II, B.

permet souvent un meilleur accès au marché national de produits importés ne répondant pas aux prescriptions d'une réglementation nationale¹⁵³⁶.

Au-delà de cet aspect, il convient de remarquer que l'accès des consommateurs aux marchés situés dans d'autres États membres est promu en droit du marché intérieur. En effet, ce dernier intéresse également les particuliers qui se déplacent¹⁵³⁷. Parallèlement, le livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur souligne l'importance d'ouvrir les marchés à la demande des consommateurs résidant dans un autre État membre¹⁵³⁸. Ainsi, une réglementation luxembourgeoise est sanctionnée afin qu'une méthode de publicité des produits puisse être employée pour inciter les consommateurs à accéder au marché voisin¹⁵³⁹. L'accès au marché, envisagé du point de vue des consommateurs, influence fortement le sens de la décision. Ces cas sont cependant assez isolés puisque les législations nationales affectent le plus souvent l'accès des offreurs de marchandises au marché national¹⁵⁴⁰.

Il est surtout essentiel d'examiner comment une législation nationale peut être qualifiée de restriction à la libre circulation des marchandises en partie si elle empêche les consommateurs finals nationaux d'accéder à une plus grande variété de produits. L'amélioration de la diversité des produits offerts aux consommateurs, qui doivent implicitement répondre à des normes de qualité élevées, constitue en effet l'une des principales caractéristiques du marché intérieur. Selon la Commission :

¹⁵³⁶ V. not. CJCE, 12.3.1987, *Commission c. Allemagne (Loi de pureté de la bière)*, 178-84, *Rec.*, p. 1227, pt 35 et CJCE, 22.10.1998, *Commission c. France (Foie gras)*, C-184/96, *Rec.*, p. 6197, pt 22.

¹⁵³⁷ CJCE, 5.5.1982, *G. Schul Douane Expéditeur BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal*, 15-81, *Rec.*, p. 1409, pt 33 : « il importe que les avantages [du marché commun] soient assurés en dehors du commerce professionnel, également aux particuliers qui sont dans le cas de poursuivre des opérations économiques au-delà des frontières nationales ».

¹⁵³⁸ Commission, *Livre blanc – L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final, 14.6.1985, §77 : « tout acheteur, qu'il soit grossiste, détaillant ou consommateur final, devrait avoir le droit de choisir son fournisseur partout dans la Communauté sans restriction ».

¹⁵³⁹ CJCE, 7.3.1990, *GB-Inno-BM c. Confédération du commerce luxembourgeois*, C-362/88, *Rec.*, p. I-667, pt 8 : « la libre circulation des marchandises concerne non seulement le commerce professionnel, mais également les particuliers. Elle implique, notamment dans les régions frontalières, que les consommateurs résidant dans un État membre puissent se rendre librement sur le territoire d'un autre État membre en vue de s'y approvisionner dans les mêmes conditions que la population locale. Cette liberté des consommateurs est compromise lorsque l'accès à la publicité disponible dans le pays d'achat leur est refusé. Par conséquent, une interdiction de diffusion d'une telle publicité doit être appréhendée au regard des articles [28], [29] et [30] du traité ». La restriction litigieuse ne répond pas à l'objectif de protection des consommateurs : ce motif requiert en effet que les consommateurs soient pleinement informés, ce qui inclut la possibilité d'indiquer l'ancien prix à côté du prix inférieur pour la promotion d'un produit (pts 16 à 18).

¹⁵⁴⁰ Ce sont d'ailleurs le plus souvent les offreurs qui agissent à l'encontre de ces réglementations. Ces arrêts montrent cependant qu'il ne faut pas négliger le fait que le consommateur accède aux marchés voisins, ce qui constitue d'ailleurs l'un des aspects les plus tangibles du marché intérieur.

« Le marché intérieur est caractérisé par une très grande diversité de produits assurant un niveau de protection élevé pour les consommateurs et l'environnement. Cette diversité constitue à la fois une richesse considérable pour les consommateurs européens et une source de compétitivité pour les entreprises européennes »¹⁵⁴¹.

Les consommateurs sont aussi les « *bénéficiaires du Marché unique* »¹⁵⁴². Il est désormais admis que « *les progrès du Marché unique ont permis d'améliorer considérablement le choix du consommateur, principalement pour les produits (gamme offerte, rapport qualité/prix)* »¹⁵⁴³. Or, la lecture des arrêts dans lesquels sont mises en cause des réglementations nationales qui limitent la diversité des produits offerts aux consommateurs à la faveur des produits nationaux démontre la nécessité d'analyser également l'impact d'une réglementation nationale litigieuse sur la demande des produits. Ainsi, de nombreuses décisions montrent que la Cour sanctionne les réglementations qui « *servent à cristalliser les habitudes des consommateurs et à stabiliser un avantage acquis par les industries nationales qui s'attachent à les satisfaire* »¹⁵⁴⁴. Ceci sous-entend qu'il est essentiel que les consommateurs aient accès à une plus grande diversité de produits.

Dans le domaine des obstacles de nature fiscale à la circulation des marchandises, la Cour sanctionne selon une jurisprudence constante une différence de taxation « *qui influence (...) le marché des produits en cause en diminuant la consommation potentielle des produits importés au profit des produits nationaux concurrents* »¹⁵⁴⁵. Ainsi, le régime britannique de taxation du vin qui avantageait la production nationale de bière est sanctionné, en considération de l'effet de la règle sur le comportement des consommateurs¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴¹ Communication de la Commission, « Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle », JO n° C 265 du 4.11.2003 p. 2, pt I.1.

¹⁵⁴² Avis du Comité économique et social européen sur les « Priorités du Marché unique 2005-2010 », JO n° C 255 du 14.10.2005, p. 22, pt 7.

¹⁵⁴³ *Idem*, pt 7.1.

¹⁵⁴⁴ V. not. CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Royaume-Uni (Vin et Bière)*, 170-78, *Rec.*, p. 417, pt 8 ; CJCE, 12.3.1987, *Commission c. Allemagne (Loi de pureté de la bière)*, 178-84, *Rec.*, p. 1227, pts 32 et 35.

¹⁵⁴⁵ CJCE, 7.5.1987, *Commission c. Italie*, 184-85, *Rec.*, p. 2013, pt 13. La Cour releva ainsi la nature protectrice du régime fiscal considéré mais seulement en ce qui concerne les bananes fraîches (pt 14). V. aussi CJCE, 7.5.1987, *Co-Frutta c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 193-85, *Rec.*, p. 2105, pt 22. V. également CJCE, 11.8.1995, *F. G. Roders BV e .a. c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-367 à C-377/93, *Rec.*, p. I-2229, pt 39 et CJCE, 8.4.2008, *Commission c. Suède*, C-167/05, *Rec.*, p. I-2127, pts 52 et 57.

¹⁵⁴⁶ CJCE, 12.7.1983, *Commission c. Royaume-Uni*, 170-78, *Rec.*, p. 2265, pt 27 : « Le système fiscal britannique a pour conséquence d'imprimer au vin le caractère d'un produit de luxe qui, en raison de la charge fiscale qu'il supporte, ne peut guère constituer, aux yeux du consommateur, une alternative réelle par rapport à la boisson typique de la production nationale ».

Inversement, l'infraction à l'article 90 alinéa 2 du Traité n'est pas établie lorsque la Commission n'a pas mis en évidence qu'un écart de prix entre deux produits « *est susceptible d'influencer le comportement du consommateur* » puisque l'effet protecteur de la législation nationale n'est pas démontré¹⁵⁴⁷. Admettre une réglementation qui n'oriente pas substantiellement la demande vers la production nationale souligne l'importance de la prise en considération des consommateurs dans la qualification de ces réglementations au regard du Traité. Ici, la qualification de la restriction est fonction d'une analyse de l'impact de la mesure sur la demande et sur l'offre.

La jurisprudence qui concerne les droits exclusifs d'importation et des monopoles commerciaux met également l'accent sur la nécessité d'assurer l'approvisionnement des consommateurs¹⁵⁴⁸. Dans le cadre de l'article 28, la CJCE a jugé que « *l'existence des droits exclusifs d'importation et de commercialisation prive les opérateurs économiques de la possibilité de faire acheter leurs produits par les consommateurs* »¹⁵⁴⁹. Cette interprétation intéressante de l'article 28 n'a cependant pas été confirmée¹⁵⁵⁰. Pour ce qui concerne les monopoles de vente appréhendés par l'article 31 du Traité, la question de l'approvisionnement des consommateurs est décisive. L'une des raisons pour lesquelles le monopole suédois de vente au détail des boissons alcoolisées n'est pas contraire à l'article 31 du Traité réside dans le fait que « *le nombre des lieux de vente n'est pas limité au point de compromettre l'approvisionnement des consommateurs en boissons alcoolisées nationales ou importées* »¹⁵⁵¹. De plus, parmi les critères permettant d'évaluer si un monopole national est susceptible de désavantager les produits en provenance d'autres États membres, la Cour de justice vérifie si « *les mesures de commercialisation et de publicité d'un tel monopole [sont] impartiales et indépendantes de l'origine des produits et [s'emploient] à faire connaître aux consommateurs des nouveaux produits* »¹⁵⁵². L'accès des consommateurs à des produits

¹⁵⁴⁷ CJCE, 9.7.1987, *Commission c. Belgique*, 356-85, *Rec.*, p. 3299, pt 18.

¹⁵⁴⁸ V. not. à propos des monopoles commerciaux, CJCE, 31.5.2005, *Proc. pén. c. K. Hanner*, C-438/02, *Rec.*, p. I-4551, pt 34 : « sans exiger l'abolition totale des monopoles nationaux présentant un caractère commercial, l'article 31 §1 CE prescrit leur aménagement de façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres ».

¹⁵⁴⁹ CJCE, 19.3.1991, *France c. Commission*, C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 34.

¹⁵⁵⁰ Concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour l'arrêt *Hanner*, préc. note 1548, pt 95, n.b.p. 107.

¹⁵⁵¹ Arrêt *Franzén*, préc. note 1332, pt 54.

¹⁵⁵² Arrêt *Hanner*, préc. note 1548, pt 41.

diversifiés et nouveaux est donc partie prenante de l'analyse de la légitimité du maintien de certains monopoles commerciaux¹⁵⁵³.

Dans le domaine des mesures non-tarifaires, l'étude de l'impact de la mesure sur la demande des consommateurs est également riche d'enseignement. Ainsi, une mesure indistinctement applicable qui interdit aux produits nationaux et importés d'accéder à une méthode de publicité gêne davantage l'accès au marché des produits importés, parce que les habitudes des consommateurs, qui sont « *spontanément mieux familiarisé[s]* » avec les produits nationaux, ne peuvent être modifiées¹⁵⁵⁴. Des conclusions similaires peuvent être tirées d'une limitation de la vente ambulante de périodiques étrangers. Selon l'avocat général LÉGER, cette modalité de vente « *constitue un moyen efficace de faire connaître à des clients potentiels, en vue de les inciter à la souscription d'abonnements, des périodiques provenant d'autres États membres avec lesquels ils sont spontanément moins familiarisés qu'avec des périodiques nationaux* », les clients n'ayant alors pas besoin de se rendre dans l'État membre dans lequel ces périodiques sont commercialisés¹⁵⁵⁵.

Il nous semble donc essentiel que le juge prenne en considération l'effet d'une mesure litigieuse sur le consommateur dans son appréciation de la gêne particulière que représente une réglementation nationale pour les produits importés, non seulement aux fins de remplir l'objectif de promotion de l'accès des consommateurs à des produits d'origine diverse, mais également dans le but d'analyser précisément son effet sur l'ensemble de l'échange. En matière de services, ce raisonnement n'est pas encore pleinement transposé.

2. La promotion de l'accès des destinataires de services à une plus grande diversité de services

¹⁵⁵³ Concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour l'arrêt *Hanner*, préc. note 1548, pt 63 : l'article 31 TCE « vise à garantir aux opérateurs établis dans les autres États membres la possibilité d'offrir leurs produits aux clients de leur choix dans l'État membre où se trouve le monopole. Inversement, il vise à permettre aux consommateurs de l'État membre où se trouve le monopole de s'approvisionner auprès des opérateurs de leur choix dans les autres États membres. L'article 31 CE ne vise donc pas seulement à protéger la libre circulation des marchandises en tant que telle : il vise surtout à protéger les opérateurs qui participent à cette libre circulation ». V. aussi le pt 95.

¹⁵⁵⁴ CJCE, 8.3.2001, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB*, C-405/98, *Rec.*, p. I-1795, pt 21.

¹⁵⁵⁵ Concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour l'arrêt *Burmanjer*, préc. note 1363, pt 87. Tout en reconnaissant l'utilité de cette méthode de vente pour satisfaire la demande de consommateurs, la CJCE a cependant jugé que l'incidence de cette mesure sur la commercialisation des produits importés est trop insignifiante et aléatoire (arrêt *Burmanjer*, pts 30 et 31).

La jurisprudence qui concerne la libre prestation des services prend régulièrement en considération l'affectation de l'offre et de la demande pour évaluer l'existence d'une restriction à la libre prestation de services¹⁵⁵⁶. Dans la mesure où cette liberté s'applique aux destinataires de services qui bénéficient d'un service dans un autre État membre, il est logique que la jurisprudence s'intéresse aux restrictions du côté de la demande. C'est le cas en particulier dans le domaine médical où la mobilité des patients est protégée. Ainsi, est sanctionnée une réglementation qui «*décourage les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre et constitue, tant pour ces derniers que pour leurs patients, une entrave à la libre prestation des services*»¹⁵⁵⁷. De même, est sanctionné un abattement fiscal réservé aux ressortissants allemands qui scolarisent leurs enfants dans les écoles allemandes, ce qui les dissuade de scolariser leurs enfants dans une école frontalière¹⁵⁵⁸. La protection de l'accès des destinataires de services aux marchés voisins va donc d'elle-même lorsque le destinataire se déplace.

Lorsque c'est le déplacement du service ou du prestataire qui est entravé, il s'agit de se demander dans quelle mesure l'accès des consommateurs à des services variés est pris en compte. Même si l'effet dissuasif d'une mesure nationale sur la volonté d'un opérateur économique de se tourner vers des prestataires de services qui ne sont pas établis dans l'État membre en cause est fréquemment remarqué, de sorte que la Cour de justice s'intéresse à l'accès des consommateurs nationaux à des services prestés par des opérateurs établis dans d'autres États membres (a), l'amélioration de la diversité des services offerts aux consommateurs n'est pas explicitement promue (b).

a. L'accès des consommateurs nationaux à des services prestés par des opérateurs établis dans d'autres États membres

Le contrôle de l'application des règles du Traité en matière de libre prestation des services permet à la Cour de justice de garantir l'accès des consommateurs nationaux à des services prestés par des opérateurs établis dans d'autres États membres. Dans son appréciation des

¹⁵⁵⁶ CJCE, 25.7.1991, *M. Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, pt 14. V. Partie I, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, B, 1.

¹⁵⁵⁷ CJCE, 28.4.1998, *R. Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, pt 35. V. aussi CJCE, 12.7.2001, *B.S.M. Smits, ép. Geraets c. Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, C-157/99, *Rec.*, p. I-5473, pt 69 et concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour cet arrêt, pt 52.

¹⁵⁵⁸ CJCE, 11.9.2007, *H. Schwarz et M. Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*, C-76/05, *Rec.*, p. I-6849, pt 66 et *idem*, *Commission c. Allemagne*, C-318/05, *Rec.*, p. I-6957, pt 80.

réglementations litigieuses, la Cour analyse de manière récurrente l'effet dissuasif de la mesure nationale sur l'offre et sur la demande des services en cause. L'effet dissuasif semble alors correctement analysé s'il est évalué du côté de chaque partenaire à l'échange économique.

Dans le domaine des assurances en particulier, il s'agit non seulement de déterminer si une législation nationale dissuade un preneur d'assurances de signer un contrat avec un prestataire non établi dans cet État membre, mais aussi de déterminer dans quelle mesure ce prestataire est dissuadé d'accomplir son service dans cet État membre¹⁵⁵⁹. On retrouve la même idée à propos d'une réglementation belge qui oblige un entrepreneur à retenir en faveur de l'administration une somme correspondant à 15 % du prix facturé par un prestataire non enregistré en Belgique. Ceci « *[dissuade] non seulement les prestataires non enregistrés et non établis dans cet État d'accéder au marché belge* », mais également « *le commettant (...) de recourir aux services [de ces prestataires]* »¹⁵⁶⁰. Il en va de même pour l'instauration d'un règlement-taxe qui grève la réception d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres, mais qui n'est pas applicable aux émissions émanant d'organismes belges de radiodiffusion. Cela dissuade les destinataires nationaux de services de radiodiffusion télévisuelle assujettis à cette taxe d'accéder aux émissions de provenance d'autres États membres et entrave les opérateurs actifs dans le domaine de la transmission par satellite¹⁵⁶¹. Une approche parallèle a été suivie à propos de l'obligation pour un organisateur de voyages de conclure à nouveau un accord de garantie lorsqu'il s'adresse à un établissement financier situé dans un autre État membre, la restriction étant également analysée du côté de l'offre et de la demande¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁹ CJCE, 28.4.1998, *J. Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län*, C-118/96, *Rec.*, p. I-1897, pt 30. V. aussi CJCE, 3.10.2002, *R. D. Danner*, C-136/00, *Rec.*, p. I-8147, pt 31 ; CJCE, 26.6.2003, *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) et Ola Ramstedt c. Riksskatteverket*, C-422/01, *Rec.*, p. I-6817, pt 28 et CJCE, 5.7.2007, *Commission c. Belgique*, C-522/04, *Rec.*, p. I-5701, pts 39 et 41.

¹⁵⁶⁰ CJCE, 9.11.2006, *Commission c. Belgique*, C-433/04, *Rec.*, p. I-10653, pts 30 et 31.

¹⁵⁶¹ CJCE, 29.11.2001, *F. De Coster c. Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsfort*, C-17/00, *Rec.*, p. I-9445, pts 33 et 34.

¹⁵⁶² CJCE, 1^{er}.12.1998, *Proc. pén. c. A. Ambry*, C-410/96, *Rec.*, p. I-7875, pts 28 et 29.

Dans certains cas, l'entrave n'est envisagée que du côté du destinataire de service, même lorsqu'une mesure dissuade ce dernier de s'adresser à un prestataire de service résident dans un autre État membre qui est pourtant affecté aussi par la réglementation litigieuse¹⁵⁶³.

Même si l'analyse de l'effet dissuasif se place du côté de la demande, le juge semble ne se situer que dans l'intérêt de l'offreur (la question n'est-elle pas de savoir si le prestataire verra ses services demandés sur le marché ?). Garantir l'accessibilité des marchés nationaux aux prestataires de services étrangers permettrait seulement, de manière implicite, d'améliorer la diversité des services offerts aux consommateurs ou aux destinataires des services. Il est curieux que cet objectif ne ressorte pas explicitement de la jurisprudence.

b. L'amélioration seulement tacite de la diversité des services offerts aux consommateurs
Comme en matière de libre circulation des marchandises, la jurisprudence analysée ci-dessus rappelle que la mise en œuvre des règles relatives à la libre prestation de service possède une double dimension. Selon Miguel MADURO, « [il] s'agit à la fois de permettre [aux] prestataires [de services] d'exercer leur activité sur un plan transnational et d'ouvrir aux consommateurs l'accès à des services fournis par des prestataires établis dans d'autres États membres »¹⁵⁶⁴. Logiquement, améliorer l'accès des consommateurs à des services variés et de meilleure qualité constitue l'un des principaux objets de la directive relative aux services dans le marché intérieur¹⁵⁶⁵.

Les nombreux obstacles qui affectent une large variété de services « *fragment[ent]* » le marché intérieur et « *empêch[ent] les consommateurs d'avoir accès à un plus grand choix de services à des prix compétitifs* »¹⁵⁶⁶. Pourtant, ces affirmations reçoivent assez peu d'écho

¹⁵⁶³ CJCE, 3.10.2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH c. Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel*, C-290/04, *Rec.*, p. I-9461, pt 33, à propos d'une retenue à la source imposée au destinataire d'un service sur la rémunération versée à un prestataire de services résident d'un autre État membre, qui dissuade le destinataire de s'adresser à ces prestataires. Cette restriction est néanmoins justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt sur le revenu. Dans un registre similaire, v. CJCE, 4.3.2004, *Commission c. France*, C-334/02, *Rec.*, p. I-2229, pt 23. V. aussi CJCE, 26.10.1999, *Eurowings Luftverkehrs AG c. Finanzamt Dortmund-Unna*, C-294/97, *Rec.*, p. I-7447, pts 36 et 37, à propos de l'effet dissuasif d'un régime fiscal moins favorable lorsque les entreprises allemandes s'adressent à un bailleur de biens qui n'est pas établi en Allemagne.

¹⁵⁶⁴ Concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pt 55.

¹⁵⁶⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JO* n° L 376 du 27.12.2006, p. 36-68, considérant 2 : « Un marché libre obligeant les États membres à supprimer les obstacles à la circulation transfrontalière des services, tout en renforçant la transparence et l'information pour les consommateurs, offrirait un plus grand choix et de meilleurs services, à des prix plus bas, aux consommateurs ».

¹⁵⁶⁶ *Idem*, considérant 4.

dans la jurisprudence. Certes, la Cour s'intéresse régulièrement aux législations qui dissuadent ou découragent les consommateurs de s'adresser à des prestataires de services étrangers, mais il semble plus pertinent de poursuivre l'objectif plus précis consistant à garantir un grand choix de services aux consommateurs.

Fût-ce au stade de la justification de la mesure litigieuse, la CJCE poursuit cet objectif, à propos de l'interdiction française de la rémunération des comptes à vue :

« [M]ême à supposer que la levée de l'interdiction de rémunération des comptes de dépôts à vue entraîne inévitablement pour le consommateur une augmentation du coût des services bancaires de base ou la facturation des chèques, il pourrait notamment être envisagé de permettre au consommateur d'opter soit pour un compte de dépôts à vue non rémunéré et le maintien de la gratuité de certains services bancaires de base, soit pour un compte de dépôts à vue rémunéré et la faculté pour l'établissement de crédit de faire payer des services bancaires fournis jusqu'alors à titre gratuit, telle l'émission des chèques »¹⁵⁶⁷.

Ici, la CJCE cherche à augmenter l'offre de services aux consommateurs. Ceci profite dès lors à ces derniers, mais également à la banque étrangère implantée en France à l'origine du litige.

Inversement, l'avocat général GULMANN, dans les conclusions qu'il a présentées pour l'arrêt *Schindler*, a considéré que l'ouverture du marché britannique des loteries limiterait le choix des consommateurs dans la mesure où cela pourrait conduire à l'éviction de certaines loteries du marché, ce qui semble contestable d'un point de vue économique¹⁵⁶⁸. La Cour de justice estime que la limitation de l'offre de jeux d'argent se fait dans l'intérêt des joueurs, ce qui préserve la compétence des États membres de limiter l'ouverture de ces marchés¹⁵⁶⁹. Ici, la limitation des choix des consommateurs protège ces derniers.

La jurisprudence corrobore ainsi l'objectif poursuivi par la directive n° 2006/123/CE consistant à garantir un plus grand choix de services aux consommateurs. Cependant, lorsque la Cour se contente de mettre l'accent sur l'effet dissuasif des mesures sur la volonté des

¹⁵⁶⁷ Arrêt *CaixaBank France*, préc. note 1392, pt 22.

¹⁵⁶⁸ Concl av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt CJCE, 24.3.1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. G. Schindler et J. Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, pt 124 : « on ne peut pas écarter l'hypothèse qu'une ouverture des marchés puisse entraîner à long terme l'éviction d'une série de loteries du marché, ce qui se traduira par une limitation des possibilités de choix des consommateurs ». On peut considérer au contraire que l'augmentation de l'offre profiterait aux consommateurs, qui pourraient probablement bénéficier de tickets de loterie moins chers, et stimulerait dès lors la concurrence à la faveur de ces derniers.

¹⁵⁶⁹ *Idem*, pt 86. Arrêt *Schindler*, pt 125.

destinataires de services de s'adresser aux opérateurs implantés à l'étranger qui prestent leurs services sur le territoire des premiers, cela ne protège-t-il pas seulement l'accès des prestataires de services implantés dans d'autres États membres au marché national ? En matière d'assurances, même si plusieurs jurisprudences mentionnées *supra* s'intéressent à l'effet dissuasif d'une mesure sur la volonté des souscripteurs de s'adresser à un assureur établi dans un autre État membre¹⁵⁷⁰, la proportion de consommateurs qui s'adresse à des assureurs étrangers est certainement très faible. Le marché des assurances semble encore très cloisonné.

Se demander de quelle manière la réglementation limite le choix des consommateurs ou destinataires de services semble dès lors plus satisfaisant. Cette méthode permet au juge de se détacher de l'objectif d'une mise en œuvre effective de la libre prestation de services, pour se concentrer en particulier sur la concurrence entre prestataires de services établis ou non sur le territoire de l'État membre en cause, cette concurrence pouvant porter tant sur le prix que sur la qualité des services proposés.

L'analyse de l'effet d'une mesure nationale à la fois sur l'offre et la demande doit permettre d'évaluer si cette règle protège les avantages acquis par les opérateurs nationaux, au détriment du principe d'ouverture des marchés nationaux qui motive l'édification du marché intérieur.

B. La détermination de l'effet restrictif d'une réglementation nationale, fonction de l'atteinte portée au jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux

Il s'agit ici de démontrer que l'atteinte portée à une concurrence efficace, au désavantage non seulement des consommateurs mais également des entreprises cherchant à profiter des opportunités offertes par le Traité, permet de déterminer efficacement l'effet restrictif d'une mesure nationale au sens de celui-ci.

Néanmoins, dans de nombreux arrêts, la Cour de justice s'intéresse à l'effet dissuasif d'une réglementation nationale sur la volonté des opérateurs de mettre en œuvre l'une des facultés qui leur est offerte par le Traité. La reconnaissance des libertés de circulation aux opérateurs économiques est évidemment un facteur qui oriente l'analyse du juge vers le côté « offre » du marché. Il ne semble pas, cependant, que l'utilisation du critère économique de l'accès au marché soit pertinente si on se place du seul point de vue de la rupture de l'égalité entre

¹⁵⁷⁰ V. la jurisprudence citée note 1559.

partenaires économiques. Des opérateurs économiques jouissent certes des mêmes droits mais la concurrence qui les oppose (et les anime) ne les place pas dans une situation d'égalité¹⁵⁷¹.

À l'image du critère de compartimentage du marché utilisé dans le cadre des ententes, que l'avocat général VAN GERVEN a tenté d'appliquer à la libre circulation des marchandises¹⁵⁷², l'essentiel semble résider dans le faussement du jeu de la concurrence au détriment des opérateurs faisant usage de la libre circulation. Or, la question de savoir si la réglementation porte atteinte à un accès efficace au marché met en évidence cette distorsion de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux. Il faut dès lors réfléchir au bien-fondé d'une analyse qui prendrait en considération l'atteinte portée à la rentabilité de l'accès au marché (1), avant d'aborder sa mise en œuvre (2).

1. Le bien-fondé d'une analyse de la restriction centrée sur l'efficacité de l'accès au marché

Un opérateur économique utilise une liberté de circulation afin d'en tirer profit. À première vue, il semble pertinent de reconnaître une restriction à l'une de ces libertés en considération de l'impact d'une réglementation sur la rentabilisation de l'opération, c'est-à-dire sur l'efficacité de cette dernière. Parallèlement, le juge communautaire de la concurrence tolère parfois certains comportements d'entreprises établies qui rendent plus difficile l'accès des concurrents au marché, en privilégiant la protection de la concurrence efficace à la protection de ces derniers. Cette idée doit être cependant être envisagée avec précaution.

Le fondement de l'attachement de la Cour de justice à mettre l'accent sur l'effet dissuasif d'une réglementation nationale est lié au fait qu'un opérateur économique implanté dans un autre État membre court le risque de la non-rentabilité de son accès au marché sur le territoire

¹⁵⁷¹ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, A. V. aussi, *infra*, la non-pertinence d'une consécration d'un droit d'accès au marché, *in* Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A.

¹⁵⁷² Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour le 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 1376, pt 23. Est établie la distinction entre les réglementations nationales qui cloisonnent déjà par elles-mêmes un marché national, pour lesquelles l'article 28 est automatiquement applicable et qui s'apparentent selon la Commission à une restriction quantitative, et les mesures nationales qui se bornent à rendre l'accès du marché national plus difficile, pour lesquelles l'interdiction visée à l'article 28 n'est applicable que s'il ressort du contexte juridique et économique général qu'elles compromettent l'interpénétration économique des marchés nationaux. Comme le remarque R. KOVAR, *in* art. préc. note 1362, sp. 228, en réf. à ces conclusions, le critère de compartimentage du marché défendu par l'avocat général entraîne une classification des mesures nationales différente de celle issue de l'arrêt *Keck*. R. KOVAR remarque en outre (n.b.p. 80) que, « à la différence de la Cour dans l'arrêt *Keck* (...), l'avocat général (...) ne dit pas expressément si l'accentuation de la difficulté de l'accès au marché doit être appréciée par rapport à des produits nationaux ». L'utilisation du critère de l'accès au marché proposée ici implique cette comparaison mais s'inspire de la distinction proposée par l'avocat général.

d'un autre État membre. D'après l'avocat général VAN GERVEN¹⁵⁷³, la prise en compte de l'effet dissuasif suppose en effet de s'intéresser à un accès rentable au marché, qu'on peut assimiler à un accès efficace au marché¹⁵⁷⁴. Ceci ressort aussi, notamment, d'un arrêt de manquement prononcé à l'encontre des Pays-Bas. Selon la Cour, « *le contrôle en vue de l'identification des véhicules (...) n'est pas susceptible d'avoir un quelconque effet dissuasif sur l'importation d'un véhicule dans cet État membre ou de rendre une telle importation moins intéressante* »¹⁵⁷⁵. Encore faut-il que l'atteinte à l'accès rentable au marché soit démontrée d'une manière telle que le contrôle ne soit pas trop large.

À cet égard, la prise en considération de l'accès rentable au marché est d'abord entendue d'un point de vue microéconomique :

« un prix maximal (...) constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, notamment lorsqu'il est fixé à un niveau tellement bas que – compte tenu de la situation générale des produits importés comparées à celle des produits nationaux – les opérateurs désirant importer le produit dont s'agit dans l'État membre concerné, ne pourraient le faire qu'à perte »¹⁵⁷⁶.

Inversement, une mesure nationale qui n'empêche pas un accès rentable au marché ne serait pas restrictive¹⁵⁷⁷. Cependant, une simple réduction des marges de rentabilité de l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation ne peut conduire à la qualification de la réglementation qui induit cette réduction, de restriction au sens du Traité¹⁵⁷⁸. En parallèle, le critère de la non-rentabilité d'une entreprise n'est pas pertinent pour établir sa position dominante en droit de la concurrence¹⁵⁷⁹, et l'éviction d'un concurrent non efficace du marché peut être le fruit d'une compétition normale sur le marché, sans que le comportement de l'entreprise dominante sur celui-ci ne soit nécessairement appréhendé par le droit de la concurrence.

¹⁵⁷³ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour le 1^{er} arrêt *B & Q*, préc. note 1376, pt 18.

¹⁵⁷⁴ V. à ce sujet les distinctions à opérer entre un accès efficace et un accès effectif au marché, étudiées in Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction.

¹⁵⁷⁵ Arrêt *Commission c. Pays-Bas*, C-297/05, préc. note 1471, pt 63.

¹⁵⁷⁶ CJCE, 26.2.1976, *R. Tasca*, 65-75, *Rec.*, p. 291, pt 13, 4^e al. Dans le même sens, à propos d'un régime de blocage des prix, v. CJCE, 6.11.1979, *Ministère public c. J. Danis e.a.*, 16 à 20-79, *Rec.*, p. 3327, pt 7.

¹⁵⁷⁷ Cette idée est développée in Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 2.

¹⁵⁷⁸ En ce sens, v. concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt *CaixaBank France*, préc. note 1392, pt 44, l'avocat général s'exprimant eu égard au critère de l'effet dissuasif.

¹⁵⁷⁹ V. not. TPI, 7.10.1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, T-228/97, *Rec.*, p. II-2969, pt 102, qui rappelle « qu'une rentabilité temporairement nulle et même des pertes ne sont pas incompatibles avec une position dominante ».

Dans ce cas, une analyse économique de l'entrave impliquerait de se demander de quelle manière une réglementation litigieuse affecte l'efficacité de l'accès au marché, l'accès étant entendu dans un contexte concurrentiel. L'accès efficace au marché doit, ainsi, être envisagé d'un point de vue macroéconomique. Or, le fait que les réglementations en cause soient d'application générale se prête à des considérations macroéconomiques.

Il s'agirait d'abord d'évaluer l'impact de la réglementation sur l'efficacité de l'accès au marché du point de vue de l'offre, c'est-à-dire d'évaluer la possibilité pour un opérateur établi dans un autre État membre de pénétrer profitablement le marché afin de concurrencer les opérateurs établis. La comparaison des coûts que la réglementation fait peser sur les opérateurs établis et implantés dans un autre État membre peut constituer un facteur dans l'analyse¹⁵⁸⁰. Il s'agit d'identifier une protection de l'activité nationale à travers l'application de la règle. Ensuite, il conviendrait d'étudier l'effet de la mesure sur la demande. Il faudrait alors apprécier si la mesure litigieuse empêche l'accès de nouveaux opérateurs au marché de telle manière que les choix des consommateurs sont limités. Cela permettrait d'évaluer si la mesure litigieuse fige les habitudes des consommateurs à l'avantage de l'activité nationale, ces derniers bénéficiant *a priori* d'une intensification de la concurrence sur le marché.

Cela entraînerait une définition raisonnable de la restriction à l'accès au marché au sens du Traité, en ce que le juge national estimerait contraire au droit communautaire les seules mesures qui restreignent davantage l'accès à un marché national d'opérateurs qui font usage de leur liberté. Cette interprétation en termes d'effet sur l'offre et sur la demande ne doit cependant pas se traduire par la qualification des seules entraves qui affectent le volume des échanges. L'avocat général TESAURO considère à cet égard que :

« Le critère de l'arrêt Dassonville ne peut et ne doit pas être interprété de manière à inclure dans la notion d'effet équivalent les dispositions nationales qui, du fait qu'elles ont une incidence sur l'offre et/ou la demande et donc, mais pour cette seule raison, sur le volume des ventes, peuvent entraîner une réduction du volume des importations, en l'absence donc de toute difficulté pour la circulation des produits visés à l'intérieur de la Communauté et de tout rapport avec la diversité des législations concernées »¹⁵⁸¹.

Si le juge national procède à une analyse de l'affectation de l'offre et de la demande, cette démarche ne semble fidèle au sens des Traités communautaires que si elle s'effectue dans le

¹⁵⁸⁰ Sous réserve, évidemment, des nuances apportées *supra* à l'utilisation du critère des frais supplémentaires.

but d'établir avec précision que l'activité nationale est favorisée par la règle ; il ne s'agit pas seulement de savoir seulement si les échanges sont affectés¹⁵⁸². Ce qui compte est alors l'analyse du marché. Seule la détermination précise de l'effet protecteur d'une réglementation nationale éviterait à ce critère d'englober toute mesure qui affecte les échanges¹⁵⁸³.

2. La mise en œuvre d'une qualification des réglementations nationales en fonction de l'atteinte portée à un accès efficace au marché

La Cour de justice semble accorder de plus en plus d'intérêt au critère de l'accès efficace au marché¹⁵⁸⁴. Dans l'arrêt *Caixabank*, la CJCE explique de quelle manière une société implantée en Espagne pourrait être dissuadée de pénétrer le marché français des banques, en raison de l'interdiction de la rémunération des comptes de dépôts à vue. Cette réglementation affecte les établissements de crédit, filiales de sociétés étrangères, dans la collecte de capitaux auprès du public :

« en les privant de la possibilité de livrer une concurrence plus efficace aux établissements de crédit traditionnellement implantés dans l'État membre d'établissement, dotés d'un réseau d'agences étendu et disposant, partant, de plus grandes facilités que lesdites filiales pour recueillir les capitaux auprès du public »¹⁵⁸⁵.

Ceci conjugue opportunément concurrence et accès au marché. La solution semble néanmoins assez fragile, dans la mesure où la Cour de justice n'explique pas en quoi la rémunération des comptes à vue constitue un moyen efficace d'accéder au marché. La décision retenue aurait paru mieux fondée si la CJCE avait démontré une restriction du côté de la demande des services proposés par la banque espagnole. La question de savoir si un accès rentable au marché eût été possible en proposant de manière plus compétitive les mêmes services que ceux offerts par les banques établies n'est pas non plus abordée.

¹⁵⁸¹ Concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt *Hünernmund*, préc. note 1344, pt 28.

¹⁵⁸² L'affectation du commerce entre États membres, est une condition d'applicabilité du droit communautaire de la concurrence, mais n'entre pas directement en ligne de compte dans la qualification d'une restriction à la concurrence.

¹⁵⁸³ En effet, une vision large de l'atteinte à un accès efficace au marché considérerait que toute réglementation rend l'accès moins rentable qu'en l'absence totale de réglementation.

¹⁵⁸⁴ Au-delà des arrêts mentionnés ci-après, v. également concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour l'arrêt *Burmanjer*, préc. note 1363, pt 87. V. aussi l'arrêt *DocMorris*, préc. note 1344, pt 72, qui est également rendu en fonction de considérations relatives à la pénétration « efficace » du marché.

¹⁵⁸⁵ Arrêt *Caixabank*, préc. note 1392, pt 13.

L'arrêt prononcé dans l'affaire *Cipolla* fait référence également à l'efficacité de la concurrence menée par les avocats implantés dans d'autres États membres¹⁵⁸⁶. Si on le compare à l'arrêt *Caixabank*, l'arrêt *Cipolla* semble cependant plus satisfaisant d'un point de vue économique. La CJCE qualifie de restriction à la libre prestation des services la réglementation italienne qui interdit aux avocats de déroger par convention aux honoraires minimaux fixés par un tarif national. Cette règle restreint l'accès des avocats établis dans un autre État membre au marché italien des prestations juridiques, non seulement en ce que la réglementation « *prive [ces derniers] de la possibilité de livrer, par la demande d'honoraires inférieurs à ceux fixés par le tarif, une concurrence plus efficace aux avocats installés de façon stable* »¹⁵⁸⁷ en Italie, mais aussi en ce qu'elle « *limite le choix des destinataires de services en Italie* »¹⁵⁸⁸ qui pourraient recourir aux services offerts à prix moindre par les avocats implantés dans un autre État membre. Cette décision permet non seulement d'intensifier la concurrence sur le marché, mais aussi de satisfaire la demande des consommateurs. Ainsi, une réglementation qui échappe à l'application de l'article 81 TCE n'en reste pas moins soumise au contrôle de ses « *effets anticoncurrentiels* » dans le cadre de la libre circulation¹⁵⁸⁹.

La prise en considération du contexte concurrentiel solidifie donc les arrêts de la Cour de justice en ce que cela permet d'apprécier de manière qualitative l'effet restrictif d'une mesure nationale sur l'accès au marché d'opérateurs implantés dans d'autres États membres.

Conclusion du chapitre 2

L'ensemble de ces développements met en évidence les différents critères économiques qui sont à la disposition du juge de la libre circulation pour déterminer l'intensité de l'effet

¹⁵⁸⁶ CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421. La réglementation étatique, en raison de l'application de la théorie de la délégation développée dans les concl. av. gén. M. MADURO aux pts 31 à 40, échappe à l'application des articles 10 et 81 CE (sp. pt 48 de l'arrêt). Pour une approche critique de cet aspect, v. not. J.-B. BLAISE et L. IDOT, « Concurrence – Articles 81 et 82 CE (1^{er}.7.2006 – 31.12.2007) », *RTDE*, 2008, p. 312, sp. pts 8 et 133. Selon J.-B. BLAISE, « le vrai motif, dans le cas d'un projet homologué par la puissance publique, serait plutôt que l'accord est absorbé par la mesure étatique dont il n'est que la préparation » (pt 133).

¹⁵⁸⁷ Arrêt *Cipolla*, cité note précédente, pt 59, en réf., par analogie, à l'arrêt *Caixabank*, préc. note 1392, pt 13. V. aussi concl. av. gén. M. MADURO présentées pour cet arrêt, pt 73 : « les avocats établis dans d'autres États membres sont privés d'un moyen particulièrement efficace pour entrer sur le marché italien ».

¹⁵⁸⁸ *Idem*, pt 60. V. aussi concl. av. gén. M. MADURO présentées pour cet arrêt, pt 65.

¹⁵⁸⁹ Selon L. IDOT, in J.-B. BLAISE et L. IDOT, art. préc. note 1586, pt 8, « il suffit que l'État conserve un pouvoir de décision pour que les effets anticoncurrentiels de sa législation échappent à tout contrôle ». Il nous semble que la prise en considération de la concurrence au stade la qualification d'une restriction à la libre circulation permet de pallier opportunément ce risque.

restrictif d'une réglementation nationale qui pèse sur les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. Au-delà de la nécessité que ces effets soient réels et non pas trop aléatoires, il convient de prendre en considération l'effet d'une réglementation sur le volume des importations ou des exportations, les modes alternatifs qui permettent d'accéder au marché, les frais supplémentaires qu'implique l'importation d'un service ou d'un produit. Ces critères sont donc quantitatifs, ils doivent amener le juge communautaire à ne pas qualifier au regard du Traité une réglementation qui n'entrave pas davantage l'accès des opérateurs étrangers ou nationaux au marché national, quand bien même cette règle constitue une gêne dans l'échange économique. Cependant, les entraves minimales ou potentielles dont l'effet protecteur est démontré constituent des restrictions au sens du Traité. L'essentiel consiste alors à établir un effet protecteur des réglementations nationales mises en cause. Cet effet peut d'abord dépendre de l'effet de la réglementation sur l'offre de biens ou de services. Il convient aussi, lorsque cette protection du marché n'est pas explicite, d'étudier l'effet d'une mesure nationale sur la diversité des produits et services offerts aux consommateurs, ainsi que sur leur réaction à l'arrivée d'un produit nouveau. Seule une appréciation complète des conditions des échanges sur le marché permet au juge communautaire d'apprécier correctement l'effet restrictif d'une réglementation nationale.

Au vu de ces éléments, il semble donc nécessaire d'analyser les entraves à la libre circulation sous un angle économique. Le résultat peut alors consister à ne pas protéger l'opérateur qui fait usage de la libre circulation ou qui l'invoque en l'espèce. En effet, il s'agit de répondre à la question de savoir si la réglementation nationale fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux établis sur le marché¹⁵⁹⁰, d'une manière telle que l'usage d'une liberté de circulation par un opérateur économique efficace, aux fins d'accéder au marché affecté par la règle litigieuse, serait moins intéressant ou sans intérêt. Dans cet esprit, la question de l'efficacité de l'accès au marché semble essentielle. Ceci impliquerait que l'application de la libre circulation se fasse dans l'objectif explicite d'assurer une allocation efficace des ressources¹⁵⁹¹. L'analyse de l'impact d'une mesure nationale à la fois sur l'offre

¹⁵⁹⁰ Ceci pose les jalons d'un rapprochement des droits de la libre circulation et de la concurrence. Ce dernier tend en effet à évoluer vers une utilisation accrue de l'analyse économique, qui permet de ne pas protéger nécessairement l'opérateur qui accède au marché mais de garantir l'accessibilité efficace du marché pertinent.

¹⁵⁹¹ Selon N. BERNARD, art. préc. note 1438, p. 26, « en ouvrant les frontières, il s'agit d'assurer une meilleure allocation des ressources, d'une part en soumettant les entreprises établies dans un État membre à la concurrence et d'autre part en leur permettant d'atteindre une taille optimale en réalisant des économies d'échelle ». La définition de l'accès au marché proposée par P. CRAIG et G. de BÚRCA, préc. dans le corps de texte qui renvoie à la note 1510, intègre cet objectif. Selon J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », *in Dix ans de*

et à la demande montre que la jurisprudence est tout à fait à même de s'engager dans cette voie.

Il convient alors de se demander de quelle manière une analyse du marché, récurrente en droit de la concurrence, pourrait être menée pour qualifier une entrave à la libre circulation en fonction du critère de l'accès au marché. Cela semble constituer le moyen le plus adéquat pour évaluer le caractère substantiel de l'effet d'une législation nationale sur l'accès au marché des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. L'analyse économique de l'entrave à l'accès au marché est donc nécessaire. Il faut alors réfléchir non seulement à son contenu exact, mais aussi à son incidence sur la qualification et la justification des mesures nationales restrictives des échanges.

Conclusion du Titre 2

Les droits de la concurrence et de la libre circulation évoluent d'une manière parallèle. Les entraves aux échanges économiques tendent en effet à être appréciées à la fois du côté de l'offre et de la demande. Dans chacun de ces blocs jurisprudentiels, le juge se préoccupe non seulement de l'accès au marché, mais aussi de la concurrence qui s'exerce sur ce marché. De même, dans chacune de ces sphères, la protection de la diversité des choix offerts aux consommateurs et la promotion de leur bien-être semblent désormais essentielles dans la jurisprudence récente.

L'utilisation du critère de l'accès efficace au marché représente à cet égard le trait d'union de l'appréciation juridictionnelle des entraves privées et publiques aux échanges. En effet, ce critère permet de s'intéresser non seulement à la profitabilité de l'accès au marché d'un nouvel opérateur, mais aussi à l'avantage que les consommateurs peuvent tirer d'une intensification de la concurrence. L'atteinte à un accès efficace au marché est donc un aspect

jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Verlag, Berlin, 1965, not. p. 16 (cité in L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel – Mél. A. Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 277, sp. 280), le traité « assigne pour but à la Communauté l'établissement de conditions assurant par elles-mêmes la répartition rationnelle de la production au niveau le plus élevé ». V. aussi G. SCHRANS, « The instrumentality and the morality of European economic law », *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 383, sp. 385-386, l'allocation optimale des ressources constituant selon cet auteur l'objectif de la libéralisation des échanges. Aussi pertinent soit-il, cet angle d'approche n'est, sauf erreur de notre part, pas explicitement relayé par la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine de la libre circulation. Pour ce qui concerne le droit de la concurrence, v. not. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction.

essentiel dans la caractérisation d'une restriction à la concurrence efficace, que cette restriction soit de nature publique ou privée.

Conclusion de la première partie

Le contrôle traditionnel des restrictions étatiques et privées aux échanges laisse une place égale à l'accès au marché, qui consiste soit à protéger l'opérateur qui circule, soit l'opérateur concurrent. Même si cet objectif est fidèle à l'objectif d'intégration des marchés nationaux en un marché unique, cette appréhension formelle des obstacles aux échanges est critiquable d'un point de vue économique.

Le développement de l'appréciation économique des restrictions aux échanges en termes d'accès au marché affecte indéniablement le droit de la concurrence. L'appréciation économique des entraves à l'accès au marché touche aussi le contrôle des mesures étatiques restrictives de la libre circulation. Dans chacun de ces domaines, il est dorénavant essentiel de qualifier une entrave publique ou privée à l'accès au marché de restriction au sens du Traité en fonction de l'effet de la pratique ou de la réglementation litigieuse sur le marché. L'entrave à l'accès au marché doit donc faire l'objet d'une analyse économique avant toute qualification juridique. Il convient alors non seulement d'étayer quels seraient le contenu d'une telle analyse en droit de la libre circulation, mais aussi d'examiner les enjeux de cette nouvelle approche sur l'unification du droit du marché intérieur.

II^{ème} partie : Les enjeux d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché sur l'unification du droit du marché intérieur

Les lignes communes que l'on observe dans la qualification des mesures nationales et pratiques d'entreprises de restrictions à l'accès au marché au sens du Traité permettent d'aborder la « complémentarité »¹⁵⁹² entre le droit de la libre circulation et celui de la concurrence. Certes, droits de la libre circulation et de la concurrence ne se confondent pas¹⁵⁹³. Or, par-delà des différences inéluctables, les deux sphères principales du droit

¹⁵⁹² WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de la concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », in CAPOTORTI F., EHLERMANN C.-D., FROWEIN J., JACOBS F., JOLIET R., KOOPMANS T., KOVAR R. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration – Mélanges P. Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 781.

¹⁵⁹³ V., par ex., concl. av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt CJCE, 6.4.1995, *RTE et ITP c. Commission (Magill)*, C-241 et C-242/91P, *Rec.*, p. I-743, pt 43 : « Les articles [28] et [30] s'adressent aux États membres et permettent d'apprécier si des réglementations nationales entravent la circulation des marchandises. L'article [82] s'adresse à des en position dominante dont le comportement commercial doit répondre à des exigences plus strictes que pour les autres entreprises. Les analyses à conduire et les critères à appliquer ne sont donc pas les mêmes dans le cas des articles [28] et [30] et dans celui de l'article [82]. Un examen au titre des articles [28] et [30] est général et vaut pour tous les cas soumis à la réglementation en cause, alors qu'une analyse sur la base de l'article [82] ne porte que sur un cas bien particulier et tient compte de toutes les circonstances spécifiques à ce cas »

matériel communautaire participent ensemble à l'objectif de décloisonnement des marchés nationaux que sous-tend l'établissement du marché intérieur. Selon l'avocat général LENZ,

« [les articles 28 et 81] sont formulés en termes différents, pas seulement parce qu'ils s'adressent à des destinataires différents (respectivement, les États membres et les entreprises), ce qui fait qu'ils ont en vue d'autres types d'entraves (respectivement, les mesures nationales et les ententes). (...) Or, ces différences ne changent rien au fait que les deux articles précités (ainsi que d'autres articles) poursuivent le même but fondamental, tel qu'il est énoncé aux articles 2 et 3 du traité [CE], à savoir l'établissement et le maintien d'un marché commun (et le rapprochement des politiques économiques des États membres). À cet effet, ils prohibent (entre autres) respectivement les mesures nationales et les accords entre entreprises qui, dans le commerce interétatique, sont responsables du compartimentage du marché commun en marchés nationaux distincts »¹⁵⁹⁴.

La lutte contre ces compartimentages des marchés touche autant le droit de la libre circulation que le droit de la concurrence. Ces affirmations pourraient être généralisées quelle que soit la règle du droit de la concurrence ou du droit de la libre circulation applicable. En effet, libre circulation et libre concurrence constituent « *les deux piliers du Marché commun* »¹⁵⁹⁵. Dès lors, l'identité de l'objectif poursuivi par l'appréhension des entraves publiques et privées à l'accès au marché justifie une analyse de la complémentarité dans leur qualification de restriction au sens du Traité et dans leur régime.

En prenant acte de la nécessité d'un examen de l'effet des réglementations sur le marché¹⁵⁹⁶, il s'agit ici de démontrer que le développement de l'analyse économique des entraves étatiques aux échanges contribue à l'unicité de la définition économique de la restriction à l'accès au marché. En effet, droits de la concurrence et de la libre circulation partagent la nécessité de délimiter le marché¹⁵⁹⁷. Dans la mesure où l'incidence de l'entrave litigieuse sur la concurrence qui s'exerce sur le marché est décisive, la qualification d'une restriction à l'accès au marché au sens du Traité dépend ainsi de l'atteinte portée à un accès efficace au

¹⁵⁹⁴ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour l'arrêt CJCE, 23.11.1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, C-145/88, *Rec.*, p. I-3851, pt 22. V. aussi M. WAELBROECK, art. cité note précédente, sp. p. 793, qui rappelle que « tant les règles sur la libre circulation des marchandises que les règles de concurrence tendent à la réalisation d'un objectif unique, à savoir la création du marché commun ». L'auteur se réfère à l'arrêt CJCE, 10.1.1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e.a. c. SARL "Au blé vert" e.a. (Leclerc-livres)*, 229-83, *Rec.*, p. 1, pt 9.

¹⁵⁹⁵ STUYCK J., « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », in *Mél. M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, p. 1477.

¹⁵⁹⁶ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 2.

¹⁵⁹⁷ V. *infra* Partie 2, Titre 1, Ch. 1.

marché. Il s'agit ici d'examiner dans quelle mesure cette observation est pertinente, aussi bien sur les marchés pleinement concurrentiels que sur ceux qui obéissent à un processus de libéralisation, quelle que soit la nature de l'entrave en cause¹⁵⁹⁸. Or, réfléchir à l'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès au marché emporte des conséquences remarquables quant aux régimes juridiques des restrictions privées et publiques apportées à l'accès au marché.

Ainsi, l'unification du droit du marché intérieur ressort d'abord d'une définition économique de la restriction à l'accès au marché. Le marché pertinent doit en effet être délimité au préalable, quelle que soit la nature de l'entrave, dans le but de dépasser une réflexion en termes d'accès au marché *stricto sensu*. Notre propos consiste alors à démontrer qu'il est essentiel de prendre en considération la concurrence qui s'exerce sur le marché, avant de qualifier juridiquement une restriction à l'accès au marché au sens du Traité. On peut alors étudier l'unicité de la définition économique de la restriction à l'accès au marché (Titre 1). Par ailleurs, l'unification du droit du marché intérieur s'observe en tant qu'il est possible de ne pas qualifier ou de justifier une mesure nationale ou une pratique litigieuse de restriction à l'accès au marché au sens du Traité, non seulement au moyen de considérations relatives à l'intérêt général, mais aussi par le biais de considérations relatives à l'efficacité économique. Il convient alors d'étayer la complémentarité des régimes juridiques de la restriction à l'accès au marché (Titre 2).

¹⁵⁹⁸ Ceci fait l'objet des développements qui figurent *in* Partie 2, Titre 1, Ch. 2.

Titre 1 : L'unicité de la définition économique de la restriction à l'accès au marché

La nécessité d'apprécier la restriction à la libre circulation ou à la libre concurrence en fonction de l'effet produit par une règle ou un comportement sur le marché constitue le « soubassement » d'une définition économique de la restriction à l'accès au marché en droit du marché intérieur. Or, une telle définition requiert que le marché pertinent soit délimité au préalable, cette délimitation constituant en effet la base de toute analyse économique du marché¹⁵⁹⁹. Dans la mesure où cette délimitation a lieu en droit de la concurrence, procéder à une telle délimitation en droit de la libre circulation participerait à l'unicité de la définition économique de l'entrave à l'accès au marché en droit du marché intérieur (chapitre 1). La détermination économique d'une restriction à l'accès au marché au sens du Traité instituant la Communauté européenne dépend, ensuite, des conditions de concurrence qui s'exerce sur ce marché. Aujourd'hui, le juge du droit du marché intérieur dépasse la fonction de protection de l'accès au marché. Il ne protège plus seulement l'accès du concurrent ou de l'opérateur qui fait usage d'une liberté économique ; il tend en effet à réguler l'échange économique. Il convient alors d'étudier l'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès au marché en droit du marché intérieur (chapitre 2).

Chapitre 1 : La délimitation du marché pertinent, élément de convergence des droits de la libre circulation et de la concurrence

L'établissement du marché intérieur nécessite à la fois des règles relatives à la libre circulation et à la libre concurrence, mais ces règles n'ont pas le même objet. La condamnation d'une réglementation nationale restrictive de la libre circulation vise à corriger les effets délétères de cette réglementation sur le marché. En revanche, la condamnation du comportement d'une entreprise en vertu du droit de la concurrence consiste à organiser le

¹⁵⁹⁹ V. le « contenu-type » d'une analyse économique, énoncé dans l'introduction générale, sous III, en réf. à F. JENNY, « Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence », *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 27, sp. 29.

marché afin de garantir des conditions saines de concurrence entre les acteurs présents sur celui-ci. On pourrait dès lors affirmer que le droit de la libre circulation régit un espace politique statique, cet espace étant encadré par des règles étatiques, « figées », qui doivent être respectées par tous les opérateurs économiques. De son côté, le droit de la concurrence régit un espace économique mouvant, cet espace évoluant au gré des comportements des entreprises sur le marché. *A priori*, il n’y a pas d’interchangeabilité entre les deux domaines dans la mesure où il ne s’agirait pas du « même marché » en droit de la libre circulation et en droit de la concurrence.

Or, les développements précédents témoignent d’une forme de convergence des droits de la concurrence et de la libre circulation, qui dépasse l’utilisation conjointe du critère de l’accès au marché dans chacun de ces deux domaines. L’amélioration de l’interpénétration économique déplace le focus en droit de la libre circulation. À l’image du droit d’établissement qui intéresse aussi bien l’accès que l’exercice d’une profession, les réglementations restrictives de la libre circulation ne constituent plus seulement des limitations de l’accès au marché, mais également des entraves à la concurrence entre les opérateurs économiques sur le marché. Certes, les réglementations peuvent comporter un objet restrictif, mais l’exercice le plus délicat pour le juge est d’identifier un effet restrictif particulier pour l’opérateur qui fait usage d’une liberté de circulation, quel qu’il soit. Cela oblige le juge à scruter l’échange économique afin d’identifier une distorsion du jeu de la concurrence à l’avantage des opérateurs nationaux et, partant, à analyser économiquement l’entrave à l’accès au marché. Pour ce faire, une délimitation préalable du marché pertinent est requise. En effet, « *une simple référence au marché, si elle n’est pas contextualisée, ne permet pas de décrire de manière satisfaisante le fonctionnement de l’économie* »¹⁶⁰⁰. La délimitation du marché pertinent semble donc nécessaire en droit de la libre circulation. Elle constituerait un aspect tangible de la complémentarité entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence, dans la mesure où une telle délimitation est récurrente dans ce domaine¹⁶⁰¹.

La nécessité d’une délimitation du marché pertinent en droit de la libre circulation se situe aux conflits d’une prise en considération de critères quantitatifs en droit de la libre circulation

¹⁶⁰⁰ RAINELLI M., « L’ordre concurrentiel, approche d’un économiste », in *L’ordre concurrentiel – Mél. A. Pirovano*, Éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 13, sp. 21.

¹⁶⁰¹ Ceci est nuancé *infra*, Section 2, I.

et d'une utilisation pertinente du critère de l'accès au marché. En effet, la détermination de l'intensité de l'effet que produit une réglementation sur l'opérateur qui circule¹⁶⁰², doit être réalisée dans l'objectif d'identifier une protection du marché local que ce dernier entend concurrencer. La nécessité de cette délimitation ressort alors de la considération selon laquelle des questions de concurrence sont posées lors de l'appréciation du juge en droit communautaire de la libre circulation. Selon David O'KEEFFE et Antonio BAVASSO,

« Délibéré ou non, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la Cour s'est détachée de l'idée de la nationalité qui est à la base de la discrimination et fonde de plus en plus ses analyses sur l'idée de marché en termes économiques plutôt qu'en termes physiques. Cela constitue un aspect positif. Le concept de marché doit être interprété (...) comme l'une des facettes et des bases sur lesquelles la véritable idée de l'Union repose »¹⁶⁰³.

Or, le concept de marché ne prend pas seulement de l'importance en matière de libre circulation des marchandises. « *L'extension de la sphère du marché* »¹⁶⁰⁴, voire son « *invasion* »¹⁶⁰⁵, affecte aussi le droit de la libre circulation au sens large. Le marché est européen. Par conséquent, la prise en considération par les législateurs nationaux de la mobilité des moyens de production au moment d'édicter une nouvelle règle afin d'ouvrir les marchés nationaux à la concurrence européenne, signifie que l'appréciation de ces réglementations ne peut plus se faire indépendamment des questions de concurrence. C'est ce qui ressort de l'opinion défendue par l'avocat général MADURO :

« Il est certes vrai que l'ouverture des marchés nationaux qu'imposent les dispositions communautaires relatives à la liberté de circulation peut aussi avoir, en certains cas, un effet de libéralisation des économies nationales. La raison en est qu'il est souvent difficile de distinguer entre une mesure qui vise à protéger les opérateurs nationaux de la concurrence extérieure et une mesure

¹⁶⁰² En ce sens, v. en particulier A. TRYFONIDOU, « Was Keck a half-baked Solution After All? », *LIEI*, 2007, p. 175, sp. 181-182 (à l'issue d'une analyse de la jurisprudence rendue à l'issue de l'arrêt *Keck et Mithouard* en libre circulation des marchandises) : « [l]e test pour décider si une situation tombe dans le champ d'application du TCE devrait simplement consister à se demander s'il y a un effet substantiel sur la libre circulation des marchandises. La seule explication plus approfondie qui devrait être donnée serait qu'un tel effet peut être prouvé de deux manières : soit l'application de la législation contestée résulte d'une discrimination à l'encontre des situations transfrontières, soit, en l'absence de discrimination, un impact substantiel sur la circulation nationale des marchandises peut être prouvé en suivant une analyse économique du marché pertinent », notre traduction.

¹⁶⁰³ O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F., « Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line », in O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F. (dir.), *Judicial Review in European Union Law*, *Mél. Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 2000, p. 541, sp. 550, notre traduction.

¹⁶⁰⁴ RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel, approche d'un économiste », préc. note 1600, sp. 15-16.

¹⁶⁰⁵ IDOT L., « la notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel » in *Mél. A. Pirovano*, ouvrage préc. note 1600, p. 523, sp. 524.

qui protège certains opérateurs établis sur le marché national de toute concurrence potentielle sur ce marché. Ainsi, une mesure étatique qui protège certains opérateurs nationaux d'une concurrence interne les protège aussi souvent de la concurrence extérieure. Cela explique que certaines mesures jugées attentatoires à la liberté de l'activité économique dans un marché national peuvent aussi être considérées comme restreignant l'accès des opérateurs extérieurs sur ce marché. Tel est le cas de mesures qui, sans créer de discriminations à l'encontre de produits, de services, d'entreprises ou de travailleurs provenant des autres États membres, protègent le « statu quo » sur le marché national et, de ce fait, rendent plus difficile l'accès de nouveaux opérateurs économiques à ce marché. Dans la mesure où les objectifs du marché intérieur exigent non seulement de lutter contre les discriminations exercées en raison de la nationalité, mais également d'ouvrir les marchés nationaux à de nouveaux produits, services ou opérateurs économiques, il est évident que leur application peut avoir un certain effet de libéralisation des économies nationales »¹⁶⁰⁶.

L'application des règles de la libre circulation favorise la libéralisation des économies nationales, de sorte que les opérateurs nationaux sont soumis à une concurrence accrue venue des autres États membres. Ces propos orientent notre approche, qui implique de définir au préalable la notion de marché.

On retiendra simplement de cette notion ¹⁶⁰⁷ qu'il s'agit du « lieu où s'exerce [la concurrence] »¹⁶⁰⁸. Selon Philippe MADDALON, « le lieu de rencontre entre l'offre et la demande » reflète d'abord une « réalité économique »¹⁶⁰⁹. L'auteur précise que le marché comporte aussi une « dimension sociologique et juridique. (...) [Il] signifie également l'affirmation d'un lien social particulier, selon lequel les relations entre les individus seraient essentiellement motivées par la recherche du gain et de l'intérêt »¹⁶¹⁰. De plus, la définition jurisprudentielle du marché constitue la « moyenne mesure entre le minimum et le maximum de prévisibilité souhaitables dans un ordre juridique marchand »¹⁶¹¹. Ainsi, la délimitation d'un marché de référence comporte une part d'arbitraire, mais cette opération limite

¹⁶⁰⁶ Concl. av. gén. M. MADURO présentées le 30.3.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE* (C-158/04) et *Carrefour Marinopoulos AE* (C-159/04) c. *Elliniko Dimosio et Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, Rec., p. I-8135, pt 38.

¹⁶⁰⁷ V. en particulier la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO n° C 372 du 9.12.1997, p. 5. Pour une analyse, v. par ex., R. WHISH, *Competition Law*, LexisNexis – Butterworth, Londres, 5° éd., 2003, sp. p. 29. La Commission précise les éléments d'appréciation sur lesquels s'appuie la définition des marchés en cause en droit de la concurrence.

¹⁶⁰⁸ RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel, approche d'un économiste », préc. note 1600, p. 14.

¹⁶⁰⁹ MADDALON P., « La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne dans la jurisprudence de la CJCE », in HERVOUËT F. (dir.) *Démarche communautaire et construction européenne, dynamique des méthodes*, vol. 2, Travaux de la CEDECE, 2000, La documentation Française, Paris, p. 79.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ *Idem*, p. 81.

l'incertitude économique et juridique. *A contrario*, l'absence de délimitation du marché dans les cas où l'analyse de l'échange économique est nécessaire rend l'incertitude maximale.

Il s'agit dès lors d'étudier quelle serait la plus-value d'une délimitation du marché pertinent en droit communautaire de la libre circulation. Or, la nécessité d'une telle délimitation résulte de ce que l'application du droit de la libre circulation permet de préserver des conditions saines de concurrence sur le marché (section 1). Il convient ensuite d'envisager comment cette délimitation peut être mise en œuvre en droit de la libre circulation au vu de la méthode utilisée en droit communautaire de la concurrence (section 2).

Section 1 : Le bien-fondé d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation

Certes, la préservation de conditions saines de concurrence est l'objectif que poursuit la CJCE lorsqu'elle condamne un État dont l'adoption d'une mesure altère le fonctionnement normal du régime de la concurrence, par exemple lorsqu'un État encourage l'adoption de comportements anticoncurrentiels¹⁶¹². Il s'agit ici de s'intéresser plutôt aux enjeux concurrentiels liés à l'interdiction pour un État membre de protéger son marché national en application des règles du Traité relatives à la libre circulation. En effet, la fréquente référence à la concurrence dans le bloc jurisprudentiel relatif à la libre circulation révèle une forme de conjugaison des droits de la libre circulation et de la concurrence. Sans confondre ces derniers, on peut se demander dans quelle mesure la prise en considération des aspects concurrentiels dans nombre d'arrêts relatifs aux libertés de circulation souligne la nécessité d'une délimitation du marché pertinent dans ce domaine.

La délimitation du marché en cause paraît essentielle lorsque la CJCE apprécie les conditions saines de concurrence entre opérateurs économiques, au moment de la qualification de réglementations nationales au regard des règles relatives à la libre circulation. Le juge de la libre circulation est dès lors à même de se préoccuper non seulement de l'accès au marché, mais également de l'échange marchand (I). La référence à la concurrence est cependant souvent superficielle. De plus, l'analyse de certains arrêts qui concernent le libre circulation révèle une délimitation critiquable du marché en cause. La détermination précise du marché pertinent est alors nécessaire (II).

¹⁶¹² Cette question est abordée dans l'introduction générale de la thèse, sp. sous II.

I. L'appréciation des conditions de concurrence en droit de la libre circulation

L'interdiction de la protection des activités nationales permet d'améliorer la compétition entre entreprises communautaires. Le juge communautaire de la libre circulation doit en effet mettre en œuvre l'objectif inscrit à l'article 3 g) du TCE, de sorte que la jurisprudence de la CJCE relative à la libre circulation participe de l'établissement d' « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* ». S'agissant en particulier des marchandises, la Cour de justice précise que « *cet objectif est assuré notamment tant par les articles [28] et suivants (...) que par les articles [81] et suivants* »¹⁶¹³. Ainsi, « *la prise en compte de l'aspect concurrentiel* »¹⁶¹⁴ est fréquente dans en matière de libre circulation.

Le droit communautaire condamne les avantages compétitifs conférés aux opérateurs nationaux au détriment des opérateurs communautaires (A). Il s'agit alors d'intensifier la concurrence qui s'exerce entre ces opérateurs (B).

A. La condamnation des avantages compétitifs conférés aux opérateurs nationaux

Le respect des règles relatives à la libre circulation implique pour les États membres de ne pouvoir protéger leur marché national de la concurrence des opérateurs économiques implantés dans d'autres États membres.

Même si cette réflexion est principalement axée sur la prise en considération des conditions relatives à la concurrence en droit de la libre circulation, le rapprochement du droit de la libre circulation de celui de la concurrence en lien avec l'interdiction de la protection de la production nationale est explicite dans le domaine des aides d'État. Les décisions livrées en application de l'article 87 TCE (devenu 107 TFUE) démontrent une volonté du juge communautaire de sanctionner les mesures de subventions publiques qui faussent la concurrence à l'avantage des entreprises nationales. Or, les considérations relatives à la libre circulation sont souvent essentielles dans ce domaine.

L'avocat général JACOBS considère par exemple qu'une aide octroyée par la France – la fourniture gratuite du service de l'équarrissage par une taxe sur l'achat de viande – fausse la

¹⁶¹³ CJCE, 10.1.1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e.a. c. SARL "Au blé vert" e.a. (Leclerc-livres)*, 229-83, *Rec.*, p. 1, pt 9. L'objectif est alors de créer « un marché où les marchandises circulent librement dans des conditions de concurrence non faussées ».

¹⁶¹⁴ CJCE, 19.3.1991, *France c. Commission (terminaux de télécommunications)*, C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 41, à propos de la libre circulation des marchandises. L'abrogation de l'article 3 g) TCE dans le Traité de

concurrence et affecte le commerce entre États membres, notamment parce que « *les exportations françaises de viande (...) ont bénéficié (...) d'un net avantage compétitif* »¹⁶¹⁵, tandis que « *les importations de viandes en provenance d'autres États membres, qui sont grevées des coûts de l'élimination de produits animaux dangereux dans leur État d'origine, sont rendues plus difficiles* »¹⁶¹⁶. Au-delà de la condition de l'affectation du commerce entre États membres, les aides d'État sont donc propices à l'adoption de raisonnements proches de ceux qui sont suivis en droit de la libre circulation. Un vocabulaire similaire est d'ailleurs employé dans certains arrêts relatifs principalement à une liberté de circulation.

Ainsi, la recherche de l'objet ou de l'effet protecteur des réglementations nationales conduit le juge à qualifier de restriction au sens du Traité les réglementations qui avantagent commercialement les produits ou activités nationaux ou, inversement, celles qui désavantagent les produits ou activités qui circulent (1). La position concurrentielle des opérateurs économiques qui font usage d'une liberté de circulation est alors préservée (2). Le juge de la libre circulation entre presque nécessairement dans des considérations concurrentielles, fussent-elles superficielles.

1. L'interdiction des avantages commerciaux conférés aux opérateurs nationaux

Dans les arrêts relatifs à la libre circulation, la protection de la production ou de l'activité nationale est la raison d'être de la qualification d'une réglementation nationale de restriction au sens du Traité. En ce qui concerne la libre circulation des marchandises, ceci ressort en particulier de la jurisprudence relative aux obstacles tarifaires¹⁶¹⁷, mais également de celle qui concerne les restrictions non-tarifaires relatives aux importations¹⁶¹⁸ ou aux exportations¹⁶¹⁹.

Lisbonne semble évidemment insuffisante pour revenir sur cette jurisprudence, notamment au vu du Protocole n° 27 annexé au Traité.

¹⁶¹⁵ Concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 20.11.2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. GEMO SA*, C-126/01, *Rec.*, p. I-13769, pt 85.

¹⁶¹⁶ *Idem*, pt 84.

¹⁶¹⁷ Pour une application récente, v. CJCE, 8.4.2008, *Commission c. Suède*, C-167/05, *Rec.*, p. I-2127, pt 38, dans lequel la Cour juge que la Commission n'a pas démontré à suffisance de droit que la surtaxation du vin protège la production nationale de bière. Selon P. PESCATORE, in « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 325, sp. 331, les droits de douane et taxes d'effet équivalent « ont un caractère « protecteur », par le fait qu'ils pour fonction essentielle d'assurer un avantage concurrentiel à la production nationale ».

¹⁶¹⁸ Emblématique est l'arrêt CJCE, 24.11.1982, *Commission c. Irlande (Buy Irish)*, 249-81, *Rec.*, p. 4005, pt 23.

¹⁶¹⁹ CJCE, 8.11.1979, *P. B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, 15-79, *Rec.*, p. 3409, pt 7. Constituent des mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation les réglementations « qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation, d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et le commerce extérieur de celui-ci, de

La Cour de justice fait une interprétation extensive de ce principe, puisqu'elle condamne les avantages conférés par une réglementation aux opérateurs locaux, même si les autres opérateurs nationaux sont autant affectés par la réglementation que les opérateurs communautaires qui font usage d'une liberté de circuler¹⁶²⁰.

L'interdiction de la protection de l'activité nationale stimule la concurrence entre opérateurs économiques communautaires, mais cet élément n'apparaît pas dans nombre d'arrêts.

À cet égard, la Cour de justice adopte dans l'arrêt *Prantl* une méthode de raisonnement qui rapproche le droit de la libre circulation du droit de la concurrence. Afin de déterminer l'effet protecteur d'une réglementation allemande qui interdisait d'utiliser une forme de bouteille déterminée pour commercialiser du vin qui n'était pas originaire de certaines régions allemandes, la CJCE estime que les producteurs étrangers « *seraient privés de l'avantage commercial que peut constituer pour eux l'utilisation sur le marché où s'applique la réglementation en cause du conditionnement traditionnel dans l'État ou la région d'origine* »¹⁶²¹. Les avantages commerciaux dont bénéficient les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation sont donc préservés. La protection de cet avantage commercial, qui précise seulement le raisonnement (ce passage est précédé de l'adverbe « *au surplus* »), ne ressort toutefois pas d'autres arrêts.

Le terme « avantage commercial » revêt en effet un autre sens dans le cadre des jurisprudences relatives aux importations parallèles. La CJCE a reconnu que, dans le cas où le reconditionnement du produit par l'importateur parallèle est dicté seulement par la recherche d'un avantage commercial et non pas par la nécessité d'accéder effectivement au marché, le titulaire de la marque peut exciper de son droit¹⁶²². Ainsi, cette mention relative à l'avantage commercial constitue une limite à la possibilité d'importer parallèlement des médicaments et, partant, à l'accès au marché. Elle signifie toutefois que le juge communautaire considère aussi

manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres ».

¹⁶²⁰ CJCE, 25.7.1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA et Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, aff. jtes C-1/90 et C-176/90, *Rec.*, p. 4151, pt 24 : « pour qu'elle puisse être qualifiée de discriminatoire ou protectrice, il n'est donc pas nécessaire que cette mesure ait pour effet de favoriser l'ensemble des produits nationaux ou de ne défavoriser que les seuls produits importés à l'exclusion des produits nationaux ». La Cour juge au pt 26 que la mesure nationale « n'apparaît pas (...) comme un moyen, même indirect, de protéger certaines productions nationales ».

¹⁶²¹ CJCE, 13.3.1984, *Proc. pén. c. K. Prantl*, 16-83, *Rec.*, p. 1299, pt 23.

¹⁶²² CJCE, 12.10.1999, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, C-379/97, *Rec.*, p. I-6927, pts 43 et 44. En ce sens, v. M. PIETRI, note sous cet arrêt, *Europe*, 12.1999, comm. 428, p. 19.

l'échange marchand, c'est-à-dire la compétition entre opérateurs économiques. Cette notion le conduit dès lors à apprécier la réaction des consommateurs au produit non reconditionné, cet examen étant décisif pour répondre à la question de savoir si le produit pourra effectivement accéder au marché¹⁶²³.

L'intégration de considérations concurrentielles est décisive dans ce type d'arrêts dans lesquels l'article 28 du Traité est appliqué. Ces considérations sont d'autant plus visibles lorsque le juge de la libre circulation préserve la position concurrentielle des opérateurs économiques mobiles d'un État membre à l'autre.

2. La préservation de la position concurrentielle des opérateurs économiques qui font usage d'une liberté de circulation

Sans que ces affirmations soient réellement étayées d'un point de vue économique, la CJCE poursuit de manière récurrente l'objectif qui consiste à préserver la position concurrentielle des opérateurs qui font usage de la libre circulation ou des produits ou services qui circulent.

Dans le cadre de la libre prestation des services, la Cour de justice condamne par exemple une réglementation allemande qui empêche la partie ayant obtenu gain de cause dans un litige de se faire rembourser à la fois les frais de l'avocat établi dans un autre État membre et ceux de l'avocat exerçant auprès de la juridiction nationale saisie auquel elle doit nécessairement avoir recours. Selon elle, « *une telle solution peut produire un effet dissuasif qui est susceptible d'affecter la position concurrentielle des avocats d'autres États membres* »¹⁶²⁴. La constitution d'un avocat implanté dans un autre État membre engendre en effet, selon cette réglementation, des frais supplémentaires pour un particulier puisqu'il ne peut pas se les faire rembourser. L'effet dissuasif est ici considéré à la fois côté offre et côté demande¹⁶²⁵. Par extension, on peut considérer que la CJCE condamne l'altération étatique du jeu de la concurrence qui oppose avocats nationaux et communautaires.

¹⁶²³ CJCE, 23.4.2002, *Merck, Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, C-443/99, *Rec.*, p. I-3703, pt 31 ; v. aussi, *idem*, *Boehringer Ingelheim KG e.a c. Swingward Ltd e.a.*, C-143/00, *Rec.*, p. I-3759, pts 48 à 54; Y. GAUTIER, note sous ces arrêts, *Europe*, 6.2002, comm. 225, p. 16. Ces arrêts ont été confirmés in CJCE, 26.4.2007, *Boehringer Ingelheim KG e.a. c. Swingward Ltd e.a.*, C-348/04, *Rec.*, p. I-3391.

¹⁶²⁴ CJCE, 11.12.2003, *AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH*, C-289/02, *Rec.*, p. I-15059, pt 36.

¹⁶²⁵ *Ibid* : « le fait que la partie qui a obtenu gain de cause dans un litige et qui a été représentée par un avocat établi dans un autre État membre ne peut pas se faire également rembourser, par la partie ayant succombé, les frais de l'avocat exerçant auprès de la juridiction saisie et auquel elle a eu recours, au motif que de tels frais ne seraient pas considérés comme nécessaires, est de nature à rendre moins attrayante la prestation transfrontalière des services d'avocat ».

En matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice protège également la position concurrentielle des biens qui circulent. Dans le domaine des obstacles tarifaires, « *un régime fiscal national qui tendrait à éliminer un avantage concurrentiel des produits importés par rapport aux produits nationaux serait manifestement contraire à l'article 90 CE* »¹⁶²⁶. Inversement, une sur-taxation qui n'est pas « *de nature à compromettre la position concurrentielle* » d'un produit importé est légale¹⁶²⁷.

La protection des avantages économiques des produits importés, qui démontre l'importance des considérations relatives à la concurrence entre opérateurs économiques communautaires dans ce domaine, s'observe aussi dans la qualification de certaines réglementations nationales au regard de l'article 28. La CJCE condamne par exemple dans l'arrêt *Cullet* un système national de fixation d'un prix minimal pour la vente au détail des carburants, qui « *défavorise les produits importés en les privant de la possibilité de tirer des avantages concurrentiels auprès du consommateur d'un prix de revient plus favorable* »¹⁶²⁸. La considération relative à la concurrence explique comment l'application de cette réglementation défavorise les produits importés par rapport aux produits nationaux. Dans un registre similaire, si un État soumet le droit d'utiliser la dénomination d'une boisson nationale au respect d'une teneur minimale en alcool, la qualification de mesure d'effet équivalent est retenue « *lorsque ces produits sont loyalement et traditionnellement produits et commercialisés sous cette même dénomination dans l'État membre de leur origine et qu'une information convenable des acheteurs est assurée* »¹⁶²⁹. Or, la taxation de ces produits importés, dont la teneur en alcool est moindre, sera plus faible que la taxation qui grève les produits nationaux. L'« *avantage de prix [dont bénéficient les produits importés] est sans importance* ». En effet,

« [de] telles différences de taxes et accises en vertu d'une législation nationale font partie des conditions objectives de concurrence dont chaque opérateur est libre de bénéficier pourvu que l'information des acheteurs soit assurée, ceux-ci

¹⁶²⁶ CJCE, 9.3.1995, *Fazenda Pública e.a. c. A. J. Nunes Tadeu*, C-345/93, *Rec.*, p. I-479, pt 18.

¹⁶²⁷ Concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour l'arrêt CJCE, 17.6.1999, *Société critouridienne de distribution (Socridis) c. Receveur principal des douanes*, C-166/98, *Rec.*, p. I-3791, pt 47 : « les impératifs résultant des deux directives contestées quant à la taxation de la bière ne sont certainement pas de nature à compromettre la position concurrentielle de celle-ci, même lorsqu'un État membre use de la latitude qui lui est laissée de ne pas frapper le vin d'un droit d'accise ».

¹⁶²⁸ CJCE, 29.1.1985, *H. Cullet e.a. c. Centre Leclerc à Toulouse e.a.*, 231-83, *Rec.*, p. 305, pt 29. L'analyse porte ici sur les effets d'une réglementation, au moyen d'une identification préalable des produits concurrents, c'est-à-dire d'une délimitation du marché.

¹⁶²⁹ CJCE, 26.11.1985, *Proc. pén. c. Miro BV*, 182-84, *Rec.*, p. 3731, pt 27.

étant libres de faire leur choix en fonction de la qualité et du prix des produits »¹⁶³⁰.

L'avantage concurrentiel dont bénéficient les produits importés est explicitement protégé. Les États membres ne peuvent donc pas favoriser la position concurrentielle de leur production nationale¹⁶³¹. Rien ne leur interdit au contraire de défavoriser cette dernière, fût-elle destinée à l'exportation, en la soumettant à des réglementations strictes en termes de qualité : les biens exportés peuvent être désavantagés s'ils entrent en concurrence avec des marchandises soumises à des réglementations plus souples sur le marché d'autres États membres¹⁶³². Le Traité n'interdit pas non plus de traiter plus favorablement les importations en provenance des pays et territoires d'outre-mer (ci-après PTOM). Il s'agit ici de préserver la position concurrentielle de ces produits : le Tribunal annule par exemple une disposition qui favorise davantage le riz en provenance d'États tiers par rapport au riz en provenance des PTOM¹⁶³³.

Toutes ces références à la libre concurrence ne sont pas le fruit du hasard. Elles démontrent que le juge communautaire de la libre circulation participe également de la préservation de conditions saines de concurrence dans le marché intérieur.

B. L'intensification du jeu concurrentiel par le biais de l'application du droit de la libre circulation

En condamnant les réglementations qui protègent le marché national, le juge de la libre circulation poursuit l'objectif visant à créer des conditions normales de concurrence entre opérateurs communautaires sur chacun des marchés nationaux. Cela ressort particulièrement

¹⁶³⁰ *Idem*, pt 26.

¹⁶³¹ V. not., en termes explicites, concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt CJCE, 18.9.2003, *T. Morellato c. Unità sanitaria locale (USL) n. 11 di Pordenone*, C-358/95, *Rec.*, p. I-1431, pt 9. Le paragraphe précédent était consacré à l'interdiction des *avantages commerciaux*, ce qui justifie la référence à cet arrêt ici.

¹⁶³² CJCE, 7.2.1984, *Jongeneel Kaas BV e.a. c. Pays-Bas e.a.*, 237-82, *Rec.*, p. 483, pt 23 : « L'article [29] n'a pas pour effet de soustraire les producteurs à toute réglementation qui, affectant les conditions de production, peut avoir une incidence sur le volume et les coûts de la production nationale. Un État membre peut légitimement pratiquer une politique de qualité afin de stimuler les ventes, même si cette politique expose ses producteurs au risque d'une concurrence de prix par les producteurs des autres États membres qui ne sont pas tenus aux mêmes exigences de qualité ».

¹⁶³³ TPI, 14.9.1995, *Antillean Rice Mills NV, Trading & Shipping Co. Ter Beek BV, European Rice Brokers AVV, Alesie Curaçao NV et Guyana Investments AVV c. Commission*, T-480 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, pts 134 et 143, confirmé in CJCE, 11.2.1999, *idem*, C-390/95 P, *Rec.*, p. I-769. V. aussi CJCE, 28.6.1978, *Simmenthal*, 70-77, *Rec.*, p. 1453, pts 59, 60 et 63 : « en attendant des règles communautaires précises en matière d'importations en provenance des pays tiers, (...) le régime à appliquer aux pays tiers par chaque État membre ne doit pas être plus favorable que le régime appliqué, en vertu de [la] directive, aux échanges entre les États membres » (en réf. à la directive n° 72/461/CEE du Conseil du 12.12.1972 relative à des problèmes de police sanitaire en matière d'échanges intracommunautaires de viandes fraîches, JO L 302 du 31.12.1972, p. 24). Il peut alors être dérogé à

de certains arrêts prononcés en matière de libre circulation des marchandises (1). Au regard des décisions qui concernent les autres libertés, on peut alors observer qu'il convient de se détacher d'une protection de l'égalité dans la concurrence entre opérateurs économiques communautaires et opérateurs nationaux, aux fins de promouvoir une concurrence efficace entre ces opérateurs (2).

1. La préservation des « conditions normales de concurrence » en matière de libre circulation des marchandises

La lecture de la jurisprudence qui concerne la libre circulation des biens révèle que la CJCE poursuit l'objectif consistant à assurer que les produits importés pénètrent le marché national « *dans des conditions normales de concurrence* ». Ceci est de jurisprudence constante dans les arrêts qui mettent en œuvre l'article 90 TCE¹⁶³⁴ (devenu 110 TFUE), bien que le Traité ne fasse pas explicitement référence à la concurrence à cet endroit¹⁶³⁵. L'interdiction de la protection « *d'autres productions* » a ainsi été interprétée de manière à inclure des considérations concurrentielles, lorsque le produit importé taxé entre en concurrence avec des produits nationaux non similaires¹⁶³⁶.

Parallèlement, la Cour de justice a considéré à plusieurs reprises que les règles relatives à la libre circulation des marchandises, celles relatives à l'élimination des discriminations fiscales et celles relatives aux aides d'État « *poursuivent un objectif commun, qui est d'assurer la libre circulation des marchandises entre États membres dans des conditions normales de concurrence* »¹⁶³⁷, dans la ligne de l'objectif qui figure à l'article 3 g) du Traité. Dès lors, la

l'interdiction des TEE, par l'adoption de mesures de contrôles sanitaires et de salubrité sur des viandes fraîches en provenance de pays tiers.

¹⁶³⁴ CJCE, 27.2.1980, *Commission c. France*, 168-78, *Rec.*, p. 347, pt 4 et CJCE, 9.7.1987, *Commission c. Belgique*, 356-85, *Rec.*, p. 3299, pt 6 : « l'article [90], dans son ensemble, a pour but d'assurer la libre circulation des marchandises entre les États membres dans des conditions normales de concurrence, par l'élimination de toutes formes de protection pouvant résulter de l'application d'impositions intérieures discriminatoires à l'égard de produits des autres États membres, et de garantir la parfaite neutralité des impositions intérieures au regard de la concurrence entre produits nationaux et produits importés », rappelé not. in CJCE, 8.11.2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH c. Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, C-221/06, *Rec.*, p. I-9643, pt 30, et in arrêt *Commission c. Suède*, préc. note 1617, pt 40.

¹⁶³⁵ V. sur cette question, Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, I, B.

¹⁶³⁶ V. CJCE, 4.4.1968, *Firma Fink-Frucht c. Hauptzollamt München-Landsbergerstrasse*, 27-67, *Rec.*, p. 327, sp. 342 : « une telle protection serait notamment donnée si une imposition intérieure frappait plus lourdement un produit importé qu'un produit national avec lequel le premier se trouve en concurrence, en raison d'une ou de plusieurs utilisations économiques, sans remplir cependant la condition de similitude au sens de l'article [90], alinéa 1 ».

¹⁶³⁷ CJCE, 7.5.1985, *Commission c. France*, 18-84, *Rec.*, p. 1339, pt 13.

qualification d'une réglementation nationale d'aide d'État ne peut effacer la qualification de mesure d'effet équivalent¹⁶³⁸.

Domaine spécifique parmi les monopoles étatiques qui relèvent de l'article 31 TCE (devenu 37 TFUE), la détermination des prix du tabac donne lieu à des développements similaires. Une mauvaise application de la directive sur les prix du tabac¹⁶³⁹ a entraîné la reconnaissance d'un manquement de la France : le gouvernement gardait certes le pouvoir d'éviter une hausse des prix, mais aussi celui de modifier le prix de vente déterminé par le fabricant ou l'importateur, ce qui dépassait les prérogatives réservées aux États membres par la directive. Le pouvoir de modification du prix de vente déterminé par l'importateur « *porte atteinte aux relations concurrentielles entre le tabac importé et le tabac commercialisé par le monopole national* »¹⁶⁴⁰. La CJCE précise que « *l'extension, au tabac importé, d'une prérogative typique du monopole national [est] de nature à porter atteinte à la commercialisation du tabac importé dans des conditions normales de concurrence* »¹⁶⁴¹. Cette directive interdit également à un État membre de fixer un prix minimal de revente, dans la mesure où cela empêche l'entreprise importatrice « *de répercuter l'avantage concurrentiel résultant [de ses coûts de revient plus faibles] sur les prix de vente au détail de ses produits* »¹⁶⁴². La préservation des conditions saines de concurrence est donc un objectif qui corrobore celui qui consiste à faciliter l'accès au marché des produits importés.

Il faut cependant s'intéresser à la nature de la concurrence protégée par le juge de la libre circulation. À première vue, la « concurrence normale » est empreinte d'un principe juridique d'égalité plutôt que d'un principe économique d'efficacité. Le second nous semble devoir être privilégié.

2. La promotion d'une concurrence efficace en droit de la libre circulation

¹⁶³⁸ CJCE, 20.3.1990, *Du Pont de Nemours Italiana SPA c. Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*, C-21/88, *Rec.*, p. I-889, pt 20.

¹⁶³⁹ Directive n° 72/464/CEE du Conseil du 19.12.1972, concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés, *JO L 303* du 31.12.1972, p. 1, modifiée en dernier lieu par la directive n° 84/217/CEE du Conseil du 10.4.1984, *JO L 104* du 17.4.1984, p. 18. L'arrêt CJCE, 21.6.1983, *Commission c. France*, 90-82, *Rec.*, p. 2011 explique au pt 11 l'objet de cette directive, qui consiste à lever les entraves à la libre circulation du tabac manufacturé et à établir des conditions normales de concurrence sur ce marché particulier.

¹⁶⁴⁰ Arrêt *Commission c. France*, 90-82, cité note précédente, pt 26.

¹⁶⁴¹ *Idem*, pt 27.

¹⁶⁴² CJCE, 7.5.1991, *Commission c. Belgique*, C-287/89, *Rec.*, p. I-2233, pt 21.

La protection d'une égalité dans la concurrence entre opérateurs nationaux et opérateurs communautaires prévaut traditionnellement dans la jurisprudence. Néanmoins, à l'image du droit de la concurrence, certains arrêts démontrent que la concurrence potentielle est protégée, tandis que d'autres mettent l'accent sur la promotion d'une concurrence efficace en droit de la libre circulation. Cet aspect nous semble préférable en ce qu'il serait le reflet de l'évolution de l'ensemble du droit du marché intérieur.

Dans le domaine de la libre prestation des services, la Cour de justice est fréquemment invitée à répondre à des arguments selon lesquels la prestation des services sur le territoire d'un État membre, par des opérateurs établis dans d'autres États, risque de distordre la concurrence, en raison de l'emploi de main-d'œuvre moins onéreuse, même pour des périodes temporaires¹⁶⁴³. Afin d'éviter de telles distorsions, la CJCE autorise les États membres à exiger que le salaire minimum national soit versé à l'ensemble des salariés qui travaillent sur leur territoire, en ce compris les travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service temporaire. Il ressort cependant des arrêts *Laval* et *Rüffert* que l'ensemble des salariés du secteur en question doivent être soumis à cette obligation afin qu'une entreprise implantée dans un autre État membre soit contrainte de verser ce salaire minimal¹⁶⁴⁴. L'égalité dans la concurrence est ainsi préservée.

Inversement, il est impossible pour un organisme de sécurité sociale d'exiger le paiement des cotisations patronales afin de compenser les avantages économiques que les entreprises pourraient tirer du non-respect de la législation nationale en matière de salaire minimum¹⁶⁴⁵. Il est précisé dans l'arrêt *Guiot* que :

« [le fait d'obliger] un prestataire de service implanté dans un autre État membre à verser des cotisations patronales au fonds de sécurité de l'État membre d'accueil, en plus des cotisations qu'il a déjà versées au fonds de sécurité de l'État où il est établi, lui impose une charge économique supplémentaire, de sorte qu'il ne se trouve pas sur un pied d'égalité, du point

¹⁶⁴³ V. concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt CJCE, 23.11.1999, *Proc. pén. c. J.-C. Arblade e.a.*, C-369 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, pt 63, résumant les arguments exposés par le Luxembourg dans l'arrêt CJCE, 3.2.1982, *Seco et Desquenne & Giral*, 62 et 63-81, *Rec.*, p. 223.

¹⁶⁴⁴ CJCE, 18.12.2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, *Rec.*, p. I-11767 ; CJCE, 3.4.2008, *D. Rüffert c. Land Niedersachsen*, C-346/06, *Rec.*, p. I-1989 ; sur ce dernier arrêt, v. L. DRIGUEZ, « Conditions d'application du salaire minimum aux salariés détachés », *Europe*, 5.2008, comm. n° 151, p. 13.

¹⁶⁴⁵ Arrêt *Seco et Desquenne & Giral*, cité note 1643, pts 14 et 15.

de vue de la concurrence, avec les employeurs établis dans l'État d'accueil »¹⁶⁴⁶.

La réglementation litigieuse, indistinctement applicable, est dès lors qualifiée de restriction à la libre prestation des services en fonction de considérations liées à l'égalité dans la concurrence entre opérateurs nationaux et communautaires. Cet aspect ressort aussi de l'arrêt *Rush Portuguesa*, dans lequel la Cour de justice stigmatise une réglementation nationale française qui soumet le déplacement du personnel étranger à une condition d'embauche sur place ou à une autorisation de travail. Ceci « discrimine [le prestataire de services d'un autre État membre] par rapport à ses concurrents établis dans le pays d'accueil »¹⁶⁴⁷. La CJCE étend ici le principe de non-discrimination au domaine de la concurrence entre opérateurs économiques. La mise en œuvre de l'objectif de l'accès égal au marché se conjuguerait avec l'établissement d'une concurrence égale entre opérateurs économiques. L'utilisation du critère de l'accès au marché ne se détache pas entièrement du principe de non-discrimination¹⁶⁴⁸.

On pourrait alors penser que la Cour de justice, dans l'ensemble de la jurisprudence relative aux libertés de circulation, préserve l'égalité de la concurrence entre les opérateurs nationaux et les opérateurs faisant usage d'une liberté de circulation. L'État ne doit pas gêner l'accès au marché des opérateurs économiques en favorisant ses propres opérateurs, de sorte que la mise en œuvre de réglementations touchant aux échanges permette qu'une concurrence entre ces opérateurs soit livrée dans des conditions égales. Pourtant, contrairement à certaines jurisprudences précitées relatives aux importations parallèles, la CJCE n'analyse pas l'échange marchand en tant que tel dans la plupart des cas qui lui sont soumis. Par le biais de l'adoption de réglementations nationales qui touchent aux activités économiques, l'État doit veiller à ce que la concurrence *puisse s'exercer* à armes égales entre opérateurs économiques. Dès lors, le juge de la libre circulation n'a pas besoin, *a priori*, de s'intéresser à la manière dont la concurrence *s'exerce*. Ainsi, la décision du juge de la libre circulation affecte le plus souvent ce qui précède l'échange économique. La « plus-value » des références à la concurrence dans ce domaine jurisprudentiel serait alors limitée à la régulation préalable de l'échange. Il en résulte que le « juge de la libre circulation » et le « juge de la concurrence »

¹⁶⁴⁶ CJCE, 28.3.1996, *Proc. pén. c. M. Guiot et Climatec SA*, C-272/94, *Rec.*, p. I-1905, pt 14. En ce sens, v. concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt *Arblade*, préc. note 1643, pt 70.

¹⁶⁴⁷ CJCE, 27.3.1990, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d'immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417, pt 12.

¹⁶⁴⁸ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, A.

concourraient ensemble à l'établissement d'un marché pleinement concurrentiel, mais à des stades différents, comme si le premier préparait le « terrain » à l'autre.

Ce point de vue doit être nuancé au vu d'autres jurisprudences. La Cour est en effet à même de s'intéresser à la concurrence potentielle, à l'image de décisions qui concernent exclusivement le droit de la concurrence. De plus, la promotion d'une concurrence efficace sur le marché en matière de libre circulation montre que le juge porte une appréciation sur l'échange lui-même.

Il convient d'abord de se référer aux arrêts relatifs à la *Mediawet*. À propos de la restriction apportée à la possibilité pour les émetteurs établis à l'étranger de programmer des messages publicitaires au profit de publicitaires établis dans l'État de réception, la CJCE identifie précisément le service en cause, en l'espèce celui « *des messages publicitaires destinés spécialement au public néerlandais* »¹⁶⁴⁹, et remarque ensuite que les dispositions de la *Mediawet* « *restreignent la concurrence à laquelle la [fondation pour la publicité télévisée] peut être confrontée, sur ce marché, de la part des organismes de radiodiffusion étrangers* »¹⁶⁵⁰. La protection des recettes de cette fondation qui en résulte ne peut justifier la restriction en cause. Le biaisement du jeu de la concurrence est donc un aspect décisif dans la qualification de la restriction à l'accès au marché, et s'explique au moyen d'une analyse qui englobe l'ensemble des opérateurs actifs sur celui-ci¹⁶⁵¹. Ainsi, la Cour de justice promeut en l'espèce la concurrence potentielle.

En outre, le fait que le juge de la libre circulation soit amené à porter son attention sur l'efficacité de l'accès au marché modifie la donne. Le juge de la libre circulation dépasse l'objectif de garantir l'égalité dans la concurrence¹⁶⁵². Cela implique d'analyser avec acuité l'échange en tant que tel.

¹⁶⁴⁹ CJCE, 25.7.1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007, pt 17 et, *idem*, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069, respectivement pts 28 et 46.

¹⁶⁵⁰ *Idem*, respectivement pts 29 et 47.

¹⁶⁵¹ Cependant cet arrêt n'analyse pas les rapports de substitution entre services nationaux et services importés, ce que suppose une délimitation du marché, v. *infra*.

¹⁶⁵² Ce principe est d'ailleurs très relatif. Il est erroné d'affirmer que des concurrents sont égaux sur le même marché : l'égalité n'existe pas en termes économiques dans la mesure où un opérateur plus efficace est favorisé par rapport à un opérateur qui le serait moins. V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, A.

Garantir que les produits importés ne soient pas vendus à perte signifie *a contrario* que la réglementation ne peut empêcher un accès profitable des produits importés au marché¹⁶⁵³. Plus récemment, on a noté que la CJCE cherche explicitement à garantir l'efficacité de la concurrence livrée par une banque espagnole sur le marché français¹⁶⁵⁴ ou par des avocats étrangers sur le marché italien des prestations juridiques¹⁶⁵⁵. La protection de l'accès efficace au marché tend à être entendue d'un point de vue macroéconomique¹⁶⁵⁶. Le rapprochement avec le droit de la concurrence est alors explicite¹⁶⁵⁷.

Les décisions qui concernent la libre circulation sont donc imprégnées de considérations concurrentielles qui ne sont que rarement étayées. Toutefois, certains arrêts plus récents révèlent une évolution quant à cet aspect. L'intensification du jeu de la concurrence efficace entre opérateurs nationaux et opérateurs implantés à l'étranger constitue le nouvel objectif poursuivi par le droit de la libre circulation. L'accomplissement de cet objectif nécessite d'étudier l'effet d'une réglementation litigieuse sur l'échange lui-même, spécialement lorsque cette règle n'a pas explicitement pour objet de restreindre les échanges. Dès lors, la nécessité d'une délimitation du marché en cause est évidente, d'autant plus que certains arrêts qui ne le délimitent pas ou qui ne le délimitent que de manière imprécise sont critiquables d'un point de vue économique.

¹⁶⁵³ En ce sens, v. arrêt *Cullet*, préc. note 1628, pt 23 : des régimes étatiques de réglementation des prix, « indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, ne constituent pas en eux-mêmes des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative, mais peuvent produire un tel effet lorsque les prix se situent à un niveau tel que les produits importés seraient défavorisés par rapport aux produits nationaux identiques, soit parce qu'ils ne pourraient pas être écoulés *profitablement* dans les conditions fixées, soit parce que l'avantage concurrentiel résultant de prix de revient inférieurs serait neutralisé », italique ajouté. Ceci reprend le pt 14 de l'arrêt CJCE, 24.1.1978, *Ministère public du Royaume des Pays-Bas c. J. P. van Tiggele*, 82-77, *Rec.*, p. 25.

¹⁶⁵⁴ CJCE, 5.10.2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, pt 13.

¹⁶⁵⁵ CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pt 59, en réf., par analogie, à l'arrêt *CaixaBank*, cité note précédente, pt 13. V. aussi concl. av. gén. M. MADURO présentées pour cet arrêt, pt 73 : « les avocats établis dans d'autres États membres sont privés d'un moyen particulièrement efficace pour entrer sur le marché italien ».

¹⁶⁵⁶ Ceci résulte d'une prise en considération de l'offre et de la demande sur le marché. Si les consommateurs en profitent, c'est que l'ensemble de l'économie profite de l'entrée efficace d'opérateurs économiques supplémentaires.

¹⁶⁵⁷ TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pt 121. La protection d'une concurrence efficace n'est cependant pas une règle absolue en droit de la concurrence. V. not. CJCE, 8.7.2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, C-49/07, n.e.p., pt 51, où la Cour de justice protège l'égalité des chances entre opérateurs économiques.

II. La nécessité d'une délimitation précise du marché en droit de la libre circulation

La nécessité d'une délimitation du marché en cause se pose principalement en ce qui concerne les mesures qui s'appliquent indistinctement aux opérateurs nationaux et aux opérateurs étrangers¹⁶⁵⁸. Or, plusieurs arrêts démontrent que l'absence de délimitation du marché fragilise la solution proposée par la CJCE¹⁶⁵⁹. Il convient de distinguer les cas dans lesquels il existe (A) ou non (B) une activité économique nationale¹⁶⁶⁰ qui entre en concurrence avec le produit ou le service importé, c'est-à-dire une production nationale ou une prestation de services nationale similaire¹⁶⁶¹.

A. La nécessité d'une délimitation précise du marché en présence d'une activité économique nationale similaire

Même si le problème se pose en des termes assez proches, on peut distinguer cette question selon qu'un obstacle freine la libre circulation des marchandises (1) ou l'une des autres libertés de circulation (2).

1. La nécessité d'une délimitation précise du marché en présence d'une production nationale similaire

La nécessité d'une délimitation du marché en présence d'une production nationale similaire ressort en particulier de l'arrêt *Smanor*, dans lequel la Cour de justice interdit aux seuls produits importés l'application d'une mesure française s'opposant à l'utilisation de la dénomination « yoghourt » pour les yoghourts surgelés. L'analyse la plus convaincante pour démontrer le caractère illégal de la mesure aurait certainement consisté à déterminer si celle-ci crée une différence de traitement entre opérateurs économiques nationaux et étrangers à l'avantage du marché local.

¹⁶⁵⁸ Sur la question de savoir si la qualification des mesures indistinctement applicables qui bloquent l'accès au marché implique nécessairement une délimitation du marché, v. *infra in* Section 2, II, B, 1.

¹⁶⁵⁹ Ces arrêts n'ont concerné *a priori* que la libre circulation des marchandises, la libre prestation des services et la liberté d'établissement.

¹⁶⁶⁰ Nous utilisons ici la notion d'activité économique telle que la Cour la définit notamment *in* CJCE, 10.1.2006, *Caisses d'épargne italiennes*, C-222/04, *Rec.*, p. I-289, pt 123, c'est-à-dire l'offre de biens ou de services, sans que cette activité le soit nécessairement dans un but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but.

¹⁶⁶¹ Il est proposé de transposer à la libre prestation des services et à l'ensemble de la libre circulation des marchandises l'expression « produits nationaux similaires » qui figure à l'article 90 al. 1 TCE. Ceci prend acte du fait que, quand bien même la similarité entre un produit importé nouveau et un produit national serait contestée, la Cour de justice a coutume d'identifier un rapport de concurrence à tout le moins partiel entre ces produits : les produits en question satisfont des besoins des consommateurs proches mais pas identiques.

Il convient à cet égard de déterminer avec précision les opérateurs économiques dont on compare la situation. En l'espèce, si l'on compare l'application de la règle aux producteurs étrangers et aux producteurs nationaux de yaourts surgelés qui sont empêchés de commercialiser les produits sous cette dénomination, on observe que la réglementation gêne autant les producteurs nationaux qu'étrangers ; dans ce cas, la mesure pourrait être tolérée. Si on compare en revanche l'application de la mesure aux opérateurs dont les produits entreraient effectivement en concurrence, c'est-à-dire (c'est une hypothèse vraisemblable) producteurs de yaourts surgelés et producteurs de yaourts frais, une différence de traitement entre les producteurs nationaux et étrangers pourrait être caractérisée. En effet, selon la Commission, cette réglementation défavorisait les produits importés, « *dont le transport et le stockage sous forme surgelée constitueraient un avantage réel de distribution, au profit de la production nationale plus aisément distribuée à l'état frais* »¹⁶⁶². La réglementation ferait donc perdre aux producteurs étrangers un atout compétitif qui leur permettrait de percer le marché en question (à supposer qu'il y ait une demande pour ce type de produits). Or, cet élément de l'analyse manque au point 12 de l'arrêt¹⁶⁶³, tandis que le point 13 ne fait référence qu'implicitement à l'avantage dont bénéficient les produits nationaux vendus à l'état frais¹⁶⁶⁴. La comparaison n'est donc pas clairement opérée, ce qui donne l'impression que la Cour soumet les mesures indistinctement applicables à un traitement aussi sévère que celui subi par les mesures discriminatoires : toute réglementation rendant la commercialisation des produits importés plus difficile serait sanctionnée.

Cette analyse apparaît indispensable dans le cas où une réglementation gêne l'accès au marché des produits importés lorsqu'il existe des produits nationaux concurrents, cela afin de ne pas limiter exagérément la possibilité pour les États membres de légiférer en matière commerciale. Ainsi, l'arrêt *Smanor* rappelle implicitement que « *les effets propres d'une réglementation de commerce* » résident *ipso facto* dans l'affectation des conditions d'accès au marché, ce qui n'est pas suffisant pour relever une contrariété entre une telle réglementation et

¹⁶⁶² Concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour l'arrêt CJCE, 14.7.1988, *Proc. de redressement judiciaire c. Smanor SA*, 298-87, *Rec.*, p. 4489, pt 19.

¹⁶⁶³ « Si l'interdiction indiquée ci-dessus, qui implique l'obligation d'utiliser une autre dénomination de vente n'exclut pas, de façon absolue, l'importation dans l'État membre concerné de produits originaires d'autres États membres ou s'y trouvant en libre pratique, elle est néanmoins susceptible de rendre leur commercialisation plus difficile et, par conséquent, d'entraver, au moins indirectement les échanges entre les États membres ».

¹⁶⁶⁴ « La dénomination proposée par le gouvernement français, à savoir « lait fermenté surgelé » est moins connue des consommateurs que la dénomination « yahourt surgelé » et (...) le critère décisif pour l'interdiction

l'article 28¹⁶⁶⁵. Comme on l'a vu précédemment, l'arrêt *Keck* conduit à généraliser la comparaison entre les produits importés et les produits nationaux au moment de qualifier des mesures nationales de restrictions à la libre circulation des marchandises. Même si cette méthode d'analyse ne fait pas disparaître les situations de discriminations à rebours¹⁶⁶⁶, cette comparaison amorce une analyse plus économique qui doit être accentuée.

En effet, cette comparaison n'a d'intérêt que si elle est établie en fonction des produits nationaux avec lesquels les marchandises importées entrent en concurrence, c'est-à-dire en fonction d'une délimitation préalable du marché pertinent.

Par ailleurs, une délimitation imprécise du marché ressort d'un arrêt relatif au refus de l'administration française d'agréer des appareils d'affranchissement postal en provenance du Royaume-Uni. L'intérêt de cette décision est notamment d'aborder la question de savoir si une mesure prise par l'administration peut constituer une mesure d'effet d'équivalent. La CJCE fait dépendre la réponse à cette question du « *degré de constance et de généralité de la mesure* »¹⁶⁶⁷. Or, l'appréciation de cette généralité dépend du nombre d'opérateurs sur le marché :

« Cette généralité doit s'apprécier de façon différenciée, selon que l'on se trouve dans un marché comptant de nombreux opérateurs économiques ou dans un marché, comme celui des appareils d'affranchissement postal, qui est caractérisé par la présence de quelques entreprises seulement. Dans ce dernier cas, l'attitude adoptée par une administration nationale à l'égard d'une seule entreprise peut déjà constituer une mesure incompatible avec l'article [28] »¹⁶⁶⁸.

Selon la Cour de justice, le comportement de l'administration à l'égard d'une entreprise a un fort impact sur le marché si celui-ci compte peu d'opérateurs économiques, c'est-à-dire si le marché est oligopolistique : l'éviction d'un opérateur d'un marché oligopolistique peut renforcer la position des opérateurs établis. En l'espèce, le refus de l'administration de donner

de la dénomination « yaourt », à savoir la surgélation, se rattache à un mode de conservation qui revêt une importance particulière pour ce type de produits lorsqu'ils sont importés ».

¹⁶⁶⁵ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A.

¹⁶⁶⁶ Dans l'arrêt *Smanor*, si la Cour avait comparé explicitement la situation des producteurs de yaourts frais et celle des producteurs de yaourts surgelés, la solution n'aurait pas forcément été différente pour la société française requérante. Pourtant, il n'y a pas de raison qui explique le maintien d'une règle nationale à l'égard des produits nationaux si elle gêne davantage l'importation des produits étrangers. Le Traité considère cette mesure illégale, pas seulement à l'égard des produits importés. Or, une situation de discriminations à rebours est repérable in CJCE, 6.12.2000, *Proc. pén. c. J.-P. Guimont*, C-448/98, *Rec.*, p. I-10663, après l'arrêt *Keck*.

