



**HAL**  
open science

**“ Intel missa est ! ” Soixante ans de discussions inutiles  
autour du titre de compétence de la Commission en  
droit de la concurrence : le critère des effets qualifiés**

Mathieu Cardon

► **To cite this version:**

Mathieu Cardon. “ Intel missa est ! ” Soixante ans de discussions inutiles autour du titre de compétence de la Commission en droit de la concurrence : le critère des effets qualifiés. *RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, 2018/1, p. 115-141. hal-01764143

**HAL Id: hal-01764143**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01764143v1>**

Submitted on 21 Jun 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## « *Intel missa est !* » Soixante ans de discussions inutiles autour du titre de compétence de la Commission en droit de la concurrence : le critère des effets qualifiés

Mathieu Cardon

Maître de conférences, Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon 3

« Le critère des effets qualifiés permet de justifier l'application du droit de la concurrence de l'Union au regard du droit international public, lorsqu'il est prévisible que le comportement en cause produise un effet immédiat et substantiel dans l'Union »<sup>1</sup>.

1. « *Exit big mess* »... Par l'arrêt rendu en grande chambre le 6 septembre 2017, la Cour de justice semble mettre un terme à près d'un demi-siècle de tergiversations peu opportunes. Il y aura désormais un avant et un après *Intel*. Dorénavant, la Commission, les avocats généraux, le Tribunal et la Cour pourront s'appuyer sur cette décision pour fonder la compétence internationale de la Commission dans sa lutte contre les comportements restrictifs de concurrence trouvant leur origine à l'extérieur du territoire de l'Union européenne, mais qui produisent à l'intérieur des effets directs ou immédiats, substantiels et prévisibles.

Que de difficultés et d'analyses compliquées pour corriger puis rattraper les errements du passé, pour lesquels le Royaume-Uni porte une part de responsabilité importante... Mais sans doute était-ce sans compter le *Brexit*.

2. Au départ était une société de droit américain établie à Wilmington dans le Delaware, *Intel Corporation*, notoirement présente sur le marché des processeurs dits d'architecture x86, le processeur étant l'un des composants essentiels ou le « cerveau » de tout ordinateur. Précisément, deux types de processeurs distincts peuvent être utilisés dans l'assemblage d'un PC : les processeurs d'architecture x86 et les autres, « non-x86 ». Conçue par *Intel*, l'architecture x86 permet le fonctionnement des systèmes d'exploitation, notamment de Windows qui est lié à l'ensemble des instructions x86. Avant l'an 2000, le marché des processeurs d'architecture x86 comptait plusieurs opérateurs. Depuis, la plupart des fabricants ayant quitté le marché, *Intel* et *AMD* sont demeurées pratiquement les deux seules entreprises à proposer des processeurs x86. Dans sa dimension géographique, le marché en cause a été défini comme étant mondial. Sur la période considérée en l'espèce, 1997-2007, *Intel* détenait des parts de marché de l'ordre de 70 % ou plus. En 2007, le chiffre d'affaires réalisé par *Intel* au niveau mondial s'élevait à 27 972 millions d'euros, ou 38 834 millions de dollars, la part européenne du marché mondial des processeurs x86 représentant environ 30 %.

A la suite de plaintes déposées par *AMD* en 2000, 2003 et 2006, la Commission européenne a diligenté une enquête sur les agissements d'*Intel*. Selon la Commission, deux comportements principaux peuvent être reprochés à l'entreprise américaine.

D'une part, la Société *Intel* a accordé des remises en tout ou partie occultes à des fabricants d'ordinateurs (*Acer*, *Dell*, *HP*, *Lenovo* et *NEC*), à la condition qu'ils s'approvisionnent exclusivement ou quasi-exclusivement auprès d'elle pour les processeurs x86 nécessaires à leur production. *Intel* a également effectué des paiements directs en faveur d'un distributeur important (*Media Saturn Holding*, propriétaire de la chaîne *MediaMarkt*), sous réserve qu'il ne vende que des ordinateurs équipés de processeurs x86 « *Intel inside* ». Les rabais conditionnels accordés par *Intel* aux fabricants d'ordinateurs, et autres paiements, constituent un abus de

<sup>1</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, non encore publié au Recueil, pt 49 ; v. L. Idot, Match nul provisoire dans l'affaire Intel : la partie continue..., Europe, 2017. Étude 9.

position dominante au sens des dispositions de l'article 102 TFUE, au préjudice des consommateurs, privés d'accès à des produits concurrents.

*D'autre part*, Intel a également payé directement des fabricants pour qu'ils arrêtent ou retardent le lancement de produits équipés de processeurs x86 concurrents, et pour limiter les canaux de distribution de ces produits. Comme le grief précédent, ce dernier comportement caractérise également une exploitation abusive de position dominante au sens de l'article 102 TFUE, qui emporte les mêmes effets.

Par ces agissements, Intel a manifestement porté atteinte à la concurrence et à l'innovation en réduisant la capacité des concurrents à se livrer concurrence en fonction de la seule qualité intrinsèque de leurs produits. A l'évidence, la Société AMD était la cible des comportements d'Intel, son seul concurrent en pratique, particulièrement sur la partie limitée des besoins des fabricants d'ordinateurs en processeurs x86 ouverte à tout moment à la concurrence, puisqu'ils sont dépendants d'Intel pour la majeure partie de leurs approvisionnements ; d'autant plus si l'on considère que les manœuvres d'Intel sont intervenues précisément au moment où AMD commençait à être considérée par les fabricants, comme par Intel, comme ayant nettement amélioré la gamme de ses processeurs, devenant *de facto* un concurrent sérieux et une menace réelle pour le leader du marché. Au terme de sa décision du 13 mai 2009, la Commission a estimé que l'entreprise américaine avait agi en violation de l'article 102 TFUE par une infraction unique et continue du mois d'octobre 2002 au mois de décembre 2007, en mettant en œuvre une stratégie tendant à évincer ses concurrents du marché, et a prononcé en conséquence une amende remarquée de 1 060 000 000 euros<sup>2</sup>.

Saisi par la Société Intel, soutenue par l'Association for Competitive Technology, d'un recours contre la décision de la Commission, le Tribunal a rejeté ses demandes au terme d'une analyse relativement longue, confirmant aussi l'amende infligée.

3. Par un arrêt du 6 septembre 2017, la Cour annule la décision des premiers juges. Parmi les six moyens invoqués à l'appui du pourvoi, Intel soutenait notamment que le Tribunal avait commis une erreur de droit en s'abstenant d'examiner, au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes, si les rabais litigieux avaient été susceptibles de restreindre la concurrence. Selon la requérante, « ni le libellé ni la structure de l'article 102 TFUE n'indiquent que certains types de comportements, dès lors qu'ils sont adoptés par une entreprise en position dominante, doivent être qualifiés d'anticoncurrentiels par nature [...] Intel soutient que la jurisprudence constante de la Cour exige, afin de constater l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE, un examen de l'ensemble des circonstances, incluant l'examen du niveau des rabais en cause, de la durée de ceux-ci, des parts de marché concernées, des besoins des clients et de la capacité des rabais d'évincer un concurrent aussi efficace (*as efficient competitor test*, ci-après le "test AEC"), afin d'établir que de tels rabais sont susceptibles de restreindre la concurrence et, partant, constituent un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE »<sup>3</sup>. « Ainsi, le fait que les rabais litigieux soient qualifiés ou analysés dans l'arrêt attaqué en tant que rabais d'exclusivité ne devrait pas exclure un examen de leur aptitude à restreindre la concurrence »<sup>4</sup>. « Le Tribunal aurait négligé à tort des circonstances importantes telles que la couverture insuffisante du marché par les rabais litigieux, la courte durée des pratiques contestées, l'absence de verrouillage et une baisse rapide des prix ainsi que l'analyse préalable du concurrent aussi efficace [...] »<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> V. Comm. CE, déc. C(2009) 3726 final du 13 mai 2009 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/C-3/37.990 – Intel), pour un résumé de la décision de la Commission, v. JOUE 2009 C 227, p. 13-17.

<sup>3</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pts 110 à 111.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pt 113.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pts 115 et suivants.