¹⁶⁶⁷ CJCE, 9.5.1985, *Commission c. France*, 21-84, *Rec.*, p. 1355, pt 13.

l'agrément aux appareils britanniques empêche l'entreprise intéressée d'accéder au marché national, ce qui restreint la concurrence sur ce dernier. Inversement, si davantage d'opérateurs sont présents sur le marché, c'est-à-dire si le marché est « plus » concurrentiel, le comportement aurait moins d'impact sur le fonctionnement du marché. Cependant, le comportement de l'administration peut constituer une entrave aux importations même si le refus d'accéder au marché vise un marché sur lequel un nombre élevé d'opérateurs *nationaux* se livrent concurrence¹⁶⁶⁹. Le raisonnement manque de précision – la Cour ne précise pas quel est le nombre de fabricants français des machines en cause –, il est pertinent seulement dans la mesure où peu d'opérateurs nationaux semblent se livrer concurrence sur le marché national et dans celle où l'entreprise britannique flouée est puissante¹⁶⁷⁰. La Cour de justice condamne ainsi une protection du marché français des appareils d'affranchissement postaux, sans identifier quels sont les acteurs nationaux favorisés par la règle.

L'étroitesse de la délimitation du marché pertinent peut également être critiquable. C'est ce qui se déduit selon Philippe MADDALON d'une affaire qui oppose le Danemark à la Commission, dans laquelle il est jugé impossible de faire bénéficier un producteur danois de Grana Padano de la même aide que les producteurs italiens de ce fromage, dans la mesure où « *les termes Grana Padano (...) sont destinés à ne couvrir que le fromage Grana Padano produit en Italie* »¹⁶⁷¹. Or, les qualités analogues de ce fromage sont reconnues par la Commission¹⁶⁷². Il ressort de cet arrêt que la délimitation à laquelle procède la Cour de justice n'est pas pleinement satisfaisante¹⁶⁷³. En l'espèce, si la Cour de justice considère, contrairement à l'avis de la Commission, que le fromage Grana Padano produit au Danemark n'est pas similaire à celui produit en Italie, elle élude cependant la question de savoir si ces fromages entrent en concurrence sur le marché ; dans ce cas, il devient illégitime de ne pas offrir à tous les producteurs la même restitution, dans la mesure où l'octroi de cet avantage

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ Par ailleurs, la Cour de justice ne précise pas dans ce passage si elle s'intéresse au marché européen ou national des appareils d'affranchissement, ces deux marchés pouvant être caractérisés par un faible nombre d'opérateurs. On suppose néanmoins que le marché concerné est national, puisque la société en cause accède aux autres marchés nationaux (v. pt 3 de l'arrêt).

¹⁶⁷⁰ *Idem*, pt 3 : il s'agit d'un « important fabricant britannique dont les appareils d'affranchissement postal sont agréés dans de très nombreux pays ».

¹⁶⁷¹ CJCE, 11.5.1989, *Danemark c. Commission*, 263-87, *Rec.*, p. 1081, pt 19.

¹⁶⁷² P. MADDALON, in *La dynamique de la notion de marché dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, Paris, 2007, Bibliothèque de droit public, t. 253, p. 139, n.b.p. 617, se réfère à ce titre aux concl. av. gén. W. VAN GERVEN, rendues pour cet arrêt, p. 1087-1088.

¹⁶⁷³ Selon P. MADDALON, *idem*, p. 158, la CJCE « ferme l'accès à un marché dont elle a délimité les contours ».

aux seuls opérateurs italiens leur fournit un avantage concurrentiel sur les autres. La Cour considère cependant que la restitution a précisément pour objet de rétablir un déséquilibre entre les producteurs, dans la mesure où les producteurs italiens ont des coûts de fabrication plus élevés en raison de prix plus élevés du lait¹⁶⁷⁴. Peut-être cet élément aurait-il pu apparaître explicitement en rapport avec des considérations concurrentielles.

La nécessité d'une telle délimitation du marché ressort également de la jurisprudence relative aux autres libertés.

2. La nécessité d'une délimitation du marché lorsqu'il existe des prestations nationales de services similaires

En matière de libre prestation des services, l'arrêt *Schindler* fournit un autre exemple d'une décision critiquable quant à l'absence de délimitation du marché pertinent. Selon les requérants et la Commission, les règles qui interdisent le déroulement des loteries sur le territoire britannique « *sont matériellement discriminatoires. Elles empêchent (...) une loterie telle que la Süddeutsche Klassenlotterie d'avoir accès à un marché sur lequel des activités de jeu analogues ont été autorisées pour des entreprises concurrentes* »¹⁶⁷⁵. En effet, les sociétés britanniques ont le droit de mettre en place des activités de loterie au niveau local. L'avocat général GULMANN répond ainsi à cet argument :

« le fait que [la] délimitation [du marché britannique en loteries locales et en loterie d'application nationale] implique que des loteries étrangères de grande ampleur ne peuvent pas exercer leurs activités en concurrence avec les loteries locales autorisées ne rend pas les règles dont s'agit discriminatoires »¹⁶⁷⁶.

Quand bien même on considérerait que les loteries locales et nationales sont « *dans une certaine mesure [des] activités concurrentes* », l'avocat général ne détecte pas « *l'existence d'une discrimination occulte* »¹⁶⁷⁷. Selon lui, la réglementation nationale ne crée pas de discrimination puisqu'elle traite différemment des hypothèses différentes (autoriser les opérateurs privés à organiser des loteries locales, leur interdire l'organisation de loteries

¹⁶⁷⁴ V. les pts 10 à 12 de l'arrêt *Danemark c. Commission*, préc. note 1671.

¹⁶⁷⁵ Concl. av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt CJCE, 24.3.1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. G. et J. Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, pt 66.

¹⁶⁷⁶ *Idem*, pt 68.

¹⁶⁷⁷ *Idem*, pt 70 : « La législation britannique traite différemment de formes de jeu différentes et le fait qu'il s'agisse dans une certaine mesure d'activités concurrentes ne signifie pas ipso facto l'existence d'une discrimination occulte ».

nationales). La question de la délimitation du marché n'est pas abordée dans l'arrêt. De même, l'avocat général et la Cour de justice n'accordent aucune importance aux modalités éventuellement discriminatoires d'accès au marché des loteries locales. Si aucun opérateur national n'a accès à la loterie nationale (interdiction *de jure*), si ce n'est l'organisme habilité par le Royaume-Uni, la restriction à la libre prestation des services peut satisfaire le test de proportionnalité : elle est justifiée par un objectif d'intérêt général et les opérateurs nationaux et étrangers sont traités sur un pied d'égalité. La solution retenue *in fine* dans l'arrêt *Schindler* (l'article 49 ne s'oppose pas à la réglementation en cause) ne serait alors défendable que si on délimite le marché en cause à la loterie nationale. Or, on suppose qu'un consommateur peut acheter soit un billet de loterie locale, soit un billet de loterie nationale, de sorte que les deux types de loterie entrent en concurrence. Or, l'accès au marché local des loteries est certainement plus difficile pour un opérateur implanté dans un autre État membre. Dès lors, il nous semble que l'interdiction britannique de l'accès au marché des loteries nationales avantage les opérateurs nationaux qui opèrent sur le segment local du marché, dans la mesure où l'interdiction dissuade les opérateurs étrangers de pénétrer le marché local. Sous cet angle, la réglementation britannique constitue une restriction à la libre prestation des services. Ceci corrobore la nécessité d'une délimitation précise du marché en cause, tant au niveau matériel que géographique en l'espèce¹⁶⁷⁸.

Lorsqu'il existe une activité nationale concurrente, la délimitation du marché semble donc essentielle aux fins de donner une meilleure assise économique aux décisions prises en la matière. Il convient à présent d'aborder la question de savoir si le marché doit également être délimité s'il n'existe pas d'activité économique nationale concurrente.

B. La nécessité d'une délimitation précise du marché en l'absence d'une activité économique nationale similaire

Afin que la réflexion sur les différences dans l'application d'une réglementation nationale soit pertinente d'un point de vue économique, la délimitation du marché en cause est nécessaire,

¹⁶⁷⁸ L'arrêt est également critiquable sur un autre plan. V. HATZOLPOULOS, *in* « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, p. 191, estime p. 196 que l'arrêt *Schindler* est « pratiquement obsolète ». En effet, la loterie nationale n'existait pas au moment des faits. Dès lors, selon cet auteur, « l'introduction d'une loterie nationale au Royaume-Uni rendit toute interdiction de loteries étrangères discriminatoire et amena la Cour à prononcer un arrêt dépassé par la réalité factuelle », puisque la Cour admet que la mesure d'interdiction de l'importation du matériel publicitaire pour des loteries organisées dans d'autres pays, indistinctement applicable, répond à une exigence impérative, à savoir le maintien de l'ordre social.

particulièrement lorsqu'il n'existe pas d'activité nationale similaire. L'appréciation de la différence d'impact de la mesure sur les produits nationaux et sur les produits importés qui entreront en concurrence avec les premiers, est requise même si ceux-ci ne sont pas similaires. Des hypothèses analogues peuvent apparaître en matière de libre prestation des services et de liberté d'établissement. Ainsi, un service inexistant sur le territoire national peut être proposé par une société étrangère souhaitant s'implanter dans un État membre¹⁶⁷⁹.

Il convient de distinguer cette question suivant qu'un obstacle tarifaire (1) ou non tarifaire (2) est en cause, tout en incluant dans cette dernière catégorie les obstacles rencontrés par les professionnels qui font usage de leur liberté de circulation.

1. L'hypothèse d'un obstacle tarifaire à l'accès au marché

Dans l'hypothèse d'un obstacle tarifaire à l'accès au marché, et en l'absence de production nationale similaire, la question de la délimitation du marché peut se révéler cruciale aux fins d'évaluer si la réglementation litigieuse protège la production concurrente.

Dans la mesure où l'article 90 du Traité suppose que le régime d'imposition intérieure appréhende systématiquement les produits importés *et* nationaux selon les mêmes critères, l'absence de production nationale similaire ou concurrente au produit importé donne *a priori* à une imposition qui vise les seuls produits importés un caractère protecteur. Puisqu'il semble impossible de démontrer qu'une telle charge relève d'un système général d'imposition intérieure, la Cour de justice peut retenir la qualification de taxe d'effet équivalent¹⁶⁸⁰. Toutefois, l'approche est souvent plus subtile.

L'importation au Danemark d'arachides qui étaient soumises à une redevance pour un contrôle sanitaire donna l'occasion à la Cour de justice d'énoncer d'abord que « *si une charge qui frappe un produit importé d'un autre État membre, alors même qu'il n'existe pas de produit national identique ou similaire, ne constitue pas de ce seul fait une taxe d'effet équivalent* »¹⁶⁸¹. Ensuite, elle juge que la distinction entre un contrôle sanitaire général qui est à la charge des contribuables et des contrôles sanitaires dits « particuliers » dont les frais d'analyse pour certains produits sont à la charge des entreprises concernées, « *ne constitue*

¹⁶⁷⁹ Ce fut le cas dans l'arrêt *Caixabank*, préc. note 1654, v. *infra*.

¹⁶⁸⁰ V. par ex. l'arrêt CJCE, 22.4.1999, *CRT France International c. Directeur régional des impôts de Bourgogne*, C-109/98, *Rec.*, p. I-2237, pts 11 et 12.

¹⁶⁸¹ CJCE, 9.11.1983, *Commission c. Danemark*, 158-82, *Rec.*, p. 3573, pt 22.

pas, en elle-même, un critère suffisamment précis ni surtout objectif pour former un système général de redevances intérieures »¹⁶⁸². En l'absence de production nationale similaire, et selon une jurisprudence constante, la qualification d'imposition intérieure licite était retenue seulement si le produit imposé faisait partie d'une « *vaste pluralité de produits déterminés par des critères généraux et objectifs* »¹⁶⁸³, c'est-à-dire s'il était imposé comme les autres produits avec lesquels il entrera en concurrence

Sept ans après, la Cour adopte cependant une approche radicalement différente à propos de l'importation de véhicules automobiles neufs soumis à une taxe à régler pour leur immatriculation au Danemark. Cet arrêt souligne la nécessité de délimiter précisément le marché, même en l'absence de production nationale similaire.

Dans la mesure où cet État est dépourvu d'une production d'automobile, la Cour refuse d'appliquer l'article 90 à la taxation des véhicules neufs, cet article ne permettant pas de sanctionner le caractère excessif du niveau de taxation en l'absence de tout effet protecteur¹⁶⁸⁴. En 2003, la CJCE décide non seulement que la taxation des véhicules neufs relève de l'article 90 et non pas de l'article 28, mais surtout qu'elle est licite au regard de l'article 90¹⁶⁸⁵. La taxation n'est pas perçue à raison du franchissement de la frontière, mais en raison de la première immatriculation des véhicules neufs, de sorte que la qualification de TEE ne peut être retenue¹⁶⁸⁶. On peut alors se demander si, en l'absence de produit national similaire, le juge n'aurait pas simplement dû se demander si le rapport de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux concurrents est équilibré.

¹⁶⁸² *Idem*, pt 25.

¹⁶⁸³ V. arrêts *Commission c. Danemark*, 158-82, préc. note 1681, pt 24 et CJCE, 22.3.1977, *Steinike et Weinling*, 78-76, *Rec.*, p. 595, pt 30, al. 2.

¹⁶⁸⁴ CJCE, 11.12.1990, *Commission c. Danemark*, C-47/88, *Rec.*, p. I-4509, pt 10. La Cour n'exclut pas d'appliquer à ce volet de la réglementation les dispositions relatives aux obstacles non tarifaires, sans faire d'ailleurs référence à l'interdiction des TEE (pt 13). L'absence de référence à l'interdiction des TEE ne peut pas s'expliquer par le fait que le recours de la Commission n'était pas fondé sur les ex-articles 9 et 12 du traité CEE dans la mesure où cela était également le cas pour l'ex-article 30 qui a tout de même été mentionné à cet endroit. La Cour sanctionna néanmoins le caractère discriminatoire de l'imposition applicable aux voitures d'occasion importées (pts 20 et 21).

¹⁶⁸⁵ CJCE, 17.6.2003, *De Danske Bilimportører*, C-383/01, *Rec.*, p. I-6065. La Cour n'exclut cependant pas l'hypothèse selon laquelle l'article 28 pourrait être invoqué, dans le cas où la libre circulation du produit en cause serait compromise (selon les pts 40 et 41, *lus a contrario*). Anne RIGAUX, *in* note sous cet arrêt, *Europe*, 8.2003, comm. 290, p. 25, sp. 27 se demande s'il ne serait pas pertinent dans ce type de situation de « consacrer la notion de taxe d'effet équivalant à un droit de douane à caractère fiscal », qui figure à l'article 25 TCE.

¹⁶⁸⁶ *Idem*, pt 34.

Cette interrogation ressort également de l'arrêt de 1990. Or, à propos des véhicules d'occasion importés, la Cour de justice estime dans cet arrêt qu'« *un produit devient national dès lors qu'il a été importé et mis sur le marché* »¹⁶⁸⁷ ; cela semble contredire la réponse donnée dans la première partie de l'arrêt, relative à la taxation sur les véhicules automobiles neufs. En effet, même s'il n'y a pas de produit similaire *stricto sensu* aux produits importés dans cet État, on peut estimer que les véhicules neufs importés entrent en concurrence avec les véhicules d'occasion quand bien même ces derniers ne seraient pas soumis à la même imposition¹⁶⁸⁸. Un consommateur peut par exemple hésiter entre acheter un véhicule neuf et un véhicule d'occasion de marque, de modèle et de puissance identiques, d'état général semblable et dont le kilométrage est faible. Or, la Cour répète en 2003 l'affirmation selon laquelle « *il n'existe pas de production nationale de voiture ni de produits nationaux susceptibles de concurrencer les voitures* »¹⁶⁸⁹. Cela limite ainsi l'appréciation de l'effet protecteur de l'imposition au seul effet de celle-ci sur la production nationale ; comme celle-ci est inexistante, le volet de la réglementation applicable à la taxation des véhicules neufs ne peut pas être considéré comme protecteur. La CJCE fait fi de l'appréciation du rapport concurrentiel qui oppose les produits importés aux produits qui sont déjà mis sur le marché national, si ceux-là ne sont pas produits dans l'État membre. La solution est donc « économiquement » acceptable seulement si le marché en cause est délimité aux véhicules neufs immatriculés au Danemark, ce qui n'est pas précisé dans l'arrêt et ce qui semble surtout très relatif en pratique.

Cette décision est également critiquable d'un point de vue juridique¹⁶⁹⁰. L'avocat général JACOBS estime quelques années après que « *la Cour aurait pu conclure à l'existence d'une discrimination sur la seule présomption que le (...) Danemark aurait fixé un taux plus faible si une production nationale avait existé* »¹⁶⁹¹. Il semble cependant difficile de déclarer discriminatoire une réglementation à partir d'un argument relevant d'une circonstance

¹⁶⁸⁷ Arrêt *Commission c. Danemark*, C-47/88, préc. note 1684, pt 17. En termes juridiques, cette affirmation paraît acceptable. Mais en termes économiques, le consommateur croit-il acheter un produit national si celui-ci est fabriqué ou transformé substantiellement à l'étranger ?

¹⁶⁸⁸ La distinction entre la taxe d'immatriculation sur les véhicules neufs et celle qui s'applique aux véhicules d'occasion, à laquelle procède la Cour de justice dans ces arrêts, s'explique non pas économiquement mais juridiquement : le taux de cette taxation est différent suivant que le véhicule est de première ou de seconde main.

¹⁶⁸⁹ Arrêt *Commission c. Danemark*, C-47/88, préc. note 1684, pt 11 ; Arrêt *De Danske Bilimportører c. Skatteministeriet*, préc. note 1685, pt 39.

¹⁶⁹⁰ La Cour n'examine pas de manière approfondie l'argument selon lequel la réglementation pourrait relever de l'article 28, l'absence de production nationale n'étant pourtant pas un obstacle à son applicabilité, v. *infra*.

fortuite. La solution semble donc fragile, mais principalement d'un point de vue économique. En effet, le maintien d'une taxation exorbitante des produits importés peut être de nature à freiner les importations, en ce que les consommateurs seraient davantage incités à préférer l'achat de véhicules nationaux d'occasion. L'arrêt relatif à l'importation des véhicules neufs et d'occasion en Pologne est à cet égard mieux fondé. La Cour précise en effet l'importance de la comparaison du niveau de taxation entre les produits importés et les produits nationaux :

« un système de taxation ne peut être considéré comme compatible avec l'article 90 CE que s'il est établi qu'il est aménagé de façon à exclure en toute hypothèse que les produits importés soient taxés plus lourdement que les produits nationaux et, dès lors, qu'il ne comporte, en aucun cas, des effets discriminatoires »¹⁶⁹².

La démonstration de cette différence de taxation implique une délimitation précise du marché. Or, l'hypothèse d'un obstacle non tarifaire opposé à la commercialisation d'un bien (ou, par extension, d'un service) qui n'est pas produit (ou presté) sur le territoire d'un État membre corrobore l'importance d'une délimitation précise du marché en droit de la libre circulation.

2. L'hypothèse d'un obstacle non tarifaire à l'accès au marché

Pour ce qui concerne les obstacles non tarifaires rencontrés dans le domaine de la circulation des marchandises, la nécessité d'une délimitation précise du marché ressort en particulier de l'affaire des *Laits du premier âge*. Ici, l'absence de production nationale n'a pas empêché la Cour de justice de réfléchir à la qualification de mesure d'effet équivalent d'une réglementation grecque qui limitait la vente de ce produit dans les pharmacies, en application des points 16 et 17 de l'arrêt *Keck*. La CJCE considère effet que l'article 28 est applicable, même en l'absence de production nationale :

« l'applicabilité de l'article [28] du traité à une mesure nationale de police générale du commerce, qui vise tous les produits concernés sans distinction quant à leur origine, ne saurait dépendre d'une telle circonstance factuelle purement fortuite et, de surcroît, variable dans le temps, sous peine d'aboutir à la conséquence illogique qu'une même réglementation relèverait de l'article [28] dans certains États membres,

¹⁶⁹¹ Concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 17.7.1997, *Haahr Petroleum c. Åbenrå Havn e.a.*, C-90/94, *Rec.*, p. I-4085, pt 89.

¹⁶⁹² CJCE, 18.1.2007, *M. Brzezinski c. Dyrekyor Izby Celnej w Warszawie*, C-313/05, *Rec.*, p. I-519, pt 40.

mais échapperait à l'application de cette disposition dans d'autres États membres »¹⁶⁹³.

Pourtant, l'application en l'espèce du point 17 de l'arrêt *Keck* semble peu pertinente. On peut se demander s'il est cohérent d'affirmer que la réglementation « n'affecte pas la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres d'une manière différente de celle des produits nationaux »¹⁶⁹⁴ alors qu'il n'existe pas au niveau national de produits identiques aux produits importés. L'arrêt *Keck* se prête mal à une application *in abstracto*, c'est-à-dire sans analyse du marché en question. L'affirmation suivante de la Cour de justice semble cependant plus rationnelle : « il n'en serait autrement que s'il apparaissait que le règlement litigieux protège une production nationale similaire aux laits transformés du premier âge en provenance d'autres États membres ou se trouvant dans un rapport de concurrence avec des laits de ce type »¹⁶⁹⁵. La Cour reconnaît ici que les laits importés peuvent entrer en concurrence avec d'autres laits éventuellement produits sur place. Ainsi, elle n'exclut pas de délimiter un marché des produits plus large que celui qui est supposé dans la réglementation nationale, selon une démarche qui serait dès lors plus économique.

La délimitation précise du marché en cause est donc essentielle, particulièrement dans le cas de l'importation d'un produit nouveau et/ou qui n'est pas produit sur le territoire national¹⁶⁹⁶. Il convient en effet que les juges nationaux se demandent avec quels autres produits ce produit entrera en concurrence pour évaluer si une réglementation entravant ou interdisant l'importation d'un tel produit n'est pas à même de protéger d'autres productions. La recherche du caractère protectionniste d'une législation nécessite une analyse du marché afin de savoir quelles sont les productions protégées¹⁶⁹⁷.

Une protection du marché national peut dès lors être identifiée sans qu'une réglementation nationale n'opère de discrimination entre les produits importés et les produits nationaux équivalents. L'arrêt *Henn and Darby* en donne un exemple, à propos de l'interdiction totale

¹⁶⁹³ CJCE, 29.6.1995, *Commission c. Grèce (Laits transformés du premier âge)*, C-391/92, *Rec.*, p. I-1621, pt 17.

¹⁶⁹⁴ *Idem*, pt 16.

¹⁶⁹⁵ *Idem*, pt 18.

¹⁶⁹⁶ Pour ce qui concerne l'importance de l'analyse de la concurrence exercée par de nouveaux opérateurs dans le cadre du droit de la libre circulation, v. concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Alfa vita*, préc. note 1606, pt 38 : « [des] mesures qui (...) protègent le « statu quo » sur le marché national (...) rendent plus difficile l'accès de nouveaux opérateurs économiques à ce marché ».

¹⁶⁹⁷ L'arrêt CJCE 10.4.2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, *Rec.*, p. I-2245, analysé *infra* sous Section 2, II, B, 1, corrobore notre propos.

de vendre des produits pornographiques¹⁶⁹⁸. Il faut ainsi relativiser l'importance de la démonstration d'un effet protecteur du produit national concurrent du produit qui circule : l'essentiel est d'identifier une protection du marché national. Ceci n'exclut bien évidemment pas la nécessité d'identifier avec quels autres produits le produit importé entrera en concurrence. Au contraire, la référence aux produits avec lesquels les marchandises entreront en concurrence confère une meilleure assise aux décisions, même dans le cas de mesures discriminatoires¹⁶⁹⁹.

En matière de liberté d'établissement et de libre prestation des services, l'arrêt *Caixabank* concerne précisément l'hypothèse d'un service inexistant sur le marché français, à savoir la rémunération des comptes de dépôts à vue libellés en euros, qui est proposé par la filiale d'un établissement de crédits espagnol. La législation interdisant ce service est qualifiée de restriction à la libre prestation des services en ce qu'elle empêche de prester un service considéré comme « *une des méthodes les plus efficaces* »¹⁷⁰⁰ aux fins de livrer concurrence aux établissements de crédit nationaux. La sévérité de la position de la CJCE semble trouver son fondement dans la nécessité d'améliorer la concurrence entre les établissements de crédit. Pourtant, les autres moyens de faire concurrence à ces établissements ne sont pas considérés avec attention ; la rémunération des comptes courants ne constitue qu'un service parmi plusieurs autres qui peuvent être prestés pour concurrencer les opérateurs en place. La considération simpliste du marché des services en cause interpelle, dans la mesure où seul un aspect de celui-ci est pris en considération. L'entrave à la liberté d'établissement, fût-elle analysée en termes d'accès au marché, n'est donc pas suffisamment étayée d'un point de vue économique.

En conclusion, on peut noter que la délimitation précise du marché est nécessaire afin de déterminer dans quelle mesure l'activité nationale entre en concurrence avec le produit ou le service importé¹⁷⁰¹. Une délimitation précise du marché constituerait alors le fondement indispensable de l'appréciation des restrictions opposées à l'accès et à l'exercice d'activités

¹⁶⁹⁸ CJCE, 14.12.1979, *Regina c. M. D. Henn et J. F. E. Darby*, 34-79, *Rec.*, p. 3795, pt 13. L'interdiction est cependant justifiée en application de l'ex-article 36 du Traité, v. pts 17, 21 et 22.

¹⁶⁹⁹ CJCE, 23.2.1988, *Commission c. France (succédanés de lait)*, 216-84, *Rec.*, p. 793, pt 12 : « la possibilité d'importer ces succédanés (...) donne aux consommateurs un choix réel entre les agents blanchissants et les produits laitiers ».

¹⁷⁰⁰ Arrêt *CaixaBank*, préc. note 1654, pt 13.

économiques dans l'Union européenne. Ceci permettrait de procéder à une réelle analyse de l'impact d'une mesure nationale, qui n'a pas explicitement pour objet de restreindre l'accès au marché, sur les conditions des échanges sur celui-ci. Il convient alors de réfléchir aux modalités de la mise en œuvre d'une telle délimitation du marché en droit de la libre circulation, eu égard à la méthode suivie en droit de la concurrence.

Section 2 : La mise en œuvre d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation

S'il est nécessaire de délimiter le marché en droit de la libre circulation, il convient de se référer à la manière de procéder du juge qui statue en droit de la concurrence y procède. En effet, le marché doit être délimité d'un point de vue matériel, mais également d'un point de vue géographique¹⁷⁰² (I). L'essentiel est alors de délimiter matériellement le marché en cause en droit de la libre circulation (II).

I. Les enseignements à tirer de la délimitation géographique et matérielle du marché en droit de la concurrence

Une fois expliqué l'intérêt de la délimitation matérielle et géographique du marché en droit de la concurrence (A), on pourra évaluer comment le juge de la libre circulation pourrait s'inspirer de cette méthode (B).

A. L'intérêt de la délimitation du marché en droit de la concurrence

La qualification d'un accord ou d'un comportement de pratique anticoncurrentielle nécessite *a priori* d'analyser les conditions des échanges sur le marché sur lequel le comportement litigieux exerce ses effets. La délimitation du marché n'a cependant pas la même raison d'être dans le cadre de l'application de l'article 81 et de l'article 82 : elle semble faire l'objet d'une casuistique assez variable (1). Il faut ensuite examiner la méthode utilisée pour délimiter le marché, afin de répondre à la question de savoir comment le juge de la libre circulation pourrait délimiter le marché sur lequel une réglementation litigieuse répand ses effets (2).

¹⁷⁰¹ Dans le cas d'un produit absolument nouveau, la délimitation du marché nous semble également requise, afin de déterminer si le produit entre en concurrence avec des produits commercialisés de plus longue date. V. *infra*, section 2, II, B, 1.

¹⁷⁰² La dimension temporelle du marché est abordée *infra* note 1721.

1. L'hétérogénéité de la délimitation du marché pertinent en droit communautaire de la concurrence.

La délimitation du marché n'est pas uniforme en droit de la concurrence. Cette délimitation est concomitante avec la détermination de la position dominante d'une entreprise pour l'application de l'article 82 TCE, alors qu'elle intervient au moment de la détermination de l'atteinte à la concurrence dans le cadre de l'article 81¹⁷⁰³. Ainsi, dans ce dernier domaine, la délimitation du marché ne peut pas être autonomisée par rapport à la détermination de l'atteinte à la concurrence sur une partie substantielle du marché commun¹⁷⁰⁴.

Dès 1973, la Cour de justice précise que la délimitation du marché est un point capital dans l'analyse de la position dominante d'une entreprise ou d'une concentration¹⁷⁰⁵. L'intérêt de l'arrêt *Continental Can* est notamment de remettre en cause la délimitation du marché à laquelle a procédé la Commission, en déterminant ainsi les critères de la substituabilité de produits similaires au stade de l'appréciation de la position dominante d'une entreprise¹⁷⁰⁶. Il est cependant délicat de distinguer d'une part la délimitation d'un marché dominé par une entreprise, et d'autre part l'identification d'un abus, puisque le comportement adopté sur le marché par celle-ci aura une influence forte sur la structure du marché.

Dès lors, la proximité de la reconnaissance d'une violation de l'article 82 TCE et de la délimitation du marché de référence oblige parfois le juge à prendre en compte l'accessibilité du marché dès la délimitation de celui-ci. Dans le jugement *Hilti*, « la nécessité d'assurer la liberté d'accès des fournisseurs des consommables au marché a poussé le Tribunal à

¹⁷⁰³ V. not. TPI, 21.2.1995, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisties in de Bouwnijverheid e.a. c. Commission*, T-29/92, *Rec.*, p. II-289, pt 74.

¹⁷⁰⁴ TPI, 16.12.2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektotechnisch Gebied et Technische Unive* (ci-après *FEG*), T-5 et T-6/00, *Rec.*, p. II-5761, pt 123 : « dans le cadre de l'article 81 CE, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut définir le marché en cause. C'est pourquoi les griefs formulés à l'encontre de la définition du marché retenue par la Commission ne sauraient revêtir une dimension autonome par rapport à ceux relatifs à l'atteinte à la concurrence ».

¹⁷⁰⁵ CJCE, 21.2.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 6-72, *Rec.*, p. 215, pt 32 : « tant dans l'appréciation de la position dominante de SLW que dans celle des conséquences de la concentration litigieuse, la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits » (jurisprudence constante).

¹⁷⁰⁶ Sur cet aspect et en ce sens, v. le comm. de R. KOVAR, in note sous arrêt CJCE, 6.3.1974, *ICI S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, 6 et 7-73, *Rec.*, p. 223, *JDI*, 1976, p. 229, sp. 238.

reconnaître l'existence de deux marchés distincts, au lieu d'un seul marché »¹⁷⁰⁷. Il est en tout cas assez fréquent que des marchés soient distingués alors que les produits en cause participent ensemble à la satisfaction d'un seul besoin pour les consommateurs¹⁷⁰⁸.

D'après l'arrêt *Continental Can*, la délimitation est aussi importante dans le cadre de l'application de l'article 82 TCE que dans celui du contrôle des concentrations. Cependant, « la délimitation du marché dans le cas d'un abus de position dominante repose sur une démarche rétrospective et non prospective »¹⁷⁰⁹. La délimitation du marché est également rétrospective dans le cadre de l'article 81 TCE.

Toutefois, les contextes différents dans lesquels le marché est délimité dans le cadre de l'article 81 et de l'article 82 TCE doivent être soulignés¹⁷¹⁰. Emblématique est la détermination d'une position dominante collective. Celle-ci ne peut pas seulement se déduire de l'existence d'un accord constitutif d'une entente au sens de l'article 81 §1 TCE, mais doit constituer le fruit d'une délimitation du marché¹⁷¹¹. De plus, l'application de l'article 81 n'implique pas nécessairement une délimitation du marché pertinent :

¹⁷⁰⁷ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 964, en réf. à TPI, 12.12.1991, *Hilti AG c. Commission*, T-30/89, *Rec.*, p. II-1439, pt 68 : « en l'absence de normes et de règles générales contraignantes, tout producteur indépendant est parfaitement libre, au regard du droit communautaire de la concurrence, de fabriquer des produits consommables destinés à être utilisés dans des appareils fabriqués par d'autres à moins que, ce faisant, il ne porte atteinte à un droit de brevet ou à un autre droit de propriété industrielle ou intellectuelle ». L'auteur commente aussi cet arrêt p. 864.

¹⁷⁰⁸ V. not. les arrêts CJCE, 13.11.1975, *General Motors*, 26-75, *Rec.*, p. 1378, CJCE, 31.5.1979, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c. Commission*, 22-78, *Rec.*, p. 1869, CJCE, 25.2.1986, *Windsurfing International Inc. c. Commission*, 193-83, *Rec.*, p. 611 et la décision 94/811/CE de la Commission, 8.6.1994, *Shell/Montecatini*, IV/M.269, JO L 332 du 22.12.1994, p. 48, comm. in WAELBROECK M. et FRIGNANI A., *Concurrence, Le droit de la CE*, coll. Commentaire J. Mégret, éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 255. V. aussi, à propos de la délimitation du marché litigieuse dans l'arrêt *Hugin*, concl. av. gén. F. JACOBS, présentées pour l'arrêt CJCE, 2.3.1994, *Hilti AG c. Commission*, C-53/92 P, *Rec.*, p. I-667, pts 15 et s.

¹⁷⁰⁹ COMBE E., *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, sp. p. 227. L'auteur détaille p 325 et s. la méthode utilisée pour délimiter le marché pertinent dans le cadre du contrôle des concentrations, cette question n'étant pas abordée en détail ici.

¹⁷¹⁰ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 1708, p. 256, § 151 : « la violation de l'article [81], paragraphe 1^{er}, suppose uniquement que la concurrence soit restreinte de manière « sensible », tandis que la position dominante visée par l'article [82] suppose le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective. Il s'ensuit que la délimitation du marché en cause présente une importance plus critique, et exige une analyse plus poussée, dans l'article [82] que dans l'article [81] ». V. aussi, *idem*, p. 187, § 177. Selon ces auteurs, « la thèse selon laquelle les produits de chaque marque constitueraient un marché distinct n'est pas valable dans le cadre de l'article [82], même si, pour l'application de l'article [81], une restriction de la concurrence *intra-brand* suffit » (p. 256-257, § 251). En effet, « le seul fait que des produits soient substituables entre eux ne suffit pas pour qu'ils appartiennent au même marché au sens de l'article [81], § 1^{er} » (p. 187, § 178).

¹⁷¹¹ TPI, 10.3.1992, *SIV e.a. c. Commission (Verres plats)*, T-68, T-77 et T-78/89, *Rec.*, p. II-1403, pt 360 : « il y a lieu toutefois de souligner que, aux fins d'établir une infraction à l'article [82] du Traité, il ne suffit pas (...) de « recycler » les faits constitutifs d'une infraction à l'article [81] en tirant la constatation que les parties à un

« l'obligation d'opérer une délimitation de marché dans une décision adoptée en application de l'article 81 CE s'impose à la Commission uniquement lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »¹⁷¹².

Les interrogations sur la délimitation du marché peuvent ainsi ne « *pas [avoir] d'influence sur la qualification des comportements* »¹⁷¹³ au regard de l'article 81 §1 TCE. La perfectibilité de la délimitation du marché à laquelle la Commission a procédé ne remet pas en cause la qualification de l'infraction¹⁷¹⁴. Ainsi, le Tribunal relève par exemple que le caractère critiquable de la délimitation du marché retenue par la Commission dans sa décision¹⁷¹⁵ n'altère pas de manière significative « *l'appréciation portée sur les effets des accords de livraison litigieux sur le jeu de la concurrence, notamment quant à la question de savoir si l'accès au marché était fermé ou considérablement entravé par l'existence de ces accords* »¹⁷¹⁶. Cela relativise la nécessité d'une délimitation pointilleuse du marché dans l'appréciation de la licéité d'un accord au regard de l'article 81.

Néanmoins, ces éléments ne remettent pas en cause l'évidence selon laquelle le marché dont on cherche à apprécier l'accessibilité doit être délimité. Sans que la délimitation du marché ne soit exclue lorsqu'un accord a pour objet de restreindre la concurrence (en parallèle, il paraît moins nécessaire de délimiter le marché affecté lorsqu'une réglementation est discriminatoire *per se*), cette délimitation est primordiale lorsqu'il s'agit de déterminer les effets sur la concurrence d'un ou de plusieurs accords litigieux.

accord ou à une pratique illicite détiennent ensemble une part de marché importante, que de ce seul fait elles détiennent une position dominante collective et que leur comportement illicite constitue un abus de celle-ci. Il y a lieu de souligner, entre autres, que la constatation de l'existence d'une position dominante, qui n'implique d'ailleurs aucun reproche, présuppose la délimitation du marché en cause (...). Il appartient donc au Tribunal de vérifier tout d'abord l'analyse de marché effectuée dans la décision, et, ensuite, les circonstances invoquées à l'appui de la constatation d'une position dominante collective ».

¹⁷¹² TPI, 8.7.2004, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pt 132.

¹⁷¹³ IDOT L., note sous le jugement *FEG*, préc. note 1703, *Europe*, 2004, comm. 46, p. 16.

¹⁷¹⁴ Jugement *FEG*, préc. note 1703, pt 124 : « quelle que soit la définition du marché retenue, cela n'a cependant qu'une influence limitée sur la présente affaire, étant donné que les membres de la FEG (...) détiennent une position forte, voire très forte, sur chacun des marchés ». Dans le même sens, v. TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, *Rec.*, p. II-1533, pt 71, cité in Partie I, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, B, 2.

¹⁷¹⁵ Déc. Commission n° 93/406/CEE, 23.12.1992, *Langnese-Iglo GmbH*, IV/34.072, *JO* n° L 183 du 26.7.1993, p. 19. La Commission avait exclu du marché en cause les glaces en conditionnement pour gros consommateurs débitées en portions individuelles, alors que celles-ci étaient vendues en concurrence avec les glaces en conditionnement individuel sur la voie publique dans plusieurs types de points de ventes et étaient interchangeables du point de vue du consommateur.

¹⁷¹⁶ TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, *Rec.*, p. II-1533, pt 71.

En matière d'accords horizontaux, le Tribunal sanctionne une délimitation imprécise des marchés en cause dans le jugement *European Night Services*, en notant que les éléments figurant dans la décision de la Commission ne lui permettent pas de « *se prononcer sur les parts détenues par ENS sur les divers marchés pertinents et, partant, sur l'effet sensible des accords ENS sur le commerce entre les États membres* »¹⁷¹⁷. Laurence IDOT remarque à cet égard « *le caractère indispensable d'une délimitation des marchés même dans le cadre de l'article [81]* »¹⁷¹⁸. Parallèlement, l'analyse de l'effet cumulé d'accords verticaux sur la concurrence nécessite d'apprécier les « *conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence* »¹⁷¹⁹, ce qui implique une délimitation préalable de celui-ci. L'application de la théorie de l'effet cumulatif le confirme¹⁷²⁰. La délimitation du marché est alors essentielle lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il est possible pour des concurrents d'accéder au marché afin d'y livrer une concurrence efficace, en dépit de la signature d'un accord qui n'a pas explicitement pour objet de restreindre la concurrence.

Il importe alors d'étudier plus précisément quelle est la méthode utilisée en droit communautaire de la concurrence pour procéder à cette délimitation.

2. La méthode utilisée pour délimiter le marché en droit communautaire de la concurrence

¹⁷¹⁷ TPI 15.9.1998, *European Night Services Ltd e.a. c. Commission*, T-374, T-375, T-384 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141, pt 105. Notre point de vue est cependant de considérer que la délimitation du marché est un préalable à l'appréciation de l'analyse d'une restriction à la concurrence. Cette délimitation peut en tout cas servir également à déterminer si la condition de l'affectation du commerce entre États membres est remplie.

¹⁷¹⁸ IDOT L., note sous arrêt *ENS*, cité note précédente, *Europe*, 11.1998, comm. 377, p. 17.

¹⁷¹⁹ Arrêt *Delimitis*, cité note précédente, pts 21 et 22.

¹⁷²⁰ TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, *Rec.*, p. II-1533, pt 60 « la délimitation du marché en cause est essentielle pour analyser les effets des contrats d'exclusivité sur le jeu de la concurrence et, notamment, pour analyser les possibilités pour de nouveaux concurrents nationaux et étrangers de s'implanter sur le marché des glaces de consommation ou d'y agrandir leur part de marché », en réf. à CJCE, 28.2.1991, *S. Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, *Rec.*, p. I-935, pts 15 et 16. V. aussi TPI, 5.7.2001, *Colin Arthur Roberts et Valérie Ann Roberts c. Commission*, T-25/99, *Rec.*, p. II-1881, pt 26. Ce jugement aborde en détail aux pts 17 à 52 les arguments tendant à remettre en cause de la délimitation du marché pertinent à laquelle la Commission avait procédé dans sa décision litigieuse. V. aussi TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods c. Commission*, T-65/98, *Rec.*, p. II-4653, pt 80 : « la clause d'exclusivité ne prévoit pas que les détaillants s'engagent à ne vendre, dans leurs points de vente, que des produits HB. Dès lors, cette clause ne constitue pas formellement une obligation d'achat exclusive ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché de référence. Il incombe donc au Tribunal d'examiner, tout d'abord, si la Commission a suffisamment prouvé, dans les circonstances particulières du marché de référence, que la clause d'exclusivité portant sur les congélateurs opère en réalité comme une exclusivité imposée à certains points de vente et si elle a correctement quantifié le degré de cloisonnement ».

Au-delà de la dimension temporelle du marché¹⁷²¹, il convient de rappeler ici les grandes lignes de la délimitation matérielle et géographique du marché en droit communautaire de la concurrence.

Premièrement, la délimitation matérielle du marché consiste à analyser la substituabilité du côté de la demande ou de l'offre d'un produit ou d'un service.

D'une part, l'analyse de la substituabilité du côté de la demande permet d'identifier les produits substituables entre eux de manière à estimer s'ils font partie d'un même marché. Ainsi, selon la Commission, « *[u]n marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et l'usage auquel ils sont destinés* »¹⁷²². Il est analysé « *tout un faisceau d'éléments qui permettent d'apprécier jusqu'à quel point la substitution pourrait s'opérer* »¹⁷²³.

Ces éléments ont été précisés notamment dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* dans lequel la CJCE fixe les conditions selon lesquelles des produits peuvent relever de marchés différents :

« lorsqu'un produit est susceptible d'être utilisé à des fins diverses et lorsque ces différents usages répondent à des besoins économiques eux aussi différents, il y a lieu d'admettre que ce produit peut appartenir selon les cas, à des marchés distincts. (...) La notion de marché concerné (relevant market) implique, en effet, qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché »¹⁷²⁴.

Plusieurs produits ou services peuvent donc appartenir au même marché si « *leurs caractéristiques objectives [sont telles qu'ils] sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs* », ceci étant établi « *également en fonction des*

¹⁷²¹ « L'étendue temporelle du marché » est étudiée in M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 1708, p. 268-269, § 263. Les auteurs notent que cette question s'est posée not. in CJCE, 14.2.1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 27-76, Rec., p. 207. Des études mentionnées aux pts 15 à 17 de l'arrêt font en effet état de différences dans la consommation et dans le prix des bananes selon les saisons. La Cour juge cependant au pt 26 « qu'il n'existe pas de substitution forcée saisonnière ». Les aspects temporels peuvent donc avoir une importance au moment de la délimitation du marché en cause.

¹⁷²² Communication sur la définition du marché en cause, préc. note 1607, pt 7, en réf. au règlement n° 4064/89/CEE du Conseil du 21.12.1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO L 395 du 30.12.1989, p. 1 à 12.

¹⁷²³ *Idem*, pt 25.

¹⁷²⁴ CJCE, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 85-76, Rec., p. 461, pt 28.

conditions de concurrence et de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en cause »¹⁷²⁵. Il est ainsi possible qu'un groupe de produits fasse partie d'un même marché¹⁷²⁶.

La doctrine note fréquemment les lacunes dans la jurisprudence lorsque le marché est erronément délimité du point de vue de la demande. À cet égard, l'affaire du cellophane dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis est topique¹⁷²⁷. En Europe, l'appréciation stricte « *du critère d'interchangeabilité par la Commission a parfois abouti à la définition de marchés tellement étroits qu'ils perdent toute signification réelle* »¹⁷²⁸.

Dans l'arrêt *ICI*, la CJCE retient même un marché pertinent qui n'existe pas¹⁷²⁹. L'analyse économique à laquelle la Cour se livre est nécessairement fragilisée¹⁷³⁰, dans la mesure où l'élimination de la concurrence ne peut être correctement démontrée puisque l'éthambutol appartenait au marché de l'ensemble des médicaments utilisés pour soigner la tuberculose. Or, les effets du comportement litigieux ne se font sentir que sur le marché aval dont la délimitation retenue est critiquable. Il faut alors relever à quel point la délimitation des marchés est essentielle : si une entreprise est dominante pour la fabrication d'une matière première, un produit dérivé de celle-ci peut entrer en concurrence avec des produits issus d'autres matières premières, de sorte que la domination d'une entreprise sur un marché amont ne signifie pas nécessairement qu'elle dominerait le marché aval si elle décidait d'y prendre pied¹⁷³¹. Contrairement au déroulement du raisonnement choisi par la Cour de justice dans cet

¹⁷²⁵ TPI, 12.6.1997, *Tiercé Ladbroke SA c. Commission*, T-504/93, *Rec.*, p. II-923, pt 81, comm. par L. IDOT, *in Europe*, août-sept. 1997, p. 17-18 qui relève que « l'analyse est axée sur les conditions de la demande ».

¹⁷²⁶ Sur cette question, v. not., M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 1708, p. 262-263, § 256.

¹⁷²⁷ L'arrêt de la Cour Suprême *Unite States v. El du Pont de Nemour and Co*, 351 US 377 (1956) est expliqué not. *in* E. COMBE, ouvrage préc. note 1709, p. 227 à 229. V. aussi R. WHISH, préc. note 1607, p. 31, qui aborde p. 30 à 32 « the Cellophane Fallacy ».

¹⁷²⁸ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., préc. note 1708, p. 261, en réf. not. au marché « des instruments de musique en cuivre utilisés dans les orchestres de cuivres de style britannique ».

¹⁷²⁹ Arrêt *ICI*, 6 et 7-73, préc. note 1706, pt 22, 2^e al. : « même si le marché des dérivés ne constitue pas un marché en soi ». En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 1707, p. 835.

¹⁷³⁰ En ce sens, v. I. LIANOS, *idem*. Selon cet auteur, la Cour de justice a préféré retenir une définition juridique du pouvoir de marché, qui met l'accent sur le critère de l'exclusion des concurrents dans la définition de la position dominante, plutôt qu'une définition économique de ce pouvoir, qui aurait dû impliquer un examen de la capacité de CSC de diminuer la production ou d'augmenter les prix de l'éthambutol, au détriment des consommateurs finaux. Cet auteur remarque également que l'efficacité économique du refus en cause n'est pas analysée.

¹⁷³¹ Ceci souligne à nouveau que la préservation implicite de l'accessibilité du marché, si elle semble satisfaisante d'un point de vue juridique, ne l'est donc pas nécessairement si on se place d'un point de vue économique.

arrêt¹⁷³², il semble préférable de délimiter d'abord le marché sur lequel une position dominante est supposée et le marché sur lequel les effets du comportement se font sentir, et d'analyser seulement après si l'entreprise en cause a abusé de sa position dominante.

La délimitation du marché apparaît cependant plus objective lorsqu'il est fait application du test SSNIP¹⁷³³ qui consiste à analyser l'élasticité-prix croisée¹⁷³⁴, comme dans le jugement *France Télécom*¹⁷³⁵.

D'autre part, la substituabilité du côté de l'offre peut être prise en compte pour délimiter le marché de référence. Cela est pertinent « *dans les opérations où cette substituabilité a des effets équivalents à ceux de la substituabilité du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité* », notamment lorsque « *les fournisseurs [peuvent] réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme, sans encourir aucun coût ou risque supplémentaire substantiel, en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs* »¹⁷³⁶. Selon l'avocat général MENGGOZZI, une forte substituabilité du côté de l'offre permet d'identifier des situations de concurrence potentielle :

« Une entreprise doit prendre en compte la capacité dont peuvent disposer certaines entreprises – qui ne produisent pas encore le même produit (ou la même variété de produit) qu'elle mais un autre produit (ou une autre variété de produit) qui n'est pas substituable à ce produit aux yeux des consommateurs – de modifier leurs processus de production à court terme et sans encourir de coûts supplémentaires substantiels ou de risques excessifs, pour offrir elles

¹⁷³² La Cour de justice établit d'abord la position dominante de l'entreprise (pts 9 à 18), et examine dans un deuxième temps le marché pertinent (pts 19 à 22).

¹⁷³³ Le test SSNIP (*Small but Significant Non transitory Increase in Price*) consiste à délimiter le marché en fonction des effets d'une hausse uniforme des prix de 5 % pendant un an. Selon la Communication sur la définition du marché en cause, préc. note 1607, pt 17, « la question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 % à 10 %) mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés ».

¹⁷³⁴ V. E. COMBE, ouvrage préc. note 1709, p. 341 à 343.

¹⁷³⁵ TPI, 30.1.2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, *Rec.*, p. II-107, pts 73 à 91, le Tribunal acceptant la délimitation du marché retenue par la Commission. V. L. IDOT, note sous ce jugement, *Europe*, 3.2007, p. 21-22.

¹⁷³⁶ Communication sur la définition du marché en cause, préc. note 1607, pt 20. Ceci est repris en termes similaires in TPI, 17.9.2007, *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04, *Rec.*, p. II-3601, pt 484. Aux points suivants, le Tribunal se demande quelle pression concurrentielle est exercée sur les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail par d'autres produits pour pouvoir les considérer comme étant substituables.

aussi le produit (ou la variété de produit) en question en réaction à des variations légères, mais permanentes, de son prix »¹⁷³⁷.

Dans une telle situation, le marché en cause comporte ainsi à la fois les produits substituables du côté de la demande et du côté de l'offre. Il s'agit d'analyser également si d'autres entreprises peuvent avoir, sur le marché pertinent, la capacité de développer la production de biens substituables pour les consommateurs.

Le marché doit, deuxièmement, être délimité géographiquement et constituer, pour justifier l'application des dispositions du droit communautaire de la concurrence, une partie substantielle du marché commun.

En pratique, il peut s'agir d'un marché de dimension nationale¹⁷³⁸, transfrontalier¹⁷³⁹, ou d'un marché qui regroupe plusieurs États membres voire leur totalité¹⁷⁴⁰. D'après une jurisprudence constante, « *le marché géographique peut être défini comme le territoire sur lequel tous les opérateurs économiques concernés se trouvent exposés à des conditions objectives de concurrence qui sont similaires ou suffisamment homogènes* »¹⁷⁴¹. Dans sa communication, la Commission détaille les considérations liées à l'aspect géographique du marché qui implique également une analyse des caractéristiques de la demande et des facteurs liés à l'offre. Pour ce qui est de la demande, le critère retenu est aussi « *la substitution consécutive à une variation des prix relatifs [:] il s'agit de savoir si les clients des parties transféreraient leurs commandes vers des sociétés implantées ailleurs, à court terme et à moindre coût* »¹⁷⁴². Pour ce qui est des facteurs liés à l'offre, il s'agit inversement de « *repérer les obstacles et barrières éventuels isolant des sociétés implantées dans une zone donnée de la pression concurrentielle de sociétés situées en dehors de cette zone, de façon à déterminer*

¹⁷³⁷ Concl. av. gén. P. MENGOZZI présentées pour l'arrêt CJCE, 19.4.2007, *De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec.*, p. I-3115, pt 76.

¹⁷³⁸ CJCE, 9.11.1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, 322-81, *Rec.*, p. 3461, pt 28 : le territoire d'un État membre constitue une partie substantielle du marché commun. V. aussi, CJCE, 28.5.1998, *New Holland Ford Ltd c. Commission*, C-8/95 P, *Rec.*, p. I-3175, pts 83 et 84.

¹⁷³⁹ Jugement *Tiercé Ladbroke*, préc. note 1725, pt 106.

¹⁷⁴⁰ Arrêt *United Brands*, préc. note 1721, pts 36 et 52 à 57 : le marché pertinent comprend l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Irlande, le Luxembourg et les Pays-Bas. Les arrêts *Hoffmann-La Roche*, préc. note 1724, et *ICI*, 6 et 7-73, préc. note 1706, donnent l'exemple d'une domination du marché européen par les entreprises concernées, même si, selon B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, in *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, Paris, 1994, 5^e éd., p. 415, « une capacité d'action autonome sur l'ensemble du marché commun (...) ne pourrait être qu'exceptionnelle et temporaire ».

¹⁷⁴¹ V. not. jugement *Tiercé Ladbroke*, préc. note 1725, pt 102.

¹⁷⁴² Communication sur la définition du marché en cause, préc. note 1607, pt 29.

le degré précis d'interpénétration des marchés au niveau national, européen ou global »¹⁷⁴³. Cette communication énonce quelle peut être la nature de ces obstacles, au premier rang desquels figurent les coûts de transport¹⁷⁴⁴. Les barrières à l'entrée sont donc particulièrement importantes dès la délimitation géographique du marché pertinent¹⁷⁴⁵. Finalement, du côté de la demande, il s'agit de déterminer jusqu'à quel endroit les consommateurs sont prêts à se rendre pour satisfaire leur demande d'un produit ou d'un service, si le prix d'un produit ou d'un service plus aisément accessible augmente ; du côté de l'offre, il s'agit de se demander jusqu'où les opérateurs économiques sont implantés pour accéder à ce marché.

L'homogénéité des conditions de concurrence caractérise donc un marché géographique. Selon Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, les différences dans les conditions de concurrence ne doivent pas être « *de nature à entraver l'accès à certaines parties de ce marché par les firmes opérant dans d'autres parties du marché* ». Dès lors, « *le critère déterminant est la possibilité pour l'acheteur, où qu'il soit établi à l'intérieur d'un marché géographique donné, de se procurer les produits auprès de fournisseurs établis ailleurs dans ce marché* »¹⁷⁴⁶. Ceci confirme l'importance des questions relatives à l'accès au marché dès la délimitation géographique de celui-ci, aussi bien du côté de l'offre que du côté de la demande. Ainsi, Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL remarquent que « *le marché est un espace, mais il est perçu moins dans son étendue géographique que dans son importance économique par rapport à l'ensemble du marché commun* »¹⁷⁴⁷.

Les difficultés que soulève la délimitation d'un marché en cause justifient la communication précitée sur la délimitation du marché en cause, dont l'application par la Commission et les autorités nationales est facteur de sécurité juridique pour les opérateurs¹⁷⁴⁸. Procéder à une délimitation du marché en droit de la libre circulation favoriserait également le sentiment de sécurité juridique du côté des opérateurs économiques dans la mesure où elle permettrait de poser les jalons d'une analyse rigoureuse des conditions des échanges sur le marché.

¹⁷⁴³ *Idem*, pt 30.

¹⁷⁴⁴ *Idem*, pt 50, relatif aux « entraves et coûts liés à la réorientation des commandes vers des entreprises situées dans d'autres zones ».

¹⁷⁴⁵ En ce sens, v. not. B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, ouvrage préc. note 1740, p. 416.

¹⁷⁴⁶ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 1708, p. 263, § 257.

¹⁷⁴⁷ GOLDMAN B., LYON-CAEN A. et VOGEL L., ouvrage préc. note 1740, p. 417.

¹⁷⁴⁸ V. aussi Commission, *Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques*, JO, n° C 165 du 11.7.2002, p. 6, pts 33 et s.

B. Les modalités d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation

La qualification d'une mesure étatique de restriction à la libre circulation au sens du Traité nécessite une délimitation du marché pertinent, particulièrement lorsque la réglementation en cause n'a pas pour objet de freiner les échanges. La fréquence des références à la concurrence dans la jurisprudence relative aux libertés de circulation le corrobore. Le juge qui statue en droit de la libre circulation pourrait alors s'inspirer de la méthode utilisée par le juge en droit de la concurrence pour délimiter le marché.

À l'image des accords qui ont pour objet de restreindre le libre jeu de la concurrence et pour lesquels l'application de l'article 81 TCE ne nécessite pas de délimitation précise du marché pertinent, la délimitation du marché serait également superfétatoire dans le cas où une réglementation litigieuse a pour objet de restreindre les échanges. Il s'agit en particulier des taxes d'effet équivalent dont l'interdiction est prononcée même en l'absence d'effet protecteur, parce qu'elles sont en elles-mêmes nocives pour l'établissement du marché intérieur¹⁷⁴⁹. Il en va de même pour les autres mesures étatiques qui sont discriminatoires *de jure* : leur interdiction *per se* rend inutile l'analyse de la différence des effets de la réglementation sur les opérateurs nationaux et sur ceux qui font usage de la libre circulation, même lorsqu'il n'existe pas de production ou d'activité nationale similaire. La délimitation du marché pertinent semble donc pouvoir être exclue dans ces cas.

La délimitation du marché en cause serait alors nécessaire pour l'ensemble des réglementations indistinctement applicables dont il convient d'identifier l'intensité de l'effet sur les opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. À l'image du droit de la concurrence, il convient d'étudier de quelle manière le marché doit être délimité d'une point de vue matériel (1) et géographique (2) en droit de la libre circulation.

1. L'importance de la délimitation matérielle du marché en droit de la libre circulation

La délimitation du marché à laquelle il est procédé dans le cadre de l'article 82 TCE est assez proche de celle qui est utilisée pour identifier les produits similaires ou concurrents dans le

¹⁷⁴⁹ CJCE, 1^{er}.7.1969, *Fonds social des ouvriers diamantaires*, 2 et 3-69, *Rec.*, p. 211, pt 18. V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 1, I, A, 1. Ceci est rappelé *in concl.* av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt CJCE, 22.4.1999, *CRT France International SA c. Directeur régional des impôts de Bourgogne*, C-109/98, *Rec.*, p. I-2237, pt 39 : « l'interdiction des taxes d'effet équivalant à un droit de douane, prévue par les articles 9 et 12 du traité, est indépendante de l'existence de discriminations, d'un effet protecteur et d'un renforcement de la position concurrentielle de la production nationale par rapport aux produits d'origine étrangère. Par conséquent, cette interdiction ne dépend pas de l'existence d'une production nationale ».

cadre de l'article 90 TCE. Pourtant, selon Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, « *les critères utilisés [pour délimiter le marché des produits dans le cadre de l'article 82] différent de ceux retenus dans le cadre de l'article [90]* »¹⁷⁵⁰. Le contexte différent de l'application de ces articles peut ainsi conduire à des délimitations bigarrées des marchés, alors que le même produit est en cause¹⁷⁵¹. De plus, la délimitation du marché dans le cadre des articles 81 et 82 TCE n'est ni uniforme, ni systématique. Même si la méthode d'analyse semble utilisable dans chacun des cas d'application en droit communautaire matériel – il s'agit d'identifier un marché principalement en application du critère de la substituabilité des produits ou des services –, il est assez évident que la délimitation du marché en droit de la libre circulation prenne des visages différents en fonction de la règle que le juge applique.

La délimitation matérielle du marché en droit de la libre circulation se limite parfois à l'analyse de la substituabilité du côté de la demande. L'arrêt *Säger* se situe sur cette ligne, puisque la demande des opérateurs nationaux en services prestés depuis l'étranger est examinée. Implicitement, la Cour estime que les services prestés depuis l'étranger peuvent se substituer aux services prestés par les avocats allemands¹⁷⁵². Les arrêts relatifs à l'article 90 CE analysent essentiellement la substituabilité du côté de la demande, dans la mesure où la Cour de justice évalue si les produits satisfont des besoins des consommateurs¹⁷⁵³. L'arrêt *Fidium Finanz* fournit un exemple d'un cas dans lequel la considération de la demande du service en cause aurait pu orienter la solution vers l'application de la libre circulation des capitaux, ce qui aurait permis à la société implantée dans un État tiers d'invoquer cette liberté¹⁷⁵⁴. L'analyse de la substituabilité du côté de la demande semble ainsi primordiale¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁵⁰ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 1708, p. 256.

¹⁷⁵¹ Ces auteurs notent ainsi que « la Cour a considéré [*in* CJCE, 7.5.1987, *Commission c. Italie*, 184-85, *Rec.*, p. 2013, pt 12], que les bananes et les autres fruits de table sont des produits concurrents au sens de l'article [90], alinéa 2, alors qu'elle avait distingué ces marchés dans l'affaire *United Brands* [préc. note 1721] ».

¹⁷⁵² CJCE, 25.7.1991, *M. Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, pt 14, analysé *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, I, A, 1.

¹⁷⁵³ La délimitation du marché en application de l'article 90 CE est développée sous II, A, 1.

¹⁷⁵⁴ CJCE, 3.10.2006, *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04, *Rec.*, p. I-9521, pts 45 et 46, pour l'application de la libre prestation des services à une restriction à l'accès au marché financier allemand. Si le marché avait été considéré du point de vue de la demande, on peut se demander si ce n'est pas la libre circulation des capitaux qui aurait été privilégiée, dans la mesure où le consommateur qui profite de ces services cherche à obtenir le transfert d'un capital. La réglementation litigieuse empêche cependant de prêter un service selon la Cour. L'impossibilité d'accéder à la demande d'un emprunteur constitue la « conséquence inéluctable » (pt 49) de l'interdiction de prêter le service depuis un État tiers. L'objet de ce service est néanmoins le transfert de capitaux.

¹⁷⁵⁵ Ces éléments sont développés *infra* sous II, A, 2.

Il convient également de s'interroger sur la question de savoir si l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre a un intérêt dans la délimitation du marché pertinent en droit de la libre circulation. Même si ce critère doit être manié avec circonspection et ne peut être utilisé à lui seul¹⁷⁵⁶, le juge peut prendre en considération les frais supplémentaires qu'occasionne le respect de réglementations en vigueur dans l'État de destination afin d'évaluer l'intensité de l'entrave pour l'opérateur qui circule. Cela revient à évaluer si un opérateur serait prêt à adapter son processus de production ou de prestation pour accéder au marché voisin. Si cette adaptation est trop onéreuse, la réglementation a un impact négatif sur la substituabilité du côté de l'offre. De plus, les opérateurs nationaux doivent aussi se comporter en prenant en considération le fait que des opérateurs établis sur des marchés voisins pourraient leur livrer concurrence en adaptant leur processus de production. Il convient cependant d'observer que le critère des frais supplémentaires est utilisé par la Cour de justice au moment de l'analyse de la restriction et ne fait pas réellement partie de la délimitation du marché en cause. Il semblerait alors pertinent que ces considérations interviennent, en amont, lors de la délimitation du marché de référence du côté de l'offre.

Il semble donc essentiel que la CJCE analyse l'impact de la réglementation sur la substituabilité du côté de la demande ainsi que du côté de l'offre, afin de garantir non seulement l'accès des consommateurs à une plus grande variété de produits et de services, mais aussi celui des offreurs aux marchés sur lesquels ils ne sont pas représentés.

La délimitation du marché doit aussi intégrer des considérations géographiques, mais son utilité en droit de la libre circulation interroge.

2. L'utilité de la délimitation géographique du marché en droit de la libre circulation

La sanction d'une réglementation nationale attentatoire à une liberté de circulation revient en règle générale à condamner la protection illégitime de l'activité nationale. Il s'agit de corriger une régulation du marché à l'avantage des opérateurs nationaux. *A priori*, ce marché se calquerait sur le champ d'application de la règle en cause. Il convient ici de demander s'il serait raisonnable d'assimiler la délimitation géographique du marché pertinent au domaine d'application d'une mesure qui serait mise en cause en droit de la libre circulation.

¹⁷⁵⁶ En ce sens, v. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, B.

Le marché est *a priori* de dimension nationale en matière de libre circulation. Le champ d'application infranational d'une règle litigieuse n'empêche cependant pas l'application du droit de la libre circulation¹⁷⁵⁷. Dans ce cas, même si les règles en cause sont imputables aux États membres, le marché affecté par la règle est la zone géographique sur laquelle la mesure doit être appliquée. Dès lors, une délimitation précise du marché en cause permettrait de ne pas négliger les cas dans lesquels l'application d'une réglementation est seulement locale, et d'adapter l'appréciation économique à cette plus petite dimension.

Dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, le marché en cause est assimilé au marché de l'emploi de chaque État membre¹⁷⁵⁸. Il en va de même en matière de libre prestation des services¹⁷⁵⁹. Pour ce qui concerne en particulier la libre circulation des capitaux, le marché en cause correspond par exemple à l'ensemble des entreprises nationales dans lesquelles une société implantée dans un autre État membre peut investir¹⁷⁶⁰. Le marché peut néanmoins être limité à deux entreprises¹⁷⁶¹. La délimitation du marché géographique correspondrait donc au champ d'application *ratione loci* de la règle en cause, même si l'État

¹⁷⁵⁷ V. not. arrêt *Aragonesa de Publicidad Exterior*, préc. note 1620, pt 8 ; CJCE, 16.7.1992, *Legros*, C-163/90, *Rec.*, p. I-4657 ; CJCE, 15.12.1993, *Ligur Carni e.a. c. Unità Sanitaria Locale n° XV di Genova e.a.*, C-277/91, *Rec.*, p. I-6621 ; CJCE, 9.8.1994, *Lancry e.a. c. Direction générale des douanes e.a.*, C-363/93, *Rec.*, p. I-3957 ; CJCE, 14.9.1995, *M. Simitzi c. Dimos Kos*, C-485/93, *Rec.*, p. I-2655 ; CJCE, 13.1.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, C-254/98, *Rec.*, p. I-131 ; CJCE, 9.9.2004, *Carbonati Apuani c. Comune di Carrara*, C-72/03, *Rec.*, p. 8027.

¹⁷⁵⁸ CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e.a. c. J.-M. Bosman*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, pt 94, selon une jurisprudence constante : « L'ensemble des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les ressortissants communautaires, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur le territoire de la Communauté et s'opposent aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre ».

¹⁷⁵⁹ CJCE, 10.5.1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, C-384/93, *Rec.*, p. I-1141, pt 53, au stade de la justification de la restriction : « limiter l'interdiction du "cold calling" à certaines entreprises en raison de leur comportement passé pourrait ne pas suffire pour atteindre l'objectif de restaurer et de préserver la confiance des investisseurs dans le marché national des valeurs mobilières en général ». Le marché est identifié au marché national mais la demande n'est pas évoquée.

¹⁷⁶⁰ Concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 28.9.2006, *Commission c. Pays-Bas*, C-282/04 et C-283/04, *Rec.*, 2006 p. I-9141, pt 24 : « [m]ême si les pouvoirs publics néerlandais échappaient à l'application de l'article 56 CE lorsque, comme tout autre actionnaire, ils agissent dans le cadre de la législation générale en matière de droit des sociétés, il conviendrait de soulever la question de savoir si la législation qui permet à certains actionnaires d'obtenir certains droits spéciaux leur permettant de se protéger du fonctionnement du marché peut en elle-même constituer une restriction à la libre circulation des capitaux. Une législation de ce type est susceptible de limiter l'accès aux capitaux sur le marché national en protégeant la position de puissance acquise par certains opérateurs sur ce marché. De plus, il est probable que ces opérateurs soient des actionnaires nationaux. Par conséquent, une législation de cette nature peut empêcher l'accès au marché *national* pour les investisseurs établis dans d'autres États membres » (italique ajouté).

¹⁷⁶¹ Arrêt *Commission c. Pays-Bas*, cité note précédente, pt 23 : les entreprises établies dans d'autres États membres sont dissuadées d'investir dans les *entreprises* néerlandaises en cause. V. l'opinion contraire sur ce point de l'avocat général, citée note précédente.

membre engage aussi sa responsabilité dans le cas où le champ d'application de la règle est limité à une partie du territoire national.

Néanmoins, la qualification d'une réglementation nationale de restriction aux exportations démontre que le marché en cause dépasse la zone nationale de production que le législateur entend protéger. Par exemple, l'interdiction de l'exportation du vin en vrac empêche celui-ci d'accéder au marché de l'embouteillage qui s'étend au territoire d'un autre État membre¹⁷⁶². La demande nationale de vin en vrac est protégée¹⁷⁶³. Dans d'autres cas, le marché semble être de dimension européenne. En effet, les règles relatives aux monopoles nationaux doivent notamment garantir que « *la concurrence entre les économies des États membres [n'est] pas faussée* »¹⁷⁶⁴. Il faut alors « *comparer non pas les produits importés et nationaux, mais les marchés nationaux entre eux* »¹⁷⁶⁵. Toutefois, dans ces deux cas, le cadre d'analyse se limite à la question de savoir si le marché national protégé ou monopolisé est fermé. C'est l'imperméabilité du marché entendu dans sa dimension nationale qui est étudiée.

Il serait en effet exagéré d'élargir le marché géographique à l'ensemble des opérateurs non implantés dans l'État membre dans lequel la réglementation a été adoptée, qui seraient susceptibles d'être affectés par cette dernière. Le marché géographique correspondrait davantage au lieu où sont commercialisés les biens ou prestés les services dont le processus de production ou les modalités de commercialisation sont affectés par la réglementation litigieuse, quel que soit le lieu d'implantation des opérateurs. Un destinataire de services, qui serait originaire d'un État membre voisin, pénètre le marché national qui est dès lors délimité indépendamment de son lieu d'habitation. Il en va de même pour un opérateur économique établi dans un État tiers qui pénétrerait seulement une partie du marché intérieur.

Afin d'éviter une conclusion hâtive sur ce point, il est cependant essentiel de confronter les dimensions géographiques des marchés affectés par les réglementations litigieuses en droit de la libre circulation avec la définition du marché géographique telle qu'elle est entendue en droit de la concurrence¹⁷⁶⁶. En application de cette définition, il semble délicat d'affirmer que chaque domaine d'application *ratione loci* d'une mesure (nationale ou infranationale) qui

¹⁷⁶² CJCE, 9.6.1992, *Delhaize et Le Lion*, C-47/90, *Rec.*, p. I-3669, pts 12 à 14.

¹⁷⁶³ Cela peut cependant être démontré en fonction de la demande située dans d'autres États membres.

¹⁷⁶⁴ CJCE, 23.10.1997, *Proc. pén. c. H. Franzén*, C-189/95, *Rec.*, p. I-5909, pt 40.

¹⁷⁶⁵ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour l'arrêt CJCE, 23.11.1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, C-145/88, *Rec.*, p. I-3851, pt 18.

¹⁷⁶⁶ V. la définition de cette notion qui est retranscrite dans le corps de texte renvoyant à la note 1741.

relève des règles relatives à la libre circulation correspond à un territoire sur lequel tous les opérateurs économiques concernés échangent dans des conditions objectives de concurrence similaire. On peut à ce titre prendre l'exemple d'un producteur de biens de consommation installé à proximité de la frontière d'un État membre, dont il souhaiterait pénétrer le marché. L'opérateur étant de taille moyenne, il n'envisage pas d'accéder à l'ensemble du marché national, mais seulement de fournir l'ensemble des magasins d'une chaîne commerciale situés sur le territoire de la région frontalière. S'il réussit à accéder au marché, seule la région frontalière correspond à une zone dans laquelle les conditions de concurrence sont homogènes, puisque seule cette zone voit la concurrence modifiée et intensifiée par l'arrivée d'un nouveau produit concurrent. Cet élément n'empêche évidemment pas que la reconnaissance de la contrariété d'une réglementation nationale avec le Traité soit prononcée pour l'ensemble du territoire, en application du principe d'égalité devant la loi.

Généralement, le principe de l'interdiction de la protection du marché national ou infranational est donc appliqué indépendamment du segment du marché sur lequel un opérateur implanté dans un autre État membre souhaiterait prendre pied, mais aussi indépendamment de la dimension frontalière d'un marché pertinent. L'opération de délimitation géographique du marché en cause en droit de la libre circulation serait dès lors globalisante, dans la mesure où les conditions de régulation étatique du marché doivent être identiques quel que soit le segment du marché qui serait visé par un opérateur implanté dans un autre État membre. Ceci n'empêche pas une régulation différenciée du marché en fonction de spécificités locales¹⁷⁶⁷.

Pourtant, la contrariété d'une réglementation nationale avec les règles communautaires relatives à la libre circulation peut être reconnue si la réglementation est « *de nature à entraver l'accès à certaines parties de ce marché par les firmes opérant dans d'autres [États membres]* », si l'on reprend par analogie l'opinion de Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI relative au marché géographique¹⁷⁶⁸. La Cour de justice défend « *la possibilité pour l'acheteur, où qu'il soit établi à l'intérieur d'un marché géographique donné, de se procurer les produits auprès de fournisseurs établis ailleurs* »¹⁷⁶⁹, c'est-à-dire dans un autre État membre. Ainsi la délimitation géographique précise du marché en cause ne touche pas,

¹⁷⁶⁷ V. les jurisprudences précitées note 1757.

¹⁷⁶⁸ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 1708, p. 263, § 257.

¹⁷⁶⁹ *Ibid*, par analogie.

de toute évidence, à la nécessité de prendre en considération l'élément d'extranéité dans les litiges mettant en cause une liberté de circulation. Cet aspect n'est pas seulement pertinent pour déterminer l'applicabilité du droit de la libre circulation. L'impact spatial de l'application d'une réglementation est nécessairement pris en considération au moment de la qualification de la mesure en cause de restriction à l'accès au marché.

Face au « *caractère subjectif et aléatoire* » de la délimitation du marché en droit de la concurrence, dans la mesure où « *de nombreux marchés n'ont pas de limites précises* », Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI proposent que « *l'on renonce à une approche exclusivement structurelle et que l'on donne plus d'importance aux critères de comportement* »¹⁷⁷⁰. En droit de la libre circulation, l'essentiel consiste alors à identifier au travers d'une analyse économique l'effet protectionniste d'une réglementation litigieuse qui affecte les échanges. Cela revient à caractériser l'intention protectionniste de l'État membre, lorsque celle-ci n'est pas explicite.

Il ressort de l'ensemble de ces développements qu'une délimitation matérielle et géographique précise du marché est requise en droit de la libre circulation, à l'image du droit de la concurrence. Dans la mesure où la dimension géographique peut se déduire assez aisément du champ d'application *ratione loci* de la réglementation mise en cause, c'est la délimitation matérielle du marché qui suscite les enjeux les plus intéressants.

II. La délimitation matérielle du marché en droit de la libre circulation

On pourrait penser que la délimitation matérielle du marché est supposée en droit de la libre circulation. Le juge de la libre circulation a nécessairement à l'esprit les produits ou services en cause lorsqu'il doit statuer sur une réglementation¹⁷⁷¹. Les arrêts précédemment étudiés montrent cependant qu'une délimitation matérielle du marché est requise dans la plupart des cas afin que les décisions soient mieux fondées économiquement. Cette délimitation consiste en effet à identifier précisément la nature du rapport de concurrence entre produits (ou services) importés et produits (ou services) nationaux, dans l'objectif d'établir si une législation protège une activité économique nationale.

¹⁷⁷⁰ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 1708, p. 269, § 264.

¹⁷⁷¹ V. cependant concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour l'arrêt CJCE, 24.11.1993, *Proc. pén. c. B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pt 12. Selon l'avocat général, le produit en question est notamment la bière, alors qu'il s'agissait d'un arôme utilisé pour relever le goût de la bière.

La délimitation du marché, en ce qu'elle constitue le fondement d'une analyse du rapport de concurrence entre l'activité économique importée et l'activité nationale, mérite alors d'être généralisée (A). On peut alors s'intéresser à son caractère systématique (B).

A. La généralisation de la délimitation du marché

La délimitation du marché, explicite et récurrente lorsque l'article 90 TCE est appliqué, est appelée à se généraliser (1), sous l'effet de l'utilisation du critère de l'accès au marché (2).

1. La délimitation matérielle du marché en application de l'article 90 TCE

L'application de l'article 90 TCE donne traditionnellement lieu à une délimitation du marché. Il est important d'en saisir la teneur au vu de la nécessité d'une telle délimitation dans l'ensemble du droit de la libre circulation.

Afin d'identifier l'effet protecteur d'une mesure fiscale qui ne relève pas de l'interdiction des taxes d'effet équivalent¹⁷⁷², la Cour de justice examine avec précision le marché des produits en cause. À l'issue de procédures en manquement lancées par la Commission contre la France¹⁷⁷³, l'Italie¹⁷⁷⁴, le Royaume-Uni¹⁷⁷⁵ et le Danemark¹⁷⁷⁶ (l'arrêt de manquement prononcé contre l'Irlande pose un problème différent d'application de l'article 90 alinéa 1¹⁷⁷⁷) à propos des régimes nationaux de taxation des eaux-de-vie, la Cour procède pour la première fois à une « *analyse du marché [en cause]* »¹⁷⁷⁸, afin de répondre à la question de savoir avec quels autres alcools les eaux-de-vie entrent en concurrence. Une fois relevées les « *traits génériques communs* »¹⁷⁷⁹ à ces boissons, qui pourraient la conduire à assimiler l'ensemble des eaux-de-vie à des produits similaires, la CJCE observe que certains produits de cet ensemble ont « *des caractéristiques propres plus ou moins prononcées* »¹⁷⁸⁰, tandis que

¹⁷⁷² La question de l'absence de délimitation du marché à propos des taxes d'effet équivalent est abordée sous B., 2), dans ce paragraphe.

¹⁷⁷³ Arrêt *Commission c. France*, 168-78, préc. note 1634.

¹⁷⁷⁴ CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Italie*, 169-78, *Rec.*, p. 385.

¹⁷⁷⁵ CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Royaume-Uni*, 170-78, *Rec.*, p. 417 dans lequel la Cour a sursis à statuer en l'absence d'éléments suffisants pour identifier ou non le caractère protecteur de la législation britannique. L'arrêt définitif est prononcé le 12.7.1983 et publié in *Rec.*, p. 2265 (ci-après arrêt *Vin et Bière II*).

¹⁷⁷⁶ CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Danemark*, 171-78, *Rec.*, p. 447.

¹⁷⁷⁷ CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Irlande*, 55-79, *Rec.*, p. 481 : le régime fiscal des alcools est jugé discriminatoire en ce que les producteurs nationaux bénéficient de délais de paiement d'une taxe supplémentaires à ceux reconnus aux importateurs d'alcools.

¹⁷⁷⁸ V. not. arrêt *Commission c. France*, 168-78, préc. note 1634, pt 12.

¹⁷⁷⁹ *Idem*, pt 11, a).

¹⁷⁸⁰ *Idem*, pt 11, b).

d'autres présentent un « *large éventail d'utilisation* »¹⁷⁸¹. Dès lors, elle préfère « *admettre l'existence, dans tous les cas, d'un rapport de concurrence à tout le moins partiel ou potentiel* »¹⁷⁸² entre les eaux-de-vie et les autres boissons alcooliques, de sorte que l'article 90 alinéa 2 est applicable. La question de savoir avec quels autres produits une eau-de-vie entre en concurrence intègre donc à la fois des éléments propres au produit (composition, teneur en alcool) et des éléments extrinsèques à celui-ci (les habitudes de consommation)¹⁷⁸³.

Dans ces arrêts, la CJCE fonde donc l'appréciation de la licéité des impositions intérieures sur une analyse du marché et, notamment, des pratiques des consommateurs. L'approche est économique en ce qu'elle dépasse les distinctions qui figurent dans la loi pour évaluer quelles sont les boissons qui entrent *de facto* en concurrence, même si les produits ne sont pas similaires. Philippe MADDALON précise à cet égard qu'« *il n'existe pas de produits identiques dans une société de marché ; la similitude se concrétise seulement dans leur utilisation* »¹⁷⁸⁴. Il est alors essentiel d'analyser les habitudes de consommation (qui déterminent la demande) pour examiner le marché. Elles sont décisives dans l'arrêt *Commission contre Danemark*, mais utilisées avec davantage de circonspection dans l'arrêt *Commission contre France*¹⁷⁸⁵. Philippe MADDALON considère ainsi que « *le consommateur n'est donc que l'un des instruments de mesure de l'interchangeabilité* »¹⁷⁸⁶. La mesure de l'interchangeabilité doit en effet nécessairement prendre en considération l'offre : l'alternative de choix du consommateur dépend étroitement et évidemment de cet aspect.

¹⁷⁸¹ *Idem*, pt 11, c).

¹⁷⁸² *Idem*, pt 12.

¹⁷⁸³ Dans le cadre de la procédure lancée contre la France, la Cour de justice précise que les habitudes de consommation, « variables dans le temps et dans l'espace (...) ne sauraient fournir des critères de différenciation adaptés aux fins de l'article [90] » (pt 37) et confirme que les eaux-de-vie et les autres boissons alcooliques se trouvent « dans un rapport de concurrence à tout le moins partielle » (pt 38).

Dans l'arrêt *Commission c. Danemark*, préc. note 1776, la Cour prend également en considération le comportement des consommateurs afin d'évaluer le rapport économique entre les boissons spiritueuses visées par la législation danoise et l'akvavit. Selon la Cour de justice, « les boissons spiritueuses [en cause], en tant que produits de distillation, ont en commun avec l'akvavit suffisamment de caractéristiques pour constituer, du moins dans certaines circonstances, une alternative de choix pour le consommateur », de sorte qu'elles « [entrent] en concurrence avec l'akvavit » (pt 35).

¹⁷⁸⁴ MADDALON P., *La dynamique de la notion de marché...*, préc. note 1672, p. 79.

¹⁷⁸⁵ Arrêt *Commission c. France*, 168-78, préc. note 1634, pt 37, qui considère « le critère de distinction tiré du goût des différentes eaux-de-vie » comme non pertinent. Le pt 40 de cet arrêt est cependant très similaire au pt 35 de l'arrêt *Commission c. Danemark*, puisque la Cour de justice utilise également l'expression « alternative de choix pour le consommateur » pour se demander si les eaux-de-vie peuvent être remplacées par d'autres boissons alcooliques par les consommateurs.

¹⁷⁸⁶ MADDALON P., ouvrage préc. note 1672, p. 80.

Or, une délimitation du marché facilite l'identification d'une protection du marché national. En l'espèce, le marché des eaux-de-vie est étendu au marché de l'ensemble des boissons alcooliques, de sorte que le caractère protecteur de la législation française « *apparaît clairement* » à l'issue de l'analyse des « *rapports de concurrence et de substitution entre les boissons en cause* »¹⁷⁸⁷. Le caractère protecteur de la législation britannique est aussi étroitement lié à la question de savoir si le vin « *[constitue], aux yeux du consommateur, une alternative réelle par rapport à [la bière]* »¹⁷⁸⁸.

De plus, la détermination matérielle du marché dans le cadre de l'article 90 TCE prend en considération l'évolution des conditions des échanges sur le marché. Selon la Cour,

« en vue de déterminer l'existence d'un rapport de concurrence au sens de l'article [90] al. 2, il y a lieu d'envisager non seulement l'état actuel du marché, mais encore les possibilités d'évolution dans le contexte de la libre circulation des marchandises à l'échelle de la Communauté et les virtualités nouvelles de substitution entre produits que l'intensification des échanges peut révéler, de manière à mettre en valeur pleinement les complémentarités entre les économies des États membres, conformément aux objectifs fixés par l'article 2 du Traité »¹⁷⁸⁹.

Une autre mise en cause du régime italien de taxation des boissons alcoolisées confirme cet aspect¹⁷⁹⁰.

La réponse à la question de savoir si les produits importés sont défavorisés par rapport aux produits nationaux implique avant tout autre élément de se demander s'ils sont concurrents, afin de pouvoir considérer précisément l'incidence de la réglementation sur leur rapport économique. Ces arrêts sont emblématiques non seulement de la nécessité d'intégrer des considérations concurrentielles dans l'appréciation de la licéité d'une réglementation qui affecte la libre circulation, mais aussi de la pertinence d'une délimitation précise du marché en cause pour effectuer cette appréciation dans un cadre économique solide.

¹⁷⁸⁷ Arrêt *Commission c. France*, 168-78, préc. note 1634, pt 41.

¹⁷⁸⁸ Arrêt *Vin et Bière II*, préc. note 1775, pt 27.

¹⁷⁸⁹ Arrêt *Commission c. Royaume-Uni*, 170-78, préc. note 1775, pt 6.

¹⁷⁹⁰ CJCE, 15.3.1983, *Commission c. Italie*, 319-81, *Rec.*, p. 601, pt 16 : « à cet effet, il importe, en laissant de côté la comparaison des chiffres de consommation et d'importation, de prendre en considération le marché potentiel des produits en cause en l'absence des mesures protectionnistes ».

Dans la mesure où la jurisprudence s'oriente vers l'analyse de l'intensité de l'effet d'une mesure nationale sur l'opérateur qui circule, il semble logique qu'une telle délimitation ait lieu également dans le cadre de l'appréhension des obstacles non-tarifaires.

2. La délimitation du marché, préalable à la qualification d'une mesure nationale de restriction à l'accès au marché

L'utilisation correcte du critère de l'accès au marché dans le cadre de la qualification d'une mesure nationale litigieuse de restriction à une ou plusieurs libertés de circulation requiert une délimitation du marché en cause. Il s'agit ici de mettre en exergue les arrêts dans lesquels une telle délimitation a lieu, que ce soit de manière implicite ou explicite, afin de souligner la nécessité d'appliquer cette méthode lorsqu'une mesure étatique non-tarifaire est en cause.

À cet égard, notre propos s'inspire en partie de la thèse de Philippe MADDALON, selon qui le travail de définition des notions élaboré par la Cour de justice participe à la délimitation de marchés¹⁷⁹¹. On peut se référer en particulier à un arrêt dans lequel la CJCE délimite le marché en cause en définissant la notion de prestation de publicité. Cette prestation consiste en la « *diffusion d'un message destiné à informer les consommateurs de l'existence et des qualités d'un produit ou d'un service, dans le but d'en augmenter les ventes* »¹⁷⁹². La publicité n'est pas seulement le fait d'une agence de publicité¹⁷⁹³. Selon cet auteur, « *dans ces conditions, le marché de la prestation publicitaire devient accessible à toute entreprise, quelle que soit son activité principale. Les participants à l'échange ne sauraient alors être identifiés préalablement au moment de la rencontre entre offreurs et demandeurs* »¹⁷⁹⁴. En ce sens, la définition large de cette notion permet à de plus nombreux opérateurs d'avoir accès au marché de la publicité.

En matière de libre prestation des services, il a été précédemment remarqué que de nombreux arrêts s'intéressent à l'offre et à la demande des services en cause pour qualifier une restriction à cette liberté économique. Même si ce raisonnement est concomitant de la

¹⁷⁹¹ MADDALON P., *La dynamique de la notion de marché...*, préc. note 1672. Par exception, l'auteur relève des définitions élaborées par la Cour qui sont non marchandes. V. aussi P. MADDALON, art. CEDECE, préc. note 1610, p. 86, où est donné l'exemple de la notion d'emploi dans l'administration publique, définie in CJCE, 17.12.1980, *Commission c. Belgique*, 149-79, *Rec.*, p. 3881, pt 10.

¹⁷⁹² CJCE, 17.11.1993, *Commission c. France*, C-68/92, *Rec.*, p. I-5881, pt 16.

¹⁷⁹³ Dans les concl. présentées pour cet arrêt, l'avocat général GULMANN ne prend pas position sur la question de savoir si les prestations de publicité peuvent aussi être fournies par des entreprises autres que de telles agences (pt 23), même s'il se montre favorable à une « utilisation large de la notion de prestations de publicité » (pt 21)

qualification des réglementations en cause de restriction aux échanges, ces décisions impliquent donc une délimitation implicite du marché concerné¹⁷⁹⁵.

En matière de libre circulation des marchandises, l'arrêt *Gourmet* procède à une délimitation implicite mais assez précise du marché, même si la CJCE affirme qu'il n'est pas « *nécessaire de mener à bien une analyse précise des circonstances de fait caractéristiques de la situation suédoise* »¹⁷⁹⁶. Le marché suédois de la publicité pour les boissons alcooliques est analysé du côté de la demande, à savoir « *les habitudes [de consommation] et les usages locaux* », et du côté de l'offre de publicité « *par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision* »¹⁷⁹⁷. La Cour de justice est d'ailleurs amenée à apprécier la pertinence des données économiques relatives à la consommation qui lui sont présentées¹⁷⁹⁸. De plus, la Cour prend en considération la circonstance selon laquelle l'entreprise qui dispose du monopole suédois de vente au détail d'alcools, opérateur nécessairement influent sur le marché, ne diffuse sur le lieu de vente que son propre magazine, alors que les annonces publicitaires sont autorisées à cet endroit¹⁷⁹⁹. Elle note également que les opérateurs nationaux ont un accès plus aisé à la publicité rédactionnelle¹⁸⁰⁰. On peut considérer que ces deux éléments faussent la concurrence à l'avantage des producteurs nationaux. Cet arrêt semble donc exemplaire quant à la qualification économique de la restriction à la libre circulation des marchandises en termes d'accès au marché, par le biais d'une délimitation finalement assez précise des différents acteurs présents sur celui-ci¹⁸⁰¹. La volonté d'intensifier le jeu de la concurrence ressort donc implicitement de cet arrêt.

Il ressort également de l'arrêt relatif aux laits du transformés du premier âge que la Cour fait dépendre la solution du litige d'une délimitation du marché. Le juge de renvoi doit en effet

¹⁷⁹⁴ MADDALON P., ouvrage préc. note 1672, p. 155.

¹⁷⁹⁵ V. en particulier l'arrêt *Säger*, préc. note 1752, pt 14. V. aussi les arrêts relatifs à la *Mediawet*, préc. note 1649.

¹⁷⁹⁶ CJCE, 8.3.2001, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB*, C-405/98, *Rec.*, p. I-1795, pt 21.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ *Idem*, pt 22 : « ces indications (...) laissent en particulier de côté la consommation de bière ». En revanche, la considération selon laquelle « il ne peut être exclu que, en l'absence de la législation en cause (...), l'évolution signalée [la progression relative de la consommation de vin et de whisky, principalement importés] eût été plus forte » (pt 22 également), paraît énigmatique. Le même type de remarque peut être formulée en droit de la concurrence. V. not. TPI, 17.12.2003, *British Airways plc c. Commission*, T-219/99, *Rec.*, p. II-5917, pt 298.

¹⁷⁹⁹ *Idem*, pt 23.

¹⁸⁰⁰ *Idem*, pt 24.

¹⁸⁰¹ V. cependant les réserves qu'appellent le pt 22, énoncé note 1798.

déterminer si les laits importés entrent en concurrence avec la production nationale afin d'apprécier si la réglementation litigieuse défavorise les biens importés¹⁸⁰².

Les conclusions de l'avocat général KOKOTT présentées pour l'affaire *Mickelsson et Roos* mettent également en évidence l'importance de l'évaluation du rapport de concurrence entre produits importés et produits nationaux¹⁸⁰³. Cette évaluation permet en effet de répondre à la question de savoir si une réglementation litigieuse protège ces derniers¹⁸⁰⁴. En l'espèce, la réglementation qui a pour objet de réglementer les modalités d'utilisation de ces produits affecte *a priori* autant la commercialisation des véhicules nautiques à moteur importés et nationaux, dans la mesure où la Suède ne produit pas de tels véhicules¹⁸⁰⁵. L'avocat général oriente cependant l'analyse sur la question de savoir si la réglementation nationale ne protège pas la production nationale de bateaux à moteur, de sorte que les véhicules nautiques à moteur importés seraient « *plus fortement [affectés] que les produits nationaux se trouvant en concurrence avec eux* »¹⁸⁰⁶. Cette appréciation n'a un intérêt que si « *les bateaux à moteur sont [dans] un rapport de concurrence avec les véhicules nautiques à moteur* »¹⁸⁰⁷, analyse qui devrait être menée en l'espèce par la juridiction nationale de renvoi et qui nécessite une délimitation du marché des produits¹⁸⁰⁸.

On doit en outre remarquer, à l'image de ce qui a été précédemment observé à propos de l'article 90 TCE, que la Cour de justice prend en considération les évolutions ultérieures du marché au moment de le délimiter. L'examen du rapport de concurrence entre les produits dans les litiges relatifs à la publicité comparative¹⁸⁰⁹, qui opposent généralement un annonceur et une entreprise qui s'estime identifiée dans un message publicitaire, en constitue un bon exemple. L'identification du rapport de concurrence doit prendre en considération « *non seulement l'état actuel du marché, mais encore les possibilités d'évolution dans le contexte de*

¹⁸⁰² Arrêt *Commission c. Grèce*, préc. note 1693, pt 18.

¹⁸⁰³ Concl. av. gén. J. KOKOTT présentées le 14.12.2006 pour l'affaire *Ministère public c. P. Mickelsson et J. Roos*, C-142/05, en cours, pts 62 et 63.

¹⁸⁰⁴ *Idem*, pt 63.

¹⁸⁰⁵ *Idem*, pts 59 et 60.

¹⁸⁰⁶ *Idem*, pt 62, dans la ligne de l'arrêt *Commission c. Grèce*, préc. note 1693, rappelé au pt 61 des conclusions.

¹⁸⁰⁷ *Idem*, pt 63.

¹⁸⁰⁸ Les conclusions se poursuivent pts 64 et s. par un questionnement sur l'opportunité d'analyser le rapport de concurrence entre les véhicules nautiques à moteur et les bateaux à moteur si la réglementation nationale empêche l'accès au marché des produits importés. Ceci est envisagé *infra*, sous B, 1.

¹⁸⁰⁹ La publicité comparative est toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent, selon l'article 2, pt 2 bis, de la directive n° 84/450/CEE du Conseil, du 10.9.1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JO L 250*, p. 7, telle que modifiée par la directive n° 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6.10.1997, *JO L 290*, p. 18.

la libre circulation des marchandises à l'échelle communautaire et les virtualités nouvelles de substitution entre produits que l'intensification des échanges peut révéler »¹⁸¹⁰. Le marché n'est pas envisagé d'une manière statique alors que le litige concerne aussi la libre circulation.

Ainsi, la délimitation des marchés pertinents dans ces décisions, afin de pouvoir analyser économiquement l'intensité de l'impact d'une mesure nationale sur les produits importés, mérite d'être explicitement réalisée. L'objectif est d'apprécier avec précision le rapport de concurrence qui oppose produits ou services importés et nationaux sur le marché. D'un point de vue économique, la nécessité de cette délimitation est acquise.

Avant de conclure sur cette question importante, il convient de se demander si la qualification d'une restriction au marché appelle systématiquement une délimitation du marché en droit de la libre circulation lorsqu'une mesure n'a pas explicitement pour objet de restreindre les échanges.

B. La nature systématique de la délimitation du marché

Il ressort des développements précédents que la délimitation du marché en droit de la libre circulation peut se révéler cruciale pour l'issue du litige, en ce qu'elle permet d'évaluer correctement le rapport de concurrence qui oppose les opérateurs économiques communautaires et nationaux. On doit alors réfléchir à la question de savoir si une délimitation du marché doit être systématiquement réalisée en droit de la libre circulation.

Il convient en effet de se demander si cette délimitation est nécessaire lorsqu'un produit ou service nouveau est appelé à être commercialisé dans un État membre sur lequel aucun produit concurrent n'est encore commercialisé (1). Il convient en outre de déterminer si cette délimitation constitue nécessairement un préalable à la qualification d'une restriction à l'accès au marché au sens du Traité. Il semble plus cohérent que la délimitation du marché

¹⁸¹⁰ Arrêt *De Landtsheer Emmanuel SA*, préc. note 1737, pt 36, à propos de la question de savoir si la publicité faisant référence au terme « champagne » pour vendre une bière dont le processus d'élaboration est inspiré de la méthode de production du vin mousseux peut être considérée comme une publicité comparative. Or, cette qualification suppose que le produit promu soit dans un rapport de concurrence avec le produit visé dans le message. Ici, la Cour de justice livre la méthode permettant d'évaluer ce rapport, en application de la directive n° 84/450/CEE (citée note précédente). Même si ce litige concerne deux opérateurs privés, les considérations de libre circulation n'en sont donc pas absentes dans la mesure où il oppose un brasseur établi en Belgique à des producteurs français de champagne. La Cour se réfère d'ailleurs au pt 30 aux arrêts *Commission c. Royaume-Uni*, 170-78, préc. note 1775, pt 14 et *Commission c. Belgique*, 356-85, préc. note 1634, pt 10, à propos de la détermination du degré de substituabilité entre deux produits.

intervienne lors de la qualification des restrictions litigieuses au regard du Traité, et non au moment de leur justification (2).

1. La nécessité d'une évaluation précise du rapport de concurrence lors de l'accès d'un produit ou service nouveau au marché

Dans le cas d'une mesure indistinctement applicable qui est susceptible de restreindre l'importation d'un produit ou service nouveau, il convient également d'étudier le marché national afin d'examiner dans quelle mesure celui-ci est protégé par la règle litigieuse.

La délimitation du marché nous semble ainsi requise dans ce cas, puisque l'importation d'un tel produit ou service conduit presque nécessairement à modifier les habitudes des consommateurs¹⁸¹¹. Or, le figement de ces habitudes par le biais d'une réglementation étatique semble contraire au Traité, tandis qu'une demande non satisfaite pour un produit constitue un marché potentiel pour les investisseurs. Cela n'exclut pas que l'opération de délimitation du marché se conclue par la considération selon laquelle le marché n'existe pas encore en ce que le produit crée un besoin absolument nouveau¹⁸¹².

L'identification précise d'un rapport de concurrence légitime donc les décisions de la Cour de justice, même dans le cas où une mesure nationale indistinctement applicable empêche l'accès au marché des produits ou services importés (le produit ou service en question aurait alors un caractère nouveau). Juliane KOKOTT ne partage cependant pas ce point de vue. Selon l'avocat général, il ne serait pas obligatoire de « *vérifier s'il existe des produits nationaux en concurrence avec les véhicules nautiques à moteur et si ces produits similaires sont moins affectés par le règlement suédois* », et, partant, de délimiter le marché pertinent, dans le cas où la mesure litigieuse constitue « *un blocage de l'accès au marché [ou] ne laisse subsister qu'une possibilité marginale d'utilisation pour qu'il faille admettre l'existence d'un tel blocage* »¹⁸¹³. Le point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard* constitue le point d'ancrage de l'analyse : la CJCE y distingue les mesures qui empêchent l'accès au marché de celles qui gênent davantage l'accès au marché des produits importés¹⁸¹⁴. Selon ce point de vue, seules ces dernières nécessiteraient une analyse précise du marché pertinent. En effet, la constatation

¹⁸¹¹ L'arrêt *Caixabank*, préc. note 1654, en fournit un exemple topique.

¹⁸¹² Il serait contraire au Traité qu'un État membre fige ces habitudes en adoptant une réglementation interdisant la prestation de ce nouveau service ou la mise sur le marché de ce nouveau produit. Néanmoins, la nature discriminatoire de la mesure peut rendre la délimitation du marché superfétatoire, v. *infra*.

¹⁸¹³ Concl. av. gén. J. KOKOTT préc. note 1803, pts 64 et 67.

d'un tel blocage, en l'espèce une interdiction générale d'utilisation des produits en cause, empêche que le produit importé entre en concurrence avec des produits nationaux¹⁸¹⁵. Il va de soi que la constatation d'un tel blocage facilite l'analyse de l'existence de la restriction. Ainsi, la finalité du marché intérieur prendrait le dessus dans le cas d'un empêchement de l'accès au marché national d'un produit. Néanmoins, seule une considération attentive du marché permet d'en arriver à la conclusion selon laquelle le marché national en question n'existe pas. Il nous semble donc que cette opération ne peut être évitée, même dans ce cas, puisque cela permet d'identifier un marché potentiel.

L'arrêt de manquement prononcé contre le Portugal le corrobore, à propos d'une réglementation qui interdisait l'apposition de films colorés sur le vitrage des véhicules automobiles. L'accès au marché portugais des films importés est quasiment bloqué, alors qu'une demande existe. Or, la considération relative à la limitation de la demande appuie la démonstration selon laquelle la mesure en question constitue une mesure d'effet équivalent¹⁸¹⁶. Il en va de même à propos des *remorques italiennes*¹⁸¹⁷.

Ces éléments nous confortent donc dans l'idée selon laquelle la délimitation matérielle du marché doit être réalisée au moment de la qualification des réglementations litigieuses de restriction au sens du Traité.

2. La nécessité de délimiter le marché au moment de la qualification d'une mesure nationale de restriction à l'accès au marché

Il semble finalement assez évident que la délimitation du marché en cause constitue un préalable à la qualification d'une mesure litigieuse de restriction étatique à l'accès au marché au sens du Traité.

¹⁸¹⁴ *Idem*, pt 65.

¹⁸¹⁵ Même si cette réglementation empêche en l'espèce l'accès au marché de certains produits importés, elle n'a pas pour objet de restreindre les échanges de ces produits mais d'en réglementer des règles d'utilisation. La réponse à la question de savoir si une réglementation empêche l'accès au marché des produits importés conduit nécessairement à dépasser l'objet de la réglementation et à se demander quel est son impact sur les échanges économiques. Or, si une mesure bloque l'accès au marché d'un produit importé et que ce produit n'est pas fabriqué sur le territoire national, la mesure discrimine indirectement les produits importés. Sans être discriminatoire *de jure*, sans avoir pour objet de réglementer les échanges, cette réglementation défavorise les produits importés.

¹⁸¹⁶ CJCE 10.4.2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, *Rec.*, p. I-2245, pts 31 à 36, sp. 33. L'« absence (...) de marché » est remarquée par V. MICHEL, *in Europe*, 6.2008, comm. n° 185 sous cet arrêt, p. 17, mais le marché existe potentiellement, ce qui justifie d'ailleurs de sanctionner la réglementation.

¹⁸¹⁷ CJCE, 10.2.2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, n.e.p., pts 56 et 57.

Cette nécessité ressort notamment des conclusions présentées par Walter VAN GERVEN dans l'arrêt *Aragonesa de Publicidad Exterior*. C'est en effet au moment de l'analyse du caractère indistinctement applicable de la réglementation en cause que l'avocat général étudie le rapport économique entre produits importés et nationaux :

« Il n'est pas du tout certain (...) que la production locale de boissons peu alcoolisées soit indirectement avantagée par l'interdiction de publicité pour les boissons fortement alcoolisées ; cela suppose en effet que les boissons fortement et peu alcoolisées soient des produits concurrents »¹⁸¹⁸.

La CJCE qualifie néanmoins la réglementation litigieuse de mesure d'effet équivalent simplement en ce qu'elle « *peut constituer un obstacle aux importations en provenance d'autres États membres* », sans aucune analyse du marché¹⁸¹⁹. Une délimitation implicite du marché intervient cependant au moment d'évaluer si la réglementation constitue une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée du commerce intracommunautaire¹⁸²⁰. Le juge qualifie ici la mesure d'indistinctement applicable et distingue les effets de la mesure suivant les boissons concernées. Elle contrôle ainsi l'effet protecteur de la mesure et non pas la restriction déguisée, telle qu'elle doit être entendue dans le cadre du contrôle du but de la mesure poursuivie. D'une certaine manière, cela remet en question l'affirmation initialement formulée quant à la qualification possible de mesure d'effet équivalent. On peut alors s'interroger sur l'opportunité de qualifier la mesure en question de mesure d'effet équivalent si elle ne gêne pas davantage les produits importés que les produits nationaux¹⁸²¹.

¹⁸¹⁸ Concl. av. gén. W. VAN GERVEN présentées pour l'arrêt *Aragonesa de Publicidad Exterior*, préc. note 1620, pt 12, afin, toutefois, de déterminer si le motif tiré de la santé publique doit être envisagé sous l'angle de la théorie des exigences impératives ou de l'article 30. Cette réflexion intervient donc une fois que l'effet restrictif de la réglementation est acquis.

¹⁸¹⁹ Arrêt *Aragonesa de Publicidad Exterior*, préc. note 1620, pt 11.

¹⁸²⁰ *Idem*, pt 25 : « Cependant, une législation nationale telle que celle en cause dans le litige au principal ne constitue pas une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée du commerce intracommunautaire. D'une part, ainsi qu'il ressort des éléments versés au dossier, une telle législation n'établit pas de distinction entre les produits selon leur origine. Les restrictions qu'elle institue épargnent les boissons alcoolisées d'une teneur en alcool inférieure à 23 degrés et n'entraînent donc pas d'effets restrictifs sur les importations de ces boissons en provenance d'autres États membres. Pour les boissons ayant une teneur en alcool supérieure à 23 degrés, ces restrictions frappent aussi bien les produits, apparemment en quantités non négligeables, en provenance de la partie du territoire national sur lequel elles s'appliquent que les produits importés d'autres États membres. D'autre part, la circonstance que cette partie du territoire national produise davantage de boissons ayant un titre alcoométrique inférieur à 23 degrés que de boissons ayant un titre supérieur ne saurait suffire, en elle-même, à faire regarder une telle législation comme tendant à établir une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée du commerce intracommunautaire ».

¹⁸²¹ On pourrait rétorquer que l'expression « en principe » permet de contredire le constat de l'existence d'une mesure d'effet équivalent de manière cohérente. Cela ne nous semble cependant pas satisfaisant. Toute réglementation ne constitue pas en principe une mesure d'effet équivalent parce qu'elle affecte les importations.

Dans la mesure où l'arrêt *Keck* invite à évaluer notamment si une réglementation relative à une modalité de vente n'est pas de nature gêner davantage l'accès au marché des produits importés qu'elle ne gêne celui des produits nationaux, les conclusions précitées retrouvent un intérêt réel en ce qu'elles précisent que cette comparaison doit porter sur des produits concurrents. La Cour de justice adopte cependant une position similaire dans l'arrêt *Familiapress*. Dans un premier temps, la Cour estime que la législation nationale constitue « *en principe* » une entrave à l'accès des périodiques étrangers au marché autrichien de la presse, en tant que l'interdiction autrichienne d'insérer des jeux lucratifs dans les périodiques oblige les opérateurs établis dans d'autres États membres à modifier le contenu des produits qu'ils présentent en Autriche¹⁸²². Dans un second temps, la Cour invite la juridiction de renvoi à se demander si l'interdiction litigieuse est proportionnée à l'exigence impérative consistant à maintenir le pluralisme de la presse, et si cet objectif ne peut être atteint « *par des mesures moins restrictives tant pour les échanges intracommunautaires que pour la liberté d'expression* »¹⁸²³. Or, cette appréciation nécessite à la fois une délimitation du marché national de la presse et un examen des résultats de la compétition entre les acteurs qui s'affrontent sur ce marché :

« À cette fin, il importe de déterminer, d'une part, si les journaux qui offrent, au travers de jeux, d'énigmes ou de concours, la possibilité de gagner un prix sont en concurrence avec les petites entreprises de presse, supposées être dans l'incapacité d'offrir des primes comparables et que la législation litigieuse a pour objet de protéger, et, d'autre part, si une telle perspective de gain constitue une incitation à l'achat susceptible de provoquer un déplacement de la demande.

C'est à la juridiction nationale qu'il incombe d'apprécier si ces conditions sont remplies sur la base d'un examen du marché autrichien de la presse.

Dans le cadre de cet examen, elle veillera à délimiter le marché du produit en cause et à prendre en considération les parts de marché détenues par chaque éditeur ou groupe de presse et leur évolution.

¹⁸²² CJCE, 26.6.1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, pt 12.

¹⁸²³ *Idem*, pt 27. Selon D. SIMON, *in note sous arrêt Familiapress, Europe*, août-sept. 1997, comm. 273, « pour la première semble-t-il, la Cour met ainsi sur le même plan, en vue du contrôle de proportionnalité, la défense de la libre circulation – principe structurel de l'ordre communautaire – et la garantie de la liberté d'expression – droit fondamental érigé en principe général du droit communautaire ». Sur cette question, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, B.

De plus, en fonction de tous les éléments susceptibles d'influencer la décision d'achat, tels que la présence ou non d'une publicité en première page soulignant la possibilité de gagner un prix, la probabilité du gain, le montant du prix, la liaison ou non du gain à la réussite d'une épreuve requérant un certain degré d'ingéniosité, d'adresse ou de connaissances, la juridiction nationale mesurera également le degré de substitution possible aux yeux du consommateur du produit concerné aux journaux qui n'offrent pas la possibilité de gagner un prix »¹⁸²⁴.

Alors que la Cour exprime la volonté d'analyser si la mesure constitue la mesure la moins restrictive des échanges, étape classique du contrôle de proportionnalité de la mesure, elle se concentre en fait sur l'analyse de la restriction en tant que telle. Ce passage comporte la particularité d'inviter la juridiction nationale de renvoi à s'intéresser non seulement à l'impact de la mesure sur l'offre de journaux par des entreprises implantées dans un autre État membre, mais également à l'incidence de cette mesure sur la demande, c'est-à-dire à analyser de quelle manière les produits importés vont entrer en concurrence avec les produits nationaux. La Cour de justice analyse donc le marché d'une manière dynamique.

Le juge national de renvoi est ainsi invité à se demander si la possibilité de gagner des prix, offerte par les périodiques importés, est susceptible d'attirer la demande au détriment de la presse nationale. Cela permettra d'établir si ces périodiques étrangers entrent en concurrence avec les « petites » entreprises nationales de presse. Si les périodiques étrangers qui proposent de tels prix n'entraînent pas un déplacement de la demande, il devient inutile, pour maintenir le pluralisme de la presse, d'interdire la publication de périodiques proposant des jeux lucratifs : la réglementation serait dès lors qualifiée au regard de l'article 28 car elle protège le marché national de la presse de la concurrence étrangère. Inversement, s'il ressort de cet examen du marché que la demande serait déplacée vers les magazines originaires d'un autre État membre, l'interdiction litigieuse permet de remplir l'objectif du maintien du pluralisme de la presse. La réglementation serait ainsi « disqualifiée » au regard de l'article 28 alors qu'elle protège les petites entreprises de presse de la concurrence des entreprises étrangères.