En réponse, la Cour est d'avis que lorsque la Commission effectue cette analyse dans la décision qui constate le caractère abusif d'un système de rabais, le Tribunal est tenu d'examiner l'ensemble des arguments tendant à mettre en cause le bien-fondé des constatations qu'elle a faites sur la capacité d'éviction du système de rabais litigieux<sup>6</sup>. Or, tout en soulignant que les rabais en cause avaient, par leur nature même, la capacité de restreindre la concurrence de sorte qu'une analyse de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, en particulier, un test AEC n'étaient pas nécessaires pour constater un abus de position dominante, la Commission a néanmoins opéré un examen approfondi de ces circonstances dans le cadre du test AEC, lui permettant de conclure qu'un concurrent aussi efficace aurait dû pratiquer des prix qui n'auraient pas été viables et que, dès lors, les rabais litigieux étaient susceptibles d'avoir des effets d'éviction d'un tel concurrent<sup>7</sup>. Aussi le test AEC s'est-il révélé d'une importance réelle dans l'appréciation faite par la Commission de la capacité de la pratique de rabais en cause à produire un effet d'éviction<sup>8</sup>. La Cour considère donc que, contrairement à ce qu'il affirme, le Tribunal était assurément tenu d'examiner l'ensemble des arguments d'*Intel* sur ce point : ce qu'il a précisément refusé de faire. C'est dans ces circonstances que la Cour annule la décision du Tribunal qui s'est abstenu, à tort, de prendre en considération l'argumentation de la requérante sur les erreurs prétendument commises par la Commission dans le cadre du test AEC lors de son analyse de la capacité des rabais litigieux à restreindre la concurrence, et que, au terme du pourvoi, la Cour renvoie l'affaire au Tribunal pour qu'il puisse apprécier, à la lumière des arguments d'*Intel*, si les rabais litigieux ont été capables de restreindre la concurrence. En conséquence, l'affaire doit encore être suivie sur cette question précise.

4. En revanche, s'il est une question semble-t-il tranchée à présent de manière définitive, au titre de laquelle l'analyse de la Cour statuant dans sa formation la plus importante mérite de retenir l'attention, c'est le cinquième moyen tiré de la compétence de la Commission à l'égard des pratiques litigieuses, notamment des « *accords Lenovo* ». Puisqu'il est question de compétence, la Cour l'examine naturellement avant tout autre moyen. Dans ce cadre, la Cour rejette l'intégralité des arguments d'*Intel*. A ce titre, l'arrêt du 6 septembre 2017 présente une dimension singulière, tant la décision était attendue depuis... Pourquoi ne pas l'affirmer ? Le 1<sup>er</sup> janvier 1958, soit l'entrée en vigueur du traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957. *A priori*, la Cour tranche ainsi pour l'avenir la question jusqu'alors ambiguë du titre de compétence de la Commission pour appréhender des comportements ayant certes été adoptés à l'extérieur du territoire de l'Union, mais dont les effets anticoncurrentiels sont susceptibles d'être ressentis à l'intérieur sur le marché européen.

5. Au-delà de ses aspects théoriques, la question revêt également une importance pratique particulière car après *Microsoft*, *Intel* et *Google*, notamment, il est loisible de s'interroger sur l'identité du prochain géant, américain ou autre, et non obligatoirement acteur du secteur, qui aurait l'ambition de défier l'exercice de compétence internationale de la Commission européenne. Ainsi, par sa décision, la Cour semble aussi fixer le cadre de l'analyse du juge qui aura à apprécier la légalité de la décision de la Commission du 27 juin 2017 dans l'affaire *Google*, l'entreprise *américaine* ayant introduit un recours contre la décision le 11 septembre 2017. En effet, l'autorité européenne a infligé à *Google* une amende de 2 424 495 000 euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche ; selon la Commission, par ses pratiques illégales, *Google* a favorisé son propre service de comparaison de prix, *Google*

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, pt 141.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pt 142.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pt 143.

*Shopping*, dans ses résultats de recherche tout en rétrogradant ceux de ses concurrents<sup>9</sup>.

6. Si l'on ne s'étonne plus guère aujourd'hui des décisions par lesquelles les autorités de concurrence exercent une compétence internationale à l'égard de comportements restrictifs de concurrence trouvant leur origine en dehors de leur ordre juridique, force est de rappeler succinctement que l'exercice de compétence revendiqué n'est pas toujours allé de soi et, surtout, que le titre permettant de fonder l'exercice de compétence n'a pas toujours été exprimé avec clarté, singulièrement s'agissant de la compétence de la Commission européenne.

Pour mémoire, selon les principes du droit international, sous réserve de ses obligations internationales, l'État dispose d'une compétence non contestée vis-à-vis des personnes, des biens, des faits et des situations juridiques localisés sur son territoire. Fondée sur sa souveraineté, la compétence de l'État s'appuie sur le titre le plus naturel qui soit en droit international : le territoire. Seul le principe de territorialité permet à l'État l'exercice de la compétence normative et de la compétence d'exécution consécutive. Néanmoins, pour pallier les inconvénients d'une compétence limitée à son territoire, notamment l'impossibilité de lutter contre des comportements dits *extra-territoriaux*, et dès lors couverts par une immunité de fait, l'État a cherché à étendre sa juridiction aux actes matériellement commis à l'étranger mais produisant des effets à l'intérieur de son territoire. N'étant plus strictement territorial, l'exercice de compétence en question est devenu de fait extraterritorial. Est apparue ainsi la compétence fondée sur le principe de territorialité dite objective et, plus largement, sur le fondement de la théorie des effets. Admise depuis longtemps par certaines dispositions répressives de droit interne et acceptée par le juge international aux fins d'application du droit pénal dans l'affaire du *Lotus*, la théorie des effets a longtemps cherché une reconnaissance et des critères d'application précis aux fins d'application du droit économique...<sup>10</sup> Plus encore dans l'ordre juridique européen que, quasiment, partout ailleurs, le juge européen n'admettant d'envisager le critère de l'effet que depuis une période récente. Refusant de prendre en considération l'état du droit *antitrust* américain depuis 1945 et, surtout, en dépit des incitations conventionnelles, des initiatives de la Commission et des conclusions des avocats généraux, sans jamais rejeter expressément le critère de l'effet comme titre de compétence en droit européen, la Cour a usé de nombreux détours pour l'évincer du raisonnement en tant que titre principal, préférant avoir recours à des formules parallèles, voire employer des circonlocutions, si bien qu'à la fin ce titre de compétence pourtant essentiel se voyait accorder une place des plus accessoires<sup>11</sup>.

Ainsi, le juge européen s'est progressivement éloigné de la lettre du traité. Littéralement, l'article 101 TFUE (ex-article 81 CE) dispose que les accords, décisions et pratiques concertées « 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 » sont interdits. « Le Traité de la CEE affirme la localisation de l'effet anti-concurrentiel, voulu ou obtenu, comme le critère d'application territoriale de son droit de la concurrence. L'extranéité d'une entreprise ne saurait être tenue pour une cause d'incompétence dès que la pratique qui lui est imputable produit ses effets dans le Marché commun »<sup>12</sup>.

Dès l'affaire *Béguelin*, en 1971, le juge s'apprêtait à suivre la Commission, favorable à

<sup>9</sup> V. Communiqué de presse de la Commission européenne sur Affaire COMP/C-3/39.740 – Google, 27 juin 2017, IP/17/1784 et MEMO/17/1785.

<sup>10</sup> CPJI 7 sept. 1927, *Affaire du « Lotus » (France c/ Turquie)*, Rec., Série A, n° 10, 1927, p. 23 ; en droit interne, v. par exemple le cas quasiment d'école de l'affaire *Simpson v. State* soumise à la Cour suprême de l'État de Géorgie et l'opinion du Juge Lumpkin, « so, if a man in the state of South Carolina criminally fires a ball into the state of Georgia, the law regards him as accompanying the ball, and as being represented by it, up to the point where it strikes », *Simpson v. State*, 92 Ga. 41 (1893), p. 43.

<sup>11</sup> *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>12</sup> J.-M. Bischoff et R. Kovar, L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté, JDI 1975. 675, § 8.

l'adoption du critère de l'effet, et à l'admettre comme titre de compétence unique en droit européen : « le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun »<sup>13</sup>. Néanmoins, l'application du critère est apparue timide, dans la mesure où « le cas Béguelin ne constitue toutefois pas une application stricte de la théorie de l'effet interne, étant donné que l'un des partenaires de l'accord de distribution exclusive en cause, conclu entre la société Béguelin (Belgique-France) et Oshawa (Japon) pour la vente de briquets de poche, était établi dans la Communauté »<sup>14</sup>. En dépit des conclusions incitatives de nombreux avocats généraux, la Cour a relégué le titre principal de l'effet au profit de critères accessoires, sans pour autant le rejeter expressément, sans doute pour se ménager une porte de sortie. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Matières colorantes*, l'Avocat général H. Mayras souligne : « l'article [101 TFUE] retient incontestablement le seul critère de l'effet anti-concurrentiel dans le Marché Commun, sans prendre en considération ni la nationalité, ni la localisation du siège des entreprises responsables des infractions à la concurrence. Il en est de même de l'article [102 TFUE] »<sup>15</sup>. Mais la Cour a préféré fonder la compétence du droit européen sur la théorie de *l'unité de groupe, l'unité économique ou l'unité de l'entreprise*<sup>16</sup>. Au fur et à mesure de ses décisions, la Cour perdait le critère de l'effet. A tel point que le juge a même retenu la compétence du droit européen vis-à-vis de comportements localisés à l'extérieur de l'Union du fait de leur « mise en œuvre » dans le marché intérieur<sup>17</sup>.