Cette conclusion, fût-elle assez élaborée sur le plan économique, laisse perplexe. Même si le pluralisme de la presse est lié à la liberté d'expression, il constitue selon nous un objectif protecteur du marché en ce qu'il permet de maintenir un nombre suffisamment important d'acteurs *nationaux* sur le marché. La Cour de justice semble proposer à la juridiction de

¹⁸²⁴ *Idem*, pts 28 à 31.

renvoi une solution favorable à la réglementation en ce que celle-ci permet de maintenir ce pluralisme¹⁸²⁵, sans aborder la question de savoir si cet objectif peut distordre la concurrence à la faveur des produits nationaux. Dans la mesure où il semble assez curieux de pouvoir justifier une mesure restrictive des échanges par un argument qui possède en lui-même une dimension protectionniste, il est regrettable que la Cour n'ait pas abordé frontalement la question¹⁸²⁶. Le maintien du pluralisme de la presse semble en effet discutable si on met en perspective cette raison d'intérêt général avec l'objectif d'intégration du marché intérieur. Éviter la concentration des entreprises nationales de presse revient *in fine* à protéger la presse nationale de la concurrence étrangère.

Le risque d'une distorsion de la concurrence à la faveur du marché national en l'espèce est soulevé en particulier par Antonio BAVASSO :

« en fixant les lignes directrices d'un test de proportionnalité pour la juridiction nationale, la Cour et l'avocat général n'ont pas réussi à réconcilier leurs évaluations avec le principe d'une concurrence non faussée qui est protégé au niveau communautaire par l'article 3, g) TCE et que les États membres sont dans l'obligation de respecter en vertu de l'article 5 TCE. Une référence aux principes communautaires de concurrence, qui peuvent être renforcés sous l'influence de l'article 10 §1 de la CEDH, aurait donné une meilleure perspective à la résolution du litige, qui concerne essentiellement la concurrence saine et le choix des consommateurs »¹⁸²⁷.

L'auteur fonde cette considération en estimant que « *si l'ordre juridique communautaire prévoit le principe de la concurrence non faussée (...), la justification des mesures nationales qui violent l'article [28] devrait d'abord être confrontée à ce principe* »¹⁸²⁸. Il apparaît essentiel d'étudier de quelle manière la réglementation favorise la production nationale – c'est-à-dire de se demander si la réglementation fausse la concurrence à l'avantage de la production nationale – avant de se demander si cette mesure peut être justifiée par un objectif d'intérêt général et proportionnée à cet objectif – le test de proportionnalité incluant notamment la question de savoir si la mesure choisie est la moins restrictive des échanges.

¹⁸²⁵ *Idem*, pt 34.

¹⁸²⁶ On pourrait estimer que le pluralisme de la presse implique que les lecteurs aient accès à un plus grand panel de périodiques, en ce compris les magazines venant de l'étranger. Cela ne serait pas contraire au principe de la liberté d'expression. L'impossibilité théorique de justifier une mesure nationale par des raisons protectionnistes est expliquée *infra* sous Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B, 2.

¹⁸²⁷ BAVASSO A. F., note sous l'arrêt *Familiapress*, CMLR, 1998, p. 1413, sp. 1425, notre traduction.

¹⁸²⁸ *Ibid.*

L'arrêt et ces critiques convergent néanmoins quant aux apports d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation des biens : la qualification mentionnée aux points 11 de l'arrêt *Aragonesa* et 12 de l'arrêt *Familiapress* n'est pertinente que si le marché est délimité, puis analysé en application de principes concurrentiels. La qualification de mesure d'effet équivalent doit être reliée à une analyse économique de la législation nationale, sous l'angle de la mise en évidence d'un rapport de concurrence entre produits importés et nationaux¹⁸²⁹. Ainsi, toute réglementation qui implique une modification du contenu du produit pour accéder à un marché étranger constitue *a priori* une entrave au sens de l'article 28, cette présomption ne pouvant être renversée qu'au moyen d'une analyse du marché pertinent qui démontrerait l'absence de protection du marché national¹⁸³⁰. Le raisonnement peut être reproduit par analogie lorsqu'une restriction à la libre circulation des personnes ou des services est en cause.

Il ressort donc de ces développements que le droit de la libre circulation a tout intérêt à s'inspirer du droit de la concurrence au sujet de la délimitation du marché. Cette délimitation du marché permet en effet d'apprécier d'une manière convaincante l'altération du jeu de la concurrence à la faveur de l'activité nationale, au moment de qualifier une mesure nationale litigieuse de restriction à la libre circulation.

Conclusion du chapitre 1

Au-delà d'une délimitation précise du marché géographique, ces éléments démontrent la plus-value d'une délimitation matérielle du marché en droit de la libre circulation. Il est essentiel que la qualification d'une mesure nationale de restriction à la libre circulation en raison de son effet protecteur soit relevée en fonction de l'examen du marché national. La délimitation matérielle du marché doit prendre en considération non seulement la substituabilité du côté de l'offre, mais également la substituabilité du côté de la demande. Ceci aura nécessairement

¹⁸²⁹ Les points 28 à 31 de l'arrêt *Familiapress* se placent sur le terrain des exigences impératives. Selon une partie de la doctrine, ce raisonnement vise alors la seule qualification de mesure d'effet équivalent. Néanmoins, il sera défendu *infra*, sous Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 2, I, que le régime juridique des restrictions aux libertés de circulation se globalise, de sorte que le raisonnement en termes d'exigences impératives relèverait exclusivement du régime juridique de ces restrictions.

¹⁸³⁰ Inversement, une réglementation relative à une modalité de vente ne constitue pas une entrave, à moins qu'il soit démontré le contraire par le biais d'une analyse précise du marché.

pour conséquence une redéfinition de la fonction du juge national. La confrontation de l'application d'une mesure à des critères concurrentiels alourdit en effet sa tâche¹⁸³¹.

La délimitation du marché sur lequel un problème d'accès ou d'éviction se pose permet d'examiner en détail quelles sont les conditions des échanges sur ce marché, de manière à pouvoir statuer sur l'existence d'une restriction au sens du Traité. Seul un tel examen assied « économiquement » la décision du juge. La délimitation du marché en droit de la libre circulation serait ainsi un élément supplémentaire dans la convergence du droit du marché intérieur par le biais d'une définition économique de la restriction à l'accès au marché. Or, l'importance de l'analyse de l'échange au moment de la qualification d'une restriction au sens du Traité permet d'apprécier l'effet d'une mesure nationale sur l'accès d'un opérateur au marché en fonction de la concurrence qui s'exerce sur celui-ci.

Chapitre 2 : L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès au marché en droit du marché intérieur

Le marché doit être délimité, aussi bien en droit de la concurrence qu'en droit de la libre circulation. La raison d'être de cette délimitation provient de la nécessité de considérer la concurrence qui s'exerce entre les opérateurs aux fins d'identifier une restriction au sens du Traité, quelle que soit la nature de la mesure à l'origine de celle-ci. Les développements qui suivent s'engagent davantage sur cette voie. Ils visent à mettre en exergue l'incidence de la concurrence au moment d'apprécier si l'accès est restreint légalement ou non, quelle que soit la nature du marché pénétré.

Philippe MADDALON soutient la thèse selon laquelle « *l'idéal marchand commande la totale accessibilité des échanges économiques* »¹⁸³². La qualification des restrictions publiques et privées à la libre concurrence et à la libre circulation au sens du Traité, en fonction de l'atteinte portée à un accès efficace au marché¹⁸³³, respecterait ainsi l'idéal marchand. Or, quels que soient la fréquence de l'emploi de l'expression « accès au marché » et l'intérêt de son utilisation comme critère d'analyse dans la qualification des restrictions

¹⁸³¹ En ce sens, v. A. BAVASSO, art. préc. note 1827, sp. p. 1425.

¹⁸³² MADDALON P., *La dynamique de la notion de marché dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, Paris, 2007, Bibliothèque de droit public, t. 253, p. 158.

¹⁸³³ Ceci est développé in Partie 1, Titre 2, Ch. 1 et 2.

étatiques à la libre circulation et des comportements anticoncurrentiels, définir la notion d'accès en droit communautaire matériel est un défi délicat à relever.

En effet, le Traité instituant la Communauté européenne emploie fréquemment le terme « accès », sans que celui-ci ait le même sens à chaque fois. Pour ce qui nous intéresse, il est formulé notamment en matière de liberté d'établissement¹⁸³⁴ et de réseaux transeuropéens¹⁸³⁵. Le Traité de Lisbonne maintient ces références, mais ne va pas aussi loin que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui consacrait un article à l'accès aux services d'intérêt économique général¹⁸³⁶. Le droit dérivé foisonne de références à l'accès¹⁸³⁷.

La difficulté de proposer une définition unique de l'accès en droit matériel européen résulte des trois principaux sens que revêt ce terme. L'accès est défini non seulement comme une « possibilité d'aller, de pénétrer dans (un lieu), d'entrer », mais aussi, au sens figuré, comme « permettre d'obtenir ». Il s'agit en outre de la « possibilité (...) de participer (à quelque chose) »¹⁸³⁸. Si l'accès est envisagé en lien avec le marché, l'expression vise alors la possibilité d'opérer sur le marché. L'accès est envisagé de manière dynamique. Si l'accès est considéré comme un droit, la définition au sens figuré devient pertinente. Le droit à l'accès au marché, une fois mis en œuvre, permet d'entrer sur ce dernier. Le droit d'accès au marché est statique, c'est-à-dire qu'il existe indépendamment de sa mise en œuvre. L'accès à un réseau semble conjuguer la première et la troisième définition : accéder à un réseau permet non seulement d'opérer sur un marché, mais encore de participer à l'ensemble constitutif du réseau. Une définition unique de l'« accès » en tant qu'accès au marché serait ainsi délicate à proposer.

¹⁸³⁴ Art. 43 §2 et 47 du TCE.

¹⁸³⁵ Art. 154 §2 du TCE.

¹⁸³⁶ Art. II-96 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Selon L. GRARD, in « Libre concurrence et services publics, avec ou sans constitution, l'Union européenne maintient le cap de la conciliation des impératifs », *RAE*, 2006/2, 9.2007, p. 255, « c'est la première fois que le service public et son accès est consacré comme un droit fondamental ». Le Traité de Lisbonne revient à la formulation de l'actuel article 86 TCE. Toutefois, le principe de l'accès aux services d'intérêt économique général est issu de la Charte des droits fondamentaux (article 36), à laquelle le Traité de Lisbonne confère une force juridique en son article 6. V. aussi l'art. II-89 du TECE qui était consacré au droit d'accès aux services de placement, qui résulte de l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux.

¹⁸³⁷ Les directives n° 2002/19/CE du Parlement et du Conseil du 7.3.2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, *JO L 108* du 24.4.2002, p. 7, et 96/67/CE du Conseil, du 15.10.1996, relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté, *JO L 272* du 25.10.1996, p. 36, sont emblématiques.

¹⁸³⁸ Dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007.

Envisagé d'une manière étroite, l'accès se situe en amont de l'échange. Lorsque le juge ne protège que l'accès, il ne se préoccupe pas des échanges qui se déroulent sur le marché. Le droit de la libre circulation est, à cet égard, fortement attaché à la démonstration de l'effet dissuasif des réglementations nationales sur la volonté des opérateurs économiques d'utiliser l'une des libertés consacrées dans le Traité. Cela revient à ne protéger que l'accès au marché d'autres États membres¹⁸³⁹. De même, en droit de la concurrence, la protection de la liberté des concurrents d'accéder au marché ou la protection statique des structures concurrentielles, permet de qualifier une restriction à la concurrence d'une manière indépendante de l'échange¹⁸⁴⁰. Or, le développement de l'analyse économique des restrictions à la concurrence et à la libre circulation transforme ce schéma.

En qualifiant une pratique ou une réglementation litigieuse de restriction en fonction de ses effets sur le marché, le juge du droit de la concurrence et de la libre circulation protège l'accès efficace au marché¹⁸⁴¹. L'accès est entendu dans un contexte concurrentiel. L'accès n'est plus seulement envisagé du point de vue des opérateurs concurrents ou du côté de ceux qui font usage d'une liberté de circulation, mais d'un point de vue global qui comprend le consommateur¹⁸⁴². La nécessité de délimiter le marché pertinent le corrobore¹⁸⁴³. Lorsqu'une réglementation ou une pratique n'a pas explicitement pour objet de restreindre les échanges, l'entrave à l'accès doit, ainsi, être étudiée eu égard à l'échange économique. En effet, du point de vue de l'opérateur économique, l'accès à un marché signifie à la fois se prévaloir d'une liberté économique et concurrencer les opérateurs établis sur celui-ci.

Le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence tendent alors à définir l'accès d'un point de vue concurrentiel. Or, l'accès aux marchés traditionnellement concurrentiels est libre. À première vue, cet aspect distingue ces marchés des secteurs qui suivent un processus de libéralisation¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁹ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1.

¹⁸⁴⁰ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1 et Section 2, I, et les nuances à apporter à cette affirmation, pour ce qui concerne principalement le refus de vente (Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1 et Section 2, II).

¹⁸⁴¹ V. Partie 1, Titre 2.

¹⁸⁴² V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2 et Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2.

¹⁸⁴³ Ceci est développé *supra in* Partie 2, Titre 1, Ch. 1

¹⁸⁴⁴ Nous nous attacherons en particulier aux télécommunications, aux transports ferroviaires, au secteur énergétique et postal, v. *infra* Section 2, I.

En effet, l'accès aux marchés nouvellement ouverts à la concurrence fait l'objet d'une « *régulation* »¹⁸⁴⁵. La régulation consiste à encadrer l'accès à ces marchés, afin de permettre aux opérateurs économiques d'agir sur ceux-ci. Ainsi, la régulation intervient d'abord en amont de l'échange avec les consommateurs finals, elle permet l'accès au réseau¹⁸⁴⁶ mis en place par l'opérateur historique. La régulation vise alors à faciliter l'accès à ce réseau : l'entrée est soumise à une sélection ou au paiement d'une redevance. Toutefois, la régulation d'un ancien marché monopolistique n'est pas seulement un mode opératoire transitoire. En effet, un marché devenu concurrentiel appelle encore une forme de régulation¹⁸⁴⁷, mais qui concerne alors l'échange économique en aval. Ainsi, la facilitation de l'accès par le biais d'une régulation conduit à la libéralisation du marché, qui peut mener, si le marché s'y prête, à une régulation concurrentielle de l'entrée sur celui-ci.

En outre, l'accès aux marchés publics est réglementé par le législateur, qu'il soit national ou communautaire, tandis que le pouvoir adjudicateur choisit l'opérateur qui accède au marché public en respectant une procédure de mise en concurrence¹⁸⁴⁸. Ici, la facilitation de l'accès est d'ordre procédural, elle se situe principalement en amont de l'échange. Toutefois, c'est à stade que s'exerce la concurrence entre les entreprises, de sorte que l'accès du candidat retenu constitue la résultante d'une compétition. L'accès dépend ainsi d'un contexte concurrentiel antérieur à la conclusion du marché public, que l'on peut qualifier de concurrence de préemption. Le schéma est inversé, puisque l'accès est ici le fruit de la concurrence.

¹⁸⁴⁵ Le terme régulation est employé ici comme définissant « le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct (d'un système complexe) », selon le dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007. Il est donc à distinguer du terme « réglementation ». En ce sens, les marchés nouvellement ouverts à la concurrence ne sont pas les seuls à faire l'objet d'une régulation. Ainsi, les États membres et les entreprises sont ici considérés comme les régulateurs de l'accès aux marchés traditionnellement concurrentiels. Selon J.-Y. CHÉROT, in *Droit public économique*, Economica, Paris, 2007, 2^e éd., p. 9 : la régulation désigne « la mise en place d'institutions et de règles destinées à assurer l'équilibre d'un système instable, d'un secteur, d'un ensemble économique complexe en tentant d'intégrer la durée, l'effet d'apprentissage et un certain jeu ». Sur la régulation des marchés, v. en particulier B. du MARAIS, *Droit de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Dalloz, Paris, 2004. Sur la réglementation étatique des marchés, v. en particulier J.-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, thèse, 2005, sp. p. 115 et s. V. également BILLA B. et CALMETTE J.-F., « L'idée de régulation, entre interventionnisme public et analyse économique », 25.2.2008, n° 40, p. 10, note sous l'arrêt TPI, 4.7.2007, *Bouygues c. Commission*, T-475/04, *Rec.*, p. II-2097, à propos de la possibilité d'imposer des redevances d'accès au marché des téléphones mobiles troisième générations différenciées mais équivalentes en termes économiques (absence d'aide d'État).

¹⁸⁴⁶ Le réseau est « un ensemble de moyens liés physiquement ou coordonnés juridiquement » selon L. RICHER, « Droit d'accès et service public », Dossier « Intérêt général, concurrence et service public », *AJDA*, 16.1.2006, p. 73, sp. 74.

¹⁸⁴⁷ V. *infra* Section 2, introduction.

¹⁸⁴⁸ Ceci est abordé *infra* sous Section 2, II.

L'accès prend donc des formes multiples – il peut être libre, libéralisé, réglementé, sélectif, dépendre de l'octroi d'un droit ou du paiement d'une redevance –, qui semblent être fonction de la nature du marché pénétré. Cependant, quel que soit le marché en cause, il revient au juge national de corriger la régulation de l'accès au marché à laquelle procèdent les États membres, les entreprises, les agences nationales de régulation mais aussi les pouvoirs adjudicateurs. On peut donc se demander dans quelle mesure la définition de l'accès entendu dans un contexte concurrentiel relativise les distinctions dans la régulation de l'accès observées en fonction de la nature du marché pénétré.

Les considérations concurrentielles ont, en effet, une forte incidence sur la régulation de l'accès à un marché traditionnellement concurrentiel (section 1). Or, l'incidence de la concurrence s'observe également en matière de régulation de l'accès à un marché public ou récemment ouvert à la concurrence (section 2).

Section 1 : L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché traditionnellement concurrentiel

À première vue, l'accès à un marché traditionnellement ouvert à la concurrence ne s'entend pas de la même manière lorsque le droit de la concurrence ou celui de la libre circulation est appliqué. D'aucuns pourraient défendre le point de vue selon lequel, en matière de libre circulation, on *corrige* le non-respect par les États membres des règles qui gouvernent l'accès au marché. Il s'agirait d'une régulation seulement indirecte du marché, l'échange étant laissé libre¹⁸⁴⁹. Au contraire, en droit de la concurrence, on *régule* l'accès au marché. Il s'agirait ainsi d'une régulation directe de l'espace concurrentiel. La régulation de l'échange serait alors plus prononcée en droit de la concurrence. Or, la concurrence qui anime les opérateurs économiques influe sur chacune des décisions juridictionnelles, que le juge applique le droit de la concurrence ou celui de la libre circulation. Le juge se rapproche de l'échange quel que soit le droit applicable¹⁸⁵⁰.

En effet, la protection de l'accès des concurrents à l'échange oriente traditionnellement les décisions du juge de la concurrence. Or, le droit de la concurrence évolue vers une régulation neutre de l'échange, afin de remplir l'objectif consistant à stimuler l'efficacité de la

¹⁸⁴⁹ BERNARD N., « discrimination and free movement in EC law », *ICLQ*, 1996, p. 82, sp. 105 : « Les dispositions relatives à la libre circulation (...) ne visent pas à réguler le marché. Elles ne s'adressent pas aux agents dans le marché mais aux États membres en tant que régulateurs du marché », notre traduction.

concurrence. Il ne s'agit pas de protéger ceux qui peuvent se prévaloir d'un droit d'accéder au marché, mais de réfléchir à la question de savoir si l'accès est utile à la concurrence. Une évolution parallèle s'observe en matière de libre circulation. L'accès d'un opérateur établi dans un autre État membre à l'échange est initialement protégé en tant que tel, au point que semble consacré un droit subjectif à l'accès au marché. Toutefois, la qualification de la restriction étatique à l'accès au marché dépend aujourd'hui de la concurrence qui s'exerce sur le marché, de sorte que la neutralité de l'effet d'une réglementation sur l'échange devient décisive. Dans chacune de ces sphères du droit communautaire matériel, les aspects concurrentiels influent sur la régulation de l'accès à l'échange. L'accès se métamorphose.

La nouvelle approche du droit du marché intérieur pourrait se résumer ainsi : l'accès d'un opérateur économique non efficace ne mérite pas protection, mais la régulation concurrentielle de l'accès à l'échange promeut l'efficacité économique. On peut alors se demander de quelle manière les deux domaines principaux du droit communautaire matériel évoluent de la protection partielle et statique à la régulation neutre et dynamique de l'accès à l'échange, en étudiant successivement le droit de la concurrence (I) et le droit de la libre circulation (II).

I. L'évolution du droit de la concurrence de la protection à la régulation de l'accès au marché

La considération de l'accès à l'échange prend deux visages principaux en droit communautaire de la concurrence. Dans certains cas, le juge communautaire de la concurrence se place en amont de l'échange. Il protège alors l'accès à celui-ci, d'une manière presque indépendante de la concurrence qui s'exerce entre les opérateurs économiques (A). Dans d'autres cas, qui ont tendance à se généraliser sous l'influence d'une analyse économique des effets des comportements litigieux sur le marché, le juge se préoccupe avec acuité des conditions des échanges. Il dépasse alors la seule question de l'accès pour réguler l'échange lui-même (B).

A. La protection statique de l'accès des concurrents au marché

Le juge de la concurrence se place fréquemment en amont de l'échange, de manière notamment à protéger l'accès des concurrents à celui-ci. Cela ressort, d'une part, de la

¹⁸⁵⁰ V. les nuances apportées dans la Section 2 de ce chapitre à propos des marchés nouvellement concurrentiels.

qualification des pratiques en fonction du principe de la liberté d'action des entreprises sur le marché et, d'autre part, de l'incidence de la constatation de barrières à l'entrée sur le sens de ses décisions.

Le juge de la concurrence est, premièrement, attaché à la démonstration d'une atteinte à la liberté d'accès des concurrents au marché¹⁸⁵¹, qui révèle une protection statique de l'accès au marché. De la sorte, la concurrence est envisagée comme une liberté, qui revient à « *protéger le droit d'accès de l'entreprise au marché* »¹⁸⁵². L'impossibilité théorique pour un opérateur de s'entendre avec un concurrent horizontal¹⁸⁵³, ou la quasi-impossibilité pour une entreprise dominante de mettre en place des grilles de rabais pour fidéliser ses clients¹⁸⁵⁴ démontrent que le juge interdit certains échanges. Certes, lorsqu'une pratique litigieuse a pour objet de limiter la concurrence, la caractérisation de cet objet restrictif implique d'analyser le contexte économique et juridique de la pratique en cause¹⁸⁵⁵. Dès lors, la décision n'est pas indépendante des conditions de la concurrence sur le marché. Néanmoins, l'application du droit la concurrence dans de telles situations limite l'accès des entreprises concernées à l'échange. Inversement, l'accès des entreprises concurrentes à l'échange est protégé.

Cela ressort notamment de l'appréciation de certains systèmes d'accords horizontaux, dont la Commission ou le juge communautaire de la concurrence contrôle les conditions d'accès. On peut se référer à ce titre à un système mis en place par des professionnels néerlandais de la construction qui consiste à organiser la concurrence et la formation des prix dans ce secteur. Le Tribunal confirme la décision de la Commission en préservant la liberté des opérateurs d'adhérer ou non au système ; le but est de faciliter l'entrée sur le marché sans nécessairement accéder au réseau mis en place par cette association professionnelle. Le Tribunal relève notamment que « *les conditions sont réunies pour que des pressions soient exercées sur les*

¹⁸⁵¹ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2.

¹⁸⁵² LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 284.

¹⁸⁵³ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I, A. V. cependant Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, B, 2.

¹⁸⁵⁴ Ceci résulte de l'interdiction des prix discriminatoires : v. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 2. Sur la nécessité d'une qualification économique des rabais de fidélité, v. not. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, A, 1.

¹⁸⁵⁵ Pour ce qui concerne les accords verticaux, v. not. CJCE, 10.7.1980, *SA Lancôme e.a. c. Etos BV e. a.*, 99-79, *Rec.*, p. 2511, pt 24 ; CJCE, 6.4.2006, *General Motors BV c. Commission*, C-551/03 P, *Rec.*, p. I-3173, pt 66.

non-membres pour qu'ils adhèrent au système »¹⁸⁵⁶. L'accès rendu obligatoire à ce système est donc litigieux :

« le système (...) porte en fait atteinte à la liberté des entrepreneurs d'y adhérer ou de ne pas y adhérer dans la mesure où leur non-adhésion les prive d'un certain nombre d'avantages liés à ce système et les met en concurrence, non avec une série d'entrepreneurs agissant indépendamment les uns des autres, mais bien avec un certain nombre d'entrepreneurs ayant des intérêts et des informations communs et donc des comportements communs »¹⁸⁵⁷.

Le Tribunal corrige ainsi la régulation horizontale de l'accès au marché à laquelle procédait cette association de professionnels, dans l'objectif explicitement affiché de protéger la liberté d'action d'entrepreneurs éventuellement concurrents. Le juge se place ici en amont de l'échange.

Deuxièmement, les solutions des arrêts qui concernent le droit communautaire de la concurrence restent profondément influencées par les barrières à l'entrée actuelles ou potentielles¹⁸⁵⁸. Or, le concept de barrière à l'entrée est évidemment une considération qui s'apparente à une gêne à l'accès *stricto sensu*. En théorie, lorsqu'il relève une barrière à l'entrée, le juge n'analyse pas l'échange lui-même, mais la difficulté d'échanger sur le marché¹⁸⁵⁹. Toutefois, la qualification d'une restriction à l'accès au marché en fonction d'une atteinte à l'accès efficace au marché démontre que les barrières à l'entrée ne sont pas entendues au sens strict. L'échange est alors envisagé *in concreto*.

Même si certains aspects du rôle actuel du juge de la concurrence démontrent le maintien d'une certaine distance vis-à-vis de l'échange, un contrôle direct sur les relations entre entreprises est de plus en plus exercé, dans l'objectif d'intensifier la concurrence d'une manière globale. Le juge de la concurrence régule alors l'échange lui-même, l'accès à celui-ci étant entendu dans un contexte concurrentiel neutre.

¹⁸⁵⁶ TPI, 21.2.1995, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a. c. Commission*, T-29/92, *Rec.*, p. II-289, pt 201.

¹⁸⁵⁷ *Idem*, pt 204.

¹⁸⁵⁸ V. European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), REY P. (dir.), « An economic approach to Article 82 », rapport, 2005, en ligne, p. 3 : une application de la règle de raison « appelle une approche non-dirigiste du droit de la concurrence qui se concentre dans la plupart des cas sur les barrières à l'entrée », notre traduction. L'influence de la règle de raison en droit communautaire de la concurrence est abordée not. in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, A, 1 et développée en particulier sous Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A.

¹⁸⁵⁹ Les barrières à l'entrée sont déterminantes dans la détermination de la position dominante d'une entreprise. V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A, 2. Elles sont également pertinentes au moment d'évaluer l'affectation

B. La régulation dynamique de l'accès au marché

La poursuite de l'objectif d'une concurrence efficace en droit communautaire de la concurrence conduit le juge communautaire à contrôler l'échange entre opérateurs économiques, sans que l'accès d'un concurrent particulier à celui-ci soit nécessairement favorisé. Ce contrôle prend explicitement en considération les conditions de la concurrence sur le marché.

La protection de la concurrence efficace entre opérateurs économiques attache dès lors peu d'importance au droit ou non d'accéder à l'échange. Les questions principales consistent à évaluer si un opérateur économique efficient peut pénétrer le marché afin que la concurrence soit intensifiée¹⁸⁶⁰, ou si l'accès efficace d'un opérateur sur le marché profite à l'ensemble de l'économie. Sous cet angle, le droit de la concurrence « accompagne » plus longtemps l'opérateur économique que le droit de la libre circulation¹⁸⁶¹.

On remarque alors une évolution de l'appréciation de certains comportements litigieux en droit communautaire de la concurrence. Certaines jurisprudences semblaient considérer qu'une vente liée, lorsqu'elle est le fait d'une entreprise dominante, est en elle-même constitutive d'un abus¹⁸⁶². L'entreprise dominante ne peut accéder à l'échange. Cependant, l'accent mis sur l'incidence de la pratique sur les concurrents et sur les consommateurs¹⁸⁶³, démontre que l'ensemble des échanges est considéré. L'accès à l'échange est entendu dans un contexte concurrentiel. L'analyse de certains accords horizontaux révèle également une évolution similaire¹⁸⁶⁴.

Le contrôle juridictionnel exercé sur la régulation de l'accès à un réseau mis en place par une ou plusieurs entreprises est emblématique de l'immixtion du juge dans l'échange. Cela s'observe aussi bien en matière d'entente (1), que dans le domaine de l'abus de position dominante (2).

du commerce entre États membres d'un accord litigieux : v. TPI, 14.12.2006, *Raffaelsen Zentralbank Österreich AG e.a. c. Commission (Club Lombard)*, T-259 à T-264/02 et T-271/02, *Rec.*, p. II-5169, pt 185.

¹⁸⁶⁰ Le nouvel entrant peut être moins efficient que l'entreprise établie : le nouvel entrant vend par exemple le produit au-dessus de son prix de revient mais en dessous du prix de vente des produits de l'entreprise établie.

¹⁸⁶¹ Ceci est évidemment à relativiser au vu du développement de la prise en considération des aspects concurrentiels en droit de la libre circulation.

¹⁸⁶² V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, B, 1.

¹⁸⁶³ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, B, 2, b.

¹⁸⁶⁴ V. en particulier TPI, 2.5.2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commission*, T-328/03, *Rec.*, p. II-1231, analysé not. in Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, B, 2.

1. La régulation dynamique de l'accès à un réseau en application de l'article 81 TCE

En ce qui concerne les ententes, le juge communautaire de la concurrence exerce le rôle de régulateur de l'accès à l'échange en tant que tel, particulièrement lorsque l'accès à un réseau est en cause.

D'abord, la CJCE contrôle les conditions d'accès aux réseaux de distribution sélective en vérifiant qu'il s'agit de critères qualitatifs, objectifs et non discriminatoires¹⁸⁶⁵. Si ces conditions sont remplies¹⁸⁶⁶, le réseau peut être fermé¹⁸⁶⁷. Par ailleurs, l'octroi de l'accès à un réseau de franchises s'apparente à la délivrance d'un droit d'accéder au marché¹⁸⁶⁸. Le juge contrôle alors les conditions d'accès au réseau ; ainsi, il s'immisce dans l'échange, sans nécessairement favoriser l'accès d'un concurrent au marché. L'accès au réseau est considéré dans un contexte concurrentiel global.

Pour ce qui concerne ensuite les accords de distribution exclusive ou comportant des obligations d'achat exclusif, on peut se référer en particulier à l'affaire *Roberts* qui a opposé les exploitants d'un pub britannique à un brasseur régional, Greene King, à qui appartenait le pub¹⁸⁶⁹. Dans la ligne de l'arrêt *Delimitis*¹⁸⁷⁰, l'examen de l'incidence des accords de fourniture conclus par Greene King avec les brasseries de dimension nationale (accords de fourniture situés en amont), consiste à évaluer s'il est possible d'accéder au réseau des débits de boisson liés à Greene King (accords de fourniture en aval). Selon la Commission et le Tribunal, « si l'effet contraignant des accords « en amont » est limité, d'autres brasseurs ont la possibilité de conclure de contrats de fourniture avec [Greene King] et d'accéder ainsi au réseau d'accords « en aval » de ce dernier »¹⁸⁷¹. En l'espèce, seulement quatre contrats

¹⁸⁶⁵ CJCE, 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte & Co. KG c. Commission*, 26-76, *Rec.*, p. 1875, pt 20.

¹⁸⁶⁶ Les critères de sélection quantitatifs sont donc interdits : CJCE, 10.7.1980, *SA Lancôme e.a. c. Etos BV e. a.*, 99-79, *Rec.*, p. 2511, pt 21.

¹⁸⁶⁷ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I, B, 1.

¹⁸⁶⁸ V., en particulier, CJCE, 28.1.1986, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Rec.*, p. 353, pt 15 : « dans un système de franchises (...), une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accordées, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès ».

¹⁸⁶⁹ TPI, 5.7.2001, *C. A. Roberts et V. A. Roberts c. Commission*, T-25/99, *Rec.*, p. II-1881, pts 55 à 93. Le réseau d'accords de Greene King, considéré isolément, ne contribue pas de manière significative à la fermeture du marché de la distribution de bière dans les établissements vendant des boissons alcooliques à consommer sur place au Royaume-Uni, au vu notamment de la très faible part de marché détenue par le distributeur.

¹⁸⁷⁰ CJCE, 28.2.1991, *S. Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, *Rec.*, p. I-935. V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, A, 1.

¹⁸⁷¹ *Idem*, pt 108. Ceci est expliqué en des termes similaires au pt 128 : « les accords conclus « en amont » par les chaînes de débit de boissons peuvent être un facteur obligeant de conclure que le réseau d'accords « en aval » de ces compagnies contribue de manière significative à la fermeture du marché (...); la question essentielle est de

conclus entre cette société et d'autres brasseurs comportent une obligation d'achat (les autres contrats signés ne sont pas rattachés au réseau d'accords des brasseurs en ce qu'ils ne contiennent aucune obligation d'achat)¹⁸⁷². Selon le Tribunal,

« [L]es obligations d'achat caractérisant les quatre contrats [en cause] sont si peu contraignantes que l'accès au réseau d'accords « en aval » de Greene King n'est pas sérieusement mis en cause pour d'autres brasseurs, et ce même en tenant compte de l'effet cumulatif produit par ces contrats »¹⁸⁷³.

Le Tribunal contrôle ainsi l'accessibilité du réseau d'accords liant les exploitants de débits de boissons avec le distributeur et, implicitement, la possibilité qu'une concurrence soit exercée entre les distributeurs pour l'obtention de contrats avec des débits de boisson. Le Tribunal évalue l'existence de méthodes alternatives permettant d'accéder au marché en dépit du réseau d'accords litigieux. Ici, l'immixtion dans l'échange entre distributeurs de bière et débits locaux ne se fait pas explicitement dans l'objectif de protéger l'intérêt de distributeurs concurrents, mais dans celui de s'assurer que la concurrence sur le marché des débits de boisson est possible. Ainsi, le réseau d'accord en amont peut être jugé anticoncurrentiel s'il constitue une condition incontournable de l'accès au marché aval. Le juge communautaire est donc conforté dans son rôle de régulateur de l'accès aux marchés conditionnés par les réseaux mis en place par des entreprises.

Le jugement *Der Grüne Punkt* accorde aussi une large place aux aspects concurrentiels, au moment où l'obligation de partager les installations en cause est évaluée au regard de l'article 81 §3 TCE. En l'espèce, le droit détenu par Duales System Deutschland « *de donner son accord à l'utilisation partagée par des tiers des installations de collecte de ses cocontractants* »¹⁸⁷⁴ est problématique. L'entreprise dispose du pouvoir de laisser ou non des

savoir dans quelle mesure ces accords conclus « en amont » empêchent d'autres brasseurs de conclure à leur tour des contrats de fourniture avec la chaîne de débits de boissons (...). Le réseau d'accords « en aval » suit le sort du réseau d'accords « en amont » et, par l'effet de ce rattachement, est donc également considéré comme contribuant de manière significative à la fermeture du marché. Toutefois, (...) cette condition n'est pas satisfaite en l'espèce ». V. aussi le pt 137 du jugement.

¹⁸⁷² *Idem*, pts 110 et 111.

¹⁸⁷³ *Idem*, pt 113.

¹⁸⁷⁴ TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691, pt 87.

tiers accéder à ces installations. Or, le juge régule en l'espèce l'accès efficace au marché¹⁸⁷⁵, sans octroyer aux opérateurs concurrents un droit d'accès au réseau¹⁸⁷⁶.

Cette constatation ressort également du contrôle de certains réseaux mis en place par des entreprises dominantes sur le marché, qui montre d'ailleurs la proximité des analyses menées au titre des articles 81 et 82 TCE.

2. La régulation dynamique de l'accès à un réseau en application de l'article 82 TCE

L'application de l'article 82 TCE donne l'occasion au juge de réguler l'accès à un réseau, cet accès n'étant pas spécifiquement protégé pour les concurrents.

À titre liminaire, il convient de noter qu'un réseau commercial extrêmement perfectionné constitue un indice valable d'une position dominante¹⁸⁷⁷. Un tel réseau participe de la fermeture du marché : une entreprise dominante qui refuse l'accès à une infrastructure essentielle détient le pouvoir de verrouiller le marché aval. Cette constatation peut être faite indépendamment de l'échange. Cependant, lorsque le juge communautaire exige que cette entreprise laisse un concurrent accéder à l'infrastructure ou apprécie le caractère justifié du refus d'accès, cela revient de toute évidence à s'immiscer dans l'échange.

Au regard de l'arrêt *Magill*¹⁸⁷⁸, Jean-Bernard BLAISE estime que « *ce qui compte, c'est que l'entreprise en position dominante détien[ne] l'accès à un autre marché* »¹⁸⁷⁹. La

¹⁸⁷⁵ *Idem*, pts 101 et s., sp. 112 : « la décision attaquée expose à suffisance de droit les raisons pour lesquelles les installations de collecte qui ont conclu un contrat de service avec DSD constituent un goulet d'étranglement pour les systèmes collectifs concurrents de DSD ». Pt 113 : « permettre à DSD d'empêcher les entreprises de collecte de conclure et d'honorer des contrats avec les concurrents de DSD reviendrait effectivement à priver ces concurrents de toute possibilité sérieuse d'entrer et de se maintenir sur le marché de la collecte auprès des consommateurs. (...) L'utilisation partagée est [donc] nécessaire pour éviter toute élimination de la concurrence sur ce marché ».

¹⁸⁷⁶ V. pourtant le jugement *Der Grüne Punkt*, T-289/01, préc. note 1874, pt 98 : « la jurisprudence *Magill* (...) concerne une situation factuelle dans laquelle l'intéressé peut se prévaloir d'un droit de disposition incontestable sur les installations en cause ». Cette lecture de l'arrêt *Magill* nous semble erronée. On rejoint ici l'opinion défendue par I. LIANOS, ouvrage préc. note 1852, p. 852 : « si [la CJCE] sanctionne le refus de vente d'une entreprise dominante à l'égard d'un de ses concurrents, elle ne conduit pas à créer une sorte de droit-créance pour les autres concurrents à utiliser la « facilité » en cause ». L'auteur ajoute que « la théorie des facilités essentielles apparaît alors comme étant plus un outil de droit de la régulation qu'une doctrine du droit de la concurrence ».

¹⁸⁷⁷ CJCE, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 85-76, *Rec.*, p. 461, pts 48 et 78 2^e al. V. aussi TPI, 30.1.2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, *Rec.*, p. II-107, sp. pt 115.

¹⁸⁷⁸ CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission (Magill)*, C-241 et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743.

¹⁸⁷⁹ BLAISE J.-B., « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des « installations essentielles » », *Dalloz Affaires*, n° 28, 1996, p. 859, sp. p. 861.

reconnaissance de l'abus de position dominante en l'espèce vise à faciliter l'accès des concurrents à l'échange, de manière à intensifier la concurrence sur le marché. Dans l'arrêt *Bronner*, la question est de savoir si « *le refus d'accès au système de portage à domicile de Mediaprint* » constitue un abus de position dominante¹⁸⁸⁰. Il s'agit de se demander si l'accès au réseau de distribution est indispensable afin de pouvoir vendre les journaux¹⁸⁸¹. La réponse négative de la CJCE limite certes l'accès à l'échange pour un opérateur concurrent non efficace. Toutefois, la Cour de justice s'est assuré que la concurrence efficace sur le marché aval est possible.

Au vu notamment de l'arrêt *Bronner*, l'avocat général MISCHO considère « *qu'il peut fréquemment s'avérer nécessaire de réglementer l'accès à des infrastructures en vue de créer une possibilité concrète d'accès au marché* »¹⁸⁸². Le juge communautaire est donc le régulateur de l'accès au réseau, entendu dans un contexte concurrentiel. Si le juge exige l'accès de concurrents à un réseau, c'est dans l'objectif d'intensifier la concurrence¹⁸⁸³.

La régulation de l'accès à des réseaux mis en place par des personnes privées occupe une place importante dans la jurisprudence communautaire en droit de la concurrence. Le juge s'immisce dans l'échange afin de stimuler la concurrence, sans nécessairement favoriser l'accès d'un concurrent particulier. Lorsqu'aucun réseau n'est en cause, l'objectif qui consiste à atteindre une concurrence efficace sur le marché implique de considérer l'accès au marché dans un contexte concurrentiel.

Le droit communautaire de la libre circulation se montre également attaché à la protection de l'accès au marché des opérateurs qui circulent, au point que l'on s'interroge sur l'opportunité de consacrer un droit à l'accès au marché. Cette hypothèse est cependant peu pertinente face à la nécessité de réguler également l'échange économique dans ce domaine.

¹⁸⁸⁰ CJCE, 26.11.1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, C-7/97, *Rec.*, p. I-7791, pt 10. V. aussi les pts 23 et 37.

¹⁸⁸¹ *Idem*, pt 46: « [P]our que cet accès puisse le cas échéant être considéré comme étant indispensable, il faudrait à tout le moins établir (...), qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant ».

¹⁸⁸² Concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour l'arrêt CJCE, 16.10.2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen GmbH c. Deutsche Lufthansa AG*, C-363/01, *Rec.*, p. I-11893, pt 37.

¹⁸⁸³ La même remarque pourrait être formulée au regard du jugement TPI, 17.9.2007, *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04, *Rec.*, p. II-3601, analysé *supra in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B et Section 2, II, B, 1 pour ce qui concerne le refus de délivrer les informations relatives à l'interopérabilité.

II. L'évolution du droit de la libre circulation de la protection à la régulation de l'accès au marché

Le contrôle juridictionnel exercé sur l'exercice des libertés de circulation permet traditionnellement de ne se préoccuper que de l'entrée sur le marché. Ainsi, la concurrence entre opérateurs établis sur le marché national et opérateurs qui font usage de la libre circulation n'est pas déterminante. Le marché est laissé libre, l'approche est libérale. Il serait alors séduisant de conférer à l'opérateur économique un droit subjectif¹⁸⁸⁴ d'accéder au marché, ce qui conforterait la distance du juge vis-à-vis de l'échange en tant que tel. Pourtant, le développement des questions de concurrence en droit de la libre circulation¹⁸⁸⁵ fait douter de la pertinence de la consécration d'un droit d'accéder au marché. Si le juge de la libre circulation doit analyser l'échange en tant que tel, la consécration d'un droit d'accéder au marché est alors secondaire.

La consécration d'un droit subjectif d'accéder au marché apparaît alors comme la résultante d'une protection de l'accès au marché *stricto sensu* (A). Néanmoins, l'essentiel consiste à analyser l'accès à l'échange dans un contexte concurrentiel (B).

A. Le droit subjectif d'accéder au marché, résultante d'une protection statique de l'accès au marché

Plusieurs éléments figurant dans le Traité instituant la Communauté européenne ou dans la jurisprudence permettent d'avancer l'idée selon laquelle un droit subjectif d'accéder au marché est reconnu à l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation (1). Toutefois, la consécration d'un tel droit subjectif est critiquable en ce qu'elle encourage une définition statique de l'accès au marché (2).

1. L'assimilation séduisante des libertés de circulation à un droit à l'accès au marché

¹⁸⁸⁴ Selon D. GUTMANN, « Droit subjectif », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrigue, Lamy, PUF, Paris, 2003, p. 529, sp. 529-530, « [I]e droit subjectif est le droit du sujet. Plus précisément, c'est tantôt le droit pour une personne de faire quelque chose, tantôt celui d'obtenir qu'une autre personne fasse quelque chose à son profit ». V. aussi D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mél. F. Terré*, Dalloz, Juris-Classeur, PUF, Paris, 1999, p. 393, sp. 394. Dans la mesure où un droit à... ou un droit de faire quelque chose constitue selon ces auteurs un droit subjectif, le droit d'accéder au marché est assimilé ici au droit à l'accès au marché.

¹⁸⁸⁵ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 et Partie 2, Titre 1, Ch. 1, sp. Section 1.

Le Traité dépasse la distinction entre une liberté et un droit de faire quelque chose : une liberté peut constituer un « droit à » ou un « droit de »¹⁸⁸⁶. Les libertés économiques consacrées dans le Traité sont parfois définies comme un « *droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté* »¹⁸⁸⁷. Puisque la mise en œuvre des libertés de circulation est une question d'accès au marché, on pourrait alors estimer que la jurisprudence communautaire relative à la libre circulation consacre un droit à l'accès au marché (identique à un droit d'accéder au marché) pour chaque opérateur économique faisant usage des libertés de circulation.

À cet égard, il convient de rappeler que l'établissement est considéré comme un droit dans le Traité¹⁸⁸⁸. Le droit d'établissement découle ainsi de la reconnaissance de la liberté d'établissement¹⁸⁸⁹, les travailleurs indépendants disposant d'un « *droit à la libre circulation* »¹⁸⁹⁰. Ensuite, dans le domaine de la libre prestation des services, l'avocat général GULMANN estime par exemple que la restriction en cause dans l'affaire *Schindler* constitue « *une exclusion effective du droit à la libre prestation des services* »¹⁸⁹¹. Selon la Cour de justice, ce droit implique pour un prestataire de service « *[celui] de se déplacer avec son propre personnel (...) pour la durée du travail* »¹⁸⁹². Selon l'avocat général MADURO, les « *producteurs* » bénéficient, en vertu du principe de la libre circulation des marchandises,

¹⁸⁸⁶ On peut considérer qu'un « droit à » et un droit subjectif sont similaires. En ce sens, v. not. D. GUTMANN, étude préc. note 1884, sp. p. 531.

¹⁸⁸⁷ CJCE, 27.10.1982, *Morson et Jhangan*, 35 et 36-82, *Rec.*, p. 3723, pts 16 et 17 (en libre circulation des travailleurs) ; CJCE, 1^{er}.4.2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, *Rec.*, p. I-1683, pt 42 (en libre circulation des personnes) ; CJCE, 8.2.1983, *Commission c. Royaume-Uni (Laits UHT)*, 124-81, *Rec.*, p. 203, pt 10 : « La libre circulation est un droit dont l'exercice ne peut dépendre d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une tolérance de l'administration nationale » (en libre circulation des biens).

¹⁸⁸⁸ Il fait l'objet du 2^e chapitre (articles 43 à 48) du Titre III du TCE. V. aussi les articles 49 et suivants du TFUE. Le droit d'établissement est rappelé à l'article 183 §5 TCE (devenu 199 TFUE), à propos de l'association des pays et territoires d'outre-mer.

¹⁸⁸⁹ V., parmi de nombreux exemples, concl. av. gén. LEGER présentées pour l'arrêt CJCE, 31.5.2005, *Proc. pén. c. K. Hanner*, C-438/02, *Rec.*, p. I-4551, pt 122 : un monopole d'État de la vente au détail des médicaments « constitue une entrave sérieuse au droit d'établissement garanti par l'article 43 CE ».

¹⁸⁹⁰ Concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt CJCE, 7.11.2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-168/98, *Rec.*, p. I-9131, pt 30.

¹⁸⁹¹ Concl. av. gén. C. GULMANN présentées pour l'arrêt CJCE, 24.3.1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. G. et J. Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, pt 78. V. aussi concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pt 56.

¹⁸⁹² CJCE, 27.3.1990, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d'immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417, pt 17.

« du droit d'exercer leur activité sur un plan transnational »¹⁸⁹³. Il semble alors pertinent d'assimiler les libertés de circulation à des « droits publics subjectifs »¹⁸⁹⁴.

Au vu de la prégnance des questions de l'accès au marché dans ce domaine¹⁸⁹⁵, reconnaître le droit pour les opérateurs économiques d'exercer leur activité au-delà du territoire national reviendrait à leur reconnaître un droit d'accéder au marché. De même, les consommateurs finals seraient également titulaires d'un droit d'accéder à un marché composé de produits et de services qui ne soient pas seulement d'origine nationale¹⁸⁹⁶.

Le droit d'accéder au marché n'est cependant reconnu de manière explicite qu'aux travailleurs ressortissants d'États tiers. Ceux-ci disposent du « droit d'accéder au marché au travail »¹⁸⁹⁷. Ce droit est ici consacré indépendamment de la libre circulation, puisque la libre circulation d'un État membre à l'autre ne bénéficie pas à ces ressortissants. Quand bien même l'arrêt *Heylens* élève au rang de droit fondamental¹⁸⁹⁸ le principe du libre accès à l'emploi¹⁸⁹⁹, le droit d'accéder au marché du travail n'est pas explicitement consacré pour les ressortissants communautaires.

¹⁸⁹³ Concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 14.9.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE e.a.*, C-158 et C-159/04, *Rec.*, p. I-8135, pt 39 : « dans le cadre de l'établissement d'un marché intérieur, l'objectif fondamental du principe de libre circulation des marchandises est de garantir que les producteurs sont mis en mesure de profiter, effectivement, du droit d'exercer leur activité sur un plan transnational, tandis que les consommateurs sont mis en mesure d'accéder, pratiquement, aux productions en provenance des autres États membres dans les mêmes conditions que les productions nationales. Telle était l'intention des rédacteurs du traité ; telle a été la doctrine de la Cour qui l'a mise en œuvre ». On notera cependant que les distributeurs peuvent aussi bénéficier de la libre circulation des marchandises.

¹⁸⁹⁴ KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, p. 15, cité et traduit par P. OLIVER, in « Concurrence et libre circulation : leur place dans le traité », *RAE*, 2005/3, p. 379, sp. 383.

¹⁸⁹⁵ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, sp. Section 2, sur la généralisation de l'utilisation du critère de l'accès au marché.

¹⁸⁹⁶ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, sp. II, A, relatif à l'accès des consommateurs au marché.

¹⁸⁹⁷ CJCE, 11.11.2004, *I. Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, C-467/02, *Rec.*, p. I-10895, pt 36 et selon une jurisprudence constante. V. aussi CJCE, 26.11.1998, *Birden*, C-1/97, *Rec.*, p. I-7747, pt 20 et CJCE, 19.11.2002, *Kurz*, C-188/00, *Rec.*, p. I-10691, pt 27, qui énoncent que les droits d'entrée et de séjour sont « corrélatifs (...) sous peine de priver de tout effet le droit d'accéder au marché du travail et d'exercer un emploi ». La libre circulation des travailleurs « comporte » seulement différents « droit de » énoncés à l'article 39 §3 TCE.

¹⁸⁹⁸ Sur la qualification des libertés de circulation de droits fondamentaux, v. not. concl. av. gén. C. STIX-HACKL présentées pour l'arrêt CJCE, 14.10.2004, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec.*, p. I-9609, pt 50. Cette question est développée *infra* sous Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, B.

¹⁸⁹⁹ CJCE, 15.10.1987, *Unectef c. G. Heylens*, 222-86, *Rec.*, p. 4097, pt 14 : « le libre accès à l'emploi [constitue] un droit fondamental conféré par le traité individuellement à tout travailleur de la Communauté », rappelé *in* concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. J.-M. Bosman e.a.*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, pt 174. « Le droit de travailler » est également consacré à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux.

En fait, seule une partie de la doctrine défend le droit d'accéder au marché. Il convient de saisir les apports de cette réflexion, alors que la Cour de justice se montre réticente à la consécration de ce droit subjectif.

2. Le droit à l'accès au marché, reflet d'une définition statique de l'accès au marché

Les références au droit d'accéder au marché figurent fréquemment dans la doctrine juridique, mais révèlent une vision statique du droit de la libre circulation.

La libre circulation des médicaments semble propice à la reconnaissance d'un tel droit. D'abord, l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament pourrait être assimilée à la reconnaissance d'un droit de ce médicament à l'accès au marché. De plus, l'appréciation du monopole suédois de vente au détail a donné l'occasion à la Cour de justice de se rapprocher de la consécration d'un droit d'accéder au marché pour les producteurs de médicaments importés¹⁹⁰⁰, en ayant égard à la diversité des choix de médicaments offerts aux consommateurs¹⁹⁰¹.

Des observations similaires sont d'ailleurs formulées à propos de litiges dans lesquels des importations parallèles de médicaments sont en cause. Le titulaire d'une marque peut s'opposer à ce que l'importateur parallèle procède au reconditionnement par le remplacement de l'emballage, mais seulement « *à la condition que le médicament réétiqueté puisse effectivement accéder au marché concerné* »¹⁹⁰². Ceci implique notamment d'examiner la réaction des consommateurs face à un médicament réétiqueté. Selon Hanns ULLRICH, la

¹⁹⁰⁰ Dans l'arrêt *Hanner*, préc. note 1889, l'existence d'un monopole d'État de vente au détail apparaît comme une entrave au droit d'accéder au marché, l'intérêt des consommateurs étant pris en considération. En effet, selon l'ordonnance de renvoi du Stockholms tingsrätt, « les producteurs de médicaments non soumis à ordonnance et de médicaments autorisés dans d'autres États n'ont aucun *droit* à ce que leurs produits soient proposés à la vente en Suède par Apoteket » (concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour cet arrêt, pt 104, italique ajouté). Selon l'avocat général LÉGER, « il en résulte qu'Apoteket dispose du pouvoir de déterminer les produits qui seront vendus par son réseau et qui auront accès au marché suédois » (pt 104). On peut alors se demander si la contrariété de ce monopole avec l'article 31 du Traité, en ce qu'il permet d'autoriser ou non un opérateur à accéder au marché, revient à consacrer le droit des producteurs étrangers d'accéder au marché suédois des médicaments.

¹⁹⁰¹ Aux pts 40 et 41 de l'arrêt *Hanner*, la Cour de justice poursuit l'objectif d'assurer la fourniture des consommateurs en médicaments et l'accès de ceux-ci à des nouveaux produits. Mais aucun droit subjectif, que ce soit du côté des consommateurs ou des producteurs n'est explicitement reconnu.

¹⁹⁰² CJCE 23.4.2002, *Merck Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, C-443/99, *Rec.*, p. I-3703, pt 29, *Europe*, 6.2002, comm. 225, p. 16, note Y. GAUTIER.

CJCE consacre ici « *une sorte de droit compensatoire d'accès au marché aux importateurs parallèles* »¹⁹⁰³. Cependant, l'expression n'est pas employée dans l'arrêt.

Même si la Cour de justice décide de consacrer un tel droit dans le domaine des médicaments, il convient de noter que ces marchés ne sont pas pleinement concurrentiels (réglementations nationales de réglementation des prix, autorisation de mise sur le marché octroyée pour chaque État membre ou pour l'ensemble de l'Union européenne). Ainsi, ce domaine spécifique de la libre circulation ne peut servir de modèle pour l'ensemble des marchés concurrentiels sur lesquels la libre circulation s'exerce en principe sans entrave¹⁹⁰⁴.

Selon Laurence BOY, « *le droit « à » l'accès (ou encore droit d'accès) à un marché* » constitue une « *colonisation (...) individuelle des libertés* »¹⁹⁰⁵. Comme on l'a vu, ce droit n'est reconnu en droit communautaire matériel qu'à l'égard des ressortissants d'États tiers liés à l'Union européenne par un accord d'association, mais sans que ces ressortissants ne puissent circuler d'un État membre à l'autre. Cela contredit la considération selon laquelle un « droit à » constitue nécessairement le développement d'une liberté.

En dehors de la libre circulation des travailleurs, le fait que l'expression n'est pas employée dans les arrêts de la Cour permet de s'interroger sur la pertinence de la consécration d'un droit d'accéder au marché en tant que résultante d'une liberté de circulation. En fait, la nécessité d'analyser l'entrave à l'accès au marché dans un contexte juridique et économique rendrait cette consécration superfétatoire.

B. La priorité accordée à la régulation dynamique de l'accès au marché

Au-delà des droits d'accès qui sont exigés pour l'accès à certains marchés anciennement monopolistiques¹⁹⁰⁶, la consécration d'un droit subjectif à l'accès au marché ne semble pas essentielle. En effet, consacrer un tel droit problématise d'un point de vue juridique les

¹⁹⁰³ ULLRICH H., « Elevating Intellectual Property Protection to Community Status – Marginalia on Judicial Policy and Legislative Logic », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D. (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Cahiers du Collège d'Europe n° 2, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, 2007, p. 203 (éd. 2005), sp. 208, notre traduction.

¹⁹⁰⁴ En revanche, l'accès à certains marchés nouvellement ouverts à la concurrence est également soumis à l'octroi d'un droit. V. *infra* Section 2, I, A, 2, à propos de l'accès au réseau de transports ferroviaires.

¹⁹⁰⁵ BOY L., « L'ordre concurrentiel, essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel. Mél. A. Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 23, sp. p. 31.

situations qui se présentent devant le juge de la libre circulation, alors que le principal enjeu consiste à déterminer si une réglementation nationale fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux (1). Il s'agit au contraire de déterminer l'effet d'une réglementation litigieuse, qui n'a pas explicitement pour objet de restreindre l'accès au marché des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation, sur les relations entre opérateurs économiques sur le marché. L'accès au marché doit être régulé de manière dynamique (2).

1. L'inutilité de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'accès au marché dans la qualification économique des restrictions à la libre circulation

La consécration d'un droit à l'accès au marché déplacerait l'attention du juge vers des considérations strictement juridiques, alors que l'analyse de l'effet d'une mesure nationale litigieuse sur l'échange est nécessaire.

À cet égard, la consécration d'un droit à l'accès au marché pourrait être considérée comme le reflet de la supposée « *égalité des conditions* » entre opérateurs économiques, qui est défendue notamment par l'avocat général TIZZANO au regard du critère de l'accès au marché¹⁹⁰⁷. Sous cet angle, le droit à l'accès au marché apparaîtrait non seulement comme la résultante des libertés consacrées dans le Traité, mais aussi comme un développement du postulat de l'égalité des conditions dans l'accès à une activité qui est, selon ce dernier, le fondement de la condamnation d'une mesure affectant l'accès au marché. Cependant, l'égalité des conditions entre opérateurs implantés dans des États membres différents est relative¹⁹⁰⁸. Si

¹⁹⁰⁶ Cette question est analysée *infra* sous Section 2. Par exemple, un « droit d'accès au marché » est reconnu aux entreprises pour ce qui concerne l'accès aux installations aéroportuaires, *in* concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour l'arrêt *Flughafen Hannover*, préc. note 1882, pt 31.

¹⁹⁰⁷ Concl. av. gén. A. TIZZANO présentées pour l'arrêt CJCE, 2.10.2004, *CaixaBank*, C-442-02, *Rec.*, p. I-8910, pt 66 : « Dès lors que le principe de non-discrimination est respecté – et qu'il existe partant une égalité des conditions en droit comme en fait en ce qui concerne l'accès à une activité économique et à son exercice –, une mesure nationale ne saurait être qualifiée de restriction à la liberté de circulation des personnes à moins qu'elle n'affecte directement par son objet ou par ses effets, l'accès au marché ».

¹⁹⁰⁸ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, B. Une réglementation d'un État d'importation peut représenter une contrainte plus grande pour un opérateur établi à l'étranger simplement parce que le droit applicable sur cet État est différent du droit applicable dans l'État d'exportation du produit, du service ou de l'activité en cause. L'application du droit du marché intérieur vise précisément à dépasser cette situation d'inégalité de fait en ouvrant les possibilités d'accéder à un marché national à partir d'un autre État membre.

un droit d'accéder au marché existe, les opérateurs économiques ne sont pas économiquement égaux dans les conditions de sa mise en œuvre¹⁹⁰⁹.

Au-delà de la réflexion menée quant à la nature fondamentale des libertés de circulations¹⁹¹⁰, les éléments précédents fondent la réticence de certains auteurs quant à la reconnaissance de « droits-libertés »¹⁹¹¹. À cet égard, Loïc AZOULAY note que « les libertés économiques individuelles (...) se superposent mais ne se substituent pas aux règles de construction du marché commun. Leur fonction n'est pas tant fondamentale ; elle est essentiellement instrumentale »¹⁹¹². Ainsi, il ne s'agit pas de remettre en question l'existence des libertés économiques que chaque opérateur économique peut mettre en œuvre. Toutefois, l'utilisation satisfaisante du critère de l'accès au marché révèle qu'il constitue un concept opératoire permettant de qualifier économiquement des réglementations litigieuses de restriction au sens du Traité. La consécration d'un droit à l'accès au marché serait alors inutile.

En effet, arguer d'un droit à l'accès au marché ne pourrait contrebalancer le principe selon lequel un État membre a la possibilité d'adopter des réglementations qui ne cloisonnent pas le marché national, même si ces réglementations affectent le commerce et, partant, les libertés des opérateurs économiques. La qualification de l'entrave au regard du traité ne dépend pas seulement de l'atteinte à l'usage individuel d'une liberté économique. À cet égard, l'avocat général TESAURO se montre hostile à l'idée selon laquelle l'article 28 du Traité protège seulement « le droit au libre exercice d'une activité commerciale »¹⁹¹³. Cette position a été relayée dans l'arrêt *Keck et Mithouard* au détour d'une formulation controversée mais qui, sous cet angle, nous semble justifiée¹⁹¹⁴.

¹⁹⁰⁹ CJCE, 14.5.1974, *J. Nold e.a. c. Commission*, 4-73, *Rec.*, p. 491, pt 10, 3^e al : « il n'est pas allégué que la requérante serait traitée différemment des autres entreprises qui, à défaut de remplir les exigences posées par la nouvelle réglementation ont, comme elle, perdu l'avantage de l'admission à l'achat direct auprès du producteur », alors que la requérante avançait qu'elle était placée dans une situation plus défavorable que les entreprises qui remplissaient les critères économiques pour s'approvisionner directement auprès de la structure nouvellement créée. V. aussi le pt 14, 4^e al. : « en ce qui concerne les garanties conférées à l'entreprise en particulier, on ne saurait en aucun cas étendre celles-ci à la protection de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique ».

¹⁹¹⁰ Cette question est abordée *infra* sous Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, I, B.

¹⁹¹¹ AZOULAI L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *Mél. A. Pirovano*, préc. note 1905, p. 277, sp. 285.

¹⁹¹² *Idem*, p. 285-286.

¹⁹¹³ Concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJCE, 15.12.1993, *R. Hünermund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, C-292/92, *Rec.*, p. I-6787, pt 27.

¹⁹¹⁴ CJCE, 24.11.1993, *Proc. pén. c. B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pt 14.

De plus, dans l'hypothèse où ce droit serait consacré, il conviendrait de se demander si un ressortissant d'un autre État membre, titulaire d'un droit d'accéder au marché, est davantage gêné que le titulaire national d'un même droit pour accéder au marché. Ainsi, cette question alourdit le raisonnement sans l'éclairer d'une manière satisfaisante d'un point de vue économique. Le jeu concurrentiel, dont la flexibilité doit être protégée, s'accommode mal de prérogatives figées. Si le marché constitue le lieu de la mise en œuvre des libertés économiques individuelles, il est aussi l'espace sur lequel de telles prérogatives sont limitées ou au contraire maximisées.

D'ailleurs, conférer un droit d'accéder au marché signifie que le droit d'exercer effectivement une activité est reconnu. Le droit de séjour d'un travailleur ressortissant d'un État tiers lié par un accord d'association avec la Communauté européenne est en effet considéré comme le « corollaire du droit d'accéder au marché du travail et d'exercer effectivement un emploi »¹⁹¹⁵. Ainsi, dans cette hypothèse, le droit d'accéder au marché du travail n'existe qu'en ce qu'il permet notamment de concurrencer effectivement les autres travailleurs sur le marché. L'intégration des questions de concurrence dans l'appréciation de l'existence d'une restriction rend donc superfétatoire la reconnaissance d'un droit d'accéder au marché. Une analyse correcte d'une restriction étatique à l'accès au marché implique au contraire d'accorder de l'attention à l'échange entre opérateurs économiques et, partant, de combiner une approche juridique et économique.

2. La mise en œuvre d'une régulation dynamique de l'accès au marché

La régulation dynamique de l'accès au marché en droit de la libre circulation s'inspire de la régulation du marché que l'on observe en droit de la concurrence. Or, le droit de la concurrence poursuit l'objectif de l'allocation efficace des ressources¹⁹¹⁶. Ainsi, l'accès des concurrents est promu seulement en tant que cet accès stimule la compétition entre les opérateurs. La consécration d'un droit d'accès au marché pour les concurrents¹⁹¹⁷, qui reviendrait à protéger ces derniers, serait contraire à l'évolution du droit de la concurrence qui accorde plus d'importance à l'efficacité de la concurrence qu'auparavant¹⁹¹⁸. Au contraire, le

¹⁹¹⁵ Arrêt *Cetinkaya*, préc. note 1897, pt 36.

¹⁹¹⁶ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction.

¹⁹¹⁷ Il est cependant possible de considérer que certains opérateurs délivrent un droit d'accéder au marché, notamment dans le domaine des franchises. V. arrêt *Pronuptia*, préc. note 1868, pt 15.

¹⁹¹⁸ V. Partie 1, Titre 2, Ch. 1.

droit de la libre circulation participe également de l'objectif d'allouer efficacement les ressources¹⁹¹⁹.

Ce qui compte est notamment de déterminer si la demande des consommateurs est orientée vers les produits nationaux, ou bien de savoir si une réglementation nationale protège le marché national en favorisant l'offre des producteurs nationaux. Il s'agit de sanctionner une limitation de l'accès au marché des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation en ce qu'une telle limitation est préjudiciable à l'efficacité économique. La qualification de l'accès au marché d'un opérateur économique de « droit-fonction »¹⁹²⁰ est alors pertinente : l'accès au marché constitue le pouvoir d'entrer sur le marché dans l'intérêt commun, c'est-à-dire d'une manière profitable pour celui qui accède et pour l'ensemble de l'économie. L'accès au marché est protégé dans sa fonction première, qui consiste à concurrencer les opérateurs établis dans l'objectif de tirer profit de l'amélioration de la concurrence sur le marché¹⁹²¹.

L'essentiel consiste alors à corriger la régulation de l'accès à l'échange à laquelle procèdent les États membres par le biais de l'adoption de réglementations¹⁹²². Sans toucher à la liberté dont dispose chaque opérateur économique d'accéder ou non au marché, l'analyse économique de l'échange est requise lorsqu'une réglementation n'a pas explicitement pour objet de restreindre le commerce au désavantage des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. L'incidence des considérations concurrentielles implique de délimiter le marché et d'évaluer comment la réglementation nationale fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux. Il semble primordial de « rapprocher » le juge de la libre circulation de considérations relatives à l'échange en tant que tel.

¹⁹¹⁹ V. not. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, conclusion.

¹⁹²⁰ Selon G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 6^e éd., 2004, il s'agit d'une « expression doctrinale désignant pour la personne qui en est titulaire, le pouvoir et le devoir de faire, d'exiger qqch. dans l'intérêt d'une autre personne (...) ou dans un intérêt commun ».

¹⁹²¹ Cette idée s'apparente aussi à la différence entre l'« électorat-droit » et l'« électorat-fonction » en droit constitutionnel. Le droit d'accès au marché est reconnu à tous en théorie, mais aux plus aptes en pratique.

¹⁹²² Sur la question de la régulation du marché national par les États membres, v. not. concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, préc. note 1891 : « les États membres sont tenus de prendre en compte les effets qu'auront les mesures qu'ils adoptent pour réguler leur marché national sur l'exercice par les prestataires établis dans d'autres États membres de leur droit à la libre prestation des services » (pt 56). « Une restriction aux libertés de circulation est constituée par toute politique nationale aboutissant à traiter les situations transnationales de manière moins favorables que les situations purement nationales. À cette réserve près, les États membres demeurent libres de réguler l'activité économique sur leur territoire, l'application des libertés de circulation n'ayant pas vocation à instaurer une harmonisation réglementaire » (pt 58).

Il ressort de ces développements que l'application du droit communautaire matériel donne l'occasion au juge de corriger la régulation de l'accès à l'échange à laquelle les entreprises et les États membres procèdent sur le marché. Cette régulation juridictionnelle tend à définir l'accès dans un contexte concurrentiel. Il n'est alors pas surprenant d'observer la même préoccupation en ce qui concerne la régulation de l'accès aux marchés publics ou nouvellement ouverts à la concurrence.

Section 2 : L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché public ou anciennement monopolisé

L'accomplissement du marché intérieur appelle non seulement une libéralisation progressive des anciens secteurs monopolisés par l'État ou ses établissements publics, mais aussi le développement de la concurrence dans le secteur des marchés publics. Il convient d'évaluer comment la concurrence instaurée sur ces marchés influe sur la définition de l'accès à l'échange.

La libéralisation des anciens secteurs monopolistiques nécessite au préalable une régulation étatique ou infra-étatique. Il revient ainsi à l'État d'organiser l'accès à ces marchés, mais le maintien d'une certaine marge de manœuvre étatique est encadré par le droit communautaire. Comme l'explique l'avocat général MADURO, la libéralisation d'un marché doit en principe amener l'État à limiter son intervention sur celui-ci¹⁹²³. Il est cependant évident que la régulation d'un marché libéralisé ne disparaît pas¹⁹²⁴. D'ailleurs, une logique de dérégulation totale n'est pas la meilleure marche à suivre, comme en témoignent la déréglementation du secteur aérien aux États-Unis en 1978 et celle des transports ferroviaires au Royaume-Uni¹⁹²⁵. Un marché libéralisé appelle encore une forme de régulation, spécialement lorsque l'implantation d'un nouvel opérateur nécessite de lourds investissements. Il s'agit alors de

¹⁹²³ Concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt CJCE, 28.9.2006, *Commission c. Pays-Bas*, C-282/04 et C-283/04, *Rec.*, p. I-9141, pt 29 : « [d]ans le cas de la privatisation d'anciennes entreprises publiques, [les limites imposées à l'État lorsque celui-ci agit en tant qu'opérateur du marché sont] particulièrement importante[s]. Le traité autorise les États membres à maintenir la propriété publique de certaines entreprises. Cependant, il ne leur permet pas de limiter de manière sélective l'accès des opérateurs du marché à certains secteurs économiques une fois que ces secteurs ont été privatisés. Le fait d'autoriser l'État à maintenir certaines formes spéciales de contrôle du marché pour des entreprises privatisées pourrait facilement faire échec à l'application des règles relatives à la libre circulation en permettant seulement un accès sélectif et potentiellement discriminatoire à des parties substantielles du marché national ».

¹⁹²⁴ V, pour ce qui concerne la libre circulation en général, concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, préc. note 1891, pt 58 (reproduit note 1922).

trouver un juste milieu entre l'accès restreint à un opérateur monopolistique, qui signifie un encadrement réglementaire maximal de l'accès, et l'accès libéralisé, qui nécessite une régulation neutre de l'accès.

Or, les marchés anciennement monopolisés se caractérisent par l'ouverture à la concurrence des réseaux que ces marchés sous-tendent. Il s'agit en particulier des réseaux de télécommunications, de transports, énergétiques et postaux¹⁹²⁶. Les directives et règlements fixant les modalités de mise en œuvre de la libéralisation ont ainsi pour objet de réguler l'accès à ces réseaux, au moyen notamment de la mise en place de droits ou de redevances d'accès. Or, à l'image de ce qui a été précédemment observé en droit de la concurrence, ces éléments conditionnent l'accès à un réseau, qui est lui-même relié au marché aval. Dès lors, les textes de régulation facilitent l'accès en amont, afin de poser les bases d'une concurrence sur le marché aval. Toutefois, le développement de la concurrence ne se fait pas seulement par l'utilisation partagée du réseau historique. En effet, certains marchés se prêtent au développement de la concurrence en amont, à travers la création par les entreprises, voire même par les collectivités publiques, d'une « *infrastructure alternative* » à ce réseau¹⁹²⁷. Le marché devient alors pleinement concurrentiel, de sorte que l'accès à celui-ci est libre.

De leur côté, les marchés publics font l'objet d'une réglementation communautaire, qui touche également les secteurs en cours de libéralisation. La concurrence sur les marchés publics est instaurée d'une manière réglementaire, tandis qu'il revient aux pouvoirs adjudicateurs de respecter notamment les procédures de mise en concurrence. Ainsi, à la différence des marchés sur lesquels la concurrence a vocation à se développer principalement en aval des réseaux qui leur sont associés, la concurrence sur les marchés publics est encadrée en amont de la conclusion du contrat liant l'entreprise retenue et le pouvoir adjudicateur.

On peut alors se demander dans quelle mesure l'accès à l'ensemble de ces marchés est également entendu en fonction de considérations concurrentielles, fussent-elles imposées par les réglementations en amont de l'échange pour ce qui concerne les marchés publics, ou

¹⁹²⁵ Sur ces exemples, v. not. M. RAINELLI, « L'ordre concurrentiel : approche d'un économiste », in *Mél. A. Pirovano*, préc. note 1905, p. 13, sp 16. Sur la déréglementation, v. l'étude détaillée de J.-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, préc. note 1845, p. 275 et s.

¹⁹²⁶ Le domaine de l'eau ne fait pas l'objet d'une telle libéralisation mais est encadré par la directive n° 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JO L 134* du 30.4.2004, p. 1.

¹⁹²⁷ KOVAR J.-P., thèse préc. note 1925, p. 67 et s., principalement à propos du marché des télécommunications.

appelées à se développer en aval ou à côté du réseau pour ce qui concerne les marchés en cours de libéralisation.

Ainsi, l'incidence de la concurrence dans le contrôle juridictionnel de la régulation de l'accès à ces marchés se différencie suivant que l'accès est régulé (I) ou réglementé (II).

I. La régulation de l'accès à un marché nouvellement ouvert à la concurrence

La raison d'être de la régulation des marchés nouvellement ouverts à la concurrence est assez évidente. Sur ces marchés, la « *supervision continue des prix et conditions d'accès par les agences de régulation* », qui constitue une approche dirigiste du droit de la concurrence, s'explique par le caractère « *naturellement monopolistique* » des industries ou services en question¹⁹²⁸.

La régulation de l'accès par les agences compétentes est primordiale, dans la mesure où « *les gains attendus de la libéralisation [des monopoles naturels] en termes de marge managériale réduite, de baisse des coûts et des prix, ou de taux d'innovation plus élevés, etc., seraient menacés en l'absence d'un accès à l'infrastructure* »¹⁹²⁹ ou au réseau en cause. La régulation de l'accès aux marchés anciennement monopolistiques concrétise dès lors la suppression des monopoles publics en permettant l'accès des tiers à ces marchés¹⁹³⁰.

À première vue, la détermination des prix et des conditions d'accès se démarque de l'évolution du droit de la concurrence qui tend à développer une approche économique des comportements. Cependant, la régulation a vocation à diminuer une fois que le marché est devenu concurrentiel¹⁹³¹. Dès lors, on peut se demander comment les évolutions que l'on observe en droit de la concurrence quant à l'efficacité de l'accès au marché, transparaissent également dans le contrôle juridictionnel dont ces secteurs régulés font l'objet.

Or, plus l'accès à ces marchés se libéralise, plus l'entrée sur ces marchés est définie en fonction de considérations relatives à l'efficacité économique. Inversement, l'accès à des

¹⁹²⁸ Rapport EAGCP, préc. note 1858, p. 3.

¹⁹²⁹ *Idem*, p. 26.

¹⁹³⁰ Le principe de l'accès des tiers au réseau « est particulièrement adapté pour certains marchés modernes, organisés en réseau », selon F. BERROD, *in* « Monopoles publics et droit communautaire », Jurisclasseur Europe, Fasc. 1510, 2003, pt 82.

¹⁹³¹ Directive n° 2002/19/CE du Parlement et du Conseil du 7.3.2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, directive « accès », JO

marchés qui font encore l'objet d'une régulation élevée est entendu d'une manière assez éloignée de l'échange en tant que tel. Ainsi, le processus de libéralisation évolue d'une régulation juridique (A) à une régulation concurrentielle (B) de l'accès au marché.

A. La régulation juridique de l'accès au marché

La régulation juridique de l'accès aux marchés nouvellement ouverts à la concurrence comporte deux volets principaux. Il s'agit de promouvoir un accès équitable des tiers au réseau, c'est-à-dire un accès libre au marché (1). Cet objectif est relayé par la mise en place de droit et de redevances d'accès, qui caractérisent une approche statique et sélective de l'accès au marché (2).

1. La promotion d'un accès libre au marché

La promotion d'un accès libre au marché s'observe non seulement en matière de télécommunications, ainsi que dans le domaine de l'accès aux installations de transports d'énergie.

Le recours exercé par la France à l'encontre de la directive n° 88/301/CEE¹⁹³² montre assez tôt que le secteur anciennement monopolistique des télécommunications est « pionnier » en matière de développement de la concurrence. L'abolition des droits exclusifs sur le marché des terminaux de télécommunications répond en effet à l'objectif d'une mise en œuvre d'une concurrence libre et non faussée, dans la mesure où elle permet à d'autres opérateurs d'accéder à ces marchés afin d'exercer leur activité dans un contexte concurrentiel¹⁹³³. Ainsi, comme le remarque Laurence IDOT, « *le secteur des télécommunications (...) a servi de laboratoire* » et intègre progressivement les concepts du droit de la concurrence¹⁹³⁴. Or, l'évolution de la définition de l'accès aux marchés de télécommunications en témoigne.

L 108 du 24.4.2002, p. 7, considérant 13 : « l'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché ».

¹⁹³² Directive n° 88/301/CEE, 16.5.1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, JO L 131 du 27.5.1988, p. 73.

¹⁹³³ CJCE, 19.3.1991, *France c. Commission (concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications)*, C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 42 : Dès que le droit exclusif est aboli, « un opérateur économique doit pouvoir offrir lui-même les services de raccordement, d'entretien et de mise en service afin de pouvoir exercer son activité de commercialisation dans des conditions de concurrences non faussées ».

¹⁹³⁴ IDOT L., « Concurrence et libre circulation – Regards sur les derniers développements », *RAE*, 2005/3, p. 391, p. 408, en réf. aux *Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché pour les réseaux et services de communications électroniques*, JO C 65, 11.7.2002. V.

En effet, au-delà de l'abolition de certains droit exclusifs, la Commission contrôle aujourd'hui la régulation tarifaire des réseaux de télécommunication¹⁹³⁵, cette régulation ayant initialement pour objet de poser les bases minimales d'une concurrence sur le marché. Ainsi, l'administration communautaire « veille à ce que les concurrents des opérateurs nationaux puissent avoir accès aux infrastructures de ces derniers dans des conditions équitables et non discriminatoires, en particulier quant au prix »¹⁹³⁶. Ainsi, au seuil de la libéralisation de ce secteur, la protection de l'accès au marché est entendue d'une manière statique, puisque chaque concurrent doit pouvoir accéder d'une manière égale au marché. On peut estimer que la régulation de l'accès est maximale. Nous analyserons plus loin les évolutions que connaît ce secteur en termes de régulation concurrentielle de l'accès au marché.

L'accès aux marchés de l'énergie pose des questions parallèles¹⁹³⁷. Les premières directives relatives à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz naturel¹⁹³⁸ visent d'abord à ouvrir aux tiers l'accès aux réseaux d'infrastructures de transport d'énergie¹⁹³⁹. La directive n° 2003/54/CE va plus loin, en consacrant le principe du « libre accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution »¹⁹⁴⁰. L'ouverture de ces marchés est évidemment

aussi Commission, *L'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principe*, JO C 265 du 22.8.1998, p. 2.

¹⁹³⁵ Selon L. RICHER, « Droit d'accès et service public », préc. note 1846, p. 76, les « télécommunications [sont] devenues communications électroniques ». Le terme télécommunications est cependant préféré ici à l'expression plus restreinte de communications électroniques, dans la mesure où certaines télécommunications sont numériques et non plus électroniques.

¹⁹³⁶ Commission, XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence – 1997, SEC(98) 636 final, JO n° C 150 du 28.5.1999 p. 53, p. 42, pt 76. Ceci avait justifié l'intervention de la Commission à l'encontre de Deutsche Telekom qui avait pratiqué un niveau de prix « supérieur de 100 % à celui atteint sur des marchés concurrentiels comparables » (pt 77). La réduction des tarifs d'accès au réseau a entraîné la cessation des poursuites de la Commission. Sur cette affaire, v. not. C. PRIETO, comm. sous jugement *Der Grüne Punkt*, préc. note 1874, *Concurrences*, 2007, n° 3, p. 95.

¹⁹³⁷ Sur cette question, v. en particulier C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, sp. T. 2, p. 411 et s. où un chapitre est consacré à « l'accès des tiers aux réseaux ».

¹⁹³⁸ Directive n° 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19.12.1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO L 27 du 30.1.1997, p. 20, abrogée par la directive n° 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26.6.2003 (même intitulé), JO L 176 du 15.7.2003, p. 37, elle-même abrogée par la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13.7.2009 (même intitulé) ; règlement CE n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26.6.2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, JO L 176 du 15.7.2003, p. 1 ; directive n° 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22.6.1998, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JO L 204 du 21.7.1998, p. 1, abrogée par la directive n° 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26.6.2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JO L 176 du 15.7.2003, p. 57.

¹⁹³⁹ En ce sens, D. GÉRARDIN, « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau », *CDE*, 1999, p. 13, sp. 21.

¹⁹⁴⁰ CJCE, 22.5.2008, *Proc. de gestion de l'énergie Citiworks AG*, C-439/06, *Rec.*, p. I-3913, pt 44. V. aussi le pt 12 de l'arrêt qui rappelle que « l'article 20, §1, première phrase, prévoit que les gestionnaires de réseaux

progressive. Dans les premières phases de libéralisation, les réglementations pertinentes prévoyaient une ouverture restreinte des marchés aux clients éligibles¹⁹⁴¹. Depuis le 1^{er} juillet 2007, le marché est ouvert à tous les clients¹⁹⁴². En France notamment, la libéralisation totale des marchés de l'énergie n'empêche cependant pas les particuliers de revenir aux tarifs réglementés de l'opérateur historique¹⁹⁴³.

Sous l'égide de la directive n° 96/92/CE, un intéressant litige relatif au transport d'électricité permet de saisir la manière dont la concurrence se développe dans ce secteur. Il concerne l'accès prioritaire à une partie de la capacité de transport frontalier d'électricité aux Pays-Bas, confié à un opérateur néerlandais en raison d'engagements pris avant l'entrée en vigueur de cette directive¹⁹⁴⁴. Or, à l'image des obligations qui pèsent sur une entreprise en position dominante, le texte empêche le gestionnaire du réseau de procéder à une quelconque discrimination entre les utilisateurs du réseau en faveur de ses filiales ou des actionnaires¹⁹⁴⁵. Un accès privilégié accordé à un opérateur national qui n'a pas fait l'objet de la procédure dérogatoire prévue dans la directive est contraire à la raison d'être du bloc réglementaire relatif à la libéralisation du marché intérieur de l'électricité¹⁹⁴⁶. Ainsi, la Cour de justice sanctionne un accès trop restreint au marché du transport de l'électricité, contraire à la libéralisation progressive de l'accès à ces marchés.

d'approvisionnement énergétique « doivent permettre à tout un chacun d'accéder au réseau, sur la base de critères objectifs et sans discrimination » ».

¹⁹⁴¹ Concl. av. gén. C. STIX-HACKL présentées pour l'arrêt CJCE, 7.6.2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a. c. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht*, C-17/03, *Rec.*, p. I-4983, pt 41, sp. n.b.p. 19 : « selon l'article 19, §3, de la directive [96/92/CE], doivent faire partie de la catégorie des clients éligibles tous les consommateurs finaux consommant plus de 100 GWh par an ».

¹⁹⁴² Directive n° 2003/54/CE, préc. note 1938, art. 21 c).

¹⁹⁴³ D'après un industriel concurrent d'EDF, autoriser les particuliers à revenir aux tarifs réglementés « peut aider à libérer le marché (...) et permet (...) d'enrayer [la] peur [des consommateurs]. Les consommateurs peuvent s'ouvrir aux autres offres et comprennent qu'il est possible, voire souhaitable de rejoindre les nouveaux entrants », interview de C. BEIGBEDER, site Internet Euractiv, 5.6.2008, disponible sur : <http://www.euractiv.fr/energie/interview/nous-demandons-separation-patrimoniaire-totale-000870>.

¹⁹⁴⁴ Arrêt *Vereniging voor Energie*, préc. note 1941.

¹⁹⁴⁵ Directive n° 96/92/CE, préc. note 1938, art. 7, §5. L'arrêt *Vereniging voor Energie* pose aussi (pts 59 à 61 et 71) la question de savoir si l'art. 24 de la directive ne peut pas profiter au gestionnaire du réseau, dans la mesure où celui-ci prévoit que la Commission peut accorder un régime transitoire au-delà de l'entrée en vigueur de la directive, afin d'assurer la continuité de certains engagements accordés avant cette entrée en vigueur. La procédure prévue par cet article n'a cependant pas été respectée par les Pays-Bas.

¹⁹⁴⁶ Arrêt *Vereniging voor Energie*, préc. note 1941, pt 62 : « une interprétation différente risquerait de compromettre, en méconnaissance de l'objectif de la directive, le passage d'un marché de l'électricité monopolistique et cloisonné à un marché ouvert et concurrentiel. Par l'effet des mesures en cause, l'accès au marché de nouveaux opérateurs serait mis sérieusement en danger, voire empêché, et la position de l'ancien monopoliste néerlandais pourrait être protégée de la concurrence des autres opérateurs au-delà des possibilités que le législateur communautaire a prévues dans la directive pour concilier l'accomplissement du marché de l'électricité avec la sauvegarde des engagements conclus sous la législation précédente ». la procédure dérogatoire est prévue à l'art. 24 de la directive n° 96/92/CE.

La promotion de l'accès égal au marché revêt cependant une dimension particulière sur ces marchés. En effet, tant que le réseau n'est pas dupliqué (le réseau ne se prête pas nécessairement à une duplication), il s'avère nécessaire d'octroyer des droits d'accès. Ceux-ci viennent alors nuancer la liberté avec laquelle il est en théorie possible d'accéder au marché.

2. Les droits et redevances d'accès au marché, révélateur d'une approche statique et sélective de l'accès au marché

Plusieurs secteurs sont régulés en fonction de la reconnaissance d'un droit d'accès aux opérateurs concurrents de l'opérateur historique. Ce droit d'accès constitue « *une obligation pour le détenteur du réseau d'en permettre l'utilisation par des tiers à des conditions économiquement acceptables, lorsque l'entrée sur le marché n'est pratiquement possible que par l'intermédiaire de ce réseau* »¹⁹⁴⁷. Marie-Anne FRISON-ROCHE considère à cet égard que « *le droit d'accès est la clé des régulations* »¹⁹⁴⁸. Le droit d'accès apparaît d'abord comme un moyen juridique et financier d'encadrer l'accès au marché des nouveaux opérateurs. Il constitue ensuite le prélude à la régulation concurrentielle de l'accès au marché.

Les droits d'accès concernent les marchés de l'énergie¹⁹⁴⁹, ceux de l'assistance en escale¹⁹⁵⁰, ainsi que ceux des infrastructures ferroviaires¹⁹⁵¹. Les redevances d'accès sont aussi perçues pour ce qui concerne les installations aéroportuaires.

En matière d'électricité, l'ouverture de l'accès au marché qui est énoncée initialement dans la directive n° 96/92/CE ne signifie pas que tout opérateur a la possibilité d'entrer dans le réseau. La directive prévoit en effet, dans un chapitre relatif à l'« *organisation de l'accès au réseau* », la possibilité d'opter soit pour la procédure de l'accès négocié, soit pour celle de

¹⁹⁴⁷ RICHER L., « Droit d'accès et service public », préc. note 1846, p. 74.

¹⁹⁴⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole », *Lamy Concurrence*, août-oct. 2005, n° 4, p. 126, cité in L. RICHER, « Droit d'accès et service public », préc. note 1846, p. 74.

¹⁹⁴⁹ Directive n° 96/92/CE, préc. note 1938, art. 17 §4 ; directive n° 2003/54/CE, *idem*, art. 3, §8, pour ce qui concerne le marché intérieur de l'électricité. Pour ce qui concerne le gaz, v. en particulier directive n° 2003/55/CE, préc. note 1938, art. 19 §4, qui consacre un droit d'accès aux installations de stockage pour les clients éligibles. Un tel droit n'est pas explicitement reconnu pour ce qui concerne l'accès des tiers aux infrastructures de transport ou de distribution.

¹⁹⁵⁰ Concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour l'arrêt *Flughafen Hannover*, préc. note 1882, pt 31 : le 25^e considérant de la directive n° 96/67/CE, préc. note 1964, « souligne la nécessité de garantir « l'accès aux installations aéroportuaires [...] dans la mesure nécessaire à l'exercice de leurs droits ». Ces droits ne sauraient être que leur droit d'offrir leurs services (...). Lesdites entreprises ont donc un droit d'accès au marché qui (...) implique la nécessité d'un accès aux installations qui, quant à lui, est susceptible d'être soumis à rémunération, possibilité qui n'est pas mentionnée pour le droit d'accès au marché ».

¹⁹⁵¹ Directive n° 91/440/CEE du Conseil, du 29.7.1991, relative au développement de chemins de fer communautaires du Conseil, JO L 237 du 24.8.1991, p. 25, not. 9^e considérant et art. 10.

l'accès réglementé¹⁹⁵². Or, l'accès réglementé consiste à octroyer aux clients éligibles un droit d'accès, établi en fonction de considérations tarifaires. Dans le cas de l'accès négocié, le gestionnaire du réseau de transport ou de distribution concerné peut refuser l'entrée si le demandeur ne dispose pas de la capacité nécessaire¹⁹⁵³.

La directive n° 2003/54/CE abandonne cependant la possibilité de choisir entre l'accès négocié et l'accès réglementé, afin d'appliquer le principe du libre accès au marché¹⁹⁵⁴. Dans le domaine du gaz, la possibilité de choisir entre un accès réglementé et un accès négocié est maintenue dans la directive n° 2003/55/CE pour l'accès aux installations de stockage¹⁹⁵⁵. En revanche, la possibilité de refuser l'accès pour des raisons de capacité existe encore dans les deux secteurs¹⁹⁵⁶. Au-delà de cette possibilité, les textes ne prévoient plus de régime transitoire¹⁹⁵⁷, même si l'octroi de dérogations est encore possible¹⁹⁵⁸.

Dans le cadre de ces dérogations, les États membres peuvent notamment décider de restreindre le droit d'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution afin de garantir la fourniture d'un service public d'électricité¹⁹⁵⁹. La possibilité de limiter l'accès des tiers à ces réseaux de distribution est cependant appréciée de manière restrictive¹⁹⁶⁰. L'arrêt *Citiworks*, qui concerne un réseau de distribution en électricité exploité par un aéroport qui avait bénéficié d'une dispense d'ouverture de l'accès, peut être cité en exemple. L'entreprise *Citiworks* aurait souhaité en assurer la fourniture. La CJCE condamne la disposition

¹⁹⁵² Directive n° 96/92/CE, préc. note 1938, art. 17.

¹⁹⁵³ V. not. l'arrêt *Vereniging voor Energie*, préc. note 1941, pt 66, en réf. à l'art. 17, §5 de la directive n° 96/92/CE. L'article 18 prévoit aussi l'option de l'acheteur unique, qui s'approche de la procédure de l'accès négocié. En effet, l'article 18, iv, prévoit que « les producteurs indépendants négocient l'accès au réseau avec les opérateurs des réseaux de transport et de distribution en vue de conclure des contrats de fourniture avec des clients éligibles en dehors du réseau, sur la base d'un accord commercial volontaire ».

¹⁹⁵⁴ Arrêt *Citiworks*, préc. note 1940, pt 41. L'abandon du système de l'accès négocié se justifie « afin d'ajouter davantage d'ouverture dans le marché intérieur de l'électricité ».

¹⁹⁵⁵ Directive n° 2003/55/CE, préc. note 1938, art. 19.

¹⁹⁵⁶ Directives n° 2003/54/CE et 2003/55/CE, préc. note 1938, respectivement art. 20, §2 et art. 21. La Cour de justice rappelle dans l'arrêt *Citiworks*, *idem*, pt 57, que le refus doit être motivé et justifié : « cette possibilité de refuser l'accès au réseau s'apprécie cependant au cas par cas et n'autorise pas les États membres à prévoir ces dérogations de manière générale sans appréciation concrète, pour chaque gestionnaire, de l'incapacité technique du réseau à satisfaire à la demande d'accès émanant de tiers ».

¹⁹⁵⁷ En ce sens, v. J.-P. TRAN THIET, note sous arrêt *Vereniging voor Energie*, arrêt préc. note 1941, *Concurrences*, 2005, n°3, p. 129, sp. p. 130..

¹⁹⁵⁸ Directives n° 2003/54/CE et 2003/55/CE, préc. note 1938, respectivement art. 26 et 27.

¹⁹⁵⁹ *Idem*, art. 3, §8, expliqué in arrêt *Citiworks*, préc. note 1940, pts 60 et 61.

¹⁹⁶⁰ Arrêt *Citiworks*, préc. note 1940. Le point 48 rappelle le critère permettant d'établir la distinction entre un réseau de transport et de distribution, à savoir le niveau de tension électrique transportée. En ce sens, v. L. IDOT, note sous l'arrêt *Citiworks*, *Europe*, 7.2008, comm. 232, p. 13-14.

réglementaire allemande litigieuse, ce qui rend effectif le principe du libre accès des tiers à ces réseaux¹⁹⁶¹.

La Cour de justice garantit dès lors un accès effectif des tiers aux réseaux d'approvisionnement énergétique et pose les bases qui permettront une intensification progressive de la concurrence. Il n'est cependant pas encore question de préserver une concurrence efficace sur le marché. L'accès reste sélectif.

S'agissant deuxièmement des infrastructures de transport dans la Communauté, la régulation de l'accès à ces installations révèle aussi une approche statique de l'accès à ces marchés. Cela se vérifie aussi bien en matière de voies ferrées que d'aéroports.

On peut d'abord s'intéresser au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté. Des redevances discriminatoires d'accès aux installations aéroportuaires parisiennes pour y exercer des activités d'assistance en escale ont été condamnées en application de l'article 82 TCE, en ce que ces redevances facilitent de manière abusive l'accès de certains prestataires au marché des services d'assistance aux tiers¹⁹⁶². La Cour de justice veille à garantir des conditions équitables dans l'accès au marché en cause, sans avoir besoin de caractériser l'incidence de ces redevances sur l'échange en tant que tel.

Ensuite, le contrôle exercé sur les redevances d'accès aux installations aéroportuaires révèle « *la nécessaire articulation entre régulation sectorielle spécifique et droit de la concurrence* »¹⁹⁶³. Toutefois, pour ce qui concerne les aéroports, l'identification d'une discrimination permet au juge de maintenir une distance vis-à-vis de l'échange en cause. L'accès est alors entendu d'une manière statique. La distinction à opérer entre une redevance d'accès au marché et une redevance d'accès aux infrastructures aéroportuaires ne nécessite pas non plus d'envisager en détail l'impact de ces redevances sur l'échange. Le principe du libre accès au marché de l'assistance en escale, consacré par la directive n° 96/67/CE¹⁹⁶⁴,

¹⁹⁶¹ Arrêt *Citiworks*, préc. note 1940, pt 65 ; le motif de la réglementation allemande était que les tiers « sont installés dans une zone d'exploitation présentant une unité fonctionnelle et qu'ils sont principalement affectés au transport d'énergie à l'intérieur de l'entreprise et vers des entreprises liées ».

¹⁹⁶² CJCE, 24.10.2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, C-82/01 P, *Rec.*, p. I-9297, pt 116.

¹⁹⁶³ IDOT L., note sous jugement *DT* et arrêt *Arcor*, préc. note 2003, sp. 27.

¹⁹⁶⁴ Directive n° 96/67/CE du Conseil, du 15.10.1996, relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté, *JO L 272* du 25.10.1996, p. 36.

« s'oppose à ce qu'une entité gestionnaire d'un aéroport subordonne l'accès au marché de l'assistance en escale dans l'aéroport au versement, par le prestataire de services d'assistance en escale ou l'utilisateur pratiquant l'auto-assistance d'une redevance d'accès, qui constitue la contrepartie de l'octroi d'une possibilité de profit et qui s'ajoute à la redevance que ledit prestataire ou usager verse pour la mise à disposition d'installations aéroportuaires »¹⁹⁶⁵.

Il est donc contraire au principe du libre accès à ce marché de soumettre l'accès au versement d'une redevance qui s'ajoute à la redevance qui peut être imposée en contrepartie de l'utilisation des installations¹⁹⁶⁶. Cette question peut donc être résolue indépendamment de la concurrence qui s'exerce entre les compagnies aériennes qui pratiquent l'auto-assistance et les prestataires de services chargés d'une telle assistance¹⁹⁶⁷.

S'agissant en outre des transports ferroviaires, leur libéralisation a fait l'objet de la directive n° 91/440/CEE¹⁹⁶⁸, l'accès à ces marchés étant entendu de prime abord de manière statique. Toutefois, les récents textes qui ont été adoptés témoignent d'une approche plus dynamique de l'accès au marché. La jurisprudence relaie également l'intensification de la concurrence sur ces marchés.

Le neuvième considérant de la directive n° 91/440/CEE établit que les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires établies dans des États membres différents « *se voient accorder des droits d'accès et de transit en ce qui concerne l'infrastructure [nationale]* »¹⁹⁶⁹. Cela implique que le gestionnaire de l'infrastructure mette en place « *une redevance d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire dont il assure la gestion à payer par les entreprises ferroviaires et les regroupements internationaux qui empruntent cette*

¹⁹⁶⁵ Arrêt *Flughafen Hannover*, préc. note 1882, pt 60. Dans le même sens, v. concl. av. gén. J. MISCHO présentées pour cet arrêt, pt 25. En l'espèce, le montant de la rémunération n'est donc pas fondé sur des critères pertinents.

¹⁹⁶⁶ De même, une entité gestionnaire d'un aéroport peut « percevoir une redevance d'utilisation des installations aéroportuaires dont le montant (...) tient compte de l'intérêt de cette entité à réaliser un bénéfice », *idem*, pt 62.

¹⁹⁶⁷ Cette appréciation a été confirmée in CJCE, 5.7.2007, *Deutsche Lufthansa AG c. ANA – Aeroportos de Portugal SA*, C-181/06, *Rec.*, p. I-5903, comm. par L. IDOT in *Europe*, 10.2007, comm. 276, p 35.

¹⁹⁶⁸ Directive n° 91/440/CEE, préc. note 1951. La directive prévoit non seulement l'indépendance de gestion et l'équilibre financier des entreprises ferroviaires (art. 4, 5 et 9 de la directive) mais également la séparation comptable de l'exploitation des services de transport et de la gestion de l'infrastructure ferroviaire (art. 6 de la directive). La directive n° 2007/58/CE, citée infra note 1973, modifie la directive n° 91/440/CE.

¹⁹⁶⁹ V. aussi l'article 10 : « 1. Les regroupements internationaux se voient reconnaître des droits d'accès et de transit dans les États membres où sont établies les entreprises ferroviaires qui les constituent, ainsi que des droits de transit dans les autres États membres pour les prestations des services de transport internationaux entre les États membres où sont établies les entreprises constituant lesdits regroupements ». L'article 2, §2, prévoit que la directive ne s'applique pas aux entreprises ferroviaires dont l'activité est limitée à l'exploitation des transports locaux.

infrastructure »¹⁹⁷⁰. Si la directive « vise (...) à promouvoir la liberté de prestation des services dans le secteur ferroviaire »¹⁹⁷¹, cette mesure est jugée trop « timide » par la doctrine¹⁹⁷². La directive n° 2007/58/CE va plus loin ; son application permet d'accorder aux entreprises ferroviaires, au plus tard le 1^{er} janvier 2010, un droit d'accès à l'infrastructure de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs¹⁹⁷³. Ce droit peut cependant être limité¹⁹⁷⁴. En outre, la directive s'intéresse à la rentabilité de cet accès, de sorte que ce texte de droit dérivé vise à permettre un accès efficace au marché des transports internationaux de voyageurs¹⁹⁷⁵. L'intensification de la concurrence sur ce secteur conduit donc à une évolution de la définition de l'accès à ces marchés. Cependant, il serait déplacé de qualifier la concurrence sur ces marchés de concurrence efficace. À cet égard, le règlement n° 1370/2007/CE relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route¹⁹⁷⁶, qui « a un objet limité au financement des

¹⁹⁷⁰ *Idem*, art. 8.

¹⁹⁷¹ TPI, 22.10.1996, *Société nationale des chemins de fer français et British Railways Board c. Commission*, T-79 et T-80/95, *Rec.*, p. II-1491, pt 12.

¹⁹⁷² GÉRADIN D., « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », préc. note 1939, sp. 24. La Commission en prend acte en 1998 in Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre et les effets de la directive n° 91/440/CEE relative au développement de chemins de fer communautaires et sur les droits d'accès pour le transport ferroviaire de marchandises, COM (1998) 202 final. V. aussi Commission, *Livre blanc – La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix*, COM (2001) 370 final, 12.9.2001.

¹⁹⁷³ Directive n° 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23.10.2007 modifiant la directive n° 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive n° 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, *JO* L 315 du 3.12.2007, p. 44. Les autres directives pertinentes dans le domaine ferroviaire sont mentionnées au 6^e considérant de la directive n° 2007/58/CE.

¹⁹⁷⁴ *Idem*, considérant 10 : « L'ouverture à la concurrence pour les services internationaux de transport de voyageurs, qui inclut le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet d'un service international, y compris dans des gares situées dans un même État membre, peut avoir des incidences sur l'organisation et le financement des services de transport de voyageurs par rail fournis en vertu d'un contrat de service public. Les États membres devraient avoir la possibilité de limiter le droit d'accès au marché lorsque ledit droit compromettrait l'équilibre économique de ces contrats de service public et lorsque l'organisme de contrôle visé à l'article 30 de la directive n° 2001/14/CE donne son accord sur la base d'une analyse économique objective, après une demande des autorités compétentes qui ont attribué le contrat de service public ».

¹⁹⁷⁵ *Idem*, considérant 7 : « Le nombre de services ferroviaires sans arrêts intermédiaires est très limité. Pour les trajets qui comportent des arrêts intermédiaires, il est indispensable d'autoriser les nouveaux entrants sur le marché à prendre et à déposer des voyageurs en cours de route afin de garantir que ces opérations aient une chance réelle d'être économiquement rentables et d'éviter d'infliger un désavantage aux concurrents potentiels par rapport aux opérateurs existants, qui ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs en cours de route ».

¹⁹⁷⁶ Règlement n° 1370/2007/CE relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements n° 1191/69/CEE et 1107/70/CEE du Conseil, 23.10.2007, *JO*, n° L 315, 3.12.2007, p. 1. Le présent règlement définit les conditions dans lesquelles les autorités compétentes, lorsqu'elles imposent des obligations de service public ou qu'elles en confient l'exécution à une entreprise, octroient une compensation aux opérateurs de service public en contrepartie des coûts supportés et/ou leur accordent des droits exclusifs en contrepartie de l'exécution d'obligations de service public

obligations de service public dans [ce] secteur »¹⁹⁷⁷, fixe les conditions permettant la mise en œuvre d'une « concurrence régulée »¹⁹⁷⁸ dans ce domaine. Le règlement impose une procédure de « mise en concurrence équitable »¹⁹⁷⁹ pour la signature d'un contrat de service public¹⁹⁸⁰, lorsqu'une autorité compétente « décide d'octroyer à l'opérateur de son choix un droit exclusif et/ou une compensation, quelle qu'en soit la nature, en contrepartie de la réalisation d'obligations de service public »¹⁹⁸¹. Or, même si la concurrence sur ces marchés est retenue, la jurisprudence relative aux transports ferroviaires montre que les préoccupations qui concernent l'accessibilité des marchés en cause aux concurrents sont prégnantes.

En pratique, deux litiges seulement ont concerné l'obtention de sillons horaires, délivrés par la société gérant l'infrastructure ferroviaire aux entreprises de transport de passagers ou de marchandises¹⁹⁸². Ces sillons sont assimilables à des droits d'accès au marché.

Dans le jugement *European Night Services*, le Tribunal a notamment répondu à la question de savoir si la Commission pouvait raisonnablement imposer aux « parties notifiantes » la condition selon laquelle les sillons horaires, les locomotives et leur équipage doivent être fournis aux tiers aux mêmes conditions qu'à ENS, cette condition étant imposée en application de l'article 81 §3 TCE afin d'éviter que les restrictions de concurrence excèdent ce qui est indispensable¹⁹⁸³. Or, afin de juger que l'imposition de cette condition n'était pas

¹⁹⁷⁷ SOUSSE M., « Le règlement (CE) n° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route », *Europe*, 6.2008, étude n° 6, p. 4. Sur ce règlement, v. aussi L. GRARD, « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », *Revue du droit des transports*, 3.2008, comm. 26.

¹⁹⁷⁸ Règlement n° 1370/2007/CE, préc. note 1976, considérants 4, 7, 32. Selon M. SOUSSE, art. cité note précédente, p. 5, cette expression « apparaît comme une concurrence raisonnée, permettant de soumettre les contrats de service public aux règles communautaires de mise en concurrence, mais laissant une large place à la protection du service public ». Selon F. BERROD, « Contrats et obligations de service public dans la politique des transports : laboratoire d'une politique européenne des services publics », in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, ECKERT G., GAUTIER Y., KOVAR R., RITLÉNG D., Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, p. 395, sp. 401, la concurrence régulée « [renvoie] à l'attribution, par l'autorité compétente, de droits exclusifs selon une procédure transparente, reposant sur l'appel d'offres ouvert », en réf. à la deuxième proposition de ce règlement par la Commission (COM(2005) 319 final).

¹⁹⁷⁹ Règlement n° 1370/2007/CE, préc. note 1976, sp. considérants 15 et 18, art. 4, §4 et art. 5, §2, c).

¹⁹⁸⁰ Sur l'utilisation du contrat de service public dans ce domaine, v. M. SOUSSE, art. cité note 1977, sp. p. 5 et F. BERROD, « Contrats et obligations de service public dans la politique des transports... », préc. note 1978.

¹⁹⁸¹ Règlement n° 1370/2007/CE, préc. note 1976, art. 3, §1.

¹⁹⁸² Cela constitue un indice de la faible ouverture de ces marchés à la concurrence. Il s'agit de l'arrêt *SNCF et BRB*, préc. note 1971 et du jugement TPI, 15.9.1998, *European Night Services Ltd e.a. c. Commission* (ci-après *ENS*), T-374, T-375, T-384 et T-388/94, *Rec.*, p. II-314, analysés *infra*.

¹⁹⁸³ Jugement *ENS*, cité note précédente, pts 205 et 206. Cette partie du jugement est cependant d'un intérêt pratique limité puisque le Tribunal estime en amont que la Commission n'a pas correctement identifié la restriction à la concurrence dans la décision litigieuse. Les sillons horaires, les locomotives et les équipages de locomotives spécialisées dans le passage du tunnel sous la Manche ne sont pas considérés comme une infrastructure essentielle (pts 215, 217, et 221). Les contrats de fourniture des locomotives conclues entre les

nécessaire, le Tribunal estime que des concurrents pouvaient accéder effectivement au marché en achetant ou en louant des locomotives¹⁹⁸⁴. L'accessibilité du marché est ainsi un aspect décisif du jugement, mais l'accès n'est pas défini en termes d'efficacité économique.

D'intéressantes questions relatives à l'effectivité de l'accès au marché se sont également posées lors de la mise en cause de la SNCF et de British Railways (ci-après BR), à propos d'une convention par laquelle ces entreprises de chemins de fer s'étaient partagé avec Eurotunnel la capacité du tunnel sous la Manche. En l'espèce, le partage de la totalité des sillons horaires disponibles entre ces trois sociétés empêche d'autres entreprises ferroviaires de leur livrer concurrence¹⁹⁸⁵. Afin d'exempter la convention, la Commission impose notamment aux sociétés poursuivies de laisser au moins 25 % de la capacité horaire du tunnel aux entreprises ferroviaires exploitant des trains internationaux de voyageurs ou de marchandises jusqu'au 31 décembre 2006¹⁹⁸⁶. Les entreprises concernées arguent cependant que la convention signée entre les parties n'implique pas que la totalité des trains internationaux soient exploités par BR et la SNCF. Eurotunnel garde en effet la possibilité de délivrer des sillons horaires à d'autres sociétés afin que celles-ci exploitent leurs trains internationaux¹⁹⁸⁷. La possibilité qu'Eurotunnel laisse d'autres entreprises ferroviaires de transports internationaux de voyageurs ou de marchandises accéder au marché remet alors en cause l'existence même des effets anticoncurrentiels de la convention litigieuse¹⁹⁸⁸. Les concurrents peuvent avoir un accès effectif au marché.

Ces droits d'accès tempèrent donc le sens que l'on pourrait accorder à la libéralisation de ces marchés : l'accès est évidemment limité aux opérateurs jouissant des capacités économiques suffisantes. Le gestionnaire du réseau peut aussi démontrer que la capacité limitée de ce dernier s'oppose à l'entrée d'un nouveau concurrent¹⁹⁸⁹. Cependant, la possibilité que l'accès

entreprises notifiantes (plusieurs entreprises européennes de chemin de fer) et ENS ne contiennent pas d'exclusivité en faveur d'ENS (pt 215). Il était alors possible d'accéder au marché par d'autres moyens (pts 216).
¹⁹⁸⁴ *Idem*, pt 215 où le Tribunal conteste l'appréciation de la Commission selon laquelle les locomotives en question étaient indispensables pour accéder au marché : « toute entreprise souhaitant exploiter les mêmes services ferroviaires qu'ENS en empruntant le tunnel sous la Manche peut librement acheter ou louer les locomotives en question sur le marché ».

¹⁹⁸⁵ Arrêt *SNCF et BRB*, préc. note 1971, pt 18.

¹⁹⁸⁶ *Idem*, pt 20 c).

¹⁹⁸⁷ *Idem*, pt 54.

¹⁹⁸⁸ *Idem*, pt 60. Le Tribunal s'assure que l'accès des entreprises tierces au marché soit « une opportunité réaliste », au pt 61. La décision de la Commission est dès lors annulée, le Tribunal s'assurant que les entreprises tierces puissent effectivement accéder au marché.

¹⁹⁸⁹ Directive n° 2003/54/CE, préc. note 1938, art. 20, §2. V. aussi directive n° 2003/55/CE, art. 20, §2, a, pour ce qui concerne l'accès aux réseaux en amont et art. 21. La directive n° 2007/58/CE, préc. note 1973, considérant

soit refusé n'empêche pas que l'objectif de garantir un accès effectif au marché soit poursuivi¹⁹⁹⁰, ni que l'objectif d'assurer un accès efficace au marché le soit implicitement¹⁹⁹¹. Ces marchés sont donc fortement empreints d'une régulation juridique de l'accès, qui évolue vers une régulation concurrentielle de celui-ci.

B. La régulation concurrentielle de l'accès au marché

La régulation concurrentielle de l'accès au marché comporte deux aspects principaux. Du côté de l'offre, il s'agit de permettre à des opérateurs efficaces d'accéder au marché, de sorte que le refus d'accès ou l'adoption de tarifs litigieux tendent à dépendre de l'atteinte portée à une concurrence efficace (1). Du côté de la demande, il s'agit de veiller à ce que les consommateurs, utilisateurs ou usagers profitent de l'amélioration de la concurrence sur le marché (2).

1. La promotion d'un accès efficace au marché

Le secteur de télécommunications fait aujourd'hui l'objet d'une régulation concurrentielle de l'accès, à l'image des marchés pleinement concurrentiels. À certains égards, le secteur des services postaux se rapproche de cette nouvelle forme de régulation, qui laisse une place plus grande à l'application du droit de la concurrence.

En matière postale, premièrement, il reste possible de réserver à l'opérateur historique certaines activités afin de ne pas compromettre l'accomplissement du service postal universel. Toutefois, la concurrence est amenée également à se développer au sein même du domaine traditionnellement réservé à l'opérateur monopolistique.

Par exemple, le courrier transfrontière ne peut être maintenu dans le domaine réservé à l'opérateur historique qu'à la condition que cela soit nécessaire au maintien du service universel¹⁹⁹². Dans l'arrêt *International Mail Spain*, l'encadrement de « la marge de

10, prévoit aussi la possibilité de limiter le droit d'accès au marché pour les transports internationaux de voyageurs.

¹⁹⁹⁰ Directive n° 2003/54/CE et directive n° 2003/55/CE, préc. note 1938, respectivement 17^e et 15^e considérants.

¹⁹⁹¹ Directive n° 2007/58/CE, préc. note 1973, considérant 7.

¹⁹⁹² Directive n° 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15.12.1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JO L 15 du 21.1.1998, p. 14, art. 7, §2. Cette directive a été modifiée par la directive n° 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10.6.2002, modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, JO L 176, p. 21.

liberté »¹⁹⁹³ laissée aux États membres dans la mise en œuvre des directives pertinentes est emblématique du développement progressif de la concurrence dans ce domaine. En l'espèce, la CJCE applique aux directives communautaires de libéralisation des services postaux les éléments d'interprétation du droit primaire qui figurent dans l'arrêt *Corbeau*¹⁹⁹⁴. Le courrier transfrontalier peut être réservé au prestataire du service postal universel seulement dans la mesure où les États membres établissent, soit « *que, à défaut d'une telle réserve, il serait fait échec à l'accomplissement de ce service* », soit « *que cette réserve est nécessaire pour que ce service puisse être accompli dans des conditions économiquement acceptables* »¹⁹⁹⁵. Même si la Cour de justice « *ouvre (...) le champ des justifications* »¹⁹⁹⁶, une dérogation à une ouverture entière des services postaux à la concurrence ne peut être « *justifiée par de simples considérations d'opportunités* »¹⁹⁹⁷. In fine, cet arrêt semble assez favorable aux opérateurs économiques qui sont à même d'accéder à ces marchés, dans la mesure où il revient aux États membres de prouver que le maintien d'un segment du marché dans le giron du prestataire de service universel est dûment justifié par des conditions de nécessité ou d'équilibre financier¹⁹⁹⁸. Ainsi, certaines parties du marché initialement réservées au prestataire de service universel peuvent être soumises à la concurrence.

De plus, la CJCE délimite restrictivement le domaine réservé au prestataire universel¹⁹⁹⁹. Cela ressort notamment d'un arrêt mettant en cause Deutsche Post : celle-ci refusait d'accorder les tarifs spéciaux, habituellement consentis à des clients professionnels pour le dépôt de quantités minimales d'envois pré-triés à des points déterminés du réseau postal, aux

¹⁹⁹³ CJCE, 15.11.2007, *International Mail Spain Sl c. Administración del Estado et Correos*, C-162/06, *Rec.*, p. I-9911, pt 46.

¹⁹⁹⁴ *Idem*, pt 34, en réf. à l'arrêt CJCE, 19.5.1993, *Corbeau*, C-320/91, *Rec.*, p. I-2533, pts 14 à 16. Cet arrêt permet aux États membres de conférer à un prestataire de service postal universel, en tant qu'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général, des droits exclusifs susceptibles de restreindre, voire d'exclure la concurrence, à la double condition que l'octroi de droits exclusifs soit nécessaire pour permettre au prestataire d'accomplir sa mission d'intérêt général et de bénéficier de conditions économiquement acceptables.

¹⁹⁹⁵ *Idem*, pt 50.

¹⁹⁹⁶ RODRIGUES S., comm. sous l'arrêt *International Mail Spain*, *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 196, sp. 197.

¹⁹⁹⁷ Arrêt *International Mail Spain*, préc. note 1993, pt 42.

¹⁹⁹⁸ En ce sens, v. S. RODRIGUES, comm. préc. note 1996, p. 197, qui fait référence au fait que le courrier transfrontière et le publipostage sont encore réservés à La Poste en France.

¹⁹⁹⁹ CJCE, 18.12.2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*, C-220/06, *Rec.*, p. I-12175, pt 67. Les États membres n'ont pas la possibilité d'élargir le domaine réservé à leur gré. La directive n° 92/50/CE du Conseil du 18.6.1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service (*JO L 209* du 24.7.1992, p. 1 ; directive modifiée notamment par la directive n° 2001/78/CE de la Commission du 13.9.2001, *JO L 285* du 29.10.2001, p. 1, puis par la directive n° 2004/18/CE, citée note 2040), interdit de confier à une société anonyme publique dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics la prestation de services postaux non réservés si les seuils

professionnels intermédiaires regroupant les envois de plusieurs expéditeurs. La Cour de justice décide de ne faire « [commencer] la chaîne d'acheminement susceptible d'être réservée au prestataire du service postal universel (...) qu'avec la levée »²⁰⁰⁰. Concrètement, le monopole se limite aux prestations effectuées à partir des centres postaux, qui constituent des points d'accès au sens de la directive n° 97/67/CE²⁰⁰¹. Ainsi, les prestations intermédiaires peuvent être effectuées par d'autres opérateurs qui peuvent alors bénéficier également des tarifs spéciaux consentis aux professionnels qui acheminent eux-mêmes leurs plis jusque dans ces centres²⁰⁰². Cet arrêt permet ainsi aux opérateurs économiques de concurrencer l'opérateur historique sur le marché amont de l'acheminement des plis professionnels, ce qui ouvre d'intéressantes opportunités pour les entrants potentiels. La Cour contrôle ainsi explicitement la régulation de l'accès à ces marchés anciennement monopolistiques à laquelle procèdent les autorités nationales compétentes. La concurrence est donc amenée à se développer dans ce secteur.

Le développement de la concurrence des secteurs postaux fera également évoluer la définition de l'accès à ces réseaux, de sorte qu'ils seront vraisemblablement régulés de manière progressive en fonction de la promotion d'un accès efficace au marché.

Deuxièmement, la libéralisation accomplie du secteur des télécommunications montre particulièrement l'importance de la poursuite de la concurrence efficace. Le double contrôle juridictionnel exercé sur les tarifs facturés par Deutsche Telekom (ci-après DT) pour l'accès à ses réseaux locaux, ces derniers comportant chacun plusieurs boucles locales vers les abonnés²⁰⁰³, en témoigne. Le droit français n'est pas éloigné de ces considérations²⁰⁰⁴.

L'arrêt de la Cour de justice est intéressant en particulier en ce qu'il rappelle que l'objectif du règlement n° 2887/2000/CE²⁰⁰⁵ est « le renforcement de la concurrence en établissant des

prévus par cette directive sont dépassés et si les accords constituent des contrats au sens de cette directive (pt 69 de l'arrêt).

²⁰⁰⁰ CJCE, 6.3.2008, *Deutsche Post AG e a. c. Commission*, C-287 à C-292/06, *Rec.*, p. I-1243, pt 32.

²⁰⁰¹ *Idem*, pts 32 et 33.

²⁰⁰² *Idem*, pt 35.

²⁰⁰³ TPI, 10.4.2008, *Deutsche Telekom AG c. Commission*, T-271/03, n.e.p. et CJCE, 24.4.2008, *Arcor AG & Co. KG c. Allemagne*, C-55/06, n.e.p. V. not. L. IDOT, *Europe*, 6.2008, note sous ces arrêts, comm. 210, p. 27.

²⁰⁰⁴ V. not. C. Cass, 23.10.2007, n° D 06-17.852, *France Telecom*, comm. par C. PRIETO in *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 121, à propos du rejet du pourvoi de France Telecom relatif à deux abus constitués par des conditions restrictives d'accès à des infrastructures essentielles ayant entravé des concurrents sur le marché d'accès au haut débit. Le second abus était rattaché à la pratique de ciseau tarifaire.

²⁰⁰⁵ Règlement n° 2887/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18.12.2000, relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, *JO L* 336, p. 4. Ce règlement complète les directives n° 97/33/CE (directive du

conditions harmonisées d'accès dégroupé à la boucle locale, afin de favoriser la fourniture concurrentielle d'un large éventail de services de communications électroniques »²⁰⁰⁶.

L'accès aux marchés en cause est donc entendu dans un contexte concurrentiel, même si l'ouverture de ces marchés à la concurrence est progressive²⁰⁰⁷.

Une remarque similaire pourrait être formulée à la lecture de l'appréciation qui est faite par le Tribunal du recours formé par DT contre une décision de la Commission la condamnant pour un abus de position dominante commis sur le marché de l'accès à la boucle locale, en raison de tarifs inéquitables proposés à ses concurrents pour la mise en service et l'abonnement mensuel. Ces tarifs empêchent les concurrents de proposer des prix compétitifs et prennent la forme selon la Commission d'un « effet de ciseaux »²⁰⁰⁸. De prime abord, il convient de remarquer que l'applicabilité de l'article 82 en l'espèce ne va pas d'elle-même²⁰⁰⁹, dans la mesure où l'autorité allemande de régulation des télécommunications et des postes contrôle *ex ante* ces tarifs. Le Tribunal confirme cependant que DT détenait une marge d'appréciation suffisante lui permettant de supprimer l'effet de ciseaux tarifaire en augmentant ses prix de

Parlement européen et du Conseil, du 30.6.1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert, JO, L 199, p. 32) et 98/10/CE (directive du Parlement européen et du Conseil, du 26.12.1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et à l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JO L 101, p. 24).

²⁰⁰⁶ Arrêt *Arcor*, préc. note 2003, pt 109, cela promet implicitement l'accès des consommateurs à une plus grande diversité de services.

²⁰⁰⁷ *Idem*, pt 64. Cela implique que l'opérateur notifié (l'opérateur de réseau téléphonique public fixe qui a été désigné par les autorités réglementaires nationales comme puissant sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics, d'après l'art. 2. a du règlement n° 2887/2000/CE, préc. note 2005, c'est-à-dire l'opérateur historique le plus souvent) oriente les tarifs en fonctions des coûts qu'il supporte (pt 64). La Cour détermine en l'espèce les coûts pouvant être pris en compte dans le calcul de cette tarification. Elle estime que les intérêts liés aux capitaux investis et les amortissements des actifs immobilisés utilisés pour la mise en place de la boucle locale font partie des coûts pouvant être pris en compte dans ce calcul (pt 84) ; elle se prononce en défaveur d'une méthode de calcul fondée exclusivement sur la base des coûts actuels ou des coûts historiques (pt 109), et invite les Autorités de régulation nationale à prendre en compte à la fois les coûts réels et les coûts prévisionnels (pt 119). Ces autorités ont également un pouvoir étendu pour intervenir sur les différents aspects de la tarification pour la fourniture d'un accès dégroupé à la boucle locale et ce jusqu'à modifier les tarifs proposés (pt 153).

²⁰⁰⁸ Jugement *Deutsche Telekom*, préc. note 2003, pt 38, en réf. au pt 102 de la déc. Commission, 2003/707/CE, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, JO L 263, p. 9 : « Il y a effet de ciseaux lorsque la somme de l'abonnement mensuel et de la redevance initiale à verser à [la requérante] pour les prestations intermédiaires oblige les concurrents à facturer à leurs abonnés des prix supérieurs à ceux que [la requérante] facture à ses propres abonnés pour les mêmes services. Si les prix des prestations intermédiaires sont supérieurs aux prix de détail, les concurrents de [la requérante] ne peuvent en aucun cas dégager des bénéfices, même s'ils sont au moins aussi efficaces que [la requérante], car ils ont à supporter des frais (commercialisation, facturation, recouvrement...) qui viennent s'ajouter au prix des prestations intermédiaires ».

²⁰⁰⁹ Cet aspect est détaillé in A.-L. SIBONY, in note sous jugement *DT*, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 112 et 113.

détail²⁰¹⁰. La politique tarifaire litigieuse relève donc du champ d'application de l'article 82 car cette marge de manœuvre n'a pas été utilisée²⁰¹¹.

Le jugement peut être analysé sous deux angles. D'une part, le Tribunal se montre attaché au respect du principe de l'égal accès au réseau litigieux. D'autre part, au-delà de cet accès, il semble que le Tribunal poursuive l'objectif d'une concurrence efficace sur le marché, ce qui montre que le marché atteint une certaine maturité.

La protection formaliste de l'accès au marché ressort de l'appréciation des tarifs proposés par DT. Afin de contester le calcul de l'effet de ciseaux tarifaire réalisé par la Commission, DT avance que les recettes des services de communications auraient dû être prises en compte. L'appréciation de cet argument révèle que la principale préoccupation est de protéger un accès égal des opérateurs concurrents au marché de la boucle locale :

« (...) pour les concurrents de la requérante, la prestation de services de communications à l'abonné à travers le réseau fixe de la requérante présuppose un accès à la boucle locale. L'égalité des chances entre l'opérateur historique propriétaire du réseau fixe, telle la requérante, d'une part, et ses concurrents, d'autre part, implique donc que les prix pour les services d'accès soient fixés à un niveau tel qu'ils placent les concurrents sur un pied d'égalité avec l'opérateur historique pour la fourniture des services de communications »²⁰¹².

Même si les pertes subies pour le prix de l'accès à la boucle locale seraient nécessairement répercutées sur le prix des communications, le principal obstacle à une mise en concurrence de ce réseau réside dans le prix de l'accès à la boucle locale, de sorte que la prise en compte du prix des communications est presque accessoire²⁰¹³. Ce jugement rappelle que l'opérateur historique est tenu de prendre en considération le « *désavantage concurrentiel* »²⁰¹⁴ dans lequel sont placés les autres opérateurs dans l'accès à la boucle locale. Inversement, la prise en compte du coût de la résiliation dans le calcul du coût de l'accès à la boucle locale souligne, en tant que de besoin, que la libéralisation de ce secteur implique au premier chef l'accès au réseau. La possibilité pour les consommateurs de résilier leurs abonnements les

²⁰¹⁰ Jugement *DT*, préc. note 2003, pt 105, où il est confirmé que DT avait la possibilité de supprimer l'effet de ciseaux tarifaires du 1^{er}.1.1998 au 31.12.2001 en augmentant ses tarifs de détail, notamment pour l'accès aux lignes analogiques. DT n'a pas utilisé sa marge de manœuvre (pt 131). À partir du 1^{er} janvier 2002, DT avait la possibilité de réduire ses tarifs pour ce qui concerne le prix de détail pour l'accès aux services ADSL, mais DT n'a pas utilisé sa marge de manœuvre, v. pt 151.

²⁰¹¹ *Idem*, pt 124.

²⁰¹² *Idem*, pt 199

²⁰¹³ *Idem*, pts 199 à 203.

liant à l'opérateur historique est alors la condition *sine qua non* de l'accès des concurrents au marché des télécommunications locales²⁰¹⁵. Or, cette pratique tarifaire sur le marché amont entrave, par elle-même, le développement de la concurrence sur le marché aval. L'accès à la boucle locale est « *indispensable* » à l'ouverture de ce secteur aux concurrents²⁰¹⁶. Pour ce qui concerne l'accès en tant que tel à l'infrastructure essentielle²⁰¹⁷, le Tribunal cherche à placer les concurrents et l'opérateur historique dans une situation d'égalité.

D'autres éléments de ce jugement révèlent cependant que l'accès au marché est envisagé sous l'angle de l'efficacité économique, ce qui montre une évolution d'une protection de l'entrée sur le marché vers une régulation de la concurrence sur celui-ci. Même si les marchés des télécommunications sont ouverts sans restriction d'après la réglementation applicable, seuls les opérateurs économiques aussi efficaces (ou plus efficaces) que l'opérateur historique peuvent accéder au marché²⁰¹⁸. L'entrée sur le marché d'opérateurs moins efficaces que l'opérateur historique n'est pas envisagée. En effet, dans le cas où un opérateur aussi efficace subit des pertes en pénétrant le marché, un opérateur moins performant ne serait pas incité à accéder au marché.

La décision de la Commission qui a infligé à Telefónica une amende très élevée pour des pratiques similaires perpétrées sur le marché espagnol de l'accès à Internet à haut débit²⁰¹⁹, se place sur une même ligne. Selon Laurent FLOCHEL, la mise en œuvre du test de ciseau tarifaire permet notamment « *de tester la viabilité de l'entrée d'un concurrent au moins aussi efficace que l'opérateur historique* ». L'auteur remarque alors que « *l'objectif de la politique de concurrence n'est pas de protéger des concurrents moins efficaces* »²⁰²⁰. Ceci pourrait aussi être remarqué à la lecture du jugement *O2*²⁰²¹, qui révèle que la Cour de justice poursuit l'objectif de la mise en place d'une concurrence efficace sur le marché en admettant qu'un

²⁰¹⁴ *Idem*, pt 202.

²⁰¹⁵ *Idem*, pt 210.

²⁰¹⁶ *Idem*, pt 237.

²⁰¹⁷ Le terme est employé par A.-L. SIBONY, *in comm. préc. note* 2009, sp. 113.

²⁰¹⁸ *Idem*, pt 237 : « si les prix de détail de la requérante sont inférieurs aux tarifs de ses prestations intermédiaires ou si l'écart entre les tarifs des prestations intermédiaires et les tarifs de détail de la requérante est insuffisant pour permettre à un opérateur aussi efficace qu'elle de couvrir ses coûts spécifiques pour la fourniture de services d'accès aux abonnés, un concurrent potentiel aussi efficace que la requérante ne pourrait entrer sur le marché des services d'accès aux abonnés qu'en subissant des pertes ». A.-L. SIBONY, *in comm. préc. note* 2009, sp. 113, remarque l'utilisation du « critère du concurrent aussi performant ». Ce critère est mis en avant comme critère transversal de qualification des pratiques d'éviction.

²⁰¹⁹ Déc. Commission, 4.7.2007, *Wanadoo España c. Telefónica*, COMP/38.784, JO C 83 du 2.4.2008, p. 6.

²⁰²⁰ FLOCHEL L., note sous déc. Commission, *Telefónica, idem, Concurrences*, 2007, n° 4, p. 76, sp. 77.

²⁰²¹ Jugement *O2 c. Commission*, préc. note 1864, analysé *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, B, 2.

accord horizontal permette l'accès efficace d'un opérateur sur le marché allemand de la téléphonie mobile. Ainsi, le contrôle exercé par les juridictions communautaires sur les tarifs adoptés sur les marchés de télécommunications est particulièrement empreint de considérations relatives à l'accès efficace au marché. L'objectif de mise en place d'une concurrence efficace sur le marché semble donc poursuivi. La convergence du droit communautaire matériel quant à l'utilisation du critère de l'accès efficace est donc à même d'affecter l'ensemble des marchés nouvellement ouverts à la concurrence.

En matière de télécommunications, l'accès aux réseaux est ainsi réservé à des opérateurs au moins aussi efficaces que l'opérateur historique, sans qu'un droit d'accès ne soit explicitement reconnu²⁰²². L'accès au domaine non réservé des opérateurs historiques des réseaux postaux se rapproche d'une régulation concurrentielle, dans la mesure où aucun droit d'accès au marché n'est consacré en la matière²⁰²³. L'accès des opérateurs économiques efficaces est garanti par une définition restrictive de ce domaine réservé²⁰²⁴.

Si on observe que le marché des télécommunications est, parmi les réseaux étudiés ici, celui sur lequel la concurrence est la plus développée²⁰²⁵, on peut se demander si la libéralisation progressive des autres réseaux est amenée à poursuivre l'objectif de mise en œuvre d'une concurrence efficace sur ces marchés. Encore faut-il, cependant, que le secteur en cause s'y prête. Les rythmes différents que l'on observe dans l'ouverture à la concurrence révèlent que certains secteurs doivent répondre à une logique de mise en concurrence, sans que la concurrence ne soit complètement libre. La concurrence ne serait alors que « *régulée* »²⁰²⁶. Sur un marché dont l'accès est restreint, la profitabilité de l'accès au marché dépend en effet d'une régulation plus poussée, même si l'efficacité de chaque opérateur, ses capacités, doit également être prise en considération. La poursuite de l'objectif d'un accès efficace au marché semble en tout cas essentielle d'un point de vue économique pour un marché dont l'accès est devenu libre. Toujours est-il que la mise en œuvre d'une concurrence efficace sur ces marchés dépasserait l'objectif consistant à assurer un accès effectif pour chaque opérateur

²⁰²² Arrêt *Arcor*, préc. note 2003, pt 111 : « selon le dixième considérant de la directive 97/33, les tarifs doivent stimuler la productivité et favoriser l'entrée sur le marché d'opérateurs efficaces et viables (...) ». *Contra*, v. L. RICHER, « Droit d'accès et service public », préc. note 1846, sp. 76, qui traite du « droit d'accès dans le secteurs des communications électroniques ».

²⁰²³ Directive n° 97/67/CE, préc. note 1992, art. 9 à 11.

²⁰²⁴ V. les arrêts *International Mail Spain Sl*, préc. note 1993 et *Deutsche Post AG*, préc. note 2000.

²⁰²⁵ La directive n° 2004/17/CE, citée note 2039, le confirme au 5^e considérant et exclut le secteur des télécommunications de son champ d'application.

qui arguerait d'un droit d'accès. Or, la mise en œuvre d'un principe d'une concurrence efficace sur le marché implique de prendre en considération l'intérêt des consommateurs.

2. L'accroissement corrélatif de la prise en considération de l'intérêt des consommateurs, usagers ou utilisateurs

Sur un marché pleinement concurrentiel, l'accès efficace au marché implique que les consommateurs accèdent à des biens ou des services variés et de qualité, proposés à un prix compétitif²⁰²⁷. Cependant, le terme « consommateur » n'est pas pertinent pour l'ensemble des marchés nouvellement ouverts à la concurrence. Les termes « usagers » ou « utilisateurs » caractérisent les personnes qui bénéficient d'un service public. Or, le développement de la concurrence efficace dans ces domaines conduit à une prise en considération accrue des consommateurs finals. Les bénéficiaires finals des services nouvellement ouverts à la concurrence changent alors de statut.

À cet égard, l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires se donne pour objectif l'amélioration de la qualité des services offerts aux usagers²⁰²⁸. Alors que la directive n° 2007/58/CE est rédigée indépendamment de toute référence à l'intérêt des voyageurs, de manière assez contradictoire avec l'objet même de cette directive²⁰²⁹, le règlement n° 1370/2007/CE est explicite sur cet aspect²⁰³⁰, tandis que les droits et obligations des voyageurs sont étayés dans un nouveau règlement qui aborde spécifiquement cette question²⁰³¹. L'ouverture des marchés de l'assistance en escale met également l'accent sur

²⁰²⁶ V. les remarques précédemment formulées à propos du règlement n° 1370/2007/CE, préc. note 1976.

²⁰²⁷ V. les conditions fixées pour la mise en œuvre de ce critère, étudiée *supra* Partie 1, Titre 2, Ch. 1 : l'efficacité n'est pas entendue du point de vue du seul opérateur qui accède d'une manière profitable, mais également en ce que l'accès profite à l'ensemble de l'économie, consommateurs inclus. V. aussi *supra* Section 1, I.

²⁰²⁸ Directive n° 91/440/CEE, préc. note 1951, considérant 5 : « pour stimuler la concurrence dans le domaine de l'exploitation des services de transport en vue de l'amélioration du confort et des services rendus aux usagers, il convient que les États membres gardent la responsabilité générale du développement d'une infrastructure ferroviaire appropriée ».

²⁰²⁹ Directive n° 2007/58/CE, préc. note 1973.

²⁰³⁰ Règlement n° 1370/2007/CE, préc. note 1976, sp. considérants 4 (les services de transport doivent être « sûrs, efficaces et de grande qualité », ce qui profite implicitement aux voyageurs ; il est également fait référence aux « conditions tarifaires spécifiques à certaines catégories de voyageurs »), 9 (l'organisation des services publics de transport doit l'être « de la manière la mieux adaptée aux besoins du public »), 15 (sur la prorogation des contrats de service public qui serait soumise à la satisfaction des usagers) et 17 (sur les critères relatifs à la qualité du service public).

²⁰³¹ Règlement n° 1371/2007/CE du 23.10.2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, JO L 315 du 3.12.2007. Sur cet aspect, v. en particulier L. GRARD, « Étude d'impact du droit communautaire sur les réglementations étatiques des transports – À propos de quelques enseignements apportés par l'actualité récente », *CDE*, 2008, n°3-4, p. 255, sp. 276, qui note que « les droits du voyageur sont peut-être en régression », dans la mesure une faute simple de la victime est suffisante au sens du règlement pour soustraire le transporteur à son

l'amélioration de la qualité des services offerts aux usagers²⁰³² (même si ceux-ci ne sont pas des consommateurs finals²⁰³³).

De leur côté, les directives ou règlements relatifs aux réseaux de télécommunications²⁰³⁴ et aux réseaux postaux²⁰³⁵ soulignent que l'ouverture à la concurrence s'inscrit dans l'objectif de garantir et d'améliorer l'accès au service universel en offrant le maximum d'avantages aux utilisateurs. Si la directive n° 2002/39/CE maintient l'objectif de garantir le service postal universel, l'intérêt des utilisateurs est cependant moins mis en avant²⁰³⁶. Parmi l'ensemble de ces dispositifs législatifs, les directives relatives à la libéralisation de l'énergie protègent de la manière la plus explicite non seulement les consommateurs²⁰³⁷, mais aussi l'accès de ces derniers à un choix plus vaste de fournisseurs²⁰³⁸.

obligation de responsabilité en cas d'atteinte corporelle au voyageur ou de dommages causés aux bagages, alors que le droit français prévoit que « seul le fait de la victime assimilable à la force majeure peut soustraire le transporteur à son obligation ». L'auteur s'interroge alors sur la question de savoir si l'article 11 du règlement, qui prévoit qu'il s'applique « sans préjudice du droit national octroyant aux voyageurs une plus grande indemnité », sera suffisant pour maintenir une protection aussi élevée en droit national.

²⁰³² Directive n° 96/67/CE, préc. note 1964, considérant 5 : « l'ouverture de l'accès au marché de l'assistance en escale est une mesure devant contribuer à réduire les coûts d'exploitation des compagnies aériennes et à améliorer la qualité offerte aux usagers ».

²⁰³³ Comme on l'a vu, la possibilité pour les usagers de pratiquer l'auto-assistance et l'accès de ces derniers aux infrastructures aéroportuaires sont également prévus *in* directive n° 96/67/CE, *idem*, art. 7, les usagers étant choisis selon des critères objectifs. Ces derniers bénéficient ainsi également de l'accès aux installations aéroportuaires, v. art. 16. Il est prévu également la mise en place de comité des usagers, art. 5.

²⁰³⁴ Règlement n° 2887/2000/CE, préc. note 2005, considérant 2 : « Le dégroupage de la boucle locale devrait venir en complément des dispositions existantes du droit communautaire qui garantissent le service universel et l'accès à un prix abordable à tous les citoyens de l'Union européenne, en accroissant la concurrence, en assurant l'efficacité économique et en offrant les avantages maximaux pour les utilisateurs ».

²⁰³⁵ Directive n° 97/67/CE, préc. note 1992, considérant 6 : « les liaisons postales transfrontalières ne répondent pas toujours aux attentes des utilisateurs et des citoyens européens, et que les performances en termes de qualité du service en ce qui concerne les services postaux transfrontières communautaires sont aujourd'hui insatisfaisantes ». Considérant 11 : « il est essentiel de garantir au niveau communautaire un service postal universel offrant un ensemble minimal de services de qualité déterminée devant être fournis dans tous les États membres à un prix abordable à l'ensemble des utilisateurs, quelle que soit leur localisation géographique dans la Communauté ». Considérant 12 : « l'objectif du service universel est de permettre à tous les utilisateurs un accès aisé au réseau postal en offrant en particulier suffisamment de points d'accès et des conditions satisfaisantes en ce qui concerne la fréquence de collecte et de distribution; que la prestation du service universel doit répondre à la nécessité fondamentale d'assurer la continuité du fonctionnement tout en demeurant adaptable aux besoins des utilisateurs et en leur garantissant un traitement équitable et non discriminatoire ». V. aussi art. 3, §1.

²⁰³⁶ Directive n° 2002/39/CE, préc. note 1992, considérant 11 pour ce qui concerne l'objectif de garantir un service postal universel ; v. considérant 10 pour ce qui concerne la qualité de ce service offert aux utilisateurs. Le considérant 28 et l'art. 1^{er} 3) (qui modifie l'art. 19 de la directive n° 97/67/CE), s'intéressent aux réclamations des consommateurs.

²⁰³⁷ Directive n° 2003/54/CE, préc. note 1938, considérant 2. Ce texte vise notamment à améliorer le marché intérieur de l'électricité « en garantissant la protection des droits des petits consommateurs vulnérables ». V. aussi les considérants 19, 20, 24, 26, les art. 3 §§ 5 et 9, 23 §8 et l'annexe A. V. également directive n° 2003/55/CE, préc. note 1938, considérants 2, 26, 27, art. 3 §§ 3 et 6, 25 §8 et l'annexe A.

²⁰³⁸ Directive n° 2003/54/CE, *idem*, considérant 4 : « Les libertés que le traité garantit aux citoyens européens – libre circulation des marchandises, libre prestation de services et liberté d'établissement – ne peuvent être

Le terme consommateur ou utilisateur final est donc adéquat si des services variés sont offerts sur le marché, c'est-à-dire si le consommateur choisit entre différents opérateurs dont l'opérateur historique pour satisfaire sa demande. Il est donc logique que seuls les secteurs pour lesquels la libéralisation est avancée poursuivent de manière plus affichée l'objectif de la satisfaction de l'intérêt des consommateurs. Les secteurs moins libéralisés s'attachent à déterminer des critères de qualité du service public, qui ne satisfont que par ricochet l'intérêt des usagers.

Ainsi, le développement d'une concurrence efficace sur certains marchés anciennement monopolisés permet de définir l'accès à ces marchés dans un contexte concurrentiel, ce qui prend en considération l'accès des consommateurs à des produits ou services variés, de qualité et proposés à un prix qui tend à diminuer. La libéralisation effective de chacun de ces secteurs, en ce qu'elle rend nécessaire l'application des règles de la concurrence, permettra, pour certains d'entre eux, la poursuite explicite de l'objectif de l'allocation optimale des ressources à la faveur notamment des consommateurs.

Cependant, la régulation des marchés qui nécessitent des procédures de mise en concurrence (c'est en particulier le cas en matière ferroviaire) n'est pas étrangère au concept de concurrence efficace. Ces procédures représentent un moyen effectif pour les opérateurs économiques d'accéder au marché, de sorte que l'accès est également défini dans un contexte concurrentiel. De plus, le choix de l'opérateur le plus efficace par l'entité adjudicatrice peut avoir une répercussion positive sur l'utilisateur ou l'utilisateur. C'est en ce sens que l'on peut défendre le concept de concurrence efficace de préemption : la concurrence sur ces marchés s'exerce en amont de l'échange, l'opérateur retenu étant le plus à même de satisfaire l'objectif de l'allocation efficace des ressources.

L'accès aux marchés publics répond à cette logique. L'accès à ce type de marchés est concurrentiel en ce qu'il est le fruit d'une procédure de mise en concurrence, qualifiable de concurrence efficace de préemption. Il convient alors d'étudier plus avant quelle est l'incidence de la concurrence sur l'accès à un marché public.

effectives que dans un marché entièrement ouvert qui permet à tous les consommateurs de choisir librement leur fournisseur et à tous les fournisseurs de délivrer librement leurs produits à leurs clients ». V. aussi le considérant 20 : les consommateurs d'électricité doivent disposer « d'un droit réel et effectif de choisir leur fournisseur ». V. également arrêt *Citiworks*, préc. note 1940, pt 43. V. aussi directive n° 2003/55/CE, préc. note 1938, considérants 4, 18 et 26.

II. L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché public

Afin d'examiner quelle est l'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché public, il convient d'abord de remarquer que la directive n° 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux²⁰³⁹ et la directive n° 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services²⁰⁴⁰, poursuivent l'objectif d'assurer un accès effectif à ces marchés²⁰⁴¹.

La directive n° 2004/17/CE met en effet l'accent sur « *le caractère fermé des marchés* » sur lesquels opèrent les entités agissant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux²⁰⁴². Elle vise à intensifier la concurrence dans ces secteurs, précisément dans la mesure où l'accès à ces marchés est limité²⁰⁴³. En sus, la directive vise à « *favoriser* » l'accès des petites et moyennes entreprises²⁰⁴⁴. En outre, la directive limite son champ d'application à certaines activités exercées par les entités adjudicatrices dans les secteurs en cause, tout en prévoyant que la directive ne s'appliquera plus dans le cas où ces activités sont « *directement exposées à la concurrence* »²⁰⁴⁵. Or, c'est « *l'application de la législation communautaire appropriée procédant à l'ouverture d'un secteur donné [qui offrira] une présomption suffisante de libre accès au marché en question* »²⁰⁴⁶. Ainsi, la directive n° 2004/17/CE encadre la mise en concurrence de l'activité des secteurs visés tant que ces derniers ne sont pas entièrement libéralisés. L'accès à ces marchés est donc réglementé aussi longtemps que l'ouverture à la concurrence n'est pas aboutie²⁰⁴⁷.

²⁰³⁹ Directive n° 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JO L* 134 du 30.4.2004, p. 1.

²⁰⁴⁰ Directive n° 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services, *JO L* 134 du 30.4.2004, p. 114. Cette directive fusionne les directives réglementant les marchés publics dans ces domaines : directives n° 92/50/CEE, préc. note 1999, 93/36/CEE du Conseil du 14.6.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*JO L* 199 du 9.8.1993, p. 1 ; directive modifiée en dernier lieu par la directive n° 2001/78/CE, préc. note 1999) et 93/37/CEE du Conseil du 14.6.1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JO L* 199 du 9.8.1993, p. 54 ; directive modifiée en dernier lieu par la directive n° 2001/78/CE).

²⁰⁴¹ Les seuils à partir desquels les directives n° 2004/17/CE et 2004/18/CE s'appliquent sont définis respectivement aux articles 16 et 7.

²⁰⁴² Directive n° 2004/17/CE, préc. note 2039, considérant 3, « cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné ».

²⁰⁴³ *Idem*, considérant 40, *lu a contrario*.

²⁰⁴⁴ *Idem*, considérant 43.

²⁰⁴⁵ *Idem*, art. 30. V. aussi le considérant 41.

²⁰⁴⁶ *Idem*, considérant 41. V. aussi l'art. 30, §1 et les paragraphes suivants.

²⁰⁴⁷ La perspective d'un accès libre à ces marchés doit être nuancée. Du côté de l'offre, il ne faut pas négliger la hauteur des investissements nécessaires à l'accès. Du côté de la demande, il semble difficile d'imaginer, par

Alors que la directive n° 2004/17/CE verra son champ d'application progressivement réduit, celui de la directive n° 2004/18/CE n'est soumis à aucune limitation d'ordre temporel. L'intérêt de cette directive est de « garantir [les] effets [des principes du traité] ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics »²⁰⁴⁸. Certes, une seule référence à l'accès au marché figure dans la directive n° 2004/18/CE : celle-ci vise à « favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics »²⁰⁴⁹. Cependant, la mise en œuvre du principe de l'accès effectif des opérateurs économiques aux marchés publics dépend d'une part du respect du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires²⁰⁵⁰ et, d'autre part, du respect du principe de transparence dans l'accès à la procédure d'attribution et spécialement au cahier des charges²⁰⁵¹. Le second principe constitue le corollaire du premier²⁰⁵².

À cet égard, le principe de l'égalité de traitement « constitue la base »²⁰⁵³ des directives relatives aux marchés publics. Sous cet angle, l'accès à un marché public est envisagé d'une manière statique²⁰⁵⁴. Un pouvoir adjudicateur pourra en effet être sanctionné, notamment s'il n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement, en ce que les chances pour un opérateur économique d'accéder à un marché public ont diminué.

Toutefois, une procédure de mise en concurrence signifie que la concurrence s'exerce en amont de la signature d'un marché public, c'est-à-dire en amont de l'échange. L'accès à un

exemple, qu'un consommateur final puisse choisir son fournisseur d'eau. Ainsi, pour ce qui concerne les marchés de fourniture de l'eau et d'entretien des canalisations, seules des procédures de mise en concurrence semblent pertinentes, l'accès à ces marchés ne pouvant être complètement libre. Cela n'empêche pas de choisir l'opérateur le plus efficace sur le plan économique pour l'accomplissement de ces marchés.

²⁰⁴⁸ Directive n° 2004/18/CE, préc. note 2040, considérant 2. La directive vise « les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence ».

²⁰⁴⁹ *Idem*, considérant 32 : afin de favoriser cet accès, « il convient de prévoir des dispositions en matière de sous-traitance ». La disposition est identique au considérant 43 de la directive n° 2004/17/CE.

²⁰⁵⁰ Directive n° 2004/17/CE, préc. note 2039, considérants 9, 10, 20, 22, 23, 55 et art. 10 ; directive n° 2004/18/CE, préc. note 2040, considérants 2, 11, 12, 14, 15, 46, art. 2, 29 §3 et 66 §2 sous a).

²⁰⁵¹ *Idem*, art. 42, à propos des moyens de communications choisis pour publier un avis d'appel d'offre. V. aussi le considérant 19 pour l'accès aux informations en matière de marchés de services. V. également les art. 33 §3 c), 38 §6, 39 §1, 40 §2 et 42 §2. Pour la directive n° 2004/17/CE, ces aspects figurent au considérant 18 et aux art. 15 §3 c), 41 §3, 45 §6, 46 §1 et 47 §1.

²⁰⁵² Cela est envisagé *infra*, sous A.

²⁰⁵³ CJCE, 4.12.2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Autriche*, C-448/01, *Rec.*, p. I-14527, pt 47, et selon une jurisprudence constante.

²⁰⁵⁴ CJCE, 18.1.2007, *J. Auroux e. a. c. Cne de Roanne*, C-220/05, *Rec.*, p. I-385, pt 53 : « l'objectif des procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive est précisément de garantir à des soumissionnaires potentiels établis dans la Communauté européenne l'accès aux marchés publics ».

marché public est ainsi le fruit d'un processus dynamique, qui peut amener à privilégier l'accès efficace au marché.

On pourrait alors chercher à relativiser la proximité des règles communautaires relatives à la passation de marchés publics avec la mise en œuvre des règles de la libre circulation et de la libre concurrence²⁰⁵⁵ puisque, sur un marché traditionnellement ouvert à la concurrence, l'accès précède l'échange et stimule la concurrence. Or, en matière de marchés publics, l'accès est le résultat d'une compétition qui mène à l'échange. Ainsi, la poursuite de l'objectif d'une concurrence efficace sur le marché doit être adaptée à ce cadre spécifique : il s'agit selon nous de favoriser une concurrence efficace de préemption. Toutefois, aussi bien dans le domaine des marchés pleinement concurrentiels qu'en matière de marchés publics, la régulation de l'accès dépend de l'examen des conditions dans lesquelles l'échange a lieu ou peut avoir lieu.

Afin de répondre à la question de savoir comment l'instauration de la concurrence dans les marchés publics tend à définir l'accès à ces marchés dans un contexte concurrentiel, on peut d'abord examiner la protection de l'accès effectif au marché, qui reflète l'application du principe de non-discrimination (A). Ensuite, il conviendra d'étudier la pertinence d'une régulation de l'accès efficace à ces marchés dans ce domaine (B).

A. La protection de l'accès effectif aux marchés publics, reflet de l'application du principe de non-discrimination

Selon la Commission, « *les PME font (...) face à des obstacles en matière d'accès aux marchés publics* »²⁰⁵⁶. Ces entraves résultent principalement du non-respect du principe de l'égalité de traitement entre opérateurs nationaux et opérateurs implantés dans d'autres États membres par les pouvoirs adjudicateurs. Une fois qu'est identifiée la qualité d'organisme de droit public de l'entité en question²⁰⁵⁷, il revient au juge de vérifier si le pouvoir adjudicateur

²⁰⁵⁵ V. CJCE, 11.1.2005, *Stadt Halle et RPL Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, *Rec.*, p. I-1, pt 44, à propos de la libre circulation des services. Ce principe est rappelé not. in CJCE, 18.12.2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*, C-220/06, n.e.p., pt 40, à propos du secteur postal. Le principe est donc pertinent pour ce qui concerne chacun des domaines d'application des deux directives relatives aux marchés publics.

²⁰⁵⁶ Communication de la Commission aux Conseil, Parlement européen, Comité économique et social et Comité des Régions, *Le rôle capital des petites et moyennes entreprises dans la stimulation de la croissance et de l'emploi – Une révision à mi-parcours de la politique moderne des PME*, COM(2007) 592 final, 4.10.2007.

²⁰⁵⁷ La définition de la notion de besoins d'intérêt général autres qu'industriels et commerciaux qu'un organisme doit être à même de satisfaire pour être considéré comme pouvoir adjudicateur est à cet égard cruciale, puisque

a respecté les procédures de passation de marchés publics, cela dans l'objectif d'ouvrir l'accès aux marchés publics au plus grand nombre d'opérateurs.

Une atteinte au principe d'égalité de traitement constitue un obstacle évident à l'accès aux marchés publics. D'après la CJCE, ce principe « *implique une obligation de transparence [qui] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »²⁰⁵⁸. L'avocat général TESAURO considère par exemple, en application de la directive de passation des marchés publics de fourniture, que le fait de ne pas pouvoir mentionner des spécifications techniques énonçant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou des procédés particuliers ayant pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits,

« est parfaitement conforme à l'esprit de la réglementation en question, qui considère la transparence de toutes les opérations et procédures permettant l'approvisionnement des administrations adjudicatrices comme l'un des instruments les plus efficaces pour ouvrir l'accès aux marchés publics de fournitures »²⁰⁵⁹.

Ainsi, le contenu du cahier des charges ne doit entraîner aucune discrimination à l'encontre de soumissionnaires d'autres États membres. Dès lors, il ne peut être imposé au soumissionnaire d'être établi sur le territoire du même État membre que celui sur lequel est implantée l'entité adjudicatrice²⁰⁶⁰. Une clause imposant d'utiliser des matériaux et des biens de consommation ainsi que de la main-d'œuvre et des équipements nationaux est contraire aux principes de la libre circulation des marchandises, des travailleurs et des services²⁰⁶¹.

cela oblige le juge communautaire à se demander comment les besoins en question sont satisfaits sur le marché en cause, et, partant à délimiter ce marché. Or, la satisfaction de ces besoins rend nécessaire une réglementation du marché public en cause et, partant, de l'accès à ce marché.

²⁰⁵⁸ CJCE, 7.12.2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, C-324/98, *Rec.*, p. I-10745, pts 61 et 62, cité en substance in Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics, *JO C 179*, du 1^{er}.8.2006, p. 2, pt 1.2. La Cour de justice veille au respect de cette obligation. V. le pt 2.1.1. de cette Communication. C'est donc en cela que l'obligation de transparence constitue le corollaire du principe de l'égalité de traitement.

²⁰⁵⁹ Concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJCE, 24.1.1995, *Commission c. Pays-Bas*, C-359/93, *Rec.*, p. I-157, pt 8.

²⁰⁶⁰ Communication de la Commission, préc. note 2058, pt 2.2.1.

²⁰⁶¹ CJCE, 22.6.1993, *Commission c. Danemark*, C-243/89, *Rec.*, p. I-3353, pts 4 et 23. Cette clause est « incompatible avec les articles [28], [39] et [49] du traité », et non pas avec une disposition spécifique de la directive n° 71/305/CEE du Conseil, du 26.7.1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux *JO L 185* du 16.8.1971, p. 5, applicable en l'espèce.

De même, la Cour de justice peut-elle condamner des restrictions discriminatoires à la libre prestation des services observées lors de procédures d'adjudication de marchés publics de travaux concernant la construction et la maintenance de bâtiments scolaires, en application de la directive n° 93/37/CEE²⁰⁶². En l'espèce, le mode de désignation des lots, établi en fonction de classifications définies par des organismes professionnels nationaux, facilite la tâche des entreprises françaises qui se sont familiarisées avec ce type de classifications, mais rend plus difficile la présentation des offres par les entreprises des autres États membres²⁰⁶³. « *L'effet dissuasif* » de cette mesure à l'égard des soumissionnaires non nationaux constitue une « *discrimination indirecte, et donc (...) une restriction à la libre prestation des services* »²⁰⁶⁴. Il s'agit de rendre effective la possibilité offerte aux prestataires de services établis dans d'autres États membres d'accéder à des marchés publics de services.

Le principe de l'égalité de traitement s'applique cependant à l'ensemble des soumissionnaires, c'est-à-dire même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité²⁰⁶⁵. La CJCE a par exemple sanctionné un critère d'attribution écologique qui avantage les soumissionnaires qui disposent de plus grandes capacités de production ou de fourniture d'électricité, et discrimine les soumissionnaires plus petits dont l'offre peut néanmoins répondre aux conditions liées à l'objet du marché²⁰⁶⁶. Dès lors, la double application des principes d'égalité de traitement et d'ouverture à la concurrence garantit un accès égal au marché pour l'ensemble des opérateurs, même pour ceux disposant de capacités moindres.

Les préoccupations liées à l'accès au marché ressortent également des jurisprudences relatives aux contrats publics qui sont exclus du champ d'application des directives communautaires

²⁰⁶² La directive n° 93/37/CEE est modifiée par la directive n° 2004/18/CE, préc. note 2040.

²⁰⁶³ CJCE, 26.9.2000, *Commission c. France*, C-225/98, *Rec.*, p. I-7445, pts 81 et 82. Les entreprises d'autres États doivent d'abord s'informer auprès des pouvoirs adjudicateurs sur l'objet et le contenu de ces références.

²⁰⁶⁴ *Idem*, pt 83. Est sanctionné également le fait que des avis de marché publiés avaient exigé du concepteur un justificatif d'inscription à l'ordre des architectes, « qui ne peut que favoriser la prestation de services par les architectes français, ce qui constitue une discrimination par rapport aux architectes communautaires et, partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci » (pt 87).

²⁰⁶⁵ Arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, préc. note 2055, pt 74. V. aussi l'arrêt *Commission c. Danemark*, cité note précédente, pt 44, dans lequel la Cour juge fondé le deuxième grief relatif à la rupture d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, dans la mesure où un opérateur a présenté une offre qui ne répondait pas aux prescriptions du cahier des charges et où cette offre a été prise en considération par le pouvoir adjudicateur.

²⁰⁶⁶ Arrêt *EVN AG et Wienstrom GmbH*, préc. note 2053, pt 69 : « une telle limitation du cercle des opérateurs économiques en mesure de soumissionner aurait pour effet de contrecarrer l'objectif d'ouverture à la concurrence poursuivi par les directives (...) marchés publics ».

relatives aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs qui les signent doivent néanmoins respecter les règles fondamentales du traité²⁰⁶⁷. En l'espèce une clause imposait l'emploi d'un produit défini par sa marque, sans possibilité de recourir à un produit similaire. Cette clause gêne l'accès au marché à un double titre. Non seulement elle peut « *dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à ce produit de soumissionner à l'appel d'offres* », mais elle peut aussi gêner les importations « *en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le produit spécifiquement indiqué* »²⁰⁶⁸. La Cour impose dès lors la mention « ou équivalent » lorsqu'un type de produit est requis pour la réalisation d'un contrat. Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc garantir aux opérateurs économiques la possibilité de soumissionner, c'est-à-dire leur offrir la possibilité d'accéder au marché dans des conditions équitables.

À l'image de ce qui a été précédemment observé en droit de la libre circulation²⁰⁶⁹, l'accès au marché se combine donc avec le principe de non-discrimination, fût-ce en amont de l'échange économique. Il s'agit de protéger la concurrence qui s'exerce entre les opérateurs pour accéder à un marché public. Ainsi, la concurrence n'est pas envisagée d'une manière dynamique, sur un marché sur lequel se rencontrent pourtant un pouvoir adjudicateur et plusieurs entreprises candidates. Toutefois, la jurisprudence récente évolue en ce qu'elle poursuit l'objectif consistant à instaurer les conditions d'une concurrence efficace dans l'accès aux marchés publics.

B. La régulation de l'accès efficace aux marchés publics, reflet de la préservation d'une concurrence efficace de préemption

La concurrence que se livrent les opérateurs économiques pour obtenir un marché public s'exerce en amont de l'échange. *Prima facie*, la protection d'une concurrence efficace dans ce domaine ne semble pas pertinente, dans la mesure où la concurrence n'est pas le résultat de la rencontre entre différents offreurs et différents demandeurs sur le marché. La concurrence est en effet seulement régulée par le pouvoir adjudicateur, sans que l'échange économique n'ait eu lieu. Néanmoins, la Cour de justice franchit l'obstacle dans l'arrêt *SECAP SpA*²⁰⁷⁰. Il

²⁰⁶⁷ CJCE, ordonnance, 3.12.2001, *Bent Moustén Vestergaard c. Spøttrup Boligselskab*, C-59/00, *Rec.*, p. I-9505, pt 20, en réf. à l'arrêt *Telaustria*, préc. note 2058, pt 60 ; en ce sens, v. Communication de la Commission, préc. note 2058, pts 1.2. et 2.2.1.

²⁰⁶⁸ Ordonnance *Bent Moustén Vestergaard*, citée note précédente, pt 22.

²⁰⁶⁹ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, A, 2.

²⁰⁷⁰ CJCE, 15.5.2008, *SECAP SpA, et Santorso Soc. coop. arl c. Comune di Torino*, C-147 et C-148/06, *Rec.*, p. I-3565, sp. pts 26 à 28 ; v. E. BERNARD, note sous cet arrêt, *Europe*, 7.2008, p. 15. V. aussi concl. av. gén. P.

convient d'analyser les grandes lignes de cette décision afin d'évaluer l'opportunité de la poursuite d'un tel objectif en droit des marchés publics.

En l'espèce, une réglementation italienne impose au pouvoir adjudicateur concerné de procéder à l'exclusion automatique des offres qui, selon un critère mathématique établi par cette réglementation, sont considérées comme anormalement basses par rapport à la prestation à fournir. Cette règle de l'exclusion automatique ne s'applique que pour la passation des marchés d'une valeur inférieure au seuil prévu par la directive n° 93/37CE²⁰⁷¹ et elle ne s'applique pas lorsque le nombre des offres valides est inférieur à cinq²⁰⁷². La Cour de justice estime que « *les règles fondamentales du traité concernant la liberté d'établissement et la libre prestation des services, ainsi que le principe général de non-discrimination* »²⁰⁷³ s'opposent à l'application de cette règle aux « *marchés revêtant un intérêt transfrontalier certain* »²⁰⁷⁴ pour les raisons suivantes :

« l'application [à ces marchés] de la règle de l'exclusion automatique des offres considérées comme anormalement basses est susceptible de constituer une discrimination indirecte, en désavantageant dans la pratique les opérateurs des autres États membres qui, ayant des structures de coûts différentes, pouvant bénéficier d'économies d'échelle importantes ou désireux de comprimer leurs marges bénéficiaires afin de pouvoir pénétrer plus efficacement le marché considéré, seraient en mesure de faire une offre compétitive et, en même temps, sérieuse et fiable, dont le pouvoir adjudicateur ne saurait pourtant tenir compte en raison de ladite réglementation »²⁰⁷⁵.

La Cour de justice protège ici le principe de l'accès efficace au marché des opérateurs implantés dans un autre État membre. Elle identifie une restriction à la libre prestation des services et à l'exercice de la liberté d'établissement en ce que la réglementation « *[prive] les opérateurs économiques des autres États membres de la possibilité de livrer une concurrence plus efficace aux opérateurs implantés dans l'État membre considéré et affecte de la sorte leur accès au marché de cet État* »²⁰⁷⁶. Cet arrêt souligne que la protection des opérateurs

LÉGER présentées pour l'arrêt CJCE, 3.3.2005, *Fabricom SA c. Belgique*, C-21 et C-34/03, p. I-1559, pt 34 : « Les directives (...) uniformisent les procédures de passation de marchés publics afin de garantir une concurrence efficace dans ce domaine ».

²⁰⁷¹ Directive 93/37/CEE, art. 6, §1, sous a), modifiée par la directive n° 2004/18/CE, préc. note 2040.

²⁰⁷² Arrêt *SECAP SpA*, préc. note 2070, pt 23.

²⁰⁷³ *Idem*, pt 35.

²⁰⁷⁴ *Idem*, pt 21.

²⁰⁷⁵ *Idem*, pt 26.

²⁰⁷⁶ *Idem*, pt 28, en référence not. aux arrêts *Caixabank*, préc. note 1907, pts 12 et 13 et CJCE, 3.10.2006, *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04, *Rec.*, p. I-9521, pt 46. Ce passage de l'arrêt *Fidium Finanz* ne fait qu'une référence implicite à l'accès efficace au marché : « le régime litigieux a pour

efficaces doit être protégée, en ce compris les opérateurs plus efficaces que les opérateurs nationaux qui pourraient proposer des offres particulièrement basses. Cependant, ceci démontre une application particulièrement large de l'entrave, fût-ce en termes d'efficacité économique. En effet, l'incidence de la réglementation sur la demande, c'est-à-dire sur les pouvoirs adjudicateurs, n'est pas analysée en détail. La Cour de justice n'explique pas en quoi cette règle oriente le choix des pouvoirs adjudicateurs vers les entreprises nationales, c'est-à-dire en quoi la règle protège le marché national. D'ailleurs, les entreprises nationales qui présentent des offres anormalement basses sont également exclues de la procédure de mise en concurrence et sont donc traitées d'une manière aussi défavorable. L'identification de la restriction à un accès efficace des opérateurs établis à l'étranger ne nous semble pas établie. Il en va de même, dès lors, pour ce qui concerne la discrimination indirecte. Or, la démonstration suivante suffisait pour relever le caractère illicite de la réglementation au regard des principes applicables en droit des marchés publics :

« La privation de cette faculté va également à l'encontre de l'intérêt propre des pouvoirs adjudicateurs, en raison du fait qu'ils ne sont pas en mesure d'apprécier les offres qui leur sont soumises dans des conditions de concurrence effective et donc d'attribuer le marché en application des critères, établis également dans l'intérêt public, du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse »²⁰⁷⁷.

Ces aspects semblent plus pertinents : la concurrence entre opérateurs économiques peut être effective au stade de la formulation des offres. Ce passage souligne que le droit des marchés publics se prête à une mise en concurrence effective des opérateurs économiques, de manière à ce que les opérateurs efficaces puissent présenter des offres particulièrement basses. L'accès aux marchés publics est donc entendu dans un contexte concurrentiel. Une concurrence de préemption s'exerce donc de manière efficace en amont de l'échange économique, même si un seul opérateur, choisi par le pouvoir adjudicateur, pénètre en réalité le marché public en question.

Cette référence à la concurrence efficace en matière de marchés publics conduit à un double constat. D'une part, l'importance de la prise en considération explicite des consommateurs finals lorsque la concurrence est en question est relativisée. Ce qui compte, c'est que la

effet d'empêcher l'accès au marché financier allemand des opérateurs économiques n'ayant pas les aptitudes requises par le KWG ».

²⁰⁷⁷ *Idem*, pt 29.

confrontation entre les offreurs (les candidats au marché public) et la demande (le pouvoir adjudicateur, assimilable à un consommateur intermédiaire) soit dynamique. D'autre part, la concurrence efficace tend non seulement à préserver la non-discrimination entre les offreurs, mais aussi à assurer une protection des fournisseurs vis-à-vis de l'acheteur. En effet, garantir une allocation efficace des ressources ne peut s'effectuer à sens unique et profite en théorie à l'ensemble des acteurs présents sur le marché²⁰⁷⁸.

Il ressort de ces développements que l'accès est entendu dans un contexte concurrentiel dans l'ensemble des marchés qui obéissent à une procédure de mise en concurrence ou qui sont nouvellement ouverts à la concurrence. De plus, la poursuite de l'objectif consistant à assurer les conditions d'une concurrence efficace sur les marchés est idoine lorsque ces marchés sont suffisamment libéralisés. L'objectif trouve également sa place en matière de marchés obéissant à des procédures de mise en concurrence, fût-ce sous la forme d'une concurrence de préemption.

Conclusion du chapitre 2

Il ressort de ces considérations que l'hétérogénéité des formes prises par l'accès en droit communautaire matériel est relative. Lorsque l'accès à un marché est libre, la définition de l'accès inclut non seulement la faculté d'entrer sur celui-ci, mais aussi celle de s'y maintenir et d'y prospérer. L'étude de la notion d'accès démontre ainsi une convergence des droits de la libre circulation et de la concurrence, dans la mesure où l'accès à un marché libre tend à être entendu comme l'accès efficace à ce marché. La libéralisation progressive des marchés nouvellement ouverts à la concurrence et le respect des procédures de mise en concurrence dans le domaine des marchés publics converge également, en ce sens que l'accès est nécessairement entendu dans un contexte concurrentiel. Dans l'ensemble de ces marchés, la concurrence oriente donc la définition de l'accès, tandis que le juge communautaire joue le rôle de régulateur final de l'accès.

Conclusion du Titre 1^{er}

²⁰⁷⁸ V., par analogie, les remarques de R. KOVAR in « Les acheteurs institutionnels et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, 1.2007, étude 1, p. 7, qui commente en particulier l'arrêt CJCE, 11.7.2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commission*, C-205/03 P, *Rec.*, p. I-6295. Selon cet auteur, les fournisseurs ne sont pas protégés face à un acheteur institutionnel. La poursuite de la concurrence efficace en matière de marchés publics pourrait permettre de protéger les candidats face à la puissance d'un pouvoir adjudicateur.

Si la raison d'être du droit du marché intérieur consiste à lever les restrictions publiques et privées à un accès efficace au marché en cause, il est nécessaire de délimiter le marché pertinent afin de démontrer sur des bases solides les effets des réglementations ou pratiques litigieuses sur le marché. Une fois le marché délimité, l'appréciation du juge communautaire dépend ainsi de l'incidence des réglementations ou pratiques litigieuses sur les conditions des échanges. Or, plus le marché se libéralise, plus le juge est contraint de dépasser une simple protection de l'accès au marché aux fins de privilégier une régulation neutre de l'accès à l'échange économique. La concurrence qui s'exerce sur le marché a donc une influence décisive sur la définition économique de l'accès à ces marchés.

Il convient à présent d'étudier les moyens qui permettent à des règles nationales ou des pratiques litigieuses d'entreprises de ne pas être qualifiées de restrictions à l'accès au marché, ainsi que les moyens qui sont offerts pour justifier ces restrictions. La complémentarité entre le droit de la libre circulation et de la concurrence s'observe également dans ce domaine.

Titre 2 : La complémentarité des régimes de la restriction à l'accès au marché

L'évolution conjointe des droits de la libre circulation et de la concurrence d'une protection de la liberté d'accès au marché des opérateurs économiques vers la promotion de l'efficacité de l'accès au marché²⁰⁷⁹ conduit à comparer les modes de justification des différents types d'entraves aux échanges.

La poursuite d'un intérêt général peut traditionnellement justifier une entrave à la libre circulation, tandis qu'une restriction à la libre concurrence peut notamment être justifiée par des considérations tirées de l'efficacité économique. Pourtant, une première convergence est à observer en tant que l'efficacité et la concurrence sont d'intérêt général²⁰⁸⁰. Ainsi, l'étude de la complémentarité des régimes de la restriction à l'accès au marché conduit à se demander, d'une part, dans quelle mesure une limitation de l'accès au marché peut ne pas être qualifiée de restriction au sens du Traité par le biais de considérations relatives à l'intérêt général et/ou à l'efficacité économique(s). D'autre part, il s'agit d'envisager dans quelle mesure ces considérations peuvent permettre de justifier une telle limitation lorsque la qualification de restriction au sens du Traité est retenue²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁹ V. Partie 1, Titre 2, et Partie 2, Titre 2, Ch. 2, Section 1. Cette évolution est certes plus marquée en droit communautaire de la concurrence. En droit de la libre circulation, certains arrêts récents faisant application du critère de l'accès au marché ne font aucunement référence à l'efficacité économique. V. par ex. CJCE, 17.7.2008, *Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media*, C-500/06, n.e.p., pt. 33. De plus, certains arrêts, et en particulier ceux qui explicitent les droits reconnus au citoyen européen, qualifient une mesure étatique de restriction à la libre circulation indépendamment de toute considération relative à l'accès au marché.

²⁰⁸⁰ La question de savoir si l'intérêt général est entendu dans sa dimension communautaire ou nationale est développée *infra* sous Chapitre 1, introduction. Le fait que la concurrence soit d'intérêt général est abordé *in* Chapitre 1, Section 2, I.

²⁰⁸¹ Le régime des entraves privées et publiques est ici entendu au sens large. Il inclut non seulement les moyens permettant de justifier les restrictions aux libertés de circulation et à la libre concurrence mais aussi les moyens qui permettent à ces entraves d'échapper aux qualifications requises par le Traité. Ceci permet d'inclure la théorie des exigences impératives dans ce titre, même si la question de savoir si l'application de la théorie relève de la qualification ou du régime des restrictions est controversée. Par ailleurs, ce titre 2 envisage également la question de savoir comment l'allégation de gains d'efficacité permet d'échapper à la qualification de pratique anticoncurrentielle au sens de l'article 81 ou de l'article 82 TCE, dans l'objectif de développer les références aux gains d'efficience dont il a été en partie question *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1.

La convergence des régimes des restrictions publiques et privées à l'accès au marché peut alors être envisagée sous deux angles. D'une part, on peut s'intéresser à la question de savoir comment la poursuite de l'intérêt général oriente les décisions en matière de droit de la libre circulation et de droit de la concurrence. Or, les restrictions étatiques à l'accès au marché peuvent être justifiées par des motifs tirés de l'intérêt général et la mise en œuvre des règles du droit communautaire de la concurrence concourt aussi à l'intérêt général. Des raisons tirées de l'intérêt général permettent en outre d'écarter la qualification d'une pratique au regard de l'article 81 voire de l'article 82 TCE.

D'autre part, il paraît pertinent d'étayer la possibilité de justifier des restrictions à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'efficacité économique. L'efficacité économique est essentielle dans la qualification des comportements anticoncurrentiels, en ce qu'elle permet d'écarter à certaines conditions la qualification d'une pratique en vertu de l'article 81 ou 82 TCE. Cela est acquis aussi en vertu de l'article 81 §3 pour l'exemption des accords restrictifs de la concurrence. De plus, certaines restrictions étatiques à la libre circulation sont justifiées par des raisons d'intérêt général qui comportent une dimension économiques ; d'autres mesures sont aussi qualifiées en ce qu'elles empêchent un accès efficace au marché. Nous proposons alors de réfléchir à la question de savoir comment l'efficacité économique pourrait être utilisée dans le mode de justification des entraves étatiques à l'accès au marché.

Que l'entrave aux échanges soit mise en place par l'État ou une entreprise, il s'agit d'analyser d'abord la possibilité qu'une restriction à l'accès au marché soit « mise à l'écart »²⁰⁸² pour des raisons liées à l'intérêt général (chapitre 1). Ensuite, il sera possible d'envisager comment des considérations relatives à l'efficacité économique permettent d'écarter la qualification d'une restriction à l'accès au marché ou de maintenir dans l'ordre juridique et concurrentiel certaines d'entre elles (chapitre 2).

²⁰⁸² La « mise à l'écart » d'une restriction à l'accès au marché englobe non seulement l'hypothèse dans laquelle une mesure ou une pratique n'est pas qualifiée de restriction à l'accès au marché, mais également celle dans laquelle la restriction est maintenue pour des raisons tirées de l'intérêt général ou de l'efficacité économique. L'emploi de cette expression se justifie en tant que dans l'ensemble de ces cas, les éléments empêchant la qualification ou justifiant la qualification de restriction à l'accès au marché prennent le dessus sur la qualification elle-même.

Chapitre 1 : La mise à l'écart de la restriction à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'intérêt général

Notre propos consiste à examiner dans quelle mesure des raisons tirées de l'intérêt général peuvent conduire à la non-qualification d'une mesure étatique ou privée de restriction à l'accès au marché au sens du Traité, ou au contraire à la justification d'une telle restriction lorsque la qualification au regard du Traité est retenue.

Il convient au préalable de donner les grandes lignes d'une définition de l'expression « intérêt général ». D'un point de vue juridique, l'intérêt général constitue « *ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* »²⁰⁸³. Ainsi, l'intérêt général, non marchand, transcende les intérêts particuliers²⁰⁸⁴. Au contraire, le comportement d'un opérateur économique est essentiellement motivé par la volonté de tirer profit de son accès au marché²⁰⁸⁵. Aujourd'hui, cette opposition entre l'intérêt général et les intérêts particuliers est profondément remise en cause. Le Conseil d'État remarquait il y a dix ans que « *d'intéressantes convergences peuvent être constatées, entre l'approche par le marché et l'approche par l'intérêt général* »²⁰⁸⁶. Parallèlement, Guylain CLAMOUR défend non seulement « *l'enrichissement de la notion d'intérêt général par la concurrence* », mais aussi « *l'ajustement des fonctions de l'intérêt général par la concurrence* »²⁰⁸⁷. Le droit communautaire n'échappe bien évidemment pas à une telle observation.

Avant d'étayer ces remarques, nous noterons que le « référentiel géographique » de l'intérêt général invoqué est variable, aussi bien en matière de libre circulation qu'en droit de la concurrence. Pour ce qui concerne le droit de la libre circulation, l'intérêt général est

²⁰⁸³ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 6^e éd., 2004, sous l'entrée *intérêt*. En autres innombrables études sur l'intérêt général en France, on peut se référer not. à l'approche synthétique de B. STIRN, « intérêt », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy, PUF, Paris, 2003, p. 837.

²⁰⁸⁴ En ce sens, v. Conseil d'État, *L'intérêt général*, Rapport public, Études et documents n° 50, La documentation Française, Paris, 1999, p. 246 et s. L'étude détaille p. 253 à 261 la distinction entre la conception utilitariste (l'intérêt général est la somme des intérêts particuliers) et volontariste (l'intérêt général dépasse les intérêts particuliers) de l'intérêt général, cette dernière ayant prévalu dans la tradition française.

²⁰⁸⁵ On peut se référer à la citation de BALZAC, citée in dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007 sous l'entrée *intérêt* : « La loi de l'Intérêt général (...) est détruite par la loi de l'Intérêt particulier (...) qui engendre l'égoïsme ».

²⁰⁸⁶ Conseil d'État, *L'intérêt général*, rapport préc. note 2084, p. 246.

²⁰⁸⁷ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence – Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2006 ; il s'agit des titres des deux parties de cet ouvrage.

principalement entendu dans sa dimension nationale²⁰⁸⁸. La possibilité d'avancer des raisons d'intérêt général pour justifier des mesures restrictives constitue une « *réserve de compétence des États* »²⁰⁸⁹. Néanmoins, l'intérêt général relatif à la protection des consommateurs²⁰⁹⁰ et à celle de l'environnement²⁰⁹¹ comporte une dimension communautaire²⁰⁹². Ceci peut entraîner un contrôle plus sévère des justifications avancées par les États membres dans ce domaine²⁰⁹³. En revanche, l'intérêt général est *a priori* entendu dans sa dimension communautaire en droit de la concurrence²⁰⁹⁴. L'article 21 §4 du règlement n° 139/2004/CE relatif au contrôle des concentrations permet cependant aux États membres d'interdire une concentration en avançant un intérêt public national²⁰⁹⁵. Ces catégorisations sont relatives, il serait arbitraire de retenir une seule « dimension géographique » de l'intérêt général en droit communautaire

²⁰⁸⁸ C'est en particulier le cas pour les motifs tirés de la moralité publique, de l'ordre public, de la sécurité publique, et de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique mentionnés à l'article 30 TCE. La protection de l'ordre ou de la sécurité publics peut justifier aussi une restriction à la libre circulation des capitaux (article 58 TCE), à la libre prestation des services et à la libre circulation des personnes (articles 39 et 46 TCE). Les articles 2, 33, 35 §5 TUE et 64, 68, 186 et 297 TCE confirment que les États membres sont compétents en matière d'ordre public. Par ailleurs, les emplois dans l'administration publique ne sont pas visés par la libre circulation des personnes (art. 39 §4 TCE).

²⁰⁸⁹ V. par ex., J. MOLINIER et N. De GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, Systèmes, LGDJ, 2^{de} éd, Paris, 2008, p. 68.

²⁰⁹⁰ La politique communautaire de protection des consommateurs est mentionnée à l'art. 3 sous t) et détaillée à l'art. 153 TCE.

²⁰⁹¹ La politique communautaire de l'environnement est mentionnée à l'art. 3 sous l) TCE, ainsi qu'aux art. 6 (où l'environnement fait figure d'objectif transversal de l'ensemble des politiques communautaires) et 95 §3. Cette politique est détaillée aux art. 174 à 176 TCE. L'article 95 §§ 4 et 5 permet cependant à un État membre de demander de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences tirées notamment de la protection de l'environnement, en dépit de l'adoption d'une mesure d'harmonisation. L'environnement semble donc être entendu ici au niveau national, même si la reconnaissance d'une telle exception confirme l'importance au niveau communautaire de la protection de l'environnement. La dimension communautaire de la protection de l'environnement est affirmée dès CJCE, 7.2.1985, *Proc. de la République c. association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, 240-83, *Rec.*, p. 531, pts 12 et 13 et confirmée après l'Acte unique européen not. in CJCE, 20.9.1998, *Commission c. Danemark, emballages recyclables*, 302-86, *Rec.*, p. 4607, pt 8. Sur cette question, v. not. F. SIMONETTI, « Le droit européen de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 67.

²⁰⁹² Sur cette question v. not. C. BOUTAYEB, « Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire », *RTDE*, 2003, p. 587, et F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, thèse, Strasbourg, 2001. V. également V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 66 et s., qui définit la notion d'intérêt communautaire sous ses angles matériel et fonctionnel, et G. CLAMOUR, ouvrage préc. note 2087, p. 370 et s. L'auteur distingue l'intérêt communautaire tenant à la réalisation du Marché commun (p. 370-373) de l'intérêt général de la Communauté tenant à la défense des institutions communautaires (p. 373-374). Ce dernier aspect n'est pas abordé ici.

²⁰⁹³ Sur cette question, v. en particulier M. TINÇ, *Le contrôle de proportionnalité des mesures restrictives des échanges*, thèse, Strasbourg, 2009.

²⁰⁹⁴ En ce sens et sur ce thème, v. en particulier L. IDOT, « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JTDE*, 10.2007, p. 225, introduction, et la doctrine à laquelle l'auteur renvoie à la n.b.p. 5.

²⁰⁹⁵ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JO L 24* du 29.1.2004, p. 1. De même, les considérations d'intérêt général avancées en vertu de l'article 81 §3 TCE sont *a priori* nationales (v. *infra*). La dimension communautaire de l'intérêt général en droit de la concurrence est étayée dans la Section 2 de ce chapitre.

matériel. Cependant, le développement de l'intégration des marchés nationaux amène de plus en plus à considérer l'intérêt public dans sa dimension communautaire.

Dans la ligne des études du Conseil d'État et de celle de Guylain CLAMOUR, l'approche développée ici vise à mettre en évidence les convergences entre l'intérêt général et le marché en droit communautaire matériel au moment de « mettre à l'écart » la restriction à l'accès au marché : l'intérêt général peut en effet motiver l'absence de qualification d'une mesure de restriction à l'accès au marché ou au contraire la justifier. Une telle complémentarité dans le régime des restrictions à la libre concurrence et à la libre circulation serait alors la résultante de l'utilisation d'un critère commun dans l'identification d'une restriction aux échanges, à savoir celui de l'atteinte portée à l'accès efficace au marché.

En matière de libre circulation, des raisons tirées de l'intérêt général peuvent permettre de ne pas qualifier²⁰⁹⁶ ou de justifier une restriction au sens du Traité. Or, la place de l'intérêt général se solidifie en droit communautaire de la concurrence, de sorte que l'on pourrait considérer que celui-ci s'inspire du modèle que constitue le droit communautaire de la libre circulation en la matière. De l'autre côté, même si des raisons « purement économiques » ne peuvent en principe justifier une entrave étatique à la libre circulation, le motif d'intérêt général invoqué est lié à des considérations mercantiles dans de nombreuses situations. Ainsi, la complémentarité des deux sphères principales du droit communautaire matériel ressort aisément d'une étude « en miroir » de la place de l'intérêt général en la matière.

Les restrictions étatiques apportées à la libre circulation peuvent en effet être justifiées par des motifs d'intérêt général. Le marché constitue cependant une composante des motifs d'intérêt général invoqués dans de nombreux cas (section 1). Le droit de la concurrence tend à reproduire ce modèle. Non seulement il concourt à l'intérêt général, ce qui légitime la réduction de la sphère de l'action étatique soustraite au libre jeu du marché. De plus, des considérations tirées de l'intérêt général justifient certaines pratiques anticoncurrentielles et permettent à des comportements litigieux de ne pas être qualifiés comme telles (section 2).

²⁰⁹⁶ L'expression « ne pas qualifier » est pertinente pour ce qui concerne les mesures nationales qui répondent à des exigences impératives ou impérieuses d'intérêt général, dans la mesure où ces mesures sont traditionnellement exclues du champ d'application des articles du Traité pertinents. Néanmoins, par souci de simplification et conformément à l'approche suivie par la Cour de justice dans de nombreux arrêts, l'expression « justification pour des raisons liées à l'intérêt général » englobe dans les développements qui suivent l'application de la théorie des exigences impératives à une mesure nationale. De plus, il sera argué dans le chapitre suivant (Section 2, I) que le régime des restrictions étatiques aux échanges se globalise.

Section 1 : Le modèle – la mise à l'écart d'une restriction étatique à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'intérêt général

L'intérêt général constitue l'objectif principal que poursuivent en principe les États membres lorsqu'ils réglementent les relations qui se nouent dans la société. En droit public français, le Conseil d'État considère l'intérêt général comme « *la fin ultime de l'action publique* »²⁰⁹⁷. L'intérêt général est comparé par exemple à « *la pierre angulaire de [cette] action, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité* »²⁰⁹⁸. Ceci ressort également du droit communautaire et des droits nationaux. Dans chacun de ces ordres juridiques, l'intérêt général constitue « *la boussole juridique de l'organisation sociale* »²⁰⁹⁹.

Le droit des libertés de circulation s'adresse en priorité aux États membres. Il va dès lors de soi qu'une restriction étatique à l'accès au marché puisse en théorie être justifiée par des raisons liées à l'intérêt général²¹⁰⁰. L'appréciation des réglementations nationales au regard du droit des libertés de circulation est cependant conditionnée à l'absence de réglementations communautaires pertinentes harmonisant complètement le domaine en question²¹⁰¹.

Ces raisons d'intérêt général figurent pour partie dans le Traité, tandis que d'autres ont été dégagées par la Cour de justice, à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon*. Or, depuis cet arrêt, les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables ne sont pas appréciées de la même façon. L'arrêt *Cassis* permet que les États membres prennent des réglementations indistinctement applicables qui affectent la libre circulation des marchandises si elles sont « *nécessaires pour satisfaire des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* »²¹⁰². La protection de la santé publique mise à part, ces exigences impératives n'étaient pas mentionnées dans le Traité original. La

²⁰⁹⁷ Conseil d'État, *L'intérêt général*, rapport préc. note 2084, p. 12.

²⁰⁹⁸ *Idem*, p. 245.

²⁰⁹⁹ CLAMOUR G., ouvrage préc. note 2087, p. 382.

²¹⁰⁰ Comme annoncé en introduction, le fait que le droit de la concurrence concoure à l'intérêt général mérite au contraire d'être étayé, v. Section 2.

²¹⁰¹ Ceci est la résultante notamment de l'article 94 CE, qui énonce : « le Conseil (...) arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ». En ce sens, v. not. K. MORTELMANS, « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, p. 410, sp. 420. Sur cette question, v. aussi A. et G. DECOCQ, *Droit européen des affaires*, LGDJ, Paris, 2003, p. 448 à 451.

²¹⁰² CJCE, 20.2.1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, 120-78, *Rec.*, p. 649, pt 8, 2^e al.

CJCE a rallongé la liste des exigences impératives de manière significative²¹⁰³. La théorie a été appliquée dans le cadre des autres libertés de circulation, pour lesquelles la Cour de justice utilise néanmoins les expressions d'exigences impérieuses ou de raisons impératives d'intérêt général²¹⁰⁴. Notre propos vise ici à distinguer les motifs d'intérêt général entre eux, en fonction de leur détachement de considérations économiques ou de leurs liens avec elles²¹⁰⁵.

Selon une conception volontariste, l'intérêt général transcende les intérêts particuliers. L'intérêt général dépasse les intérêts marchands, il peut être entendu dans un sens essentiellement juridique (I). Néanmoins, dans de nombreux cas, il est évident que l'objectif d'intérêt général invoqué comporte une incidence économique plus ou moins accentuée. En matière de libre circulation, l'important devient alors de veiller à ce que l'objectif invoqué par un État membre ne sert pas des fins protectionnistes²¹⁰⁶ (II).

I. La justification d'une restriction étatique à l'accès au marché pour des raisons essentiellement non marchandes

Les objectifs essentiellement non économiques qui peuvent justifier une entrave étatique aux échanges sont énumérés dans le Traité (A) ou ont été reconnus par la Cour de justice, en application de la théorie des exigences impératives²¹⁰⁷ (B).

²¹⁰³ Les principales exigences impératives reconnues par la jurisprudence sont mentionnées *infra* et distinguées en fonction de leur caractère essentiellement non-marchand ou essentiellement économique.

²¹⁰⁴ En matière de libre prestation des services, v. en particulier les arrêts de la CJCE en date du 25.7.1991 : *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007, pts 12 et 15 ; *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069 et *M. Säger c. Dennemeyer*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221. En matière de libre circulation des travailleurs, v. not. CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. J.-M. Bosman e.a.*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, à propos « des objectifs consistant à assurer le maintien d'un équilibre entre les clubs, en préservant une certaine égalité des chances et l'incertitude des résultats, ainsi qu'à encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs », pt 106. Dans le cadre de la liberté d'établissement, v. not. CJCE, 31.3.1993, *D. Kraus c. Land Baden-Württemberg*, C-19/92, *Rec.*, p. I-1663. En matière de capitaux, v. not. CJCE, 7.9.2004, *P. Manninen*, C-319/02, *Rec.*, p. I-7477, pt 29. V. HATZOLPOULOS, in « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, p. 191, sp 200-201, énumère différentes exigences impérieuses reconnues dans le cadre de la libre prestation des services, de la liberté d'établissement, de la libre circulation des travailleurs. Nous ne prétendons pas reprendre cette liste ici.

²¹⁰⁵ L'opportunité de maintenir ou non la différence de régime en fonction de la nature discriminatoire ou indistinctement applicable de la mesure litigieuse est envisagée *infra*, Ch. 2, Section 2, I.

²¹⁰⁶ La distinction entre objectifs économiques et non économiques est fréquente dans les présentations qui sont faites des libertés de circulation. Pour un exemple en libre circulation des marchandises, v. A. et G. DECOCQ, ouvrage préc. note 2101, sp. p. 431 et s., qui opposent, parmi les causes de justification prévues par l'article 30 TCE, les intérêts publics primordiaux de nature non économique à la protection de la propriété industrielle et commerciale.

²¹⁰⁷ Il est proposé de ne retracer ici que les grandes lignes des développements substantiels auxquels cette théorie a donné lieu dans la jurisprudence de la Cour de justice.

A. Les raisons essentiellement non marchandes prévues dans le Traité

Une restriction à la libre circulation peut d'abord être justifiée par des raisons tirées de l'ordre public et de la sécurité publique. C'est le cas pour chacune des libertés²¹⁰⁸. Ici, un objectif en apparence non marchand justifie une limitation apportée à ces libertés, même si le champ des raisons d'ordre public²¹⁰⁹ et de sécurité publique²¹¹⁰ peut s'étendre aux activités économiques.

La possibilité pour les États membres de justifier des restrictions à la libre circulation par des raisons d'ordre public est étroitement encadrée. Elle ne permet pas de limiter l'application des règles de la libre circulation dans des secteurs économiques concurrentiels. La Cour le rappelle à propos d'une restriction espagnole à l'accès à l'activité de sécurité privée :

« la faculté pour les États membres de limiter la libre circulation des personnes pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique n'a pas pour objet de mettre des secteurs économiques tels que celui de la sécurité privée à l'abri de l'application de ce principe, du point de vue de l'accès à l'emploi, mais vise à permettre aux États de refuser l'accès ou le séjour sur leur territoire à des personnes dont l'accès ou le séjour sur ces territoires constituerait, en tant que tel, un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique »²¹¹¹.

Dans l'hypothèse d'une mesure nationale qui limite l'accès à l'échange économique pour des raisons tirées de l'ordre public, cet extrait est emblématique de la rigueur avec laquelle cette exception prévue par le Traité est interprétée. On peut alors se demander de quelle manière les considérations économiques influent sur l'interprétation des objectifs de nature essentiellement non marchande en droit communautaire de la libre circulation.

Certes, certains motifs ne sont pas touchés par le développement du marché. Ils sont toutefois peu nombreux (1). D'autre part, l'interprétation des raisons essentiellement non marchandes invoquées par les États est affectée par le développement communautaire des activités économiques (2).

²¹⁰⁸ Libre circulation des marchandises : article 30 TCE ; libre circulation des travailleurs : article 39 §3 TCE ; liberté d'établissement et libre prestation des services: article 46 TCE ; libre circulation des capitaux : article 58 TCE.

²¹⁰⁹ CJCE, 23.11.1978, *Regina c. E. G. Thompson e.a.*, 7-78, *Rec.*, p. 2247, à propos du droit de battre monnaie, principale prérogative économique de l'État.

²¹¹⁰ CJCE, 10.7.1984, *Campus Oil Limited e.a. c. Ministre pour l'Industrie et l'Énergie e.a.*, 72-83, *Rec.*, p. 2727.

²¹¹¹ CJCE, 29.10.1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, *Rec.*, p. I-6717, pt 42. L'activité de sécurité privée ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique, v. *infra*, sous A. 2.

1. Les motifs non marchands *stricto sensu*

Parmi les motifs non marchands, il convient d'abord de se référer à la moralité publique. Ce motif n'est mentionné qu'à propos de la libre circulation des marchandises, mais il est reconnu aussi pour les autres libertés consacrées dans le Traité²¹¹². Cet objectif peut être défini indépendamment de toute référence à l'économie. Le sens de l'expression « moralité publique » est en effet étranger au marché²¹¹³. La moralité publique peut alors être invoquée à juste titre pour limiter certaines activités économiques²¹¹⁴.

Ensuite, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique²¹¹⁵, propre à la libre circulation des marchandises²¹¹⁶, permet de placer en dehors du marché certains biens. L'objectif est non marchand, mais il est mieux compris par sa relation « négative » avec le marché. L'indépendance de la protection des trésors nationaux vis-à-vis du marché n'exclut cependant pas de considérer cette activité comme étant économique²¹¹⁷. En matière de libre circulation des marchandises, la préservation des végétaux constitue aussi un objectif non marchand, même si l'accomplissement d'une activité qui tend à une telle préservation est économique²¹¹⁸.

²¹¹² Article 30 CE. La moralité publique constitue une composante de l'ordre public. C'est l'objectif de moralité publique qui justifiait une mesure d'expulsion dont avait fait l'objet des prostituées, *in* CJCE, 18.5.1982, *R. Adoui c. Belgique e.a.* et *D. Cornuaille c. Belgique*, 115 et 116-81, *Rec.*, p. 1665, pt 2. La moralité publique peut donc sous-tendre une mesure d'ordre public dans le cadre de la libre circulation des personnes. La mesure litigieuse est cependant illégale en ce que la pratique de la prostitution ne donnait pas lieu à des pratiques répressives en Belgique.

²¹¹³ Selon le dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007, la moralité est « la valeur au point de vue moral, éthique ». La « moralité publique » serait alors la protection de cette valeur assurée par l'État.

²¹¹⁴ V. par ex. en droit français, CE, 18.12.1959, *Sté Les films Lutétia*, req. N° 36385 et 36428, où ce motif justifie l'interdiction de la projection d'un film. V. aussi CE, 27.10.1995, *Cne de Morsang sur Orge*, 136727, où l'activité de lancer de nain est interdite pour des raisons tenant à la dignité de la personne humaine. En droit communautaire, v. CJCE, 14.12.1979, *Regina c. M. D. Henn et J. F. E. Darby*, 34-79, *Rec.*, p. 3795 et CJCE, 11.3.1986, *Congate Limited c. HM Customs & Excise*, 121-85, *Rec.*, p. 1007.

²¹¹⁵ Article 30 TCE. Ce motif n'a fait, à notre connaissance, l'objet d'aucune jurisprudence. Sur cette question, v. not. T.-L. MARGUE, « la protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché : problèmes et perspectives », *RMC*, 1992, p. 905.

²¹¹⁶ Les raisons impérieuses d'intérêt général tenant à la conservation du patrimoine historique et artistique national (CJCE, 26.2.1991, *Commission c. Italie*, C-180/89, *Rec.*, p. I-709, pt 20) et à la valorisation des richesses historiques et archéologiques (CJCE, 26.2.1991, *Commission c. France*, C-154/89, *Rec.*, p. I-659, pt 17 et *idem*, *Commission c. Grèce*, C-198/89, *Rec.*, p. I-727, pt 21) ont cependant été reconnues en libre prestation des services, dans les affaires des guides touristiques.

²¹¹⁷ Sur la distinction entre activités non marchandes et activités marchandes, qui ne se superpose pas sur la distinction entre activités économiques et non économiques, v. not. J.-P. KOVAR, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *DA*, 12.2007, p. 7, sp. 10-11, qui aborde les approches différentes entre le droit public français et le droit communautaire sur cette question.

²¹¹⁸ CJCE, 8.7.1975, *Rewe-Zentralfinanz eGmbH c. Landwirtschaftskammer*, 4-75, *Rec.*, p. 843, pt 7, dans lequel la Cour admet la possibilité d'un contrôle phytosanitaire de végétaux à la frontière afin de préserver les végétaux.

Ces motifs constituent les seules raisons qui semblent en elles-mêmes étrangères à l'activité économique marchande. Les interprétations dont font l'objet les autres motifs non marchands énoncés dans le Traité montrent que ces derniers peuvent difficilement être appréhendés de manière indépendante de considérations marchandes.

2. L'incidence du développement communautaire des activités économiques sur l'interprétation des raisons d'intérêt général non économique

L'incidence du développement communautaire des activités économiques est d'abord perceptible pour ce qui concerne la faculté reconnue aux États membres de réserver les emplois de l'administration publique aux ressortissants nationaux²¹¹⁹. Ainsi, ces emplois peuvent être placés en dehors du marché des travailleurs européens. Or, l'interprétation rigoureuse de cette exception conduit à une réduction du champ des emplois qui peuvent être réservés aux nationaux²¹²⁰ : ces emplois ne peuvent être réservés aux nationaux pour des raisons économiques. Dès lors, la définition fonctionnelle de la notion d'emploi de l'administration publique permet à la Cour de développer la concurrence entre ressortissants nationaux et communautaires pour l'accès à des emplois réservés en principe aux premiers. Ceci revient à limiter le champ d'un objectif non marchand afin de développer la concurrence dans un secteur initialement monopolisé.

Des remarques parallèles peuvent être formulées à propos de l'exclusion du champ d'application de la liberté d'établissement des activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique²¹²¹. La CJCE décide par exemple que l'exception de l'article 45 1^{er} alinéa du Traité ne s'applique ni à la fonction de commissaire agréé au contrôle des entreprises d'assurance en Belgique²¹²², ni à la profession d'avocat²¹²³, en ce qu'elles ne font pas participer les intéressés à l'exercice de l'autorité publique. Il en va de même pour

²¹¹⁹ Article 39 §4 CE.

²¹²⁰ V. par exemple CJCE, 17.12.1980, *Commission c. Belgique*, 149-79, *Rec.*, p. 3881, pt 7, dans lequel la Cour de justice définit elle-même la notion d'emplois dans l'administration publique ; il s'agit des emplois « qui ont un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, auxquels doivent être assimilés les intérêts propres des collectivités publiques, telles que les administrations municipales ».

²¹²¹ Article 45 CE, 1^{er} al.

²¹²² CJCE, 13.7.1993, *A. Thijssen c. Controldienst voor de verzekeringen*, C-42/92, *Rec.*, p. I-4047.

²¹²³ CJCE, 21.6.1974, *J. Reyners c. Belgique*, 2-74, *Rec.*, p. 631, pt 55, « même si l'accomplissement des activités [de consultation et d'assistance juridique, ou de représentation et de défense des parties en justice] fait l'objet d'une obligation ou d'une exclusivité établies par la loi ».

l'activité de sécurité privée²¹²⁴. Ce mouvement suit le développement de l'application des règles du droit communautaire de la concurrence à des domaines de l'activité étatique initialement soustraits à toute compétition économique²¹²⁵.

L'approche relative à l'objectif de protection de la santé publique, mentionné pour chacune des libertés sauf en matière de libre circulation des capitaux²¹²⁶ est à cet égard différente. Certes, cet objectif ne peut être détaché de considérations marchandes²¹²⁷. Toutefois, quand bien même cet objectif est fréquemment rapproché du marché²¹²⁸, la solution retenue est loin d'être nécessairement à l'avantage de considérations exclusivement économiques :

« un marché national des médicaments soumis à prescription médicale pourrait être caractérisé par des facteurs non commerciaux, de sorte qu'une réglementation nationale fixant les prix auxquels certains médicaments sont vendus devrait, dans la mesure où elle fait partie intégrante du système de santé national, être maintenue »²¹²⁹.

L'arrêt *Apothekerkammer des Saarlandes* confirme, en tant que de besoin, la nature particulière du marché des médicaments, qui peut conduire un État membre à réserver la vente de ces produits aux pharmaciens²¹³⁰. Au regard de l'objectif de protection de la santé publique, Frédérique BERROD défend alors l'idée selon laquelle « *la libre circulation doit être soutenable, en ce sens qu'elle ne peut sacrifier les exigences d'intérêt général des États*

²¹²⁴ V. par ex., même si la liberté d'établissement n'était pas la seule affectée par la mesure espagnole, arrêt *Commission c. Espagne*, préc. note 2111, pts 36 et 37 : « l'activité de [l'activité des entreprises et du personnel de sécurité] n'implique pas que les entreprises et le personnel de sécurité soient investis de pouvoirs de contrainte. En effet, la simple contribution au maintien de la sécurité publique, à laquelle tout individu est appelé, ne constitue pas un exercice d'autorité publique ».

²¹²⁵ V. *infra* section 2, I, B.

²¹²⁶ Articles 30, 39 §3 et 46 TCE.

²¹²⁷ Pour une vue d'ensemble sur l'objectif de protection de la santé publique invoqué en libre circulation des marchandises, v. not. P. ICARD, *Droit matériel et politiques communautaires*, Droit public et Sciences politiques, Eska, Paris, 1999, p. 189 à 192.

²¹²⁸ V. entre autres innombrables arrêts, l'exigence impérative que constitue la recherche d'une réduction des frais de fonctionnement d'un système d'assurance maladie, c'est-à-dire un objectif budgétaire de l'État (CJCE, 7.2.1984, *Duphar BV e.a. c. Pays-Bas*, 238-82, *Rec.*, p. 523, pts 22 et 23, à propos de l'exclusion de certains médicaments au remboursement). V. aussi CJCE, 28.4.1998, *R. Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, pts 41 et 45, à propos d'une restriction non justifiée par des motifs tirés de la santé publique ; v. aussi CJCE, 23.10.2003, *Inizan*, C-56/01, *Rec.*, p. I-12403, pts 21 et 25, qui rappelle que les patients bénéficient de la libre circulation des services en tant que destinataires ; CJCE, 11.12.2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et J. Waterval*, C-322/01, *Rec.*, p. I-14887, à propos de la vente de médicaments par Internet ; CJCE, 15.7.2004, *Dowe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et C. Souranis*, C-239/02, *Rec.*, p. I-7007, sur les indications non trompeuses relatives à la santé qui peuvent figurer sur l'étiquetage des aliments.

²¹²⁹ Arrêt *DocMorris*, cité note précédente, pt 122.

²¹³⁰ CJCE, 19.5.2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, C-171 et C-172/07, n.e.p., sp. pt 60 ; v. V. MICHEL, « L'épouvantail du tout marché écarté et la santé publique valorisée », comm. n° 271, *Europe*, 7.2009.

membres »²¹³¹. Dans cet esprit, la protection de la santé publique, que sous-tend notamment l'objectif consistant à limiter le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale, participe au développement économique durable. Néanmoins, la concurrence en la matière ne peut se développer comme sur n'importe quel marché.

Ainsi, l'incidence du développement communautaire des activités économiques sur l'interprétation des raisons d'intérêt général essentiellement non économique est variable. La nature du marché en cause semble orienter différemment les solutions de la Cour : dans certains cas, le marché est banalisé alors que, dans d'autres, ses spécificités sont mises en avant, dans le but d'asseoir la décision sur une base plus solide. Les raisons essentiellement non marchandes découvertes par la CJCE témoignent également de l'incidence du marché en la matière.

B. Les raisons essentiellement non marchandes découvertes par la CJCE

Au-delà de l'objectif de santé publique qui n'est pas seulement marchand, la formulation de ce motif dans le Traité aurait pu laisser croire que l'application de la théorie des exigences impératives par la CJCE n'aurait donné lieu à la reconnaissance que de motifs essentiellement économiques²¹³². De nombreux motifs essentiellement non marchands ont cependant été reconnus par la suite. Il ne s'agit pas ici d'en faire une présentation exhaustive²¹³³, mais d'examiner seulement dans quelle mesure les principaux objectifs non économiques qui ont été consacrés se conjuguent avec des considérations marchandes.

Ce rapport dynamique entre le marché et des objectifs non marchands s'observe d'abord à propos de la protection de l'environnement. Elle constitue évidemment un objectif non marchand²¹³⁴. Cependant, la jurisprudence relative à l'article 81 TCE montre que la protection de l'environnement se conjugue avec des considérations économiques²¹³⁵. Le concept de développement durable est en effet pertinent pour l'ensemble du droit communautaire

²¹³¹ BERROD F., « Le développement durable, nouvelle frontière du marché unique », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D. (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Cahiers du Collège d'Europe n° 2, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, 2007, p. 353 (éd. 2005), p. 357, en réf. au pt 122 de l'arrêt *DocMorris*.

²¹³² Arrêt *Cassis de Dijon*, préc. note 2102, pt 8. V. le paragraphe précédent pour ce qui concerne la santé publique.

²¹³³ V. en particulier, V. HATZOLPOULOS, « exigences impératives ... », art. préc. note 2104.

²¹³⁴ Arrêt *association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, préc. note 2091, pt 13.

matériel, en ce compris le droit communautaire de la concurrence²¹³⁶. Les activités économiques participent évidemment à cet objectif. De même, une exigence impérative en apparence non marchande, à savoir les obligations déclaratives à des fins statistiques, participe à l'objectif de réalisation du marché intérieur²¹³⁷.

Ensuite, la Cour de justice a reconnu que la protection ou la promotion de la culture nationale ou régionale constitue une exigence impérative ou impérieuse d'intérêt général. Les particularités socioculturelles d'un État²¹³⁸ et la défense de l'œuvre cinématographique²¹³⁹ constituent en effet des objectifs en apparence non marchands. Les affaires relatives à l'ouverture des magasins le dimanche ou au prix du livre témoignent cependant du lien qui peut rapprocher culture et marché²¹⁴⁰. On peut alors avancer l'idée selon laquelle les objectifs tirés de la culture pourraient justifier certaines réglementations susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 TCE²¹⁴¹.

On notera enfin que les entraves étatiques à la libre circulation des sportifs ont donné lieu à une jurisprudence assez abondante, dans laquelle les motifs non économiques alternent avec les motifs économiques. La Cour de justice a certes eu l'occasion d'accepter que l'objectif économique consistant à assurer un équilibre financier entre les clubs soit invoqué²¹⁴². Néanmoins, plus récemment, la Cour a reconnu qu'une restriction étatique à la libre circulation des sportifs peut répondre à l'objectif qui consiste à assurer la régularité des

²¹³⁵ V. *infra* Section 2, II, B, qui analyse la prise en compte de l'objectif de protection de l'environnement dans le cadre de l'article 81 §3 TCE et sa « conjugaison » avec l'efficacité économique.

²¹³⁶ En ce sens, v. not. F. BERROD, « Le développement durable... », préc. note 2131, sp. 357. V. aussi G. MONTI, « article 81 EC and Public Policy », *CMLR*, 2002, n° 39, p. 1057, sp. 1075 : « la Commission transforme la définition de l'efficacité économique afin d'y inclure le concept de développement durable » (notre traduction).

²¹³⁷ CJCE, 25.6.1997, *Proc. pén. c. R. Kieffer et R. Thill*, C-114/96, *Rec.*, p. I-3629, pts 30 et 31. En l'espèce, ces entraves étaient « indispensables à l'obtention de renseignements raisonnablement complets et exacts sur les mouvements intracommunautaires de marchandises ».

²¹³⁸ CJCE, 20.6.1996, *Semeraro Casa Uno Srl e.a. c. Sindaco del Comune di Erbusco e.a.*, C-418 à C-421, C-460 à C-462, C-464/93, C-9 à C-11, C-14, C-15, C-23, C-24 et C-332/94, *Rec.*, p. I-2975, pt 25. V. aussi CJCE, 16.12.1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, C-169/91, *Rec.*, p. I-6635, pt 11.

²¹³⁹ CJCE, 11.7.1985, *Cinéthèque*, 60 et 61-84, *Rec.*, p. 2605, pts 18 et 20.

²¹⁴⁰ Sur l'ouverture des magasins le dimanche, v. not. les arrêts cités note 2138. Sur le prix du livre, v. CJCE, 10.1.1985, *Association des Centres distributeurs É. Leclerc e.a. c. SARL « Au blé vert » e.a.*, 229-83, *Rec.*, p. 1. L'interprétation donnée dans cet arrêt a été confirmée in CJCE, 3.10.2000, *Échirolles Distribution SA c. Association du Dauphiné e.a.*, C-9/99, *Rec.*, p. I-8207, pt 24. Dans l'arrêt *Leclerc*, le caractère discriminatoire de la mesure française fixant le prix du livre (pt 26) empêche d'invoquer à bon escient l'objectif de « la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre » (pt 30).

²¹⁴¹ MONTI G., art. préc. note 2136, p. 1089-1090. Ceci est abordé *infra* Section 2, A, 2.

²¹⁴² Arrêt *Bosman*, préc. note 2104, pt 106

compétitions sportives²¹⁴³. Parallèlement, la CJCE estime qu'une réglementation antidopage restrictive de la concurrence au sens de l'article 81 TCE est justifiée par un objectif légitime, à savoir « *l'organisation et le bon déroulement de la compétition sportive* »²¹⁴⁴. Dans ces arrêts, les considérations extra-marchandes, éthiques, sont déterminantes.

Il convient en outre, de s'intéresser aux droits fondamentaux. Certes, ils ne sont pas considérés comme des raisons non marchandes qui viendraient limiter l'exercice d'une liberté économique, celle-ci constituant d'ailleurs une liberté fondamentale. Toutefois, l'usage d'un droit fondamental peut venir justifier la limitation apportée à une liberté de circulation. Ainsi, la protection du droit de manifester légitime une entrave à la libre circulation des biens²¹⁴⁵. Inversement, la restriction à la libre circulation peut elle-même constituer une restriction à la liberté d'expression, ce qui permet à la Cour de justice d'apprécier si l'ingérence dans l'usage de cette liberté est raisonnable au regard d'objectifs économiques²¹⁴⁶. On peut alors estimer que libre échange et droits fondamentaux sont « *[mis] sur le même plan* »²¹⁴⁷, de sorte qu'il peut revenir au juge communautaire de résoudre « *un conflit opposant des droits fondamentaux* »²¹⁴⁸. Toutefois, la protection de ces droits peut révéler qu'un objectif d'intérêt général non marchand entretient des liens ambivalents avec le marché. En ce sens, la protection de la liberté d'expression inclut le pluralisme de la presse, c'est-à-dire la présence d'un nombre suffisant de journaux et magazines *nationaux* sur le marché²¹⁴⁹. Au-delà de cette controverse, droits fondamentaux et libertés économiques « dialoguent » : les uns justifient les limitations apportées aux libertés, tandis que les limitations apportées aux droits fondamentaux pour des raisons liées à la mise en œuvre des libertés économiques peuvent être justifiées par des raisons économiques.

²¹⁴³ CJCE, 13.4.2000, *J. Lehtonen e.a. c. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, C-176/96, *Rec.*, p. I-2681, pt 53, à propos d'une réglementation de cette fédération qui entravait la circulation des joueurs de baskets en fixant des délais pour les transferts des joueurs, justifiée par l'objectif d'assurer la régularité des compétitions sportives. Il s'agit de « motifs non économiques, intéressant uniquement le sport en tant que tel ».

²¹⁴⁴ CJCE, 18.7.2006, *D. Meca-Medina et I. Majcen c. Commission*, C-519/04 P, *Rec.*, p. I-6991, pt 45 ; v. *infra* Section 2, II, A, 2.

²¹⁴⁵ CJCE, 12.6.2003, *E. Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge c. Autriche*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659, pts 74 et 82.

²¹⁴⁶ CJCE, 25.3.2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025, pts 50 à 52.

²¹⁴⁷ SIMON D., note sous CJCE, 26.6.1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, *Europe*, 8/9-1997, comm. 273, p. 11, sp. 12.

²¹⁴⁸ Concl. av. gén. C. STIX-HACKL présentées pour l'arrêt CJCE, 14.10.2004, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec.*, p. I-9609, pt 50.

²¹⁴⁹ Arrêt *Familiapress*, préc. note 2147.

Sans que l'approche ne soit donc rectiligne, ces éléments témoignent globalement de la difficulté d'isoler du marché un objectif non économique. Les considérations mercantiles sont d'importance, même lors de la reconnaissance d'un objectif non marchand susceptible de justifier une restriction à une liberté économique. Ces développements posent alors les jalons d'un rapprochement entre le droit communautaire de la libre circulation et celui de la concurrence quant à l'incidence du marché sur l'appréciation des motifs qui peuvent justifier des restrictions apportées à la liberté des échanges.

II. L'incidence des considérations économiques sur la justification d'une mesure restrictive de la liberté de circulation

Les développements précédents confirment que l'intérêt général se définit en lien avec des considérations économiques. Pourtant, la crainte du protectionnisme²¹⁵⁰ conduit le juge communautaire à ne pas admettre en principe de dérogations de nature purement économique aux libertés de circulation²¹⁵¹. Or, il convient d'abord de mettre en évidence l'incidence des considérations économiques dans l'appréciation de la justification d'une mesure discriminatoire *de jure* (A). Ensuite, l'application de la théorie des exigences impératives a développé la prise en considération de motifs dont les incidences économiques sont fortes pour ce qui concerne les mesures indistinctement applicables. L'essentiel semble alors que le juge s'assure que l'objectif poursuivi par une mesure nationale litigieuse, fût-elle discriminatoire *de facto*, réponde à un objectif d'intérêt général qui ne soit pas protectionniste (B).

A. L'incidence des considérations économiques dans l'appréciation de la justification d'une mesure discriminatoire *de jure*

²¹⁵⁰ Il n'est pas aisé de trouver une définition du terme protectionnisme ; plusieurs ouvrages de droit international économique y font référence sans le définir. Le dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2007, définit le protectionnisme comme « une politique économique qui vise à protéger l'économie nationale contre la concurrence étrangère par des mesures diverses (droits de douane, contingents, formalités administrative, normes, etc.) ». Ceci met précisément l'accent sur le lien entre l'action de l'État et la concurrence en provenance de l'étranger, par opposition à un État qui respecterait le principe du libre-échange. Sur le protectionnisme, v. aussi Ch. suivant, Section 2, II, B, 2.

²¹⁵¹ Dans une perspective internationaliste, selon P. DAILLIER, « la libre circulation des marchandises : obstacles tarifaires et non tarifaires aux échanges », in DAILLER P, de LA PRADELLE G., GHÉRARI H., *Droit de l'économie internationale*, Pédone, Paris, 2004, ch. 10, p. 365, sp. 365 : « la libéralisation n'est effective que si elle ne rencontre pas d'obstacles de quelque nature que ce soit, même sans intention protectionniste ». Il semble alors incohérent qu'un objectif protectionniste puisse justifier un tel obstacle. Cependant, au-delà des mesures explicitement discriminatoires, nous défendons ici la nécessité d'établir l'effet protectionniste d'une mesure nationale avant de la considérer comme une restriction au sens du Traité (v. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2). Cela signifie qu'une restriction à la libre circulation peut être reconnue même sans intention protectionniste.

Il convient d'abord de rappeler l'impossibilité de justifier une mesure discriminatoire *de jure* par des raisons « purement économiques » (1). Toutefois, la prise en compte d'aspects marchands lorsque certains objectifs non marchands sont invoqués relativise la pertinence de ce principe (2).

1. L'impossibilité théorique de justifier une mesure discriminatoire de jure par un objectif de nature purement économique

Il paraît *a priori* incohérent de justifier une protection du marché national par un objectif de nature économique : seules des raisons d'ordre éthique peuvent *a priori* justifier l'adoption d'une mesure qui porte atteinte à la liberté d'échanger sur le marché. Selon une jurisprudence solidement établie, les justifications tirées du Traité ne peuvent servir à des fins purement économiques, quelle que soit la liberté en cause.

En matière de libre circulation des marchandises, « l'article [30], vise des hypothèses de nature non économique n'étant pas susceptibles de porter atteinte aux principes fixés par les articles [28 et 29], ainsi que la dernière phrase de cet article le confirme »²¹⁵². L'article 30 est d'interprétation stricte²¹⁵³ et « ne peut pas être invoqué pour justifier des intérêts commerciaux ou économiques »²¹⁵⁴. Ainsi, un « contexte socio-économique très difficile » ne peut justifier une entrave à la libre circulation des marchandises²¹⁵⁵. Il en va de même pour le « souci d'un État membre d'assurer la survie d'une entreprise »²¹⁵⁶ nationale ou pour « des arguments de politique énergétique ou de politique de recherche et développement »²¹⁵⁷. La

²¹⁵² CJCE, 19.12.1961, *Commission c. Italie*, 7-61, *Rec.*, p. 693, sp. 657. L'article 30 CE comprend cependant l'objectif de protection de la propriété industrielle et commerciale, v. *infra*.

²¹⁵³ V. not. CJCE, 9.6.1982, *Commission c. Italie*, 95-81, *Rec.*, p. 2187, pt 27, arrêt dans lequel l'Italie avait avancé l'argument selon lequel la défense de sa monnaie constituait une raison d'ordre public justifiant la réglementation litigieuse. V. aussi CJCE, 25.10.2001, *Commission c. Grèce*, C-398/98, *Rec.*, p. I-7915, pt 30 : « des arguments d'ordre économique (...) ne peuvent en aucun cas servir de justification à une restriction quantitative au sens de l'article [28] du traité », à propos du maintien obligatoire de stocks de sécurité de produits pétroliers qui liait directement à l'obligation de s'approvisionner en ces produits auprès de raffineries établies en Grèce la possibilité offerte aux sociétés grecques de commercialisation de ces produits de transférer leur obligation de stockage auxdites raffineries, qui rendait la commercialisation des produits pétroliers en provenance d'autres États membres plus difficile.

²¹⁵⁴ LA CHIMIA A., « Conquering the last frontier of protectionism: the legality of tied aid under the EC Treaty internal market rules », *ELR*, 2007, n° 32, p. 513, sp. 526, notre traduction, soulignement ajouté.

²¹⁵⁵ CJCE, 9.12.1997, *Commission c. France*, C-265/95, *Rec.*, p. I-6959, pts 61 et 62.

²¹⁵⁶ CJCE, 28.3.1995, *The Queen c. Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd (Diamorphine)*, C-324/93, *Rec.*, p. I-563, pt 36. L'arrêt *Familiapress*, préc. note 2147, analysé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 2, reconnaît cependant la possibilité de justifier une mesure nationale indistinctement applicable restrictive de la libre circulation des marchandises par le maintien du pluralisme de la presse. Ceci garantit la survie des entreprises nationales de presse.

²¹⁵⁷ CJCE, 5.6.1986, *Commission c. Italie*, 103-84, *Rec.*, p. 1759, pt 21.

jurisprudence est identique dans le cadre des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'exportation²¹⁵⁸.

L'interdiction de justifier une restriction par un objectif économique est également en vigueur en matière de services²¹⁵⁹, de personnes²¹⁶⁰ et de capitaux²¹⁶¹. Pour chacune de ces trois libertés, le principe intervient en rapport avec l'objectif tiré de l'ordre public.