Aux termes de ces décisions, les *seuls* effets anticoncurrentiels localisés à l'intérieur du territoire européen n'ont pas suffi à fonder la compétence de la Commission. Ce faisant, il est loisible d'observer une constante. Non révélé par le juge, le critère de l'effet est néanmoins présent dans toutes ses appréciations, ne serait-ce que de manière sous-jacente. En apparence insuffisant, le critère de l'effet a tout d'abord été complété par la localisation de certains comportements sur le territoire européen (*Béguelin*), puis par l'imputation de comportements localisés à l'intérieur de ce territoire (*Matières Colorantes*, *Continental Can* et *Commercial Solvents*) et, enfin, par leur mise en œuvre à l'intérieur (*Pâte de Bois*). Comme on l'a justement souligné, le critère principal est pourtant le critère de l'effet<sup>18</sup>. Dès lors, les critères de la localisation de certains actes matériels, de l'imputation des comportements voire de leur mise en œuvre ne semblent être intervenus qu'en renfort, en tant que critères accessoires, pour soutenir davantage l'exercice de

<sup>13</sup> CJCE 25 nov. 1971, *Béguelin Import c/ G.L. Import Export*, 22/71, Rec. 949, pt 11.

<sup>14</sup> V. Onzième rapport sur la politique de concurrence, Commission des Communautés européennes, 1981, p. 39.

<sup>15</sup> CJCE 14 juillet 1972, *ICI c/ Commission*, dit « *Matières colorantes* », 48/69, Rec. 619.

<sup>16</sup> V. ainsi CJCE 14 juillet 1972, *ICI c/ Commission*, dit « *Matières colorantes* », 48/69, Rec. 619 : « attendu que la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère ; que, lorsque la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'article [101], paragraphe 1, peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère, avec laquelle elle forme une unité économique ; qu'en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent [...] être rattachés à la société mère ; attendu qu'il est notoire que la requérante détenait à l'époque la totalité ou, en tout cas, la majorité du capital de ces filiales ; que la requérante pouvait influencer de manière déterminante la politique des prix de vente de ses filiales dans le marché commun et qu'elle a utilisé en fait ce pouvoir à l'occasion des trois hausses de prix dont il est question [...] que, dans ces conditions, la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, ne pourrait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché aux fins de l'application des règles de concurrence », pts 132 à 140 ; v. également CJCE 21 févr. 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*, dit « *Continental Can* », 6/72, Rec. 215 et CJCE 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents c/ Commission*, dit « *Commercial Solvents* », 6 et 7/73, Rec. 223.

<sup>17</sup> CJCE 27 sept. 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, dit « *Pâte de Bois* », 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 à 129/85, Rec. 5193, pts 16 à 18.

<sup>18</sup> J.-M. Bischoff et R. Kovar, *Op. cit.*, §§ 19 à 20 et 34.

compétence à l'égard de comportements qui avaient tous, avant tout, des effets restrictifs de concurrence à l'intérieur du territoire européen. La volonté délibérée de ne pas admettre le critère de l'effet pour fonder la compétence du droit européen a conduit, si ce n'est à enfouir le titre principal, du moins à le perdre de vue et, en définitive, chaque motivation du juge semblait avoir été emportée par le critère accessoire. Ainsi, le critère de l'imputation du comportement, ou théorie de l'unité économique, s'est substitué à celui d'éléments du comportement localisables dans le marché intérieur, par la suite celui de la mise en œuvre a remplacé celui de l'imputation... Aussi, de manière mécanique, moins le comportement en cause avait-il d'attaches avec le territoire européen, plus le lien entre le critère accessoire et ce territoire se relâchait. Naturellement, dans les circonstances plus contemporaines de chaînes d'approvisionnement complexes à l'échelle mondiale, le critère accessoire était voué à disparaître complètement, pour céder la place au seul critère qui vaille : le critère de l'effet anticoncurrentiel au sein du marché intérieur.

Historiquement, l'affirmation du titre de compétence de la Commission européenne à l'égard des comportements restrictifs de concurrence adoptés en dehors du territoire de l'Union est donc apparue confuse, à plus d'un titre. Or, force est d'observer que la question n'a pas gagné en netteté dans les développements jurisprudentiels plus récents.

7. Le pourvoi introduit dans l'affaire *Intel* offrait alors à la Cour une nouvelle opportunité de mettre un peu d'ordre à propos du titre de compétence de la Commission dans de telles circonstances : le juge l'a saisie et, dans l'ensemble, a relevé le défi en adoptant le critère des effets qualifiés sans aucune ambiguïté. Ainsi, la théorie des effets se révèle être un titre de compétence *patient* (I) qui, à la fin, s'impose avec vigueur (II).

## **I) Un titre de compétence patient**

8. Sans doute par excès d'impatience, la question du titre de compétence de la Commission semblait définitivement réglée depuis l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Gencor* du 25 mars 1999, qui reconnaît fort tard le critère des effets qualifiés (A) ; or, par la suite, le critère a encore été malmené... *A priori* à tort (B)<sup>19</sup>.

### **A) Adopté tardivement**

9. Peu après la décision de la Commission dans l'affaire *Boeing/McDonnell Douglas* du 30 juillet 1997, qui évoque déjà les effets immédiats de l'opération de concentration projetée, le critère de l'effet est adopté par le juge, mais de première instance seulement et, ici, pour l'application du droit des concentrations (1) ; ce faisant, la question du titre de compétence n'apparaît pas confondue avec celle du champ d'application territorial du droit (2)<sup>20</sup>.

#### **1) Par le Tribunal de première instance**

**10. Le critère des effets qualifiés expressément accepté dans l'arrêt *Gencor*** – Le 25 mars 1999, les dispositions du traité, les décisions de la Commission, les conclusions des avocats généraux et les décisions du juge paraissent enfin cohabiter harmonieusement<sup>21</sup>. L'objectif aurait

<sup>19</sup> TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753.

<sup>20</sup> V. 97/816/CE: Décision de la Commission du 30 juillet 1997 déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire n° IV/M.877 – *Boeing/McDonnell Douglas*), JOCE 1997 L 336, p. 16-47.

<sup>21</sup> TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753.

peut-être pu être satisfait dès le 25 novembre 1971 à l'occasion de l'affaire *Béguelin*. Dans l'arrêt *Gencor*, le Tribunal tranche la question du titre de compétence de la Commission sur le seul fondement du critère de l'effet, semblant mettre un terme à une longue période d'incertitude et de jurisprudences contestables ; mais ce ne fut qu'une apparence<sup>22</sup>. Examinant la légalité de la décision de non compatibilité de l'opération de concentration, le juge considère que : « lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement est justifiée au regard du droit international public [...] Dès lors, il y a lieu de vérifier si les trois critères de l'effet immédiat, substantiel et prévisible sont réunis dans le cas d'espèce »<sup>23</sup>. Aussi le Tribunal apprécie-t-il la qualification des effets de la concentration envisagée à travers leurs caractères immédiats, substantiels et prévisibles, et conclut que l'application du règlement concentration est conforme au droit international public<sup>24</sup>. Jamais la théorie des effets n'avait fait l'objet d'une adhésion aussi nette. Pour la première fois également, le juge européen subordonne clairement la conformité de l'application des règles de concurrence européennes au regard des règles du droit international public à la réalisation de ces effets. Le critère de l'effet, sous-jacent jusqu'alors, a fini par triompher des critères accessoires, dont certains pouvaient apparaître bien artificiels.

**11. Et tacitement appliqué dans l'affaire *Microsoft*** – Adopté par le Tribunal dans l'affaire *Gencor*, le titre de compétence fondé sur la théorie des effets pouvait-il prêter à une quelconque discussion dans l'affaire *Microsoft* ?<sup>25</sup> Non ! La discussion théorique n'avait plus lieu d'être depuis l'arrêt du 25 mars 1999, mais elle était également inutile d'un point de vue pratique, puisque tant les appréciations de la Commission que celles du Tribunal ont permis de démontrer sans le moindre doute possible que les effets restrictifs de concurrence à l'intérieur du marché intérieur étaient, dans les circonstances de l'espèce, qualifiés, c'est-à-dire immédiats, substantiels et prévisibles<sup>26</sup>. En dépit de certaines assertions, spécialement en présence de marchés de dimension mondiale, l'affaire *Microsoft* illustre également l'application d'un critère des effets dits internes, à l'instar de la jurisprudence américaine la plus récente<sup>27</sup>.

**12. Pour des effets par nature internes** – Pour dissiper tout malentendu éventuel, s'il est nécessaire, sans doute n'est-il pas inutile de rappeler que deux types d'effets restrictifs de concurrence méritent en effet d'être distingués :

- *d'une part*, des effets directement inspirés de la territorialité objective, dont la localisation à l'intérieur du territoire de l'État qui exerce la compétence selon ce titre ne fait aucun doute. Une autorité de concurrence peut donc légitimement appréhender les effets, *internes*, qui faussent la concurrence à l'intérieur de son ordre juridique, au préjudice de son marché et au final de ses consommateurs ;

- *d'autre part*, une pseudo-théorie des effets, qui revendique la protection de la concurrence à l'encontre d'effets anticoncurrentiels affectant surtout le commerce d'exportation de l'État et qui, de fait, sont principalement ressentis à l'extérieur de son territoire. Le rattachement de cette dernière politique, de nature exclusivement commerciale, telle qu'observée aux États-Unis dans le passé, au critère de l'effet est absurde.