Cependant, certains arrêts établissent un lien étroit entre des considérations liées à l'ordre public ou à la sécurité publique et des considérations économiques²¹⁶². La jurisprudence tempère cette interdiction en prenant en considération les incidences de ces objectifs sur le marché.

2. L'appréciation des justifications avancées pour le maintien de mesures discriminatoires de jure en fonction de considérations économiques

Notre propos consiste ici à mettre en exergue la prise en compte du marché dans l'appréciation de la justification avancée pour le maintien d'une mesure discriminatoire *de jure* dans l'ordre juridique.

Au-delà de l'incidence économique d'une mesure dont on analyse la justification à la troisième étape du contrôle de proportionnalité (qui vise à vérifier si la mesure choisie est la moins restrictive possible des échanges²¹⁶³), il convient surtout de rappeler que l'ensemble des

²¹⁵⁸ CJCE, 25.6.1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, C-203/96, *Rec.*, p. I-4075, pt 44, à propos de la nécessité d'assurer la rentabilité d'une entreprise publique nationale, motif avancé pour justifier une mesure nationale restreignant l'exportation de déchets destinés à la valorisation mais protégeant le marché national

²¹⁵⁹ CJCE, 26.4.1988, *Bond van Adverteerders e.a. c. Pays-Bas*, 352-85, *Rec.*, p. 2085, pt 34 : « des objectifs économiques tels que celui d'assurer à une fondation publique nationale l'intégralité des recettes provenant de messages publicitaires destinés spécialement au public de l'État ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de l'article 56 du Traité ». L'objectif est protectionniste.

²¹⁶⁰ CJCE, 28.10.1975, *R. Rutili c. Ministre de l'intérieur*, 36-75, *Rec.*, p. 1219, pt 30 : « les raisons d'ordre public ne sauraient être détournées de leur fonction propre par le fait qu'elles soient invoquées à des fins économique ».

²¹⁶¹ CJCE, 14.3.2000, *Association Église de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier ministre*, C-54/99, *Rec.*, p. I-1335, pt 17 : « les motifs [d'ordre public et de sécurité publique] ne sauraient, en outre, être détournés de leur fonction propre pour servir, en fait, à des fins purement économiques ». V. aussi CJCE, 6.6.2000, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M Verkooijen*, C-35/98, *Rec.*, p. I-4071, pts 47 et 48.

²¹⁶² V. les arrêts *Campus Oil*, préc. note 2110, analysé *infra* et *Commission c. Espagne*, C-114/97, préc. note 2111.

²¹⁶³ Ces trois étapes sont, selon L. DUBOUIS et C. BLUMANN *in Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2006, p. 276 et s., à propos de la libre circulation des marchandises, le contrôle de la nécessité (existe-t-il une relation de cause à effet entre la réglementation restrictive et l'intérêt général que l'État membre cherche à protéger ?), le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* (la restriction

moyens non marchands énoncés dans le Traité aux fins de justifier les restrictions apportées aux libertés de circulation ont une incidence économique²¹⁶⁴. En outre, l'article 30 TCE (devenu 36 TFUE) permet de justifier une restriction apportée à la libre circulation des marchandises par l'objectif consistant à protéger la propriété intellectuelle et commerciale²¹⁶⁵. Or, un droit de propriété intellectuelle constitue une protection juridique qui permet de parvenir à l'efficacité économique dynamique en incitant les opérateurs économiques à innover²¹⁶⁶. Confier un droit de propriété intellectuelle à une entreprise est ainsi un vecteur juridique de stimulation de l'activité économique. Dès lors, l'appréciation d'une restriction apportée à la libre circulation des marchandises pour cette raison est fortement empreinte de considérations économiques.

Par ailleurs, tout en reconnaissant que les articles du Traité qui permettent de justifier des restrictions à la libre circulation sont d'interprétation stricte, la Cour de justice dispose d'une marge de manœuvre. L'adverbe « purement » dans l'expression « purement économique » laisse en effet une certaine flexibilité au juge. L'arrêt *Campus Oil* en témoigne. La CJCE qualifie d'abord de mesure d'effet équivalent « l'obligation pour tous les importateurs de s'approvisionner en produits pétroliers, à concurrence d'un certain pourcentage de leurs besoins, auprès d'une raffinerie installée sur le territoire national »²¹⁶⁷. La Cour interprète ensuite de manière assez large le motif de sécurité publique. Elle juge en effet qu'« une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et les risques qui en résultent pour

apportée à la libre circulation est-elle proportionnée et non excessive par rapport au but visé ?) et le contrôle de substitution ou de l'entrave minimale (la mesure est-elle la moins restrictive possible des échanges pour atteindre l'objectif visé ?). V. aussi *infra* même paragraphe, B. 2.

²¹⁶⁴ V. *supra* I, A, 2. V. les développements relatifs à l'analyse économique des entraves étatiques à la mobilité des patients, in Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, A, 2.

²¹⁶⁵ Sur la propriété industrielle et commerciale, on se reportera not. à M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Academia, Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2^e éd., 2002, p. 143. V. aussi l'approche détaillée de P. ICARD, *Droit matériel...*, préc. note 2127, p. 192-197. V. également D. GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises – Étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, thèse, Université de Lausanne, 1988.

²¹⁶⁶ En ce sens, F. LÉVÊQUE et Y. MENIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Repères, La découverte, Paris, 2003, p. 8 à 10 : « Dans un premier temps, le mécanisme juridique de la protection rend le bien excluable. Il oblige les utilisateurs à le payer sous la forme de royalties les services offerts. Dans un second temps, l'œuvre étant tombée dans le domaine public, le droit permet à tous les consommateurs d'y accéder gratuitement. Le droit de la propriété intellectuelle réalise ainsi un compromis entre, d'une part, l'incitation à innover, et d'autre part, la diffusion des résultats obtenus. Cette contradiction entre incitation et usage se traduit dans le langage économique par un arbitrage entre l'efficacité dynamique et l'efficacité statique » (p. 8). Les auteurs expliquent alors cet arbitrage dans le cas du brevet : « [La] société s'en trouve mieux si une invention est réalisée et d'autant mieux que le brevet est tombé. (...) [La] protection entraîne une perte sèche pour la société (...) mais c'est le sacrifice à payer pour que les créateurs et inventeurs soient incités à l'effort ». (p. 10).

²¹⁶⁷ Arrêt *Campus Oil*, préc. note 2110, pt 20.

l'existence d'un État peuvent (...) gravement affecter sa sécurité publique »²¹⁶⁸. À contrecourant de sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice estime que « *le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique* », mais dans des conditions limitées²¹⁶⁹. Ainsi, l'« échappatoire » n'a pas été reconnue pour la Grèce dans une affaire dans laquelle l'impossibilité de justifier une réglementation constitutive d'une mesure d'effet équivalent par des raisons économiques est réaffirmée avec force²¹⁷⁰. L'interprétation large de la notion de sécurité publique dans l'arrêt *Campus Oil* répondait certes à une situation particulière qui visait à permettre qu'un État membre se prémunisse contre le risque de pénurie ; l'Irlande a néanmoins eu la possibilité de protéger le fournisseur national, de sorte que la justification avancée ne se détache pas complètement de considérations économiques²¹⁷¹.

Or, l'opposition entre le principe de libre circulation et le protectionnisme fonde la réticence de la Cour de justice à admettre que des restrictions à la libre circulation puissent être justifiées par des raisons purement économiques. Selon Peter OLIVER, « *si des restrictions imposées par les pouvoirs publics pouvaient être justifiées par des motifs protectionnistes, les principes mêmes sur lesquels se fonde le marché commun seraient battus en brèche* »²¹⁷². La logique est parallèle à celle qui prévaut en droit de la concurrence. Par exemple, il serait absurde qu'une entreprise cherche à justifier son comportement d'éviction en avançant qu'il est nécessaire d'éliminer les concurrents du marché pour assurer une rentabilité suffisante à la commercialisation de ses produits sur le marché.

Néanmoins, les justifications d'ordre économique avancées par les entreprises permettent dans certains cas d'échapper à la qualification d'un comportement litigieux au regard de

²¹⁶⁸ *Idem*, pt 34.

²¹⁶⁹ *Idem*, pt 35. La proportionnalité de l'objectif poursuivi par rapport à la mesure est effet examinée avec acuité dans la suite de l'arrêt (v. pts 37 à 50). La Cour de justice estime au pt 47 que « les quantités de produits pétroliers pouvant (...) être couvertes par [l'obligation d'achat] (...) ne doivent en aucun cas dépasser les limites de l'approvisionnement minimal de l'Irlande, sans lequel sa sécurité publique (...), et notamment le fonctionnement de ses services publics essentiels et la survie de sa population, seraient affectés ».

²¹⁷⁰ Arrêt *Commission c. Grèce*, C-398/98, préc. note 2153, pt 30.

²¹⁷¹ V. la formulation énigmatique du pt 36 de l'arrêt *Campus Oil*, préc. note 2110 : « il importe aux fins de l'article [30], que la réglementation en question soit justifiée par des circonstances objectives, répondant aux exigences de la sécurité publique. Une fois cette justification établie, le fait que la réglementation soit de nature à permettre d'atteindre, à côté des objectifs relevant de la sécurité publique, d'autres objectifs de nature économique éventuellement poursuivis par l'État membre, n'exclut pas l'application de l'article [30] ».

²¹⁷² OLIVER P., « Concurrence et libre circulation, leur place dans le traité », *RAE*, 2005/3, p. 379, sp. 385.

l'article 81 ou 82 TCE²¹⁷³. Pour ce qui concerne la libre circulation, on peut alors réfléchir également à la question de savoir dans quelle mesure l'adoption d'une mesure nationale freinant les échanges, qui serait essentiellement motivée par des considérations économiques, peut être compatible avec le principe de la lutte contre le cloisonnement des marchés nationaux.

B. Le bien-fondé de la prise en compte des considérations économiques lors de l'appréciation de la justification d'une mesure restrictive de l'accès au marché

La jurisprudence issue de l'arrêt *Cassis de Dijon* permet d'étudier l'incidence des considérations économiques dans l'appréciation de la justification avancée pour le maintien d'une mesure indistinctement applicable restrictive de l'accès au marché (1). Que la mesure soit spécifiquement ou indistinctement applicable, l'essentiel consiste à vérifier que l'objectif invoqué pour justifier une telle mesure n'est pas *purement protectionniste* (2).

1. L'incidence des considérations économiques dans l'appréciation de la justification avancée pour le maintien d'une mesure indistinctement applicable restrictive

À l'exception de la protection de la santé publique, l'ensemble des exigences impératives énoncées dans l'arrêt *Cassis de Dijon* sont des motifs étroitement liés au marché²¹⁷⁴. Même si ces objectifs sont en eux-mêmes non marchands, la protection des consommateurs²¹⁷⁵, la loyauté des transactions commerciales et l'efficacité des contrôles fiscaux²¹⁷⁶ ne peuvent pas être détachées de considérations économiques. Les conclusions présentées par l'avocat général LENZ pour l'arrêt *Bosman* le confirment :

« des restrictions visées par [les articles 28 et 49] peuvent être justifiées par des raisons qui ne sont pas seulement de nature non économique. Des

²¹⁷³ V. Chapitre suivant, Section 1.

²¹⁷⁴ V. le pt 8, 2^e al., de l'arrêt *Cassis de Dijon*, préc. note 2102.

²¹⁷⁵ Pour une vision d'ensemble sur la protection dont les consommateurs font l'objet en droit communautaire, v. par ex. L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel ...*, préc. note 2163, p. 139 à 154.

²¹⁷⁶ Pour un exemple récent d'arrêt dans lequel la loyauté des transactions commerciales et l'efficacité des contrôles fiscaux était invoqués, v. CJCE, 13.12.2005, *SEVIC Systems AG*, C-411/03, *Rec.*, p. I-10805, pt 24. La Cour juge cependant que « les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, dans un État membre, l'inscription au registre national du commerce de la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de cette dernière à une autre société soit refusée de manière générale lorsque l'une des deux sociétés a son siège dans un autre État membre, alors qu'une telle inscription est possible, dès lors que certaines conditions sont respectées, lorsque les sociétés participant à la fusion ont toutes deux leur siège sur le territoire du premier État membre » (pt 31). Le lien entre les objectifs invoqués et le marché est évident.

considérations de nature économique peuvent elles aussi *jouer* dans la mesure où il s'agit de raisons impérieuses d'intérêt général »²¹⁷⁷.

Certes, l'avocat général n'affirme pas que les raisons impérieuses d'intérêt général sont des considérations de nature économique. Il souligne néanmoins que de telles considérations entrent en ligne de compte au moment d'apprécier ces justifications.

En l'espèce, la restriction à la libre circulation des travailleurs²¹⁷⁸ ne peut être maintenue que si elle est répond à une raison impérieuse d'intérêt général, à savoir le maintien d'un équilibre financier et sportif entre les clubs qui vise à assurer la survie des clubs les plus modestes²¹⁷⁹. Or, les règles de transfert ne sont pas adéquates pour remplir cet objectif éthico-économique²¹⁸⁰.

Le motif tiré de la protection de la loyauté de la concurrence est apprécié avec rigueur²¹⁸¹. Même s'il vise à préserver une forme de moralité dans les transactions commerciales, il est emblématique de la possibilité de justifier une mesure restrictive de la libre circulation par des raisons dont l'incidence économique est primordiale.

Le motif de la défense des consommateurs révèle également l'incidence du marché au stade de l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure restrictive. Ce motif implique en effet que le comportement de ces derniers sur le marché soit pris en compte dans l'appréciation de la justification de la gêne²¹⁸². Lorsque cet objectif motive une interdiction de commercialisation d'un produit, la justification de l'entrave à la libre circulation des biens dépend de la compréhension de l'inscription figurant sur le produit par un consommateur avisé : si celui-ci est susceptible d'être trompé par la dénomination du produit, l'interdiction

²¹⁷⁷ Concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt *Bosman*, préc. note 2104, pt 214, en réf. aux arrêts CJCE, 28.1.1992, *H.-M. Bachmann c. Belgique*, C-204/90, *Rec.*, p. I-249, et *idem*, *Commission c. Belgique*, C-300/90, *Rec.*, p. I-305, italique ajouté. Toutefois, nous ne pensons pas que les raisons impérieuses d'intérêt général aient le « monopole » des considérations de nature économique. Les développements qui précèdent montre au contraire que les considérations économiques ont leur place dans les motifs prévus dans le Traité.

²¹⁷⁸ Ces règles empêchent qu'un joueur professionnel de football ressortissant d'un État membre, à l'expiration du contrat que le lie à un club, soit employé par un club d'un autre État membre si ce dernier n'a pas versé au club d'origine une indemnité de transfert, de formation ou de promotion.

²¹⁷⁹ *Idem*, pts 215 et 218.

²¹⁸⁰ Arrêt *Bosman*, préc. note 2104, pt 107.

²¹⁸¹ V. not. CJCE, 14.12.2006, *Commission c. Autriche*, C-257/05, *Rec.*, p. I-134 (publication sommaire), tel que commenté par L. IDOT, in *Europe*, 2.2007, comm. 57, p. 19.

²¹⁸² V. not. CJCE, 2.2.1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, C-315/92, *Rec.*, p. 317, pt 21.

de la commercialisation du produit en question est légitime²¹⁸³. Ainsi, le comportement du consommateur influe directement sur la légitimité de la restriction²¹⁸⁴. Toutefois, la protection des consommateurs ne peut représenter un prétexte pour protéger les biens nationaux de la concurrence des produits importés²¹⁸⁵. L'analyse du marché a donc une importance évidente au moment de la justification d'une mesure restrictive²¹⁸⁶.

La Cour encadre ainsi de manière étroite la possibilité d'utiliser un motif dont la nature économique est patente pour justifier une entrave à la libre circulation²¹⁸⁷, surtout lorsque l'objectif invoqué consiste quasiment à protéger le marché local de la concurrence extérieure. Le motif visant à « *prévenir une déstabilisation du marché local de l'emploi* » est caractéristique ; il apparaît dans l'arrêt *Rush Portuguesa* en tant qu'il figurait dans l'acte d'adhésion du Portugal aux Communautés européennes. Dans cet arrêt, l'application de cet objectif est limité à la libre circulation des travailleurs ; une prestation de services qui entraînerait le déplacement temporaire de salariés ne déstabilise par le marché de l'emploi, de sorte qu'une mesure nationale qui la limiterait, contraire à l'article 49 TCE, ne peut être

²¹⁸³ CJCE, 13.1.2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, C-220/98, *Rec.*, p. I-117, pts 30 et 31. La caractérisation de l'obstacle à l'accès au marché est réduite (v. pt 22 : « la réglementation nationale (...) interdit l'importation et la commercialisation d'un produit cosmétique comprenant le terme « *lifting* » dans sa dénomination »). Il s'agit de savoir si un consommateur achetant un produit de cosmétique sur lequel figure l'inscription « *lifting* » est demandeur d'un produit liftant la peau ou demandeur d'un produit affermissant la peau... Les considérations relatives à la demande prennent ici de l'importance au stade de la justification d'une mesure dont l'impact négatif sur l'offre est évident. V. aussi CJCE, 6.7.1995, *Mars GmbH*, C-470/93, *Rec.*, p. I-1923.

²¹⁸⁴ CJCE, 16.7.1998, *Gut Springenheide GmbH et R. Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, aff. C-210/96, *Rec.*, p. I-4657, pt 31 : est prise en considération « l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », afin de déterminer si une dénomination, une marque ou une indication publicitaire est ou non de nature à induire l'acheteur en erreur.

²¹⁸⁵ V. not. CJCE, 14.7.1988, *Proc. pén. c. Zoni*, 90-86, *Rec.*, p. 4285.

²¹⁸⁶ Toutefois, ces éléments ne doivent pas participer à la détermination de la restriction. V. par ex. CJCE, 10.5.1995, *Alpine Investments BV*, C-384/93, *Rec.*, p. I-1141, pt 54 : « la réglementation en cause a une portée limitée. D'abord, elle interdit seulement de prendre contact avec des clients potentiels par téléphone ou en personne sans leur consentement préalable écrit, les autres techniques de prise de contact restant autorisées. Ensuite, cette mesure affecte les relations avec des clients potentiels, mais non avec les clients existants qui gardent la possibilité de donner leur consentement écrit à de nouvelles communications. Enfin, l'interdiction des appels téléphoniques non sollicités est limitée au marché sur lequel ont été constatés des abus, en l'occurrence, celui des contrats à terme des marchandises ». V. les remarques formulées supra Partie 1, Titre 2, Ch. 2, II, A, 2.

²¹⁸⁷ V. en particulier, à propos du motif tiré de la nécessité de préserver la cohérence d'un système fiscal national, l'arrêt CJCE, 14.11.1995, *P. Svensson et L. Gustavsson c. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, C-484/93, *Rec.*, p. I-3955, pt 18 : « tandis que dans les [arrêts *Bachmann* et *Commission c. Belgique*] un lien direct existait entre la déductibilité des cotisations et l'imposition des sommes dues par des assureurs en exécution des contrats d'assurance contre la vieillesse et le décès, lien qu'il fallait préserver en vue de sauvegarder la cohérence du système fiscal en cause, aucun lien direct n'existe, en l'espèce, entre l'octroi aux emprunteurs de la bonification d'intérêt, d'une part, et son financement au moyen de l'impôt perçu sur les bénéfices des établissements financiers, d'autre part ».

justifiée par cet objectif²¹⁸⁸. Cet objectif a de nouveau été invoqué par le Luxembourg, mais le règlement litigieux qui soumet la réalisation d'une prestation de services à l'octroi d'une autorisation de travail est inapproprié pour remplir cet objectif²¹⁸⁹.

La nécessité de sauvegarder la cohérence du régime fiscal, considérée comme une exigence impérieuse d'intérêt général en matière de libre circulation des capitaux²¹⁹⁰, des travailleurs et des services²¹⁹¹ retient également l'attention. L'appréciation de ce motif intrinsèquement lié à l'économie est stricte²¹⁹². Ainsi, le risque de réduction des recettes fiscales d'un État membre ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général²¹⁹³. En l'espèce, un tel objectif s'apparente à un motif essentiellement protectionniste (l'État cherche à protéger une perception de l'impôt suffisamment importante). Cela justifie son rejet.

Globalement, ces objectifs permettent une moralisation des relations économiques, et ne seraient pas, sous cet angle, « purement économiques ». Néanmoins, et contrairement à l'idée assez répandue²¹⁹⁴, des motifs modelés notamment en fonction de considérations économiques peuvent constituer une raison impérieuse d'intérêt général. La proximité entre ces objectifs et les considérations marchandes oblige dès lors à apprécier avec rigueur de tels motifs. Ainsi, la question la plus pertinente semble alors celle qui consiste à déterminer si l'objectif poursuivi masque un dessein « purement protectionniste ».

2. L'impossibilité d'adopter des réglementations restrictives de l'accès au marché qui poursuivent un objectif purement protectionniste

La nature purement protectionniste de l'objectif poursuivi par le législateur national nous semble constituer la seule limite raisonnable que l'État membre ne peut franchir.

²¹⁸⁸ CJCE, 27.3.1990, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d'immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417, pts 16 et 17.

²¹⁸⁹ CJCE, 21.10.2004, *Commission c. Luxembourg*, C-445/03, *Rec.*, p. I-10191, sp. pts 41, 42 et 48.

²¹⁹⁰ V. not. CJCE, 7.9.2004, *P. Manninen*, C-319/02, *Rec.*, p. I-7477, pt 29, à propos de l'exclusion du droit d'une personne assujettie à l'impôt à titre principal en Finlande au bénéfice de l'avoir fiscal en raison des dividendes qui lui sont versés par des sociétés anonymes lorsque ces dernières ne sont pas établies dans cet État.

²¹⁹¹ V. not. les arrêts *Bachmann* et *Commission c. Belgique* préc. note 2177.

²¹⁹² V. par ex. l'arrêt *Manninen*, préc. note 2190, pt 48 : la réglementation finlandaise litigieuse n'est pas admise au regard de cet objectif.

²¹⁹³ V. not. CJCE, 3.10.2002, *R. D. Danner*, C-136/00, *Rec.*, p. I-8147, pt 56.

²¹⁹⁴ V. par ex. J. CAVALLINI, note sous CJCE, 19.1.2006, *Commission c. Allemagne*, C-244/04, *Rec.*, p. I-885, in *La Semaine juridique – Social*, 7.3.2006, comm. 1176, p. 20, sp. 21, dans lequel l'auteur affirme, en réf. aux concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt *Commission c. Luxembourg*, cité note précéd., que « des motifs économiques ne sauraient constituer une raison impérieuse d'intérêt général car cela constituerait la négation même de la notion de marché unique ».

À cet égard, l'arrêt *TK-Heimdienst* est éclairant sur la question de savoir comment un objectif d'intérêt général qui a des effets protectionnistes peut ou non être admis afin de reconnaître la conformité au Traité d'une restriction apportée à la libre circulation des marchandises. Après avoir rappelé le principe selon lequel « *des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation des marchandises* », la Cour de justice estime que « *la nécessité d'éviter une détérioration des conditions d'approvisionnement de proximité dans des régions relativement isolées d'un État membre [peut], dans certaines conditions, justifier une entrave aux échanges intracommunautaires* »²¹⁹⁵. L'objectif n'est pas « purement économique » selon la Cour : même si cet objectif permet de protéger un marché local, il s'agit surtout de faire en sorte que la population puisse subvenir à ses besoins. La réglementation autrichienne est cependant jugée disproportionnée par rapport à cet objectif. Il ressort de cet arrêt que la libre circulation, concept essentiellement économique, peut être limitée par un objectif « éthico-économique » (le fait de subvenir à ses besoins constitue l'essence de l'acte économique), à condition que cette restriction ne soit pas seulement destinée à protéger le marché local.

Les mêmes conclusions peuvent être tirées de l'arrêt *Konle*. En l'espèce, la Cour de justice admet qu'une réglementation puisse restreindre l'accès à la propriété foncière à la condition que l'acheteur utilise le bien comme résidence principale. Ceci ferme notamment le marché des propriétés foncières autrichiennes de la région en cause aux ressortissants d'autres États membres qui souhaiteraient y posséder une résidence secondaire. Cette restriction à la libre circulation des capitaux poursuit cependant un objectif d'aménagement du territoire consistant à maintenir, dans l'intérêt général, une population permanente et une activité autonome par rapport au secteur touristique de certaines régions²¹⁹⁶. L'objectif poursuivi par la réglementation n'est donc pas purement économique, quoiqu'étroitement lié à des considérations économiques.

Certaines des exceptions avancées sont donc fortement liées à une protection du marché local et peuvent par exception être admises par la Cour de justice. Certes, il a été jugé plusieurs fois qu'il est impossible de justifier une restriction à la libre circulation par l'objectif d'assurer la

²¹⁹⁵ CJCE, 13.1.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, C-254/98, *Rec.*, p. I-131, pts 33 et 34.

²¹⁹⁶ CJCE, 1^{er}.6.1999, *K. Konle c. Autriche*, C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, pt 40.

survie d'entreprises locales²¹⁹⁷. La CJCE admet cependant dans l'arrêt *Familiapress* que la protection du pluralisme de la presse permet à un État membre de limiter la concurrence étrangère si les magazines proposés par des opérateurs implantés dans d'autres États membres entraînent un déplacement significatif de la demande vers ces produits²¹⁹⁸. Or, cet objectif consiste d'un point de vue économique à protéger les débouchés nationaux des entreprises nationales de presse. Même si la Cour vérifie si la réglementation est la moins restrictive des échanges pour remplir cet objectif²¹⁹⁹, l'arrêt est peu satisfaisant dans la mesure où la réponse à cette interrogation est nécessairement positive si l'objectif poursuivi est restrictif des échanges. On pourrait cependant arguer que la mesure litigieuse n'est pas purement protectionniste, dans la mesure où la concentration des entreprises de presse pourrait nuire à la diversité des magazines offerts sur le marché. Cet élément ne ressort cependant pas de l'arrêt.

Par ailleurs, l'intention protectionniste de l'État est recherchée lorsque la Cour de justice analyse si la mesure choisie constitue la mesure la moins restrictive des échanges. Les exemples sont évidemment nombreux²²⁰⁰.

Même dans le cadre d'un contrôle restreint, comme en matière de moralité publique, une réglementation ne peut pas être justifiée en vertu de ce motif s'il est décelé une intention protectionniste dans la législation de l'État membre²²⁰¹. Au contraire, « [l'inexistence] d'un commerce licite [des] marchandises [litigieuses] au Royaume-Uni »²²⁰² joue en faveur d'une mesure britannique interdisant pour des raisons liées à la moralité publique l'importation d'articles indécents ou obscènes²²⁰³.

²¹⁹⁷ V. les arrêts *Diamorphine*, préc. note 2156, et *Dusseldorp*, préc. note 2158.

²¹⁹⁸ Arrêt *Familiapress*, préc. note 2147, analysé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 2.

²¹⁹⁹ *Idem*, pts 32 et 33.

²²⁰⁰ V. not. CJCE, 10.11.1982, *Rau*, 261-81, *Rec.*, p. 3961, à propos d'une législation qui impose un emballage de forme cubique pour la vente de margarine ; CJCE, 19.10.2000, *Commission c. Grèce*, C-216/98, *Rec.*, p. I-8934, à propos d'une réglementation qui fixe un prix minimum pour le tabac ; CJCE, 14.7.1988, *Glocken e.a.*, 407-85, *Rec.*, p. 4233, à propos de l'interdiction de l'importation de pâtes fabriquées à partir de blé tendre (cités in L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel...*, préc. note 2163, p. 279).

²²⁰¹ V. par ex. arrêts CJCE, 11.3.1986, *Conegade Limited c. HM Customs & Excise*, 121-85, *Rec.*, p. 1007, pt 15, à propos du marché britannique des produits pornographiques, et *Adoui*, préc. note 2112, pt 8.

²²⁰² CJCE, 14.12.1979, *Regina c. M. D. Henn et J. F. E. Darby*, 34-79, *Rec.*, p. 3795, pt 21.

²²⁰³ Dans l'arrêt *Conegade*, préc. note 2201, *a contrario*, l'existence d'un marché national des produits litigieux pèse fortement dans la condamnation de la mesure en ce qu'elle constitue une restriction déguisée aux échanges. Cette différence entre les arrêts *Conegade* et *Henn & Darby* est expliquée in P. ICARD, *Droit matériel...*, préc. note 2127, p. 188-189. De même, l'existence d'un marché des activités de prostitution joue à l'encontre des mesures d'expulsion litigieuses dans l'arrêt *Adoui*, préc. note 2112.

Dans le même ordre d'idées, si la langue est le reflet d'une culture nationale ou régionale, l'obligation d'étiquetage dans la langue de la région linguistique dans laquelle les produits sont mis en vente est contraire au droit communautaire ; cette obligation va au-delà de l'objectif principal de la directive n° 79/112/CEE, qui consiste à assurer une correcte information des consommateurs au moment de l'achat de ces produits²²⁰⁴.

Parallèlement, un cloisonnement du marché nécessité par la mise en œuvre de l'objectif de la protection de l'environnement doit limiter autant que faire se peut la gêne octroyée aux échanges²²⁰⁵. Frédérique BERROD remarque à cet égard que l'utilisation du principe de précaution ne doit pas constituer un « *moyen de revigorer le protectionnisme* »²²⁰⁶, en référence au refus français de lever l'embargo sur le bœuf britannique²²⁰⁷ (le problème se pose également en droit international public²²⁰⁸). Il semble alors essentiel que les objectifs avancés pour justifier une restriction à la libre circulation sur le marché se distinguent de la seule protection du marché national. Puisque le principe selon lequel une mesure restrictive ne peut être justifiée par des justifications purement économiques demeure, la possibilité d'avancer un objectif qui revient à protéger le marché local doit évidemment être réservée aux cas exceptionnels.

Sauf rares exceptions, un objectif d'intérêt général comporte donc indéniablement une dimension marchande qui est plus ou moins accentuée. Le contrôle de la Cour de justice exercé sur la proportionnalité des mesures nationales restrictives d'une liberté de circulation permet de dépasser l'objectif d'intérêt général invoqué pour s'assurer qu'il n'est pas constitutif d'une restriction déguisée des échanges.

²²⁰⁴ CJCE, 18.6.1991, *Piageme e.a. c. BVBA Peeters*, C-369/89, *Rec.*, p. I-2971, pt 16, en lien avec la directive 79/112/CEE du Conseil, du 18.12.1978, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité à leur égard, *JO L 33*, p. 1.

²²⁰⁵ Arrêt *association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, préc. note 2091, pt 14. V. aussi arrêt *Commission c. Danemark, emballages recyclables*, préc. note 2091, pts 11 et 12. Il s'agit de l'application du contrôle de nécessité, ce qui ne touche pas à la nature non marchande de l'objectif. Pour un exemple en matière de marchés publics, v. CJCE, 4.12.2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Autriche*, C-448/01, *Rec.*, p. I-14527.

²²⁰⁶ BERROD F., « Le développement durable... », préc. note 2131, p. 366.

²²⁰⁷ CJCE, 13.12.2001, *Commission c. France*, C-1/00, *Rec.*, p. I-9989.

²²⁰⁸ H. RUIZ-FABRI, in « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *RJE*, n° spécial, 12.2000, p. 55, sp. 66, remarque que le principe de précaution peut être un moyen de « légitimation des volontés protectionnistes » des États, cité par P. ICARD in « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTDE*, 2002, n° 38 (3), p. 471, sp. 497. Sur cette question, v. aussi A. TROUCHE, « Le principe de précaution entre unité et diversité : étude comparative des systèmes communautaire et OMC », *CDE*, 2008, n°3-4, p. 280.

La possibilité que des mesures nationales restrictives des échanges soient justifiées par des motifs d'intérêt général économique rapproche en tout cas le droit de la libre circulation du droit de la concurrence. Les apports entre les deux domaines sont en fait réciproques : les considérations relatives à l'intérêt général permettent également, dans une certaine mesure, de justifier certaines pratiques litigieuses au regard des articles 81 ou 82 TCE. L'intérêt général occupe en effet une place solide en droit communautaire de la concurrence.

Section 2 : Le développement de la place de l'intérêt général dans le régime juridique des restrictions privées à l'accès au marché

Afin de considérer que le régime juridique des restrictions à la libre circulation et à la concurrence est complémentaire, il convient d'étudier dans quelle mesure l'intérêt général oriente les analyses qui sont menées en droit communautaire de la concurrence. Or, « injecter » des considérations relatives à l'intérêt général dans les décisions relatives au droit de la concurrence permet de relativiser la dimension marchande de ce droit. Comme l'expose Michel RAINELLI, « *la question de la prise en compte des valeurs éthiques, sociales ou environnementales, essentielles pour la société mais négligées par le marché, conduit à une interrogation renouvelée sur les limites d'un ordre exclusivement concurrentiel* »²²⁰⁹.

La pertinence des considérations relatives à l'intérêt général en droit communautaire de la concurrence est double. D'une part, il convient de rappeler que la participation du droit de la concurrence à l'intérêt général légitime la réduction des activités étatiques soustraites à l'application des règles du droit de la concurrence (I). D'autre part, il est important d'envisager dans quelle mesure, et dans quelles limites, les raisons d'intérêt général peuvent permettre d'admettre des pratiques litigieuses ou de justifier des pratiques anticoncurrentielles (II).

I. L'incidence de la participation du droit de la concurrence à l'intérêt général sur l'application de ce droit aux activités étatiques économiques

De nombreuses études sont consacrées aux liens entre le droit de la concurrence et l'intérêt général²²¹⁰. Il s'agit ici de rappeler les grandes lignes du principe selon lequel le droit de la

²²⁰⁹ RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel, approche d'un économiste », in *L'ordre concurrentiel – Mél. A. Pirovano*, Éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 13, sp. 22.

²²¹⁰ V. en particulier Conseil d'État, *L'intérêt général*, rapport préc. note 2084 ; CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence*, ouvrage préc. note 2087 ; IDOT L., « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094 ; KOVAR J.-P., *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, thèse, 2005, sp. 2^e Partie.

concurrence participe à l'intérêt général (A). Au-delà de la régulation des secteurs anciennement monopolistiques²²¹¹, l'application du droit de la concurrence dans des domaines initialement soustraits aux lois du marché est admise (B).

A. La participation du droit de la concurrence à l'intérêt général

Selon le Conseil d'État, « *la concurrence apparaît [...], en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'utilisation des ressources, être un élément de l'intérêt général* »²²¹². Parallèlement, Muriel CHAGNY considère que la concurrence est « *réputée servir l'intérêt général* »²²¹³. L'intérêt général n'entre donc pas nécessairement en concurrence avec les intérêts pécuniaires poursuivis par chaque opérateur économique. Selon René JOLIET, l'objet d'un droit de la concurrence est « *de sauvegarder la concurrence qui, par la discipline objective qu'elle impose, est le moyen le plus efficace de faire en sorte que les opérateurs économiques servent l'intérêt général, tout en cherchant à réaliser leurs intérêts particuliers* »²²¹⁴. On peut tirer les mêmes conclusions de l'octroi d'un marché public à un opérateur économique : en satisfaisant son propre intérêt économique, l'entreprise participe à la satisfaction de besoins d'intérêt général autres qu'industriels et commerciaux.

La participation du droit de la concurrence à l'intérêt général ressort alors du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi du contrôle des concentrations²²¹⁵. Plus précisément, le droit de la concurrence concourt au bien-être collectif.

²²¹¹ Ceci est développé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I.

²²¹² Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public, Études et documents n° 53, La documentation Française, Paris, 2002, introduction, p. 219.

²²¹³ CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2004, p. 548, § 552. L'auteur étudie p. 548 à 556 la considération selon laquelle l'intérêt général domine les fondements politico-économiques du droit de la concurrence. Dans le même sens, v. concl. av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt CJCE, 14.12.2000, *Masterfoods c. HB Ice Cream*, C-344/98, p. I-11369, pt 105 : « les articles [81] et [82] du traité occupent une place importante dans l'économie de l'ordre juridique communautaire et servent l'intérêt public consistant à assurer une concurrence non faussée ». L'avocat général vise ici « l'intérêt public communautaire » (n.b.p. 104).

²²¹⁴ JOLIET R., « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », *CDE*, 1988, p. 363.

²²¹⁵ Le contrôle des concentrations y contribue également. V. en particulier le règlement n° 139/2004/CE, préc. note 2095, considérant 4 : « De telles restructurations doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté ». V. aussi le considérant 5 : « Il convient toutefois de s'assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence. Par conséquent, le droit communautaire doit comporter des dispositions applicables aux concentrations susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci ».

Ne pas sanctionner un abus ou un accord restrictif de la concurrence causerait un dommage à l'économie et réduirait le bien-être des consommateurs²²¹⁶. L'intensification de la concurrence, qui suppose que le marché soit accessible aux concurrents efficaces, stimule également la recherche et l'innovation. Les consommateurs profitent ainsi de l'amélioration des conditions de la concurrence puisque des produits ou des services plus performants leur sont proposés. Il est donc évident que la répression des comportements anticoncurrentiels satisfait l'intérêt général.

Certes, « *le droit de la concurrence a toujours eu d'abord une fonction d'intégration des marchés* »²²¹⁷. Néanmoins, la protection d'un accès efficace au marché dépasse cette fonction. En effet, Laurence IDOT précise que « *le droit de la concurrence (...) ne se préoccupe qu'accessoirement des droits subjectifs des concurrents et s'intéresse avant tout au bon fonctionnement des marchés dans l'intérêt de la collectivité pour le bien-être collectif* »²²¹⁸. Or, Emmanuel COMBE rappelle que le bien-être collectif n'inclut pas seulement le bien-être des consommateurs, mais également les profits réalisés par les entreprises²²¹⁹. La promotion de l'accès efficace au marché, qui implique de privilégier l'accès d'opérateurs efficaces au marché, répond ainsi à l'intérêt général à deux égards. Du côté de la demande, les consommateurs bénéficient *a priori* de l'intensification de la concurrence. Les prix sont amenés à baisser. Les consommateurs seront attirés également par des produits nouvellement mis sur le marché s'ils sont plus performants. De tels produits leur procurent une plus grande satisfaction. Du côté de l'offre, la satisfaction de la demande permet aux nouveaux entrants de réaliser des profits, qui eux-mêmes permettent à ces derniers de se maintenir sur le marché. Les opérateurs précédemment établis sur le marché doivent également développer la recherche et l'innovation afin de pouvoir répondre à cette nouvelle concurrence.

²²¹⁶ V., pour un rappel à propos de l'article 81 §1, TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pt 118, mentionné par L. IDOT, « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, p. 230.

²²¹⁷ IDOT L., « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, p. 230. En ce sens, v. aussi G. MONTI, art. préc. note 2136, sp. 1062, qui considère p. 1059 et s. que la liberté économique, l'intégration du marché et l'efficacité sont les trois objectifs fondamentaux du droit de la concurrence (notre traduction).

²²¹⁸ *Ibid.* On peut en effet considérer que le principal droit subjectif des concurrents est celui d'accéder aux marchés.

²²¹⁹ En ce sens, v. E. COMBE, *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, sp. 57.

Ceci révèle que la satisfaction du bien-être collectif est étroitement liée à l'efficacité économique²²²⁰. L'extension de l'application du droit de la concurrence à l'activité économique étatique est alors souhaitable. Seules les activités placées en dehors du marché sont soustraites à l'application de celui-ci.

B. L'inapplication du droit de la concurrence aux seules activités « hors-marché »

Lorsqu'une activité hors-marché est en cause, l'intérêt général empêche l'application du droit de la concurrence (1). L'ensemble de la sphère étatique qui touche aux échanges économiques est en fait visée par le droit communautaire de la concurrence. Ceci participe à la complémentarité entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence (2).

1. L'intérêt général en tant qu'obstacle à l'application du droit communautaire de la concurrence

L'activité menée par un organisme peut se situer « *hors du champ des règles de concurrence* »²²²¹. Ainsi en va-t-il des activités qui relèvent de l'exercice de la puissance publique²²²² ou qui ont un caractère exclusivement social²²²³. Ces entités ne réunissent pas les conditions posées dans l'arrêt *Höfner*²²²⁴ pour être qualifiées d'entreprise au sens du droit de

²²²⁰ Cela amène à réfléchir à la question de savoir comment l'efficacité économique peut constituer un moyen de limiter l'application du droit communautaire de la concurrence. V. *infra* Ch. 2, Section 1.

²²²¹ IDOT L., « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, p. 226. V. aussi L. IDOT, « la notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel » in *Mél. A. Pirovano*, préc. note 2209, p. 523, sp. 526-527, qui aborde de manière détaillée « l'interprétation restrictive des « activités non économiques » ». R. KOVAR, « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », *Dalloz*, 2006, p. 919, qui commente en particulier l'arrêt CJCE, 10.1.2006, *Caisses d'épargne italiennes*, C-222/04, *Rec.*, p. I-289 ; R. KOVAR, « Les acheteurs institutionnels et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, 1.2007, étude 1, p. 7, qui commente surtout l'arrêt CJCE, 11.7.2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commission*, C-205/03 P, *Rec.*, p. I-6295.

²²²² CJCE, 19.1.1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, C-364/92, *Rec.*, p. I-43, pt 30 : « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité ». V. aussi CJCE, 18.3.1997, *Diego Cali & Figli c. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, C-343/95, *Rec.*, p. I-1547.

²²²³ CJCE, 17.2.1993, *C. Poucet c. Assurances générales de France e.a.*, C-159 et C-160/91, *Rec.*, p. I-637, pt 18. V. aussi le jugement TPI, 4.3.2003, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental c. Commission*, T-319/99, *Rec.*, p. II-357, pt 39, confirmé par l'arrêt *FENIN*, préc. note 2221.

²²²⁴ CJCE, 23.4.1991, *K. Höfner et F. Elser c. Macrotron GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979, pt 21 : « dans le contexte du droit de la concurrence, (...) la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », à propos de l'activité de placement. La Cour définit ainsi la notion d'activité économique : « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » in CJCE, 18.6.1998, *Commission c. Italie (expéditeurs en douane)*, C-35-96, *Rec.*, p. 3851, pt 36 ; v. aussi CJCE, 16.6.1987, *Commission c. Italie*, 118-85, *Rec.*, p. 2599, pts 3 et 7.

la concurrence. La non-application des règles du droit de la concurrence, en ce compris les articles 82 et 86 TCE (devenu 106 TFUE), est étroitement liée aux « *missions d'intérêt général* » qui sont confiées à ces entités²²²⁵. Ces entités sont placées en dehors du marché.

Un organisme peut cependant accomplir une mission d'intérêt général conjointement à une activité économique soumise au droit de la concurrence, si cette activité se détache de cette mission²²²⁶. Une analyse rigoureuse de l'activité menée par l'organisme en cause est alors indispensable, en ce que la soumission au droit de la concurrence d'une partie de l'activité menée par celui-ci est facteur de protection des opérateurs qui entrent en concurrence en amont de l'échange²²²⁷. La notion d'entreprise est alors susceptible de s'élargir encore, particulièrement aux cas dans lesquels l'activité menée risque de restreindre la concurrence, et quand bien même l'organisme en cause ne poursuit aucun but lucratif²²²⁸.

²²²⁵ Arrêt *Eurocontrol*, préc. note 2222, pt 27. Il est précisé dans l'arrêt *Poucet*, préc. note 2223, pt 18 que « cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif ».

²²²⁶ TPI, 12.12.2006, *Selex Systemi Integrati SpA c. Commission*, T-155/04, *Rec.*, p. II-4797, pt 54 : le droit communautaire de la concurrence est applicable « aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique ». Les activités de normalisation technique d'Eurocontrol (pt 69) de même que les activités de recherche et de développement financées par Eurocontrol (pt 82) ne sont pas des activités économiques. En revanche, l'activité d'assistance aux administrations nationales d'Eurocontrol constitue une activité économique (pt 92), dans la mesure où il s'agit « d'une offre de services sur le marché des conseils, marché sur lequel pourraient tout aussi bien agir des entreprises privées spécialisées en la matière » (pt 87).

²²²⁷ Dans l'affaire *FENIN*, la Cour de justice et le TPI ont refusé de détacher l'activité d'achat menée par la FENIN des activités de prestation de soins, par le biais d'une interprétation restrictive de la notion d'activité économique : « le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté détermine nécessairement le caractère de l'activité d'achat » (arrêt *FENIN*, préc. note 2221, pt 26). Puisque la destination des produits achetés par la FENIN participe de l'accomplissement d'une mission qui relève du principe de solidarité, l'achat ne constitue pas une activité économique (v. aussi le jugement du TPI, préc. note 2223, pt 37 ; la même interprétation figure *in* jugement *Selex*, cité note précédente, pts 67 et 68 s'agissant des activités de normalisation d'Eurocontrol). Or, devant le marché constitué par les fournisseurs et l'acheteur public unique dans l'affaire *FENIN*, R. KOVAR estime *in* « les acheteurs institutionnels... », préc. note 2221, p. 11, que le Tribunal et la Cour se montrent « peu sensible[s] aux réalités économiques » en ce qu'« [ils préfèrent] une logique juridique formelle qui, d'ailleurs, n'est pas sans quelques faiblesses ».

²²²⁸ V. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *Caisses d'épargne italiennes*, préc. note 2221, pt 78 : « une entité devrait être qualifiée d'entreprise aux fins des règles de concurrence non seulement quand elle offre des biens ou des services sur le marché, mais aussi quand elle exerce d'autres activités qui sont économiques par leur nature et qui pourraient conduire à fausser un marché concurrentiel ». R. KOVAR *in* « les acheteurs institutionnels... », art. préc. note 2221, p. 12, appuie cette considération lorsqu'il analyse l'affaire *FENIN* : « la question n'est pas de constater que les institutions qui sont régies par le principe de solidarité ne présentent pas les caractéristiques d'une entreprise, mais si elles sont en mesure de restreindre la concurrence sans que ces restrictions ne soient nécessaires à la réalisation de leur activité sociale ». L'arrêt *Caisses d'épargne italiennes*, préc. note 2221, pts 109 à 113, montre d'ailleurs que la Cour de justice est disposée à faire évoluer la notion d'entreprise, dans la mesure où une telle qualification peut être retenue pour un organisme qui n'exerce son activité économique qu'indirectement. V. aussi le pt 123 : « la fondation bancaire doit être considérée comme une entreprise, en tant qu'elle exerce une activité économique, nonobstant la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs

Par ailleurs, on notera que l'exception prévue par l'article 21 §4 du règlement n° 139/2004/CE permet aux États membres d'interdire certaines concentrations d'entreprises en arguant de la nécessaire protection d'un intérêt légitime, en ce compris « *la sécurité publique [et] la pluralité des médias* »²²²⁹.

Dans l'ensemble de ces cas, on peut estimer que des considérations d'intérêt général, liées à la mise en œuvre de politiques nationales (l'intérêt général est entendu dans une dimension nationale), permettent de faire échapper les entités en cause ou les opérations envisagées à l'application du droit communautaire de la concurrence. Toutefois, il est essentiel que cette exclusion des règles de la concurrence ne vise que les secteurs dans lesquels la concurrence ne s'exerce pas.

La réduction de la sphère étatique soustraite au droit de la concurrence relève alors de l'évidence. Et la participation de ce droit à l'intérêt général oblige à abonder en ce sens.

2. La réduction de la sphère de l'action étatique soustraite au droit de la concurrence

La diminution du domaine de l'activité étatique soustrait au droit de la concurrence ressort de plusieurs éléments. Ces éléments reflètent fortement l'interaction entre le droit public et le droit de la concurrence, ce qui est d'importance dans le cadre de notre étude sur la complémentarité des régimes des restrictions publiques et privées à l'accès au marché.

L'interprétation qui est faite de certaines exceptions à l'application des règles relatives à la libre circulation des personnes permettrait de considérer que la sphère de l'action étatique soustraite à la concurrence diminue²²³⁰. La jurisprudence qui concerne les marchés publics démontre aussi cette tendance. Certes, la notion d'organisme de droit public est à distinguer de la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence. Mais l'entité adjudicatrice est contrainte de mettre en place des procédures de mise en concurrence, fût-ce dans l'objectif de satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial. En effet, le fondement de la réglementation des marchés publics réside dans la soumission des marchés publics à la

poursuivant un tel but ». V. les observations de R. KOVAR *in* « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », préc. note 2221.

²²²⁹ Règlement n° 139/2004/CE relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, préc. note 2095, qui reprend l'article 21 §3 du règlement n° 4064/89/CEE. Sur les opportunités offertes aux États membres par l'article 21 §4 qui bénéficie d'un regain d'intérêt, v. L. IDOT, « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, p. 229. V. aussi CJCE, 22.6.2004, *Commission c. Portugal*, C-42/01, *Rec.*, p. I-6079, comm. par L. IDOT, *in Europe*, 8/9-2004, comm. n° 302, p. 26.

concurrence afin de rendre effectives les libertés de circulation tout en satisfaisant les besoins de la collectivité²²³¹. Intérêt général, concurrence et libertés de circulation se côtoient particulièrement dans ce domaine²²³² sans, néanmoins, que le droit de la concurrence soit pleinement applicable.

Les services d'intérêt économique général témoignent aussi de ce mouvement de limitation de la sphère étatique soustraite aux règles du marché, quand bien même l'article 86 §2 TCE autorise une exception à l'application du droit de la concurrence. En effet, la circonstance selon laquelle l'activité menée par les organismes qui gèrent de tels services est liée à l'intérêt général permet à ces derniers d'échapper en partie aux règles du droit de la concurrence, dans la mesure seulement où « *l'application de ces règles ferait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* »²²³³. À l'image de toute exception qui réduit le champ d'application d'une règle, l'interprétation qui est donnée de cet article est particulièrement restrictive, de telle sorte que les domaines couverts par celui-ci sont « *peu nombreux* »²²³⁴. L'arrêt *Höfner* en témoigne. Un droit exclusif confié à une société de placement de main-d'œuvre ne doit pas conduire l'organisme en question à abuser de sa position dominante. Ainsi, « *un office public pour l'emploi (...) est soumis à l'interdiction de l'article [82] du traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui lui est impartie* »²²³⁵. Or, un État membre enfreint l'article 86 s'il crée une situation qui peut amener l'organisme titulaire du droit exclusif à adopter un comportement abusif au sens de l'article 82. En application de la deuxième phrase, sous b), de

²²³⁰ V. ce chapitre, Section 1, I, A, 2.

²²³¹ La directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114 énonce que la jurisprudence « *précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée* » (considérant 1), tandis que les « *dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation [des] marchés [publics] [sont] fondées sur [les] principes [de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de service, et ceux qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence] de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics* » (considérant 2).

²²³² V. not. sur ce point, Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, rapport préc. note 2212, sp. p. 281 et s.

²²³³ Article 86 §2 TCE.

²²³⁴ IDOT L., « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, p. 228. L'auteur note p. 229 que la qualification de mission d'intérêt économique général n'a été admise que pour le placement des travailleurs (CJCE, 11.12.1997, *Job Centre coop. arl.*, C-55/96, *Rec.*, p. I-7119), les opérations de lamanage dans les ports (CJCE, 18.3.1997, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, C-343/95, *Rec.*, p. I-1547) et l'exportation des déchets (CJCE, 25.6.1998, *Chemische Alvastoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting*, C-203/96, *Rec.*, p. I-4075).

²²³⁵ Arrêt *Höfner*, préc. note 2224, pt 34.

cet article, la CJCE estime que l'article 86 est violé lorsque l'entreprise à qui l'État membre confère un droit exclusif « *n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités* » et lorsque « *l'exercice effectif des activités de placement par les sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités* »²²³⁶. Le droit exclusif affecte la concurrence sur le marché en ce que la demande sur le marché n'est pas satisfaite et en tant que l'offre des concurrents est entravée.

L'arrêt *Job Centre* confirme cette approche, à propos de l'interdiction de toute médiation et d'interposition entre demandes et offres d'emploi lorsqu'elle n'est pas exercée par des bureaux publics de placement²²³⁷. Le fait qu'une mission d'intérêt économique général soit confiée à un organisme ne place donc pas ce dernier en dehors du champ du droit de la concurrence. Il en va de même à propos du transport des malades²²³⁸. La jurisprudence qui concerne les services d'intérêt économique général semble alors démontrer que le respect du droit de la concurrence devient une condition du bon accomplissement d'un objectif d'intérêt général.

Par ailleurs, la complémentarité entre les règles de la libre concurrence et les règles de la libre circulation est maximale lorsque la compatibilité des droits exclusifs est appréciée au regard des règles relatives à la libre circulation²²³⁹. La Cour de justice a par exemple jugé que « *savoir si un État membre peut soustraire certaines prestations de services à la libre concurrence revient à déterminer si les restrictions à la libre prestation des services, qui seraient ainsi créées, peuvent être justifiées par [des] raisons d'intérêt général* »²²⁴⁰. Il est donc possible d'apprécier un droit exclusif restrictif de la concurrence au regard de raisons d'intérêt général reconnues en matière de libre prestation des services.

²²³⁶ *Idem*, pt 31.

²²³⁷ Arrêt *Job Centre*, préc. note 2234, pt 38.

²²³⁸ CJCE, 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, sp pts 63 à 65.

²²³⁹ L'article 86 § 1 énonce en effet que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité ». V. not. CJCE, 25.7.1991, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069, pt 34 : « l'article [86] du traité présuppose certes l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux ou exclusifs, mais qu'il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux ou exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité. Cette compatibilité doit être appréciée au regard des différentes règles auxquelles l'article [86], paragraphe 1, renvoie », en ce compris les règles du Traité relatives à la libre circulation.

²²⁴⁰ Arrêt *Commission c. Pays-Bas*, cité note précédente, pt 35.

Certes, l'intérêt général est entendu dans sa dimension nationale lorsque l'article 86 §2 est en cause²²⁴¹. Mais la participation du droit communautaire de la concurrence à l'intérêt général donne une dimension communautaire à cet objectif.

L'opposition entre le droit de la concurrence et l'intérêt général est dès lors entièrement obsolète. La participation du droit de la concurrence à la satisfaction du bien-être collectif légitime le développement de l'application de ce droit dans des domaines de l'action étatique initialement étrangers à toute compétition économique. La place de l'intérêt général en droit communautaire de la concurrence est corroborée par la possibilité de justifier une restriction à la concurrence en arguant d'un objectif non marchand. La complémentarité entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence est alors particulièrement visible.

II. L'allégation de raisons d'intérêt général au moment de qualifier ou de justifier une distorsion de la concurrence

Reflète de la convergence croissante entre droit communautaire de la concurrence et droit de la libre circulation, il ressort de certains arrêts que des accords ne sont pas qualifiés d'entente en vertu de l'article 81 §1 en ce qu'ils répondent à des objectifs d'intérêt général. On peut alors imaginer que l'article 82 TCE soit aussi concerné par cette évolution (A). De plus, les considérations relatives à l'intérêt général peuvent entrer en ligne de compte en application de l'article 81 §3 TCE, lorsqu'il est procédé au bilan économique d'un accord restrictif de la concurrence²²⁴² (B).

A. L'allégation de raisons d'intérêt général lors de la qualification d'une distorsion de la concurrence

Un accord peut ne pas être qualifié au regard de l'article 81 §1 TCE pour des raisons tirées de l'intérêt général (1). Il convient de réfléchir alors à la question de savoir si cette méthode doit être généralisée (2).

1. La non-qualification d'un accord au sens de l'article 81 §1 TCE pour des raisons d'intérêt général

²²⁴¹ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1057, sp. p. 1083, selon qui l'article 86 §2 permet que les États membres invoquent des intérêts nationaux pour justifier la non-application du droit communautaire.

²²⁴² La différence entre le bilan anticoncurrentiel et le bilan économique est expliquée *infra in* Ch. 2, Section 1, I, A, 2, ce qui permet d'aborder également la question de savoir si la possibilité d'arguer des effets positifs produits par un accord constitue une application de la règle américaine de raison. Cette question est cependant en filigrane dans les développements qui suivent dans le présent chapitre.

Sans que les considérations relatives à l'intérêt général apparaissent explicitement dans l'ensemble des arrêts mentionnés ci-après, certains accords échappent à l'interdiction de l'article 81 §1 en ce qu'ils remplissent de manière proportionnée l'objectif pour lequel ils ont été adoptés²²⁴³. Les arrêts plus récents vont plus loin : un accord *a priori* restrictif de la concurrence est conforme à l'article 81 §1 en ce qu'il répond à des objectifs d'intérêt général, c'est-à-dire en fonction de considérations qui ne sont pas seulement économiques.

Une première application du principe de proportionnalité au stade de la qualification d'un accord en vertu de l'article 81 §1 a eu lieu dans l'arrêt *DLG*, à propos de la validité des statuts d'une coopérative qui empêchait ses membres d'adhérer à d'autres organisations concurrentes. L'accord comporte des « effets négatifs » sur la concurrence, notamment parce qu'il « limite la possibilité pour ses membres de faire partie d'autres formes de coopération concurrentes, et qui, de cette façon, les décourage de s'approvisionner ailleurs »²²⁴⁴. L'accord restreint ainsi l'accès au marché des membres de la coopérative, dans la mesure où ceux-ci ne peuvent se fournir auprès d'autres opérateurs. Cependant, dans la mesure où « une telle double appartenance mettrait en péril à la fois le bon fonctionnement de la coopérative et sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs, une interdiction de double appartenance (...) peut (...) produire des effets positifs sur la concurrence »²²⁴⁵. La CJCE estime alors que pour échapper à l'interdiction de l'article 81 §1, la restriction en cause doit « être [limitée] à ce qui est nécessaire »²²⁴⁶ afin d'atteindre ces deux objectifs. On observe alors que les dispositions des statuts satisfont le test de proportionnalité²²⁴⁷. Les objectifs avancés, sans qu'ils ne soient explicitement qualifiés d'objectifs d'intérêt général, contrebalancent l'atteinte portée au jeu concurrentiel.

L'affaire *Delière* marque ensuite une étape. Selon l'avocat général COSMAS,

« même s'il devait être considéré comme réduisant la concurrence, en ce sens qu'il empêche certains judokas de participer à certains tournois internationaux,

²²⁴³ Cela s'apparente à l'application de la règle de raison en droit européen de la concurrence. Sur ce question, v. *infra* Ch. 2, Section 1, I, A, 2.

²²⁴⁴ CJCE, 15.12.1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvarerelskab AmbA (DLG)*, C-250/92, *Rec.*, p. I-5641, pt 35. V. concl. av. gén. G. COSMAS présentée pour l'arrêt CJCE, 11.4.2000, *C. Delière c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL e.a.*, C-51/96 et C-191/97, *Rec.*, p. I-2549, pt 111. La question de la possibilité de prendre en considération les effets positifs d'un accord est envisagée en détail *infra in* Ch. 2, Section 1, II, A.

²²⁴⁵ Arrêt *DLG*, cité note précédente, pt 34.

²²⁴⁶ *Idem*, pt 35.

²²⁴⁷ *Idem*, pts 36 à 40.

le règlement litigieux ne relève pas du champ d'application de l'article [81] du traité, car il est indispensable pour atteindre les objectifs légitimes qui découlent de la spécificité du judo »²²⁴⁸

Le règlement litigieux n'est pas soumis à l'application de l'article 81 §1. Dans cet esprit, une réglementation n'enfreint pas le droit communautaire de la concurrence si « *elle est nécessaire précisément afin de permettre au mécanisme du marché de fonctionner ou dans un autre but légitime* »²²⁴⁹. La réglementation peut donc être admise d'une part en ce qu'elle améliore les échanges sur le marché ; cela sous-tend qu'elle contribue à une concurrence efficace. Cette règle peut aussi être admise si elle poursuit un autre but, celui-ci pouvant être non économique. L'arrêt *Deliège* interprète cependant la légalité du règlement exclusivement au regard de l'article 49 TCE²²⁵⁰.

L'arrêt *Wouters* met en pratique l'opinion de l'avocat général COSMAS présentée pour l'arrêt *Deliège* ainsi que celle présentée par l'avocat général ALBER pour l'arrêt *Lehtonen*²²⁵¹. La Cour de justice apprécie au regard des règles du droit de la concurrence une décision prise par une association professionnelle néerlandaise d'avocats, qui interdit la constitution de groupes multidisciplinaires. Cette décision d'association d'entreprises restreint la concurrence²²⁵². Or, la CJCE prend en considération « *les objectifs* » pour lesquels cette réglementation a été adoptée, à savoir « *la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice* »²²⁵³. La décision litigieuse est nécessaire pour atteindre ces objectifs et proportionnée à ceux-ci²²⁵⁴. La Cour adhère ainsi à la raison d'être de cette

²²⁴⁸ Concl. av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt *Deliège*, préc. note 2244, pt 112. Ces objectifs sont, d'une part, l'organisation d'un mécanisme de sélection des équipes nationales qui étaient appelées à représenter le continent européen aux jeux olympiques d'Atlanta et, d'autre part, le fait d'assurer la plus grande représentativité possible de certains tournois internationaux.

²²⁴⁹ *Idem*, pt 110.

²²⁵⁰ Arrêt *Deliège*, préc. note 2244, pts 38, 41 et s.

²²⁵¹ Concl. av. gén. S. ALBER présentées pour l'arrêt *Lehtonen*, préc. note 2143, pt 108 : « Dans la mesure où les délais de transferts qui sont ici en cause n'impliquent pas une entrave disproportionnée à la libre circulation des travailleurs, ils garantissent le caractère comparable des résultats des matches au cours d'une saison. Cet objectif revêt une importance pour la concurrence entre les clubs, qui consiste à accroître le caractère attractif de leurs matches. C'est pourquoi les délais de transferts sont compatibles, dans cette mesure, avec l'article [81] du traité CE, tout en étant compatibles, avec la libre circulation des travailleurs ».

²²⁵² CJCE, 19.2.2002, *J.C.J. Wouters e.a.*, C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, pts 86 à 90. Les avocats sont empêchés, en particulier, de s'associer aux experts comptables.

²²⁵³ *Idem*, pt 97.

²²⁵⁴ *Idem*, pts 107 à 109.

décision²²⁵⁵. La « [réduction] de l'efficacité économique » est dès lors compensée par « des raisons d'intérêt général national (non communautaire) »²²⁵⁶. À l'image de l'arrêt *DLG*, cet arrêt confirme que les effets négatifs sur la concurrence produits par un accord litigieux peuvent être contrebalancés par les objectifs pour lesquels cet accord a été adopté, à condition que celui-ci soit proportionné et nécessaire pour atteindre ces objectifs. En l'espèce, ces objectifs apparaissent pour la première fois comme étant des objectifs d'intérêt général dénués de considérations économiques, comme en témoigne la référence à la bonne administration de la justice. Dès lors, on peut voir dans cet arrêt une application « curieuse » de la théorie des exigences impérieuses d'intérêt général en droit de la concurrence²²⁵⁷. Cela mérite d'être étayé.

Selon Giorgio MONTI, l'intérêt général exclut l'application de l'article 81 en l'espèce²²⁵⁸. Néanmoins, on peut estimer que l'article 81 est appliqué, même si l'accord ne tombe pas sous le coup de l'interdiction énoncée au paragraphe premier de cet article²²⁵⁹. L'objectif d'intérêt général n'efface pas la restriction de concurrence qui résulte de la décision litigieuse, il permet de la disqualifier. Il faut alors réfléchir à la valeur et à la portée de cet arrêt.

2. La généralisation de l'allégation de raisons d'intérêt général dans le cadre des articles 81 §1 et 82 TCE

La jurisprudence issue de l'arrêt *Wouters* doit-elle être considérée comme un épiphénomène, une « exception »²²⁶⁰ ? Le Tribunal limite l'opportunité de l'allégation de l'arrêt *Wouters* aux seuls cas dans lesquels une réglementation susceptible de restreindre la concurrence est en cause²²⁶¹. À cet égard, Giorgio MONTI estime que « la Cour était tenue de fournir une solution qui assurerait que la politique publique d'un État membre a la même pertinence,

²²⁵⁵ *Idem*, pt 105.

²²⁵⁶ LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 279. Sur la dimension nationale de l'intérêt général en l'espèce, v. aussi G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1098.

²²⁵⁷ IDOT L., « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, sp. 231.

²²⁵⁸ En ce sens, v. MONTI G., art. préc. note 2136, p. 1087.

²²⁵⁹ L'ordre néerlandais des avocats est considéré comme une association d'entreprises (pt 64). Le règlement qu'il adopte constitue décision d'association d'entreprises au sens de l'article 81 §1 (pt 71). Le règlement litigieux constitue une restriction de la concurrence en ce qu'il est « de nature à limiter la production et le développement technique au sens de l'article 81 §1 sous b) » (pt 90).

²²⁶⁰ V., par analogie, concl. av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt *Deliège*, préc. note 2244, pt 110.

²²⁶¹ TPI, 13.12.2006, *Fédération nationale de la coopération détail et viande (FNCBV) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e.a. c. Commission*, T-217 et T-245/03, *Rec.*, p. II-4987, pt 89.

quels que soient les moyens par lesquels cette politique a été mise en œuvre »²²⁶². Il faut donc saluer la cohérence du droit communautaire matériel sur ce point.

Toute réglementation touchant d'aussi près les activités économiques n'est cependant pas nécessairement analysée sous l'angle de l'article 81 TCE, comme le montre l'arrêt *Cipolla*²²⁶³. L'hypothèse *Wouters* se distingue ainsi des cas dans lesquels la réglementation litigieuse est appréciée au regard des règles relatives à la libre circulation, notamment parce que son adoption a été soumise à une « *supervision effective de l'État* »²²⁶⁴, mais aussi des cas dans lesquels une réglementation perd sa nature étatique en ce qu'elle favorise l'accomplissement de comportements anticoncurrentiels par les personnes privées. La question est de savoir si la réglementation elle-même restreint la concurrence²²⁶⁵.

Les arrêts *DLG* et *Wouters* ont été confirmés dans l'arrêt *Meca-Medina* dans lequel il est reconnu qu'une réglementation restrictive de concurrence est justifiée et proportionnée à l'objectif de la lutte contre le dopage en vue d'un déroulement loyal de la compétition sportive²²⁶⁶. Même si les fédérations sportives n'exercent pas une activité économique lorsqu'elles adoptent une réglementation anti-dopage, de sorte que l'applicabilité de l'article 81 §1 TCE est discutable²²⁶⁷, cet arrêt appuie la complémentarité entre le droit de la libre

²²⁶² MONTI G., art. préc. note 2136, p. 1089, notre traduction.

²²⁶³ CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, sp. pt 52. V. aussi concl. av. gén. M. MADURO présentées pour cet arrêt, pt 33: « il faut établir si l'intervention réglementaire de l'État est dominée par le souci de préserver l'intérêt général ou, au contraire, si la prise en compte des intérêts privés est telle qu'elle risque de transformer l'objectif prédominant de la mesure étatique, qui serait alors la protection de ces intérêts ». L'hypothèse *Wouters* se distingue de l'arrêt *Cipolla* dans la mesure où les règlements litigieux sont d'abord qualifiés d'accord. Toutefois, la qualification d'accord dans ce dernier arrêt aurait cependant paru plus cohérente pour une partie de la doctrine. En ce sens, v. J.-B. BLAISE et L. IDOT, « Concurrence – Articles 81 et 82 CE (1^{er}.7.2006 – 31.12.2007) », *RTDE*, 2008, p. 312, sp. pt 133. Selon J.-B. BLAISE, le fait que le projet de tarif soit dénué de force obligatoire (pt 50 de l'arrêt) semble contraire avec certaines jurisprudences qui reconnaissent l'existence d'un accord indépendamment de ces effets juridiques. Cependant, la prise en compte du contexte concurrentiel au stade de la qualification de la réglementation en cause de restriction à la libre prestation des services (v. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, B) et au stade de sa justification est satisfaisante.

²²⁶⁴ En ce sens, *idem*, pt 46.

²²⁶⁵ Sur les moyens de distinguer entre ces trois hypothèses, v. concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, pts 33 et s.

²²⁶⁶ Arrêt *Meca-Medina*, préc. note 2144, pts 42 à 45. La Cour de justice estime que la réglementation est susceptible de restreindre la concurrence : « à supposer même que la réglementation antidopage litigieuse doive être regardée comme une décision d'association d'entreprises limitant la liberté d'action des requérants, elle ne saurait, pour autant, constituer nécessairement une restriction de concurrence incompatible avec le marché commun, au sens de l'article 81 CE, dès lors qu'elle est justifiée par un objectif légitime. En effet, une telle limitation est inhérente à l'organisation et au bon déroulement de la compétition sportive et vise précisément à assurer une saine émulation entre les athlètes ».

²²⁶⁷ Sur cette question, v. L. IDOT, note sous arrêt *Meca-Medina, Europe*, 10.2006, comm. 290, p. 23, sp. 24.

circulation et le droit de la concurrence²²⁶⁸. Dans un registre parallèle, on pourrait imaginer que des objectifs d'ordre culturel justifient certaines réglementations en matière de prix du livre²²⁶⁹.

Les avocats généraux ALBER²²⁷⁰ et COSMAS²²⁷¹ n'excluent pas la possibilité d'invoquer des raisons d'intérêt général pour tenter de faire échapper un comportement à la qualification d'abus au sens de l'article 82. L'avocat général KOKOTT l'envisage aussi²²⁷². Cet argument est également formulé à partir de la considération selon laquelle les comportements *a priori* abusifs, et en particulier les systèmes de rabais, doivent « [reposer] sur [une] prestation économique qui les justifie »²²⁷³. Selon Peter OLIVER, « bien que l'on considère communément que ce concept couvre les justifications commerciales de nature purement financières, il s'étend probablement aux intérêts tels que la santé publique, la protection de

²²⁶⁸ Arrêt *Meca-Medina*, préc. note 2144, pt 28 : « les règles qui régissent ladite activité doivent remplir les conditions d'application de ces dispositions qui, notamment, visent à assurer la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement, la libre prestation des services ou la concurrence ».

²²⁶⁹ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1089-1090. La culture permettrait ainsi de justifier une restriction à la concurrence. On notera que la promotion de la culture peut déjà justifier l'octroi d'aides d'État. L'article 87 3) d) TCE énonce que peuvent être compatibles avec le Traité « les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

²²⁷⁰ Concl. av. gén. S. ALBER présentées pour l'arrêt *Lehtonen*, préc. note 2143, pt 107 : « [d]ans son arrêt *DLG* (...), la Cour a refusé d'appliquer de façon purement formelle le critère de la concurrence. D'après cette décision, les règles communautaires de concurrence ne sont pas à apprécier de façon abstraite mais sont toujours fonction des clauses particulières et des conditions économiques des marchés concernés. Les règles restreignant la concurrence, telles que celles du cas d'espèce, qui, par leur effet, sont nécessaires à la création de la concurrence sur le marché concerné, peuvent par conséquent être compatibles, de ce fait, avec les articles [81] et [82] du traité si elles sont nécessaires et appropriées pour atteindre [l']objectif [consistant à créer et maintenir une compétition loyale entre les clubs] »

²²⁷¹ Concl. av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt *Deliège*, préc. note 2244, pt 113 : « Même si l'on voulait admettre, par ailleurs, que l'UEJ occupe une position dominante sur le marché des compétitions de judo, les objectifs particuliers poursuivis par les mesures qu'elle a adoptées feraient là encore que son comportement ne saurait être qualifié d'abusif et ne relève donc pas du champ d'application des interdictions visées à l'article [82] du traité ».

²²⁷² Concl. av. gén. J. KOKOTT présentées pour l'arrêt CJCE, 8.7.2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, C-49/07, n.e.p., pt 88 : « l'exercice par l'ELPA de son droit de codécision ne conduit pas toujours ni nécessairement à un abus de position dominante, en particulier si l'on tient dûment compte de raisons objectives, comme les intérêts du sport ». Mais le refus de donner son accord à l'organisation d'une course motocycliste « aura (...) un caractère abusif lorsque, sans être objectivement justifié par les intérêts du sport, il est opposé arbitrairement pour promouvoir les intérêts économiques de l'ELPA, aux dépens d'autres opérateurs désireux d'organiser et surtout de commercialiser des courses motocyclistes sous leur propre responsabilité » (pt 96). La réglementation incite à commettre des abus et empêche une concurrence efficace sur le marché de l'organisation des courses motocyclistes (pts 97 à 106, sp. 100 et 102). L'arrêt suit les grandes lignes de ces conclusions mais sans s'intéresser à une éventuelle justification objective du comportement abusif. V. en particulier le pt 51 de l'arrêt : « Un tel droit [exclusif] peut donc amener l'entreprise qui en dispose à empêcher l'accès des autres opérateurs au marché concerné ». L'accès au marché est entendu de manière formaliste, en application du principe de l'égalité des chances des opérateurs économiques.

l'environnement ou des consommateurs et la culture »²²⁷⁴. Récemment, l'arrêt *Kanal 5* n'exclut pas qu'un comportement discriminatoire d'une entreprise dominante soit justifié par « *la mission et [le] mode de financement des sociétés de service public* »²²⁷⁵, une mission de service public pouvant être assimilée à une mission d'intérêt général. Mais les juridictions communautaires ne semblent pas avoir encore admis dans leurs décisions qu'un comportement *a priori* abusif peut échapper à la qualification de l'article 82 TCE pour des raisons d'intérêt général. Les *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* n'y font pas référence²²⁷⁶. *A priori* cette prudence est raisonnable, en ce qu'elle corrobore le maintien du monopole étatique dans la définition de l'intérêt général.

Ainsi, la jurisprudence issue de l'arrêt *Wouters* doit encore être limitée aux réglementations constitutives d'une décision d'association d'entreprises. On peut alors estimer que les réglementations litigieuses en vertu de l'article 82 sont le plus souvent appréhendées par l'article 86 TCE.

Toujours est-il que la complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation ressort de l'hypothèse *Wouters*, dans la mesure où une *réglementation* susceptible de restreindre la concurrence est justifiée par un objectif d'intérêt général²²⁷⁷. La convergence des modes de justification des entraves publiques et privées à l'accès au marché est corroborée par l'application de l'article 81 §3 TCE, en ce que son application fait appel à des considérations relatives à l'intérêt général.

²²⁷³ V. not. CJCE, 15.3.2007, *British Airways plc c. Commission*, C-95/04 P, *Rec.*, p. I-2331, pts 67 et 84 et 85. Ceci est de jurisprudence constante depuis l'arrêt CJCE, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 85-76, *Rec.*, p. 461, pt 90 al. 1. Ceci est détaillé *infra* in Ch. 2, section 1, I, B.

²²⁷⁴ OLIVER P., « Concurrence et libre circulation, leur place dans le traité », art. préc. note 2172, sp. 389.

²²⁷⁵ CJCE, 11.12.2008, *Kanal 5 et TV 4 AB c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, C-52/07, n.e.p., pt 47, comm. L. IDOT, *Europe*, 2.2009, p. 39, sp. 40, dans lequel l'auteur se demande pour quelle raison la Cour de justice ne s'est pas basée sur l'article 86 §2 CE.

²²⁷⁶ Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, 9.2.2009, *JO C* 45, 24.2.2009, p. 7, sp. pts 28 à 31, qui se concentrent sur la « nécessité objective » et les « gains d'efficacité » produits par le comportement litigieux.

²²⁷⁷ Selon G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1087, « le ratio decidendi [de l'arrêt *Wouters*] est remarquable en ce que la Cour entrelace les principes du droit de la concurrence et de la libre circulation », notre traduction. Selon I. LIANOS, ouvrage préc. note 2256, p. 260, cet arrêt « fournit une illustration [de] la complémentarité croissante entre le droit de la liberté de circulation et le droit concurrence, [qui] conduit à une influence réciproque des méthodes de raisonnement employées par chacune de ces sphères du droit communautaire ».

B. L'incidence des considérations relatives à l'intérêt général dans l'exemption d'un accord restrictif de la concurrence

Avant d'étudier la place des objectifs d'intérêt général en matière d'exemption d'un accord, il convient de noter que la réforme du droit de la concurrence a eu un fort impact en terme procédural²²⁷⁸. Alors que l'ancien système consistait en la notification préalable et obligatoire en vue de l'obtention d'une exemption individuelle, le nouveau système opte pour l'exception légale²²⁷⁹. Dès lors, dans le cas où une partie ou une autorité nationale chargée du contrôle de la concurrence allègue une violation de l'article 81 §1 TCE, la partie mise en cause pourra démontrer que l'accord attaqué remplit les conditions énoncées au troisième paragraphe de cet article, de manière à bénéficier d'une exemption²²⁸⁰. Les autorités nationales ont désormais la possibilité d'appliquer l'article 81 §3 TCE²²⁸¹. Cette possibilité est intéressante en termes de convergence entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence. En effet, le juge national peut se prononcer aussi bien en droit de la concurrence qu'en droit de la libre circulation, en envisageant dans chaque cas la possibilité non seulement de qualifier le comportement mais aussi de le justifier²²⁸².

La réforme accentue le développement de l'analyse économique du droit de la concurrence. C'est principalement cet aspect de la réforme qui est analysé ici.

Que l'exemption envisagée soit individuelle ou collective²²⁸³, l'article 81 §3 pose quatre conditions cumulatives²²⁸⁴ pour qu'un accord visé par le premier paragraphe de l'article soit exempté, à savoir deux conditions positives et deux conditions négatives : améliorer la production ou la distribution ou promouvoir le progrès technique ou économique, réserver une partie équitable du profit aux utilisateurs, ne pas mettre en place de restrictions non

²²⁷⁸ Règlement n° 1/2003/CE du Conseil du 16.12.2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. V. en particulier L. IDOT, « L'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 : les dispositions procédurales du « paquet modernisation » », *Europe*, 5.2004, étude 6, p. 4. V. aussi L. IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement n° 1/2003 et projets de texte d'application), *CDE*, 2003 p. 283.

²²⁷⁹ Règlement n° 1/2003/CE, cité note précédente, considérant 4.

²²⁸⁰ *Idem*, considérant 5 et article 2.

²²⁸¹ Ceci est expliqué not. par. L.IDOT, « Le nouveau système communautaire ... », art. préc. note 2278, sp. p. 294 et s. D'après l'article 1, §2, du Règlement n° 1/2003/CE, « les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, §1, du traité qui remplissent les conditions de l'article 81, §3, ne sont pas interdites, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet ».

²²⁸² En ce sens, v. K. MORTELMANS, in « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ? », *CMLR*, 2001, p. 613, sp. 648.

²²⁸³ L'hypothèse des exemptions collectives est envisagée *infra* in Ch. 2, Section 1, II, A.

²²⁸⁴ Sur le caractère cumulatif des conditions énumérées à l'article 81 §3 TCE, v. not. Commission, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, §3*, JO n° C 101 du 27.4.2004, p. 97, pt 42.

indispensables pour atteindre les objectifs de l'accord et ne pas éliminer la concurrence. Au-delà des nombreux liens à établir entre chacune de ces conditions et l'accès au marché²²⁸⁵, il s'agit ici d'aborder en particulier la première condition, qui permet aux partenaires d'un accord restrictif de la concurrence au sens de l'article 81 §1 d'invoquer des objectifs non économiques pour bénéficier d'une exemption (1). Il convient d'autre part d'envisager dans quelle mesure la modernisation du droit communautaire de la concurrence permet encore à des accords d'être exemptés en partie pour des raisons liées à l'intérêt général (2).

1. L'impact des raisons liées à l'intérêt général sur l'exemption d'un accord

La formulation de la première condition énoncée à l'article 81 §3 TCE est propice à l'introduction de considérations relatives à l'intérêt général²²⁸⁶.

Le progrès économique comprend la protection de l'environnement. Un accord qui rapproche deux fabricants d'accumulateurs d'énergie pour automobiles peut ainsi être exempté parce que l'un de ses objectifs est de protéger l'environnement en rendant les automobiles équipées moins polluantes²²⁸⁷.

L'objectif de protection de l'environnement doit aussi profiter aux utilisateurs, sans que le bénéfice octroyé à ces derniers soit nécessairement individuel²²⁸⁸. La Commission substitue dans ces cas l'intérêt du public à l'intérêt des consommateurs, même si ces derniers n'achètent pas le bien en question²²⁸⁹. L'interprétation de la Commission est dès lors critiquable²²⁹⁰. Selon Giorgio MONTI, un accord doit pouvoir être exempté seulement si, au-delà des

²²⁸⁵ Ceci est envisagé *infra*, ch. 2, Section 1, II, B.

²²⁸⁶ En ce sens, v. not. I. LIANOS, ouvrage préc. note 2256, p. 274.

²²⁸⁷ Déc. Commission 88/541/CEE, *BBC Brown Boveri*, 11.10.1988, IV/32.368, JO L 301 du 4.11.1988, pt 23, cité in WAELBROECK M. et FRIGNANI A., *Concurrence, Le droit de la CE*, coll. Commentaire J. Mégret, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 215.

²²⁸⁸ Déc. Commission 2000/475/CE, 24.1.1999, *CECED*, IV.F.1/36.718, JO L 187 du 26.7.2000, p. 47, cité in I. LIANOS, ouvrage préc. note 2256, p. 277-278, sp. n.b.p. 636. Ceci relie donc la première condition à la deuxième. L'objectif de la protection de l'environnement est également relié à la deuxième condition in déc. Commission 94/986/CE, 21.12.1994, *Philips-Osram*, IV/34.252, JO L 378 du 31.12.1994, p. 44, pt 27 : « l'utilisation d'usines plus propres se traduira par une réduction de la pollution de l'air et, en conséquence, par des avantages directs et indirects pour les utilisateurs dus à une réduction des externalités négatives ».

²²⁸⁹ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1076.

²²⁹⁰ En ce sens, *idem*, p. 1077. Selon cet auteur, la seconde condition énoncée à l'article 81 §3 TCE requiert « que les consommateurs et non pas le public dans son ensemble, tire un bénéfice de l'accord » (notre traduction).

troisième et quatrième conditions, un bénéfice pour les consommateurs (2^e condition) s'additionne au bénéfice pour la société (1^{ère} condition)²²⁹¹.

D'autres objectifs ont évidemment été pris en compte dans la jurisprudence²²⁹². Il s'agit notamment de l'objectif de maintenir l'emploi dans les circonstances d'une conjoncture défavorable²²⁹³. Dans un registre assez proche, une coordination litigieuse a été exemptée notamment en ce qu'elle permettait « *de conduire les opérations de restructuration dans des conditions sociales acceptables et en facilitant le reclassement du personnel* »²²⁹⁴. Par analogie avec le contrôle des concentrations qui intègre aussi les impératifs sociaux et environnementaux, il ressort ainsi de la jurisprudence qui concerne l'article 81 §3 que « *la prise en compte des considérations environnementales ou sociales est (...) la garantie du succès du fonctionnement du marché* »²²⁹⁵.

Par ailleurs, un accord peut être exempté en partie en ce qu'il participe à la promotion de la compétitivité de l'industrie européenne²²⁹⁶. L'amélioration de cette compétitivité vis-à-vis des concurrents implantés dans d'autres États membres conduit le plus souvent à l'exemption des accords qui y contribuent²²⁹⁷. De même, la protection des consommateurs est un objectif admis en vertu de la première condition énoncée à l'article 81 §3²²⁹⁸.

Dans ces cas, l'intérêt général est le plus souvent entendu dans sa dimension européenne, dans la mesure où ces objectifs (environnement, consommateurs, industrie) font l'objet d'une

²²⁹¹ *Ibid.*

²²⁹² V. not. les exemples énoncés in M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 2287, p. 215 et s.

²²⁹³ CJCE, 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission*, 26-76, *Rec.*, p. 1875, pt 43 al. 4 : « la conclusion de programmes de livraisons pour une durée raisonnable constitue, en ce qui concerne le maintien de l'emploi, un élément de stabilisation dont la recherche entre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans les circonstances d'une conjoncture économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article [81], §3, permet de viser ».

²²⁹⁴ Déc. Commission 94/296/CE, 29.4.1994, *Stichting/Baksteen*, IV/34.456, *JO*, L 131 du 26.5.1994, p. 15, pt 27.

²²⁹⁵ BERROD F., « le développement durable... », art. préc. note 2131, p. 360.

²²⁹⁶ Ceci est développé par G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1072-1073. V. not. déc. Commission 88/88/CEE, 22.12.1987, *Olivetti/Canon*, IV/32.306, *JO* L 52 du 26.2.1988, p. 51, pt 54 sous b) : « L'entreprise commune permet de transférer le bénéfice d'une technologie avancée à Olivetti, entreprise communautaire, dans les domaines où la technologie revêt une importance primordiale. (...) Il est raisonnable d'espérer que la combinaison de cette technologie et de celle d'une entreprise communautaire également axée sur la recherche et le développement contribuera à améliorer les structures technologiques du secteur communautaire concerné et, à terme, sa compétitivité ».

²²⁹⁷ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1072.

²²⁹⁸ Ceci est développé par G. MONTI, art. préc. note 2141, p. 1075-1076. V. not. déc. Commission 94/896/CE, 16.12.1994, *Asahi/Saint-Gobain*, IV/33.863, *JO*, L 354 du 31.12.1994 p. 87, pt 24 : « Ce produit pourrait avoir une incidence importante sur la conception, la sécurité et le prix des voitures et autres véhicules automobiles ». La sécurité des automobilistes constitue une forme de protection des consommateurs.

politique communautaire²²⁹⁹. Il en va de même lorsqu'un État membre cherche à justifier une restriction à la libre circulation en avançant des objectifs similaires²³⁰⁰.

À l'image du développement de la place du marché dans les objectifs d'intérêt général qui sont invoqués en matière de libre circulation, on observe une combinaison des considérations relatives à l'intérêt général et à l'efficacité économique au moment de l'exemption d'un accord.

2. La conjugaison de considérations relatives à l'intérêt général avec l'efficacité économique au moment de l'exemption d'un accord

Les *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 §3* montrent que le développement de l'analyse économique en droit de la concurrence modifie le cœur des appréciations menées au titre de cet article : l'efficacité est mise en avant, sans qu'il ne soit fait mention des objectifs d'intérêt général²³⁰¹. On peut alors s'interroger sur la place que l'analyse économique laissera à la prise en considération de politiques publiques, et notamment des objectifs tirés de la protection de l'environnement ou du maintien de l'emploi²³⁰². Un accord peut en effet être exempté indépendamment de considérations relatives à l'intérêt général²³⁰³.

Il convient d'abord de rappeler que le seul fait qu'un accord remplisse un objectif d'intérêt général n'est pas suffisant pour qu'un accord soit exempté :

²²⁹⁹ Ceci est cependant plus relatif en matière sociale, domaine dans lequel les États membres gardent une grande partie de leurs compétences.

²³⁰⁰ Chaque objectif énoncé dans le Traité ne fait pas cependant l'objet d'une politique communautaire. L'ordre public, en particulier, reste une prérogative essentiellement nationale.

²³⁰¹ *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3*, préc. note 2284, dans lesquelles la première condition de l'article 81 §3 est assimilée aux « gains d'efficacité », au pt 3.2. V. aussi Commission, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, JO C 3 du 6.1.2001, p. 2, pt 32 : « Selon la première condition, l'accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Ces avantages ayant trait à des gains d'efficacité statiques ou dynamiques, il est possible de les qualifier d'« avantages économiques » ». V. aussi *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE*, COM/99/101 final, JO C 132 du 12.5.1999, p. 1 dans lequel la Commission estime qu'évaluer les aspects pro- et anticoncurrentiels d'une entente au stade de l'article 81 §1 viderait l'article 81 §3 de sa substance : « une telle approche rendrait la modernisation dépendante des affaires soumises à la Commission et pourrait demander de nombreuses années. Enfin, cette option risquerait de détourner l'article [81] paragraphe 3, de son objet qui est de fournir un cadre juridique à l'appréciation économique des ententes et non de permettre d'écarter l'application des règles de concurrence en vertu de considérations politiques » (pt 57).

²³⁰² V. L. IDOT, « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, sp. 231 et G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1090.

²³⁰³ Ceci est développé *infra*, sous Chapitre 2, Section 1, II, B.

« les effets favorables d'une entente à un objectif d'intérêt général peuvent renforcer le poids des gains d'efficacité lors de l'opération de mise en balance de l'article 81 §3 TCE, mais il ne s'agit pas d'un palliatif à l'absence de gains d'efficacité. L'entente doit remplir les trois autres conditions de l'article 81 §3 »²³⁰⁴.

Quand bien même un objectif d'intérêt général serait légitimement poursuivi par un accord restrictif de la concurrence, « l'exemption ne sera accordée qu'à une pratique qui contribue à l'efficacité économique »²³⁰⁵. Ainsi, même avant l'adoption de la réforme, les accords étaient exemptés en ce qu'ils combinaient à la fois des éléments liés à la protection d'un objectif d'intérêt général et à la promotion de l'efficacité économique²³⁰⁶.

La décision *Der Grüne Punkt* (ou *DSD*) en témoigne, à propos d'un accord privé qui avait pour objet d'appliquer une directive communautaire relative au recyclage des déchets²³⁰⁷. L'accord litigieux est exempté non seulement en ce qu'il contribue à la politique communautaire de l'environnement, mais aussi en ce que la relation d'exclusivité entre l'organisme DSD et les entreprises de collecte crée des gains d'efficacité²³⁰⁸. La décision *CECED* conjugue également gains d'efficacité économique et préservation de l'environnement, à propos de l'exemption d'un accord signé entre producteurs visant à produire des lave-linges économes en énergie²³⁰⁹. Cette complémentarité entre un objectif d'intérêt général et l'efficacité économique semble essentielle. Néanmoins, au regard des articles 3 et 6 TCE (devenu 11 TFUE), Giorgio MONTI se demande si la protection environnementale n'est pas « supérieure aux valeurs essentielles du droit communautaire de

²³⁰⁴ LIANOS I., ouvrage préc. note 2256, p. 275.

²³⁰⁵ IDOT L., « L'intérêt général ... », art. préc. note 2094, p. 231. V. aussi G. MONTI, art. préc. note 2136, p. 1070, « un accord qui contribue à une politique communautaire mais qui est inefficace, ou qui partage le marché, ne devrait pas être exempté », notre traduction.

²³⁰⁶ En ce sens, v. G. MONTI., art. préc. note 2136, p. 1077-1078.

²³⁰⁷ Directive 94/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 20.12.1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages, *JO L* 365 du 31.12.1994, p. 10.

²³⁰⁸ Déc. Commission 2001/837/CE, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland (DSD) e.a.*, COMP/34493 (not.), *JO L* 319 p. 1, pts 143 à 145. En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2136, sp. 1074 et 1093. Toutefois, pour ce qui concerne la condition liée au caractère indispensable de la restriction, la Commission limite la durée maximale des contrats d'exclusivité signés entre DSD et les entreprises de collecte au 31.12.2003. Le Tribunal confirme la décision de la Commission *in TPI*, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691.

²³⁰⁹ Déc. Commission *CECED*, préc. note 2288, pt 48 : « Les lave-linge qui consomment moins d'électricité, toutes choses restant égales par ailleurs, sont objectivement plus efficaces d'un point de vue technique. Une consommation d'énergie plus faible réduit indirectement la pollution engendrée par la production d'électricité. Le fonctionnement futur du parc total de machines installées qui fourniront le même service avec moins de pollution indirecte est plus efficace du point de vue économique que si l'accord n'existait pas ».

la concurrence »²³¹⁰. La nécessité de sauvegarder l'environnement pourrait « *agir comme une carte d'atout* » *justifiant même les accords anticoncurrentiels* »²³¹¹. En parallèle, la Cour de justice n'admet-elle pas de justifier les mesures discriminatoires en matière de libre circulation par des considérations relatives à l'environnement²³¹² ?

La promotion de la compétitivité de l'industrie européenne est également liée à l'efficacité économique. Il en va de même non seulement pour la protection des consommateurs, mais également pour la poursuite d'un objectif social²³¹³. Le marché ne disparaît pas de l'analyse lorsqu'il est question d'exempter un accord en avançant un objectif d'intérêt général. De telles remarques peuvent être formulées lorsqu'une restriction étatique est justifiée par un objectif d'intérêt général : certains objectifs invoqués sont économiques, tandis que la question de savoir si une réglementation ne constitue pas une restriction déguisée aux échanges réinjecte des considérations relatives à la libéralisation des échanges.

En fait, l'article 81 §3 TCE est propice à la réalisation d'un bilan économique, qui n'envisagerait pas seulement les effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord, mais également les effets positifs et négatifs de l'accord sur l'économie en général²³¹⁴. Ainsi, limiter l'article 81 §3 à des considérations liées à l'efficacité économique constitue une interprétation littérale de cet article, qui ne reflète pas la réalité. De manière générale, Giorgio MONTI considère que « *le futur rôle de la politique publique est plutôt à même de croître dans le cadre de l'article 81* »²³¹⁵. Or, il est probable que les autorités nationales chargées du contrôle en matière de concurrence suivent le discours de la Commission qui met l'accent sur l'efficacité économique. Leurs décisions pourront dès lors contraster avec la pratique de la Commission elle-même en ce que celle-ci continue à prendre en considération les politiques publiques lors de l'exemption d'un accord en vertu de cet article²³¹⁶.

En tout cas, le développement de la prise en compte des politiques publiques a un impact sur les autorités de droit de la concurrence : il est essentiel que le juge de la concurrence puisse

²³¹⁰ MONTI G., art. préc. note 2136, p. 1078, notre traduction. Ces valeurs comprennent l'efficacité économique selon cet auteur.

²³¹¹ *Ibid.*

²³¹² V. *infra* Chapitre 2, Section 2, I, A, 1 à propos notamment de l'arrêt CJCE, 13.3.2001, *PreussenElektra AG c. Schleswag*, C-379/98, *Rec.*, p. I-2099.

²³¹³ V. l'arrêt *Metro*, préc. note 2293, pt 43, sp. al. 1 à 3. V. la décision *Stichting/Baksteen*, préc. note 2294, pt 26.

²³¹⁴ Cette question est abordée dans le chapitre suivant.

²³¹⁵ MONTI G., art. préc. note 2136, p. 1091, notre traduction.

évaluer la justification d'un comportement au regard de l'économie, mais aussi de l'intérêt général. Dans la suite de l'opinion défendue par Michel RAINELLI²³¹⁷, il revient finalement au juge de fixer les limites de l'ordre concurrentiel.

Il est donc indéniable que le droit de la concurrence concoure de plusieurs manières à satisfaire l'intérêt général. En particulier, une réglementation litigieuse au regard de l'article 82 et un accord qui relève de l'article 81 §1 peuvent être exonérés de l'interdiction s'ils répondent à un objectif d'intérêt général, à l'image de la justification qui peut être avancée pour une entrave étatique. Dans l'ensemble de ces cas, le principe de proportionnalité est appliqué. Toutefois, la complémentarité du droit communautaire de la concurrence et de la libre circulation comporte des limites, en ce qu'il n'a pas encore été explicitement reconnu qu'un comportement abusif au regard de l'article 82 puisse être justifié par un objectif d'intérêt général. S'il peut sembler légitime qu'un État membre définisse un intérêt général particulier, il est essentiel que ce ne soient pas les entreprises qui définissent à elles seules les composantes de celui-ci, comme par exemple la sécurité des produits²³¹⁸.

Conclusion du chapitre 1

La prégnance des considérations relatives à l'intérêt général dans le cadre du droit de la concurrence fait écho à la prise en considération des motifs d'intérêt général dans le cadre de l'analyse des restrictions à la libre circulation. La qualification d'une entrave étatique est réalisée dans l'intérêt communautaire, tandis que des impératifs nationaux ou communautaires peuvent justifier des restrictions à la libre circulation. Ces impératifs comportent, cependant, presque nécessairement, une dimension économique. Il est en va de même pour la qualification des comportements anticoncurrentiels. La complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit des libertés de circulation ressort nettement d'une telle analyse. L'incidence des considérations relatives à l'efficacité économique sur les décisions du juge en droit communautaire matériel permet d'établir un constat du même ordre.

²³¹⁶ En ce sens, *idem*, p. 1095

²³¹⁷ M. RAINELLI, art. préc. note 2209, p. 13, sp 16.

²³¹⁸ V. en particulier TPI, 12.12.1991, *Hilti AG c. Commission*, T-30/89, *Rec.*, p. II-1439, pt 118, qui rappelle qu'il n'appartient pas à une entreprise dominante de prendre des mesures destinées à éliminer du marché des produits qu'elle considère dangereux. Le rôle des États membres est donc conforté en la matière. V. aussi Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction*, préc. note 2276, pt 29.

Chapitre 2 : La mise à l'écart de la restriction à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'efficacité économique

Les réglementations étatiques restrictives des libertés de circulation peuvent être justifiées par des raisons liées à la poursuite d'un intérêt général, de nature à primer les exigences liées à l'accomplissement du marché intérieur. Parallèlement, des comportements d'entreprises peuvent répondre à des objectifs d'intérêt général et ne pas être affectés par l'emprise du droit de la concurrence. Que ce soit en droit de la libre circulation ou en droit de la concurrence, les considérations économiques sont parties prenantes dans le contrôle du motif qui est censé justifier une restriction aux échanges. Il s'agit ici d'envisager l'incidence des considérations liées à l'efficacité économique²³¹⁹, en ce compris l'accès efficace au marché, sur la qualification ou la justification de la restriction aux échanges au sens du Traité.

Cette réflexion est la résultante non seulement de la prise en compte du critère de l'accès efficace au marché dans la qualification des comportements anticoncurrentiels et des restrictions étatiques à la libre circulation²³²⁰, mais aussi de l'analyse économique que nécessite une restriction opposée à l'accès au marché. En droit de la concurrence, il s'agit d'explicitier le principe selon lequel une pratique peut être admise à certaines conditions, si elle n'empêche pas un accès efficace des concurrents au marché ou si elle permet à l'auteur de la pratique d'accéder profitablement au marché. En droit de la libre circulation, il s'agit d'étudier la pertinence de l'argument selon lequel une réglementation nationale qui n'empêche pas un accès efficace au marché des opérateurs établis dans d'autres États membres respecte les libertés de circulation.

Cette interrogation peut être poussée plus loin. En effet, les pratiques litigieuses en droit de la concurrence qui produisent des gains d'efficacité économique peuvent être maintenues. Ces gains permettent de contrebalancer les effets négatifs produits par une pratique sur la concurrence. Ils peuvent aussi contribuer à l'exemption d'un accord en vertu de l'article 81 §3 TCE ou à l'admission d'une concentration en application du règlement n° 139/2004/CE²³²¹. Nous nous demandons ici dans quelle mesure ces aspects constituent un modèle à suivre pour

²³¹⁹ Les notions d'efficacité économique et de gains d'efficacité sont définies *in* Partie 1, Titre 2, Ch. 1, introduction.

²³²⁰ Ceci est abordé dans le Titre 2 de la 1^{ère} partie.

²³²¹ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

le droit de la libre circulation. Devant la pertinence de l'analyse des effets d'une mesure nationale sur l'accès efficace des opérateurs économiques au marché, mais aussi face à l'importance des considérations économiques dans l'appréciation de la justification d'une mesure restrictive de la libre circulation, on pourrait alors examiner si une entrave étatique à l'accès au marché pourrait être admise au regard du Traité pour des raisons tirées de l'efficacité économique. De même, dans le cas où la qualification de restriction à la libre circulation est retenue, il convient également d'étudier de quelle manière l'efficacité économique pourrait être avancée comme motif de justification.

L'office du juge, qu'il statue en matière de concurrence ou de libre circulation, est nécessairement modifié par la prise en compte de telles considérations. Sans entrer ici dans une démonstration qui dépasse notre propos²³²², on notera que les autorités compétentes en droit de la concurrence sont évidemment plus habituées à statuer sur des situations économiques. En effet, même si le contrôle *a posteriori* des décisions de la Commission par le Tribunal ou la CJCE est en principe restreint²³²³, le juge national compétent en la matière est souvent contraint d'examiner en détail les effets concrets des pratiques litigieuses sur les échanges. Cela nécessite une « *analyse économique approfondie [et] complexe* »²³²⁴. Le développement de l'analyse économique en droit de la concurrence a donc d'abord une incidence sur l'office du juge de la concurrence qu'il ne faut pas négliger. À ce titre, l'effet direct de l'article 81 §3 TCE, tel qu'il résulte du règlement n° 1/2003/CE, amène le juge national à apprécier l'efficacité économique produite par un accord²³²⁵.

²³²² V. en particulier A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008.

²³²³ V. not. TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pt 57 : « le juge saisi d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE se livre à un entier contrôle de l'examen effectué par la Commission (...), à moins que cet examen implique une appréciation économique complexe, auquel cas le contrôle est restreint à la vérification de l'absence de détournement de pouvoir, du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de ces faits ».

²³²⁴ Concl. av. gén. N. FENNELLY présentées pour l'arrêt CJCE, 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky e.a.*, C-214/99, *Rec.*, p. I-11121, pt 26 : « Il est possible de tirer du principe de la sécurité juridique un argument irrésistible en faveur de l'exigence d'une analyse globale aux fins de déterminer si le réseau de contrats d'un fournisseur tombe sous le coup de l'article 81, §1, CE. L'analyse économique approfondie que la méthode Delimitis exige déjà des juridictions nationales chargées de l'application de l'article 81 est, par sa nature même, complexe, et comportera presque inévitablement des difficultés pour toutes les juridictions, à l'exception de celles qui sont plus spécialisées dans le droit de la concurrence ».

²³²⁵ Ceci limite la portée de l'arrêt CJCE, 13.7.1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c. Commission*, 56 et 58-64, *Rec.*, p. 429, sp. p. 501 : « l'exercice des pouvoirs de la Commission [lors de l'octroi d'exemption] comporte nécessairement des appréciations complexes en matière économique [de telle

L'office du juge national compétent en matière de libre circulation est également transformé, dans la mesure où la prise en compte de considérations liées à la concurrence lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité d'une mesure nationale litigieuse au regard du Traité instituant la Communauté européenne est nécessaire²³²⁶. Cette question n'est pas spécifique au droit du marché intérieur, mais rejoint la problématique plus large de l'utilisation d'une analyse économique par le juge de droit public²³²⁷. Face à une difficulté d'interprétation, on sait que le juge de droit commun dispose de la possibilité de procéder à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. À l'image de la possibilité offerte aux juridictions nationales de surseoir à statuer en attendant d'un avis demandé à l'autorité nationale de la concurrence compétente²³²⁸, il pourrait être opportun que cette possibilité soit également ouverte au juge national en dehors des cas d'application des règles du droit de la concurrence. Les développements qui suivent corroborent la nécessité d'une analyse économique en matière de contrôle des réglementations nationales restrictives des échanges, de sorte que de nouvelles procédures pourraient être offertes au juge pour faire face à ce développement particulier de son office.

Il s'agit en effet d'évaluer l'importance non seulement des considérations relatives à l'accès efficace au marché mais aussi, plus généralement, des considérations relatives à l'efficacité économique²³²⁹ lors de la qualification et de la justification d'une entrave publique ou privée aux échanges. Cela revient à examiner comment ces considérations peuvent jouer en faveur

sorte que] le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit respecter ce caractère en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit ».

²³²⁶ La prise en considération des questions de concurrence dans le cadre de l'article 90 TCE est cependant traditionnelle. V. les développements *in* Partie 2, Titre 1, Ch. 2. L'utilisation correcte du critère de l'accès au marché tend cependant à généraliser la prise en considération des questions de concurrence.

²³²⁷ V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « les difficultés inhérentes à l'intervention du juge administratif en matière de concurrence : un sujet de dispute », Exposé introductif, *in* Atelier concurrence DGCCRF, *Le juge administratif face au droit de la concurrence*, RCC, 1995, n° 88, p. 13 ; C. BRÉCHON-MOULÈNES, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 20.9.2000, p. 679, et J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *idem*, p. 687. V. aussi D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004 et CALMETTE J.-F., « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *Droit administratif*, 7-2006, p. 13.

²³²⁸ En vertu de l'article L 462-3 du code de commerce, les juridictions nationales françaises peuvent consulter l'Autorité de la concurrence « sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 [de ce code] ainsi qu'aux articles 81 et 82 du [TCE] et relevées dans les affaires dont elles sont saisies ».

²³²⁹ La détermination de l'impact d'une mesure ou d'une pratique sur un accès efficace au marché implique, comme il a été envisagé précédemment, d'examiner non seulement l'offre, c'est-à-dire l'intensification de la concurrence qui s'exerce à ce niveau, mais également la demande, c'est-à-dire l'amélioration des choix proposés aux consommateurs. L'accès efficace d'une entreprise au marché profite ainsi à l'ensemble des opérateurs économiques présents sur le marché et crée dès lors des gains d'efficacité économique. Promouvoir l'accès efficace au marché participe dès lors à l'objectif d'allocation efficace des ressources. Cependant, ce chapitre montre également que l'efficacité économique et l'accès efficace au marché ne sont pas allégués dans les mêmes situations.

d'une restriction à l'accès au marché. Pour ce faire, il convient d'envisager d'abord le droit de la concurrence (section 1) et ensuite le droit de la libre circulation (section 2), dans la mesure où le second pourrait apparaître comme le reflet du premier sur cette question.

Section 1 : Le modèle – la mise à l'écart d'une pratique litigieuse en droit de la concurrence pour des raisons tirées de l'efficacité économique

L'appréciation des pratiques litigieuses en droit communautaire de la concurrence accorde désormais une grande place aux considérations d'efficacité, celles-ci incluant des considérations liées à un accès profitable au marché²³³⁰. Il convient d'envisager précisément l'impact de l'utilisation de ces considérations sur la possibilité de faire échapper certaines pratiques à l'emprise des articles 81 ou 82 TCE. Notre approche est instrumentale : elle consiste à saisir le rôle de l'efficacité économique en droit communautaire de la concurrence, afin de jeter les fondements d'une réflexion sur le rôle de ce concept en matière de libre circulation.

Cette étude vise en priorité le contrôle *a posteriori* des entraves à l'accès au marché. Le contrôle *a priori* des concentrations en droit de la concurrence intègre cependant également les considérations liées à l'efficacité économique. Il convient à titre préliminaire d'en retracer les grandes lignes.

La prise en considération des gains d'efficacité²³³¹ dans le cadre du contrôle des concentrations est assez évidente, dans la mesure où le rapprochement économique d'entreprises vise à améliorer leur efficacité économique²³³². Ainsi, les analyses en termes d'efficacité n'étaient pas absentes des décisions prises sous l'empire du règlement n° 4064/89/CEE²³³³. Le règlement n° 139/2004/CE encourage leur prise en considération au moment du contrôle des concentrations²³³⁴. Il s'agit toutefois d'encadrer la modification des

²³³⁰ V. l'explication fournie note précédente.

²³³¹ Cette notion est définie *supra* note 1031.

²³³² D. GERARD, in « Merger Control Policy : How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims? », *CMLR*, 2003, p. 1367, sp. 1368, étaye l'origine de la prise en considération des gains d'efficacité dans le cadre des concentrations eu égard à la notion d'efficacité allocative. V. aussi C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e éd., Litec, Paris, 2006, p. 393 : « l'évolution spontanée des structures peut être le signe de l'efficacité économique »

²³³³ Règlement n° 4064/89/CEE du Conseil du 21.12.1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JO L* 395 du 30.12.1989, p. 1, modifié notamment par le règlement n° 1310/97/CE du Conseil du 30.6.1997, *JO L* 180 du 9.7.1997, p. 1.

²³³⁴ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JO L* 24 du 29.1.2004, p. 1.

structures, afin qu'une concentration d'entreprises n'entraîne pas une monopolisation du marché qui serait défavorable aux consommateurs.

Dans cet esprit, le nouveau règlement des concentrations invite à déterminer « *l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun* », en tenant compte « *des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées* »²³³⁵. Ces gains d'efficacité peuvent « *contrebalance[r] les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs* », de sorte que la concentration ne soit pas à même d'entraver de manière significative une concurrence effective²³³⁶.

Avant l'adoption de ce règlement, Damien GERARD estimait que « *les fusions représentent un moyen d'atteindre l'allocation efficace des ressources, si elles créent des gains d'efficacité résultant d'une meilleure utilisation des facteurs existants, par le biais de la réduction des coûts marginaux et moyens de production* »²³³⁷. L'auteur notait que « *les fusions peuvent être [cependant] motivées par le désir d'éliminer la concurrence et d'augmenter le pouvoir de marché, ce qui éloigne de l'efficacité allocative* »²³³⁸. Il s'agit dès lors de procéder à une « *analyse de compromis* » entre le risque d'atteinte à la concurrence résultant de l'opération et les gains d'efficacité, qui seront probablement obtenus du fait de l'opération²³³⁹. La quantification des gains d'efficacité et leur appréciation n'est cependant pas chose aisée, de sorte que la charge de la preuve doit reposer sur les parties à la concentration²³⁴⁰.

L'efficacité est donc considérée comme un élément de l'appréciation, mais pas comme une défense pour justifier ou atténuer la reconnaissance de la création ou du renforcement de la domination²³⁴¹. En revanche, l'absence de gains d'efficacité ne signifie pas nécessairement que l'opération comporte des effets anticoncurrentiels et, inversement, des gains d'efficacité peuvent représenter un moyen de renforcer ou de créer une position dominante²³⁴². Cela peut être le cas dans un marché fortement concentré, dans lequel le concurrent principal de la nouvelle entité est à la tête d'une société particulièrement efficace. Ce concurrent risquerait de ne pouvoir concurrencer par les mérites le nouvel opérateur si celui-ci atteint un excellent

²³³⁵ Règlement n° 139/2004/CE, préc. note 2334, considérant 29.

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ GERARD D., art. préc. note 2332, p. 1368, notre traduction.

²³³⁸ *Idem*, p. 1369.

²³³⁹ *Idem*, p. 1377-78 (« tradeoff analysis »), en réf. à la théorie de Oliver E. WILLIAMSON aux États-Unis.

²³⁴⁰ *Idem*, p. 1392 et 1393. Les parties à l'opération détiennent nécessairement les informations pertinentes.

²³⁴¹ *Idem*, sp. p. 1376.

taux d'efficience. Ainsi, les gains d'efficacité invoqués par les entreprises doivent être appréciés avec circonspection.