En tout état de cause, le critère des effets est adopté par le juge européen en tant que titre de

---

<sup>22</sup> V. *Infra*.

<sup>23</sup> TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753, pts 90 et 92.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pts 93 à 100 et 101 ; v. *Microsoft*, la Commission et le juge communautaire : quid de la compétence internationale de la Communauté ? Passez votre chemin, la discussion est close !, RLC 2008/17, n° 1247, pp. 142-150.

<sup>25</sup> TPICE 17 sept. 2007, *Microsoft c/ Commission*, T-201/04, Rec. II-3601.

<sup>26</sup> V. RLC 2008/17, *Op. cit.*

<sup>27</sup> V. not. *Hoffman-La Roche F., Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004) ou 542 U.S. 155 (2004) ; v. égal. *infra* note 35.

compétence, sans équivoque semble-t-il.

## 2) Sans confusion avec le champ d'application territorial

13. Dans la décision *Gencor*, le Tribunal a pris le soin d'analyser séparément le champ d'application territorial du règlement concentration et le titre de compétence de la Commission : « en l'espèce, deux questions doivent être examinées. Il y a d'abord lieu de vérifier si des concentrations comme celle en cause tombent sous le champ d'application du règlement n° 4064/89, puis, dans l'affirmative, si son application à ce type de concentration est contraire au droit international public concernant la compétence des États »<sup>28</sup>. Dès lors, il convient également d'éviter la confusion possible entre deux questions pourtant distinctes, le champ d'application territorial du droit et le titre en vertu duquel une autorité entend exercer sa compétence, dans la mesure où les deux questions se meuvent en réalité dans des plans différents.

14. **A propos du champ d'application territorial du droit européen**, Berthold Goldman a écrit « en ce qui concerne les règles de concurrence, [les articles 52 TUE et 355 TFUE (ex-articles 227 puis 299 TCE) indiquent] ce qu'il faut entendre géographiquement par effet recherché ou obtenu à l'intérieur du Marché commun : ce sera l'effet sur les territoires énumérés »<sup>29</sup>. Aux termes de l'article 101 TFUE, notamment, sont interdits les accords, les décisions et les pratiques concertées qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. Autrement dit, ces dispositions permettent d'appréhender les comportements dont les effets sont localisés dans la délimitation géographique du marché intérieur, en ce compris les comportements adoptés à l'étranger mais réalisés à l'intérieur de cette délimitation, qui peuvent dès lors être rattachés à ce territoire parce que leurs effets sont géographiquement situés dans le champ d'application territorial du droit européen de la concurrence. Préalable indispensable, la localisation des effets, qui ne peuvent être qu'internes, permet de satisfaire la condition tenant au champ d'application territorial du droit. Des effets ressentis à l'extérieur de la délimitation géographique circonscrite par le champ d'application territorial du droit ne poseraient aucune difficulté en termes d'exercice de compétence, puisque n'entrant pas dans ce champ d'application en amont, aucune compétence ne saurait être exercée. Pour autant, tous les effets –nécessairement– ressentis à l'intérieur de la délimitation géographique précitée ne sauraient justifier que la compétence soit systématiquement exercée.

15. **Du point de vue du titre de compétence**, la question se pose donc de savoir quand une autorité peut légitimement exercer une compétence à l'égard de tels comportements, et selon quel titre en vertu des règles du droit international public. Selon le critère des effets admis par le Tribunal dans l'arrêt *Gencor*, en tant que titre de compétence normative au sens du droit international public, la Commission est fondée à poursuivre ces comportements lorsque leurs effets sont qualifiés, c'est-à-dire immédiats, substantiels et prévisibles. Évidemment, aucune autorité de concurrence ne saurait exercer la compétence d'exécution consécutive puisqu'en ce sens la juridiction est certainement territoriale. Néanmoins, la distinction entre le champ d'application territorial du droit et le titre en vertu duquel l'autorité peut exercer sa compétence n'a pas toujours été appréhendée avec netteté semble-t-il dans les décisions rendues après l'arrêt *Gencor* du 25 mars 1999.

<sup>28</sup> TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753, pts 77 et suivants.

<sup>29</sup> B. Goldman, Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, RCADI, 1969, Vol. 128, Tome III, pp. 630-729, p. 667.

## B) Inutilement maltraité

16. Redécouvert récemment, le titre de compétence véritable a été copieusement malmené par la plupart des décisions ultérieures, en raison de confusions inopportunes, notamment entre le critère de la mise en œuvre et le critère des effets (1), et entre la localisation des effets et leur qualification (2).

### 1) Mise en œuvre *versus* effets

17. En dépit des discussions engagées depuis près de soixante ans, la distinction entre le champ d'application territorial du droit européen de la concurrence et le titre de compétence de la Commission au regard des règles du droit international public n'apparaît pas toujours maîtrisée. Ainsi, il est loisible d'observer la confusion qui s'exprime tant sur l'objet même du débat, que selon les interprètes, à savoir la Commission, les avocats généraux, le Tribunal et la Cour. Contrairement aux apparences, l'arrêt *Gencor* est donc loin d'avoir mis un terme à la controverse.

18. **Une référence à l'arrêt *Pâte de bois* peu opportune** – Dans l'affaire *ICF*, le Tribunal paraît confirmer le critère des effets mais de manière indirecte seulement, en adoptant une motivation par référence à l'arrêt *Gencor*<sup>30</sup>. Néanmoins, en faisant en même temps expressément référence à la décision *Pâte de Bois*, particulièrement le point 18 de l'arrêt qui précise « dans ces conditions, la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public », le Tribunal ajoute à la confusion dans la mesure où, précisément, le juge avait fondé la compétence de la Commission sur le critère de la mise en œuvre.

19. **Une conciliation difficile** – Empruntant la même voie, la décision du Tribunal dans l'affaire *InnoLux* à propos des accords et pratiques concertées en matière de prix et de capacités de production sur le marché mondial des écrans LCD, fait encore plus nettement référence à l'arrêt *Pâte de Bois*<sup>31</sup>. Si le juge tente à cette occasion de concilier les décisions *Pâte de Bois* et *Gencor*, la motivation retenue à cette effet peut laisser le lecteur assidu des décisions sur la compétence internationale de la Commission un peu perplexe. En effet, le Tribunal précise : « la Cour a reconnu que, lorsque des entreprises, établies en dehors de l'EEE, mais qui produisent des biens qui sont vendus dans l'EEE à des tiers, se concertent sur les prix qu'elles consentent à leurs clients établis dans l'EEE et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, elles participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché intérieur, au sens de l'article 101 TFUE, et que la Commission est territorialement compétente à poursuivre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du

---

<sup>30</sup> Trib. UE 18 juin 2013, *ICF c/ Commission*, T-406/08, ECLI:EU:T:2013:322, pts 210 et 216 : « le droit de la concurrence de l'Union est applicable à une entente qui produit ses effets sur le territoire du marché intérieur, indépendamment du fait que l'une des entreprises participant à un accord est située dans un pays tiers [...] la compétence de la Commission pour appliquer les règles de concurrence de la Communauté à de tels comportements est avérée au regard des règles du droit international public (voir, en ce sens, arrêt Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, pt 210 supra, pt 18 ; voir également, par analogie, arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, Rec. p. II-753, pts 89 et suivants », et sur pourvoi CJUE 9 oct. 2014, *ICF c/ Commission*, C-467/13 P, ECLI:EU:C:2014:2274, néanmoins, la Cour ne considère pas la question de la compétence de la Commission.

<sup>31</sup> Trib. UE 27 févr. 2014, *InnoLux c/ Commission*, T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, pt 56 à 75.

27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission* [...] »<sup>32</sup>. « La jurisprudence issue de l'arrêt pâte de bois I a été reprise par l'arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor/Commission* [...] À cette occasion, le Tribunal a, certes, relevé que, lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produise un effet immédiat et substantiel dans l'Union, l'application des dispositions du droit de l'Union relatives au contrôle des concentrations est justifiée au regard du droit international public (arrêt *Gencor/Commission*, précité, point 90). Toutefois, au point 87 de l'arrêt *Gencor/Commission*, précité, le Tribunal a, en substance, souligné que le critère de la mise en œuvre d'une entente en tant qu'élément de rattachement de celle-ci au territoire de l'Union est satisfait par la simple vente au sein de cette dernière du produit cartellisé »<sup>33</sup>. « Il en découle que le raisonnement suivi par le Tribunal dans l'arrêt *Gencor/Commission*, précité, ne remet pas en cause la jurisprudence issue de l'arrêt pâte de bois I »<sup>34</sup>.

## 20. La mise en œuvre : simple élément de rattachement du comportement au territoire de l'Union – Inévitablement, l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *InnoLux* appelle quelques remarques.