Comme elle y était invitée par l'article 2, §1, sous b) du règlement n° 4064/89/CE, la Commission prit en compte dans ses décisions « *le développement du progrès économique et technique* », pourvu que celui-ci soit à l'avantage des consommateurs et qu'il ne forme pas un obstacle à la concurrence²³⁴³. Néanmoins, la Commission se montrait globalement assez réticente à prendre en compte les gains d'efficience dans son analyse²³⁴⁴. Dorénavant, l'appréciation de l'atteinte potentielle causée par une concentration à la concurrence intègre les gains d'efficience allégués par les parties à l'opération²³⁴⁵, de sorte que l'on puisse estimer que l'efficacité produite par l'opération contrebalance l'atteinte à l'accessibilité du marché qui ressort en apparence d'un projet de fusion.

Cette articulation entre gains d'efficacité et accès efficace au marché se retrouve au moment de l'appréciation de pratiques litigieuses au regard des articles 81 ou 82 TCE.

En effet, l'efficacité du comportement d'une entreprise puissante sur le marché peut représenter une barrière à l'entrée pour les concurrents. Ainsi, on peut se demander si l'efficacité doit être prise en considération en amont, au moment de la détermination de la position dominante d'une entreprise. L'efficacité économique peut aussi peser en aval, en tant que moyen permettant l'exemption d'un accord en application de l'article 81 §3. Enfin, les gains d'efficacité peuvent permettre de démontrer la conformité d'un comportement au regard des articles 81 et 82 TCE, ce qui implique de réfléchir à l'utilisation d'une règle de raison en la matière.

La place des considérations relatives à l'efficacité économique doit alors être étayée non seulement dans le cadre de la qualification d'un comportement litigieux au regard des articles 81 ou 82 TCE (I), mais aussi lors de la justification d'un accord restrictif de la concurrence (II).

²³⁴² *Idem*, p. 1388 à 1390.

²³⁴³ Ceci se rapproche évidemment des conditions qui figurent à l'article 81 §3 TCE et qui permettent à un accord restrictif de la concurrence d'être exempté. Cet article énonce cependant une condition supplémentaire, à savoir que la restriction de la concurrence doit être indispensable pour atteindre l'objectif poursuivi par l'accord. Ceci est abordé *infra* sous II, B, 2.

²³⁴⁴ En ce sens, D. GERARD, art. préc. note 2332, p. 1398 et 1399.

I. L'influence des considérations liées à l'efficacité économique sur la qualification d'une pratique litigieuse

Le développement des considérations liées à l'efficacité économique a été ardemment défendu par les signataires du rapport de l'European Advisory Group for Competition Policy (ci-après EAGCP) relatif à l'article 82. Ceci ressort du passage suivant, qui semble également pertinent pour l'application de l'article 81 TCE :

« les autorités de la concurrence auront besoin d'identifier une atteinte à la concurrence et d'établir jusqu'à quel point un tel effet négatif sur les consommateurs est potentiellement compensé par des gains d'efficacité. (...) Parallèlement, les efficacités économiques et la manière dont elles profitent aux consommateurs devront être correctement justifiées sur la base d'une analyse économique et fondées sur les faits de chaque cas »²³⁴⁶.

Au moment de l'identification d'une restriction de la concurrence, l'entreprise poursuivie peut ainsi tenter de justifier un comportement en apportant la preuve que celui-ci stimule la concurrence et augmente le bien-être des consommateurs. La possibilité d'invoquer des gains d'efficacité n'amoindrit pas l'emprise du droit en la matière. En effet, les jurisprudences récentes témoignent du maintien d'un contrôle approfondi sur la pertinence des argumentations axées sur l'efficacité économique. La Commission assied cette évolution dans ses récentes *Orientations sur les pratiques d'éviction*²³⁴⁷.

²³⁴⁵ Sur cette question v. not. P. PAPANDROPOULOS, « L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusions », *Concurrences*, n° 2 – 2007, p. 16 et D. SPECTOR, « Will efficiencies ever matter in merger control? », *Concurrences*, n° 4 – 2007, p. 20.

²³⁴⁶ European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), REY P. (dir.), « An economic approach to Article 82 », rapport, 2005, en ligne, p. 3, notre traduction. V. aussi, au même endroit : « une approche économique de l'application de l'article 82 implique que l'examen de chaque cas spécifique ne se base pas sur la forme que prend une pratique commerciale (...) mais plutôt sur l'examen des effets anticoncurrentiels générés par un comportement commercial. Cela implique (...) [d'identifier] un préjudice anticoncurrentiel et d'examiner dans quelle mesure un tel effet négatif sur les consommateurs est contrebalancé par des gains d'efficacité ». V. aussi D. GERADIN, « Efficiency Claims in EC Competition Law », in ULLRICH H. (dir.), *The Evolution of European Competition Law – Whose regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, p. 306; GERADIN D., HOFER P., LOUIS F., PETIT N. et WALKER M., «The concept of dominance», in GERADIN D. (dir.), *GCLC Papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, Bruges, 6.2005, p. 9.

²³⁴⁷ Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, 9.2.2009, JO C 45, 24.2.2009, p. 7, sp. pt 30, qui énonce l'ensemble des conditions cumulatives pour que l'allégation de gains d'efficacité aboutisse à l'exonération d'un comportement litigieux au regard de l'article 82 TCE. Sur cet aspect, v. en particulier A.-S. CHONÉ, « Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3.2009, étude n° 3, p. 4, sp. 5, qui note que l'entreprise mise en cause peut « utiliser la théorie des efficacités, c'est-à-dire rapporter la preuve que les gains d'efficacité découlant de la pratique excèdent ses effets néfastes, ce qui rend en définitive la pratique bénéfique pour le consommateur ». L'auteur note également un rapprochement avec les conditions d'exemptions énoncées à l'article 81 §3 TCE et un renversement de la charge de la preuve qui pèse sur l'entreprise. L'auteur note cependant qu'il aurait été « préférable, d'une part, d'établir une césure plus explicite entre les motifs d'ordre concurrentiel (avantages en

Ce contrôle n'est pas uniforme. Préalablement, on peut se demander s'il est opportun de prendre en considération l'efficacité économique d'une entreprise au moment de l'établissement d'une position dominante dans le cadre de l'article 82 TCE. On doit aussi s'interroger sur l'intérêt de l'allégation de tels gains au moment de l'application de l'article 81 §1, alors que le troisième paragraphe de cet article permet d'exempter certains accords restrictifs de la concurrence. Ensuite, il paraît intéressant d'examiner les chances de succès de l'allégation de gains d'efficacité. À première vue, l'appréciation des gains d'efficacité allégués diffère selon la position qu'occupe une entreprise sur le marché. L'appréciation sera plus sévère lorsqu'il s'agit d'une entreprise en position dominante ou fortement implantée sur le marché. Elle sera plus souple dans le cas d'une entreprise qui est partenaire d'un accord qui lui permet de pénétrer profitablement le marché. Quelle que soit cette position, l'efficacité d'une pratique doit aussi être relativisée face aux difficultés qu'éprouvent les concurrents pour accéder efficacement au marché.

Il convient alors, d'une part, de répondre aux interrogations relatives aux étapes du contrôle des pratiques anticoncurrentielles au cours desquelles la prise en considération de l'efficacité économique est pertinente (A). D'autre part, il importe d'étudier les différentes formes de l'allégation de gains d'efficacité, suivant que le comportement litigieux comporte un effet d'éviction ou une entrave à l'accès des concurrents au marché (B). Ceci permettra de mieux saisir comment se conjuguent considérations relatives à l'efficacité économique et accès au marché dans le cadre de la qualification de pratiques anticoncurrentielles au regard de l'article 81 ou de l'article 82 TCE, dans le but de pouvoir apprécier sur de solides bases comment de tels raisonnements sont transposables en matière de libre circulation.

A. Les étapes du contrôle des pratiques anticoncurrentielles au cours desquelles les références à l'efficacité économique sont pertinentes

Il convient d'abord de se demander s'il est opportun de prendre en compte l'efficacité économique d'une entreprise en amont de la qualification d'une pratique litigieuse en vertu de l'article 82 TCE, c'est-à-dire au moment de l'évaluation de la position dominante de l'entreprise mise en cause. L'efficacité économique d'une entreprise peut en effet représenter une barrière à l'entrée sur le marché pour les concurrents. Ensuite, l'allégation de gains d'efficacité est pertinente lors de l'examen d'une pratique en vertu de l'article 82 alors que le

termes de coûts, d'avance technologique) et ceux de nature extra-concurrentielle (santé, sécurité, motif social) et,

Traité ne prévoit pas de moyens d'échapper à la qualification de l'abus lorsque les conditions énoncées à cet article sont remplies. Dans le cadre de l'article 81 TCE, l'allégation de gains d'efficacité paraît idoine lors de l'analyse de l'exemption d'un accord²³⁴⁸. Une telle allégation pose davantage question lorsqu'elle intervient lors de la caractérisation d'une restriction de concurrence en application de l'article 81 §1.

D'une part, l'efficacité économique d'une entreprise peut constituer une barrière à l'entrée pour les concurrents. Il convient alors de réfléchir à la question de savoir si cette efficacité peut contribuer à caractériser la puissance économique d'un opérateur dont le comportement est mis en cause (1). D'autre part, l'allégation de gains d'efficacité peut constituer un moyen d'échapper à la qualification de pratique anticoncurrentielle en application de la règle de raison (2).

1. L'efficacité économique en tant qu'élément caractéristique de la puissance économique d'une entreprise

La question de la nécessité de prendre en considération l'efficacité économique d'une entreprise au moment de caractériser sa puissance économique se pose principalement dans le cadre de l'article 82 TCE. *Grosso modo*, les avantages en termes d'efficacité dont dispose l'entreprise mise en cause ou les performances dont elle fait preuve – en ce compris les économies d'échelle qui constituent des gains d'efficacité²³⁴⁹ – n'ont pas à être intégrés dans l'appréciation de sa position dominante sur le marché.

Cet aspect a nourri cependant quelques controverses. En effet, alors que la Cour de justice a estimé que le fait d'être le plus grand fabricant mondial de produits n'est pas déterminant pour apprécier la position dominante de celui-ci sur les marchés pertinents²³⁵⁰, elle juge pourtant dans l'arrêt *Michelin I* que « les avantages que ces entreprises peuvent tirer de leur appartenance à des groupes d'entreprises dont l'activité s'étend au niveau européen ou même

d'autre part, d'appliquer la méthode du bilan pour tous types de motifs ». Sur la méthode du bilan, v. *infra* A., 2.

²³⁴⁸ Ceci est développé *infra* sous II.

²³⁴⁹ Selon E. COMBE, in *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005, p. 391, les économies d'échelle représentent la diminution du coût unitaire de quantités produites avec l'augmentation de ces dernières. Le coût unitaire atteint un minimum, puis remonte ou reste constant. La « taille minimale optimale » est le niveau de production qui minimise le coût moyen de production. V. la définition des gains d'efficacité *supra* note 1031.

²³⁵⁰ CJCE, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 85-76, *Rec.*, p. 461, pt 47. Ces avantages résultent selon la Cour de l'existence d'économies d'échelle et de la possibilité d'une stratégie différente suivant chaque marché régional. La répartition de la présence de Roche sur plusieurs marchés distincts de vitamines ne procure pas en tant que telle un avantage par rapport à ses concurrents.

mondial doivent être pris en considération » pour apprécier la puissance économique de Michelin par rapport à ses concurrents²³⁵¹.

Les économies d'échelle sont alors parfois considérées comme une barrière à l'entrée²³⁵² et entrent dans l'analyse de la structure concurrentielle du marché pour évaluer la puissance économique d'une société²³⁵³. La domination d'un marché peut en effet être la conséquence d'économies d'échelle²³⁵⁴. Mais il semble préférable de les considérer simplement comme un avantage stratégique dont bénéficie l'entreprise, notamment parce qu'elle a été la première à entrer sur le marché, et non pas comme une barrière absolue à l'entrée²³⁵⁵. Selon Marc VAN DER WOUDE et Thierry DUQUESNE :

« les critères tirés de la performance de l'entreprise doivent être maniés avec circonspection. (...) Leur utilisation risque d'aboutir à des raisonnements circulaires selon lesquels le comportement abusif est avancé comme preuve de la position dominante sous le prétexte que seule une entreprise dominante pourrait se permettre un tel comportement »²³⁵⁶.

Emmanuel COMBE relève à ce titre qu'« *en pratique, les autorités antitrust se montrent très réticentes quant à l'utilisation des critères de performance, à la fois pour inférer ou infirmer l'existence d'une position dominante* »²³⁵⁷. L'auteur rappelle que la Cour de justice considère qu'« *une marge bénéficiaire réduite ou même des pertes temporaires ne sont pas incompatibles avec une position dominante tout comme des bénéfices élevés peuvent être*

²³⁵¹ CJCE, 9.11.1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, 322-81, *Rec.*, p. 3461, pt 55. I. LIANOS, in *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, p. 301, estime ainsi que « l'importance de l'entreprise, sa présence dans plusieurs marchés, le nombre d'entreprises qu'elle contrôle, sa puissance capitalistique » peuvent entrer en ligne de compte. V. aussi, R. WHISH, *Competition Law*, LexisNexis – Butterworth, Londres, 5^e éd., 2003, p. 185, où le quel l'auteur traite des « Deep pockets » en réf. not. aux arrêts CJCE, 21.2.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 6-72, *Rec.*, p. 215 et CJCE, 14.2.1978, *United Brands Compagny et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 27-76, *Rec.*, p. 207.

²³⁵² E. COMBE, ouvrage préc. note 2349, p. 43, relève que selon J.S. BAIN les économies d'échelle font partie des obstacles naturels à l'entrée sur un marché. En ce sens, v. aussi R. WHISH, *ibid.* À propos de la grande distribution, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 2351, p. 1085.

²³⁵³ V. arrêt *United Brands*, préc. note 2351, pt 95. En ce sens, v. R. WHISH, *ibid.*

²³⁵⁴ C. W. BADEN FULLER, in « Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position » *ELR*, 1979, p. 423, sp. p. 429-433.

²³⁵⁵ Avant d'énumérer les différentes barrières à l'entrée relevées par la jurisprudence communautaire, R. WHISH, in ouvrage préc. note 2351, distingue p. 183 les « barrières absolues à l'entrée [...] qui peuvent empêcher l'accès au marché, des avantages stratégiques qui reviennent à une entreprise ou à des entreprises pour avoir été la ou les premières à entrer sur le marché » (notre traduction). L'auteur ne se réfère cependant pas spécifiquement ici aux économies d'échelle.

²³⁵⁶ VAN DER WOUDE M. et DUQUESNE T., « Abus de position dominante », *Répertoire communautaire Dalloz*, 10.2000, pt 74, en réf. à TPI, 12.12.1991, *Hilti AG c. Commission*, T-30/89, *Rec.*, p. II-1439, pt 93.

²³⁵⁷ COMBE E, ouvrage préc. note 2349, p. 230.

compatibles avec une situation de concurrence effective »²³⁵⁸. Ni la performance, ni les résultats médiocres d'une entreprise ne sont dès lors décisifs dans l'appréciation de la position dominante d'une société sur le marché. Selon la Commission, « *au contraire, une position dominante est parfois le résultat naturel d'une concurrence fondée sur les performances* »²³⁵⁹.

La modification du contrôle des infractions en fonction d'une analyse économique, qui intègre ainsi plus facilement des considérations relatives à l'efficacité, ne conduit pas à généraliser l'emploi de ces critères en droit de la concurrence.

Au-delà de l'intégration de la démonstration de la position dominante d'une entreprise dans l'examen de l'atteinte à la concurrence, souhaitée par une partie de la doctrine²³⁶⁰, la transformation du droit de la concurrence est incontestable pour ce qui concerne l'allégation de gains d'efficacité au moment de la qualification d'une pratique anticoncurrentielle en vertu de l'article 81 §1 et de l'article 82 TCE.

2. L'allégation de gains d'efficacité en tant que moyen permettant d'échapper à la qualification de restriction à la concurrence

La possibilité d'alléguer des gains d'efficacité dans le cadre de l'article 82 TCE résulte de l'analyse économique des effets d'une pratique anticoncurrentielle²³⁶¹. Elle s'inscrit dans la suite des décisions qui reconnaissent de longue date la possibilité aux entreprises d'avancer des justifications objectives à leur comportement²³⁶², ce qui peut être rapproché de la possibilité offerte aux États membres de justifier une réglementation restrictive de la libre

²³⁵⁸ Arrêt *United Brands*, préc. note 2351, pt 126. V. aussi arrêt *Michelin I*, préc. note 2351, pt 59 : « une rentabilité temporairement nulle et même des pertes ne sont pas incompatibles avec une position dominante ».

²³⁵⁹ OCDE, « Predatory foreclosure », 15.3.2005, DAF/COMP(2005)14, p. 272, compte-rendu de discussion.

²³⁶⁰ Rapport EAGCP, préc. note 2346, p. 14-15. Selon les auteurs de ce rapport, l'efficacité économique motive le comportement d'une entreprise et participe à sa position dominante. Ceci relativiserait dès lors les critiques qui sont souvent formulées quant à l'analyse de cette position conjointement à celle de l'abus (la reconnaissance d'une position dominante sur un marché donné entraînant le plus souvent la qualification d'un comportement en abus). Le lien intrinsèque qui est facilement établi entre le pouvoir de marché et un comportement litigieux au regard de l'article 82 TCE rend cette proposition pragmatique. Toutefois, il semble pertinent de maintenir une autonomie entre la position dominante et la reconnaissance de l'abus, notamment dans la mesure où le comportement peut exercer ses effets sur un marché non (encore) dominé, comme l'a montré l'arrêt CJCE, 14.11.1996, *Tetra Pak International SA c. Commission (Tetra Pak II)*, C-333/94 P, *Rec.*, p. I-5951, pt 27.

²³⁶¹ Sur l'intérêt théorique d'invoquer de tels gains dans le cadre de l'article 82, v. not. rapport EAGCP, préc. note 2360, sp. p. 13 ; LOEWENTHAL P. J., « The defence of 'objective justification' in the application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, n° 28, p. 455 ; ALBORS-LLORENS A., « The objective justification and efficiencies in application of article 82 EC », *CMLR*, 2007, p. 1727.

²³⁶² V. not. CJCE, 18.2.1971, *Sirena S.r.l. c. Eda S.r.l. e.a.*, 40-70, *Rec.*, p. 69, pt arrêt *United Brands*, préc. note 2351, pts 184 à 194 ; déc. Commission 88/138/CEE, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, 22.12.1987, IV/30.787 et 31.488, JO L 65 du 11.3.1988, p. 19, pt 78 ; TPI, 12.12.1991, *Hilti AG c. Commission*, T-30/89, *Rec.*, p. II-1439, pts 102 et s ; TPI, 7.10.1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, T-228/97, *Rec.*, p. II-2969, pt 189.

circulation en application de la théorie des exigences impératives²³⁶³. Cette possibilité remet en cause l'idée de l'existence d'infraction *per se* en droit de la concurrence et rejoint en ce sens la problématique relative à l'applicabilité d'une règle de raison en droit communautaire²³⁶⁴. Les récentes orientations de la Commission en matière de pratique d'éviction confirment ce mouvement, en permettant aux entreprises d'apporter la preuve non seulement que leur comportement était objectivement nécessaire pour atteindre certains objectifs, mais aussi que les gains d'efficacité résultant de la pratique litigieuse dépassent les effets anticoncurrentiels²³⁶⁵.

Dans le cadre de l'article 81 §1 TCE, alléguer des gains d'efficacité revient à démontrer que l'accord produit des effets pro-concurrentiels. Cette hypothèse n'est pas éloignée de la possibilité d'avancer les effets positifs produits par une réglementation qui relève de l'article 81 §1²³⁶⁶. Il convient alors de réfléchir à la question de savoir si la mise en balance des effets positifs et négatifs d'un accord afin d'évaluer si celui-ci restreint la concurrence revient à appliquer la règle étatsunienne de raison en droit communautaire.

Dans le cadre du Sherman Act, la « rule of reason » constitue une méthode d'analyse permettant d'admettre une entente dont les effets sont positifs sur la concurrence. Son application est exclue pour les accords dont l'objet est de restreindre cette dernière²³⁶⁷. La transposition de l'utilisation au moment de l'analyse de l'atteinte à la concurrence en vertu de l'article 81 §1 TCE fait l'objet d'une forte controverse en droit communautaire de la concurrence, constitutive à certains égards d'un « serpent de mer »²³⁶⁸.

²³⁶³ Sur cette question, et sur une comparaison entre ce mode de justification et l'utilisation de la théorie des exigences impératives en matière de libre circulation, v. A. ALBORS-LLORENS, art. préc. note 2361.

²³⁶⁴ L'allégation de gains d'efficacité dans le cadre de l'article 82 TCE est développée *infra*, sous B, 1.

²³⁶⁵ 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*, 9.2.2009, JO C 45, 24.2.2009, p. 7 ; en ce sens, v. A.-S. CHONÉ, « Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 aux pratiques d'éviction », *Europe*, 3.2009, étude n° 3, p. 4, sp. 6.

²³⁶⁶ V. not. CJCE, 15.12.1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA (DLG)*, C-250/92, *Rec.*, p. I-5641, pt 35, CJCE, 19.2.2002, *J.C.J. Wouters e.a.*, C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, pt 97 et CJCE, 18.7.2006, *D. Meca-Medina et I. Majcen c. Commission*, C-519/04 P, *Rec.*, p. I-6991, pt 45, analysés dans le chapitre précédent, sous Section II, A.

²³⁶⁷ En ce sens, v. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Concurrence, Le droit de la CE*, coll. Commentaire J. Mégret, éd. de l'Université, Bruxelles, 1997, p. 210-211.

²³⁶⁸ V. not., pour un exposé détaillé sur cette question, concl. av. gén. C. LENZ présentées pour l'arrêt CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. J.-M. Bosman e.a.*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, pts 265 à 269. « La réception de la règle de raison par le droit communautaire de la concurrence » fait l'objet d'un chapitre de l'ouvrage de I. LIANOS, ouvrage préc. note 2351, p. 617 à 808. Il s'agit ici de ne faire ressortir que les grandes lignes de cette controverse.

Selon une lecture étroite de l'article 81, énoncée notamment dans les *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, le paragraphe 1 de cet article a pour objet d'identifier les effets anticoncurrentiels d'un accord litigieux ; seul le troisième paragraphe permettrait d'identifier les effets favorables de l'accord en cause²³⁶⁹. La mise en balance des aspects pro- et anticoncurrentiels est traditionnellement cantonnée à ce paragraphe en droit communautaire de la concurrence²³⁷⁰. La « *structure normative* » de l'article 81 s'opposerait ainsi à l'application de la règle de raison en droit communautaire de la concurrence²³⁷¹.

Néanmoins, comme l'exprime Robert KOVAR, « *une conception par trop formellement rigoureuse du §1 de l'article [81] n'entraîne pas seulement une hypertrophie de son §3 mais, à la limite, l'inefficacité de l'article [81] en son entier* »²³⁷². Ces critiques semblent avoir été entendues par les autorités communautaires de la concurrence. En témoigne la prise en considération récurrente des effets positifs d'un accord au moment de sa qualification au regard de l'article 81 §1²³⁷³. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les ententes horizontales sont concernées par cette évolution²³⁷⁴. Dans le jugement *Dansk Pelsdyravlforening*, par exemple, le Tribunal s'intéresse à « *l'effet bénéfique sur la concurrence* » de la clause de non-concurrence litigieuse, au début de l'analyse sur la

²³⁶⁹ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 5 : « L'article 81 forme un cadre juridique approprié pour une juste appréciation des restrictions verticales, en établissant une distinction entre les effets anticoncurrentiels et les effets favorables à la concurrence : l'article 81 §1, interdit les accords qui restreignent ou faussent sensiblement la concurrence tandis que l'article 81 §3 accorde une exemption aux accords qui produisent des gains d'efficacité suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels ». V. aussi Commission, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3*, JO n° C 101 du 27.4.2004, p. 97, pt 11 : « la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets pro-concurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81, §3 ».

²³⁷⁰ V. en particulier jugement TPI, 18.9.2001, *Métropole Télévision e.a. c. Commission*, T-112/99, *Rec.*, p. II-2459, pt 78.

²³⁷¹ V., à propos des accords horizontaux, *idem*, pt 77. À première vue, cette position semble plus compréhensible en matière d'accords horizontaux. Ainsi, L. IDOT *in comm.* sous le jugement *Métropole Télévision*, *Europe*, 11.2001, p. 10-12, sp. 11, considère que les cartels horizontaux sont un « domaine où le jeu de la [règle de raison] est très certainement exclu ». V. aussi TPI, 2.5.2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commission*, T-328/03, *Rec.*, p. II-1231, pt 69. Cette idée est cependant reprise de manière plus contestable à propos d'un accord vertical *in* TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, T-65/98, *Rec.*, p. II-4653, pt 106.

²³⁷² KOVAR R., « Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison » », *RTDE*, 1987 p. 237, sp. 242.

²³⁷³ V. not. les arrêts *Wouters* et *DLG* préc. note 2366, ainsi que l'ensemble des arrêts relatifs à l'article 81 qui seront analysés dans le paragraphe suivant et qui appliquent le critère de l'accès efficace au marché.

²³⁷⁴ Il n'y a pas de raison légitime (apparente) de s'entendre avec son concurrent horizontal. La prise en considération des effets positifs de l'entente paraît donc peu pertinente lorsqu'il est question de qualifier au titre de l'article 81 §1 un accord signé entre opérateurs économiques situés au même stade du processus économique. Néanmoins, le jugement *O2*, préc. note 2371 disqualifie une entente au regard de l'article 81 §1 en ce que l'accord était nécessaire pour cet opérateur pour accéder efficacement au marché.

compatibilité de celle-ci avec l'article 81 §1²³⁷⁵. La clause litigieuse empêche cependant un accès effectif des concurrents au marché²³⁷⁶ de sorte que la qualification d'entente au sens de l'article 81 §1 du Traité est retenue²³⁷⁷.

Les juridictions communautaires procèdent ainsi à une mise en balance des effets positifs et négatifs d'une entente, qui serait censée relever, selon une partie de la doctrine, de l'article 81 §3 TCE. Puisque le droit communautaire ne connaît pas en principe les infractions *per se*²³⁷⁸, il ne s'agit pas d'une application de la règle de raison telle qu'elle est entendue en droit américain de la concurrence. Il est néanmoins évident que cette interprétation dynamique de l'article 81 s'en inspire.

Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI considèrent cependant que la prise en compte de l'effet positif d'une entente lors de l'exemption est « *paradoxale* »²³⁷⁹, dans la mesure où le troisième paragraphe de l'article 81 n'est appliqué que dans le cas où une entente est qualifiée au regard du premier, c'est-à-dire dans la mesure seulement où elle restreint la concurrence. Ainsi, « *l'article [81] §3 permet d'exempter toute entente, quelle que soit l'intensité de ses effets sur un marché déterminé* »²³⁸⁰. Une exemption ne revient pas à anéantir la restriction de la concurrence. La restriction à la concurrence existe, mais l'accord est maintenu. Si on suit correctement le raisonnement de ces auteurs, il serait donc plus cohérent d'évaluer les effets positifs d'une entente sur la concurrence au moment d'examiner si l'accord litigieux restreint réellement cette dernière au sens de l'article 81 §1 TCE.

²³⁷⁵ TPI, 2.7.1992, *Dansk Pelsdyravlerforening c. Commission*, T-61/89, *Rec.*, p. II-1931, pt 74.

²³⁷⁶ *Idem*, pt 78 : « [il] n'en demeure pas moins que, par son caractère général et illimité donc disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi en l'espèce par la requérante, la clause de non-concurrence (...) qui interdit à tout membre de l'association de collecter des peaux par d'autres ventes aux enchères réalisées par des tiers, concurrents de la requérante, et par voie de conséquence rend très difficile à ces derniers un accès effectif au marché, compte tenu de la très forte position de la requérante sur le marché, tombe sous le coup de (...) l'article [81] §1 ». Il est explicitement question d'accès au marché du point de vue des concurrents, le Tribunal s'intéressant à la réalité de cet accès et pas seulement à sa potentialité. Il n'est cependant pas question ici d'analyser la rentabilité de cet accès.

²³⁷⁷ *Idem*, pt 80.

²³⁷⁸ La difficulté pour une entreprise dominante de mettre en place des rabais de fidélité révèle l'impossibilité d'établir des relations d'exclusivité pour une entreprise en position dominante. Même si on peut y voir une interdiction *per se*, l'analyse des rabais de fidélité sous l'impulsion d'une analyse économique peut faire évoluer le droit de la concurrence sur ce point (v. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, I, A, 1). Il en va de même pour l'interdiction des accords horizontaux. La démonstration de la nécessité de cet accord pour pénétrer efficacement le marché permet de renverser la présomption de contrariété d'un accord horizontal avec l'article 81. L'analyse des effets des pratiques sur la concurrence limite ainsi la reconnaissance d'infractions *per se* (v. Partie 1, Titre 2, Ch. 1, Section 2, I, B, 2).

²³⁷⁹ WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 2367, p. 211, n.b.p. 452.

²³⁸⁰ *Idem*, p. 211.

Nicolas PETIT démontre à cet égard que l'évaluation des gains d'efficacité quantitatifs²³⁸¹ « doit être réalisée « à l'intérieur » de l'article 81 §1 TCE (et non au stade de l'examen de l'article 81 §3 TCE) » : dans un marché sur lequel l'apparition d'une collusion tacite est favorisée par le faible nombre d'opérateurs qui disposent chacun de parts de marché équivalentes et substantielles, un accord entre deux oligopoleurs qui permet une réduction de la structure des coûts intensifie la concurrence²³⁸². Ainsi, « les gains d'efficacité doivent être d'emblée examinés, car ils indiquent que l'accord ne restreint pas la concurrence »²³⁸³. Une application de la règle de raison ressort de cette démonstration, dans la mesure où l'autorité de la concurrence doit apprécier, avant de qualifier une pratique au regard de l'article 81 §1, les effets positifs et négatifs de celle-ci sur la concurrence.

Ces éléments ne signifient pas que les effets positifs d'une entente doivent être occultés dans le cadre de l'analyse menée en application de l'article 81 §3 TCE. En effet, celui-ci permet de procéder à un bilan économique qui n'aborde pas seulement la question de l'impact positif et négatif sur la concurrence, mais aussi la question de l'impact de l'entente sur l'économie en général. Dès lors, selon Ioannis LIANOS,

« l'examen objectif de la situation de concurrence à défaut de l'accord (dit « *counterfactual test* ») (...) utilisé dans le cadre de l'article 81 §1 CE implique une première appréciation des effets positifs (les plus évidents) de l'accord, avant qu'une analyse plus approfondie intervienne dans le cadre de l'article 81 §3 »²³⁸⁴.

L'appréciation des effets positifs et négatifs de l'accord sur la concurrence au stade du premier paragraphe serait donc conforme à l'esprit de l'article 81. Cette citation souligne aussi l'importance de la distinction entre les analyses menées dans le cadre du premier paragraphe et celles qui sont réalisées au titre du troisième, qui reflète la distinction entre un bilan concurrentiel et un bilan économique²³⁸⁵. Le bilan concurrentiel se réduit à l'examen de la pratique litigieuse au regard de la concurrence. Le bilan économique examine non

²³⁸¹ V. la distinction entre gains d'efficacité quantitatifs et qualitatifs, établie note 1031.

²³⁸² PETIT N., *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 427.

²³⁸³ *Ibid.* L'auteur se réfère aux *Lignes directrices sur l'application de l'article 81 §3*, préc. note 2369, §97 mais dénonce le fait que le raisonnement de la Commission n'intervienne pas au titre de l'article 81 §1.

²³⁸⁴ LIANOS I., ouvrage préc. note 2351, p. 707.

²³⁸⁵ La distinction entre le bilan concurrentiel et le bilan économique est expliquée par I. LIANOS, *idem*, p. 713 à 723, en réf. not. à l'ouvrage de R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law : American, German and Common Market Laws in Comparative perspective*, Faculté de droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967. V.

seulement les effets négatifs du comportement sur la concurrence, mais aussi l'impact de la pratique sur l'intérêt public. L'allégation de gains d'efficacité dans le cadre de l'article 81 §1 reviendrait ainsi à contrebalancer la conclusion selon laquelle l'accord restreint la concurrence. Il serait alors démontré que l'accord intensifie la concurrence. En revanche, l'allégation d'arguments tirés de l'efficacité économique dans le cadre de l'article 81 §3 vise à démontrer que l'accord est bénéfique pour l'économie en général, même s'il restreint la concurrence. Dès lors, un bilan concurrentiel est mené au moment de qualifier un accord au regard de l'article 81 §1, tandis que l'analyse de l'exemption utilise la méthode plus poussée du bilan économique.

L'allégation de gains d'efficacité est donc peu pertinente dans le cadre de la démonstration de la position dominante d'une entreprise. Elle l'est cependant à la fois dans le cadre de l'article 81 §1 et dans celui de l'article 81 §3 du Traité, sans qu'elle ait le même objet. Il convient à présent de préciser quel peut être exactement l'impact de considérations relatives à l'efficacité économique sur la conclusion selon laquelle une pratique litigieuse est ou non anticoncurrentielle, et d'examiner la manière dont de telles considérations s'articulent avec le critère de l'accès efficace au marché.

B. La corrélation entre l'allégation de considérations liées à l'efficacité économique et l'incidence d'une pratique litigieuse sur l'accès au marché

Il s'agit ici de déterminer quelle est l'influence de l'allégation de gains d'efficacité sur la conclusion selon laquelle une pratique litigieuse est ou non anticoncurrentielle. Cette question peut être envisagée sous deux angles. Lorsqu'une pratique comporte un effet d'éviction, il revient à son auteur de démontrer que celle-ci est efficace d'un point de vue économique. Lorsqu'une pratique restreint en apparence la concurrence, l'auteur de celle-ci peut aussi remettre en cause la qualification de pratique anticoncurrentielle en expliquant en quoi la pratique lui permet d'accéder efficacement au marché ou n'empêche pas un accès efficace des opérateurs concurrents au marché.

Dans l'ensemble, la démonstration d'une atteinte à la concurrence peut être contrebalancée s'il est prouvé que le comportement litigieux est efficace en ce que l'ensemble des opérateurs en profiteront. Cette hypothèse est assez rare dans le cadre de l'article 82 TCE, dans la mesure

aussi G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence – Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2006, p. 153 à 156.

où de nombreuses pratiques qui relèvent de cet article comportent un effet d'éviction. Dans ce cas, l'allégation de gains d'efficacité a peu de chance d'aboutir à la non-qualification de la pratique au regard du Traité (1). La contribution d'un comportement à l'efficacité économique peut cependant ressortir de deux considérations différentes : soit la pratique permet à l'auteur de pénétrer profitablement le marché, soit l'accès efficace des concurrents au marché n'est pas empêché. De cette manière, il est démontré que la concurrence est intensifiée. Ceci est envisageable principalement dans le cadre de l'article 81 TCE mais également, dans des cas plus limités, dans celui de l'article 82 (2). La corrélation entre l'allégation des gains d'efficacité et l'accès au marché est alors soit négative, soit positive.

1. L'allégation de gains d'efficacité contrebalance difficilement la démonstration de l'effet d'éviction d'une pratique litigieuse

Les autorités concurrentielles ne se préoccupent pas des entreprises dont le comportement est respectueux des règles du droit de la concurrence. Sans que ceci ne remette en cause le principe de la présomption d'innocence, les gains d'efficacité invoqués dans les affaires relatives à l'article 82 TCE permettent rarement aux parties concernées d'échapper à la qualification d'abus de position dominante. Une pratique mise en œuvre par une entreprise qui dispose d'un pouvoir de marché élevé peut aboutir en effet à une fermeture du marché.

L'allégation des gains d'efficacité dans les principaux cas d'application de l'article 82 revient à se demander dans quelle mesure l'efficacité économique induite par le comportement de l'entreprise dominante permet de contrebalancer l'effet négatif de celui-ci sur l'accès des concurrents au marché. Il convient alors de démontrer que le comportement en cause profite à l'économie en général²³⁸⁶. La jurisprudence relative aux prix prédateurs, aux rabais, aux refus de fournir et aux ventes liées en témoigne²³⁸⁷.

S'agissant d'abord des prix prédateurs, le Tribunal accepte dans l'affaire *Wanadoo* d'analyser les gains d'efficacité avancés par France Télécom²³⁸⁸, c'est-à-dire d'examiner les effets pro-

²³⁸⁶ Rien ne s'oppose dans la formulation de l'article 82 TCE à ce qu'il soit démontré qu'une pratique profite à l'économie dans son ensemble afin de remettre en cause la conclusion selon laquelle la pratique est anticoncurrentielle. Dans le cas des ventes liées, il n'est pas théoriquement exclu qu'une entreprise en position dominante puisse démontrer que cette pratique lui a permis d'accéder efficacement à un marché, v. *infra*.

²³⁸⁷ À notre connaissance, des gains d'efficacité n'ont pas été invoqués dans le cadre de décisions relatives à des prix discriminatoires.

²³⁸⁸ TPI, 30.1.2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, *Rec.*, p. II-107, pt 217 : « les économies d'échelle et les gains d'apprentissage obtenus ne sauraient donc exonérer l'entreprise de sa responsabilité au regard de l'article 82 ».

concurrentiels de tarifications susceptibles de comporter un effet d'éviction. Ainsi, il n'est pas suffisant d'arguer que le comportement permet de faire des économies d'échelle et des gains d'apprentissage pour remettre en question le caractère restrictif de la pratique. Il demeure interdit pour un opérateur économique de lancer des produits inférieurs aux coûts totaux de production, quels que soient les effets de cette pratique sur la concurrence.

Même si la jurisprudence actuelle tend à démontrer avec précision le plan d'éviction des concurrents, qui peut motiver un opérateur économique qui adopte une politique de prix très bas, une analyse économique poussée permet de mettre en question la nature anticoncurrentielle de ce type de comportement. Sans négliger les effets potentiellement anticoncurrentiels d'une pratique de prix prédateurs²³⁸⁹, le rapport EAGCP rappelle notamment que « *l'objectif de l'antitrust est précisément de promouvoir les prix compétitifs* »²³⁹⁰. Ainsi, « *il pourrait être parfaitement légitime et en harmonie avec une concurrence saine que des entreprises fixent des prix très bas lorsqu'elles lancent de nouveaux produits [ou] lorsqu'elles ciblent de nouveaux segments de consommateurs ou de rivaux (...)* »²³⁹¹. La possibilité théorique pour l'entreprise dominante de récupérer les pertes n'exclut pas les situations dans lesquelles le concurrent ciblé réussit à financer une baisse équivalente du prix des produits qu'il met en vente sur le même marché, dans l'hypothèse d'un marché financier parfaitement compétitif²³⁹². Ainsi, ce n'est pas parce qu'une entreprise a la possibilité de récupérer ses pertes que le concurrent ciblé sera nécessairement exclu du marché et, *a fortiori*, la récupération des pertes n'exclut pas que des concurrents puissent accéder efficacement au marché. Dès lors, la possibilité de récupérer les pertes et une réflexion uniquement en termes de coûts ne constituent pas nécessairement une base pertinente pour déduire que la pratique litigieuse aura un effet anticoncurrentiel²³⁹³. Ainsi, il nous semble préférable de démontrer de quelle manière la pratique litigieuse nuit à l'économie dans son ensemble, en ce sens qu'elle porte atteinte à la perméabilité du marché.

Des conclusions similaires peuvent être tirées pour ce qui concerne, deuxièmement, les rabais de fidélité. Sans occulter leurs effets anticoncurrentiels potentiels²³⁹⁴, des considérations

²³⁸⁹ V. en particulier p. 50 du rapport EAGCP, préc. note 2360.

²³⁹⁰ *Ibid.*

²³⁹¹ *Idem*, p. 51, notre traduction.

²³⁹² En ce sens, *ibid.*

²³⁹³ En ce sens, *idem*, p. 53. Un prix fixé en dessous des coûts de revient n'est pas nécessairement prédateur.

²³⁹⁴ Rapport EAGCP, préc. note 2360, p. 35.

d'efficience et pro-concurrentielles peuvent en effet motiver un opérateur dominant qui accorde des rabais²³⁹⁵. Ainsi, selon le rapport EAGCP, « *des rabais qui visent des consommateurs qui sont à même d'être attirés par des produits concurrents impliquent une concurrence plus intense pour ces consommateurs ; ils bénéficient clairement de cette situation* »²³⁹⁶. Or, une intense concurrence peut justement attirer des opérateurs économiques qui pourraient dès lors accéder efficacement au marché. Ainsi, la Cour de justice accepte que les entreprises invoquent l'argument selon lequel le comportement litigieux est « *fondé sur des critères d'efficacité économique et [présente] un intérêt pour les consommateurs* »²³⁹⁷. Dès lors, « *seuls les rabais ou primes qui ne reposent sur aucune prestation économique qui les justifie doivent être considérés comme abusifs* »²³⁹⁸. Au-delà de la notion de « contrepartie économiquement justifiée », il revient aujourd'hui aux autorités concurrentielles de « *déterminer si l'effet d'éviction qui résulte d'un tel système, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur* »²³⁹⁹. Il s'agit alors de se demander si le comportement litigieux profite à l'ensemble des opérateurs, consommateurs inclus, c'est-à-dire si l'efficacité économique justifie une entrave à l'accès au marché. À l'inverse, si le comportement litigieux trouve sa justification dans la volonté d'évincer des concurrents, il sera évidemment impossible de le considérer comme efficace²⁴⁰⁰. À cet égard, dans le jugement *British Airways*, l'atteinte à la concurrence est démontrée par le biais du renforcement de la fidélité des agents de voyages britanniques à l'égard de l'entreprise mise en cause²⁴⁰¹. Le comportement s'explique par la volonté d'empêcher l'accès de nouveaux concurrents au marché ou de limiter la progression des concurrents établis²⁴⁰². L'efficience du comportement n'est évidemment pas démontrée.

Au contraire, un comportement pourra être considéré comme efficace ou pro-concurrentiel s'il stimule l'innovation, en particulier lorsque des produits de nouvelles technologies sont en

²³⁹⁵ *Idem*, p. 35-36.

²³⁹⁶ *Idem*, p. 36.

²³⁹⁷ Jugement *Irish Sugar*, préc. note 2362, pt 189.

²³⁹⁸ CJCE, 15.3.2007, *British Airways plc c. Commission*, C-95/04 P, *Rec.*, p. I-2331, pt 84, en réf. aux arrêts *Hoffmann-La Roche*, préc. note 2350, pt 90, et *Michelin c. Commission*, préc. note 2351, pt 73.

²³⁹⁹ *Idem*, pt 86, ce changement résultant du jugement *Irish Sugar*, préc. note 2362.

²⁴⁰⁰ TPI, 17.12.2003, *British Airways plc c. Commission*, T-219/99, *Rec.*, p. II-5917, pt 284 : l'application de taux de commission majorés à l'ensemble des billets BA écoulés par un agent de voyage (et non pas aux seuls billets supplémentaires vendus) au cours de la période de référence entraînait la vente de billets BA à un prix qui n'était pas proportionné au gain de productivité obtenu par BA de la vente de ces billets supplémentaires.

²⁴⁰¹ *Idem*, pt 286.

cause. C'est ce qui ressort de l'affaire *Microsoft*, aussi bien pour le volet de cette affaire relatif au refus de fournir, que pour celui qui touche à la vente liée.

Microsoft a pu avancer des justifications à son refus de fournir les informations sur l'interopérabilité. Cependant, la limitation de l'innovation induite par ce refus rend difficile la démonstration de l'efficacité du comportement pour l'économie dans son ensemble. Ainsi, le comportement de Microsoft ne peut s'expliquer seulement par le fait que la technologie concernée était couverte par un droit de propriété intellectuelle. En effet, la qualification d'un refus d'octroyer une licence pour l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle au regard de l'article 82 TCE constitue précisément une « *exception en faveur de la libre concurrence* »²⁴⁰³. De plus, la divulgation de ces informations sur l'interopérabilité stimulerait davantage l'innovation de Microsoft : cela permettrait à cette dernière de maintenir sa clientèle, en dépit de la possibilité pour celle-ci de se tourner plus facilement vers d'autres systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail²⁴⁰⁴. Le bilan de l'allégation de ces justifications est donc peu concluant pour ce qui concerne le refus de délivrer les informations litigieuses.

S'agissant en outre des ventes liées, la CJCE ne s'oppose plus depuis l'arrêt *Tetra Pak II* à ce qu'une entreprise en position dominante justifie une telle pratique par des raisons objectives²⁴⁰⁵. Parmi ces raisons, « *l'amélioration technologique a (...) été considérée comme étant une des conséquences favorables de l'utilisation de la technique des ventes liées* »²⁴⁰⁶. Même si les arguments sont rejetés, l'entreprise Microsoft a pu tenter dans l'affaire éponyme de justifier son comportement en avançant que celui-ci produit des gains d'efficacité²⁴⁰⁷.

²⁴⁰² *Idem*, pt 287. Cela contribue à éliminer la concurrence, v. pt 288.

²⁴⁰³ TPI, 17.9.2007, *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04, *Rec.*, p. II-3601, pt 690, « si la simple détention de droits de propriété intellectuelle pouvait constituer en elle-même une justification objective du refus d'octroyer une licence, l'exception établie par la jurisprudence ne pourrait jamais trouver à s'appliquer ». Cette exception a été reconnue en particulier in CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission (Magill)*, C-241 et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743, analysé in Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, II, B.

²⁴⁰⁴ Jugement *Microsoft*, préc. note 2403, pts 697 à 701 : l'argument selon lequel la divulgation de ces informations pourrait avoir un impact négatif sur les incitations de Microsoft à innover.

²⁴⁰⁵ Arrêt *Tetra Pak II*, préc. note 2360, pt 37. L'arrêt CJCE, 2.3.1994, *Hilti AG c. Commission*, C-53/92 P, *Rec.*, p. I-667 ne mentionne pas la possibilité de justifier la vente liée litigieuse. La décision et le jugement rendus dans l'affaire *Hilti*, préc. note 2362, avaient toutefois apprécié les justifications objectives avancées par Hilti.

²⁴⁰⁶ LIANOS I, ouvrage préc. note 2351, p. 931.

²⁴⁰⁷ Jugement *Microsoft*, préc. note 2403, not. pts 1092 et s., 1097 et s. (pour la Commission) et 1161 (pour le Tribunal). Les gains d'efficacité en termes de distribution avancés par Microsoft dans la décision de la Commission ne sont pas étayés devant l'arrêt. Microsoft met l'accent sur les « avantages qui résultent de son modèle commercial », v. not. pt 1146.

Microsoft ne démontre pas, cependant, que l'intégration de Windows Media Player dans Windows génère des gains d'efficacité technique²⁴⁰⁸. Le succès de l'allégation de gains d'efficacité pour un produit de nouvelle technologie semble donc indéniablement lié à la participation du comportement à l'amélioration de l'économie.

La position dominante d'une entreprise n'est donc pas un obstacle à la formulation de ce type d'arguments, sans que cela ne préjuge du succès de celle-ci... La fermeture du marché qui risque d'inférer d'une vente liée, d'un refus de vente, d'un rabais de fidélité ou d'un prix bas pratiqué par le leader sur le marché conduit nécessairement à une appréciation restrictive de ces arguments. Si l'efficacité de l'accès des concurrents au marché est affectée, les gains d'efficacité de la pratique, propres à l'entreprise dominante, contrebalancent difficilement la restriction apportée à la libre concurrence. Seule la démonstration de la contribution de la pratique litigieuse à l'amélioration de l'efficacité économique « générale » est pertinente.

L'amélioration de la situation globale l'économie ressort aussi de l'efficacité de l'accès au marché, que ce soit du point de vue de l'auteur de la pratique que de celui des concurrents.

2. La légalité d'une pratique litigieuse en raison de l'efficacité de l'accès des concurrents ou de l'auteur de la pratique au marché

Dans certains cas, la démonstration selon laquelle une pratique litigieuse permet à son auteur ou aux concurrents d'accéder efficacement au marché permet d'aboutir à la conclusion selon laquelle la concurrence n'est pas atteinte.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la possibilité qu'un opérateur dominant au sens de l'article 82 TCE avance que le comportement en cause lui permet d'accéder efficacement au marché est théoriquement envisageable. L'idée est défendue notamment en matière de vente liée (le raisonnement est transposable à l'article 81 TCE). D'après l'École de Chicago,

« Les accords de vente liée peuvent faciliter la pénétration sur le marché des produits liés de nouveaux entrants qui disposent d'un avantage concurrentiel sur le marché du produit liant. Faisant face à des barrières à l'entrée, ces derniers utilisent le produit liant afin de pouvoir accéder au marché du produit lié. Ils peuvent également permettre au fournisseur de préserver la réputation et

²⁴⁰⁸ *Idem*, pts 1159 et s. L'entreprise ne convainc pas non plus le Tribunal sur le fait que la vente séparée de WMP risquerait de fragmenter le système d'exploitation (pt 1166) ou d'affecter le bon fonctionnement de celui-ci (pts 1163 et 1164).

la qualité de son produit ou l'identité commune de son réseau, s'il s'agit d'une clause de vente liée intégrée dans un contrat de franchise »²⁴⁰⁹.

Selon cette théorie, il ne serait pas rationnel d'interdire une vente liée dont l'objet est de permettre à une société disposant d'un avantage concurrentiel sur le marché du produit liant de prendre pied sur le marché du produit lié. Ainsi, le fabricant d'un produit liant pourrait ne vendre son produit qu'à la condition que l'acheteur s'approvisionne à celui-ci en produit lié, afin de favoriser son entrée sur le marché des produits liés.

Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* ouvrent certes la possibilité pour les défenseurs²⁴¹⁰ d'invoquer des gains d'efficience pour justifier une vente liée, mais seulement « pour autant que l'entreprise n'occupe pas une position dominante »²⁴¹¹. Les lignes directrices envisagent cette possibilité au moment de l'exemption d'un accord en application de l'article 81 §3²⁴¹², mais il n'est pas exclu que ceci intervienne au titre de l'article 81 §1 TCE.

Sans négliger l'effet de levier, une interprétation dynamique de l'article 82 permet d'admettre cette hypothèse dans le cas où la position dominante de l'entreprise mise en cause est reconnue. En effet, le marché sur lequel le comportement répandra ses effets n'est pas dominé par l'entreprise²⁴¹³.

Au-delà des ventes liées, il ressort de la jurisprudence qu'un accord peut ne pas être qualifié au regard de l'article 81 s'il permet un accès efficace au marché. Ce critère est alors particulièrement malléable, en ce sens que l'accès peut être envisagé aussi bien du côté des signataires de l'accord que de celui des concurrents.

En matière d'ententes horizontales, l'impact positif d'un accord litigieux en termes d'accès au marché fait échapper à la qualification au titre de l'article 81 §1²⁴¹⁴ : la convention permet à

²⁴⁰⁹ LIANOS I., ouvrage préc. note 2351, p. 930-931.

²⁴¹⁰ V. par ex. jugement *Microsoft*, préc. note 2403, pt 1144.

²⁴¹¹ Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JO C 291, 13.10.2000, p. 1-44, pt 222.

²⁴¹² *Idem*, pt 223 : « lorsque le seuil de part de marché de 30% est dépassé, il est improbable que les ventes liées soient exemptées, sauf si elles permettent de réaliser des gains d'efficience clairs et que ces derniers sont répercutés, au moins en partie, sur les consommateurs ».

²⁴¹³ Arguer de l'efficacité de l'accès au marché de l'auteur de la pratique n'est évidemment pas pertinent lorsque le comportement répand ses effets sur le marché sur lequel l'entreprise est dominante, puisque la position dominante signifie que cet accès au marché a déjà eu lieu.

²⁴¹⁴ Jugement *O2*, préc. note 2371, pt 77. V. Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, I, A, 2.

un opérateur d'entrer efficacement sur le marché allemand de la téléphonie²⁴¹⁵. En l'espèce, l'utilisation du critère de l'accès efficace au marché du point de vue des signataires de l'accord paraît audacieuse²⁴¹⁶, mais elle est légitime en tant que cela participe de la démonstration selon laquelle l'accord intensifie la concurrence²⁴¹⁷.

La jurisprudence qui concerne les accords verticaux permet de formuler des observations du même ordre, spécifiquement lorsque la théorie de l'effet cumulatif est appliquée. Les effets positifs des accords litigieux en termes d'accès au marché sont pris en considération au moment de leur qualification au regard de l'article 81 §1 TCE.

Dans l'arrêt *Delimitis*, la clause d'ouverture qui, aux côtés de l'engagement d'exclusivité d'achat, autorise l'exploitant à acheter la bière en provenance d'autres États membres, fait échapper l'accord à l'application de l'article 81 §1²⁴¹⁸. De même, dans l'arrêt *Neste*, la prise en compte de la faculté de résiliation empêche la qualification de l'accord en vertu de cet article, alors que le critère de l'accès efficace au marché est utilisé²⁴¹⁹. Réciproquement, dans le jugement *Van den Bergh Foods*, la possibilité de résilier les contrats à tout instant est insuffisante pour permettre aux concurrents d'accéder au marché²⁴²⁰, au moment où est posée la question de savoir si les avantages de l'exclusivité pour les fournisseurs et les détaillants contrebalancent les effets négatifs sur la concurrence²⁴²¹. Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* détaillent d'ailleurs le lien entre la durée des engagements souscrits et l'appréciation des gains d'efficacité allégués²⁴²². L'approche plus stricte dans ce jugement s'explique certainement par la circonstance selon laquelle l'entreprise mise en cause bénéficie d'une forte implantation sur le marché. La solution du litige dépend ainsi non seulement de la

²⁴¹⁵ Jugement *O2*, préc. note 2371, pts 108 et 111.

²⁴¹⁶ V. not. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, introduction et I.

²⁴¹⁷ Même si les effets positifs de l'accord sont pris en considération au moment de sa qualification au regard de l'article 81 §1, le domaine de l'article 81 §3 n'est pas empiété. Sur ce point, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 2351, p. 706-707 : « tout en réaffirmant sa position antérieure concernant l'absence d'une règle de raison dans le cadre de l'article 81 §1 (...), le Tribunal prend bel et bien en compte des effets positifs de l'accord dans le cadre de [cet] article, [mais] sans effectuer un bilan détaillé des effets pro- et anticoncurrentiels ».

²⁴¹⁸ CJCE, 28.2.1991, *S. Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, *Rec.*, p. I-935, pt 32 : cette clause « garantit une possibilité réelle pour un fournisseur national ou étranger de bières, originaires d'autres États membres, d'approvisionner le point de vente concerné ».

²⁴¹⁹ CJCE, 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky e.a.*, C-214/99, *Rec.*, p. I-11121, pt 35 : « un délai de résiliation d'un an est de nature à préserver raisonnablement les intérêts économiques et juridiques de chacune des parties au contrat et à limiter la restriction apportée par celui-ci au jeu de la concurrence sur le marché de la distribution des carburants ».

²⁴²⁰ Jugement *Van den Bergh Foods*, préc. note 2371, pt 105, « les accords de distribution de HB étant résiliés en moyenne tous les huit ans ».

²⁴²¹ *Idem*, pt 115, dans le cadre de l'analyse de l'altération du jeu de la concurrence au sens de l'article 81 §1.

durée des engagements souscrits, mais aussi du pouvoir de marché de l'entreprise mise en cause. L'appréciation restrictive des efficacités alléguées par les entreprises dominantes dont le comportement relève de l'article 82 TCE est donc proche de ces considérations.

L'analyse du cadre concret dans lequel se déploient les effets d'un accord voit ainsi l'ensemble des éléments économiques entrer en ligne de compte dans l'appréciation de l'accessibilité du marché, que ces éléments soient favorables ou défavorables à l'accord. Il est également essentiel que les décisions des autorités concurrentielles s'intéressent aux effets négatifs ou positifs de ces accords sur les consommateurs²⁴²³.

Un accord peut donc ne pas être qualifié en vertu de l'article 81 TCE s'il améliore l'accès au marché des signataires et stimule la concurrence, mais aussi s'il n'empêche pas outre mesure l'accès des concurrents au marché. Ainsi, l'amélioration de l'accès au marché des signataires d'un accord doit être analysée avec circonspection ; elle doit contribuer à une intensification de la concurrence pour permettre de faire échapper l'accord à l'emprise de l'article 81.

De ces développements, il ressort d'une part que l'allégation de l'efficacité de l'accès au marché peut se placer tant du point de vue de l'auteur d'une pratique que du partenaire d'un accord, dans le cas où ce dernier est un nouveau concurrent sur le marché. D'autre part, l'effet de fermeture du marché conduit nécessairement à une appréciation très restrictive des gains d'efficacité, notamment si les consommateurs n'en profitent pas. En témoignent non seulement les décisions appliquant l'article 82, mais aussi celles qui mettent en œuvre l'article 81 §1 TCE à des accords signés par des entreprises disposant d'un pouvoir de marché élevé. Dans ce cas, l'allégation de ces gains d'efficacité doit être plus globale ; il s'agit de démontrer que l'ensemble de l'économie peut en profiter à terme, afin de dépasser la protection actuelle du marché. Ceci démontre l'importance du critère temporel dans l'analyse du juge. Des remarques parallèles peuvent être formulées face aux considérations relatives à l'efficacité économique qui aboutissent à l'exemption d'un accord restrictif de la concurrence.

²⁴²² *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 141.

²⁴²³ C'est le cas dans le jugement *Van Den Bergh Foods* mais l'arrêt *Neste*, préc. note 2419, est dépourvu de considérations relatives à la demande. Sur cette question, v. rapport EAGCP, préc note 2360, p. 3. Certes à propos de l'article 82, on lit : « une approche économique de l'application de l'article 82 implique que l'examen de chaque cas spécifique ne se fonde pas sur la forme que prend une pratique commerciale (...) mais plutôt sur l'examen des effets anticoncurrentiels générés par un comportement commercial. Cela implique (...) [d'identifier] un préjudice anticoncurrentiel et d'examiner dans quelle mesure un tel effet négatif sur les consommateurs est contrebalancé par des gains d'efficacité » (notre traduction).

II. L'exemption des accords restrictifs de la concurrence qui permettent un accès efficace au marché

L'application de l'article 81 §3 TCE permet à un accord restrictif de la concurrence d'être exempté en ce qu'il concourt à l'intérêt général²⁴²⁴. Or, dans la mesure où l'intensification de la concurrence est d'intérêt général²⁴²⁵, un accord au sens du premier paragraphe de cet article peut être exempté s'il est facteur d'efficacité économique au sens macro-économique.

À l'image de ce qui a été précédemment remarqué pour le contrôle des concentrations ainsi que pour la non-qualification des pratiques au regard des articles 81 ou 82 TCE, il ressort des règlements d'exemption par catégorie et de la jurisprudence qui concerne l'article 81 §3 que l'efficacité d'un accord en termes d'accès au marché peut être décisive dans la possibilité de bénéficier d'une exemption. Il convient dès lors de se demander de quelle manière gains d'efficacité et accès efficace au marché interagissent lors de l'exemption d'un accord.

Ceci peut être envisagé aussi bien lorsque que l'exemption est prononcée par catégorie ou par groupe (A) ou reconnue pour un accord seulement (B).

A. L'incidence des considérations relatives à l'accès efficace au marché dans les règlements d'exemption par catégorie

Les différents règlements d'exemption²⁴²⁶ « mettent au premier plan les notions de pouvoir de marché et de restrictions caractérisées » et participent à la « révolution de fond »²⁴²⁷ du droit communautaire de la concurrence. Ainsi, le règlement n° 1/2003/CE n'affecte pas la possibilité offerte à la Commission d'adopter des règlements d'exemption par catégorie, ni celle de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie à certains accords²⁴²⁸ (les conférences

²⁴²⁴ Ceci est développé in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, B.

²⁴²⁵ Ceci est abordé in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, I, A.

²⁴²⁶ Règlement n° 2790/1999/CE de la Commission du 22.12.1999 concernant l'application de l'article 81 §3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JO L* 336 du 29.12.1999, p. 21, considérant 3. V. aussi règlement n° 1400/2002/CE de la Commission du 31.7.2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JO L* 203 du 1.8.2002, p. 30 (sur le règlement d'exemption automobile, v. E. COMBE, ouvrage préc. note 2349, § 75) ; règlement n° 3932/92/CEE de la Commission, du 21.12.1992, concernant l'application de l'article [81] paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, *JO L* 398, p. 7.

²⁴²⁷ IDOT L., « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement n° 1/2003 et projets de texte d'application), *CDE*, 2003 p. 283, l'auteur s'exprimant au regard des *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411 et des *Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du TCE aux accords de coopération horizontale*, *JO C* 3 du 6.1.2001, p. 2.

²⁴²⁸ Règlement n° 1/2003/CE du Conseil du 16.12.2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO L* 1 du 4.1.2003, p. 1, considérant 10.

maritimes se sont vues retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie²⁴²⁹). Ici également, une entreprise partenaire d'un accord pourra démontrer que ce dernier peut bénéficier des conditions énoncées dans un de ces règlements d'exemption en ce qu'il contribue à améliorer l'efficacité économique. Or, les gains d'efficacité se comprennent souvent en lien avec des considérations liées à l'accès efficace au marché.

Une ligne commune ressort de l'ensemble de ces règlements, qui fait écho aux remarques précédemment formulées à propos de l'article 81 §1 TCE : une plus grande tolérance est observée à l'égard des accords qui favorisent l'entrée profitable sur le marché de nouveaux concurrents. L'appréciation est en revanche plus stricte lorsque les entreprises en cause disposent d'un pouvoir de marché élevé, à l'image de ce qui a été observé notamment à propos de l'article 82 TCE.

Le règlement n° 2790/1999/CE explique notamment que l'appréciation permettant d'évaluer si l'amélioration de l'efficacité économique l'emporte sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées²⁴³⁰. Toutefois, la présence d'une « clause noire », c'est-à-dire d'une restriction caractérisée, empêche de bénéficier de l'exemption²⁴³¹. Au-dessus du seuil de 30 % de part de marché, les parties peuvent encore bénéficier d'une exemption individuelle à condition que les gains d'efficacité qu'elles allèguent contrebalancent la

²⁴²⁹ *Ibid.* V. en particulier le règlement n° 1419/2006/CE du Conseil du 25.9.2006 abrogeant le règlement n° 4056/86/CEE déterminant les modalités d'application des articles [81] et [82] du traité aux transports maritimes, et modifiant le règlement n° 1/2003 de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux de tramp. Il y est expliqué que les conférences maritimes en matière de fixation des prix ne remplissent plus les conditions de l'article 81 §3 TCE qui justifiaient une exemption par catégorie. L'exemption relative à la coopération technique entre compagnies de lignes regroupées au sein de consortiums et d'alliances est cependant maintenue (considérant 11). G. MONTI *in* « article 81 EC and Public Policy », *CMLR*, 2002, n° 39, p. 1057, sp. 1079, montrait à juste titre qu'une partie de la doctrine se demandait si les accords exemptés remplissaient « réellement » les conditions fixées à l'article 81 §1 (notre traduction).

²⁴³⁰ Règlement n° 2790/1999/CE, préc. note 2426, considérants 6 et 7. Les considérants 8 et 9 fixent à 30 % le seuil de parts de marché du fournisseur à partir duquel on ne peut plus présumer qu'un accord vertical entraîne des avantages de nature à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence. G. MONTI, *in* art. cité note précédente, p. 1064, explique cette présomption : « si la part de marché du fournisseur est en-dessous de 30 % il est présumé qu'il y aura suffisamment de concurrence intra-marque pour assurer que les prix restent bas » (notre traduction). Selon cet auteur, deux types d'efficacités sont identifiés par la Commission : les économies de logistique résultant de coûts de transport moins élevés et les économies d'échelle résultant d'un réseau de distribution exclusive.

²⁴³¹ Règlement n° 2790/1999/CE, préc. note 2426, considérant 10 (sont mentionnés « l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe et certains types de protection territoriale », c'est-à-dire par exemple l'interdiction des ventes passives ou croisées). Sur les « clauses noires », v. not. E. COMBE, ouvrage préc. note 2349, § 74, sp p. 174-175.

restriction de concurrence²⁴³². L'exemption par catégorie est ainsi subordonnée à certaines conditions, « afin de garantir l'accès au marché pertinent ou de prévenir la collusion sur ce marché »²⁴³³. Par exemple, une clause de non-concurrence ne peut être appliquée pendant plus de cinq ans²⁴³⁴.

S'agissant des accords de distribution sélective, l'exemption n'est pas octroyée lorsqu'il est imposé aux membres d'un tel système une obligation directe ou indirecte de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés²⁴³⁵. Dès lors, un accord qui comporte des obligations qui limitent l'accès des concurrents au marché semble ne pas pouvoir bénéficier d'une exemption²⁴³⁶.

Les considérations liées à l'efficacité de l'accès au marché ressortent plus nettement de l'exemption par catégorie des accords de distribution exclusive, notamment à propos de la distinction entre les ventes actives et les ventes passives. Les accords qui interdisent les ventes actives des distributeurs dans le territoire qui fait l'objet d'une exclusivité réservée sont autorisés²⁴³⁷. Mais le règlement n° 2790/1999/CE permet aux distributeurs d'accepter des ventes passives. Cela représente un juste milieu entre l'objectif d'intégration des marchés, qui s'oppose à la protection territoriale absolue, et l'absence de protection territoriale, qui peut limiter l'investissement et dissuader ainsi certains opérateurs d'accéder au marché²⁴³⁸. L'objectif implicite de ce règlement est de permettre aux distributeurs de rentabiliser plus facilement leur accès au marché en les autorisant à fixer des conditions contractuelles qui assurent une concurrence seulement modérée.

Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* autorisent une exception supplémentaire : dans le cas d'essais commerciaux mis en place sur un territoire limité, il est possible d'interdire pendant un an non seulement les ventes actives mais également les ventes

²⁴³² En ce sens, v. G. MONTI, préc. note 2429, p. 1064.

²⁴³³ Règlement n° 2790/1999/CE, préc. note 2426, considérant 11.

²⁴³⁴ *Idem*, art. 5 a). V. aussi *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 141.

²⁴³⁵ *Idem*, art. 5 b) : L'exemption ne s'applique pas à « toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés ».

²⁴³⁶ *Idem*, art. 6 : si « l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci est restreint de façon significative », un accord vertical peut se voir retirer le bénéfice de l'application de ce règlement.

²⁴³⁷ *Idem*, art. 4 b).

²⁴³⁸ Selon G. MONTI, art. préc. note 2429, p. 1067, « permettre la concurrence intra-marque à travers les ventes passives est un mécanisme effectif pour prendre en considération à la fois les risques et les avantages économiques de la protection territoriale », notre traduction.

passives²⁴³⁹. Le nouveau produit peut alors accéder d'une manière plus rentable au marché. Dès lors, l'appréciation de la troisième condition énoncée à l'article 81 §3 TCE, qui exige que les limitations à la concurrence doivent être indispensables pour atteindre l'objectif recherché par l'accord, est modifiée²⁴⁴⁰.

La prise en considération des gains d'efficacité produits par les accords de distribution exclusive corrobore ce constat. En effet, « *la distribution exclusive peut produire des gains d'efficacité en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger ou bâtir l'image de la marque* »²⁴⁴¹. Ces investissements dans la promotion seront plus facilement considérés comme des gains d'efficacité s'il s'agit notamment de « *produits nouveaux ou de produits (...) dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience)* »²⁴⁴². Ainsi, comme ce qui a été observé à propos de l'article 81 §1, une restriction verticale remplira plus facilement les conditions fixées dans le règlement d'exemption par catégorie lorsqu'il est question de faciliter l'accès de nouveaux produits ou d'un nouvel opérateur sur le marché. En pratique, ces gains d'efficacité consistent non seulement dans les économies d'échelle au niveau de la distribution, mais aussi dans la diminution des coûts de logistique²⁴⁴³. Cependant l'interprétation dynamique de l'article 81

²⁴³⁹ Selon G. MONTI, art. préc. note 2429, p. 1067-68. On lit en effet au § 119, 10) des *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411 : « Lorsqu'un nouveau produit fait l'objet d'essais commerciaux sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle limitée, les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché test peuvent être soumis à une restriction de leurs ventes actives en dehors du marché test pendant un délai maximal d'un an, sans que cela constitue une restriction contraire à l'article 81, paragraphe 1 ».

²⁴⁴⁰ La solution proposée par la Cour de justice dans l'arrêt *Consten* est alors renversée (en ce sens, *idem*, sp. p. 1068). M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 2367, p. 221, notent aussi que la Commission estimait qu'une interdiction d'exporter (interdiction des ventes actives et passives en dehors du territoire) n'était pas indispensable au sens de cet article, en réf. à l'arrêt CJCE, 13.7.1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c. Commission*, 56 et 58-64, *Rec.*, p. 429. On lit en effet à la p. 504 de cet arrêt que, selon les requérantes, « la protection territoriale absolue était (...) indispensable pour permettre d'amortir les frais importants supportés par Consten pour l'introduction des produits Grundig sur le marché français ». Selon la Cour, « la thèse des requérantes reviendrait en substance à affirmer que le concessionnaire, sans la protection territoriale absolue n'aurait pas accepté les conditions convenues. (...) Cette circonstance n'a aucun rapport avec les améliorations de la distribution envisagées par l'article [81], §3 CE ». Les auteurs notent, inversement, qu'« une protection limitée [peut] se justifier, à titre transitoire, lorsqu'il s'agit de mettre une partie en mesure de réaliser les investissements nécessaires pour la fabrication ou la vente de produits qui ne sont pas encore largement répandus ». Le §119 des *Lignes directrices sur les restrictions verticales* fait donc écho à cette argumentation.

²⁴⁴¹ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 174.

²⁴⁴² *Ibid.* V. à ce propos G. MONTI, art. préc. note 2429, p. 1064. L'auteur se réfère à un article de COMANOR, « Vertical price-fixing, vertical market restrictions, and the new antitrust policy », *Harvard Law Review*, 1985, n° 98, p. 983. Selon G. MONTI, cet auteur a suggéré que « les restrictions verticales sont probablement bénéfiques dans le cas de nouveaux produits ou de nouveaux entrants, mais moins dans les cas de produits connus ou de grandes marques ».

²⁴⁴³ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 174.

§1 TCE permet que de tels éléments interviennent lors de l'analyse de la conformité d'un accord avec cette disposition.

Le règlement d'exemption des accords conclus dans le domaine des assurances peut être lu de la même façon. Or, les accords sur les calculs de primes indicatives²⁴⁴⁴, qui résultent d'une collaboration entre entreprises d'assurances²⁴⁴⁵, sont admis en tant qu'ils permettent de faciliter l'accès rentable des nouveaux entrants sur le marché ; aucun d'entre eux n'aurait suffisamment de clients pour calculer les primes correctement²⁴⁴⁶.

Ainsi, l'efficacité d'un accord se déduit de la circonstance selon laquelle la pénétration du marché par de nouveaux concurrents est facilitée. L'appréciation des efficacités économiques diffère donc suivant que l'opérateur est ou non solidement implanté sur le marché. Les arrêts qui traitent d'exemptions individuelles suivent le même schéma.

B. L'incidence des considérations relatives à l'accès efficace au marché sur l'exemption d'un accord

Un accord restrictif de la concurrence peut être exempté s'il permet un accès efficace au marché, non seulement dans le cadre de la première condition (1), mais aussi dans celui des autres conditions posées à l'article 81 §3 TCE (2).

1. L'impact des considérations relatives à l'accès efficace au marché dans le cadre de la première condition posée à l'article 81 §3 TCE

La condition de l'amélioration de la production ou de la distribution, ou la promotion du progrès technique ou économique, est propice à l'utilisation du critère de l'accès au marché. Il s'agit ici d'évaluer le caractère efficient du comportement en cause²⁴⁴⁷. Tous les avantages que les partenaires retirent de l'accord ne sont pas nécessairement pertinents dans cette appréciation²⁴⁴⁸. Seuls les avantages qui ne seraient pas réalisés en l'absence d'une clause

²⁴⁴⁴ *Idem*, art. 2.

²⁴⁴⁵ Cette collaboration consiste en la collecte de statistiques, qui peuvent porter sur le nombre de sinistres et de risques individuels assurés, le total des indemnités et la somme des capitaux assurés ; v. en particulier le considérant 6 du règlement n° 3932/92/CEE, préc. note 2426.

²⁴⁴⁶ En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2429, p. 1080.

²⁴⁴⁷ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 136. Selon G. MONTI, art. préc. note 2428, p. 1063, la première condition positive prévue à cet article « fait une référence expresse au fait que les efficacités justifient un accord qui restreint la concurrence » (notre traduction). V. aussi Ch. précédent, Section 2, II, B.

²⁴⁴⁸ Arrêt *Consten et Grundig*, préc. note 2440, sp. p. 502 : « cette amélioration ne saurait être identifiée à tous avantages que les partenaires retirent de l'accord quant à leur activité de production ou de distribution, avantages

restrictive peuvent être pris en compte²⁴⁴⁹. Or, l'analyse de cette condition dans la jurisprudence montre que l'efficacité économique induite par l'accord signifie très souvent que l'accès des partenaires aux marchés en cause est amélioré²⁴⁵⁰.

Un accord, signé entre des fabricants concurrents d'objectifs pour appareils photographiques qui restreignait la concurrence potentielle entre eux, est par exemple exempté notamment en ce qu'il améliore la production et « [donne] à chaque partenaire le moyen d'accroître le volume de ses ventes sur le territoire de l'autre »²⁴⁵¹. L'accès plus aisé de chaque fabricant à de nouveaux segments du marché est ainsi décisif dans l'appréciation de la première condition d'application de l'article 81 §3 TCE. De même, un accord améliore nécessairement la production s'il permet l'accès d'un concurrent efficace au marché²⁴⁵². L'accord peut alors être maintenu dans la mesure où les autres conditions de l'article 81 §3 sont remplies.

La première condition est donc facilement satisfaite si l'accord favorise l'accès au marché des signataires. Ainsi, un accord libéralise l'accès au marché en ce qu'il permet d'améliorer la connaissance des risques d'atteinte à l'environnement²⁴⁵³. Sans cet accord, les entreprises en cause ne pourraient accéder profitablement au marché. De même, un accord par lequel des éditeurs concurrents créent une filiale commune de distribution est exempté en ce qu'il « doit permettre une meilleure pénétration du marché »²⁴⁵⁴. Ceci est de jurisprudence constante²⁴⁵⁵.

généralement incontestables qui feront apparaître l'accord dans tous ses éléments comme indispensable à l'amélioration ainsi comprise ».

²⁴⁴⁹ Jugement *Van den Bergh Foods*, préc. note 2371, pt 142. En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 2351, p. 710.

²⁴⁵⁰ *Contra* : v. TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, *Rec.*, p. II-2969, pts 278 à 280, jugement dans lequel les gains d'efficacité n'intègrent pas de questions relatives à l'accès au marché. En l'espèce, l'interdiction des importations parallèles est justifiée. Cette interdiction conduit à un cloisonnement des marchés nationaux qui est toléré, évidemment restrictif de la liberté des grossistes d'accéder aux marchés des autres États membres.

²⁴⁵¹ Déc. Commission n° 75/76/CEE, 20.12.1974, *Rank-Sopelem*, IV/26 603 JO L 29 du 3.2.1975, p. 20, pt III.1.

²⁴⁵² Déc. Commission n° 83/390/CEE, 13.7.1983, *Rockwell-Iveco*, IV/30.437, JO L 224 du 17.8.1983, p. 19, à propos d'une convention portant création d'une entreprise commune pour la production et la commercialisation d'essieux moteurs pour poids lourds ; l'accord est exempté en ce qu'il permet « l'apparition d'un nouveau concurrent efficace, sous les traits de l'entreprise commune » (pt 8).

²⁴⁵³ Déc. Commission n° 92/96/CEE, 14.1.1992, *Assurpol*, IV/33.100, JO L 37 du 14.2.1992, p. 16, à propos d'un accord signé entre entreprises d'assurances et de réassurances, qui coordonne le comportement concurrentiel entre les parties et restreint la concurrence dans les domaines de l'assurance directe, de la réassurance et de la rétrocession des risques d'atteintes à l'environnement ayant leur origine dans les installations industrielles et commerciales situées en France : « La coopération au sein du pool de réassurance ouvre le marché à des entreprises qui n'y auraient que difficilement accès en agissant seules du fait d'une capacité et d'une expérience limitées et facilite l'exercice des activités d'assurances dans ce domaine en dehors des frontières nationales » (pt 38).

²⁴⁵⁴ Déc. Commission n° 82/71/CEE, 17.11.1981, *Langenscheidt- Hachette*, IV/29.972, JO L 39 du 11.2.1982, p. 25, pt 14.

Inversement, et aussi circulaire que paraisse ce raisonnement, un accord restrictif de la concurrence en ce qu'il rend plus difficile l'accès des entreprises établies dans d'autres États membres au marché n'est pas exempté notamment parce que l'une des clauses empêche les entreprises signataires de l'accord « *de s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur à des prix plus avantageux* »²⁴⁵⁶. La jurisprudence plus récente le corrobore, même si l'analyse économique est plus approfondie²⁴⁵⁷.

L'application de l'exemption de l'article 81 §3 à un accord litigieux implique donc que celui-ci n'entrave pas l'accès d'autres fournisseurs aux différents stades de la distribution. De telles remarques peuvent aussi être formulées à propos des trois autres conditions énoncées à l'article 81 §3 TCE.

2. L'impact du critère de l'accès efficace au marché sur les autres conditions posées à l'article 81 §3 TCE

La seconde condition d'application de l'article 81 §3 réside dans la nécessité qu'une partie équitable du profit soit réservée aux utilisateurs²⁴⁵⁸. Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* démontrent que cette condition n'est pas dénuée de tout lien avec des considérations relatives à l'accès au marché.

En effet, la Commission invite à analyser la structure du marché²⁴⁵⁹, pour apprécier si la condition est remplie²⁴⁶⁰. Ainsi, l'intensification du jeu de la concurrence baisse les prix à la

²⁴⁵⁵ Déc. Commission n° 91/130/CEE, 19.2.1991, *Screensport/Membres de l'Union européenne de radiodiffusion*, IV/32.524, JO L 63 du 9.3.1991, p. 32, pt 71 : « il est d'importance vitale, dans le cas de nouvelles industries qui se développent et qui exigent des investissements considérables dans les technologies et le développement, d'accorder la priorité à la garantie d'une concurrence aussi ouverte que possible à tous les niveaux, pour que tous les nouveaux venus éventuels sur le marché se trouvent sur un pied d'égalité », cité in WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 2367, p. 214. Toutefois, le principe de l'égalité dans l'accès au marché doit être relativisé d'un point de vue économique (v. not. Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, B).

²⁴⁵⁶ Déc. Commission n° 79/86/CEE, *Vaessen c. Moris*, 10.1.1979, IV/C-29.290, JO L 19 du 26.1.1979, p. 32, pt 23.

²⁴⁵⁷ Jugement *Van den Bergh Foods*, préc. note 2371, pt 141 : « les obstacles à l'accès au marché de référence qu'entraîne la clause d'exclusivité, et, en conséquence, l'affaiblissement de la concurrence qui en découle, [peuvent être pris en compte] pour évaluer l'accord de distribution de HB à la lumière de la première condition de l'article [81] §3 ». V. aussi TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, *Rec.*, p. II-1533, pt 182 : l'entreprise impliquée n'a pas réussi à renverser le point de vue selon lequel « le réseau d'accords en cause constitue un important obstacle à l'accès au marché ».

²⁴⁵⁸ Ce terme doit être entendu au sens large. V. not. WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 2367, p. 218-219.

²⁴⁵⁹ En ce sens, v. I. LIANOS, ouvrage préc. note 2351, p. 711.

²⁴⁶⁰ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 136 : « la répercussion des avantages sur l'utilisateur dépend de l'intensité de la concurrence sur le marché pertinent. Les pressions concurrentielles poussent normalement à répercuter les économies réalisées par le biais d'une diminution des prix et incitent les

faveur des consommateurs, tandis que le lancement de nouveaux produits sur le marché améliore le choix de ces derniers. Ces deux résultats positifs sont la conséquence d'une accessibilité du marché aux concurrents. De même, un accord ne peut consister à corriger un déséquilibre structurel entre l'offre et la demande, dans le but de limiter l'avantage excessif que la situation procure aux consommateurs²⁴⁶¹. Un accord qui limite le profit réservé aux utilisateurs ne peut remplir cette seconde condition.

La troisième condition est négative : l'accord ne doit pas créer de restrictions à la concurrence qui ne soient pas indispensables pour atteindre les objectifs de l'accord, à l'image de l'application du principe de proportionnalité lors de la justification de mesures nationales restrictives des échanges. Cette condition peut être remplie indépendamment des questions relatives à l'accès au marché²⁴⁶². Dans certains cas, cette condition pourrait donc signifier que l'accord ne peut limiter l'accès au marché que dans la mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre l'efficacité recherchée. Ainsi, des interdictions d'exporter ont bénéficié d'une exemption de l'article 81 §3 TCE, même si l'accord litigieux avait précisément pour objet de restreindre le commerce parallèle²⁴⁶³.

Enfin, la quatrième condition énoncée à l'article 81 §3 TCE impose que l'accord n'élimine pas la concurrence²⁴⁶⁴. Or, le terme « indispensable » énoncé à la troisième condition, appliquée en combinaison avec la quatrième, permet de rapprocher certaines décisions qui appliquent l'article 81 §3 de celles qui concernent l'application de la théorie des infrastructures essentielles en matière d'abus de position dominante²⁴⁶⁵. La vérification de

entreprises à lancer de nouveaux produits sur le marché dans des délais aussi courts que possible. Par conséquent, s'il subsiste sur le marché une concurrence suffisante pour exercer des pressions effectives sur les parties à l'accord, le jeu de la concurrence permet normalement de réserver à l'utilisateur une partie équitable des avantages économiques ».

²⁴⁶¹ TPI, 21.2.1995, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisties in de Bouwnijverheid e.a. c. Commission*, T-29/92, *Rec.*, p. II-289, pts 244 (selon les requérantes, le marché est transparent du côté de la demande, parce que celle-ci « [détermine] l'identité des entrepreneurs qui auront accès au marché [et oppose] les unes aux autres les différentes offres qui lui sont soumises », mais ne l'est pas du côté de l'offre, puisque celle-ci « dépend des choix des adjudicateurs et (...) doit supporter des coûts de transaction élevés pour accéder au marché ») et 256 (en substance, une entente ne peut conduire à pallier les effets d'une législation que les partenaires considèrent excessivement favorable aux consommateurs).

²⁴⁶² *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc. note 2411, pt 136 : « Le troisième critère (...) garantit que la restriction la moins préjudiciable à la concurrence sera choisie de manière à obtenir certains effets positifs ».

²⁴⁶³ V. jugement *GlaxoSmithKline*, préc. note 2450.

²⁴⁶⁴ Cela signifie qu'un accord qui apporte des gains d'efficacité ne pourra bénéficier d'une exemption s'il élimine la concurrence. En ce sens, v. G. MONTI, art. préc. note 2429, p. 1064.

²⁴⁶⁵ V. Partie 1, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, B, 1, où il est remarqué que la théorie des infrastructures essentielles est d'un intérêt limité dans le cadre de l'article 81 §1.

cette condition a d'abord donné l'occasion au Tribunal de préserver un accès effectif au marché, dans un jugement qui utilise un champ lexical que l'on pourrait interpréter comme une application de la théorie des infrastructures essentielles²⁴⁶⁶. Plus récemment, le Tribunal applique dans le second jugement *Der Grüne Punkt* la quatrième condition énoncée à l'article 81 §3 TCE, en utilisant également les vocables propres à cette théorie, tout en préservant cette fois un accès efficace des concurrents au marché²⁴⁶⁷.

En l'espèce, la durée importante des clauses d'exclusivité territoriales des contrats de service conclus par Duales System Deutschland (ci-après DSD) avec les entreprises de collecte entraîne leur qualification au sens de l'article 81 §1 TCE²⁴⁶⁸. La Commission exempte les clauses en imposant deux obligations, l'application de celles-ci garantissant un accès libre aux infrastructures de collecte²⁴⁶⁹. Parmi ces obligations, la première consiste à imposer l'utilisation partagée du système de collecte et de tri²⁴⁷⁰. DSD cherche alors à remettre en cause le caractère indispensable de l'utilisation de ce système pour accéder au marché, « *par analogie* » avec la théorie des infrastructures essentielles²⁴⁷¹. Même si le moyen est jugé « *inopérant* »²⁴⁷², le Tribunal observe que la duplication du réseau de collecte serait peu rentable, improbable et contreproductive²⁴⁷³, « *l'utilisation partagée [étant] nécessaire pour éviter toute élimination de la concurrence sur ce marché* »²⁴⁷⁴. Dans le cas contraire, empêcher les concurrents de DSD d'utiliser ces infrastructures comparables à un « *goulet*

²⁴⁶⁶ TPI 15.9.1998, *European Night Services Ltd e.a. c. Commission* (ci-après *ENS*), T-374, T-375, T-384 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141, pt 209, en réf. à l'arrêt *Magill*, cité note 2403. L'accord litigieux est exempté notamment en ce que le marché est accessible par d'autres moyens.

²⁴⁶⁷ TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691, pt 98, pts 101 et 115.

²⁴⁶⁸ Jugement *Der Grüne Punkt*, T-289/01, préc. note 2467, pts 31 et 32. La Commission considère que les clauses litigieuses contribuaient « à la fermeture des marchés dans une partie substantielle du marché commun [parce que] l'accès des entreprises de collecte au marché de la collecte auprès des consommateurs se trouve sensiblement entravé ».

²⁴⁶⁹ *Idem*, pt 46. La concurrence peut alors s'intensifier sur le marché.

²⁴⁷⁰ *Idem*, pt 43. Il s'agit d'autoriser les entreprises de collecte à conclure avec des concurrents de DSD des contrats permettant à ces derniers d'utiliser les bacs et autres installations de collecte et de tri des emballages usagers. La deuxième charge imposée à DSD (pt 44) consistant à lui interdire d'exiger des entreprises de collecte ayant conclu avec des concurrents de DSD des contrats portant sur l'utilisation partagée des systèmes de collecte et de tri, qu'elles lui apportent la preuve des quantités d'emballages qui n'ont pas été collectées dans le cadre du système DSD, est validée (pt 217) en ce que cette charge n'empêche pas DSD de connaître la quantité totale d'emballages collectés par les entreprises de collecte ainsi que la part de ces emballages qui lui revient.

²⁴⁷¹ *Idem*, pt 90.

²⁴⁷² IDOT L., note sous jugement *Der Grüne Punkt*, T-289/01, *Europe*, 7.2007, p. 21, sp. 22. V. le pt 98 du jugement. Selon le Tribunal, DSD ne peut se prévaloir d'un droit de disposition incontestable sur les installations en cause, comme dans l'arrêt *Magill*, dans la mesure où l'entreprise avait renoncé dans ses engagements à s'opposer à l'utilisation partagée des installations de collecte.

²⁴⁷³ Jugement *Der Grüne Punkt*, pts 107 à 109.

²⁴⁷⁴ *Idem*, pt 113.

d'étranglement »²⁴⁷⁵, « reviendrait à [les] priver (...) de toute possibilité sérieuse d'entrer et de maintenir sur le marché de la collecte auprès des consommateurs »²⁴⁷⁶. Il nous semble donc que la reconnaissance expresse du caractère indispensable de l'installation aurait légitimé le fait d'imposer l'utilisation partagée²⁴⁷⁷.

Au-delà de cette controverse, l'entrée efficace des concurrents sur le marché est promue : leur accès au marché est rendu possible, tout en ayant égard à la rentabilité de leur implantation²⁴⁷⁸. Ainsi, le critère déterminant permettant de vérifier si la quatrième condition est remplie ne réside pas seulement dans la limitation de la concurrence intramarque²⁴⁷⁹. La limitation de la concurrence externe qui résulte de la pression exercée par des tiers capables d'entrer sur le marché est prise en considération²⁴⁸⁰.

Finalement, même au moment de l'exemption d'un accord, l'amélioration de l'efficacité économique et de l'accessibilité du marché en cause vont de paire.

L'ensemble de ces développements démontre l'importance des considérations relatives à l'efficacité économique au moment de qualifier ou de justifier un accord au regard de l'article 81, mais aussi lorsqu'une pratique est reconnue conforme à l'article 82. L'interprétation des efficacités alléguées par l'entreprise mise en cause diffère selon sa position sur le marché : lorsqu'elle dispose d'un pouvoir de marché élevé, le comportement litigieux doit améliorer la situation économique générale. Pour ce qui concerne le critère que nous analysons ici, il est pertinent de démontrer que la pratique permet à l'un de ses auteurs de pénétrer efficacement

²⁴⁷⁵ *Idem*, pts 101 et 115. Or, cette expression est communément employée lorsque la doctrine des installations essentielles est appliquée. Selon H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St Paul, Minn., 1994, p. 274, cité et traduit in I. LIANOS, ouvrage préc. note 551, p. 849 : « de manière alternative, la facilité [essentielle] doit opérer en tant que goulot d'étranglement qui permet au pouvoir de marché de s'exercer dans un marché pertinent ».

²⁴⁷⁶ *Idem*, pt 113. V. aussi pt 105 : le Tribunal analyse s'il est nécessaire « de prévoir une utilisation partagée des installations de collecte pour permettre aux systèmes collectifs concurrents d'accéder et de se maintenir sur les marchés de collecte et de l'organisation de la reprise et de la valorisation auprès des consommateurs ».

²⁴⁷⁷ L'application de la doctrine américaine des « essential facilities » n'exige pas que la reproduction de l'installation soit absolument impossible pour être appliquée. Certes, la théorie requiert qu'une entreprise en situation de monopole détienne cette installation (v. concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 26.11.1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, C-7/97, *Rec.*, p. I-7791, pt 47). Ici, la position dominante de DSD n'est pas établie mais le jugement *ENS* montre que le fait que l'entreprise ne soit pas dominante sur le marché n'est pas un obstacle à l'application de cette doctrine.

²⁴⁷⁸ La poursuite de l'objectif de l'allocation efficace des ressources transparaît donc également lors de l'analyse de l'exemption d'un accord, pas seulement au moment de l'analyse de la restriction.

²⁴⁷⁹ En ce sens, v. WAELBROECK M. et FRIGNANI A., ouvrage préc. note 2367, p. 224. Pour un exemple récent, v. jugement *GlaxoSmithKline*, préc. note 2450, pt 273.

au marché. Dans d'autres, l'accessibilité efficace des concurrents au marché est décisive, de sorte qu'il est parfois exigé des parties de l'assurer par le biais de leur politique sur le marché. Les considérations liées à l'efficacité économique colorent donc à la fois la non-qualification et la justification d'une pratique anticoncurrentielle. Il convient à présent d'examiner l'incidence de ces considérations en droit de la libre circulation.

Section 2 : L'incidence des considérations liées à l'efficacité économique en matière de restriction étatique à l'accès au marché

L'efficacité économique peut mettre à l'écart la restriction à l'accès au marché en droit communautaire de la concurrence. Or, les différents éléments qui caractérisent la complémentarité des droits communautaires de la concurrence et de la libre circulation invitent à examiner dans quelle mesure le concept d'efficacité économique pourrait s'immiscer dans les analyses menées au titre du deuxième volet principal du droit du marché intérieur.

L'incidence des considérations relatives à la concurrence dans la démonstration de l'existence d'une restriction étatique à l'accès au marché au sens du Traité constitue le fondement de notre réflexion²⁴⁸¹. Une utilisation correcte du critère de l'accès au marché implique à ce titre que le juge saisi examine la question de savoir si la concurrence n'est pas faussée à l'avantage des opérateurs nationaux. Cela revient à analyser l'impact des réglementations litigieuses sur l'efficacité de la concurrence livrée sur le marché²⁴⁸². Une réglementation qui empêche ou limite l'accès efficace des opérateurs implantés dans d'autres États membres sur le marché peut en effet être considérée comme restrictive de la libre circulation. L'étude de l'intensité de l'effet d'une mesure nationale sur l'opérateur qui circule devient le principal instrument d'identification d'une gêne à la libre circulation.

Il a été remarqué aussi qu'une mesure restrictive de la libre circulation peut être autorisée notamment si elle satisfait à une exigence impérieuse d'intérêt général, cette exigence pouvant

²⁴⁸⁰ En ce sens, *idid.*, en réf. à déc. Commission 72/88/CEE, 17.1.1972, *Man Saviem*, IV/26612, JO L 31 du 4.2.1972.

²⁴⁸¹ Ceci est développé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1.

²⁴⁸² CJCE, 5.10.2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, pt 13 et CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, pt 59. L'arrêt CJCE, 17.7.2008, *Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media*, C-500/06, n.e.p., pt 33, qui se réfère aux arrêts *CaixaBank* et *Cipolla* n'aborde cependant pas la question de savoir si la réglementation litigieuse empêche les opérateurs implantés à l'étranger de livrer une concurrence efficace aux opérateurs établis.

comporter une dimension économique plus ou moins accentuée²⁴⁸³. Réciproquement, certaines pratiques litigieuses au regard du droit de la concurrence ne sont pas qualifiées ou au contraire justifiées en tant qu'elles favorisent l'efficacité économique. D'autres comportements qui sont à première vue restrictifs de la concurrence échappent à l'emprise de l'article 81 voire de l'article 82 TCE parce qu'ils répondent à des considérations relatives à l'intérêt général et sont proportionnés à ces dernières²⁴⁸⁴. Ces éléments nous conduisent alors à réfléchir à la possibilité que des mesures nationales restrictives de la libre circulation soient justifiées par des raisons tirées de l'efficacité économique.

Une telle démonstration implique cependant de lever un premier obstacle, à savoir la différence de régime juridique dont font en théorie l'objet les mesures spécifiquement et indistinctement applicables. Or, l'utilisation du critère de l'accès efficace au marché participe à la globalisation de ce régime (I). Quelle que soit la nature de la mesure nationale litigieuse, on peut alors envisager que des raisons tirées de l'efficacité économique empêchent de qualifier voire justifient une mesure nationale au regard des dispositions du Traité relatives à la libre circulation. Il s'agit alors d'étudier l'impact d'une entrave étatique à la libre circulation sur l'amélioration de l'efficacité économique (II).

I. L'incidence du critère de l'accès efficace au marché sur la globalisation du régime juridique des restrictions étatiques à la libre circulation

Traditionnellement, on considère qu'il existe « *une différence fondamentale* »²⁴⁸⁵ entre les mesures spécifiquement et indistinctement applicables. La particularité des exigences impératives est en théorie de faire échapper la mesure litigieuse à la qualification de restriction au sens du Traité bien qu'un obstacle aux échanges soit identifié, parfois de manière seulement sommaire²⁴⁸⁶. Les justifications tirées du Traité permettent en revanche de maintenir dans l'ordre juridique des réglementations restrictives des échanges. Une mesure indistinctement applicable bénéficie d'un « traitement » plus favorable, à savoir la faculté de répondre à une exigence d'intérêt général qui n'est pas limitativement énumérée dans le

²⁴⁸³ V. ch. précédent, Section 1, II.

²⁴⁸⁴ V. ch. précédent, Section 2, II, A.

²⁴⁸⁵ BERAUD R.C., « L'aménagement des monopoles prévu à l'article 37 du traité C.E.E. à la lumière des récents développements jurisprudentiels », *RTDE*, 1979, p. 573, sp. 583.

²⁴⁸⁶ En ce sens, v. V. HATZOLPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, p. 191, sp. 197 : « les réglementations justifiées en vertu d'une exception expresse du traité constituent des *violations justifiées* du droit communautaire, alors que celles qui répondent à quelque exigence impérative/impérieuse *ne constituent pas des violations* ».

Traité. En effet, une telle mesure est en principe moins nocive pour les échanges qu'une mesure qui vise spécifiquement les opérations économiques en provenance d'un autre État membre. Admettre une mesure susceptible de restreindre les échanges en ce qu'elle répondrait à une exigence impérieuse d'intérêt général reviendrait à appliquer une forme de règle de raison en droit de la libre circulation²⁴⁸⁷.

On peut cependant se demander s'il ne serait pas à la fois plus simple et plus cohérent d'admettre la possibilité de justifier toute mesure restrictive de la libre circulation par des objectifs d'intérêt général économique. Or, l'utilisation rigoureuse du critère de l'accès efficace au marché aboutit à ce résultat.

D'une part, la subtile distinction entre les exigences impératives et les motifs d'intérêt général énoncés dans le Traité – qui signifie qu'une mesure indistinctement applicable constitutive d'un obstacle aux échanges qui ne serait pas nécessaire pour satisfaire une exigence impérative peut encore être justifiée par l'un des moyens figurant dans le Traité – est fortement remise en question par la CJCE. La Cour tempère en effet le cloisonnement entre les mesures spécifiquement et indistinctement applicables (A). D'autre part, le développement d'une analyse économique des effets d'une mesure litigieuse sur l'accès au marché des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation permettrait de globaliser sans risque le régime juridique de justification des restrictions étatiques apportées aux échanges (B).

A. Les tempéraments apportés au cloisonnement du régime juridique des mesures spécifiquement et indistinctement applicables

La jurisprudence de la CJCE sur le régime juridique des mesures nationales restrictives des échanges n'est pas aussi rigoureuse qu'elle n'y paraît. Emblématique est la « saga » des arrêts relatifs à l'ouverture des magasins le dimanche, qui a conduit la Cour de justice à réfléchir à la question de savoir ce qui justifiait des réglementations qui ne créaient pas d'entrave aux

²⁴⁸⁷ Ceci ressort not. des concl. av. gén. P. VERLOREN van THEMAAT présentées pour l'arrêt CJCE, 29.1.1985, *H. Cullet e.a. c. Centre Leclerc à Toulouse e.a.*, 231-83, *Rec.*, p. 305, sp. 311. V. aussi T. CARNEY, « What Rule of Reason? », *Leading Cases of the Twentieth Century*, 2000, p. 310 ; ROTH E., « The Rule of Reason Doctrine in European Court of Justice on direct Taxation », *revue fiscale canadienne*, 2008, vol. 56, n° 1, p. 67 ; MONTI G., art. préc. note 2429, p. 1086. Toutefois, l'application de la théorie des exigences impératives est différente de l'application de la règle américaine de raison qui met en balance les efficacités et les restrictions économiques d'une pratique litigieuse. La Cour de justice ne procède pas à une telle mise en balance dans le cadre des exigences impératives. En ce sens, v. A. ALBORS-LLORENS, art. préc. note 2361, sp. 1731. La problématique de l'application de la règle de raison en droit communautaire de la concurrence est abordée *supra* in Section 1, I, A, 2.

échanges²⁴⁸⁸. Cette hypothèse mise à part, la Cour n'hésite pas, dans des cas assez nombreux, à justifier une mesure nationale discriminatoire par des exigences impératives d'intérêt général (1). Ces tempéraments appellent un décloisonnement du régime juridique des mesures spécifiquement et indistinctement applicables (2).

1. La possibilité de justifier une mesure spécifiquement applicable restrictive de la libre circulation par une exigence impérative d'intérêt général

En matière de libre circulation des marchandises, des exigences tirées de la protection de l'environnement dans l'affaire des déchets wallons justifient une mesure qui, quoiqu'en dise la CJCE²⁴⁸⁹, est « *ouvertement discriminatoire* »²⁴⁹⁰. D'aucuns estiment aussi que la Cour de justice a justifié dans l'arrêt *Aher-Waggon* une mesure discriminatoire par des exigences tirées de la protection de l'environnement²⁴⁹¹. Dans un arrêt *Commission contre Irlande*, l'objectif de défense des consommateurs a été confronté à la mesure litigieuse, relative à l'inscription de l'origine que devaient porter certains souvenirs importés en métal, qui était discriminatoire selon la CJCE²⁴⁹². Le « *manque de logique* » de cet arrêt est souligné par Peter OLIVER²⁴⁹³.

De plus, la Cour de justice admet dans les arrêts *Bachmann* et *Commission contre Belgique* que la préservation de la cohérence fiscale de l'État membre concerné constitue une raison

²⁴⁸⁸ V. not. CJCE, 16.12.1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, C-169/91, *Rec.*, p. I-6635, pts 8 à 11, qui récapitule le bloc jurisprudentiel incohérent sur cette question.

²⁴⁸⁹ CJCE, 9.7.1992, *Commission c. Belgique (déchets wallons)*, C-2/90, *Rec.*, p. I-4431, pt 36. La mesure n'est pas considérée comme discriminant les déchets suivant leur provenance, « compte tenu des différences entre les déchets produits d'un lieu à un autre et de leur lien avec le lieu de leur production ». Mais ce n'est pas parce que les déchets seraient de nature différente en fonction de ces critères que la mesure qui limite leur circulation ne serait pas discriminatoire.

²⁴⁹⁰ OLIVER P., *Free movement of goods in the European Community*, Thomson – Sweet & Maxwell, Londres, 4^e éd., 2003, § 8.08, p. 219, notre traduction.

²⁴⁹¹ CJCE, 14.7.1998, *Aher-Waggon GmbH c. Allemagne*, C-389/96, *Rec.*, p. I-4473, analysé in concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJCE, 13.3.2001, *PreussenElektra AG c. Schlesweg*, C-379/98, *Rec.*, p. I-2099, pt 227. L'affaire *Aher-Waggon* « concernait une réglementation allemande qui subordonnait l'immatriculation d'avions sur le territoire allemand au respect de normes relatives à la limitation des émissions sonores. Cette mesure, nous semble-t-il, discriminait directement les avions nationaux et les avions importés en ce que les avions préalablement immatriculés dans un autre État membre ne pouvaient être immatriculés en Allemagne, alors que les appareils du même type qui avaient déjà obtenu auparavant leur immatriculation en Allemagne conservaient leur immatriculation. La Cour a toutefois jugé, sans examiner la question de savoir si la mesure était directement discriminatoire, qu'une pareille entrave était susceptible d'être justifiée par des considérations de santé publique et de protection de l'environnement ».

²⁴⁹² CJCE, 17.6.1980, *Commission c. Irlande*, 113-80, *Rec.*, p. 1625, pt 11.

²⁴⁹³ OLIVER P., ouvrage préc. note 2490, § 8.07, p. 219. Même si la Cour de justice note d'abord que la réglementation a un caractère discriminatoire, elle apprécie ensuite si « les mesures litigieuses ont effectivement un caractère discriminatoire ou si elles ne constituent qu'une discrimination apparente » (pt 14). Elle examine alors si la mesure peut être justifiée par la défense des consommateurs (pt 16) avant de répéter que la mesure est discriminatoire (pt 17).

impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier des restrictions à la libre prestation des services et à la libre circulation des travailleurs. Or, les entraves litigieuses paraissent discriminatoires. La Cour de justice ne qualifie pas explicitement comme telles les dispositions litigieuses, qui subordonnent la déductibilité de cotisations d'assurance contre la maladie et l'invalidité ou contre la vieillesse et le décès à la condition que ces cotisations soient versées en Belgique. Elle reconnaît seulement que les dispositions « *risquent de jouer en particulier au détriment de ces travailleurs qui, en règle générale, sont des ressortissants d'autres États membres* »²⁴⁹⁴. La CJCE élude aussi la question pour ce qui concerne la libre prestation des services²⁴⁹⁵. Même si les mesures sont en fait discriminatoires, la Cour apprécie si la nécessité de préserver la cohérence fiscale empêche de condamner la mesure²⁴⁹⁶.

Le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier d'un système national de sécurité sociale a aussi permis de justifier des mesures spécifiquement applicables aux opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation. L'arrêt *Decker* en fournit un exemple²⁴⁹⁷. En l'espèce, une caisse de maladie luxembourgeoise soumet à autorisation préalable le remboursement de lunettes achetées dans un autre État membre. La mesure litigieuse n'est pas explicitement qualifiée de discrimination mais « *elle incite les assurés sociaux à acheter ces produits au Grand-Duché plutôt que dans d'autres États membres* »²⁴⁹⁸. Cette entrave est cependant « *justifiée [par] un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale, [qui constitue] une raison impérieuse d'intérêt général* »²⁴⁹⁹. L'arrêt *Kohll*, prononcé le même jour à propos de soins dentaires reçus dans le cadre d'une libre prestation des services, est similaire : une mesure spécifiquement applicable est contraire au Traité en ce qu'elle ne

²⁴⁹⁴ CJCE, 28.1.1992, *H.-M. Bachmann c. Belgique*, C-204/90, *Rec.*, p. I-249, pt 9 et *idem*, *Commission c. Belgique*, C-300/90, *Rec.*, p. I-305, pt 7.

²⁴⁹⁵ *Idem*, respectivement pts 31 et 22 : « des dispositions qui impliquent l'établissement de l'assureur dans un État membre pour que les assurés puissent bénéficier, dans cet État, de certaines déductions fiscales, découragent les assurés de s'adresser aux assureurs établis dans un autre État membre et, partant, constituent, pour ces derniers, un obstacle à la libre prestation des services ».

²⁴⁹⁶ *Idem*, surtout pts 22 et 23.

²⁴⁹⁷ CJCE, 28.4.1998, *N. Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, C-120/95, *Rec.*, p. I-1831. L'arrêt *Decker* est cité not. in P. OLIVER, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC », *CMLR*, 1999, p. 783, sp. 805 et P. OLIVER, ouvrage préc. note 2490, § 8.09, p. 220, in L. PRETE, « Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck* », *LIEI*, 2008, n° 35 (2), p. 133, sp. 153, à propos de l'abandon de la distinction entre les exigences impératives et les dérogations de l'article 30 TCE.

²⁴⁹⁸ Arrêt *Decker*, pt 36.

²⁴⁹⁹ *Idem*, pt 39. L. IDOT remarque « l'irruption de la notion de « raison impérieuse d'intérêt général » dans le domaine de la libre circulation des marchandises », in note sous arrêts *Decker* et *Kohll* (cité note suivante), *Europe*, 6.2008, comm. 191, p. 9, sp. 10.

permet pas d'atteindre l'objectif consistant à réduire le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale²⁵⁰⁰.

Alors que certaines mesures spécifiquement applicables relèvent ainsi de la théorie des exigences impératives, la Cour de justice estime par exemple dans l'arrêt *Ciola* qu'une restriction doit être justifiée par les motifs tirés du Traité si l'application d'une mesure nationale litigieuse crée une discrimination²⁵⁰¹. On aurait pu arguer, au contraire, que la *lettre* indistinctement applicable de la mesure en question aurait pu faire relever la mesure litigieuse de la théorie des exigences impératives.

L'arrêt *Ciola* révèle que la différence entre une mesure explicitement ou matériellement discriminatoire est relative. Quelle que soit la mesure en cause, le principe juridique de non-discrimination se conjugue avec l'utilisation du critère économique de l'accès au marché²⁵⁰². Des arguments solides remettent alors en question l'impossibilité de justifier une mesure spécifiquement applicable par une exigence impérative. La conséquence serait de soumettre à un régime similaire les mesures spécifiquement et indistinctement applicables dont le caractère ou l'effet protecteur est établi.

2. Le décloisonnement du régime juridique des mesures spécifiquement et indistinctement applicables restrictives des échanges

La distinction de régime entre les mesures spécifiquement et indistinctement applicables n'est pas satisfaisante. Le non-respect de cette distinction par la Cour démontre la difficulté de la mettre en œuvre, mais aussi la nécessité de procéder au décloisonnement de ce régime juridique.

L'avocat général JACOBS a milité en faveur de ce décloisonnement dans l'affaire *PreussenElektra*, à propos de la protection de l'environnement. En l'espèce, on se demande si une obligation imposée aux entreprises d'approvisionnement en électricité, d'acheter de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans la zone d'approvisionnement respective de chaque entreprise concernée, est compatible avec la libre

²⁵⁰⁰ CJCE, 28.4.1998, *R. Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, pt 35 (la mesure, spécifiquement applicable aux personnes qui souhaite exercer leur droit à la libre circulation, constitue une entrave) et pts 41 et 42 (la mesure litigieuse ne permet pas de remplir l'objectif tiré d'un risque d'atteinte à l'équilibre financier du système de sécurité sociale). L'arrêt *Kohll* est également cité in L. PRETE, art. préc. note 2497, p. 153.

²⁵⁰¹ CJCE, 29.4.1999, *E. Ciola c. Land Vorarlberg*, C-224/97, *Rec.*, p. I-2517, pts 14 et 16.

circulation des marchandises. L'avocat général estime « *souhaitable que même des mesures directement discriminatoires soient parfois justifiées par des raisons de protection de l'environnement* »²⁵⁰³, notamment parce que « *les mesures nationales pour la protection de l'environnement sont de manière inhérente susceptible d'opérer une différenciation sur la base de la nature et de l'origine de la cause du dommage [environnemental]* »²⁵⁰⁴. Alors que l'avocat général attendait une clarification de la jurisprudence sur ce point, la Cour de justice élude à nouveau la question de savoir si la mesure est discriminatoire ou indistinctement applicable²⁵⁰⁵, tout en identifiant une entrave explicite aux importations d'électricité²⁵⁰⁶. La CJCE réfléchit alors à la question de savoir si « *l'obligation d'achat [litigieuse] est néanmoins compatible avec l'article [28]* », ce qui montre qu'elle se situe implicitement dans le cadre de l'application de la théorie des exigences impératives²⁵⁰⁷, sans que le caractère indistinctement applicable de la règle en question ne soit démontré.

La Cour juge notamment que « *l'utilisation de sources d'énergie renouvelables pour la production d'électricité, que vise à promouvoir [la mesure litigieuse] est utile à la protection de l'environnement* »²⁵⁰⁸. Curieusement, la Cour de justice énonce que « *cette politique vise également la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux* »²⁵⁰⁹, objectif tiré de l'article 30 TCE (devenu 36 TFUE), alors que la Cour répond à la question de savoir si la mesure est compatible avec l'article 28. Cette décision appréhende donc globalement, mais de manière confuse, la restriction litigieuse. Il convient en outre de remarquer que la réglementation n'est pas soumise au test de proportionnalité. La CJCE ne livre pas de réponse à la question de savoir si une mesure moins restrictive des échanges n'aurait pas permis d'atteindre le même résultat. Or, la réglementation en cause s'oppose aussi à ce qu'une entreprise située sur une zone frontalière

²⁵⁰² V. *supra* Partie 1, Titre 1, Ch. 1, Section 2, II, A.