- *En premier lieu*, les difficultés éprouvées dans le cas présent par le juge européen font écho à celles rencontrées récemment par les juridictions américaines, à l'occasion des suites judiciaires de la pratique concertée *InnoLux* aux États-Unis, notamment pour déterminer le caractère direct de l'effet dans des circonstances de chaînes d'approvisionnement complexes à l'échelle mondiale<sup>35</sup>. Dans de telles circonstances, le problème de la qualification des effets, notamment leur caractère direct ou immédiat, peut s'avérer en effet de plus en plus délicat.

- *En deuxième lieu*, le critère de la mise en œuvre auquel le Tribunal fait ici référence paraît davantage considéré en tant que critère permettant de déterminer la localisation des effets anticoncurrentiels à l'intérieur du marché intérieur, soit l'élément de rattachement de l'infraction au territoire de l'Union pour satisfaire la condition tenant au champ d'application territorial du droit européen de la concurrence, qu'en tant que, *stricto sensu*, véritable titre de compétence au sens du droit international public, c'est-à-dire les *effets anticoncurrentiels* mêmes. Le Tribunal semble d'ailleurs avoir la distinction à l'esprit lorsqu'il indique que le concept de mise en œuvre au sens de l'arrêt *Pâte de Bois* se fonde sur la notion d'entreprise à laquelle doit être reconnu un rôle déterminant dans la fixation des limites de la compétence territoriale de la Commission pour appliquer ledit droit, et lorsqu'il précise surtout « la Commission doit pouvoir poursuivre les répercussions [c'est-à-dire les effets] que le comportement de cette entreprise a eu sur le jeu de la concurrence dans le marché intérieur [soit leur localisation] »<sup>36</sup>. Or, comme précisé plus tôt (§§ 12 et 14), le titre de compétence qu'est le critère des effets suppose la question du champ d'application territorial du droit et ses limites précises déjà résolue, au moins implicitement, les effets à prendre en considération ne pouvant être qu'internes.

- *En dernier lieu*, certains déplorent le manque de clarté de l'appréciation du Tribunal sur le titre de compétence proprement dit ; en effet, « la volonté du Tribunal de répondre à tous les arguments conduit à des arrêts souvent difficiles à lire. Les passages sur la compétence territoriale appelleraient en eux-mêmes des commentaires tant certaines affirmations procèdent à

<sup>32</sup> CJCE 27 sept. 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, dit « Pâte de Bois », 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 à 129/85, Rec. 5193, pts 13 à 18.

<sup>33</sup> Trib. UE 27 févr. 2014, *InnoLux c/ Commission*, T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, pts 61 à 63.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pt 64 ; V. pts 66 et suivants.

<sup>35</sup> V. notamment *United States v. Hui Hsiung*, 758 F.3d 1074 (9th Cir. 2014), *United States v. Hui Hsiung*, 778 F.3d 738 (9th Cir. 2015), *cert. denied*, 135 S. Ct. 2837 (2015), *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, 746 F.3d 842 (7th Cir. 2014), *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2015), *cert. denied*, 135 S. Ct. 2837 (2015) et *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014).

<sup>36</sup> Trib. UE 27 févr. 2014, *InnoLux c/ Commission*, T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, pts 69-70.

des raccourcis quelque peu surprenants »...<sup>37</sup> Et ce d'autant plus que : « contrairement à ce qui est souvent soutenu, la Cour n'a pas consacré dans [l'affaire *Pâte de bois*] la théorie dite des "effets". Certes les effets des pratiques doivent être localisés dans le marché commun, puisque c'est une condition requise par la lettre des articles 101 et/ou 102 TFUE, mais, pour éluder les débats sans fin qui perduraient encore à l'époque sur la légitimité du principe dit de territorialité objective, soit une compétence internationale fondée sur la seule localisation des effets d'un comportement interdit, la Cour a localisé en plus le comportement illicite, soit l'entente caractérisée par sa mise en œuvre, sur le territoire communautaire »<sup>38</sup>.

21. « ... *Perseverare diabolicum* » – Malheureusement, en empruntant le sillon tracé par l'arrêt *InnoLux*, les décisions rendues par le Tribunal à propos de l'entente mondiale sur le marché des tubes cathodiques pour téléviseurs et écrans d'ordinateur le 9 septembre 2015 n'apportent pas plus de précision et, de fait, installent la confusion ambiante<sup>39</sup>.

## 2) Localisation versus qualification

22. **Les conclusions de l'Avocat général devant la Cour dans l'affaire *InnoLux*** – Dans ses conclusions présentées le 30 avril 2015, l'Avocat général M. Wathelet souligne : « pour examiner l'applicabilité du droit de la concurrence de l'Union, le point de départ consiste donc à identifier le lieu où la concurrence pour le produit concerné par la concertation s'exerce. Ce qui déclenche la compétence de l'Union en vertu du critère de la mise en œuvre développée dans l'arrêt "Pâte de bois I" c'est une vente, dans l'EEE, du produit pertinent relevant de l'action concertée [...] Or, la décision litigieuse ne constate aucune action concertée en ce qui concerne des produits finis intégrant des LCD fabriqués par les participants à l'entente. Le Tribunal méconnaît également le critère énoncé dans l'arrêt "Pâte de bois I" lorsqu'il indique, au point 46 de l'arrêt attaqué, que les ventes de produits finis intégrant des LCD "nui[sent] au jeu de la concurrence dans l'EEE". Il suffit de relever que les ventes de produits finis ne sont pas réalisées sur le marché de l'EEE concerné par l'infraction, à savoir le marché des LCD. Enfin, contrairement à ce que le Tribunal déclare au point 47 de l'arrêt attaqué, il ne suffit pas d'identifier les "ventes présentant un lien [quelconque] avec l'EEE" pour établir l'applicabilité territoriale du droit de la concurrence de l'Union en vertu du critère énoncé dans l'arrêt "Pâte de bois I". Ce qui doit être démontré, c'est l'existence de ventes, au sein de l'EEE, du produit concerné par l'infraction, à savoir les LCD et la vente d'un produit distinct qui intègre un LCD en tant que composant qui ne fait pas lui-même l'objet de la vente ne remplit pas cette condition »<sup>40</sup>. En d'autres termes, « une pratique concertée n'est susceptible de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et donc d'entrer dans le champ d'application territorial de l'article 85 CE que si elle concernait des ventes du produit pertinent directement à des acheteurs établis dans la Communauté et que les vendeurs se livraient à une concurrence de prix pour emporter les commandes de ces clients [...] L'article 101 TFUE [...] ne soulève donc pas de questions de compétence territoriale au regard du droit international public parce que précisément, vu la façon dont il est libellé, il n'est tout simplement pas censé être appliqué d'une

<sup>37</sup> Trib. UE 27 févr. 2014, *LG Display et LG Display Taiwan c/ Commission*, T-128/11, ECLI:EU:T:2014:88 et Trib. UE 27 févr. 2014, *InnoLux c/ Commission*, T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, v. note L. Idot, Europe, 2014, n° 4, comm. 165.

<sup>38</sup> Trib. UE 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, v. L. Idot, Regards sur l'arrêt *Intel* : Confirmations ou évolution ?, Europe, 2014, étude 7.

<sup>39</sup> Trib. UE 9 sept. 2015, *Samsung SDI e.a. c/ Commission*, T-84/13, ECLI:EU:T:2015:611, pt 141 ; Trib. UE 9 sept. 2015, *LG Electronics c/ Commission*, T-91/13, ECLI:EU:T:2015:609, pts 146 à 150 ; Trib. UE 9 sept. 2015, *Philips c/ Commission*, T-92/13, ECLI:EU:T:2015:605, pts 149 à 153 ; Trib. UE 9 sept. 2015, *Toshiba c/ Commission*, T-104/13, ECLI:EU:T:2015:610, pts 154 à 157 et 161.

<sup>40</sup> CJUE 9 juillet 2015, *InnoLux c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451, pts 64 à 65 des concl.

façon extraterritoriale »<sup>41</sup>. Ainsi, « sauf démonstration complémentaire d'effets qualifiés de l'entente dans l'EEE, la Commission va trop loin quand elle sanctionne des ententes sur des produits fabriqués et vendus hors de l'EEE, pour la seule raison qu'ils sont ensuite "transformés" ou intégrés à d'autres produits qui (dans leur totalité ou pour une partie d'entre eux) arrivent dans l'EEE [...] la "mise en œuvre" s'est déroulée hors de l'EEE lors de la livraison des LCD aux entités qui les ont incorporés dans des produits finis »<sup>42</sup>. En revanche, « la seule justification de la compétence de la Commission vis-à-vis des ventes en cause ne pourrait être apportée ici qu'en appliquant le critère des "effets qualifiés" » qui, dès lors, ne saurait être limité au droit des concentrations<sup>43</sup>. « Il est vrai que si la Cour n'a jamais rejeté le critère des "effets qualifiés", elle ne s'est non plus jamais expressément prononcée sur la possibilité d'y recourir. Même si j'y suis favorable, le problème ne se posera pas dans le présent pourvoi, car, selon moi, la démonstration faite par la Commission d'effets qualifiés de l'entente sur la concurrence à l'intérieur de l'EEE est largement insuffisante »<sup>44</sup>. Aux termes de ces conclusions, il existe donc une distinction plutôt nette entre, d'une part, la localisation des effets, qui permet de déterminer l'applicabilité du droit européen de la concurrence, soit son champ d'application territorial, et, d'autre part, la qualification des effets, qui permet d'apprécier l'étendue de la compétence internationale de la Commission à l'égard de comportements qui satisfont préalablement la condition tenant au champ d'application territorial, puisque produisant des effets à l'intérieur du marché intérieur.

23. Pour seule réponse aux conclusions de l'Avocat général, deux mois après seulement, la Cour se contente d'indiquer « il est cependant constant que la Commission était compétente pour appliquer l'article 101 TFUE à l'entente en cause, dès lors que [...] les participants à celle-ci, dont la requérante, ont mis en œuvre cette entente de portée mondiale dans l'EEE en réalisant sur ce territoire des ventes du produit concerné par l'infraction à des tiers indépendants. Le présent moyen de pourvoi porte, en revanche, sur une question distincte, à savoir le calcul du montant de l'amende à infliger à la requérante pour cette violation de l'article 101 TFUE [...] »<sup>45</sup>. Heureux soit celui capable de déterminer à travers cette formule lapidaire le véritable titre de compétence de la Commission européenne selon les règles du droit international public.

24. **L'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Intel*** – En dépit de son apparente clarté du point de vue de la méthode, le Tribunal ne fait en réalité qu'entretenir la confusion<sup>46</sup>. Selon l'argumentation de la société requérante, « le champ d'application territorial des articles 81 CE et 82 CE n'est pas illimité et [...] dès lors, afin de se déclarer compétente aux fins de l'appréciation d'un comportement adopté en dehors de l'Union, la Commission devrait établir un lien de causalité direct avec le territoire de l'Union, en fournissant des preuves solides que la mise en œuvre effective des pratiques en cause produit un effet substantiel sur la concurrence au sein de l'Union. Il serait également établi que, en présence d'échanges commerciaux avec des pays tiers, et ce même lorsque la mise en œuvre des pratiques en cause est effectuée à l'intérieur de l'Union, la Commission doit aussi prouver que leurs effets dans l'Union sont immédiats, substantiels, directs et prévisibles »<sup>47</sup>.

En réponse, le Tribunal estime que « dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, deux voies ont été suivies afin d'établir que la compétence de la Commission était justifiée au regard des

<sup>41</sup> *Ibid.*, pts 36 à 37 des concl.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pts 44 et 46 des concl.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pt 48 des concl. ; v. TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753

<sup>44</sup> CJUE 9 juillet 2015, *InnoLux c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451, pt 53 des concl., v. aussi pts 54 et suivants.

<sup>45</sup> CJUE 9 juillet 2015, *InnoLux c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451, pts 73 à 74 ; v. note L. Idot, *Europe*, 2015, n° 10, comm. 377.

<sup>46</sup> Trib. UE 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pt 221.

règles du droit international public. La première approche s'appuie sur le principe de territorialité. Cette approche a été suivie dans l'arrêt [Pâte de bois] [...] La Cour a donc constaté que ce qui était déterminant était le lieu où l'entente était mise en œuvre. La seconde approche s'appuie sur les effets qualifiés des pratiques dans l'Union. Cette approche a été suivie dans l'arrêt du Tribunal du 25 mars 1999 [Gencor] [...] le raisonnement de la requérante revient à affirmer que la mise en œuvre et les effets qualifiés dans l'Union sont des conditions cumulatives [...] À cet égard, il convient de relever que le fait de démontrer la mise en œuvre des pratiques en cause dans l'EEE ou le fait de démontrer des effets qualifiés sont des voies alternatives et non cumulatives afin d'établir que la compétence de la Commission est justifiée au regard des règles du droit international public [...] »<sup>48</sup>. « Il résulte ainsi de l'arrêt [Pâte de bois] que, lorsque la compétence de la Commission peut être constatée sur le fondement de la mise en œuvre du comportement en cause dans l'Union, il n'est pas nécessaire d'examiner l'existence des effets pour établir la compétence de la Commission. La requérante s'appuie dans ce cadre également sur l'arrêt Gencor [...] Pourtant, dans l'arrêt Gencor [...] le Tribunal s'est uniquement fondé sur les effets qualifiés afin d'établir que la compétence de la Commission était justifiée au regard des règles du droit international public. [...] Il résulte de ce qui précède que, pour justifier la compétence de la Commission au regard du droit international public, il suffit d'établir soit les effets qualifiés de la pratique, soit sa mise en œuvre dans l'Union [...] »<sup>49</sup>. Bien entendu, cette appréciation appelle aussi quelques observations.

**25. Une décision surprenante à plus d'un titre** – *Tout d'abord*, le Tribunal adopte un raisonnement différent de celui tenu dans l'affaire *InnoLux*. Dans la mesure où la « voie » de la mise en œuvre serait alternative de celle du critère des effets, il semble davantage considérer l'« approche » de la mise en œuvre en tant que titre de compétence proprement dit, que critère permettant de déterminer la localisation des effets du comportement aux fins de rattachement au champ d'application territorial du droit de la concurrence de l'Union.

- *Ensuite*, sur le prétendu caractère alternatif des deux approches pour établir la compétence de la Commission, sans doute convient-il de rappeler que, d'un point de vue chronologique, « la théorie dite des effets qualifiés, a été, quant à elle, suivie par le Tribunal dix ans plus tard [...] Cette évolution s'explique notamment par le fait qu'entre temps les droits de la concurrence commençaient à se généraliser dans le monde et que les débats sur la “théorie des effets” [...] avaient pris fin »<sup>50</sup>. En conséquence, soutenir l'approche du lieu où le comportement est mis en œuvre suivie dans l'arrêt *Pâte de bois* de 1988, quinze ans après l'arrêt *Gencor*, à titre alternatif, peut sembler tout à fait dépassé.

- *De plus*, il est vrai que, contrairement aux dispositions de l'article 101 TFUE, l'article 102 TFUE, qui précise seulement qu'est « incompatible avec le marché intérieur et interdit [...] le fait [...] d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur », prive le juge de la possibilité d'appuyer le critère des effets par les dispositions du traité pour le reconnaître comme titre de compétence unique. Cependant, l'absence de référence au critère de l'effet dans les dispositions de l'article 102 TFUE n'est qu'imparfaitement comblée par l'approche de la mise en œuvre.

- *En outre*, la détermination à défendre encore aujourd'hui l'« approche » de la mise en œuvre, c'est surtout perdre de vue le fait que cette « voie » singulière ne trouve aucun écho ni aucune légitimité en tant que titre de compétence au regard des règles du droit international public.

- *Enfin*, en tout état de cause, c'est sans le moindre doute possible que le titre décisif retenu par le Tribunal pour établir la compétence internationale de la Commission au regard des règles du

<sup>48</sup> *Ibid.*, pts 231 à 236.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pts 238 à 240 et 244.

<sup>50</sup> V. L. Idot, Regards sur l'arrêt *Intel* : Confirmations ou évolution ?, *Op. cit.*

droit international public dans l'affaire *Intel* est le critère des effets qualifiés<sup>51</sup>. En effet, l'approche de la mise en œuvre examinée par le juge à titre surabondant semble n'être intervenue ici que : – pour tenter de conforter la compétence de la Commission, ne serait-ce qu'artificiellement, ou – compte tenu de la rédaction littérale de l'article 102 TFUE, voire – pour simplement répondre aux prétentions d'*Intel*, ou – tenir compte de certaines circonstances de l'affaire<sup>52</sup>. « Ces derniers développements confirment l'impression qui se dégagait déjà de l'arrêt Pâte de Bois sur la difficulté d'identifier et de localiser les “comportements” en droit de la concurrence. La distinction entre comportement et effets devient quelque peu artificielle, ce qui peut expliquer que les autorités nationales se soient progressivement orientées vers la théorie des effets qualifiés »<sup>53</sup>.

26. En définitive, si l'approche de la mise en œuvre est davantage conçue en tant qu'élément de rattachement du comportement au territoire de l'Union, comme le laissent penser les décisions *Gencor* et *Innolux*, notamment pour respecter le principe de territorialité qui, lui, est universellement admis en droit international public, c'est-à-dire un critère permettant de fixer la localisation des effets du comportement pour satisfaire le champ d'application territorial des règles de concurrence, et si le critère des effets, qui ne peuvent être qu'internes, suppose la question déjà résolue, au moins implicitement, l'approche de la mise en œuvre apparaît en effet plus surabondante, donc inutile, qu'alternative<sup>54</sup>.

27. Quoi qu'il en soit, au terme de ce panorama des décisions rendues avant l'arrêt *Intel* du 6 septembre 2017, l'examen de la compétence de la Commission au regard des règles du droit international public par le Tribunal et par la Cour, amenés à apprécier la légitimité de son exercice, ne peut conduire qu'à une seule conclusion : à l'évidence, tout cela n'est pas clair. Résistant, le critère des effets a finalement réussi à s'imposer avec force en tant que titre de compétence principal, unique et, au surplus, légitime.