²⁵⁰³ Concl. av. gén. F. JACOBS présentées pour l'arrêt *PreussenElektra*, préc. note 2491, pt 226. V. les références à la jurisprudence antérieure pt 227.

²⁵⁰⁴ *Idem*, pt 233.

²⁵⁰⁵ Arrêt *PreussenElektra*, préc. note 2491, pt 71.

²⁵⁰⁶ *Idem*, pt 70 : « l'obligation faite à des opérateurs économiques d'un État membre de s'approvisionner en un produit déterminé, à concurrence d'un certain pourcentage, auprès d'un fournisseur national limite d'autant les possibilités d'importation de ce même produit en empêchant ces opérateurs de s'approvisionner pour une partie de leurs besoins auprès d'opérateurs situés dans d'autres États membres ». La législation est « manifestement discriminatoire » selon P. OLIVER, ouvrage préc. note 2490, § 8.09, p. 220.

²⁵⁰⁷ En ce sens, v. L. IDOT, *in* note sous arrêt *PreussenElektra*, *Europe*, 5.2001, comm. 182, p. 26.

²⁵⁰⁸ Arrêt *PreussenElektra*, préc. note 2491, pt 73, en réf. aux conventions internationales pertinentes (pt 74).

²⁵⁰⁹ *Idem*, pt 75.

se fournisse en électricité produite à partir d'énergies renouvelables dans l'État membre immédiatement voisin.

Il semble donc raisonnable qu'une mesure spécifiquement applicable puisse être justifiée par une exigence impérative d'intérêt général, à condition que le test de proportionnalité soit correctement appliqué. Rien ne s'oppose, au vu de la jurisprudence aléatoire de la Cour de justice, à ce que la « méthode » *Cassis* soit explicitement appliquée aux mesures discriminatoires. De plus, comme le remarque Peter OLIVER, la protection de la propriété intellectuelle est un moyen énuméré à l'article 30 TCE, alors qu'elle constitue une exigence impérative dans le cadre de la libre prestation des services²⁵¹⁰. L'abandon de la différence de régime juridique dont les mesures discriminatoires et indistinctement applicables font l'objet permettrait alors au droit de la libre circulation de gagner en cohérence.

Or, la convergence des libertés de circulation, par le biais de la caractérisation des restrictions en fonction de l'effet des réglementations nationales sur l'accès au marché de l'opérateur qui fait usage de l'une de ces libertés, souligne la nécessité d'une globalisation du régime juridique des entraves à la libre circulation.

B. L'incidence de l'utilisation du critère de l'accès au marché sur la globalisation du régime juridique des restrictions étatiques aux échanges

L'opportunité de distinguer le régime juridique des mesures nationales en fonction de leur application distincte ou indistincte aux produits ou services importés est fortement remise en question dans la doctrine²⁵¹¹. L'analyse des réglementations nationales litigieuses en fonction de leurs effets sur l'accès au marché des opérateurs qui font usage d'une liberté de circulation le corrobore. Luca PRETE estime à cet égard qu'« *il devient non pertinent de savoir si les réglementations sont ouvertement discriminatoires ou non* ». Dès lors, « *puisque la raison*

²⁵¹⁰ OLIVER P., ouvrage préc. note 2490, p. 218, à un endroit où l'auteur explique en quoi la convergence des libertés implique un abandon de la différence de régime dont font l'objet les mesures distinctement et indistinctement applicables.

²⁵¹¹ V. not. P. OLIVER, ouvrage préc. note 2490, p. 218, qui recense les représentants des deux théories opposées mais qui défend cette globalisation. V. aussi J.H.H. WEILER, in « The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods », in CRAIG P. et de BÚRCA G. (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, ch. 10, p. 349, sp. 366 : « le test matériel de la violation de l'article [28] est le besoin pour un État membre d'entrer dans un tribunal et de défendre que ses actions sont justifiées au regard des cerceaux (*sic*) doctrinaux de *Cassis* : une politique légitime, l'absence d'harmonisation existante, la proportionnalité, *etc*. Si un État membre doit se justifier de cette manière, l'article [28] a été violé substantiellement. (...) [S]i un État membre a une bonne raison d'imposer une mesure distinctement applicable (...), pourquoi pourrait-il se référer aux justifications listées à l'article [30] mais pas à celles qui dérivent de l'arrêt *Cassis* et de sa progéniture (*sic*) ? » (notre traduction).

d'être des mesures spécifiquement ou indistinctement applicables n'est pas différente en tant que telle, la distinction entre les exigences impératives et les justifications tirées de l'article 30 TCE devient vide de sens »²⁵¹². Il convient à la fois d'étayer et de nuancer quelque peu cette opinion, en se demandant quels sont les liens théoriques entre une globalisation du régime juridique de l'entrave et l'utilisation correcte du critère de l'accès au marché (1). On pourra ensuite justifier cet argument en examinant l'application d'un régime juridique globalisé des entraves étatiques à l'accès au marché (2).

1. La globalisation du régime juridique de l'entrave aux échanges, résultat d'une utilisation correcte du critère de l'accès au marché

La globalisation du régime juridique des entraves à la libre circulation nous semble constituer le résultat d'une utilisation correcte du critère de l'accès au marché. Toutefois, elle ne doit pas aller dans le sens de l'abandon de la distinction entre les mesures qui ont pour objet de restreindre les échanges et celles qui en ont seulement l'effet. En effet, il reste un intérêt à différencier ces deux types de mesures. Lorsqu'une mesure est explicitement discriminatoire, l'intention protectionniste de l'État membre est avérée et n'appelle pas d'analyse très détaillée. Au contraire, la question de savoir si une réglementation en apparence indistinctement applicable a un impact négatif sur l'opérateur qui circule (ou qui souhaite circuler) nécessite une délimitation du marché pertinent et, à tout le moins, une analyse des conditions des échanges sur le marché. Ainsi, l'analyse axée sur les effets concerne surtout les mesures qui sont indistinctement applicables, puisque l'effet d'une mesure explicitement discriminatoire sur les échanges est évident.

Il convient d'acquiescer aux grandes lignes du principe défendu par Luca PRETE, dans la mesure où l'analyse de l'effet d'une mesure sur le marché revient à identifier une volonté de l'État membre de protéger son marché national de la concurrence étrangère. Il paraît en effet incohérent que les mesures indistinctement applicables puissent être justifiées par davantage de moyens, si leur effet néfaste sur le marché est démontré. Or, l'application traditionnelle de la théorie des exigences impératives vise très souvent des mesures qui sont « susceptibles » de restreindre les échanges. En matière de libre circulation des marchandises, le juge remarque de manière récurrente que de telles réglementations constituent « en principe » une mesure d'effet équivalent. Cependant, dans la mesure où le critère de l'accès au marché conduit à une

²⁵¹² PRETE L., art. préc. note 2497, p. 153, notre traduction.

qualification plus élaborée de l'entrave, l'effet protectionniste d'une réglementation litigieuse ressort d'une telle analyse ; le test de la justification ne s'opère que si la restriction est démontrée. Ainsi, la protection du marché national peut ressortir aussi bien de l'application d'une mesure en apparence neutre que de l'énoncé d'une mesure discriminatoire. Le fait que le législateur ait été plus adroit ne signifie pas que son intention soit différente... Une qualification plus élaborée de la restriction ne justifie dès lors plus que les mesures en apparence neutres bénéficient à elles seules d'un régime juridique de justification plus ouvert.

Il est clair en tout cas qu'un examen rigoureux des réglementations au moment de les qualifier de restriction, doublé d'une utilisation du contrôle juridictionnel de proportionnalité, limite certainement l'opportunité de maintenir ces nuances dans le régime juridique des entraves publiques à l'accès au marché. Le but est donc de pouvoir justifier l'ensemble des restrictions étatiques aux libertés de circulation par des exigences impératives d'intérêt général, à condition qu'elles remplissent le test de la proportionnalité. Une lecture orthodoxe de la jurisprudence remettrait certes en cause l'emploi du terme « justifier », puisqu'une mesure indistinctement applicable répondant à une exigence impérative ne constitue pas en théorie une mesure d'effet équivalent et est exclue du champ d'application de l'article 28 ; ce raisonnement peut être repris par analogie pour les restrictions aux autres libertés. Ceci relève à notre avis de la fiction juridique : seule une réglementation nationale qui n'entraîne pas de restriction des échanges à l'avantage de la production nationale est exclue du champ d'application des dispositions pertinentes du Traité.

Les tempéraments apportés par la CJCE au cloisonnement entre les mesures discriminatoires et indistinctement applicables le confirment : l'utilisation du critère de l'accès au marché conduit à la possibilité de justifier l'ensemble de ces mesures par les mêmes objectifs d'intérêt général.

2. L'application du régime juridique globalisé des restrictions étatiques à l'accès au marché

D'aucuns pourraient estimer que la Cour de justice applique d'ores et déjà un régime juridique global en matière de restriction étatique à l'accès au marché. Les jurisprudences à partir desquelles un tel constat peut être formulé viennent alors contrebalancer l'argument

principal à la globalisation de ce régime juridique, qui réside dans la nécessité de soumettre les mesures discriminatoires à un champ de justification limité²⁵¹³.

L'arrêt *TK-Heimdienst* souligne en effet l'opportunité de lever le cloisonnement entre les mesures indistinctement applicables et discriminatoires. En l'espèce, la mesure litigieuse n'est pas explicitement discriminatoire. Seule une analyse de ses effets montre que la réglementation gêne davantage les produits importés. Même si la mesure n'est pas discriminatoire *de jure*, la CJCE rappelle qu'une entrave à la libre circulation des marchandises ne peut être justifiée par des objectifs de nature purement économique, argument qui est principalement énoncé dans le cadre des mesures discriminatoires²⁵¹⁴. Implicitement, la théorie des exigences impératives est appliquée. En effet, un objectif qui ne figure pas dans l'article 30 TCE est utilisé. Pourtant, les produits nationaux sont protégés par la réglementation, de sorte que la mesure indistinctement applicable est matériellement discriminatoire. Si on n'admet pas le principe selon lequel une mesure dont les effets sont discriminatoires peut être justifiée par une exigence impérative, la décision relève du confusionnisme.

De même, on remarque que la Cour de justice permet dans l'arrêt *De Agostini* qu'une mesure qui n'affecte pas de la même manière, en droit, les produits nationaux et importés soit justifiée par une exigence impérative²⁵¹⁵. Ceci revient à permettre de justifier une mesure d'application discriminatoire par une exigence impérative.

A priori, la globalisation du régime juridique des entraves aux échanges telle qu'entendue ici a une influence limitée aux motifs qui peuvent être avancés par les États membres, et non pas sur le contrôle de proportionnalité lui-même. Il est avéré que le contrôle de proportionnalité

²⁵¹³ V. en ce sens, O'KEEFFE D. et BAVASSO A. F. (dir.), *Judicial Review in European Union Law*, Mél. Lord Slynn of Hadley, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 2000, p. 541, sp. 553, où les auteurs estiment que considérer les exigences impératives comme des justifications additionnelles aurait « des conséquences indésirables ». Selon eux, cela « annihilerait l'effet que la présence d'une discrimination continue d'avoir, à savoir l'exclusion d'un champ plus large de justification en dehors de celle expressément listées à l'article 30 », notre traduction. Or, selon nous, une restriction étatique à l'accès au marché au sens du traité comporte nécessairement une forme de discrimination économique (un effet protecteur du marché national).

²⁵¹⁴ CJCE, 13.1.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, C-254/98, *Rec.*, p. I-131, pt 33. Cette question est développée in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II.

²⁵¹⁵ CJCE, 9.7.1997, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini (Svenska) Förlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34 à 36/95, *Rec.*, p. I-3843, pt 28. Selon P. OLIVER, in art. préc. note 2497, p. 805, « dans l'arrêt *De Agostini*, la Cour semble renverser sa position traditionnelle, quoique tacitement, en examinant si une mesure qui discrimine les importations peut être néanmoins justifiée par une exigence impérative » (notre traduction).

doit « être strict lorsqu'on est en présence d'une mesure discriminatoire »²⁵¹⁶. Or, l'utilisation correcte du critère de l'accès au marché permet de démontrer économiquement un effet protecteur des réglementations litigieuses. Cet effet peut être considéré comme aussi nocif, d'un point de vue économique, que la protection du marché qu'implique une mesure discriminatoire. Dès lors, les nuances observées entre un contrôle renforcé ou restreint de proportionnalité, suivant que la réglementation est indistinctement applicable ou discriminatoire, méritent d'être relativisées. D'un point de vue juridique, il nous semble pertinent d'apprécier aussi sévèrement une mesure indistinctement applicable qu'une mesure discriminatoire, puisque l'examen économique d'une législation indistinctement applicable vise à identifier un effet protecteur.

On remarque, en outre, qu'une globalisation du régime juridique de l'entrave faciliterait la compréhension du régime étatique des entraves à la libre circulation. L'application d'un régime juridique globalisé des restrictions étatiques aux échanges impliquerait alors une modification des dispositions pertinentes du Traité²⁵¹⁷. Le plus simple serait alors d'ajouter l'adverbe « notamment » à chaque article qui mentionne les exceptions aux libertés de circulation²⁵¹⁸.

Ainsi, l'analyse économique des entraves à l'accès au marché en droit de la libre circulation a une forte influence sur leur régime juridique dans la mesure où elle tend à l'unification et la simplification de celui-ci. On peut alors approfondir le raisonnement en se demandant dans quelle mesure les considérations liées à l'efficacité économique peuvent faire échapper une mesure nationale à la qualification de restriction aux échanges, voire contribuer à la justification d'une telle restriction. La convergence entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence serait alors entière.

²⁵¹⁶ Concl. av. gén. P. LÉGER présentées pour l'arrêt CJCE, 11.8.1995, *G. H. E. J. Wielockx c. Inspecteur der directe belastingen*, C-80/94, *Rec.*, p. I-2493, pt 38. V. concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, préc. note 2482, pt 87 : « l'impact discriminatoire de cette réglementation, du fait que les honoraires minimaux sont calculés par rapport aux conditions matérielles dans lesquelles se trouvent les avocats nationaux et en tenant compte de la participation essentielle pour l'élaboration de cette mesure du CNF, impose une obligation de justification renforcée ».

²⁵¹⁷ Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne modifie les dispositions du TCE sur ce point.

²⁵¹⁸ Ceci éviterait au constituant de se demander quels autres motifs pourraient être inscrits et laisserait au juge la faculté de découvrir de nouveaux motifs en fonction des suggestions formulées par les États membres.

II. Les enjeux de la prise en considération de l'efficacité économique d'une mesure nationale en droit de la libre circulation

La question de l'impact d'une législation litigieuse en droit de la libre circulation sur l'amélioration de l'efficacité économique peut être envisagée sous deux angles. D'abord, on peut se demander dans quelle mesure l'efficacité économique entre en ligne de compte dans l'opération de qualification d'une entrave étatique à l'accès au marché au sens du Traité. Il s'agirait de ne pas qualifier une entrave apparente à la libre circulation en ce qu'elle améliore l'efficacité économique. Dans la mesure où l'efficacité économique est d'intérêt général²⁵¹⁹, il convient ensuite de nous demander s'il serait raisonnable qu'une restriction à la libre circulation soit justifiée pour des raisons liées à l'efficacité économique. Il s'agirait de mener une interprétation dynamique de la théorie des exigences impérieuses d'intérêt général en considérant que des justifications d'ordre économique sont admissibles. Nous aurons à nous demander si une telle interprétation relève de l'extrapolation ou au contraire du pragmatisme.

Il convient au préalable de distinguer ces hypothèses de l'efficacité qui est utilisée comme critère dans le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges²⁵²⁰. Ces dernières peuvent en effet subsister si elles sont nécessaires pour atteindre efficacement l'objectif d'intérêt général qu'elles poursuivent²⁵²¹. Ceci est pertinent pour les motifs qui figurent dans le Traité, comme par exemple la protection de l'ordre public²⁵²² ou la protection de la santé et de la vie des personnes²⁵²³. L'appréciation de l'efficacité d'une mesure nationale pour atteindre l'objectif poursuivi ressort également des affaires dans lesquelles des exigences impératives d'intérêt général sont alléguées²⁵²⁴. Le caractère

²⁵¹⁹ V. ch. précédent, Section 2, I, A.

²⁵²⁰ Sur cette question, v. en particulier TINÇ M., *Le contrôle de proportionnalité des mesures restrictives des échanges*, thèse, Strasbourg, 2009.

²⁵²¹ V. CJCE, 11.5.1989, *Proc. pén. c. E. R. Wurmser Vve Bouchara e.a.*, 25-88, *Rec.*, p. 1105, pt 11: « pour qu'une règle nationale susceptible d'avoir un effet restrictif sur les importations puisse être justifiée en vertu de l'article [30] du traité ou au titre des exigences impératives (...), elle doit (...) être nécessaire aux fins d'une protection efficace de l'intérêt général visé ».

²⁵²² CJCE, 17.6.1987, *Commission c. Italie*, 154-85, *Rec.*, p. 2256, pt 14. Selon P. ICARD, *in Droit matériel et politiques communautaires*, Droit public et Sciences politiques, Eska, Paris, 1999, p. 187, « la multiplication des exigences pour l'immatriculation ne constitue pas nécessairement un moyen efficace pour détecter et réprimer le trafic des véhicules volés ».

²⁵²³ V. not. CJCE, 20.5.1976, *A. de Peijper*, 104-75, *Rec.*, p. 613, pt 16 ; CJCE, 16.6.1992, *Commission c. Luxembourg*, C-351/92, *Rec.*, p. I-3945, pts 13 et 22 ; CJCE, 11.7.2000, *Toolex Alpha*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, pt 40 ; CJCE, 11.12.2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et J. Waterval*, C-322/01, *Rec.*, p. I-14887, pt 104.

²⁵²⁴ Arrêt *Bosman*, préc. note 2368, pts 107 à 109. V. aussi à propos de la protection de l'environnement, CJCE, 14.7.1998, *Aher-Waggon GmbH*, C-389/96, *Rec.*, p. I-4473, pt 24 ; V. également, à propos d'exigences impérieuses relatives à l'aménagement du territoire, qui tendent à promouvoir le maintien d'une population permanente et d'une activité économique autonome par rapport au secteur touristique, CJCE, 1.6.1999, *K. Konle*

« *relativement inefficace* » d'une mesure nationale ne permet cependant pas de considérer qu'une telle norme est *de facto* disproportionnée à l'objectif poursuivi²⁵²⁵.

De même, notre propos se distingue de l'exigence impérieuse d'intérêt général tirée de l'efficacité des contrôles fiscaux²⁵²⁶, ainsi que de l'efficacité des contrôles pour la protection des consommateurs garantis par les régimes nationaux d'agrément²⁵²⁷.

Cette réflexion se situe principalement dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* des mesures nationales restrictives des échanges. Or, ceci implique que des considérations relatives à l'efficacité économique motivent certaines mesures nationales. Les réglementations²⁵²⁸ et administrations nationales²⁵²⁹ doivent respecter l'objectif consistant à atteindre une meilleure accessibilité des marchés nationaux, que sous-tend l'édification d'un marché intérieur. Le droit communautaire participe également à la prévention de la survenue des entraves à l'accès au marché²⁵³⁰. Des moyens peuvent donc être mis en œuvre en amont afin d'éviter la

c. Autriche, C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, pt 48 : « la déclaration préalable (...) constitu[e] un moyen de contrôle efficace et de nature à éviter que le bien concerné ne soit acquis comme résidence secondaire ».

²⁵²⁵ CJCE, 18.3.1980, *Proc. du Roi c. M. J.V.C. Debauve e.a.*, 52-79, *Rec.*, p. 833, pt 22.

²⁵²⁶ CJCE, 20.2.1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, 120-78, *Rec.*, p. 649, pt 8, 2^e al. V. également CJCE, 15.3.1997, *Futura Participations SA et Singer c. Administration des contributions*, C-250/95, *Rec.*, p. I-2471, pt 31 : « ainsi un État membre est-il autorisé à appliquer des mesures qui permettent la vérification, de façon claire et précise, du montant tant des revenus imposables dans cet État que des pertes susceptibles d'être reportées ».

²⁵²⁷ CJCE, 4.12.1986, *Commission c. Allemagne*, 205-84, *Rec.*, p. 3755, pts 36 et 46, relatif à la libre prestation des services d'assurance.

²⁵²⁸ CJCE, 21.6.1974, *J. Reyners c. Belgique*, 2-74, *Rec.*, p. 631, pt 21 : « dans le système du chapitre relatif au droit d'établissement, le « programme général » et les directives prévus par le traité sont destinés à accomplir deux fonctions, la première étant d'éliminer, au cours de la période de transition, les obstacles qui s'opposaient à la réalisation de la liberté d'établissement, la seconde consistant à introduire, dans la législation des États membres, un ensemble de dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de cette liberté, en vue de favoriser l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées »

²⁵²⁹ L'exercice des libertés ne peut être soumis à la discrétion de l'administration. En ce sens, v. concl. av. gén. D. COLOMER présentées pour l'arrêt *Commission c. Luxembourg*, C-445/03, préc. note 2542, pt 31. V. aussi CJCE, 19.1.2006, *Commission c. Allemagne*, C-244/04, *Rec.*, p. I-885, pt 34 et les arrêts *Vander Elst* préc. note 2540 et *Commission c. Luxembourg*, C-445/03, préc. note 2542 en libre prestation des services. Ceci est également pertinent en libre circulation des capitaux. V. not. CJCE, 23.2.1995, *Proc. pén. c. A. Bordessa, e. a.*, C-358 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361, pt 27 ; CJCE, 14.12.1995, *Proc. pén. c. L. E. Sanz de Lera, e.a.*, C-163, C-165 et C-250/94, *Rec.*, p. I-4821, pt 28.

²⁵³⁰ Communication de la Commission, *Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle*, JO C 265 du 4.11.2003, p. 2 ; la Commission y propose notamment que les législations nationales insèrent une clause de reconnaissance mutuelle à l'art. 6.1. V. également Communication de la Commission, 5.10.2005, « Mettre en œuvre le programme de Lisbonne : un cadre politique pour renforcer l'industrie manufacturière de l'UE – vers une approche intégrée de la politique industrielle », - COM (2005) 474 final, et D. GERADIN et N. PETIT, « Mondialisation et droit communautaire », in MOURRE A. V. (dir.), *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 3, sp. 34 : « la Commission s'engage à encourager l'amélioration des environnements réglementaires afin de faciliter les investissements, l'accès au marché des entreprises, etc. ». Les auteurs s'intéressent aussi à la lutte contre les obstacles publics à la concurrence p. 24.

survenue d'entraves étatiques à une concurrence efficace entre opérateurs économiques nationaux et communautaires.

En aval, arguer de l'efficacité économique d'une mesure nationale afin de démontrer sa conformité au Traité, ou afin de justifier une restriction à la libre circulation, constituerait non pas une étape particulière du contrôle de proportionnalité, mais un nouveau motif à prendre en compte.

Il convient d'envisager la praticabilité d'un tel argument, au regard de la jurisprudence qui prend en considération les aspects concurrentiels au moment de l'appréciation d'une législation nationale²⁵³¹, mais aussi en ayant à l'esprit les apports de la jurisprudence qui permet aux entreprises d'invoquer des gains d'efficacité en droit de la concurrence. Ainsi, il est possible d'étudier la possibilité d'invoquer des raisons tirées de l'efficacité économique pour démontrer la légalité d'une mesure nationale au regard du droit de la libre circulation (A), ou pour justifier une mesure nationale restrictive de l'accès au marché (B).

A. La conformité d'une mesure nationale au droit de la libre circulation pour des raisons tirées de l'efficacité économique

Certaines réglementations sont qualifiées au regard des articles relatifs aux libertés de circulation en ce qu'elles gênent un accès efficace au marché. *A contrario*, nous pouvons nous demander dans quelle mesure une règle nationale peut ne pas être qualifiée au regard des articles du Traité relatifs à la libre circulation si cette règle n'a pas d'impact négatif sur la concurrence qui s'exerce ou qui pourrait s'exercer entre les opérateurs implantés dans d'autres États membres et les opérateurs nationaux (1). Il convient de réfléchir à la cohérence de cet argument d'un point de vue économique (2).

1. L'allégation de l'efficacité économique d'une mesure nationale lors de sa qualification de restriction à l'accès au marché

L'interprétation *a contrario* de certaines jurisprudences récentes de la Cour de justice permet de considérer que l'efficacité économique induite par une mesure nationale empêcherait de la qualifier au regard de l'un des articles du Traité relatifs à la libre circulation.

²⁵³¹ Ceci est développé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, I.

Dans l'arrêt *Cipolla*, notamment, l'accent est mis sur l'efficacité de la concurrence menée par un opérateur établi dans un autre État membre sur le marché italien de la prestation des services fournis par les avocats²⁵³². La CJCE reconnaît ici une protection du marché national en remarquant l'impact de la mesure sur les destinataires des services²⁵³³. Inversement, qualifier de restriction au sens du Traité une réglementation qui n'empêche pas un accès efficace des opérateurs étrangers paraît critiquable²⁵³⁴. Ce raisonnement peut être poursuivi de cette manière : il serait incohérent de qualifier une réglementation litigieuse au regard d'un article du Traité relatif à la libre circulation, s'il est démontré que cette mesure nationale permet aux opérateurs nationaux et opérateurs implantés dans d'autres États membres de se livrer une concurrence efficace sur le marché.

Il deviendrait alors possible d'arguer de l'efficacité économique de l'intervention de l'État sur le marché, dans l'objectif de démontrer qu'une mesure nationale respecte les règles du Traité relatives aux libertés de circulation. Si la mesure est efficace d'un point de vue économique, chaque opérateur économique, aussi bien du côté de l'offre que de la demande, pourrait en bénéficier. Cette mesure est susceptible de restreindre les échanges *prima facie*, mais elle ne peut aboutir à ce résultat négatif parce qu'elle intensifie la concurrence. Ceci peut conduire à un encouragement de ces échanges et, partant, à une amélioration de l'accès au marché des opérateurs économiques ressortissants d'autres États membres. Au final, l'efficacité économique d'une mesure nationale démontre que cette mesure n'entrave pas l'accès au marché d'une manière contraire au Traité.

Cette hypothèse ne s'est pas présentée dans la jurisprudence, mais le développement de la prise en considération des objectifs tirés du droit de la concurrence en droit de la libre circulation pourrait conduire les États membres à arguer des gains d'efficacité produits par une réglementation nationale. Cela semble cohérent non seulement d'un point de vue juridique mais également d'un point de vue économique.

²⁵³² Arrêt *Cipolla*, préc. note 2482, pt 59. V. également l'arrêt *Caixabank*, préc. note 2482, pt 13. Cet aspect est développé in Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 2, II, B, 2.

²⁵³³ *Idem*, pt 60 : « De même, l'interdiction ainsi prévue limite le choix des destinataires de services en Italie, car ces derniers ne peuvent pas recourir aux services d'avocats établis dans d'autres États membres qui offriraient en Italie leurs prestations à un prix moindre que celui résultant des honoraires minimaux fixés par le tarif ».

²⁵³⁴ On se réfère ici aux arrêts relatifs au travail dominical. V. aussi CJCE, 10.5.1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, C-384/93, *Rec.*, p. I-1141, pt 54. La réglementation est jugée proportionnée à l'objectif poursuivi, à savoir celui de restaurer et de préserver la confiance des investisseurs dans le marché national des valeurs mobilières. Néanmoins, les arguments formulés au moment de l'appréciation de ce motif justificatif

2. La cohérence économique et juridique de la possibilité d'admettre une mesure nationale pour des raisons d'efficacité économique

Il nous semble cohérent d'admettre une mesure nationale au regard des articles du Traité relatifs à la libre circulation pour des considérations liées à l'efficacité économique. En effet, l'État intervient en tant que régulateur des échanges sur le marché. Il reviendrait alors à l'État mis en cause de démontrer que la mesure litigieuse favorise ces échanges. Par analogie avec l'opinion formulée par Georges COSMAS à propos de l'article 81 §1 TCE, il s'agirait d'admettre qu'une réglementation n'enfreint pas le droit communautaire des libertés de circulation si « *elle est nécessaire (...) dans un (...) but légitime [consistant à] permettre au mécanisme du marché de fonctionner* »²⁵³⁵. Ainsi, un État membre pourrait démontrer que son intervention sur le marché, constitutive à première vue d'une restriction de la libre circulation, permet à la compétition qui oppose opérateurs nationaux et communautaires de devenir plus efficace.

Cette argumentation constituerait une sorte de contrepartie à la possibilité de sanctionner un État qui adopte une mesure susceptible d'encourager les entreprises à commettre des pratiques anticoncurrentielles²⁵³⁶. Ainsi, une intervention étatique qui fausse le jeu concurrentiel sur le marché est sanctionnée. Une règle litigieuse relève en effet du droit de la concurrence si « *la prise en compte des intérêts privés est telle qu'elle risque de transformer l'objectif prédominant de la mesure étatique, qui serait alors la protection de ces intérêts* »²⁵³⁷. Dès lors, on peut estimer que l'État ne peut adopter de mesures qui sont facteur d'inefficacité économique.

remettent en cause l'opportunité d'avoir qualifié de restriction la réglementation litigieuse. V. *supra* Partie 1, Titre 2, Ch. 2, Section 1, II, A, 2.

²⁵³⁵ Concl. av. gén. G. COSMAS présentées pour l'arrêt CJCE, 11.4.2000, *C. Deliège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL e.a.*, C-51/96 et C-191/97, *Rec.*, p. I-2549, pt 110.

²⁵³⁶ V. sur ce point les éléments qui figurent dans l'introduction, II. Les États membres doivent ainsi s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de priver d'effet utile les dispositions de concurrence du Traité, en vertu de leur obligation de coopération loyale (CJCE, 16.11.1977, *SA G.B.-INNO-B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, 13-77, *Rec.*, p. 2115, pt 31). L'arrêt CJCE, 17.11.1993, *proc. pén. c. W. W. Meng*, C-2/91, *Rec.*, p. I-5751 pts 14 à 21 (v. concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour cet arrêt, pts 8 et s, sur l'application l'article [81] à des mesures nationales) limite les hypothèses dans lesquelles un État peut être tenu responsable d'une infraction à l'article 81. V. aussi CJCE, 9.9.2004, *Carbonati Apuani Srl. c. Comune di Carrara*, C-72/03, *Rec.*, p. I-8027, pt 13 : le fait qu'une taxe « peut avoir une incidence sur le jeu de la libre concurrence » n'est pas suffisant pour que la Cour de justice réfléchisse à la question de savoir si la réglementation favorise les comportements anticoncurrentiels. L'allégation selon laquelle une mesure nationale favorise les comportements anticoncurrentiels doit donc être étayée par la juridiction nationale de renvoi. Sur cette question, v. not. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, ouvrage préc. note 2367, p. 11 et 147 et L. IDOT, « la notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel » in *L'ordre concurrentiel – Mél. A. Pirovano*, Éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 523, sp. p. 529-530.

²⁵³⁷ Concl. av. gén. M. MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, préc. note 2482, pt 33.

Nous proposons alors de transposer ce raisonnement au droit de la libre circulation, c'est-à-dire à l'hypothèse dans laquelle l'intervention de l'État n'est pas dictée par la protection d'intérêts privés. Selon ce point de vue, une mesure nationale qui affecte la libre circulation et, partant, le jeu de la concurrence entre opérateurs nationaux et communautaires, pourrait être admise au regard des règles du Traité relatives à la libre circulation si elle permet à la concurrence livrée sur le marché de devenir plus efficace.

Cette hypothèse suppose ainsi que l'intervention réglementaire de l'État sur le marché puisse favoriser l'efficacité économique. Or, selon Michel RAINELLI,

« les analyses du marché et donc de la concurrence ne peuvent se ramener à la vision naïve du marché autorégulateur. Les caractéristiques de certains marchés, les arrangements institutionnels construits par les firmes conduisent à considérer que l'introduction de la concurrence ne permet pas d'admettre comme une évidence que le retrait de l'intervention publique améliore la situation générale de l'économie »²⁵³⁸.

Ainsi, l'intervention publique sur un marché peut améliorer la situation de l'économie, mais pas seulement dans les secteurs récemment ouverts à la concurrence. Cet argument pourrait donc être avancé au moment du contrôle de légalité des mesures nationales au regard des articles du traité interdisant les restrictions à la libre circulation, ces mesures comprenant au premier chef les législations affectant les échanges.

Une telle argumentation serait donc pertinente au moment de la qualification d'une réglementation de restriction aux échanges. On peut également se demander dans quelle mesure des raisons tirées de l'efficacité économique pourraient justifier une mesure nationale restrictive des échanges.

B. La justification d'une mesure nationale restrictive de la libre circulation pour des raisons tirées de l'efficacité économique

À l'image de ce qui s'observe en matière d'exemption d'un accord restrictif de la concurrence, arguer de l'efficacité économique d'une mesure nationale restrictive des échanges afin de la justifier paraît inapproprié. En effet, une mesure nationale ne peut à la fois fausser le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux et favoriser les échanges sur le marché. Admettre une telle mesure en ce qu'elle stimulerait l'efficacité

économique implique alors de dépasser la protection du marché national que cette mesure induit.

Nous n'occultons pas ici les réticences qui sont déjà apparues dans la jurisprudence quant à cette idée. En effet, selon la Cour de justice, l'intérêt consistant à renforcer la structure concurrentielle du marché intérieur ne constitue pas une exigence impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre circulation des capitaux²⁵³⁹.

L'obstacle est cependant franchissable, si l'on se réfère à la jurisprudence précédemment étudiée dans le cadre du droit de la concurrence. Il est théoriquement possible pour une entreprise qui est suspectée de mener une pratique anticoncurrentielle d'arguer de l'efficacité économique de son comportement. Un accord qui serait à première vue restrictif de la concurrence peut être exempté en ce qu'il stimule la concurrence. En droit de la libre circulation, dans la mesure où l'efficacité économique d'une mesure pourrait être avancée afin d'éviter sa qualification de restriction au sens du Traité, nous proposons qu'une mesure restrictive pourrait être justifiée en ce qu'elle profite *in fine* à l'ensemble des opérateurs économiques présents sur le marché, consommateurs inclus.

La jurisprudence relative à libre circulation démontre d'abord que la Cour de justice ne s'oppose pas à la prise en compte d'aspects liés à la concurrence au moment de la justification d'une entrave étatique. À l'image des raisons d'intérêt général qui sont invoquées dans le cadre de l'article 81 §3 TCE, il convient d'admettre que les États puissent justifier une entrave à la libre circulation en combinant des raisons liées à l'efficacité économique à des considérations de politiques publiques (1). Néanmoins, il convient de s'assurer que l'adoption d'une mesure nationale ainsi justifiée ne favorise pas un retour au protectionnisme qui, particulièrement en cette période de crise systémique, serait à la fois contraire à l'esprit du droit communautaire et facteur d'inefficacité économique (2).

1. Les fondements jurisprudentiels de la possibilité de justifier une mesure nationale restrictive de la libre circulation par des raisons tirées de l'efficacité économique

²⁵³⁸ RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel, approche d'un économiste », in *Mél. A. Pirovano*, préc. note 2536, p. 13, sp. 21-22.

²⁵³⁹ CJCE, 2.6.2005, *Commission c. Italie*, C-174/04, *Rec.*, p. I-4933, pt 37, en réf. à CJCE, 5.6.2002, *Commission c. Portugal*, C-367/98, *Rec.*, p. I-4731 pt 52 (la Cour rappelle ici que « des motifs de nature économique ne sauraient servir de justification à des entraves prohibées par le traité »).

Les fondements jurisprudentiels de cette nouvelle possibilité sont de deux ordres. D'abord, la Cour de justice se réfère à l'altération de la concurrence au moment de la justification d'une entrave litigieuse. Ensuite, des considérations relatives à l'efficacité économique ressortent de jurisprudences plus récentes.

Pour ce qui concerne la prise en considération de l'altération des conditions de la concurrence, il convient de mentionner l'arrêt *Vander Elst*, qui a opposé un entrepreneur belge à l'office français des immigrations, à propos de l'exécution d'une prestation de service en France qui avait nécessité le déplacement de salariés marocains régulièrement employés en Belgique. Certes, l'exigence d'une autorisation de travail est d'abord considérée comme allant « *au-delà de ce qui peut être exigé comme condition nécessaire pour effectuer des prestations de services* »²⁵⁴⁰. La Cour de justice s'assure néanmoins que la non-application de l'exigence litigieuse « *est de toute façon de nature à exclure des risques appréciables d'exploitation des travailleurs et d'altération de la concurrence entre les entreprises* » au vu de l'application du régime belge pertinent, qui gouverne l'ensemble des relations entre l'employeurs et ses salariés²⁵⁴¹. La CJCE contrôle ici les conditions de concurrence entre entreprises nationales et étrangères, lors de l'exécution d'une prestation des services d'une durée d'un mois. La même observation peut être formulée à propos d'un manquement prononcé à l'encontre du Luxembourg. En l'espèce, le risque d'altération de la concurrence est assimilé à la crainte du dumping social²⁵⁴². La promotion de l'égalité dans la concurrence entre entreprises européennes sur le plan social ne doit pas occulter la nécessité pour l'État membre de reconnaître le niveau de protection sociale auquel sont soumises, dans leur État membre d'origine, les entreprises qui profitent des libertés offertes dans le Traité²⁵⁴³. La prise en compte des risques d'altération de la concurrence est ici étroitement liée aux questions

²⁵⁴⁰ CJCE, 9.8.1994, *R. Vander Elst c. Office des migrations internationales*, C-43/93, *Rec.*, p. I-3803, pt 22.

²⁵⁴¹ *Idem*, pt 25.

²⁵⁴² CJCE, 21.10.2004, *Commission c. Luxembourg*, C-445/03, *Rec.*, p. I-10191, pt 28 : « le gouvernement luxembourgeois invoque la nécessité de veiller au respect de la réglementation nationale en matière, notamment, de salaire minimal, de sécurité sur le lieu de travail et de durée du contrat de travail, afin de garantir la protection sociale des travailleurs détachés sur son territoire ainsi que l'égalité des conditions de concurrence, sur le plan social, entre les entreprises établies au Luxembourg et celles établies à l'étranger. En particulier, l'exigence, dans le cas d'une demande d'autorisation de travail collective, de contrats de travail à durée indéterminée liant depuis six mois au moins les travailleurs concernés à leur entreprise d'origine, vise, selon ce gouvernement, à écarter les risques d'exploitation abusive, par des contrats précaires et mal rémunérés, de la main d'œuvre en provenance d'États tiers ainsi que les dangers d'altération de la concurrence par des pratiques de dumping social »

²⁵⁴³ *Idem*, pt 35.

sociales. Il ne s'agit cependant pas de promouvoir l'efficacité économique des échanges économiques²⁵⁴⁴.

L'arrêt *Familiapress* est à cet égard riche d'enseignement. Il témoigne de la prise en considération de l'incidence de la mesure nationale non seulement sur l'importation des produits, mais aussi sur la concurrence qui s'exerce entre entreprises nationales et étrangères de presse (même s'il eût été plus cohérent de procéder à une analyse du marché lors de la qualification de la mesure litigieuse)²⁵⁴⁵. La Cour de justice a apprécié l'efficacité économique de la mesure, en envisageant de quelle manière elle profite aux consommateurs et aux entreprises de presse (fussent-elles essentiellement nationales).

Le volet de l'arrêt *Caixabank* dans lequel la Cour de justice apprécie les motifs avancés par le gouvernement français pour justifier l'interdiction de la rémunération des comptes à vue, démontre également qu'une analyse du marché est menée. La Cour de justice envisage en effet quelles offres pourraient être proposées au consommateur afin d'éviter une augmentation des coûts de service bancaires et de satisfaire ainsi l'objectif de protection des consommateurs²⁵⁴⁶.

Il ressort aussi de l'arrêt *Cipolla* qu'un État peut réussir à démontrer qu'une mesure restrictive de la libre circulation est justifiée par la nécessité de limiter la concurrence sur le marché. En effet, en raison d'« une asymétrie de l'information » entre les avocats et les « clients-consommateurs », le juge national de renvoi doit « tenir compte des particularités propres [du] marché [et des] services en cause »²⁵⁴⁷. L'analyse précise du marché est alors nécessaire pour apprécier la justification de réglementations qui organisent l'échange économique. La Cour de justice procède ici à une analyse économique du marché au moment d'apprécier la justification de la restriction.

²⁵⁴⁴ V. aussi Partie 2, Titre 1, Ch. 1, Section 1, I, B, 2.

²⁵⁴⁵ CJCE, 26.6.1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, analysé in Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 2, I, A, 2.

²⁵⁴⁶ Arrêt *Caixabank*, préc. note 2482, pt 22 : « même à supposer que la levée de l'interdiction de rémunération des comptes de dépôts à vue entraîne inévitablement pour le consommateur une augmentation du coût des services bancaires de base ou la facturation des chèques, il pourrait notamment être envisagé de permettre au consommateur d'opter soit pour un compte de dépôts à vue non rémunéré et le maintien de la gratuité de certains services bancaires de base, soit pour un compte de dépôts à vue rémunéré et la faculté pour l'établissement de crédit de faire payer des services bancaires fournis jusqu'alors à titre gratuit, telle l'émission des chèques ».

²⁵⁴⁷ Arrêt *Cipolla*, préc. note 2482, pt 68, la Cour se référant au rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales figurant dans la communication de la Commission, du 9.2.2004, COM(2004) 83 final, p. 13.

Or, le caractère complémentaire des libertés de circulation et de la libre concurrence corrobore l'intérêt d'arguer de l'efficacité économique comme motif d'une restriction étatique à la libre circulation.

D'abord, une entrave à la libre circulation des travailleurs qui est proportionnée à l'objectif poursuivi, en l'espèce celui d'assurer la régularité des compétitions sportives, est un élément favorable à l'appréciation de la compatibilité d'une réglementation sportive avec l'article 81 TCE²⁵⁴⁸. La jurisprudence relative aux droits exclusifs témoigne ensuite de cette complémentarité, dans la mesure où l'octroi de tels droits peut être apprécié au regard notamment de règles relatives à la libre prestation des services et, partant, de raisons impérieuses d'intérêt général reconnues dans ce domaine²⁵⁴⁹.

La similarité des motifs pour lesquels une restriction à la concurrence ou à la libre circulation peut être justifiée rend alors pertinente une argumentation axée sur l'amélioration de l'efficacité économique afin de justifier le maintien d'une restriction étatique à l'accès au marché. À l'image des motifs qui peuvent être invoqués pour l'octroi de droits exclusifs, un État arguerait de la conformité de l'adoption d'une réglementation nationale restrictive de la libre circulation en ce qu'elle intensifie la concurrence entre les opérateurs économiques. Par analogie avec l'article 86 §1 TCE – même si l'obligation de coopération loyale qui pèse sur les États membres le signifie implicitement –, on pourrait défendre l'idée selon laquelle les États membres, en ce qui concerne les libertés de circulation, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité. Par extension, une mesure nationale restrictive de la libre circulation qui stimulerait la concurrence entre opérateurs économiques serait admise²⁵⁵⁰. Il convient cependant de réfléchir à la praticabilité d'un tel argument.

²⁵⁴⁸ Concl. av. gén. S. ALBER, présentées pour l'arrêt CJCE, 13.4.2000, *J. Lehtonen e.a. c. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, C-176/96, *Rec.*, p. I-2681, à propos d'une réglementation de cette fédération qui entravait la circulation des joueurs de baskets, justifiée par l'objectif d'assurer la régularité des compétitions sportives, pt 108 : « Dans la mesure où les délais de transferts qui sont ici en cause n'impliquent pas une entrave disproportionnée à la libre circulation des travailleurs, ils garantissent le caractère comparable des résultats des matches au cours d'une saison. Cet objectif revêt une importance pour la concurrence entre les clubs, qui consiste à accroître le caractère attractif de leurs matches. C'est pourquoi les délais de transferts sont compatibles, dans cette mesure, avec l'article [81] du traité CE, tout en étant compatibles, avec la libre circulation des travailleurs ».

²⁵⁴⁹ CJCE, 25.7.1991, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069, pt 35.

²⁵⁵⁰ Selon P. ICARD, ouvrage préc. note 2522, p. 187, « les matières susceptibles de bénéficier de l'exception de l'article [30], ne sont pas affranchies des autres règles du traité qui peuvent toujours trouver à s'appliquer », l'auteur se référant à l'arrêt *Consten*, préc. note 2440. L'approche développée ici se nourrit de ce type de considérations.

La jurisprudence relative à l'article 86 TCE peut à cet égard se révéler utile. Même si l'efficacité économique des monopoles mis en cause ne peut en tant que telle être critiquée²⁵⁵¹, le juge ne condamne l'octroi de droits exclusifs que si l'entreprise chargée de la mission d'intérêt économique général « *n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché* »²⁵⁵². Dans quelle mesure un État pourrait-il arguer qu'une restriction à la libre circulation viserait *in fine* à satisfaire la demande sur le marché ?

Un État peut interdire, par exemple, la fabrication et la commercialisation de produits ne répondant pas à certaines normes environnementales strictes. La restriction à la libre circulation des marchandises serait évidente si aucun producteur n'est implanté sur le territoire national. La Cour de justice n'exclut cependant pas de pouvoir justifier, par une exigence impérative tenant à la protection de l'environnement, une mesure indistinctement applicable qui défavorise spécifiquement la commercialisation des produits importés. Le fait que la mesure en question soit efficace d'un point de vue économique pourrait favoriser la justification de la mesure. Du côté de l'offre, les producteurs seraient incités à proposer à la vente des produits sains. Cela stimulerait la recherche et l'innovation. Du côté de la demande, les consommateurs se tourneraient plus facilement vers de tels produits, s'ils sont à la fois nouveaux et protecteurs de l'environnement. Dans ce cas, des objectifs tirés de l'intérêt général se combindraient avec des considérations liées à l'efficacité économique²⁵⁵³. Évidemment, une telle mesure serait délicate à adopter s'il peut être démontré que la mesure favorise à court terme des produits nationaux de substitution. Il s'agirait dès lors d'expliquer que l'adoption de la mesure permet à un opérateur économique efficace de pénétrer le marché, de telle manière que l'ensemble des acteurs économiques en profitent.

Une restriction à la libre circulation pourrait alors être principalement justifiée par un objectif tiré de l'efficacité économique, à condition que la mesure litigieuse ne constitue pas une restriction déguisée aux échanges. Une mesure justifiée par un argument purement protectionniste ne peut en effet être maintenue.

²⁵⁵¹ Concl. av. gén. G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJCE, 19.5.1993, *Corbeau*, C-320/91, *Rec.*, p. I-2533, pt 16 : « les articles [86] et [82] ne sauraient constituer un moyen pour critiquer l'efficacité économique [des] monopole[s] nation[aux]. Si un monopole répond à des justifications objectives – comme dans le cas du monopole postal de base – peu importe [...] que son exploitation soit plus ou moins efficace ; de toute façon, il devra être considéré comme conforme au traité, tandis qu'il incombera à l'autorité nationale de mettre tout en œuvre pour améliorer la qualité des services fournis ».

2. L'efficacité économique d'une mesure de protection temporaire du marché ?

Il est essentiel de veiller à ce qu'une argumentation centrée sur l'efficacité économique d'une mesure nationale ne vise pas à déguiser une mesure protectionniste. En effet, le protectionnisme s'oppose au libre-échange²⁵⁵⁴. Dans le cadre des relations économiques internationales, le lancement des négociations ayant abouti à l'accord de l'OMC avait précisément pour objectif de « *repousser le protectionnisme par l'établissement d'un système commercial plus ouvert* »²⁵⁵⁵. Le protectionnisme constitue la limite principale à l'interventionnisme étatique dans une zone de libre-échange et *a fortiori* dans le cadre du marché intérieur.

Pourtant, le droit communautaire de la concurrence autorise certaines protections du marché en ce qu'elles peuvent améliorer l'efficacité économique. On peut alors réfléchir à la question de savoir si certaines protections temporaires du marché du fait d'un État membre ne seraient pas admissibles. Le mécanisme des aides d'État pourrait être utilisé pour adapter au droit public la possibilité pour les personnes privées de protéger temporairement de la concurrence un marché (a). Cependant, d'un point de vue juridique, une mesure strictement protectionniste est contraire au droit du marché intérieur. De plus, d'un point de vue économique, ce type de mesure ne semble pas efficace. Cela limite donc la complémentarité du droit de la libre circulation et de la concurrence sur ce point (b).

a. *La possibilité d'adopter une mesure étatique de protection temporaire du marché ?*

Le Traité autorise à certaines conditions l'octroi par les États membres de subventions aux entreprises. Il s'agit ici de réfléchir à la question de savoir si le mécanisme des aides d'État pourrait être utilisé pour protéger temporairement un marché national de la concurrence communautaire.

Notre propos s'inspire de l'appréciation positive dont font l'objet les accords qui permettent à un nouvel entrant de pénétrer le marché²⁵⁵⁶. Une protection territoriale peut aussi être mise en

²⁵⁵² CJCE, 23.4.1991, *K. Höfner et F. Elser c. Macrotron GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979, pt 31; CJCE, 11.12.1997, *Job Centre coop. arl.*, C-55/96, *Rec.*, p. I-7119, pt 35.

²⁵⁵³ V. Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 2, II, B, 2 et not. le jugement *Der Grüne Punkt*, T-289/01, préc. note 2467.

²⁵⁵⁴ V. pour le droit communautaire, les développements mentionnés in Partie 2, Titre 2, Ch. 1, Section 1, II, B, 2.

²⁵⁵⁵ GUEUYOU M.-L., « Les négociations commerciales multilatérales », in DAILLIER P., de LA PRADELLE G., GHÉRARI H. (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pédone, Paris, 2004, Chapitre 29, p. 355, sp. 359.

²⁵⁵⁶ V. *supra*, Section 1, I, B, 2.

place, par exception, en matière de distribution exclusive²⁵⁵⁷. Le droit de la concurrence accorde en effet de l'importance au caractère nouveau d'un produit et à la durée des restrictions contractuelles ; ces critères sont amenés à prendre de l'importance en droit de la libre circulation²⁵⁵⁸.

À la suite de l'ouvrage de Friedrich LIST, il convient d'examiner la possibilité de protéger temporairement le marché national afin de permettre l'éclosion de nouveaux produits ou services qui pourraient, à l'issue de cette période de protection, concurrencer efficacement les produits ou services similaires en provenance d'un autre État membre²⁵⁵⁹. Friedrich LIST étudie notamment « *la législation de douane en tant que moyen d'éducation industrielle* »²⁵⁶⁰. Selon cet auteur,

« les mesures de protection ne sont légitimes que dans le but d'aider et d'affermir l'industrie manufacturière du pays (...). La protection est accordée sous la forme, soit de la prohibition absolue de certains articles fabriqués, soit de droits réservés qui équivalent à peu près à la prohibition, soit enfin de droits modérés. Aucun de ces modes n'est absolument bon ou mauvais, et c'est la situation particulière de la nation et celle de son industrie qui indiquent lequel lui est applicable »²⁵⁶¹.

Friedrich LIST place sa réflexion au niveau du commerce international²⁵⁶². La protection de l'industrie naissante peut ainsi prendre la forme de droits de douanes élevés, d'une interdiction d'importation, ou de subventions²⁵⁶³. Sans chercher à appliquer pêle-mêle une

²⁵⁵⁷ V. *supra*, Section 1, II, A.

²⁵⁵⁸ La nouveauté d'un produit ou d'un service ou l'accès d'un nouvel opérateur au marché entre en ligne de compte not. *in* concl. av. gén. M. MADURO présentées l'arrêt CJCE, 14.9.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE e.a.*, C-158 et C-159/04, *Rec.*, p. I-8135, pt 38. V. aussi l'arrêt *Caixabank*, préc. note 2482. Dans ces cas, la délimitation du marché semble particulièrement nécessaire, v. Partie 2, Titre 1, Ch. 2, Section 1, II, A.

²⁵⁵⁹ On pourrait imaginer que cette théorie soit appliquée pour l'ensemble du marché intérieur, mais cette idée dépasse notre propos.

²⁵⁶⁰ LIST F., *Système national d'économie politique*, 1857, trad. par H. RICHELLOT, Gallimard, Paris, 1998, ch. 16, sp. p. 437.

²⁵⁶¹ *Idem*, sp. p. 438.

²⁵⁶² L'auteur part du postulat que le nombre d'entreprises présentes sur le marché n'est pas suffisant pour satisfaire la demande nationale, *idem*, sp. p. 439.

²⁵⁶³ *Idem*, p. 436 : « les droits protecteurs opèrent comme des stimulants sur toutes les branches de l'industrie du pays dans lesquelles l'étranger a l'avantage, mais que le pays est capable d'exercer. Ils accordent une prime à l'entrepreneur et à l'ouvrier, en les mettant à même d'augmenter leur instruction et leur dextérité, au capitaliste indigène ou étranger, en lui offrant pendant quelque temps un placement particulièrement avantageux pour ses capitaux ».

telle théorie²⁵⁶⁴, nous nous demandons ici dans quelle mesure cette doctrine de l'industrie naissante pourrait être adaptée au droit du marché intérieur²⁵⁶⁵.

En effet, le Traité n'exclut pas qu'un État membre adopte par exemple une mesure d'effet d'équivalent qui bloquerait la commercialisation d'un produit particulier en provenance d'un autre État membre, à condition que cette mesure soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général²⁵⁶⁶. Si l'efficacité économique pouvait consister une telle raison, l'État membre démontrerait que la mesure en cause a pour objectif d'inciter les entreprises nationales à fabriquer de nouveaux produits (ou à prester de nouveaux services) afin de concurrencer les produits (ou services) importés. Une telle intervention étatique pourrait éventuellement être admise si elle prenait la forme d'une aide d'État relevant de l'exception mentionnée à l'article 87 §3 c) TCE²⁵⁶⁷ (devenu 107 TFUE).

L'article 87 §1 interdit les aides étatiques « *qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres* »²⁵⁶⁸. Même si l'appréciation des aides d'État²⁵⁶⁹ est particulièrement stricte²⁵⁷⁰ (les choses évoluent toutefois en cette période de crise internationale²⁵⁷¹), l'article 87 §3 autorise les États membres à octroyer des aides « *dans la mesure où elles répondent à l'intérêt communautaire* »²⁵⁷². L'octroi de ces dérogations se justifie non seulement si les aides respectent l'énoncé de l'une de ces exceptions, mais

²⁵⁶⁴ Il convient en effet, notamment, que les banques acceptent de financer une telle industrie. La théorie n'est donc pas praticable si le marché financier est imparfait. De plus, l'État doit intervenir non seulement pour subventionner les entreprises si l'investissement privé n'est pas spontané, mais aussi pour organiser la formation de la main-d'œuvre suffisamment qualifiée pour développer le secteur naissant. Ces éléments sont développés par P.-C. HAUTCOEUR, in « Les théories de la protection : Les principaux arguments », exposé publié en ligne, <http://www.ac-orleans-tours.fr/centreco/ECOINTER/MINIFICHE20.htm>.

²⁵⁶⁵ L'adoption de droits de douanes afin d'entraver l'importation de produits est évidemment exclue en droit du marché intérieur. De même, il semble difficile de réussir à empêcher la commercialisation de produits importés conformément au Traité, même pour une période temporaire.

²⁵⁶⁶ Ceci peut être repris par analogie dans le cadre des autres libertés et prend acte d'une globalisation du régime juridique des mesures nationales restrictives des échanges telle qu'énoncée *supra*.

²⁵⁶⁷ L'article 87 §3 CE énonce que sont compatibles avec le Marché commun « les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

²⁵⁶⁸ CJCE, 20.11.2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. GEMO SA*, C-126/01, *Rec.*, p. I-13769, pt 22. Il est ainsi interdit à un État membre de « [renforcer] la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires » (pt 41).

²⁵⁶⁹ Il s'agit d'une compétence de la Commission (article 88 TCE).

²⁵⁷⁰ En ce sens, v. GAVALDA C. et PARLEANI G., ouvrage préc. note 2332, p. 492 et s.

²⁵⁷¹ V. en particulier L. WAGNER, « Aides d'État : la Commission européenne confrontée au risque systémique », *Europe*, 1.2009, étude n° 1, p. 4, qui note en particulier le recours à l'art. 87, §3, TCE.

²⁵⁷² GAVALDA C. et PARLEANI G., ouvrage préc. note 2332, p. 493. V. en ce sens l'art. 87, §3, c).

également si celles-ci ont pour objet de « pallier les insuffisances ou les faiblesses du marché »²⁵⁷³. Selon la Commission :

« Les dérogations ne sont applicables que lorsqu'il peut être établi que, sans l'aide, le jeu des forces du marché ne permet pas d'inciter, à lui seul, les entreprises bénéficiaires à adopter un comportement de nature à contribuer à la réalisation d'un des objectifs visés par ces dérogations »²⁵⁷⁴.

Il s'agirait ici de démontrer ici que l'aide favorise le lancement d'une nouvelle activité et qu'elle serait limitée dans le temps : le versement de la subvention ne dépasserait pas la période nécessaire à la maîtrise de la nouvelle technologie et au lancement des produits nouveaux intégrant cette technologie sur le marché. L'aide serait justifiée par la nécessité d'augmenter le nombre d'entreprises produisant et commercialisant le produit en question. Ainsi, en application de l'article 87 §3, la subvention aurait pour objet « le développement d'[une] activité ». Elle altérerait les conditions des échanges, mais dans une mesure conforme à l'intérêt commun. Gilbert PARLEANI note à cet égard que « l'intérêt de la Communauté peut rendre certaines aides acceptables pour des conditions autres que de pure rentabilité »²⁵⁷⁵. Le règlement n° 70/2001/CE permet par exemple aux petites et moyennes entreprises de bénéficier de certaines aides, notamment afin d'améliorer leur investissement et d'augmenter les dépenses en recherche et développement²⁵⁷⁶.

L'aide serait dès lors constitutive d'une restriction à l'accès au marché des produits ou services importés dans la mesure où le jeu de la concurrence serait altéré à l'avantage de l'activité économique nationale. Une fois la subvention interrompue, la concurrence pourrait cependant devenir plus efficace que si la subvention n'avait pas été octroyée (on suivrait ainsi le « counterfactual test »²⁵⁷⁷). De la sorte, l'État protège les consommateurs nationaux de l'acquisition, par l'entreprise étrangère disposant de la nouvelle technologie, d'une position dominante sur le marché national. L'État poserait ainsi les bases d'une concurrence minimale, qui favoriserait l'efficacité économique et stimulerait les échanges entre les États membres.

²⁵⁷³ *Idem*, p. 494, d'après une jurisprudence constante.

²⁵⁷⁴ Déc. Commission, 2002/937/CE, 10.7.2002 relative à l'aide d'État accordée par la Finlande en faveur des compagnies d'assurance captives de la région d'Åland C(2002) 2410, *JO*, n° L 329 du 5.12.2002, p. 22, pt 59.

²⁵⁷⁵ GAVALDA C. et PARLEANI G., ouvrage préc. note 2332, p. 495.

²⁵⁷⁶ Règlement n° 70/2001/CE de la Commission, du 12.1.2001, concernant l'application des articles 87 et 88 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JO*, n° L 10 du 13.1.2001, modifié par le règlement n° 364/2004/CE du 25.2.2004, *JO*, n° L 63, 28.2.2004 en ce qui concerne l'extension de son champ d'application aux aides à la

Une telle mesure, pour séduisante qu'elle puisse paraître, ne pourrait être adoptée qu'à deux conditions : elle doit concourir à l'intérêt communautaire et créer des gains d'efficacité. Or, la démonstration de ces deux éléments semble difficile, au risque de rendre impraticable cette idée. Cela marquerait une limite à la convergence du droit du marché intérieur sur ce point.

b. L'inefficacité économique d'une mesure étatique protectionniste, limite à la convergence du droit du marché intérieur

Le droit du marché intérieur semble contraire à l'idée qu'un État membre puisse refermer ses frontières, même dans l'objectif de développer la concurrence. La période de crise que traverse l'Union européenne ne doit pas conduire à l'adoption de mesures contraires à la raison d'être du marché intérieur.

Ainsi, une aide d'État ne semble pas pouvoir être associée à une mesure protectionniste qui consisterait à empêcher l'importation d'un service ou d'un produit sur le marché. *A priori*, l'intérêt communautaire s'oppose à ce qu'un produit soit empêché de pénétrer le marché d'un État membre voisin, dans l'objectif de permettre à terme que la concurrence livrée sur le marché soit plus efficace.

De plus, une mesure protectionniste est inefficace d'un point de vue économique. En particulier, dans les propositions qu'il formule afin que l'Union européenne « *ne tombe pas dans le protectionnisme* », Nicolas BOUZOU critique vivement la doctrine de l'industrie naissante :

« Il s'agit ici de protéger certains secteurs de la concurrence étrangère afin qu'ils puissent se développer en taille et en rentabilité. Une fois qu'un secteur aurait atteint une taille critique, il pourrait être ouvert aux importations et jouer le jeu de la compétition internationale (...). Le protectionnisme, qui expose à des mesures de rétorsion commerciale et fait monter le prix des intrants (facteurs de production importés), n'est pas le meilleur moyen d'atteindre cet objectif. Mieux vaut subventionner un secteur ou lui donner accès à des financements privilégiés, par exemple garantis par l'État »²⁵⁷⁸.

recherche et au développement. Ces aides sont dispensées de notification et visent précisément à améliorer la compétitivité des PME (considérant 5 du règlement n° 364/2004/CE).

²⁵⁷⁷ V. *supra* Section 1, I, A, 2.

²⁵⁷⁸ BOUZOU N., « Quatre propositions pour que l'Europe ne tombe pas dans le protectionnisme », Fondation pour l'innovation politique, 31.3.2009, en ligne. Sur cette question, v. aussi D. SIMON, « Le charme discret du protectionnisme ou le « cercle enchanté de la dénégation collective » », *Europe*, 3.2009, focus n° 8, p. 2.

Dès lors, même si le subventionnement d'un secteur économique peut permettre de stimuler la recherche et l'innovation, il serait inefficace d'un point de vue économique d'associer cette aide à une mesure qui viserait à interrompre les importations.

Ces arguments témoignent de la circonspection avec laquelle la complémentarité entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence doit être envisagée. La protection territoriale qu'on observe en matière de concurrence n'est pas transposable en matière de libre circulation.

Sous cette réserve, il ressort de ces développements que l'utilisation correcte du critère de l'accès efficace au marché est susceptible de transformer certains aspects du droit de la libre circulation. Le régime juridique des restrictions à la libre circulation tend à s'unifier. L'efficacité économique induite par une mesure étatique est susceptible d'être avancée afin d'écarter la qualification de celle-ci au regard du Traité. L'efficacité économique pourrait également, à certaines conditions, justifier l'adoption d'une mesure restrictive. Néanmoins, l'efficacité économique ne peut servir de prétexte à l'adoption de mesures protectionnistes.

Conclusion du chapitre 2

Les considérations relatives à l'efficacité économique affectent à la fois le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation. La promotion de l'accès efficace au marché est prégnante dans l'ensemble de ces domaines. En droit de la concurrence, la contribution d'une pratique litigieuse à l'efficacité économique permet d'écarter sa qualification au regard des articles 81 et 82 TCE. Ceci peut servir de modèle en matière de libre circulation. Dans ce cadre, l'analyse de l'entrave étatique à la libre circulation en termes d'effets sur l'accès efficace des opérateurs économiques implantés dans d'autres États membres au marché, contribue à la globalisation du régime juridique des entraves. De plus, l'efficacité économique peut entrer en considération, que ce soit au moment de la qualification ou de la justification d'une entrave à l'accès au marché. L'amélioration de l'efficacité économique induite par l'adoption d'une mesure nationale pourrait permettre d'écarter la qualification d'une mesure nationale de restriction au sens du Traité. Il semble également pertinent qu'une mesure soit justifiée en tant qu'elle concourt, conjointement avec un objectif d'intérêt général, à l'amélioration de l'efficacité économique. Ceci corrobore la considération selon laquelle l'accès au marché participe à la complémentarité des droits communautaires de la libre

circulation et de la concurrence. Cette convergence est cependant limitée par l'impossibilité pour un État membre d'adopter une mesure protectionniste, alors que des mesures de protection territoriale peuvent être admises en droit de la concurrence.

Conclusion du Titre 2

Il ressort finalement de ces développements que l'accès au marché peut être limité tant par des considérations relatives à l'intérêt général économique que par des motifs tirés de l'efficacité économique, que cette limitation de l'accès au marché soit de nature publique ou mise en place par un opérateur privé. Le développement de la qualification des entraves aux échanges sous l'angle de l'atteinte à l'accès efficace au marché constitue donc un aspect essentiel dans la convergence des droits de la concurrence et de la libre circulation.

Conclusion de la Partie 2

La restriction à l'accès au marché présente de grandes similitudes, suivant qu'elle relève du droit de la concurrence ou du droit de la libre circulation. Une restriction à l'accès au marché doit faire l'objet d'une délimitation préalable du marché pertinent. De plus, l'analyse d'une réglementation ou d'une pratique litigieuse doit prendre en considération l'effet de celle-ci sur la concurrence qui s'exerce sur le marché. Ainsi, le juge corrige la régulation du marché, que celle-ci ait pour origine le comportement d'un opérateur influent ou une réglementation nationale. La similitude des appréciations menées lors de la qualification de la restriction à l'accès au marché permet de justifier une réglementation ou une pratique litigieuse à la fois par des considérations relatives à l'intérêt général et à l'efficacité économiques. L'analyse économique de la restriction à l'accès au marché unifie donc le droit du marché intérieur.

Conclusion générale

L'accès au marché constitue le critère clé dans l'analyse des restrictions apportées à la libre circulation et à la libre concurrence. L'utilisation de ce critère révèle la nécessité d'un examen économique précis de l'incidence des pratiques ou réglementations litigieuses sur le marché. En guise de conclusion, nous devons d'abord nuancer ce constat pour ce qui concerne l'appréhension des infractions les plus flagrantes en droit communautaire matériel. Ensuite, il convient d'aborder de quelle manière cette étude sur l'accès au marché démontre l'unification du droit du marché intérieur, mais également les limites de la complémentarité des droits de la concurrence et de la libre circulation. En outre, il importe d'expliquer en quoi cette démonstration appelle une nouvelle méthode d'appréhension de la restriction étatique à l'accès au marché.

Force est de reconnaître que, détaché de la raison d'être pour laquelle un opérateur prend pied sur le marché, le sens économique de l'expression « accès au marché » est mince. L'utilisation de l'expression « accès au marché » au sens strict est cependant suffisante pour expliquer la qualification de certaines infractions au sens du Traité²⁵⁷⁹. Même si le contexte économique et juridique peut être pris en considération, une analyse essentiellement juridique est encore suffisante lorsque l'atteinte portée au développement des échanges est évidente. L'impossibilité pour un opérateur économique de mettre en œuvre une liberté d'accéder au marché justifie dans certains cas la qualification de ces entraves de restriction au sens du Traité.

En fait, l'accès ne constitue que l'enveloppe de l'échange économique, mais ne révèle pas son contenu. Dès lors, le développement d'une analyse économique de l'accès au marché permet de dégager la raison d'être de l'échange économique de cette « gangue » et d'élargir ainsi la pertinence de ce critère. Le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence tendent à

²⁵⁷⁹ Ainsi, une taxe d'effet équivalent est interdite en ce qu'elle restreint l'accès au marché national en tant qu'elle est perçue à raison du franchissement d'une frontière. De même, une mesure nationale interdisant spécifiquement l'importation d'un produit particulier constitue une mesure d'effet équivalent en ce sens que l'accès au marché national est rendu impossible. Il en va de même pour une mesure interdisant la prestation d'un service presté depuis un autre État membre, sur le territoire national. Des mesures discriminatoires en matière

abandonner une qualification formelle de l'entrave, qui verrait dans toute limitation de la possibilité d'accéder au marché une restriction au sens du Traité.

En ce sens, le droit de la concurrence est riche d'enseignements. Cette matière attache désormais moins d'importance à l'accessibilité du marché aux concurrents, au moment d'examiner une pratique qui affecte l'accès à une activité économique ou l'exercice de celle-ci sur le marché. En effet, une analyse des effets des pratiques litigieuses sur le marché est privilégiée. Il s'agit de réfléchir à l'incidence d'un comportement litigieux sur la possibilité d'accéder efficacement au marché, c'est-à-dire de profiter de l'exercice d'une activité économique. L'examen de la concurrence permet de répondre à la question de savoir si un accès profitable au marché est possible, pour un opérateur économique efficace, actuellement ou potentiellement. Dans la négative, la pratique qui est à l'origine de la gêne à l'accès à l'échange doit être qualifiée de restriction au sens du Traité. La délimitation du marché constitue un préalable à l'examen de l'échange qui, seul, détermine la qualification de l'infraction. L'analyse en termes d'effet métamorphose alors le droit du marché.

La transposition de ce raisonnement en droit de la libre circulation est souhaitable. Le droit des libertés économiques partage avec le droit de la concurrence la nécessité de mettre l'accent sur l'identification d'un effet restrictif, lorsqu'une mesure litigieuse n'a pas explicitement pour objet de restreindre les échanges. La convergence entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence en sort renforcée. Il en découle deux conséquences.

La première réside dans une redéfinition de la notion de restriction étatique apportée aux échanges au sens du Traité. Ainsi, l'arrêt *Dassonville*, «*fondateur*» en ce qu'il pose la définition de la notion d'entrave, devient «*mal fondé*»²⁵⁸⁰. L'élément déclencheur de la qualification constitue dans cet arrêt l'affectation du commerce entre les États membres, alors que celle-ci détermine seulement l'applicabilité du droit du marché intérieur. D'aucuns ont justement dénoncé une qualification maximaliste des entraves à la libre circulation à l'issue de cet arrêt. En revanche, l'évaluation précise de l'effet restrictif d'une mesure nationale sur la possibilité pour un opérateur efficace d'accéder profitablement au marché conduit à une

d'établissement peuvent également être analysées sans qu'une analyse économique soit requise. De même, le droit de la concurrence interdit sans ambages les comportements dont l'objet anticoncurrentiel est explicite.

²⁵⁸⁰ Par analogie avec le titre de l'ouvrage de J. HENNINGER, *Marbury vs Madison, un arrêt fondateur, mal fondé*», Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005.

application raisonnable du droit de la libre circulation, qui est en phase avec le degré de maturité atteint par le marché intérieur.

La seconde consiste dans la nécessité d'une délimitation préalable du marché en droit de la libre circulation, du fait du caractère décisif des considérations relatives à la concurrence en la matière. De cette manière, un examen du marché du côté de l'offre et de la demande peut être correctement réalisé, afin de mettre en évidence une protection de la concurrence à la faveur de l'activité nationale.

Au-delà de ces deux aspects, une étude précise du critère de l'accès au marché emporte des conséquences remarquables pour ce qui concerne le rôle du juge dans le contrôle de la régulation de l'échange à laquelle procèdent les acteurs étatiques ou privés. Quel que soit le droit applicable, la régulation de l'accès à l'échange et de l'exercice de l'activité économique est fonction de la concurrence qui s'exerce sur le marché. Ainsi, le juge délaisse une protection stricte de l'accès à l'échange, qui prenait la forme d'une protection de l'accès des concurrents ou du « circulant » au marché, pour préférer une régulation neutre de cet accès. Dès lors, le droit subjectif à l'accès au marché, dont on pourrait estimer qu'il existe formellement pour chaque opérateur, est marginalisé. L'accès au marché d'un opérateur ne mérite protection qu'en tant qu'il concourt à l'amélioration du bien-être collectif. On privilégie ainsi une régulation neutre de l'accès et de l'exercice de l'activité économique.

Ainsi, les fonctions du juge en matière de libre circulation et de droit de la concurrence se rapprochent. Quel que soit le droit applicable, il s'agit non seulement de veiller à ce que la concurrence puisse s'exercer sur le marché, mais aussi de réguler son exercice. Concrètement, le droit de la libre circulation et de la concurrence sont également concernés par les entraves rencontrées par les opérateurs économiques au moment de l'accès, mais aussi au moment de l'exercice d'une activité économique, au point que la préservation ou la promotion d'une concurrence efficace sur le marché ressort des décisions prises en droit de la concurrence et en droit de la libre circulation.

En outre, le passage d'une régulation juridique à une régulation économique de l'accès à l'échange est également à observer dans le domaine des secteurs récemment ouverts à la concurrence. Cependant, certains de ces domaines, au premier rang desquels figurent les

marchés publics, mettent en œuvre une concurrence efficace de préemption, qui consiste à mettre en concurrence les opérateurs en amont de l'échange économique.

La complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation est corroborée par le développement parallèle des considérations relatives à l'intérêt général et à l'efficacité économique dans chacun de ces domaines. La place de l'intérêt général en droit de la concurrence fait écho à l'importance de l'incidence économique de nombreux objectifs d'intérêt général qui sont avancés en droit de la libre circulation. Par ailleurs, l'efficacité économique permet d'écarter la qualification de pratique anticoncurrentielle ou au contraire de justifier certaines restrictions privées à l'accès au marché. Or, en droit de la libre circulation, un État membre devrait être autorisé à démontrer qu'une mesure litigieuse qui n'empêche pas un accès efficace au marché ne constitue pas une restriction au sens du Traité. En outre, il nous semble que l'amélioration de l'efficacité économique pourrait être prise en considération au moment de justifier une mesure étatique qui porte atteinte à la libre circulation.

Néanmoins, l'étude des restrictions à l'accès au marché empêche d'affirmer que le droit du marché intérieur est uniforme. Pour ce qui concerne d'abord la qualification d'une restriction à l'accès au marché au sens du Traité instituant la Communauté européenne, l'analyse économique d'une pratique litigieuse en droit de la concurrence conduit à privilégier une approche qualitative des effets sur le marché. En droit de la libre circulation, il s'agit pour l'instant d'utiliser des critères quantitatifs pour qualifier une réglementation litigieuse de restriction à la libre circulation. Pour ce qui concerne ensuite la justification d'une restriction à l'accès au marché, s'il semble raisonnable qu'une entreprise puisse justifier une entente en tant que l'accord participe de l'intérêt général, il est important que les limites de l'ordre concurrentiel ne soient pas définies par les entreprises. Ces limites sont déterminées par les États membres et l'Union européenne, dans chacun de leurs domaines de compétences respectifs (ou dans les domaines de compétences partagées), sous le contrôle du juge. De même, s'il est légitime qu'une entreprise protège territorialement mais temporairement un marché de la concurrence, cette possibilité ne semble pas transposable à l'échelle étatique, même pour des questions d'efficacité économique. L'impossibilité de confondre le droit de la

libre circulation et le droit de la concurrence corrobore le maintien d'une distinction irréductible entre l'« *imperium* » et le « *dominium* »²⁵⁸¹.

La définition économique de la restriction à l'accès au marché en droit du marché intérieur que nous proposons dans notre thèse souligne, en tout cas, qu'il est nécessaire de développer une analyse économique de l'échange. Or, délimiter au préalable le marché en cause, examiner de quelle manière le jeu de la concurrence est faussé à l'avantage des opérateurs nationaux, et prendre en considération l'efficacité économique en tant que mode de justification de l'entrave étatique apportée à l'échange, implique de réfléchir plus avant à l'élaboration d'une nouvelle méthode d'analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché. Cette réflexion permettrait de maîtriser le rythme du développement de l'analyse économique en droit du marché intérieur. En ce sens, *l'âge de l'accès*²⁵⁸² ne caractérise pas seulement une période dans laquelle un service de nouvelle technologie est presté à distance, d'une manière anonyme mais efficace, au point que la propriété privée passe au second plan. L'âge de l'accès en droit du marché intérieur nous semble devoir être celui de la régulation raisonnée de l'échange avec autrui.

²⁵⁸¹ MORTELMANS K., « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ? », *CMLR*, 2001, n° 38, p. 613, sp. 649.

²⁵⁸² RIFKIN J., SAINT-UPÉRY M. (trad.), *L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, Paris, 2005.

Index

abus de position dominante

effet anticoncurrentiel, 211, 238, 517
notion, 133, 176, 196, 197, 211, 225,
261, 415
objet anticoncurrentiel, 215

accès au marché

accès effectif au marché, 208, 437, 450,
539
accès efficace au marché, 207, 221, 225,
236, 239, 245, 252, 262, 264, 330,
333, 359, 403, 414, 435, 438, 440,
444, 445, 454, 487, 507, 522, 530,
535, 542, 555
accès restreint au marché, 426, 431, 432
droit subjectif, 408, 416, 421, 487
droits d'accès au marché, 431
redevance d'accès au marché, 433

accords

accord horizontal, 136, 250, 252, 444
accord vertical, 153, 211, 218, 254, 255,
257, 376, 529
clause de non-concurrence, 139, 161,
519, 533

aides d'État, 348, 355, 564, 568

barrière à l'entrée, 32, 141, 165, 305, 410, 512

concentration

accès au marché, 128, 212, 401, 483
contrôle, 127, 373, 462, 486, 489, 502
gains d'efficacité, 507, 510
position dominante collective, 134, 245
seuil, 26, 127

concurrence

effective, 128, 186, 213, 226, 249, 268,
377, 449, 510, 516
efficace, 37, 189, 212, 257, 319, 329,
356, 376, 410, 415, 433, 440, 495,
555
efficace de préemption, 447, 453
loyale, 121, 479
régulée, 436

consommateurs

accès au marché, 204, 209, 240, 244,
266, 314, 321, 325, 374, 384, 391
concurrence, 137, 169, 171, 186, 200,
210, 215, 229, 231, 234, 238, 246,
247, 254, 411, 486, 495, 501, 510,
513, 538
libre circulation, 58, 64, 76, 308, 316,
317, 320, 335, 351, 365, 368, 419,
424, 464, 478, 544, 559
marchés nouvellement ouverts à la
concurrence, 445

égalité, 97, 108, 314, 329, 356, 365, 387, 421, 442, 449, 560

énergie, 429, 446, 501, 504, 546

entente

effet anticoncurrentiel, 141, 192
entente complexe, infraction unique, 131
exemption, 132, 252, 499, 520, 528,
530, 558
notion, 28, 130
objet anticoncurrentiel, 131, 215

**environnement, 322, 462, 471, 484, 498,
536, 544, 547, 563**

**gains d'efficacité, 246, 270, 503, 507,
510, 517, 522, 568**

**importations parallèles, 27, 155, 163,
317, 350, 357, 419**

infrastructures essentielles, 197, 538

liberté d'établissement

droit subjectif, 417

marché en cause, 371

notion, 85

régime juridique, 468

restriction, 19, 42, 93, 112, 280, 302

libre circulation des capitaux

marché en cause, 385

notion, 83

régime juridique, 481, 482, 559

restriction, 42, 83, 116, 279, 304, 309,
319

libre circulation des marchandises

droit subjectif, 418

marché en cause, 360

notion, 45, 47

régime juridique, 464, 474, 481, 544,
563

restriction, 50, 61, 118, 279, 299, 313,
349, 354

libre circulation des travailleurs

droit subjectif, 418

marché en cause, 385

notion, 85

régime juridique, 479, 545, 562

restriction, 42, 88, 97, 279, 309

libre prestation des services

droit subjectif, 417

marché en cause, 364, 371, 385, 392

notion, 45, 86

régime juridique, 492, 545

restriction, 42, 90, 101, 114, 290, 301,
309, 312, 319, 325, 334, 351, 356,
452

marché

délimitation en droit de la concurrence,
256, 372

délimitation en droit de la libre
circulation, 295, 344

notion, 21, 346

**marchés nouvellement ouverts à la
concurrence, 22, 37, 406, 427**

marchés publics, 280, 406, 426, 448, 490

mesures d'effet équivalent

concurrence, 355

régime juridique, 474

restriction à l'exportation, 50, 475

restriction à l'importation, 52, 61, 68,
278

monopoles nationaux, 301, 354, 386

position dominante

mode de détermination, 141, 164, 515

position dominante collective, 133

prix prédateur, 186, 234, 249

baisse sélective de prix, 191

raison objective, 523

rabais de fidélité, 180, 232, 248, 409

raison objective, 498, 524

rabais de quantité, 179

refus de vente, 199, 225, 261

raison objective, 525

**services d'intérêt économique général,
404, 491**

télécommunications, 252, 426, 440

transport

coûts, 306, 381

secteur aérien, 425

secteur énergétique, 429

secteur ferroviaire, 425, 434, 445

secteur maritime, 103, 192

secteur médical, 260, 492

vente liée, 167, 174, 185, 239, 265, 411

raison objective, 526

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie se subdivise en sept thèmes principaux : Droit communautaire institutionnel et/ou matériel (I), Droit de la concurrence et économie (II), Droit de la libre circulation²⁵⁸³ (III), Droit économique et complémentarité entre droit de la concurrence et droit de la circulation (IV), Droit public économique (V), Droit international économique (VI), Divers autres ouvrages consultés (VII).

I. Droit communautaire institutionnel et/ou matériel

MONOGRAPHIES ET THÈSES

BERROD F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2003, 1110 p.

CRAIG P. et de BÚRCA G., *EU Law*, Oxford, 4^e éd., Oxford, 2008, 1148 p.

DECOCQ A. et DECOCQ G., *Droit européen des affaires*, L.G.D.J., Paris, 2003, 537 p.

DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 3^e éd., Paris, 2007, 653 p.

DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Montchrestien, Droit public, 5^e éd., Paris, 2009, 752 p.

DRUESNE G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, PUF, 8^e éd., Paris, 2006, 629 p.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *Droit matériel de l'Union européenne*, Hachette supérieur, 3^e éd., Paris, 2006, 159 p.

FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Academia, Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2^e éd., 2002, 902 p.

²⁵⁸³ À la différence des ouvrages et articles de droit matériel communautaire qui abordent l'ensemble du droit du marché intérieur (libre circulation et libre concurrence) qui sont reproduits dans le premier paragraphe de manière conjointe avec les ouvrages et articles de droit institutionnel ou de droit communautaire général, seuls sont reproduits dans le deuxième paragraphe de cette bibliographie les ouvrages et articles qui traitent spécifiquement du droit de la concurrence. De même, le troisième paragraphe de la bibliographie regroupe les ouvrages et articles qui traitent spécifiquement de la libre circulation.

- FAVRET J.-M., *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, Paris, 6^e éd., 2008, 632 p.
- GAUTIER Y., *La délégation en droit communautaire*, Thèse, Strasbourg, 1995, 538 p.
- GAVALDA C. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 5^e éd., Paris, 2006, 570 p.
- GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, éd. de l'Université, Bruxelles, 1997, 425 p.
- GOLDMAN B., LYON-CAEN A., VOGEL L., *Droit commercial européen*, Dalloz, 5^e éd., Paris, 1994, 835 p.
- HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 231, Paris, 2003, 555 p.
- ICARD P., *Droit matériel et politiques communautaires*, Eska, Droit public et Sciences politiques, Paris, 1999, 774 p.
- ISAAC G. et BLANQUET M., *Droit communautaire général*, A. Colin, 8^e éd., Paris, 2001, 395 p.
- JACQUÉ J. P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Cours, Droit public, 5^e éd., Paris, 2009, 790 p.
- KAUFF-GAZIN F., *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, Thèse, Strasbourg, 2001, 559 p.
- MATTERA A., *Le marché unique européen, Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 2^{nde} éd., Paris, 1990, 775 p.
- MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003, 704 p.
- MOLINIER J. et De GROVE-VALDEYRON N., *Le droit du marché intérieur européen*, L.G.D.J., Systèmes, 2^e éd., Paris, 2008, 230 p.
- NEFRAMI E., *Les accords mixtes de la Communauté européenne, Aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Thèse, Bruxelles, 2007, 711 p.
- NOURISSAT C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, HyperCours, 2^e éd., Paris, 2005, 350 p.
- PERTEK J., *Droit matériel de l'Union européenne*, PUF, Thémis droit, Paris, 2005, 429 p.
- PESCATORE P., *Le droit de l'intégration, Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, A. W. Sijthoff, Leiden, Genève, 1972, 117 p.

POIARES MADURO M., *We, the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution : a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998, 194 p.

ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire, étude à partir des libertés économiques*, PUAM, Aix-Marseille, 1999.

SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pédone, Paris, 1981, 936 p.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, PUF, Droit fondamental, 3^e éd., Paris, 2001, 779 p.

ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

GAUTIER Y., « Clauses de sauvegarde », in BARAV A. et PHILIP C. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, Paris, 1993, p. 169

GAUTIER Y., « La compétence communautaire exclusive », in BLANQUET M. (dir.), *50 ans de droit communautaire, Mél. G. Isaac*, Presses de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 2004, T. 1, p. 165

GAUTIER Y., « La lutte contre la criminalité économique et financière : la coopération policière et judiciaire », in DEFFAINS B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, Paris, 2002, p. 349

KAPTEYN P., « Outgrowing the Treaty of Rome : from market integration to policy integration », in *Mél. F. Dehousse*, Nathan, Labord, Paris, Bruxelles, 1979, t. 2, p. 45

MADDALON P., « La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne dans la jurisprudence de la CJCE », in HERVOUËT F. (dir.), *Démarche communautaire et construction européenne, dynamique des méthodes*, Travaux de la CEDECE, La documentation Française, Paris, 2000, vol. 2, p. 79

PESCATORE P., « La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Bénélux et les Communautés européennes », in *Mél. V. Gothot*, Vaillant-Carmanne, Liège, 1962, p. 497

RIGAUX F., « Les concepts indéterminés en droit international privé et en droit communautaire », in *Mél. I. de Magalhães Collaço*, Almedina, Lisbonne, 2003, Vol. I, p. 623

SCHRANS G., « The instrumentality and the morality of European economic law », in *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 383

SIMON D., « Les principes en droit communautaire », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 287

ARTICLES DE REVUES PÉRIODIQUES

ALEMANNO A., « Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? », *RDUE*, 2001, n° 4, p. 917

BOUTAYEB C., « Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire », *RTDE*, 2003, p. 587

GARRONE P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, n° 3, p. 425

GAUTIER Y., « La mise en œuvre de l'espace de liberté de sécurité et de justice en France », *RFAP*, 2009, n° 129, p. 73

GAUTIER Y., « Le protocole intégrant l'acquis Schengen dans le cadre de l'Union européenne », *Europe*, 1998, Étude n° 8, p. 4

ICARD P., « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTDE*, 2002, p. 471

LENAERTS K., « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3

MICHEL V., « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 7.2008, Dossier sur le Traité de Lisbonne, p. 43

MORTELMANS K., « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, p. 410

SIMON D., « De l'Acte Unique au Marché unique », *JDI*, 1989, p. 265

SIMONETTI F., « Le droit européen de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008, n° 127, p. 67

OUVRAGES COLLECTIFS

BOURRINET J. et SNYDER F. (dir.), *La sécurité alimentaire dans l'Union européenne*, Travaux du CERIC, Bruylant, Bruxelles, 2003, 189 p.

CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., MICHEL V. (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Analyses & commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005, 462 p.

CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., SIMON D. (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1024 p.

DE SCHUTTER O. et NIHOUL P. (dir.), *Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2004, 405 p.

ECKERT G., GAUTIER Y., KOVAR R., RITLENG D. (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, 460 p.

MICHEL V. (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Centre d'études internationales et européennes, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2009, 440 p.

MONJAL P.-Y. et NEFRAMI E. (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Actes du colloque organisé par le Centre d'études et de recherches administrative et politiques le 15 décembre 2006 à Paris, Bruylant, Bruxelles, 2009, 236 p.

SIMON D. (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Centre d'études internationales et européennes, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2003, 106 p.

II. Droit de la concurrence et économie

MONOGRAPHIES ET THÈSES

AMATO G. et EHLERMANN C.-D., KOMNINOS A., *EC Competition Law, A critical assessment*, Hart, Oxford, Portland Or., 2007, 836 p.

AMATO G., *Antitrust and the bounds of power, The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart, Oxford, 1997, 133 p.

BAIN J.S., *Barriers to New Competition, Their character and consequences in manufacturing industries*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1956, 329 p.

BARTH D., *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence, Étude comparative des procédures communautaire et française*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, 498 p.

BISHOP S. et WALKER M., *The economics of EC competition law, Concepts, Application and Measurement*, Thompson – Sweet & Maxwell, 2nd éd., Londres, 2002, 636 p.

BORK R., *The Antitrust Paradox, A policy at war with itself*, Free press, New York, 1993, 479 p.

BRUNET F. et CANIVET G. (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., Lextenso, Droit des affaires, Paris, 2008, 723 p.

CARLTON D. W. et PERLOFF J., *Modern Industrial Organisation*, Pearson, Addison Wesley, 4^e éd., Boston, 2005, 822 p.

- CARLTON D. W. et PERLOFF J., MAZEROLLE F. (trad.), *Économie industrielle*, De Boeck Université, 2^e éd., Paris, Bruxelles, 2008, 1086 p.
- CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2004, 1108 p.
- COMBE E., *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Précis, Paris, 2005, 460 p.
- COMBE E., *La politique de la concurrence*, La Découverte, Repères, Paris, 2008, 120 p.
- DAVID E., *Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles en droit comparé*, Thèse, Strasbourg, 2004, 1401 p.
- DECOCQ A. et DECOCQ G., *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3^e éd., Paris, 2008, 627 p.
- DEZOBRY G., *Essentialité et droit communautaire de la concurrence (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles)*, thèse, Paris X, 2007, 577 p.
- FASQUELLE D., *Droit américain et droit communautaire des ententes, Étude de la règle de raison*, GLN et Joly, Paris, 1993, 290 p.
- HILDEBRAND D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, European Monographs, 2nd éd., La Haye, Londres, New York, 2002, 472 p.
- HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St Paul, Minn., 1994, 759 p.
- IDOT L., *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce International, Bruxelles, 2004, 351 p.
- JACQUEMIN A., *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Economica, Paris, 1985, 191 p.
- JOLIET R., *The Rule of Reason in Antitrust Law : American, German and Common Market Laws in Comparative perspective*, Faculté de droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, 198 p.
- KORAH V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9^e éd., Oxford, Portland Or., 2007, 539 p.
- KORAH V., *Cases and Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, 3^e éd., Oxford, Portland Or., 2006, 788 p.
- LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2007, 1698 p.
- LIST F., RICHELOT H. (trad.), *Système national d'économie politique*, Gallimard, Paris, 1857, 1998, 573 p.

- MALAURIE-VIGNAL M., *Droit interne et communautaire de la concurrence*, Armand Colin, 4^e éd., Paris, 2008, 349 p.
- MONTI G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 527 p.
- PETIT N., *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 685 p.
- POSNER R., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd éd., Chicago, 2001, 316 p.
- RODGER B. J. et MACCULLOCH A., *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 1999, 315 p.
- SALIN P., *La concurrence*, PUF, « Que sais-je », n° 1063, Paris, 1995, 127 p.
- SCHAPIRA J., LE TALLEC G., BLAISE J.-B. et IDOT L., *Droit européen des affaires*, PUF, 5^e éd., Paris, 1999, 484 p.
- SIBONY A.-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. Droit et économie, Paris, 2008, 883 p.
- VOGEL L., *Droit de la concurrence et concentration économique, Étude comparative*, Economica, Paris, 1988, 427 p.
- WAELEBROECK M. et FRIGNANI A., *Droit de la concurrence*, Éditions de l'Université, Commentaires J. Mégret, 2nd éd., Bruxelles, 1997, 1098 p.
- WEBER M., CHAVY J. (trad.) et de DAMPIERRE É. (dir.), *Économie et société, L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Agora, Plon, T. 2, Paris, 1995, 424 p.
- WHISH R., *Competition Law*, LexisNexis, Butterworth, 5^e éd., Londres, Édinburgh, 2003, 989 p.

ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

- AZOULAI L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 277
- BOY L., « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 23
- CAPRICE S. et PHILIPPE J., « Les relations verticales », in PERROT A. (dir.), *Réglementation et concurrence*, Laboratoire d'économie industrielle, Economica, Paris, 1997, p. 147
- CHÉROT J.-Y., « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la

- jurisprudence de la Cour », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 563
- GERADIN D., « Efficiency Claims in EC Competition Law », in ULLRICH H. (dir.), *The Evolution of European Competition Law, Whose regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, p. 306
- GERADIN D., HOFER P., LOUIS F., PETIT N. et WALKER M., « The concept of dominance », in GERADIN D. (dir.), *GCLC Papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, Bruges, 2005, p. 9
- IDOT L., « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 523.
- JENNY F., « Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 du Traité CE », in BRUNET F. et CANIVET G., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 281
- KOVAR R., « « Je t'aime moi non plus » : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence », in DEFFAINS B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, Paris, 2002, p. 47
- MARENCO G., « La notion de restriction à la concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », in Mél. M. Waelbroeck, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, p. 1229
- MESTRE J., « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz, Puf et Juris-classeur, Paris, 1999, p. 677
- MÖSCHEL W., « Competition policy from an Ordo point of view », in A. PEACOCK, H. WILLGERODT (dir.), *German Neo-liberals and the social market economy*, Macmillan, Londres, 1989, p. 142
- QUÉLIN B., « Oliver E. Williamson, L'organisation: un choix stratégique fondamental », in LOILIER T. et TELLIER A. (dir.), *Les grands auteurs en stratégie*, coll. Les grands auteurs, éd. EMS Management et Société, Paris, 2007, p. 167
- RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel, approche d'un économiste », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 13
- RUEFF J., « La Cour et l'économie politique », in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Verlag, Berlin, 1965
- SERRA Y., « Non-concurrence et ordre concurrentiel ou la non-concurrence au service de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, p. 579

ARTICLES DE REVUES PÉRIODIQUES

- ALBORS-LLORENS A., « The objective justification and efficiencies in application of article 82 EC », *CMLR*, 2007, p. 1727
- AREEDA P. et TURNER D., « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harvard Law Review*, 1975, n° 88, p. 697
- AROWOLO O., « Application of the Concept of Barriers to Entry under Article 82 of the EC Treaty: is there a Case for Review? », *ECLR*, 2005, p. 247
- BADEN FULLER C. W., « Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position », *ELR*, 1979, p. 423
- BLAISE J.-B. et IDOT L., « Concurrence – Articles 81 et 82 CE (1^{er}.7.2006 – 31.12.2007) », *RTDE*, 2008, p. 312
- BLAISE J.-B. et IDOT L., « Concurrence », *RTDE*, 1997, chron., p. 459
- BLAISE J.-B., « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des « installations essentielles » », *Dalloz Affaires*, 1996, n° 28, p. 859
- BRUN B. et TOULEMONT-DAKOURE A., « Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence », *Contrats-Concurrence-Consommation*, 2003, nov., p. 7
- CAPOBIANCO A., « The essential facility doctrine : similarities and differences between the American and European approach », *ELR*, 2001, p. 549
- CARLTON D., « Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 2004, p. 469
- CARREAU C., « Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (À propos de l'affaire *Magill*) », *Europe*, 1995, juil., chron. n° 8, p. 1
- CHAMMAS M., « Concurrence : la nouvelle approche de la Commission dans la mise en œuvre de l'article 82 CE », *JTDE*, 2009, n° 157, p. 1
- CHONÉ A.-S., « Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 aux pratiques d'éviction », *Europe*, 2009, mars, étude n° 3, p. 4
- DAVID É., « La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes : régime commun ou régime particulier ? », *RTDE*, 2000, n° 3, p. 511
- DAVID É., « La coopération entre autorités nationales au sein du Réseau européen de concurrence », *Concurrences*, 2008, n° 4, p. 39
- DEMSETZ H., « Barriers to entry », *The American Economic Review*, 1982, n° 3, p. 47
- FURSE M., « The 'Essential Facilities' Doctrine in Community Law », *ECLR*, 1995, p. 469

- GERADIN D. et PETIT N., « Price discrimination under EC Competition Law, Another Antitrust Doctrine in search of Limiting Principles », *Journal of Competition Law and Economics*, 2006, p. 479
- GERARD D., « Merger Control Policy : How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims? », *CMLR*, 2003, p. 1367
- GLAIS M., « Les concepts de « relevant market » et « dépendance économique » au regard de l'article 86 du Traité de Rome », *RMC*, 1987, p. 203
- HERMITTE M.-A., « Restrictions de concurrence », *Jurisclasseur Europe*, 2002, fasc. 1414,
- HOET P., « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire », *RMC*, 1989, n° 325, p. 135
- IDOT L., « L'entrée en vigueur du règlement 1/2003 : les dispositions procédurales du « paquet modernisation » », *Europe*, 2004, mai, étude 6, p. 4
- IDOT L., « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JTDE*, 2007, oct., p. 225
- IDOT L., « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 2008, n° 3, p. 787
- IDOT L., « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de texte d'application) », *CDE*, 2003, p. 283
- IDOT L., « Premières vues sur l'arrêt *Microsoft* : comment mettre fin à une super dominance », *Europe*, 2007, oct., focus 58, p. 2
- IDOT L. et van de WALLE de GHELCKE B., « Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions » in « Actes de la Journée d'études sur le Livre blanc de la Commission sur la modernisation des règles de concurrence », *CDE*, 2001, p. 160
- JENNY F., « Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence », *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 27
- KIRCH P. et LIO SOON SHUN C., « Mise en œuvre de l'article 22 du Règlement CE concentrations : le point de vue français est-il contraire à la pratique communautaire ? », *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 45
- KOVAR R., « Le dernier Metro – L'étanchéité des réseaux de distribution : un réseau peut être ouvert ou fermé », *La Semaine juridique, Éd. Entreprise*, 1994, suppl. n° 4, p. 2
- KOVAR R., « Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison » », *RTDE*, 1987, p. 237
- KOVAR R., « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », *D.*, 2006, p. 919
- LA CHIMIA A., « Conquering the last frontier of protectionism: the legality of tied aid under the EC Treaty internal market rules », *ELR*, 2007, p. 513

- LEMAIRE C., WAELBROECK M., PETITE M., « Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence ? Regards juridiques », *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 87
- LIANOS I., « 'La confusion des infractions' de l'article 81 §1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique », *RTDE*, 2000, p. 239
- LIPSKY A. B. Jr et SIDAK J. G., « Essential Facilities », Symposium – Tribute to William F. Baxter, *Stanford Law Review*, 1999, n° 51, p. 1187
- LOEWENTHAL P. J., « The defence of 'objective justification' in the application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, n° 28, p. 455
- NIELS G. et JENKINS H., « Reform of Article 82 : Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down », *ECLR*, 2005, p. 605
- PAPANDROPOULOS P., « L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusions », *Concurrences*, 2007, n° 2, p. 16
- ROTH E., « The Rule of Reason Doctrine in European Court of Justice on direct Taxation », *Revue fiscale canadienne*, 2008, vol. 56, n° 1, p. 67
- ROUSSEVA E., « Modernizing by eradicating: how the Commission's new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints », *CMLR*, 2005, p. 587
- SIBONY A.-L., « Le guide de mise en œuvre de l'article 82 : l'analyse économique intégrée à la qualification d'abus de position dominante », *Concurrences*, 1/2009, p. 118
- SPECTOR D., « Will efficiencies ever matter in merger control? », *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 20
- SUBIOTTO R. et O'DONOGHUE R., « Defining the scope of the duty of dominant firms to deal with existing customers under article 82 EC », *ECLR*, 2003, p. 683
- TURNBULL S., « Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law », *ECLR*, 1996, p. 96
- VAN DER WOUDE M. et DUQUESNE T., « Abus de position dominante », *Répertoire communautaire Dalloz*, oct. 2000
- WAGNER L., « Aides d'État : la Commission européenne confrontée au risque systémique », *Europe*, 1.2009, étude n° 1, p. 4
- WINCKLER A., « Entre chien et loup, ou la loyauté mal récompensée », *RLC*, 2005, p. 1

OUVRAGES COLLECTIFS

- GERADIN D. (dir.), *Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC Competition Law*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2004, 386 p.

MOURRE A. (dir.), *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 114 p.

III. Droit de la libre circulation

MONOGRAPHIES ET THÈSES

BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 782 p.

DOLLAT P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 560 p.

GORMLEY L., *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC*, Elsevier Science, La Haye, 1998, 458 p.

HATZOPOULOS V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Sakkoulas, Bruylant, Athènes, Bruxelles, 1999, 567 p.

ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 795 p.

OLIVER P., *Free Movement of Goods in the European Community*, Sweet and Maxwell, 4^e éd., Londres, 2003, 570 p.

PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, Thèse, Strasbourg, 1994, 517 p.

TINÇ M., *Le contrôle de proportionnalité des mesures restrictives des échanges*, Thèse, Strasbourg, 2009, 612 p.

ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

HATZOPOULOS V., « Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés : quatre ? », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D., (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Cahiers du Collège d'Europe n° 2, Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, p. 185

O'KEEFFE D. et BAVASSO A., « Four freedoms, one market and national competence : in search of a dividing line », in O'KEEFFE D. et BAVASSO A., (dir.), *Judicial review in European Law, Mél. Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, Boston, 2000, vol. I, p. 541

RIGAUX A., *Lamy Procédures communautaires*, étude 146

RIGAUX A., « Cohérence et marché intérieur », in MICHEL V. (dir.), *L'impératif de cohérence, actes du colloque de Strasbourg de mai 2007*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2009, à paraître.

TARAGAS H., « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement internes », in *Mél. M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, p. 1499

ULLRICH H., « Elevating Intellectual Property Protection to Community Status – Marginalia on Judicial Policy and Legislative Logic », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D., (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Cahiers du Collège d'Europe n°2, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, 2007, 1^{ère} éd., p. 203

WEILER J.H.H., « The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods », in CRAIG P. et de BÚRCA G., (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, ch. 10, p. 349

ARTICLES DE REVUES PÉRIODIQUES

BARNARD C., « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw ? », *ELR*, 2001, n° 26, p. 35

BERHRENS P., « Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht », *EuR*, 1992, p. 145

BERNARD N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *ICLQ*, 1996, p. 82

BERNARD N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, p. 11

DE BEYS J., « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE*, 2001, p. 137

DRIGUEZ L., « Conditions d'application du salaire minimum aux salariés détachés », *Europe*, 2008, mai, comm. n° 151, p. 13

GILLIAUX P., « Les entraves à la libre circulation des personnes », *CDE*, 2008, n° 3-4, p. 407.

HATZOLPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, p. 191

HATZOPOULOS V., « Recent developments in the field of services », *CMLR*, 2000, p. 43

- KOVAR R., « *Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose* », *RTDE*, 2006, n° 2, p. 213
- KOVAR R., « Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur », *RTDE*, 2008, n° 44, p. 289
- MARGUE T.-L., « la protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché : problèmes et perspectives », *RMC*, 1992, p. 905
- MASCLET J.-C., « Libre circulation des marchandises », *Jurisclasseur Europe*, 1997, nov., fasc. 550
- MATTERA A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis de Dijon" et le principe de reconnaissance mutuelle ; Instruments au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, 1992, n°4, p. 13
- MATTERA A., « 'Civis Europaeus Sum'. Citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l'article 8A du traité CE », *RMUE*, 1998, n° 3, p. 24
- MICHEL V., « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *Annuaire de droit européen*, 2004, vol. II, p. 31
- MORTELMANS K., « Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition? », *CMLR*, 1991, p. 115
- OLIVER P., « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC », *CMLR*, 1999, p. 783
- OLIVER P. et ENCHELMAIER S., « Free movement of goods : recent developments in the case law », *CMLR*, 2007, p. 649
- PICOD F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, p. 169
- PRETE L., « Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts : the Battle over Keck », *LIEI*, 2008, n° 2, p. 133
- ROTH W.-H., « Commentaire des arrêts Keck et Mithouard et Hünermund », *CMLR*, 1994, p. 845
- RYELANDT G. et VERHULST M., « Le transit de produits par le territoire communautaire », *JTDE*, 2008, n° 150
- SIMON D. et LAGONDET F., « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, 1997, juil., chron. n° 9, p. 7
- SIMON D., « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? », *Europe*, 2008, nov., repère n° 10, p. 1
- STEINER J., « Drawing the line : uses and abuses of Article 30 CEE », *CMLR*, 1992, p. 749

TRYFONIDOU A., « Was Keck a half-baked Solution After All? », *LIEI*, 2007, p. 175

WEATHERILL S., « After Keck, some Thoughts on how to Clarify the Clarification », *CMLR*, 1996, n° 33, p. 885

WHITE E., « In search of the limits to article 30 of the EEC Treaty », *CMLR*, 1989, p. 25

IV. Droit économique et complémentarité entre droit de la concurrence et droit de la circulation

MONOGRAPHIES ET THÈSES

BAQUERO CRUZ J., *Between Competition and Free movement, The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart, Oxford, Portland Or., 2002, 164 p.

CHAPIER-GRANIER N., *Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2006, 626 p.

LUCAS de LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, PUF, Thémis, Droit privé, Paris, 2002, 1033 p.

MADDALON P., *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 2007, 396 p.

TORRE-SCHAUB M., *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, 409 p.

ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

BERROD F., « Le développement durable, nouvelle frontière du marché unique », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D., (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Cahiers du Collège d'Europe n°2, Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, 2007, 1^{ère} éd., p. 355

LEITÃO MARQUES M. M., « L'accès aux marchés non réglementés et l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 551

PESCATORE P., « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Mél. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, t. 2, p. 325

STUYCK J., « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », *in* *Mél. M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. 2, p. 1477

WAELEBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », *in* CAPOTORTI F., EHLERMANN C.-D., FROWEIN J., JACOBS F., JOLIET R., KOOPMANS T., KOVAR R. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration*, *Mél. P. Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 781

ARTICLES DE REVUES PÉRIODIQUES

BAQUERO CRUZ J., « Free movement and private autonomy », *ELR*, 1999, p. 603

BARNARD C. et DEAKIN S., « Market access and regulatory competition », 2001, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.html>

CONSTANTINESCO L.-J., « La constitution économique de la C.E.E. », *RTDE*, 1977, p. 244

DRIJBER B. J., « Les communications commerciales au carrefour de la dérégulation et de la réglementation », *CDE*, 2002, p. 529

IDOT L., « Concurrence et libre circulation – Regards sur les derniers développements », *RAE*, 2005, n° 3, p. 391

JOLIET R., « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », *CDE*, 1988, n° 4, p. 363

MONTI G., « article 81 EC and Public Policy », *CMLR*, 2002, p. 1057

MORTELMANS K., « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ? », *CMLR*, 2001, p. 613-649.

OLIVER P., « Concurrence et libre circulation : leur place dans le traité », *RAE*, 2005, n° 3, p. 379

POSNER T. R., « Addressing private and public/private market access barriers », *Law and Policy in International Business*, 2000, en ligne

REICH N., « The « November Revolution » of the European Court of Justice : Keck, Meng and Audi Revisited », *CMLR*, 1994, p. 459

VAN DER ESCH B., « Loyauté fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Orha) et C-185/91 (Reiff) », *CDE*, 1994, p. 533-542

OUVRAGES COLLECTIFS

MICKLITZ H.-W. et WEATHERILL S. (dir.), *European Economic Law*, Ashgate, Dartmouth Publishing Company, 1997, 579 p.

Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mél. G. Farjat, Paris, Frison-Roche, 1999, 587 p.

V. Droit public économique

MONOGRAPHIES ET THÈSES

CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Thèse, Paris, 2004, 379 p.

CHARBIT N., *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Thèse, Paris, 2002, 530 p.

CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Economica, 2^e éd., Paris, 2007, 1032 p.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2006, 1044 p.

DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1998, 799 p.

DURVIAUX A. L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire, Analyse critique d'un système*, Larcier, Bruxelles, 2006, 616 p.

KATZ D., *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, 473 p.

KOVAR J.-P., *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse, Strasbourg, 2005, 717 p.

LEMAIRE C., *Énergie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2003, 817 p.

du MARAIS B., *Droit de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Dalloz, Paris, 2004, 601 p.

RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Tec & Doc, Londres, Paris, New York, 2000, 694 p.

ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

BERROD F., « Contrats et obligations de service public dans la politique des transports : laboratoire d'une politique européenne des services publics », in ECKERT G., GAUTIER

Y., KOVAR R., RITLENG D. (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2007, p. 395

CHÉROT J.-Y., « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mél. Franck Moderne, Mouvement du droit public, Du droit administratif au droit constitutionnel, Du droit français aux autres droits*, Dalloz, Paris, 2004, p. 87

ECKERT G., « L'égalité de la concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », *Mél. Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 207

KOVAR R., « Les entreprises publiques dans l'Union européenne, entre privatisation et banalisation », in DEMARET P., GOVAERE I., HANF D., (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-04 – 2003-04*, Cahiers du Collège d'Europe n°2 – Presses Interuniversitaires Européennes et Peter Lang, Bruxelles, Berne, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Vienne, 2005, 2007, 1^{ère} éd., p. 299

LOMBARD M., « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », in *Mél. Franck Moderne, Mouvement du droit public, Du droit administratif au droit constitutionnel, Du droit français aux autres droits*, Dalloz, Paris, 2004, p. 673

ARTICLES DE REVUES PÉRIODIQUES

BÉRAUD J.-C., « L'aménagement des monopoles prévu à l'article 37 du traité C.E.E », *RTDE*, 1979, p. 573

BERROD F., « Monopoles publics et droit communautaire », *Jurisclassseur Europe*, 2003, fasc. 1510

BILLA B. et CALMETTE J.-F., « L'idée de régulation, entre interventionnisme public et analyse économique », 25.2.2008, n° 40, p. 10

BRÉCHON-MOULÈNES C., « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, 20 sept., p. 679

CALMETTE J.-F., « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *Droit administratif*, 7-2006, p. 13.