## II) Un titre de compétence vigoureux

28. Par l'arrêt *Intel* du 6 septembre 2017, le critère des effets qualifiés est enfin établi solennellement en tant que titre de compétence internationale de la Commission européenne (A) et, selon toute vraisemblance, comme seul titre de compétence légitime pour l'avenir (B).

### A) Affirmé de manière solennelle

29. Avant d'envisager le raisonnement de la Cour, il est indispensable de revenir précisément sur les conclusions de l'Avocat général N. WAHL présentées le 20 octobre 2016 ; outre leur caractère favorable au critère des effets qualifiés, le titre de compétence de la Commission est examiné de façon scrupuleuse (1). Près de onze mois plus tard, l'appréciation portée par la Cour sur la compétence de la Commission dans l'affaire *Intel* n'en est qu'encore plus nette (2).

#### 1) Au terme de conclusions méticuleuses

30. **Vers une clarification opportune** – Comme il est précisé d'emblée, le moyen tiré de la

<sup>51</sup> Trib. UE 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, pt 296.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pt 297.

<sup>53</sup> V. L. Idot, Regards sur l'arrêt *Intel* : Confirmations ou évolution ?, *Op. cit.*

<sup>54</sup> TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753, pt 87 ; v. aussi Trib. UE 27 févr. 2014, *InnoLux c/ Commission*, T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, pt 63.

compétence *ratione loci* de la Commission « fournit opportunément à la Cour l'occasion de clarifier les précédents jurisprudentiels procédant de l'affaire ICI et développés ultérieurement dans l'affaire Pâte de bois à propos du champ d'application territorial du droit de la concurrence de l'Union. Il permettra à la Cour d'affiner sa jurisprudence et de l'adapter au contexte actuel, caractérisé par des économies mondialisées, des marchés intégrés et des courants d'échanges perfectionnés » ; l'Avocat général souligne également que la décision à intervenir est susceptible d'avoir des conséquences importantes au-delà des seules circonstances présentes, qu'il y a lieu de bien avoir à l'esprit<sup>55</sup>. Dès lors, la compétence *ratione loci* doit être envisagée dans un contexte plus large, tenant notamment compte des controverses que ne manque pas de susciter une interprétation trop libérale des règles définissant la compétence territoriale en droit international public, auxquelles l'interprétation du droit européen doit être conforme.

#### **a) Une compétence normative devant être exercée avec modération et retenue**

31. Pour répondre à la question posée à la Cour, l'Avocat général juge utile de rappeler les éléments fondamentaux suivants. *D'une part*, les conclusions reprennent de manière générale la distinction classique entre la compétence normative et la compétence d'exécution, tout en ajoutant une troisième forme d'exercice de la compétence, moins traditionnelle, dite judiciaire et qualifiée ici de « prétorienne ». En mettant en cause la compétence de la Commission pour appliquer le droit de la concurrence de l'Union aux comportements en cause qui, selon la société requérante, produiraient leurs effets en dehors du territoire européen, une chose est certaine, il n'est pas question de compétence d'exécution dans le cas présent. *D'autre part*, pour mémoire également, si le droit international public permet aux États d'exercer leur compétence au-delà de leur territoire dans certaines situations, leur laissant à cet égard une grande latitude, « il impose [néanmoins] à tout État l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre État quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée », comme le soulignait déjà Sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion individuelle sous l'arrêt *Barcelona Traction*<sup>56</sup>. Dans ces circonstances, selon la jurisprudence de la Cour, et conformément au principe fondamental de territorialité découlant du droit international public, l'application du droit européen est subordonnée à un lien de rattachement suffisant au territoire de l'Union, qui n'exclut pas néanmoins qu'un État prenne également en considération des circonstances se produisant, ou s'étant produites, en dehors de son champ de compétence territorial. Pour appliquer les règles de concurrence, toujours selon la jurisprudence de la Cour, le lien de rattachement suffisant au territoire européen peut se manifester soit sous la forme de l'existence d'une filiale soit sous la forme de la mise en œuvre d'un comportement anticoncurrentiel sur ce territoire ; les conclusions relèvent d'ailleurs que ce lien est bien moins perceptible dans l'affaire *Intel* que dans les précédents jurisprudentiels.

#### **b) « Mise en œuvre et/ou effet ? »**

32. Puisque le Tribunal a estimé possible d'appliquer deux critères distincts pour fonder la revendication de compétence de la Commission dans le cas présent : le critère de la mise en œuvre et celui des effets « qualifiés » des comportements sur le territoire européen, l'Avocat général entend reprendre au préalable ces deux critères de manière générale et pose la question en ces termes « mise en œuvre et/ou effet ? ».

<sup>55</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pt 280 des concl.

<sup>56</sup> CIJ 5 févr. 1970, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c/ Espagne)*, 2<sup>o</sup> phase, *Rec.*, 1970, § 70, p. 105.

**33. Le critère de l'effet fixé par le Traité** – Tout d'abord, de manière assez naturelle l'Avocat général est presque contraint de rappeler la rédaction littérale des dispositions du traité, notamment de l'article 101 TFUE qui évoque sans le moindre doute possible les ententes ayant « pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur », et de l'article 102 TFUE qui interdit « le fait [...] d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur »... « Loin de laisser carte blanche à la Commission pour appliquer ces règles à un comportement quels qu'en soient la localisation et l'éventuel lien de rattachement manifeste avec le territoire de l'Union, ces dispositions visent un comportement anticoncurrentiel collectif ou unilatéral à l'intérieur du marché intérieur »<sup>57</sup>. Avec plus de netteté que l'article 102 TFUE, l'article 101 établit donc le critère des effets.

**34. La mise en œuvre du comportement en présence de ventes indirectes : une question délicate** – Ensuite, selon ces conclusions, lorsque la Cour a dégagé le critère de la mise en œuvre dans l'arrêt *Pâte de bois* de 1988, elle n'a pas entendu l'ériger en seul critère de compétence légitime ; ce dernier devrait dès lors être interprété en ce sens que « lorsqu'un comportement anticoncurrentiel est mis en œuvre dans l'Union, l'applicabilité des articles 101 et 102 TFUE ne fait aucun doute. En d'autres termes, il est incontestable qu'un comportement mis en œuvre dans l'Union *peut* produire des effets dans le marché intérieur »<sup>58</sup>. Intervient alors une question des plus contemporaines, également posée en termes identiques à d'autres juridictions, notamment américaines, du fait de comportements produisant des effets anticoncurrentiels au sein de chaînes d'approvisionnement complexes à l'échelle mondiale, soit dans le « contexte actuel, caractérisé par des économies mondialisées, des marchés intégrés et des courants d'échanges perfectionnés » : doit-on prendre en considération, comme le prétend *Intel*, les seules ventes effectuées directement dans l'Union par l'entreprise en cause pour satisfaire le critère de la mise en œuvre ? Selon l'Avocat général, « la notion habituelle de “mise en œuvre” est synonyme d'exécution ou de concrétisation. Par conséquent, pour que le critère soit rempli, l'une des composantes essentielles du comportement anticoncurrentiel doit se produire dans l'Union. Ce sont principalement la nature, la forme et la portée du comportement anticoncurrentiel qui déterminent si tel est le cas. Il est nécessaire de procéder à un examen individuel du comportement illégal pour vérifier s'il est mis en œuvre dans l'Union. Par exemple, je ne suis pas convaincu que des ventes indirectes des produits en cause ne puissent jamais être qualifiées de “mise en œuvre”. J'estime qu'une telle qualification dépend des circonstances de chaque affaire. L'un des points à prendre en considération à cet égard est, par exemple, de savoir si l'une des entreprises ayant cartellisé un produit et l'entreprise qui l'incorpore dans un autre produit commercialisé ultérieurement dans l'Union constituent une seule et même entité économique ou, à défaut, s'il existe d'autres liens sociaux ou structurels entre les entreprises considérées »<sup>59</sup>. Autrement dit, seule une appréciation *in concreto* des circonstances précises de chaque affaire devrait permettre de déterminer si des ventes indirectes des produits en cause dans l'Union permettent –ou non– de satisfaire le critère de la mise en œuvre à l'appui de la revendication de compétence du droit européen, tout en prêtant une attention particulière aux liens pouvant exister entre l'entreprise à l'origine du comportement et l'entreprise qui, ayant incorporé le produit objet du comportement, le commercialise par la suite dans l'Union.