CHARBIT N., « L'entente automatique », *Concurrences*, 2006, n° 2, p. 44

CHARBIT N., « Restrictions concurrentielles d'origine publique », *AJDA*, 2004, p. 75

CHÉROT J.-Y., « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, 20 sept., p. 687

- CHUNG C.-M., « The relationship between state regulation and EC competition law : two proposals for a coherent approach », *ECLR*, 1995, p. 87
- DEMARET P. : « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », *RIDE*, 2002/2, p. ?
- FRISON-ROCHE M.-A., « Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole », *Lamy Concurrence*, 2005, août-oct., n° 4, p. 126
- FRISON-ROCHE M.-A., « Les difficultés inhérentes à l'intervention du juge administratif en matière de concurrence : un sujet de dispute », *RCC*, 1995, n° 88, atelier concurrence DGCCRF, *Le juge administratif face au droit de la concurrence*, p. 13
- GÉRARDIN D., « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *CDE*, 1999, p. 13
- GRARD L., « Libre concurrence et services publics, avec ou sans constitution, l'Union européenne maintient le cap de la conciliation des impératifs », *RAE*, 2006, n° 2, sept. 2007, p. 255
- GRARD L., « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », *Revue du droit des transports*, 2008, comm. 26
- GRARD L., « Étude d'impact du droit communautaire sur les réglementations étatiques des transports – À propos de quelques enseignements apportés par l'actualité récente », *CDE*, 2008, n° 3-4, p. 255
- IDOT L., « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents », *Europe*, 1996, janv., p. 1
- IDOT L., « Concurrence entre secteurs public et privé (en droit français et communautaire) », *RIDE*, 1994/3, p. 449.
- JOLIET R., « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », *CDE*, 1988, p. 363
- JOLIET R., « Réglementations étatiques anticoncurrentielles », *CDE*, 1988, p. 363
- KOVAR J.-P., « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *DA*, 2007, déc., p. 7
- KOVAR R., « Droit communautaire et services publics », *RTDE*, 1996, p. 229
- KOVAR R., « Les acheteurs institutionnels et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, 2007, janv., étude 1, p. 7
- LOMBARD M., « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.*, 1994, chr., p. 163
- MARENCO G., « Le Traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ? », *CDE*, 1986, p. 285

- MARENCO G., « Mesures étatiques et liberté de concurrence », *RTDE*, 1984, p. 527
- PAULIS E., « Les États peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 TCEE ? », *JT*, 1985, p. 209
- RICHER L., « Droit d'accès et service public », in « Intérêt général, concurrence et service public », *AJDA*, 2006, 16 janv., p. 73
- SAURON J.-L., « L'ouverture des services publics à la concurrence : le retour de Colbert ? », *D. Aff.*, 1997, n° 19, p. 588
- SOUSSE M., « Le règlement (CE) n° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route », *Europe*, 2008, juin, étude n° 6, p. 4
- TRUCHET D., « Les personnes publiques disposent-elles en droit français de la liberté d'entreprendre ? », *D. Affaires*, 1996, n° 24, p. 731
- VIER C.-L., « L'opérateur public et l'accès au marché », *PA*, 19.8.1988, n° 100, p. 18
- WAELEBROECK D., « Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l'autorité publique », *RMC*, 1987, p. 25

VI. Droit international économique

MONOGRAPHIES ET THÈSES

- CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, Dalloz, Précis, 3^e éd., Paris, 2007, 744 p.
- DIDIER P., *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 646 p.
- EECKHOUT P., *The European Internal Market and International Trade, A Legal Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 399 p.
- LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce, Analyse critique*, Bruylant et LGDJ, Bruxelles, Paris, 2004, 1277 p.

ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

- BUREAU D., « Lex mercatoria », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy, Puf, Paris, 2003, p. 933
- CLAUDEL E., « Vers un droit international de la concurrence », in DAILLIER P., de LA PRADELLE G. et GHÉRARI H., (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pédone, Paris, 2004, p. 405

- DAILLIER P., « la libre circulation des marchandises : obstacles tarifaires et non tarifaires aux échanges », *In* DAILLIER P., de LA PRADELLE G., GHÉRARI H. (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pédone, Paris, 2004, ch. 10, p. 365
- GERADIN D. et PETIT N., « Mondialisation et droit communautaire », *in* MOURRE A., (dir.), *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 3
- GUEUYOU M.-L., « Les négociations commerciales multilatérales », *in* DAILLIER P., de LA PRADELLE G., GHÉRARI H. (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pédone, Paris, 2004, ch. 29, p. 355
- KAHN P., « Droit international économique et droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », *in* *Le droit des relations économiques internationales*, *Mél. B. Goldman*, Litec, Paris, 1982,
- RUIZ-FABRI H., « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, *Mél. P. Kahn*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux – Litec, Paris, 2000, p. 303
- TROUCHE A., « Le principe de précaution entre unité et diversité : étude comparative des systèmes communautaire et OMC », *CDE*, 2008, n°3-4, p. 280

ARTICLES DE REVUES PÉRIODIQUES

- BERROD F., « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation, à propos de l'arrêt Portugal contre Conseil », *RTDE*, 2000, p. 419
- BOSSIS G., « La notion de sécurité alimentaire selon l'OMC : entre minoration et tolérance timide », *RGDIP*, 2001, p. 331
- FOX E., « Toward World Antitrust and Market Access », *American Journal of International Law*, 1997, n° 91, p. 1
- ICARD P., « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTDE*, 2002, p. 471
- MACLEAN R. M. et ZARPELLON S., « Tackling Barriers to Trade Through The European Community's Market Access Strategy », *ITLR*, 1999, p. 109
- MADDALON P., « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, 2005, p. 603
- NEFRAMI E., « L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes (à propos de l'arrêt Merck) », *RMCUE*, 2008, p. 227

PETERSMANN E.-U., « Grey Area Trade Restrictions and the Rule of Law », *Journal of World Trade*, 1988, n° 22, p. 23

RICHEZ B., « La réforme de l'antidumping et du règlement des différends de l'OMC : quels objectifs pour les entreprises européennes », *RMCUE*, 2004, p. 472

RUIZ-FABRI H., « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *RJE*, 2000, déc., n° spécial, p. 55

RYDELSKI M. S. et ZONNEKEYN G.A.V.R., « The EC Trade Barriers Regulation – The EC's Move Towards a More Aggressive Market Access Strategy », *JWT*, 1997, p. 147

STEWART A., « Market Access: A European Community Instrument to Break Down Barriers to Trade », *ITLR*, 1996, p. 121

VINCENT P., « Les relations entre l'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce : du nouveau pour le praticien ? », *JTDE*, 2001, p. 105

OUVRAGES COLLECTIFS

EMILIOU N., O'KEEFFE D. (dir.), *The European Union and World Trade Law, After the Uruguay Round*, European Law series, Chichester, New-York, Wiley, 1996, 390 p.

PETERSMANN E.-U., HILF M. (dir.), *The New GATT round of multilateral Trade Negotiations, Legal and Economic Problems*, Studies in transnational economic law, Deventer, Boston, Kluwer, 1991, 638 p.

THIRION N (dir.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 318 p.

VII. Autres références

MONOGRAPHIES

CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., Paris, 2001, 493 p.

CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé, La science des droits comparés*, Economica, T. 3, Paris, 1983, 511 p.

FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14^e éd., Paris, 2007, 1035 p.

- FEREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2008
- HENNINGER J., *Marbury vs Madison, un arrêt fondateur, mal fondé* », Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005, 118 p.
- MONTESQUIEU, CALLOIS R. (éd. et notes), *De l'Esprit des lois, Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t. 2, Paris, 1748 (1^{ère} éd.), 1951, 1809 p.
- RIFKIN J., SAINT-UPÉRY M. (trad.), *L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, Paris, 2005, 395 p.
- ROLLAND H., *Lexique juridique, Expressions latines*, Lexis-Nexis, 4^e éd., Paris, 2006, 429 p.
- SCHWOK R., *Théories de l'intégration européenne : approches, concepts et débats*, Montchrestien, Clefs, Paris, 2005, 154 p.

ARTICLES

- BOUZOU N., « Quatre propositions pour que l'Europe ne tombe pas dans le protectionnisme », Fondation pour l'innovation politique, 31.3.2009, en ligne.
- CALMETTE J.-F., « Réflexions sur la valeur économique d'une analyse économique du droit : le cas du droit public », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2004, n° 2, p. 905
- COHEN D., « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mél. F. Terré*, Dalloz, Juris-Classeur, PUF, Paris, 1999, p. 393
- EDEL F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, 2009, n° 49, p. 213
- GUTMANN D., « Droit subjectif », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy, PUF, Paris, 2003, p. 529
- HAUTCOEUR P.-C., « Les théories de la protection : Les principaux arguments », <http://www.ac-orleans-tours.fr/centreco/ECOINTER/MINIFICHE20.htm> exposé publié en ligne
- MACKAAY E., « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in DEFFAINS B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, Paris, 2002, p. 11
- SIMON D., « Le charme discret du protectionnisme ou le « cercle enchanté de la dénégation collective » », *Europe*, 2009, mars, focus n° 8, p. 2

OUVRAGES COLLECTIFS

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., Paris, 2007, 986 p.

PERELMAN Ch., VANDER ELST, R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p.

COMMUNICATION ET RAPPORTS

COMMISSION EUROPÉENNE

Communication relative au programme pluriannuel pour la réalisation de l'union douanière, JO n° C 84 du 31.3.1979, p. 2

Communication, *Les suites de l'arrêt Cassis de Dijon*, JO C 256 du 3.10.1980, p. 2

Communication, *La coopération entre l'Autorité de surveillance AELE et les juridictions nationales pour l'application des art. 53 et 54 de l'accord EEE*, JO C 112 du 4.5.1995, p. 7

Communication, *Le défi global du commerce international : Une stratégie d'accès aux marchés pour l'Union européenne*, COM/96/53 final, 14.2.1996

Communication, *Les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 § 1 du TCE*, 97/C 372/04, JO n° C 29 du 30.1.1997, p. 3

Communication, *La définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JO n° C 372 du 9.12.1997, p. 5

Communication, *L'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales – Suivi du Livre vert sur les restrictions verticales*, COM/98/544 final, JO C 365 du 26.11.1998, p. 3

Communication, *La mise en œuvre et les effets de la directive n° 91/440/CEE relative au développement de chemins de fer communautaires et sur les droits d'accès pour le transport ferroviaire de marchandises*, COM (1998) 202 final

Communication, *L'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principe*, JO C 265 du 22.8.1998, p. 2

Communication, *La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur*, COM (1999) 299 final, 16.6.1999

Communication, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM (2000) 580 final, JO C 17 du 19.1.2001, p. 4

Communication, *Les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 §1 du TCE (de minimis)*, 22.12.2001, JO C 368 du 22.12.2001, p. 13

Communication, *Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle*, JO C 265 du 4.11.2003, p. 2.

Communication, *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, du 9.2.2004, COM (2004) 83 final, p. 13.

Communication publiée en application de l'article 27 §4 du règlement n° 1/2003/CE du Conseil concernant l'affaire COM/B-1/38348 – Repsol CPP SA, JO C 258 du 20.10.2004, p. 7.

Communication, *Mettre en œuvre le programme de Lisbonne : un cadre politique pour renforcer l'industrie manufacturière de l'UE – vers une approche intégrée de la politique industrielle*, COM (2005) 474 final, 5.10.2005.

Communication interprétative, *Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics*, JO C 179 du 1^{er}.8.2006, p. 2.

Communication, *Le rôle capital des petites et moyennes entreprises dans la stimulation de la croissance et de l'emploi – Une révision à mi-parcours de la politique moderne des PME*, COM (2007) 592 final, 4.10.2007

Communication, *L'Europe dans le monde: un partenariat renforcé pour assurer aux exportateurs européens un meilleur accès aux marchés extérieurs*, COM/2007/183 final

Communication, *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*, 9.2.2009, JO C 45, 24.2.2009, p. 7

Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 291, 13.10.2000, p. 1

Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JO C 3 du 6.1.2001, p. 2

Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JO C 165 du 11.7.2002

Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, §3, JO n° C 101 du 27.4.2004, p. 97

Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO, n° C 101 du 27.4.2004, p. 81

Livre blanc, *La modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE*, COM (1999) 101 final, JO C 132 du 12.5.1999, p. 1

Livre blanc, *L'achèvement du Marché intérieur*, COM (85) 310 final, 14.6.1985

Livre blanc, *La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix*, COM (2001) 370 final, 12.9.2001

Livre vert, *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM (1996) 721 final

XXIV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1994, Bruxelles, Luxembourg, 1995

XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence – 1997, SEC(98) 636 final, JO C 150 du 28.5.1999

DIVERS

Conseil d'État, *L'intérêt général*, Rapport public, Études et documents n° 50, La documentation Française, Paris, 1999

Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public, Études et documents n° 53, La documentation Française, Paris, 2002

European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), REY P. (dir.), « An economic approach to Article 82 », rapport, 2005, en ligne

OCDE, *Regulatory reform and international standardisation*, 28.1.1999, TD/TC/WP(98)36/Final

OCDE, *Predatory foreclosure*, 15.3.2005, DAF/COMP(2005)14

OCDE, *Barriers to entry*, 15.9.2005, DAF/COMP(2005)42

OMC, *Market access : Unfinished business – Post-Uruguay Round Inventory and Issues*, WTO Special Study n°6, Genève, 27.4.2001

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- CJCE, 16.7.1956, *Fédération charbonnière de Belgique c. Haute autorité de la CECA*, 8-55, *Rec.*, p. 201
CJCE, 19.12.1961, *Commission c. Italie*, 7-61, *Rec.*, p. 693, sp. 657
CJCE, 14.12.1962, *Commission c. Belgique et Luxembourg*, 2 et 3-62, *Rec.*, p. 813, sp. 829
CJCE, 19.3.1964, *Unger*, 75-63, *Rec.*, p. 347
CJCE, 30.6.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 56-65, *Rec.*, p. 337
CJCE, 13.7.1966, *Éts Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c. Commission*, 56 et 58-64, *Rec.*, p. 429
CJCE, 13.7.1966, *Italie c. Conseil et Commission*, 32-65, *Rec.*, p. 563
CJCE, 12.12.1967, *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 23-67, *Rec.*, p. 525
CJCE, 29.2.1968, *Parke, Davis and Co c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, 24-67, *Rec.*, p. 81
CJCE, 4.4.1968, *Firma Fink-Frucht c. Hauptzollamt München-Landsbergerstrasse*, 27-67, *Rec.*, p. 327
CJCE, 10.12.1968, *Commission c. Italie*, 7-68, *Rec.*, p. 617
CJCE, 1^{er}.7.1969, *Commission c. Italie*, 24-68, *Rec.*, p. 193
CJCE, 1^{er}.7.1969, *Fonds social des ouvriers diamantaires*, 2 et 3-69, *Rec.*, p. 211
CJCE, 15.7.1970, *ACF Chemiefarma c. Commission*, 41-69, *Rec.*, p. 661
CJCE, 18.2.1971, *Sirena S.r.l. c. Eda S.r.l. e.a.*, 40-70, *Rec.*, p. 69
CJCE, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Commission (Matières colorantes)*, 48-69, *Rec.*, p. 619
CJCE, 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren*, 8-72, *Rec.*, p. 977
CJCE, 21.2.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 6-72, *Rec.*, p. 215
CJCE, 19.6.1973, *C. Capolongo c. Azienda Agricola Maya*, 77-72, *Rec.*, p. 611
CJCE, 6.3.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, 6 et 7-73, *Rec.*, p. 223
CJCE, 30.4.1974, *G. Sacchi*, 155-73, *Rec.*, p. 409
CJCE, 14.5.1974, *J. Nold e.a. c. Commission*, 4-73, *Rec.*, p. 491
CJCE, 21.6.1974, *J. Reyners c. Belgique*, 2-74, *Rec.*, p. 631
CJCE, 11.7.1974, *Proc. du Roi c. B. et G. Dassonville*, 6 et 7-74, *Rec.*, p. 837
CJCE, 3.12.1974, *Van Binsbergen*, 33-74, *Rec.*, p. 1299
CJCE, 12.12.1974, *B. N. O. Walrave et L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale e.a.*, 36-74, *Rec.*, p. 1405
CJCE, 20.2.1975, *Commission c. Allemagne*, 12-74, *Rec.*, p. 181
CJCE, 18.6.1975, *Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) c. Ente nazionale per la cellulosa e per la carta (ENCC)*, 94-74, *Rec.*, p. 699
CJCE, 8.7.1975, *Rewe-Zentralfinanz eGmbH c. Landwirtschaftskammer*, 4-75, *Rec.*, p. 843
CJCE, 21.10.1975, *Petroni c. ONPTS*, 24-75, *Rec.*, p. 1149
CJCE, 28.10.1975, *R. Rutili c. Ministre de l'intérieur*, 36-75, *Rec.*, p. 1219
CJCE, 13.11.1975, *General Motors*, 26-75, *Rec.*, p. 1367
CJCE, 16.12.1975, *Coöperatieve Verininging « Suiker Unie » U.A. e.a. c. Commission*, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, *Rec.*, p. 1663
CJCE, 3.2.1976, *Pubblico Ministero c. F. Manghera e.a.*, 59-75, *Rec.*, p. 91.
CJCE, 17.2.1976, *Rewe Zentrale c. Hauptzollamt Landau Pfalz*, 45-75, *Rec.*, p. 181
CJCE, 26.2.1976, *R. Tasca*, 65-75, *Rec.*, p. 291
CJCE, 20.5.1976, *A. de Peijper*, 104-75, *Rec.*, p. 613
CJCE, 14.7.1976, *Donà*, 13-76, *Rec.*, p. 1333
CJCE, 25.1.1977, *Bauhuis c. Pays-Bas*, 46-76, *Rec.*, p. 5
CJCE, 16.3.1977, *Commission c. France*, 68-76, *Rec.*, p. 515
CJCE, 22.3.1977, *Steinike et Weinling*, 78-76, *Rec.*, p. 595
CJCE, 28.4.1977, *Thieffry c. Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris*, 71-76, *Rec.*, p. 765
CJCE, 14.7.1977, *R. Bosch c. Hauptzollamt Hildesheim*, 1-77, *Rec.*, p. 1473
CJCE, 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte & Co. KG c. Commission*, 26-76, *Rec.*, p. 1875
CJCE, 16.11.1977, *SA G.B.-INNO-B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, 13-77, *Rec.*, p. 2115

CJCE, 24.1.1978, *Ministère public du Royaume des Pays-Bas c. J. P. van Tiggele*, 82-77, *Rec.*, p. 25
 CJCE, 1^{er}.2.1978, *Miller International Schallplatten c. Commission*, 19-77, *Rec.*, p. 131
 CJCE, 14.2.1978, *United Brands Company et United Brands Continental BV c. Commission*, 27-76, *Rec.*, p. 207
 CJCE, 28.6.1978, *Simmenthal*, 70-77, *Rec.*, p. 1453
 CJCE, 29.6.1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV e.a. c. Commission*, 77-77, *Rec.*, p. 1513
 CJCE, 23.11.1978, *Regina c. E. G. Thompson e.a.*, 7-78, *Rec.*, p. 2247
 CJCE, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, 85-76, *Rec.*, p. 461
 CJCE, 20.2.1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, 120-78, *Rec.*, p. 649
 CJCE, 31.5.1979, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c. Commission*, 22-78, *Rec.*, p. 1869
 CJCE, 31.5.1979, *Denkavit c. France*, 132-78, *Rec.*, p. 1923
 CJCE, 8.11.1979, *P. B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, 15-79, *Rec.*, p. 3409
 CJCE, 14.12.1979, *Regina c. M. D. Henn et J. F. E. Darby*, 34-79, *Rec.*, p. 3795
 CJCE, 27.2.1980, *Commission c. France*, 168-78, *Rec.*, p. 347
 CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Italie*, 169-78, *Rec.*, p. 385.
 CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Royaume-Uni (Vin et Bière)*, 170-78, *Rec.*, p. 417
 CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Danemark*, 171-78, *Rec.*, p. 447.
 CJCE, 27.2.1980, *Commission c. Irlande*, 55-79, *Rec.*, p. 481
 CJCE, 18.3.1980, *Proc. du Roi c. M. J.V.C. Debauxe e.a.*, 52-79, *Rec.*, p. 833
 CJCE, 21.5.1980, *Commission c. Italie*, 73-79, *Rec.*, p. 1533
 CJCE, 17.6.1980, *Commission c. Irlande*, 113-80, *Rec.*, p. 1625
 CJCE, 10.7.1980, *Commission c. France*, 152-78, *Rec.*, p. 2299
 CJCE, 10.7.1980, *SA Lancôme e.a. c. Etos BV e. a.*, 99-79, *Rec.*, p. 2511
 CJCE, 11.12.1980, *NV L'Oréal et SA L'Oréal c. PVBA « De Nieuwe AMCK »*, 31-80, *Rec.*, p. 3775
 CJCE, 16.12.1980, *Fietje*, 27-80, *Rec.*, p. 3839
 CJCE, 17.12.1980, *Commission c. Belgique*, 149-79, *Rec.*, p. 3881
 CJCE, 22.1.1981, *Dansk Supermarked c. Imerco*, 58-80, *Rec.*, p. 181
 CJCE, 17.6.1981, *Commission c. Irlande (souvenirs d'Irlande)*, 113-80, *Rec.*, p. 1625
 CJCE, 14.7.1981, *S. Öbel (ou Oebel)*, 155-80, *Rec.*, p. 1993
 CJCE, 17.12.1981, *Proc. pén. c. Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV*, 272-80, *Rec.*, p. 3277
 CJCE, 3.2.1982, *Seco et Desquenne & Giral*, 62 et 63-81, *Rec.*, p. 223.
 CJCE, 31.3.1982, *J. H. T. Blesgen c. Belgique*, 75-81, *Rec.*, p. 1211
 CJCE, 1^{er}.4.1982, *Gerrit Holdijk e.a.*, 141 à 143-81, *Rec.*, p. 1299
 CJCE, 5.5.1982, *G. Schul Douane Expéditeur BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal*, 15-81, *Rec.*, p. 1409
 CJCE, 18.5.1982, *R. Adoui c. Belgique e.a. et D. Cornuaille c. Belgique*, 115 et 116-81, *Rec.*, p. 1665
 CJCE, 9.6.1982, *Commission c. Italie*, 95-81, *Rec.*, p. 2187
 CJCE, 15.7.1982, *COGIS (Compagnia Generale Interscambi) c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, 216-81, *Rec.*, p. 2701
 CJCE, 27.10.1982, *Morson et Jhangan*, 35 et 36-82, *Rec.*, p. 3723
 CJCE, 10.11.1982, *Rau*, 261-81, *Rec.*, p. 3961
 CJCE, 24.11.1982, *Commission c. Irlande (Buy Irish)*, 249-81, *Rec.*, p. 4005
 CJCE, 15.12.1982, *Proc. pén. c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, 286-81, *Rec.*, p. 4575
 CJCE, 8.2.1983, *Commission c. Royaume-Uni (Laits UHT)*, 124-81, *Rec.*, p. 203
 CJCE, 10.3.1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et a. c. Groupement d'intérêt économique « Inter-Huiles » et a.*, 172-82, *Rec.*, p. 555
 CJCE, 15.3.1983, *Commission c. Italie*, 319-81, *Rec.*, p. 601
 CJCE, 16.3.1983, *SIOT c. Ministère italien des finances*, 266-81, *Rec.*, p. 731
 CJCE, 17.5.1983, *Commission c. Belgique*, 132-82, *Rec.*, p. 1656
 CJCE, 7.6.1983, *Commission c. Italie*, 78-82, *Rec.*, p. 1955
 CJCE, 12.7.1983, *Commission c. Royaume-Uni (Vin et Bière II)*, 170-78, *Rec.*, p. 2265
 CJCE, 14.7.1983, *Proc. pén. c. Sandoz BV*, 174-82, *Rec.*, p. 2445
 CJCE, 25.10.1983, *AEG-Telefunken c. Commission*, 107-82, *Rec.*, p. 3151
 CJCE, 9.11.1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission (ci-après Michelin I)*, 322-81, *Rec.*, p. 3461
 CJCE, 9.11.1983, *Commission c. Danemark*, 158-82, *Rec.*, p. 3573
 CJCE, 31.1.1984, *Luisi et Carbone*, 286-82 et 26-83, *Rec.*, p. 377

CJCE, 7.2.1984, *Jongeneel Kaas BV e.a. c. État néerlandais et Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, 237-82, *Rec.*, p. 483

CJCE, 7.2.1984, *Duphar BV e.a. c. Pays-Bas*, 238-82, *Rec.*, p. 523

CJCE, 21.2.1984, *Hasselblad (GB) Limited c. Commission*, 86-82, *Rec.*, p. 883

CJCE, 28.2.1984, *Ford of Europe Incorporated et Ford-Werke AG c. Commission*, 228 et 229-82, *Rec.*, p. 1129

CJCE, 13.3.1984, *Proc. pén. c. K. Prantl*, 16-83, *Rec.*, p. 1299

CJCE, 5.4.1984, *Proc. pén. c. J. van de Haar et Kaveka de Meern BV*, 177 et 178-82, *Rec.*, p. 1797

CJCE, 17.5.1984, *Denkavit Nerderland*, 15-83, *Rec.*, p. 2171

CJCE, 10.7.1984, *Campus Oil Limited e.a. c. Ministre pour l'Industrie et l'Énergie e.a.*, 72-83, *Rec.*, p. 2727

CJCE, 12.7.1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris c. O. Klopp*, 107-83, *Rec.*, p. 2971

CJCE, 6.11.1984, *Fearon*, 182-83, *Rec.*, p. 3677

CJCE, 10.1.1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e.a. c. SARL "Au blé vert" e.a. (Leclerc-livres)*, 229-83, *Rec.*, p. 1

CJCE, 29.1.1985, *H. Cullet e.a. c. Centre Leclerc à Toulouse e.a.*, 231-83, *Rec.*, p. 305

CJCE, 7.2.1985, *Proc. de la République c. association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, 240-83, *Rec.*, p. 531

CJCE, 14.3.1985, *Commission c. France*, 269-83, *Rec.*, p. 837

CJCE, 7.5.1985, *Commission c. France*, 18-84, *Rec.*, p. 1339

CJCE, 9.5.1985, *Commission c. France*, 21-84, *Rec.*, p. 1355

CJCE, 9.5.1985, *Humblot c. Directeur des services fiscaux*, 112-84, *Rec.*, p. 1367

CJCE, 18.6.1985, *Steinhauser*, 197-84, *Rec.*, p. 1819

CJCE, 11.7.1985, *Cinéthèque*, 60 et 61-84, *Rec.*, p. 2605

CJCE, 3.10.1985, *SA Centre belge d'études de marché – Télémarketing c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et SA Information publicité Benelux*, 311-84, *Rec.*, p. 3261

CJCE, 26.11.1985, *Proc. pén. c. Miro BV*, 182-84, *Rec.*, p. 3731

CJCE, 11.12.1985, *Commission c. Grèce*, 192-84, *Rec.*, p. 3967

CJCE, 28.1.1986, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, 161-84, *Rec.*, p. 353

CJCE, 28.1.1986, *Commission c. France*, 270-83, *Rec.*, p. 273

CJCE, 28.1.1986, *Commission c. France*, 188-84, *Rec.*, p. 419

CJCE, 25.2.1986, *Windsurfing International Inc. c. Commission*, 193-83, *Rec.*, p. 611

CJCE, 11.3.1986, *Conagate Limited c. HM Customs & Excise*, 121-85, *Rec.*, p. 1007

CJCE, 17.4.1986, *Reed*, 59-85, *Rec.*, p. 1283

CJCE, 30.4.1986, *Ministère public c. L. Asjes e.a.*, 209 à 213-84, *Rec.*, p. 1425

CJCE, 5.5.1986, *Commission c. Italie*, 103-84, *Rec.*, p. 1759

CJCE, 27.5.1986, *Société coopérative des laboratoires de pharmacie Legia et L. Gyselinx et fils – Cophalux c. Ministre de la Santé*, 87 et 88-85, *Rec.*, p. 1707

CJCE, 5.6.1986, *Commission c. Italie*, 103-84, *Rec.*, p. 1759

CJCE, 3.7.1986, *Lawrie-Blum*, 66-85, *Rec.*, p. 2121

CJCE, 11.11.1986, *British Leyland Public Limited Company c. Commission*, 226-84, *Rec.*, p. 3263

CJCE, 4.12.1986, *Commission c. Allemagne*, 205-84, *Rec.*, p. 3755

CJCE, 16.12.1986, *Commission c. Grèce (viandes fraîches)*, 124-85, *Rec.*, p. 3935

CJCE, 27.1.1987, *Verband der Sachversicherer e.V. c. Commission*, 45-85, *Rec.*, p. 405

CJCE, 12.3.1987, *Commission c. Allemagne (Loi allemande de pureté de la bière)*, 178-84, *Rec.*, p. 1227

CJCE, 12.3.1987, *Commission c. Grèce*, 176-84, *Rec.*, p. 1193

CJCE, 7.5.1987, *Commission c. Italie*, 184-85, *Rec.*, p. 2013

CJCE, 7.5.1987, *Co-Frutta c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 193-85, *Rec.*, p. 2105

CJCE, 16.6.1987, *Commission c. Italie*, 118-85, *Rec.*, p. 2599

CJCE, 17.6.1987, *Commission c. Italie*, 154-85, *Rec.*, p. 2256

CJCE, 9.7.1987, *Commission c. Belgique*, 356-85, *Rec.*, p. 3299

CJCE, 1^{er}.10.1987, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, 311-85, *Rec.*, p. 380

CJCE, 15.10.1987, *Unectef c. G. Heylens*, 222-86, *Rec.*, p. 4097

CJCE, 17.11.1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. c. Commission*, 142 et 156-84, *Rec.*, p. 4487

CJCE, 23.2.1988, *Commission c. France (succédanés de lait)*, 216-84, *Rec.*, p. 793

CJCE, 26.4.1988, *Bond van Adverteerders e.a. c. Pays-Bas*, 352-85, *Rec.*, p. 2085

CJCE, 7.7.1988, *C. Stanton et SA belge d'assurance « L'Étoile 1905 » c. Inasti*, 143-87, *Rec.*, p. 3877

CJCE, 7.7.1988, *Inasti c. Wolf e.a.*, 154 et 155-87, *Rec.*, p. 3897

CJCE, 14.7.1988, *Glocken e.a.*, 407-85, *Rec.*, p. 4233
 CJCE, 14.7.1988, *Proc. pén. c. Zoni*, 90-86, *Rec.*, p. 4285
 CJCE, 14.7.1988, *Proc. de redressement judiciaire c. Smanor SA*, 298-87, *Rec.*, p. 4489
 CJCE, 21.9.1988, *Van Eycke*, 267-86, *Rec.*, p. 4769
 CJCE, 27.9.1988, *Commission c. Allemagne*, 18-87, *Rec.*, p. 5427
 CJCE, 5.10.1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e.a. c. Régie nationale des usines Renault*, 53-87, *Rec.*, p. 6039
 CJCE, 5.10.1988, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd*, 238-87, *Rec.*, p. 6211
 CJCE, 2.2.1989, *Cowan*, 186-87, *Rec.*, p. 195
 CJCE, 11.5.1989, *Danemark c. Commission*, 263-87, *Rec.*, p. 1081
 CJCE, 11.5.1989, *Proc. pén. c. E. R. Wurmser Vve Bouchara e.a.*, 25-88, *Rec.*, p. 1105
 CJCE, 16.5.1989, *Buet*, 382-87, *Rec.*, p. 1235
 CJCE, 30.5.1989, *Commission c. Grèce*, 305-87, *Rec.*, p. 1461
 CJCE, 22.6.1989, *Fediol (Fédération de l'Industrie de l'huilerie de la CEE) c. Commission*, 70-87, *Rec.*, p. 1781
 CJCE, 21.9.1989, *Schäfer Shop BV c. Minister van Economische Zaken*, 12-88, *Rec.*, p. 2937
 CJCE, 23.11.1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc* (1^{er} arrêt *B & Q*), C-145/88, *Rec.*, p. 3851
 CJCE, 13.12.1989, *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises*, C-49/89, *Rec.*, p. 4441
 CJCE, 11.1.1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c. Commission*, C-277/87, *Rec.*, p. I-45
 CJCE, 7.3.1990, *H. Krantz GmbH c. Ontvanger der Directe Belastingen et Staat der Nederlanden*, C-69/88, *Rec.*, p. I-583
 CJCE, 7.3.1990, *GB-Inno-BM c. Confédération du commerce luxembourgeois*, C-362/88, *Rec.*, p. I-667
 CJCE, 20.3.1990, *Du Pont de Nemours Italiana SPA c. Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*, C-21/88, *Rec.*, p. I-889
 CJCE, 27.3.1990, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d'immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417
 CJCE, 11.7.1990, *Quietlynn Ltd et B. J. Richards c. Southend-on-Sea BC*, C-23/89, *Rec.*, p. I-3059
 CJCE, 11.12.1990, *Commission c. Danemark*, 47-88, *Rec.*, p. I-4509
 CJCE, 12.12.1990, *SARPP c. Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre de France e.a.*, C-241/89, *Rec.*, p. I-4695
 CJCE, 13.12.1990, *Commission c. Grèce*, C-347/88, *Rec.*, p. I-4747
 CJCE, 26.2.1991, *Commission c. Italie*, C-180/89, *Rec.*, p. I-709
 CJCE, 26.2.1991, *Commission c. France*, C-154/89, *Rec.*, p. I-659
 CJCE, 26.2.1991, *Commission c. Grèce*, C-198/89, *Rec.*, p. I-727
 CJCE, 28.2.1991, *S. Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, *Rec.*, p. I-935
 CJCE, 28.2.1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIDEF Conforama et Société Arts et Meubles et Société Jima*, C-312/89, *Rec.*, p. I-997
 CJCE, 28.2.1991, *Proc. pén. c. A. Marchandise e.a., J.-M. Chapuis et SA Trafitex*, C-332/89, *Rec.*, p. I-1027
 CJCE, 7.3.1991, *Masgio*, C-10/90, *Rec.*, p. I-1119
 CJCE, 19.3.1991, *France c. Commission (terminaux de télécommunications)*, C-202/88, *Rec.*, p. I-1223
 CJCE, 19.3.1991, *Commission c. Belgique*, C-249/88, *Rec.*, p. I-1275
 CJCE, 21.3.1991, *Commission c. Italie*, C-209/89, *Rec.*, p. I-1575
 CJCE, 23.4.1991, *K. Höfner et F. Elser c. Macroton GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979
 CJCE, 7.5.1991, *Commission c. Belgique*, C-287/89, *Rec.*, p. I-2233
 CJCE, 7.5.1991, *Nakajima All. Precision Co. Ltd c. Conseil*, C-69/89, *Rec.*, p. I-2069
 CJCE, 7.5.1991, *I. Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, C-340/89, *Rec.*, p. I-2357
 CJCE, 18.6.1991, *Piageme e.a. c. BVBA Peeters*, C-369/89, *Rec.*, p. I-2971
 CJCE, 3.7.1991, *AKZO Chemie BV c. Commission*, C-62/86, *Rec.*, p. I-3359
 CJCE, 25.7.1991, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069
 CJCE, 25.7.1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4221
 CJCE, 25.7.1991, *M. Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221
 CJCE, 25.7.1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, C-1 et C-176/90, *Rec.*, p. I-4151
 CJCE, 13.12.1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*, C-18/88, *Rec.*, p. I-5941
 CJCE, 28.1.1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.*, p. I-249
 CJCE, 28.1.1992, *Commission c. Belgique*, C-300/90, *Rec.*, p. I-305
 CJCE, 10.3.1992, *N.M.B. (Deutschland) GmbH e.a. c. Commission*, C-188/88, *Rec.*, p. I-1689
 CJCE, 11.3.1992, *Compagnie Commerciale de l'Ouest e. a. c. Receveur principal des douanes de La Pallice Port*, C-78 à 83/90, *Rec.*, p. I-1847

CJCE, 20.5.1992, *C. Ramrath c. Ministre de la Justice*, C-106/91, *Rec.*, p. I-3351

CJCE, 9.6.1992, *Delhaize et Le Lion*, C-47/90, *Rec.*, p. I-3669

CJCE, 16.6.1992, *Commission c. Luxembourg*, C-351/92, *Rec.*, p. I-3945

CJCE, 9.7.1992, *Commission c. Belgique (déchets wallons)*, C-2/90, *Rec.*, p. I-4431

CJCE, 16.7.1992, *Legros*, C-163/90, *Rec.*, p. I-4657

CJCE, 16.12.1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc* (2nd arrêt *B & Q*), C-169/91, *Rec.*, p. I-6635

CJCE, 17.2.1993, *C. Poucet c. Assurances générales de France e.a.*, C-159 et C-160/91, *Rec.*, p. I-637

CJCE, 31.3.1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. c. Commission (Pâte de bois)*, C-89, C-104, C-114, C-116, C-117, C-125 à C-129/85, *Rec.*, p. I-1307

CJCE, 31.3.1993, *D. Kraus c. Land Baden-Württemberg*, C-19/92, *Rec.*, p. I-1663

CJCE, 18.5.1993, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft c. Yves Rocher*, C-126/91, *Rec.*, p. I-2361

CJCE, 19.5.1993, *Corbeau*, C-320/91, *Rec.*, p. I-2533

CJCE, 22.6.1993, *Commission c. Danemark*, C-243/89, *Rec.*, p. I-3353

CJCE, 23.6.1993, *Gallagher*, C-11/92, *Rec.*, p. I-3545 et CJCE, 22.10.2002, *National Farmer's Union*, C-241/01, *Rec.*, p. I-9079

CJCE, 13.7.1993, *A. Thijssen c. Controldienst voor de verzekeringen*, C-42/92, *Rec.*, p. I-4047

CJCE, 2.8.1993, *Celulose Beira Industrial SA*, C-266/91, *Rec.*, p. I-4357

CJCE, 13.10.1993, *CMC Motorradcenter GmbH c. P. Baskiciogullari*, C-93/92, *Rec.*, p. I-5009

CJCE, 17.11.1993, *proc. pén. c. W. W. Meng*, et *proc. pén. c. Ohra Schadeverzekeringen NV*, C-2 et C-245/91, *Rec.*, p. I-5751

CJCE, 17.11.1993, *Reiff*, C-185/91, *Rec.*, p. I-5801

CJCE, 17.11.1993, *Commission c. France*, C-68/92, *Rec.*, p. I-5881

CJCE, 24.11.1993, *Proc. pén. c. B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, *Rec.* p. I-6097

CJCE, 15.12.1993, *Ligur Carni*, C-277, C-318 et C-319/91, *Rec.*, p. I-6621

CJCE, 15.12.1993, *R. Hünermund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, C-292/92, *Rec.*, p. I-6787

CJCE, 13.1.1994, *Metro SB-Großmärkte & Co. KG c. Cartier (SA)*, C-376/92, *Rec.*, p. I-15

CJCE, 19.1.1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, C-364/92, *Rec.*, p. I-43

CJCE, 2.2.1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, C-315/92, *Rec.*, p. I-317

CJCE, 9.2.1994, *Commission c. Italie*, C-119/92, *Rec.*, p. I-395

CJCE, 2.3.1994, *Hilti AG c. Commission*, C-53/92 P, *Rec.*, p. I-667

CJCE, 24.3.1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. G. et J. Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039

CJCE, 1^{er}.6.1994, *Commission c. Allemagne*, C-317/92, *Rec.*, p. I-2039

CJCE, 2.6.1994, *Proc. pén. c. Tankstation 't Heukske vof et J. B. E. Boermans*, C-401 et C-402/92, *Rec.*, p. I-2199

CJCE, 2.6.1994, *Punto Casa et PPV*, C-69 et C-258/93, *Rec.*, p. I-2355

CJCE, 14.7.1994, *Proc. pén. c. M. Peralta*, C-379/92, *Rec.*, p. I-3453

CJCE, 9.8.1994, *Lancry e.a. c. Direction générale des douanes e.a.*, C-363/93, *Rec.*, p. I-3957

CJCE, 9.8.1994, *Meyhui*, C-51/93, *Rec.*, p. I-3879

CJCE, 9.8.1994, *R. Vander Elst c. Office des migrations internationales*, C-43/93, *Rec.*, p. I-3803

CJCE, 15.9.1994, *proc. pén. c. L. N. B. Houtwipper*, C-293/93, *Rec.*, p. I-4249

CJCE, 5.10.1994, *Commission c. France*, C-381/93, *Rec.*, p. I-5145

CJCE, 5.10.1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077

CJCE, 10.11.1994, *L. Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, C-320/93, *Rec.*, p. I-5243

CJCE, 15.12.1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA (DLG)*, C-250/92, *Rec.*, p. I-5641

CJCE, 24.1.1995, *Commission c. Pays-Bas*, C-359/93, *Rec.*, p. I-157

CJCE, 9.2.1995, *Société d'importation É. Leclerc-Siplec c. TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, C-412/93, *Rec.*, p. I-179

CJCE, 23.2.1995, *Proc. pén. c. A. Bordessa, e. a.*, C-358 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361

CJCE, 9.3.1995, *Fazenda Pública et Ministério Público c. A. J. Nunes Tadeu*, C-345/93, *Rec.*, p. I-479

CJCE, 28.3.1995, *Evans Medical Ltd*, C-324/93, *Rec.*, p. I-563

CJCE, 28.3.1995, *The Queen c. Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd (Diamorphine)*, C-324/93, *Rec.*, p. I-563

CJCE, 6.4.1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission (Magill)*, C-241 et C-242/91 P, Rec., p. I-743

CJCE, 10.5.1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, C-384/93, Rec., p. I-1141

CJCE, 29.6.1995, *Commission c. Grèce (Laits transformés du premier âge)*, C-391/92, Rec., p. I-1621

CJCE, 6.7.1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, C-470/93, Rec., p. I-1923

CJCE, 11.8.1995, *Édouard Dubois et fils SA et Général Cargo Services SA c. Garonor*, C-16/94, Rec., p. I-2432

CJCE, 11.8.1995, *F. G. Roders BV e .a. c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-367 à C-377/93, Rec., p. I-2229

CJCE, 11.8.1995, *G. H. E. J. Wielockx c. Inspecteur der directe belastingen*, C-80/94, Rec., p. I-2493

CJCE, 14.9.1995, *M. Simitzi c. Dimos Kos*, C-485/93, Rec., p. I-2655

CJCE, 5.10.1995, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl.*, C-96/94, Rec., p. I-2883

CJCE, 17.10.1995, *DIP SpA c. Comune di Bassano del Grappa, Lidl Italia Srl c. Comune di Chioggia et Lingral Srl c. Comune di Chioggia*, C-140 à C-142/94, Rec., p. I-3257

CJCE, 26.10.1995, *Commission c. Allemagne*, C-51/94, Rec., p. I-3599

CJCE, 14.11.1995, *P. Svensson et L. Gustavsson c. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, C-484/93, Rec., p. I-3955

CJCE, 30.11.1995, *Esso Española SA c. Comunidad Autónoma de Canarias*, C-134/94, Rec., p. I-4223

CJCE, 30.11.1995, *R. Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Rec., p. I-4165

CJCE, 14.12.1995, *Proc. pén. c. G. D. Banchemo*, C-387/93, Rec., p. I-4663

CJCE, 14.12.1995, *Proc. pén. c. L. E. Sanz de Lera, e.a.*, C-163, C-165 et C-250/94, Rec., p. I-4821

CJCE, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. J.-M. Bosman e.a.*, C-415/93, Rec., p. I-4921

CJCE, 28.3.1996, *Proc. pén. c. M. Guiot et Climatec SA*, C-272/94, Rec., p. I-1905

CJCE, 23.5.1996, *O'Flynn*, C-237/94, Rec., p. I-2617

CJCE, 20.6.1996, *Semeraro Casa Uno Srl e.a. c. Sindaco del Comune di Erbusco e.a.*, C-418 à C-421, C-460 à C-462, C-464/93, C-9 à C-11, C-14, C-15, C-23, C-24 et C-332/94, Rec., p. I-2975

CJCE, 24.10.1996, *Viho Europe BV c. Commission*, C-73/95 P, Rec., p. I-5457

CJCE, 14.11.1996, *Tetra Pak International SA c. Commission (Tetra Pak II)*, C-333/94 P, Rec., p. I-5951

CJCE, 23.11.1996, *Graffione c. Ditta Fransa*, C-313/94, Rec., p. I-6039

CJCE, 15.3.1997, *Futura Participations SA et Singer c. Administration des contributions*, C-250/95, Rec., p. I-2471

CJCE, 18.3.1997, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, C-343/95, Rec., p. I-1547

CJCE, 7.5.1997, *Proc. pén. c. J. Pistre e. a.*, C-321 à C-324/94, Rec., p. I-2343

CJCE, 25.6.1997, *Proc. pén. c. R. Kieffer et R. Thill*, C-114/96, Rec., p. I-3629

CJCE, 26.6.1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, Rec., p. I-3689

CJCE, 9.7.1997, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini (Svenska) Förlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34 à 36/95, Rec., p. I-3843

CJCE, 17.7.1997, *Haahr Petroleum c. Åbenrå Havn e.a.*, C-90/94, Rec., p. I-4085

CJCE, 23.10.1997, *Commission c. Pays-Bas*, C-157/94, Rec., p. I-5677

CJCE, 23.10.1997, *Proc. pén. c. H. Franzén*, C-189/95, Rec., p. I-5909

CJCE, 4.11.1997, *Parfums Christian Dior SA e.a. c. Evora BV*, C-337/95, Rec., p. I-6013

CJCE, 11.11.1997, *SABEL BV c. Puma AG*, C-251/95, Rec., p. I-6191

CJCE, 9.12.1997, *Commission c. France*, C-265/95, Rec., p. I-6959

CJCE, 11.12.1997, *Job Centre coop. arl.*, C-55/96, Rec., p. I-7119

CJCE, 31.3.1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commission*, C-68/94 et C-30/95, Rec., p. I-1375

CJCE, 28.4.1998, *J.F. Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län*, C-118/96, Rec., p. I-1897

CJCE, 28.4.1998, *N. Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, C-120/95, Rec., p. I-1831

CJCE, 28.4.1998, *R. Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, Rec., p. I-1931

CJCE, 7.5.1998, *Clean Car Autoservices GmbH*, C-350/96, Rec., p. I-2521

CJCE, 28.5.1998, *New Holland Ford Ltd c. Commission*, C-8/95 P, Rec., p. I-3175

CJCE, 18.6.1998, *Commission c. Italie (expéditeurs en douane)*, C-35-96, Rec., p. I-3851

CJCE, 18.6.1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl e.a.*, C-266/96, Rec., p. I-3949

CJCE, 25.6.1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, C-203/96, Rec., p. I-4075

CJCE, 14.7.1998, *Aher-Waggon GmbH c. Allemagne*, C-389/96, Rec., p. I-4473

CJCE, 16.7.1998, *Gut Springenheide GmbH et R. Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, C-210/96, Rec., p. I-4657

CJCE, 20.9.1998, *Commission c. Danemark, emballages recyclables*, 302-86, Rec., p. I-4607

CJCE, 1^{er}.10.1998, *Langnese Iglo c. Commission*, C-279/95 P, Rec., p. I-5609

CJCE, 22.10.1998, *Commission c. France (Foie gras)*, C-184/96, Rec., p. I-6197

CJCE, 29.10.1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, Rec., p. I-6717

CJCE, 26.11.1998, *Birden*, C-1/97, Rec., p. I-7747

CJCE, 26.11.1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, C-7/97, Rec., p. I-7791

CJCE, 1^{er}.12.1998, *Proc. pén. c. A. Ambry*, C-410/96, Rec., p. I-7875

CJCE, 26.1.1999, *F.C. Terhoeve c. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland*, C-18/95, Rec., p. I-345

CJCE, 11.2.1999, *Antillean Rice Mills NV, Trading & Shipping Co. Ter Beek BV, European Rice Brokers AVV, Alesie Curaçao NV et Guyana Investments AVV c. Commission*, C-390/95 P, Rec., p. I-769

CJCE, 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, Rec., p. I-1459

CJCE, 16.3.1999, *P. Mayer et M. Trummer*, C-222/97, Rec., p. I-1661

CJCE, 22.4.1999, *CRT France International c. Directeur régional des impôts de Bourgogne*, C-109/98, Rec., p. I-2237

CJCE, 29.4.1999, *E. Ciola c. Land Vorarlberg*, C-224/97, Rec., p. I-2517

CJCE, 11.5.1999, *Pfeiffer Großhandel c. Löwa Warenhandel GmbH*, C-255/97, Rec., p. I-2835

CJCE, 1^{er}.6.1999, *K. Konle c. Autriche*, C-302/97, Rec., p. I-3099

CJCE, 17.6.1999, *Société critouridienne de distribution (Socridis) c. Receveur principal des douanes*, C-166/98, Rec., p. I-3791

CJCE, 22.6.1999, *ED Srl c. Italo Fenocchio*, C-412/97, Rec., p. I-3845

CJCE, 8.7.1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, Rec., p. I-4125

CJCE, 21.9.1999, *BASF AG c. Präsident des Deutschen Patentamts*, C-44/98, Rec., p. I-6269

CJCE, 12.10.1999, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, C-379/97, Rec., p. I-6927

CJCE, 21.10.1999, *P. Jägerskiöld c. T. Gustafsson*, C-97/98, Rec., p. I-7319

CJCE, 21.10.1999, *Zenatti*, C-67/98, Rec., p. I-7289

CJCE, 26.10.1999, *Eurowings Luftverkehrs AG c. Finanzamt Dortmund-Unna*, C-294/97, Rec., p. I-7447

CJCE, 23.11.1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, Rec., p. I-8395

CJCE, 23.11.1999, *Proc. pén. c. J.-C. Arblade e.a.*, C-369 et C-376/96, Rec., p. I-8453

CJCE, 13.1.2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, C-220/98, Rec., p. I-117

CJCE, 13.1.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*, C-254/98, Rec., p. I-131

CJCE, 27.1.2000, *V. Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, Rec., p. I-493

CJCE, 15.2.2000, *Commission c. France*, C-34/98, Rec., p. I-995

CJCE, 15.2.2000, *Commission c. France*, C-169/98, Rec., p. I-1049

CJCE, 14.3.2000, *Association Église de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier ministre*, C-54/99, Rec., p. I-1335

CJCE, 16.3.2000, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA et Dafra-Lines A/S c. Commission*, C-395 et 396/96 P, p. I-1365

CJCE, 4.4.2000, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo AG*, C-465/98, Rec., p. I-2297

CJCE, 11.4.2000, *C. Deliège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL e.a.*, C-51/96 et C-191/97, Rec., p. I-2549

CJCE, 13.4.2000, *J. Lehtonen e.a. c. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, C-176/96, Rec., p. I-2681

CJCE, 16.5.2000, *Belgique c. Espagne*, C-388/95, Rec., p. I-3123

CJCE, 23.5.2000, *Sydhavnens Sten & Grup ApS c. Københavens Kommune*, C-209/98, Rec., p. I-3669

CJCE, 6.6.2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, C-281/98, Rec., p. I-4139

CJCE, 6.6.2000, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M Verkooijen*, C-35/98, Rec., p. I-4071

CJCE, 11.7.2000, *Toolex Alpha*, C-473/98, Rec., p. I-5681

CJCE, 26.9.2000, *Commission c. France*, C-225/98, Rec., p. I-7445

CJCE, 3.10.2000, *Échirolles Distribution SA c. Association du Dauphiné e.a.*, C-9/99, Rec., p. I-8207

CJCE, 19.10.2000, *Commission c. Grèce*, C-216/98, Rec., p. I-8934

CJCE, 7.11.2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-168/98, Rec., p. I-9131

CJCE, 6.12.2000, *Proc. pén. c. J.-P. Guimont*, C-448/98, Rec., p. I-10663

CJCE, 7.12.2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, C-324/98, Rec., p. I-10745

CJCE, 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky e.a.*, C-214/99, Rec., p. I-11121

CJCE, 14.12.2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, Rec., p. I-11369

CJCE, 8.3.2001, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB*, C-405/98, Rec., p. I-1795

CJCE, 13.3.2001, *PreussenElektra AG c. Schlesweg*, C-379/98, Rec., p. I-2099

CJCE, 29.3.2001, *Portugal c. Commission*, C-163/99, Rec., p. I-2613

CJCE, 12.7.2001, *B.S.M. Smits, ép. Geraets c. Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, C-157/99, Rec., p. I-5473

CJCE, 25.10.2001, *Commission c. Grèce*, C-398/98, Rec., p. I-7915

CJCE, 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, Rec., p. I-8089

CJCE, 29.11.2001, *F. De Coster c. Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, C-17/00, Rec., p. I-9445

CJCE, ord., 3.12.2001, *Bent Moustén Vestergaard c. Spøttrup Boligselskab*, C-59/00, Rec., p. I-9505

CJCE, 13.12.2001, *Commission c. France*, C-1/00, Rec., p. I-9989

CJCE, 22.1.2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec., p. I-607

CJCE, 19.2.2002, *J.C.J. Wouters e.a.*, C-309/99, Rec., p. I-1577

CJCE, 19.2.2002, *proc. pén. c. M. Arduino*, C-35/99, Rec., p. I-1529

CJCE, 23.4.2002, *Merck Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, C-443/99, Rec., p. I-3703

CJCE, 23.4.2002, *Boehringer Ingelheim KG e.a c. Swingward Ltd e.a.*, C-143/00, Rec., p. I-3759

CJCE, 4.6.2002, *Commission c. France*, C-483/99, Rec., p. I-4781

CJCE, 5.6.2002, *Commission c. Portugal*, C-367/98, Rec., p. I-4731

CJCE, 17.9.2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, Rec., p. I-7091

CJCE, 3.10.2002, *R. D. Danner*, C-136/00, Rec., p. I-8147

CJCE, 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission*, C-238, C-244, C-245, C-247, C-250 à 252 et C-254/99 P, Rec., p. I-8375

CJCE, 24.10.2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, C-82/01 P, Rec., p. I-9227

CJCE, 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00, Rec., p. I-9919

CJCE, 5.11.2002, *Commission c. Allemagne*, C-325/00, Rec., p. I-9977

CJCE, 19.11.2002, *Kurz*, C-188/00, Rec., p. I-10691

CJCE, 13.5.2003, *Commission c. Espagne*, C-463/00, Rec., p. I-4581

CJCE, 13.5.2003, *Commission c. Royaume-Uni*, C-98/01, Rec., p. I-4641

CJCE, 12.6.2003, *E. Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge c. Autriche*, C-112/00, Rec., p. I-5659

CJCE, 17.6.2003, *De Danske Bilimportører c. Skatteministeriet, Told- og Skattestyrelsen*, C-383/01, Rec., p. I-6065

CJCE, 26.6.2003, *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) et Ola Ramstedt c. Riksskatteverket*, C-422/01, Rec., p. I-6817

CJCE, 9.9.2003, *Consortio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-198/01, Rec., p. I-8055

CJCE, 18.9.2003, *Morellato*, C-416/00, Rec., p. I-9343

CJCE, 30.09.2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art*, C-167/01, Rec., p. I-10155

CJCE, 30.9.2003, *Biret International c. Conseil*, C-93/02 P, Rec., p. I-10497, et *idem, Éts Biret c. Conseil*, C-94/02 P, Rec., p. I-10565

CJCE, 2.10.2003, *C. Garcia Avello c. Belgique*, C-148/02, Rec., p. I-11613

CJCE, 16.10.2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen GmbH c. Deutsche Lufthansa AG*, C-363/01, Rec., p. I-11893

CJCE, 23.10.2003, *Inizan*, C-56/01, Rec., p. I-12403

CJCE, 6.11.2003, *Commission c. Espagne*, C-358/01, Rec., p. I-13145

CJCE, 13.11.2003, *V. Neri c. European School of Economics (ESE)*, C-153/02, Rec., p. I-13555

CJCE, 20.11.2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. GEMO SA*, C-126/01, *Rec.*, p. I-13769

CJCE, 27.11.2003, *Enirisorse SpA c. Ministero delle finanze*, C-34 à C-38/01, *Rec.*, p. I-14243

CJCE, 4.12.2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Autriche*, C-448/01, *Rec.*, p. I-14527

CJCE, 11.12.2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et J. Waterval*, C-322/01, *Rec.*, p. I-14887

CJCE, 11.12.2003, *AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH*, C-289/02, *Rec.*, p. I-15059

CJCE, 7.1.2004, *Aalborg Portland A/S e.a.*, C-204, C-205, C-211, C-213, C-217 et C-219/00 P, *Rec.*, p. I-123

CJCE, 4.3.2004, *Commission c. France*, C-334/02, *Rec.*, p. I-2229

CJCE, 11.3.2004, *H. de Lasteyrie du Saillant et Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02, *Rec.*, p. I-2409

CJCE, 25.3.2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025

CJCE, 29.4.2004, *H. et I. Weigel c. Finanzlandesdirektion für Vorarlberg*, C-387/01, *Rec.*, p. I-4981

CJCE, 29.4.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, *Rec.*, p. I-5039

CJCE, 22.6.2004, *Commission c. Portugal*, C-42/01, *Rec.*, p. I-6079

CJCE, 13.7.2004, *Commission c. France*, C-262/02, *Rec.*, p. I-6569

CJCE, 15.7.2004, *Dowe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et C. Souranis*, C-239/02, *Rec.*, p. I-7007

CJCE, 7.9.2004, *P. Manninen*, C-319/02, *Rec.*, p. I-7477

CJCE, 9.9.2004, *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, C-72/03, *Rec.*, p. I-8027

CJCE, 5.10.2004, *Caixabank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, *Rec.*, p. I-8961

CJCE, 7.10.2004, *Sintesi SpA c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, C-247/02, *Rec.*, p. I-9215

CJCE, 14.10.2004, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec.*, p. I-9609

CJCE, 19.10.2004, *K. C. Zhu et M. L. Chen c. Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, *Rec.*, p. I-9925

CJCE, 21.10.2004, *Commission c. Luxembourg*, C-445/03, *Rec.*, p. I-10191

CJCE, 11.11.2004, *I. Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, C-467/02, *Rec.*, p. I-10895

CJCE, 14.12.2004, *Commission soutenue par France et Royaume-Uni c. Allemagne*, C-463/01, *Rec.*, p. I-11705

CJCE, 14.12.2004, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. et S. Spitz KG c. Land Baden-Württemberg*, C-309/02, *Rec.*, p. I-11763

CJCE, 11.1.2005, *Stadt Halle et RPL Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, *Rec.*, p. I-1

CJCE, 15.2.2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, C-12/03 P, *Rec.*, p. I-987

CJCE, 17.2.2005, *Viacom Outdoor Srl c. Giotto Immobilier SARL*, C-134/03, *Rec.*, p. I-1167

CJCE, 1^{er}.3.2005, *L. Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, C-377/02, *Rec.*, p. I-1465

CJCE, 3.3.2005, *Fabricom SA c. Belgique*, C-21 et C-34/03, p. I-1559

CJCE, 26.5.2005, *Proc. pén. c. Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, p. I-4133

CJCE, 31.5.2005, *Proc. pén. c. K. Hanner*, C-438/02, *Rec.*, p. I-4551

CJCE, 2.6.2005, *Commission c. Italie*, C-174/04, *Rec.*, p. I-4933

CJCE, 7.6.2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a. c. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht*, C-17/03, *Rec.*, p. I-4983

CJCE, 21.7.2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03, *Rec.*, p. I-7287

CJCE, 15.9.2005, *Commission c. Danemark*, C-464/02, *Rec.*, p. I-7929

CJCE, 8.11.2005, *Jersey Produce Marketing Organization Ltd v. States of Jersey, Jersey Potato Export Marketing Board and Top Produce Ltd, Fairview Farm Ltd*, C-293/02, *Rec.*, p. I-9543

CJCE, 15.11.2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, *Rec.*, p. I-9871

CJCE, 13.12.2005, *SEVIC Systems AG*, C-411/03, *Rec.*, p. I-10805

CJCE, 13.12.2005, *Marks and Spencer*, C-446/03, *Rec.*, p. I-10837

CJCE, 10.1.2006, *Caisses d'épargne italiennes*, C-222/04, *Rec.*, p. I-289

CJCE, 19.1.2006, *Commission c. Allemagne*, C-244/04, *Rec.*, p. I-885

CJCE, 23.2.2006, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c. C. Schmidt*, C-441/01, *Rec.*, p. I-2093

CJCE, 30.3.2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. G. Calafiori*, C-451/03, *Rec.*, p. I-2941

CJCE, 6.4.2006, *General Motors BV c. Commission*, C-551/03 P, *Rec.*, p. I-3173

CJCE, 11.7.2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commission*, C-205/03 P, *Rec.*, p. I-6295

CJCE, 18.7.2006, *D. Meca-Medina et I. Majcen c. Commission*, C-519/04 P, *Rec.*, p. I-6991

CJCE, 12.9.2006, *Espagne c. Royaume-Uni et M. G. Eman et O. B. Sevinger*, C-145 et C-300/04, *Rec.*, p. I-7917 et I-8055

CJCE, 14.9.2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, formerly Trofo Super-Markets AE c. Elliniko Dimosio et Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon ; Carrefour Marinopoulos AE c Elliniko Dimosio et Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon*, C-158 et C-159/04, *Rec.*, p. I-8135

CJCE, 21.9.2006, *JCB Service c. Commission*, C-167/04 P, *Rec.*, p. I-8935

CJCE, 21.9.2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektoteknisch Gebieb et Technische Unive*, C-105/04 P, *Rec.*, p. I-8725

CJCE, 28.9.2006, *Commission c. Pays-Bas*, C-282/04 et C-283/04, *Rec.*, p. I-9141

CJCE, 28.9.2006, *Proc. pén. c. J.-E. Anders Ahokainene et M. Leppik*, C-434/04, *Rec.*, p. I-9171

CJCE, ord., 28.9.2006, *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd c. Commission*, C-552/03 P, *Rec.*, p. I-909

CJCE, 3.10.2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH c. Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel*, C-290/04, *Rec.*, p. I-9461

CJCE, 3.10.2006, *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04, *Rec.*, p. I-9521

CJCE, 26.10.2006, *Commission c. Grèce*, C-65/05, *Rec.*, p. I-10341

CJCE, 9.11.2006, *Commission c. Belgique*, C-433/04, *Rec.*, p. I-10653

CJCE, 9.11.2006, *Nemec*, C-205/05, *Rec.*, p. I-10745

CJCE, 23.11.2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito c. Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, C-238/05, *Rec.*, p. I-11125

CJCE, 5.12.2006, *F. Cipolla c. R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421

CJCE, 14.12.2006, *Commission c. Autriche*, C-257/05, *Rec.*, p. I-134

CJCE, 18.1.2007, *Aldo Celozzi c. Innungskrankenkasse Baden-Württemberg*, C-332/05, *Rec.*, p. I-569

CJCE, 18.1.2007, *J. Auroux e. a. c. Cne de Roanne*, C-220/05, *Rec.*, p. I-385

CJCE, 18.1.2007, *M. Brzezinski c. Dyrektyr Izby Celnej w Warszawie*, C-313/05, *Rec.*, p. I-519

CJCE, 25.1.2007, *Dalmine SpA c. Commission*, C-407/04 P, *Rec.*, p. I-835

CJCE, 15.3.2007, *British Airways plc c. Commission*, C-95/04 P, *Rec.*, p. I-2331

CJCE, 15.3.2007, *Commission c. Finlande*, C-54/05, *Rec.*, p. I-2473

CJCE, 17.4.2007, *A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio et Tarmo Lehtinen*, C-470/03, *Rec.*, p. I-2749

CJCE, 19.4.2007, *De Landsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec.*, p. I-3115

CJCE, 26.4.2007, *Boehringer Ingelheim KG e.a. c. Swingward Ltd e.a.*, C-348/04, *Rec.*, p. I-3391

CJCE, 5.7.2007, *Commission c. Belgique*, C-522/04, *Rec.*, p. I-5701

CJCE, 5.7.2007, *Deutsche Lufthansa AG c. ANA – Aeroportos de Portugal SA*, C-181/06, *Rec.*, p. I-5903

CJCE, 18.7.2007, *Commission c. Italie*, C-134/05, *Rec.*, p. I-6251

CJCE, 11.9.2007, *Commission c. Allemagne*, C-318/05, *Rec.*, p. I-6957

CJCE, 11.9.2007, *H. Schwarz et M. Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*, C-76/05, *Rec.*, p. I-6849

CJCE, 11.9.2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Ldª c. Merck & Co. Inc. e.a.*, C-431/05, *Rec.*, p. I-7001

CJCE, 20.9.2007, *Commission c. Pays-Bas*, C-297/05, *Rec.*, p. I-7467

CJCE, 27.9.2007, *Ikea Wholesale Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, *Rec.*, p. I-7723

CJCE, 8.11.2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH c. Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, C-221/06, *Rec.*, p. I-9643

CJCE, 15.11.2007, *International Mail Spain Sl c. Administración del Estado et Correos*, C-162/06, *Rec.*, p. I-9911

CJCE, 11.12.2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani – ETI SpA e.a. et Philip Morris Products SA e.a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a.*, C-280/06, *Rec.*, p. I-10893

CJCE, 13.12.2007, *Commission c. Irlande*, C-507/03, *Rec.*, p. I-9777

CJCE, 18.12.2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, *Rec.*, p. I-11767

CJCE, 18.12.2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*, C-220/06, *Rec.*, p. I-12175

CJCE, 14.2.2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, C-244/06, *Rec.*, p. I-505

CJCE, 6.3.2008, *Deutsche Post AG e a. c. Commission*, C-287 à C-292/06, *Rec.*, p. I-1243

CJCE, 1^{er}.4.2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, *Rec.*, p. I-1683

CJCE, 3.4.2008, *D. Ruffert c. Land Niedersachsen*, C-346/06, *Rec.*, p. I-1989

CJCE, 8.4.2008, *Commission c. Suède*, C-167/05, *Rec.*, p. I-2127
 CJCE 10.4.2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, *Rec.*, p. I-2245
 CJCE, 24.4.2008, *Arcor AG & Co. KG c. Allemagne*, C-55/06, n.e.p.
 CJCE, 15.5.2008, *SECAP SpA, et Santorso Soc. coop. arl c. Comune di Torino*, C-147 et C-148/06, *Rec.*, p. I-3565
 CJCE, 22.5.2008, *Degussa AG c. Commission*, C-266/06 P, *Rec.* p. I-81
 CJCE, 22.5.2008, *Proc. de gestion de l'énergie Citiworks AG*, C-439/06, *Rec.*, p. I-3913
 CJCE, 8.7.2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, C-49/07, n.e.p.
 CJCE, 17.7.2008, *ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*, C-347/06, n.e.p.
 CJCE, 17.7.2008, *Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH et Firma 01051 Telekom GmbH c. Allemagne*, C-152 à C-154/07, n.e.p.
 CJCE, 17.7.2008, *Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media*, C-500/06, n.e.p.
 CJCE, 14.10.2008, *S. Grunkin et D. R. Paul*, C-353/06, n.e.p.
 CJCE, 11.12.2008, *Kanal 5 et TV 4 AB c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, C-52/07, n.e.p.
 CJCE, 16.12.2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, C-205/07, n.e.p.
 CJCE, 10.2.2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, n.e.p.
 CJCE, 28.4.2009, *Commission c. Italie*, C-518/06, n.e.p.
 CJCE, 30.4.2009, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft c. LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, C-531/07, n.e.p.
 CJCE, 19.5.2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, C-171 et C-172/07, n.e.p.
 CJCE, 4.6.2009, *T-Mobile Netherlands BV e.a. c. Raad van bestuur van de Neerlands Mededingsautoriteit*, C-8/08, n.e.p.
 CJCE, 4.6.2009, *A. Vatsouras et J. Koupatanze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, C-22 et C-23/08, n.e.p.
 CJCE, 4.6.2009, *Commission c. Grèce*, C-109/08, n.e.p.

ARRÊTS DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

TPI, 12.12.1991, *Hilti AG c. Commission*, T-30/89, *Rec.*, p. II-1439
 TPI, 17.12.1991, *BASF c. Commission*, T-4/89, *Rec.*, p. II-1523
 TPI, 10.3.1992, *SIV e.a. c. Commission (Verre plat)*, T-68, T-77 et T-78/89, *Rec.*, p. II-1403
 TPI, 2.7.1992, *Dansk Pelsdyravlforening c. Commission*, T-61/89, *Rec.*, p. II-1931
 TPI, 1^{er}.4.1993, *BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd c. Commission*, T-65/89, *Rec.*, p. II-389
 TPI, 6.10.1994, *Tetra Pak International SA c. Commission*, T-83/91, *Rec.*, p. II-755
 TPI, 12.1.1995, *Viho Europe BV c. Commission*, T-102/92, *Rec.*, p. II-17
 TPI, 21.2.1995, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisties in de Bouwnijverheid e.a. c. Commission*, T-29/92, *Rec.*, p. II-289
 TPI, 8.6.1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, *Rec.*, p. II-1533
 TPI, 8.6.1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co*, T-9/93, *Rec.*, p. II-1611
 TPI, 14.9.1995, *Antillean Rice Mills NV, Trading & Shipping Co. Ter Beek BV, European Rice Brokers AVV, Alesie Curaçao NV et Guyana Investments AVV c. Commission*, T-480 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305
 TPI, 5.6.1996, *N.M.B. France SARL e.a. c. Commission*, T-162/94, *Rec.*, p. II-467
 TPI, 8.10.1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Commission*, T-24 à T-26 et T-28/93, *Rec.*, p. II-1201
 TPI, 22.10.1996, *Société nationale des chemins de fer français et British Railways Board c. Commission*, T-79 et T-80/95, *Rec.*, p. II-1491
 TPI, 11.12.1996, *Atlanta e.a. c. Communauté européenne*, T-521/93, *Rec.*, p. II-1707
 TPI, 12.6.1997, *Tiercé Ladbroke SA c. Commission*, T-504/93, *Rec.*, p. II-923
 TPI, 25.9.1997, *Shangai Bicycle Corp. c. Conseil*, T-170/94, *Rec.*, p. II-1383
 TPI 15.9.1998, *European Night Services Ltd e.a. c. Commission*, T-374, T-375, T-384 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141
 TPI, 25.3.1999 *Gencor Ltd c. Commission*, T-102/96, *Rec.*, p. II-753
 TPI, 7.10.1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, T-228/97, *Rec.*, p. II-2969
 TPI, 16.12.1999, *Micro Leader Business c. Commission*, T-198/98, *Rec.*, p. II-3989
 TPI, 30.3.2000, *Consiglio Nazionale Degli Spedizionieri Doganali c. Commission*, T-513/93, *Rec.*, p. II-1807
 TPI, 26.10.2000, *Bayer AG c. Commission*, T-41/96, *Rec.*, p. II-3383

TPI, 12.12.2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, T-128/98, Rec., p. II-3929
TPI, 5.7.2001, *C. A. Roberts et V. A. Roberts c. Commission*, T-25/99, Rec., p. II-1881
TPI, 5.7.2001, *Colin Arthur Roberts et Valérie Ann Roberts c. Commission*, T-25/99, Rec., p. II-1881
TPI, 18.9.2001, *Métropole Télévision e.a. c. Commission*, T-112/99, Rec., p. II-2459
TPI, 22.11.2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commission*, T-139/98, Rec., p. II-3413
TPI, 28.2.2002, *Atlantic Container Line AB e.a. c. Commission*, T-395/94, Rec., p. II-875
TPI, 6.6.2002, *Airtours plc c. Commission*, T-342/99, Rec., p. II-2585
TPI, 4.3.2003, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental c. Commission*, T-319/99, Rec., p. II-357
TPI, 30.9.2003, *Atlantic Container Line AB e.a. c. Commission*, T-191, T-212 à T-214/98, Rec., p. II-3275
TPI, 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commission (ci-après Michelin II)*, T-203/01, Rec., p. II-4071
TPI, 23.10.2003, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, T-65/98, Rec., p. II-4653
TPI, 16.12.2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektoteknisch Gebied et Technische Unie (FEG)*, T-5 et T-6/00, Rec., p. II-5761
TPI, 17.12.2003, *British Airways plc c. Commission*, T-219/99, Rec., p. II-5917
TPI, 13.1.2004, *JCB Service c. Commission*, T-67/01, Rec., p. II-49
TPI, 8.7.2004, *Dalmine SpA c. Commission*, T-50/00, Rec., p. II-2395
TPI, 8.7.2004, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, T-44/00, Rec., p. II-2223
TPI, 18.1.2005, *Confédération nationale du Crédit mutuel c. Commission*, T-93/02, Rec., p. II-143
TPI, 26.1.2005, *L. Piau c. Commission*, T-193/02, Rec., p. II-209
TPI, 3.2.2005, *Chiquita Brands International e.a. c. Commission*, T-19/01, Rec., p. II-315
TPI, 5.4.2006, *Degussa AG c. Commission*, T-279/02, Rec., p. II-987
TPI, 2.5.2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commission*, T-328/03, Rec., p. II-1231
TPI, 13.6.2006, *Independant Music Publishers and Label Association c. Commission*, T-464/04, Rec., p. II-2289
TPI, 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, Rec., p. II-2969
TPI, 12.12.2006, *Selex Systemi Integrati SpA c. Commission*, T-155/04, Rec., p. II-4797
TPI, 13.12.2006, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e.a. c. Commission*, T-217/03 et T-245/03, Rec., p. II-4987
TPI, 14.12.2006, *Raffaelsen Zentralbank Österreich AG e.a. c. Commission (Club Lombard)*, T-259 à T-264/02 et T-271/02, Rec., p. II-5169
TPI, 30.1.2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, Rec., p. II-107
TPI, 24.5.2007, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, T-151/01 et T-289/01, Rec., p. II-1607 et p. II-1691
TPI, 4.7.2007, *Bouygues SA c. Commission*, T-475/04, Rec., p. II-2097
TPI, 17.9.2007, *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04, Rec., p. II-3601
TPI, 12.2.2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a. c. Commission*, T-289/03, n.e.p.
TPI, 10.4.2008, *Deutsche Telekom AG c. Commission*, T-271/03, n.e.p.
TPI, 8.7.2008, *Saint Gobain Gyproc Belgium NV, Knaf, BPB, Lafarge SA*, T-50/03, T-52 à T-54/03, n.e.p.
TPI, 8.7.2008, *AC-Treuhand AG c. Commission (Peroxydes organiques)*, T-99/04, n.e.p.
TPI, 8.10.2008, *Le Carbone Lorraine c. Commission*, T-73/04, n.e.p.

DÉCISIONS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Déc. n° 72/88/CEE, 17.1.1972, *Man Saviem*, IV/26612, JO L 31 du 4.2.1972
Déc. n° 74/331/CEE, 23.7.1974, *Papiers peints de Belgique*, IV/626, JO, L 237 du 29.8.1974, p. 3
Déc. n° 75/76/CEE, 20.12.1974, *Rank-Sopelem*, IV/26 603 JO L 29 du 3.2.1975, p. 20
Déc. n° 79/86/CEE, *Vaessen c. Moris*, 10.1.1979, IV/C-29.290, JO L 19 du 26.1.1979, p. 32
Déc. n° 82/71/CEE, 17.11.1981, *Langenscheidt- Hachette*, IV/29.972, JO L 39 du 11.2.1982, p. 25
Déc. n° 83/390/CEE, 13.7.1983, *Rockwell-Iveco*, IV/30.437, JO L 224 du 17.8.1983, p. 19
Déc. n° 85-616/CEE, 16.12.1985, *Villeroy & Boch (SARL)*, IV/30.665, JO L 376 du 31.12.1985
Déc. n° 87/14/CEE, 17.12.1986, *Yves Rocher*, IV/31.428 à 31.432, JO L 8 du 10.1.1987, p. 49
Déc. n° 88/88/CEE, 22.12.1987, *Olivetti/Canon*, IV/32.306, JO L 52 du 26.2.1988, p. 51
Déc. n° 88/138/CEE, 22.12.1987, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, IV/30.787 et 31.488, JO L 65 du 11.3.1988, p. 19
Déc. n° 88/158/CEE, 18.7.1988, *Napier Brown-British Sugar*, JO L 284 du 19.10.1988, p. 41
Déc. n° 89/93/CEE, 7.12.1988, *Verre plat*, IV-31.906, JO L 33, p. 44

Déc. n° 91/130/CEE, 19.2.1991, *Screensport/Membres de l'Union européenne de radiodiffusion*, IV/32.524, JO L 63 du 9.3.1991, p. 32
 Déc. n° 91/251/CEE, 12.4.1991, *Alcatel/Telettra*, IV/M042
 Déc. n° 92-33/CEE, 16.12.1991, *Yves Saint-Laurent Parfums*, IV/33.242, JO L 12 du 18.1.1992
 Déc. n° 92/96/CEE, 14.1.1992, *Assurpol*, IV/33.100, JO L 37 du 14.2.1992, p. 16
 Déc. n° 92/553/CEE, 22.7.1992, *Nestlé/Perrier*, IV/M.190, JO L 356, du 5.12.1992
 Déc. n° 92/428/CEE, 24.7.1992, *Parfums Givenchy*, IV/33.542, JO L 236 du 19.8.1992, p. 11
 Déc., n° 93/405/CEE, 23.12.1992, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co c. KG*, IV/31.533 et IV/34.072, JO n° L 183 du 26.7.1993, p. 1
 Déc. n° 93/406/CEE, 23.12.1992, *Langnese Iglo GmbH*, IV/34.072, JO L 183 du 26.7.1993, p. 19
 Déc. n° 94/210/CE, 29.3.1994, *Deutsche Bahn*, IV/33.941, JO L 104 du 23.4.1994, p. 34
 Déc. n° 94/296/CE, 29.4.1994, *Stichting/Baksteen*, IV/34.456, JO L 131 du 26.5.1994, p. 15
 Déc. n° 94/811/CE, 8.6.1994, *Shell/Montecatini*, IV/M.269, JO L 332 du 22.12.1994, p. 48
 Déc. n° 94/896/CE, 16.12.1994, *Asahi/Saint-Gobain*, IV/33.863, JO, L 354 du 31.12.1994 p. 87
 Déc. n° 96/468/CE, 10.1.1996, *Adalat*, JO L 201 du 9.8.1996, p. 1
 Déc. n° 97/745/CEE, 21.10.1997, *Tarifs de pilotage dans le port de Gênes*, JO L 301 du 5.11.1997, p. 27
 Déc. n° 2000/12/CE, 20.7.1999, *Coupe du monde de football 1998*, IV/36.888, JO L 5 du 8.1.2000, p. 55
 Déc. n° 2001/837/CE, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland (DSD) e.a.*, COMP/34493 (not.), JO L 319 p. 1
 Déc. n° 2002/759/CE, 5.12.2001, *Brasseries luxembourgeoises*, COMP/37.800/F3, JO L 253 du 21.9.2002, p. 21
 Déc. n° 2002/760/CEE, 10.10.2001, *Mercedes-Benz*, COMP/36.264, JO L 257 du 25.9.2002, p. 1
 Déc. n° 2003/707/CE, *Deutsche Telecom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, JO L 263, p. 9
 Déc. n° 2006/622/CE, 21.12.2005, *E.ON/MOL*, COMP M.36.96, JO L 253 du 16.9.2006, p. 20.
 Déc. COMP/M.4761, 18.10.2007, *Bongrain/Sodiaal/JV*, JO C 295 du 7.12.2007, p. 7.
 Déc. n° 2007/53/CE, 24.3.2004, *Microsoft Corp.*, COMP/C-3/37.792, JO L 32 du 6.2.2007, p. 23
 Déc. n° 2007/193/CE, 26.4.2006, *T-Mobile Austria/tele.ring*, COMP/M.3916, JO L 88 du 29.3.2007, p. 44
 Déc. COMP/38.784, 4.7.2007, *Wanadoo España c. Telefónica*, JO C 83 du 2.4.2008, p. 6

ARRÊTS DU CONSEIL D'ÉTAT

CE, 6.3.1914, *Syndicat de la Boucherie à Châteauroux*, Rec., p. 308
 CE, sect., 30.5.1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec., p. 583.
 CE, 24.10.1930, *Prunget*, S. 1931, 3.1
 CE, Ass., 22.6.1951, *Daudignac*, Rec., p. 362
 CE, 17.10.1952, *Syndicat climatique de Briançon*, Rec., p. 445
 CE, 18.12.1959, *Sté Les films Lutétia*, req. N° 36385 et 36428
 CE, Ass., 22.6.1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, Rec., p. 386
 CE, sect., 9.11.1988, *Territoire de la Polynésie française*, Rec., p. 406
 CE, sect. 13.5.1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française*, Rec., p. 234
 CE, 27.10.1995, *Cne de Morsang sur Orge*, 136727
 CE, sect., 8.11.2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208
 CE, Ord., 12.11.2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840
 CE, 23.2.2005, *Sté CaixaBank, Europe*, 4.2005, comm. n° 129
 CE, Ass., 31.5.2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531

DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, déc. n° 81-132 DC du 16.1.1982, première loi de nationalisation
 CC, déc. n° 90-287 DC, 16.7.1991, réglementation des tarifs d'établissements privés de santé
 CC, déc. n° 92-316 DC, 20.1.1993, Rec., p. 14

ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

C. Cass. com., 15.7.1987, *Époux Brusquant c. Guignet*, Bull. civ. V, n° 184, p. 136
 C. Cass., ch. crim., 18.9.1997, pourvoi n° 93-80109, Bull. n° 305, p. 1022
 C. Cass, 23.10.2007, n° D 06-17.852, *France Telecom*

ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Cour Suprême, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 US 578 (1897)
Cour Suprême, *U.S. v. Terminal Railroad*, 224 US 383 (1912)
Cour Suprême *Unite States v. El du Pont de Nemour and Co*, 351 US 377 (1956)
Cour Suprême, *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 427 US 585 (1985)

Table des matières

Sommaire	7
Introduction	13
I. La nécessité d'une analyse conjointe de la restriction à l'accès et à l'exercice de l'activité économique	15
II. L'accès au marché, épine dorsale de la convergence entre les droits de la concurrence et de la libre circulation	21
III. L'analyse économique de la restriction à l'accès au marché, facteur d'unicité du droit du marché intérieur	31
I^{ère} Partie : La nécessité d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché	41
Titre 1 : L'insuffisance d'une qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché	43
Chapitre 1. L'abandon de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en droit de la libre circulation	43
Section 1. La mise en question de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en matière de libre circulation des marchandises	49
I. La légitimité de la qualification formaliste d'une mesure nationale qui entrave <i>de jure</i> l'accès au marché	52
A. La qualification formaliste des mesures non tarifaires entravant <i>de jure</i> l'accès au marché	52
1. La qualification formaliste des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'exportation	52
2. La qualification formaliste des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation qui entravent <i>de jure</i> l'accès au marché	54
B. L'insuffisance d'une qualification formaliste de l'ensemble des entraves tarifaires et fiscales à l'accès au marché	55
1. La légitimité de la qualification formaliste d'une taxe d'effet équivalent ...	56

2.	La distinction entre les impositions intérieures discriminatoires ou protectrices, pivot de la différence entre les entraves <i>de jure</i> ou <i>de facto</i> à l'accès au marché	59
II.	L'imperfection de la qualification formaliste des mesures nationales qui entravent <i>de facto</i> l'accès au marché des produits importés	62
A.	La nécessité d'une comparaison de l'application des mesures indistinctement applicables aux produits importés et nationaux	63
1.	L'incidence de l'arrêt <i>Dassonville</i> sur l'utilisation du critère de l'accès au marché dans la comparaison de l'incidence d'une mesure nationale sur les produits importés et nationaux	63
2.	La qualification des mesures indistinctement applicables entravant davantage l'accès au marché des produits importés par le biais de la reconnaissance mutuelle.....	67
B.	L'insuffisance d'une qualification formaliste de l'entrave étatique à l'accès au marché de restriction à la libre circulation à l'issue de l'arrêt <i>Keck et Mithouard</i> ..	71
1.	Le préjugé favorable dont bénéficient les réglementations relatives à des modalités de vente en raison de la neutralité de leurs effets sur les échanges	72
2.	La prise en considération du critère de l'accès au marché dans l'appréciation juridique et factuelle des entraves étatiques à la libre circulation des biens	77
a.	L'application non problématique de l'arrêt <i>Keck et Mithouard</i>	77
b.	La nécessité de dépasser le formalisme de l'arrêt <i>Keck et Mithouard</i>	79
c.	La généralisation de l'analyse en termes d'accès au marché	82
	Section 2 : L'évolution nécessaire de la qualification de l'entrave à l'accès au marché en matière de libre circulation.....	85
I.	La généralisation de l'analyse des entraves étatiques à la libre circulation des personnes et des services en termes d'accès au marché.....	87
A.	L'analyse formaliste des mesures nationales entravant <i>de jure</i> l'accès au marché des personnes ou des services.....	90
1.	L'analyse formaliste des mesures entravant <i>de jure</i> l'accès au marché en matière de libre circulation des personnes	91
2.	L'analyse formaliste des mesures entravant <i>de jure</i> la libre prestation des services	92

B.	La nécessité d'une analyse plus approfondie des mesures qui entravent <i>de facto</i> l'accès des personnes ou des services au marché.....	96
1.	L'appréciation formelle des mesures indistinctement applicables qui gênent <i>de facto</i> l'accès des personnes au marché	96
a.	L'appréciation formaliste des mesures indistinctement applicables en matière de liberté d'établissement.....	96
b.	L'appréciation formaliste des mesures indistinctement applicables en matière de libre circulation des travailleurs en termes d'accès au marché	99
2.	L'appréciation formelle des mesures indistinctement applicables en matière de libre prestation des services.....	104
II.	La nécessité d'une qualification juridique et économique de l'entrave à l'accès au marché en matière de libre circulation	110
A.	La dimension juridique de la qualification d'une mesure étatique de restriction à l'accès au marché	111
1.	Les limites de l'utilisation du critère de l'accès au marché en rapport avec le principe d'égalité.....	111
2.	L'utilisation conjointe du critère de l'accès au marché et du principe de non-discrimination.....	115
B.	Les tenants d'une qualification économique de l'entrave étatique à l'accès au marché.....	117
1.	La nécessité de qualifier précisément l'impact d'une mesure nationale sur l'accès au marché de l'opérateur qui circule.....	117
2.	La sanction des seules entraves à l'accès au marché qui protègent le marché national.....	120
Chapitre 2 : L'abandon de la qualification formaliste de la restriction à l'accès au marché en droit de la concurrence		123
Section 1 : L'hétérogénéité de la protection formelle de l'accès au marché en droit communautaire de la concurrence.....		132
I.	L'utilisation formelle du critère de l'accès au marché, reflet des approches ordolibérale et structuraliste	139
A.	L'interdiction des accords horizontaux, reflet de la protection de la liberté d'accès des entreprises au marché.....	139
1.	La protection de l'accès des entreprises concurrentes au marché.....	140

2.	L'interdiction de toute restriction apportée à la liberté des partenaires de l'entente d'accéder au marché.....	143
B.	La détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché, fonction de l'accessibilité du marché aux concurrents.....	145
1.	L'influence de la définition structuraliste de la notion de barrière à l'entrée sur la détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché..	145
2.	La détermination de position dominante d'une entreprise en fonction de l'accessibilité du marché aux concurrents, reflet d'influences théoriques différentes.....	148
II.	La qualification formelle de la restriction à l'accès au marché, témoin de l'influence de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur	154
A.	L'accord vertical, cloisonnement du marché confronté à l'objectif intégrationniste	156
1.	La sélection des distributeurs, limitation encadrée de l'accessibilité du marché	158
2.	La distribution exclusive, limitation encadrée de l'accessibilité du marché	162
B.	Les prix discriminatoires ou excessifs, cloisonnements du marché confrontés à l'objectif intégrationniste	166
1.	L'interdiction des prix excessifs, reflet de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur.....	166
2.	L'interdiction des prix discriminatoires contraires à l'accomplissement du marché intérieur.....	169
Section 2 : La nécessité d'une appréciation économique d'une restriction à l'accessibilité du marché en droit de la concurrence.....		175
I.	L'attachement du droit communautaire de la concurrence à la protection formelle de l'accessibilité du marché aux concurrents.....	176
A.	La qualification de restriction à la concurrence des ventes liées et des rabais, reflet de la protection de l'accès des concurrents du marché.....	176
1.	L'interdiction des ventes liées, reflet de la protection des concurrents	177
2.	La qualification du rabais de quantité ou de fidélité, reflet de la protection des concurrents.....	182

B.	La qualification de restriction à la concurrence des baisses abusives des prix, reflet de l'objectif consistant à empêcher l'exclusion des concurrents du marché	189
1.	L'interdiction des prix prédateurs, reflet de la démonstration formaliste de l'effet d'exclusion des concurrents	191
2.	L'interdiction des baisses sélectives de prix menées par une entreprise dominante, en tant que moyen de préserver formellement l'accessibilité du marché	194
II.	La qualification du refus de vendre, amorce d'une démonstration neutre de l'atteinte portée à l'accessibilité du marché	196
A.	La protection de l'accès des concurrents au marché dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt <i>Magill</i>	197
B.	Le développement de la protection neutre de l'accessibilité du marché	201
Titre 2 :	Le bien-fondé d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché	211
Chapitre 1 :	La qualification d'une pratique anticoncurrentielle en fonction de son effet sur le marché	214
Section 1 :	L'appréciation de l'effet d'une pratique litigieuse sur l'accès efficace des concurrents au marché	221
I.	La qualification d'une pratique anticoncurrentielle qui porte atteinte à l'accès efficace des concurrents au marché	221
A.	La qualification économique des accords qui portent atteinte à un accès efficace des concurrents au marché	221
1.	La théorie de l'effet cumulatif d'accords similaires, modèle d'analyse économique de conventions restrictives de l'accès au marché	223
2.	L'analyse de l'effet de contrats identiques sur un accès efficace au marché	225
B.	La qualification du refus de vente en fonction de l'effet de la pratique sur l'accès efficace des concurrents au marché	229
1.	L'efficacité de l'accès des concurrents au marché, tributaire de l'objet du refus ²³²	
2.	La conséquence du refus : l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé	233

II. La qualification économique d'une pratique anticoncurrentielle en fonction de son effet d'exclusion des concurrents du marché.....	235
A. La nécessité d'une appréciation économique des effets anticoncurrentiels des rabais de fidélité et des prix bas	236
1. La nécessité de la démonstration d'un plan d'éviction en matière de rabais	236
2. La nécessité de la démonstration d'un plan d'exclusion de la concurrence en matière de prix prédateurs	238
B. L'analyse économique de l'effet d'exclusion d'une pratique de vente liée...	243
1. L'interprétation dynamique de la limitation de la liberté d'action des opérateurs concurrents.....	245
2. La protection de l'efficacité globale de l'accès des concurrents au marché	246
Section 2 : L'appréciation économique de l'effet d'une pratique litigieuse sur les consommateurs.....	248
I. La détermination implicite de l'effet d'une pratique litigieuse sur les consommateurs.....	251
A. La détermination implicite de l'incidence sur les consommateurs d'une pratique litigieuse relative au prix	251
1. La condamnation de rabais de fidélité est quasiment étrangère à la protection des consommateurs	252
2. La protection des consommateurs, résultante de la démonstration d'un plan d'éviction de la concurrence en termes d'accessibilité efficace du marché.....	253
B. La détermination implicite de l'effet d'un accord horizontal litigieux sur les consommateurs.....	254
1. La qualification d'une entente horizontale, fonction de la limitation implicite des choix des consommateurs sur le marché.....	254
2. L'amélioration du bien-être des consommateurs finals, résultat de l'accès efficace au marché de l'un des signataires d'un accord horizontal.....	256
II. La détermination explicite de l'effet d'une pratique litigieuse sur les consommateurs.....	258
A. La qualification économique d'un accord vertical au regard de l'article 81 §1 TCE, fonction de son effet négatif sur les consommateurs.....	259

1.	L'appréciation de l'effet d'un accord d'achats exclusifs sur les consommateurs.....	259
2.	La détermination explicite de l'effet d'un accord limitant le commerce parallèle sur les consommateurs.....	261
B.	La qualification économique d'une pratique au regard de l'article 82 TCE, fonction de son effet négatif sur les consommateurs	263
1.	La qualification économique de l'infraction de refus de vente, fonction de l'effet négatif de la pratique sur les consommateurs.....	265
a.	La détermination de l'atteinte à la concurrence en termes d'accès efficace au marché, fonction de l'effet négatif du refus sur les consommateurs.....	266
b.	L'analyse en termes d'accès efficace au marché remplit l'objectif de préservation de l'efficacité de la concurrence sur le marché dérivé	268
2.	La qualification économique d'une vente liée, fonction de l'effet négatif de la pratique sur les consommateurs	269
a.	Les nuances à apporter à l'efficacité économique d'une vente liée du point de vue de l'offre et de la demande des consommateurs.....	269
b.	La préservation de l'allocation efficace des ressources implique d'analyser l'impact de la pratique litigieuse sur les concurrents et sur les consommateurs.....	271
	Chapitre 2 : La qualification d'une réglementation de restriction à la libre circulation en fonction de son effet sur le marché	273
	Section 1 : La détermination économique de l'effet restrictif d'une réglementation sur les échanges	276
I.	Le bien-fondé de la détermination d'une restriction à la libre circulation en fonction de son effet sur les échanges.....	277
A.	La nécessité de déterminer l'effet de la réglementation litigieuse sur les échanges	277
1.	La prise en considération de l'effet de la mesure nationale litigieuse sur le volume des échanges.....	277
2.	L'effet trop aléatoire et indirect de l'existence d'une restriction, obstacle à l'application du droit de la libre circulation.....	280
B.	La détermination économique de l'effet restrictif d'une mesure nationale ...	285
1.	La prise en considération des circuits alternatifs à l'accès au marché.....	286

2.	La détermination de l'intensité de l'effet restrictif d'une réglementation nationale sur les échanges	290
II.	L'utilisation de considérations quantitatives dans la détermination de l'effet restrictif d'une règle nationale sur les échanges.....	296
A.	Le bien-fondé de la mise en œuvre du critère de l'accès au marché en fonction de considérations quantitatives.....	298
1.	Les raisons qui fondent l'opposition à l'application de la théorie <i>de minimis</i> en droit de la libre circulation	298
2.	L'utilisation de critères <i>de minimis</i> dans l'identification de l'intensité de l'effet restrictif d'une réglementation	303
B.	La délicate détermination de l'effet restrictif d'une mesure nationale en fonction du seul critère des frais supplémentaires	307
1.	L'utilisation du critère des frais supplémentaires comme moyen de déterminer l'effet restrictif d'une réglementation nationale	308
2.	La nature subjective de la démonstration d'un effet restrictif en fonction du seul critère des frais supplémentaires.....	310
	Section 2 : L'analyse économique de l'effet restrictif d'une réglementation sur l'échange	312
I.	Le bien-fondé de l'analyse de l'effet des réglementations nationales sur l'offre et sur la demande.....	313
A.	L'intérêt de l'analyse de l'effet d'une mesure nationale sur l'offre et sur la demande en matière de libre prestation des services.....	314
1.	L'analyse explicite d'une restriction à la libre prestation des services en fonction de l'impact d'une mesure nationale sur l'offre et sur la demande des services	314
2.	L'analyse implicite de l'effet d'une mesure nationale sur la demande de services lorsqu'un prestataire invoque l'article 49 TCE	316
B.	L'analyse de l'incidence d'une mesure litigieuse sur l'offre et sur la demande en matière de libre circulation des marchandises.....	317
1.	La nécessité d'identifier une restriction à l'accès au marché en fonction de son effet sur l'offre et sur la demande.....	317
2.	La pertinence des arrêts dans lesquels une restriction est analysée du côté de l'offre et du côté de la demande	319

II. L'appréciation de l'effet d'une mesure nationale sur l'efficacité de l'accès au marché	322
A. La limitation de la diversité des produits et des services offerts au consommateur	323
1. La promotion de l'accès des consommateurs à des produits variés et de qualité	324
2. La promotion de l'accès des destinataires de services à une plus grande diversité de services	328
a. L'accès des consommateurs nationaux à des services prestés par des opérateurs établis dans d'autres États membres	329
b. L'amélioration seulement tacite de la diversité des services offerts aux consommateurs	331
B. La détermination de l'effet restrictif d'une réglementation nationale, fonction de l'atteinte portée au jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux	333
1. Le bien-fondé d'une analyse de la restriction centrée sur l'efficacité de l'accès au marché	334
2. La mise en œuvre d'une qualification des réglementations nationales en fonction de l'atteinte portée à un accès efficace au marché	337

IIème partie : Les enjeux d'une qualification économique de la restriction à l'accès au marché sur l'unification du droit du marché intérieur 343

Titre 1 : L'unicité de la définition économique de la restriction à l'accès au marché... 347

Chapitre 1 : La délimitation du marché pertinent, élément de convergence des droits de la libre circulation et de la concurrence

Section 1 : Le bien-fondé d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation

I. L'appréciation des conditions de concurrence en droit de la libre circulation... 352

A. La condamnation des avantages compétitifs conférés aux opérateurs nationaux 352

1. L'interdiction des avantages commerciaux conférés aux opérateurs nationaux

2. La préservation de la position concurrentielle des opérateurs économiques qui font usage d'une liberté de circulation

B.	L'intensification du jeu concurrentiel par le biais de l'application du droit de la libre circulation	357
1.	La préservation des « conditions normales de concurrence » en matière de libre circulation des marchandises	358
2.	La promotion d'une concurrence efficace en droit de la libre circulation .	359
II.	La nécessité d'une délimitation précise du marché en droit de la libre circulation	364
A.	La nécessité d'une délimitation précise du marché en présence d'une activité économique nationale similaire.....	364
1.	La nécessité d'une délimitation précise du marché en présence d'une production nationale similaire.....	364
2.	La nécessité d'une délimitation du marché lorsqu'il existe des prestations nationales de services similaires	368
B.	La nécessité d'une délimitation précise du marché en l'absence d'une activité économique nationale similaire.....	369
1.	L'hypothèse d'un obstacle tarifaire à l'accès au marché	370
2.	L'hypothèse d'un obstacle non tarifaire à l'accès au marché	373
	Section 2 : La mise en œuvre d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation.....	376
I.	Les enseignements à tirer de la délimitation géographique et matérielle du marché en droit de la concurrence	376
A.	L'intérêt de la délimitation du marché en droit de la concurrence.....	376
1.	L'hétérogénéité de la délimitation du marché pertinent en droit communautaire de la concurrence.....	377
2.	La méthode utilisée pour délimiter le marché en droit communautaire de la concurrence	380
B.	Les modalités d'une délimitation du marché en droit de la libre circulation.	386
1.	L'importance de la délimitation matérielle du marché en droit de la libre circulation.....	386
2.	L'utilité de la délimitation géographique du marché en droit de la libre circulation.....	388
II.	La délimitation matérielle du marché en droit de la libre circulation	392
A.	La généralisation de la délimitation du marché	393

1.	La délimitation matérielle du marché en application de l'article 90 TCE .	393
2.	La délimitation du marché, préalable à la qualification d'une mesure nationale de restriction à l'accès au marché.....	396
B.	La nature systématique de la délimitation du marché.....	399
1.	La nécessité d'une évaluation précise du rapport de concurrence lors de l'accès d'un produit ou service nouveau au marché	400
2.	La nécessité de délimiter le marché au moment de la qualification d'une mesure nationale de restriction à l'accès au marché	401
Chapitre 2 :	L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès au marché en droit du marché intérieur.....	407
Section 1 :	L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché traditionnellement concurrentiel	411
I.	L'évolution du droit de la concurrence de la protection à la régulation de l'accès au marché	412
A.	La protection statique de l'accès des concurrents au marché.....	412
B.	La régulation dynamique de l'accès au marché	415
1.	La régulation dynamique de l'accès à un réseau en application de l'article 81 TCE	416
2.	La régulation dynamique de l'accès à un réseau en application de l'article 82 TCE	418
II.	L'évolution du droit de la libre circulation de la protection à la régulation de l'accès au marché	420
A.	Le droit subjectif d'accéder au marché, résultante d'une protection statique de l'accès au marché	420
1.	L'assimilation séduisante des libertés de circulation à un droit à l'accès au marché	420
2.	Le droit à l'accès au marché, reflet d'une définition statique de l'accès au marché	423
B.	La priorité accordée à la régulation dynamique de l'accès au marché.....	424
1.	L'inutilité de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'accès au marché dans la qualification économique des restrictions à la libre circulation	425
2.	La mise en œuvre d'une régulation dynamique de l'accès au marché.....	427

Section 2 : L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché public ou anciennement monopolisé	429
I. La régulation de l'accès à un marché nouvellement ouvert à la concurrence....	431
A. La régulation juridique de l'accès au marché.....	432
1. La promotion d'un accès libre au marché	432
2. Les droits et redevances d'accès au marché, révélateur d'une approche statique et sélective de l'accès au marché	435
B. La régulation concurrentielle de l'accès au marché	442
1. La promotion d'un accès efficace au marché.....	442
2. L'accroissement corrélatif de la prise en considération de l'intérêt des consommateurs, usagers ou utilisateurs	449
II. L'incidence de la concurrence sur la régulation de l'accès à un marché public	452
A. La protection de l'accès effectif aux marchés publics, reflet de l'application du principe de non-discrimination.....	454
B. La régulation de l'accès efficace aux marchés publics, reflet de la préservation d'une concurrence efficace de préemption.....	457
Titre 2 : La complémentarité des régimes de la restriction à l'accès au marché	463
Chapitre 1 : La mise à l'écart de la restriction à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'intérêt général	465
Section 1 : Le modèle – la mise à l'écart d'une restriction étatique à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'intérêt général	468
I. La justification d'une restriction étatique à l'accès au marché pour des raisons essentiellement non marchandes	469
A. Les raisons essentiellement non marchandes prévues dans le Traité.....	470
1. Les motifs non marchands <i>stricto sensu</i>	471
2. L'incidence du développement communautaire des activités économiques sur l'interprétation des raisons d'intérêt général non économique	472
B. Les raisons essentiellement non marchandes découvertes par la CJCE.....	474
II. L'incidence des considérations économiques sur la justification d'une mesure restrictive de la liberté de circulation	477
A. L'incidence des considérations économiques dans l'appréciation de la justification d'une mesure discriminatoire <i>de jure</i>	477

1.	L'impossibilité théorique de justifier une mesure discriminatoire <i>de jure</i> par un objectif de nature purement économique	478
2.	L'appréciation des justifications avancées pour le maintien de mesures discriminatoires <i>de jure</i> en fonction de considérations économiques.....	479
B.	Le bien-fondé de la prise en compte des considérations économiques lors de l'appréciation de la justification d'une mesure restrictive de l'accès au marché...	482
1.	L'incidence des considérations économiques dans l'appréciation de la justification avancée pour le maintien d'une mesure indistinctement applicable restrictive.....	482
2.	L'impossibilité d'adopter des réglementations restrictives de l'accès au marché qui poursuivent un objectif <i>purement protectionniste</i>	485
Section 2 : Le développement de la place de l'intérêt général dans le régime juridique des restrictions privées à l'accès au marché		489
I.	L'incidence de la participation du droit de la concurrence à l'intérêt général sur l'application de ce droit aux activités étatiques économiques	489
A.	La participation du droit de la concurrence à l'intérêt général	490
B.	L'inapplication du droit de la concurrence aux seules activités « hors-marché »	492
1.	L'intérêt général en tant qu'obstacle à l'application du droit communautaire de la concurrence.....	492
2.	La réduction de la sphère de l'action étatique soustraite au droit de la concurrence	494
II.	L'allégation de raisons d'intérêt général au moment de qualifier ou de justifier une distorsion de la concurrence	497
A.	L'allégation de raisons d'intérêt général lors de la qualification d'une distorsion de la concurrence.....	497
1.	La non-qualification d'un accord au sens de l'article 81 §1 TCE pour des raisons d'intérêt général	497
2.	La généralisation de l'allégation de raisons d'intérêt général dans le cadre des articles 81 §1 et 82 TCE.....	500
B.	L'incidence des considérations relatives à l'intérêt général dans l'exemption d'un accord restrictif de la concurrence	504
1.	L'impact des raisons liées à l'intérêt général sur l'exemption d'un accord	505

2. La conjugaison de considérations relatives à l'intérêt général avec l'efficacité économique au moment de l'exemption d'un accord	507
Chapitre 2 : La mise à l'écart de la restriction à l'accès au marché pour des raisons tirées de l'efficacité économique	511
Section 1 : Le modèle – la mise à l'écart d'une pratique litigieuse en droit de la concurrence pour des raisons tirées de l'efficacité économique	514
I. L'influence des considérations liées à l'efficacité économique sur la qualification d'une pratique litigieuse	517
A. Les étapes du contrôle des pratiques anticoncurrentielles au cours desquelles les références à l'efficacité économique sont pertinentes	518
1. L'efficacité économique en tant qu'élément caractéristique de la puissance économique d'une entreprise	519
2. L'allégation de gains d'efficacité en tant que moyen permettant d'échapper à la qualification de restriction à la concurrence.....	521
B. La corrélation entre l'allégation de considérations liées à l'efficacité économique et l'incidence d'une pratique litigieuse sur l'accès au marché	526
1. L'allégation de gains d'efficacité contrebalance difficilement la démonstration de l'effet d'éviction d'une pratique litigieuse	527
2. La légalité d'une pratique litigieuse en raison de l'efficacité de l'accès des concurrents ou de l'auteur de la pratique au marché.....	531
II. L'exemption des accords restrictifs de la concurrence qui permettent un accès efficace au marché.....	535
A. L'incidence des considérations relatives à l'accès efficace au marché dans les règlements d'exemption par catégorie	535
B. L'incidence des considérations relatives à l'accès efficace au marché sur l'exemption d'un accord.....	539
1. L'impact des considérations relatives à l'accès efficace au marché dans le cadre de la première condition posée à l'article 81 §3 TCE	539
2. L'impact du critère de l'accès efficace au marché sur les autres conditions posées à l'article 81 §3 TCE	541
Section 2 : L'incidence des considérations liées à l'efficacité économique en matière de restriction étatique à l'accès au marché.....	545

I.	L'incidence du critère de l'accès efficace au marché sur la globalisation du régime juridique des restrictions étatiques à la libre circulation	546
A.	Les tempéraments apportés au cloisonnement du régime juridique des mesures spécifiquement et indistinctement applicables	547
1.	La possibilité de justifier une mesure spécifiquement applicable restrictive de la libre circulation par une exigence impérative d'intérêt général	548
2.	Le décloisonnement du régime juridique des mesures spécifiquement et indistinctement applicables restrictives des échanges.....	550
B.	L'incidence de l'utilisation du critère de l'accès au marché sur la globalisation du régime juridique des restrictions étatiques aux échanges.....	552
1.	La globalisation du régime juridique de l'entrave aux échanges, résultat d'une utilisation correcte du critère de l'accès au marché	553
2.	L'application du régime juridique globalisé des restrictions étatiques à l'accès au marché	554
II.	Les enjeux de la prise en considération de l'efficacité économique d'une mesure nationale en droit de la libre circulation.....	557
A.	La conformité d'une mesure nationale au droit de la libre circulation pour des raisons tirées de l'efficacité économique	559
1.	L'allégation de l'efficacité économique d'une mesure nationale lors de sa qualification de restriction à l'accès au marché	559
2.	La cohérence économique et juridique de la possibilité d'admettre une mesure nationale pour des raisons d'efficacité économique.....	561
B.	La justification d'une mesure nationale restrictive de la libre circulation pour des raisons tirées de l'efficacité économique.....	562
1.	Les fondements jurisprudentiels de la possibilité de justifier une mesure nationale restrictive de la libre circulation par des raisons tirées de l'efficacité économique	563
2.	L'efficacité économique d'une mesure de protection temporaire du marché ?	568
a.	La possibilité d'adopter une mesure étatique de protection temporaire du marché ?	568
b.	L'inefficacité économique d'une mesure étatique protectionniste, limite à la convergence du droit du marché intérieur	572

Conclusion générale	575
BIBLIOGRAPHIE	585
Table des matières	627

RÉSUMÉ

Le critère de l'accès au marché est idoine pour qualifier, d'une part, une restriction publique apportée à la libre circulation au sens du TCE et, d'autre part, une pratique anticoncurrentielle au regard des articles 81 ou 82 TCE. Or, une étude de ce critère révèle que le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence partagent la nécessité d'abandonner une qualification formaliste des restrictions publiques et privées apportées aux échanges. À cet égard, le droit de la concurrence met l'accent sur l'analyse de l'effet du comportement en cause sur le marché, avant qu'une pratique ne soit qualifiée au regard du Traité. Cette approche est pertinente en droit de la libre circulation : une restriction étatique à l'accès au marché dépend également de son effet néfaste sur l'échange, aussi bien du côté de l'offre que du côté de la demande. Il est alors nécessaire de définir la restriction à l'accès au marché d'un point de vue économique. Une telle définition emporte des enjeux remarquables sur l'unification du droit du marché intérieur : la qualification économique d'une restriction privée ou publique à l'accès au marché nécessite non seulement de délimiter au préalable le marché en cause, mais aussi de délaisser une protection statique de l'accès du concurrent ou du « circulant » au marché, aux fins de privilégier une régulation dynamique de la concurrence sur le marché. De plus, l'unification du droit du marché intérieur s'observe également en tant que les considérations relatives à l'intérêt général et à l'efficacité économique prennent de l'importance aussi bien en droit de la concurrence qu'en droit de la libre circulation.

ABSTRACT

The market access criteria is appropriate in order to identify, in the one hand, a public restriction to free movement in the sense of the EC Treaty and, in the other hand, an anticompetitive practice in the sense of articles 81 and 82 EC. A study of this criteria reveals that free movement law and competition law share the necessity to abandon a formalistic qualification of public and private restrictions. In that sense, competition law emphasizes on the analysis of the effects of a litigious behaviour on the market, before qualifying this practice according to the Treaty. This approach is relevant in free movement law : a national market access restriction depends also on its harmful effects on exchanges, not even on the supply-side, but also on the demand-side. So is it necessary to define the market access restriction from an economic point of view, which has notable consequences for the unification of the common market law. First, a relevant market delimitation is needed, whatever competition law or free movement law is applicable. Second, the economic qualification of a market access restriction implies to give up to a static protection of the competitor's market access and to renounce to a protection of the economic operator that uses one of the liberty of movement, in order to prefer a dynamic regulation of the competition that takes place on the market. The common market law's unification can also be observed looking at the fact that both public interest and economic efficiency considerations gain importance in competition and free movement law.