**35. La mise en œuvre : un critère incomplet** – De plus, pour justifier le fait que la mise en œuvre ne saurait être le seul critère d'attribution de compétence, il est loisible de constater que certains comportements produisant des effets anticoncurrentiels non contestés, consistant notamment en une abstention illégale, tels les refus de vente ou boycotts, ne pourraient être

<sup>57</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pt 288 des concl.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pt 290 des concl.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pt 292 des concl.

appréhendés par les règles de concurrence européennes et, dès lors, bénéficieraient d'une certaine immunité à défaut d'être mis en œuvre en étant en partie réalisés, appliqués ou concrétisés à l'intérieur du territoire de l'Union. Sans doute une preuve supplémentaire, s'il s'avérait nécessaire, que le critère de la mise en œuvre, qui ne trouve aucun écho devant d'autres juridictions, n'est probablement pas le critère d'attribution de compétence le plus adapté aux spécificités du droit de la concurrence, dans la mesure où il ne permet pas seul de satisfaire pleinement à toutes les exigences qu'implique l'application du traité... Auquel il est pourtant convenu de donner un effet utile. Il serait pour le moins curieux que deux critères d'attribution de compétence s'avèrent indispensables en droit européen, pour une matière à propos de laquelle la plupart des autres droits se contentent précisément d'un seul : le critère de l'effet. C'est vraisemblablement l'une des raisons pour lesquelles, à l'instar de ses prédécesseurs, l'Avocat général N. Wahl conclut « en fait, plusieurs avocats généraux [l'Avocat général H. Mayras, l'Avocat général M. Darmon et l'Avocat général M. Wathelet plus récemment] ont déjà suggéré à la Cour d'adopter en droit de la concurrence une conception de la compétence *ratione loci* justifiée par les effets économiques. La Cour n'a ni entériné ni expressément rejeté à ce jour cette solution. Dans ces conditions, je crois que la Cour devrait en l'espèce traiter expressément cette question et, conformément à la solution suggérée par les avocats généraux, cités au point précédent, adopter la thèse des effets aux fins de l'application des articles 101 et 102 TFUE. Qu'une telle conception s'inscrive dans une notion (large) de la "territorialité" ou qu'elle implique au contraire une certaine applicabilité extraterritoriale du droit de l'Union n'est pas déterminant. L'essentiel est que, sous certaines conditions, le critère des "effets" est un critère d'attribution de compétence généralement admis en droit international public pour ce type de législation et qu'il a été adopté par de nombreuses instances dans le monde entier. En effet, de nombreux auteurs considèrent que toute contestation de l'admission de ce critère est désormais dépassée. Il convient de noter à cet égard que le comportement dans des pays tiers d'entités qui ne sont ni ressortissantes d'un État membre de l'Union et qui n'ont pas de présence physique ou légale dans l'Union est réglementé par plusieurs autres dispositions du droit de l'Union en raison des effets produits par ce comportement dans le marché intérieur. C'est le cas, par exemple, d'un certain nombre de dispositions régissant les transactions sur instruments financiers ou d'autres types de comportement économique »<sup>60</sup>. Ce faisant, l'Avocat général N. Wahl prend le soin de préciser que si les parties présentes dans l'affaire *Intel* ont débattu longuement de la question de savoir si la Cour avait ou non conforté, ne fût-ce qu'implicitement, le critère de l'effet dans l'arrêt *InnoLux* du 9 juillet 2015, il croit « cependant comprendre que la Cour a décidé de ne pas traiter la question de la compétence, qu'elle a estimée sans pertinence aux fins de la résolution du litige ».

**36. De véritables effets, non de vagues répercussions** – En outre, l'adoption du critère de l'effet par la Cour ne signifie pas pour autant que l'on puisse s'accommoder de « tout effet quelconque, aussi faible ou indirect fût-il » pour justifier l'exercice de compétence, *a fortiori* dans le contexte d'une économie mondialisée où le moindre comportement en Chine ou ailleurs, tel le battement d'aile d'un papillon, peut déployer quelques effets dans l'Union : « l'application des articles 101 et 102 TFUE ne peut reposer sur un lien ou un effet trop lointain ou purement hypothétique »<sup>61</sup>.

**37. Des effets nécessairement qualifiés**, contribuant d'ailleurs à mieux répartir les compétences – Enfin, comme évoqué plus tôt (§ 31), par respect d'une « certaine forme de courtoisie internationale », il est essentiel que la compétence soit établie avec modération et mesure en présence de comportements qui, en soi, n'ont matériellement pas de lien véritable

<sup>60</sup> *Ibid.*, pts 295 et suivants des concl.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pt 299 des concl.

avec le territoire de l'Union, car « pour garantir aux entreprises la possibilité d'exercer leur activité dans un cadre juridique prévisible, ce n'est qu'avec une grande prudence que les effets du comportement incriminé peuvent être érigés en critère d'attribution de compétence » ; et ce d'autant plus qu'aujourd'hui ce sont plus d'une centaine d'autorités de concurrence qui prétendent pouvoir revendiquer une compétence à l'égard de pratiques anticoncurrentielles produisant des effets au-delà du territoire d'un seul ordre juridique. Dès lors, à l'instar du droit *antitrust* américain, pour que le critère de l'effet ne permette d'appréhender de simples retombées, évitant au surplus d'empiéter indûment sur la compétence d'autres autorités, « l'application des règles de concurrence à un comportement spécifique quelconque ne peut être justifiée que si celui-ci produit des effets immédiats, substantiels et prévisibles dans le marché intérieur », comme l'a démontré auparavant le Tribunal à propos du droit des concentrations<sup>62</sup>. Dans ces conditions, comme la plupart de ses prédécesseurs, l'Avocat général N. Wahl invite de nouveau la Cour à admettre une bonne fois pour toutes, et sans la moindre ambiguïté pour l'avenir, le critère de l'effet direct ou immédiat, substantiel et prévisible ou le test des effets qualifiés aux fins d'application des articles 101 et 102 TFUE à l'égard de comportements qui se trouvent entièrement localisés en dehors du territoire de l'Union...<sup>63</sup> Comme il est d'ailleurs suggéré depuis des années par la pratique mais aussi dans la doctrine. C'est en puissance que le critère se trouve littéralement exprimé dans les dispositions du traité. Le test des effets qualifiés ne saurait être considéré comme satisfait « lorsque, par exemple, l'effet dans l'Union est seulement hypothétique ou, en toute hypothèse, d'importance mineure », ni « lorsque la distorsion de concurrence au sein du marché intérieur ne peut être imputée à l'entreprise en cause, dès lors qu'elle ne pouvait prévoir ces effets préjudiciables ». Seul le critère des effets immédiats, substantiels et prévisibles est susceptible de ne soulever aucune difficulté en droit international public, car un test permettant d'appréhender des effets non qualifiés ou de simples répercussions pourrait être à l'origine d'un « empiètement de compétence du droit de la concurrence de l'Union [risquant] de porter atteinte aux intérêts souverains d'autres États et de présenter des problèmes d'exécution d'ordre juridique et pratique » et « multiplierait également les cas de chevauchement de compétence entre différents États ou autorités, engendrerait ainsi une grande insécurité pour les entreprises et accroîtrait les risques d'application de législations (ou de décisions judiciaires) inconciliables à un même comportement »...<sup>64</sup> Outre la possibilité de conflits de compétence, et donc de décisions consécutives contradictoires, situations peu satisfaisantes, c'est aussi sans compter le fait que les ressources de l'Union sont sans doute trop limitées pour s'offrir le luxe d'appréhender des comportements localisés en dehors de son territoire à défaut d'effet direct ou immédiat, substantiel et prévisible à l'intérieur... Et oublier peut-être que « *de minimis praetor non curat* ».

### c) Dans le cas présent

38. Procédant à une analyse circonstanciée des comportements reprochés à *Intel* au vu des deux critères discutés, le critère de la mise en œuvre semblant rester malheureusement une figure de style imposée aussi longtemps que la Cour ne l'a pas abandonné formellement au profit du critère de l'effet qualifié, l'Avocat général N. Wahl conclut « que le cadre juridique appliqué par le Tribunal n'encourt pas la censure. Néanmoins, l'application de ces critères prétoriens aux abus réputés procéder des accords Lenovo dans l'arrêt attaqué me conduit à formuler les remarques critiques suivantes »<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pt 301 des concl. ; v. TPICE 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/96, Rec. II-753, pts 90 et suivants.

<sup>63</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pt 302 des concl.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pt 303 des concl.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pt 306 des concl.

**39. L'absence de mise en œuvre du comportement d'Intel dans l'EEE** – Sur le fondement du critère de la mise en œuvre, les conclusions infirment la démonstration des premiers juges. En substance, le Tribunal a retenu que les accords conclus entre *Intel* et la Société *Lenovo* étaient destinés à être mis en œuvre par cette dernière partout dans le monde, y compris dans l'EEE, *Intel* ne pouvant dès lors prétendre n'avoir aucune influence sur l'usage de ses processeurs x86 par *Lenovo*, tout en ne pouvant ignorer également que *Lenovo* était présente sur le marché intérieur puisque la société y commercialisait ses ordinateurs portables. Néanmoins, pour mémoire, la Commission avait poursuivi *Intel* sur le fondement de l'article 102 TFUE, non sur celui de l'article 101 TFUE. Dès lors, sauf à commettre une erreur de base légale, « c'est donc ce comportement unilatéral, l'abus allégué, qui doit faire l'objet d'une mise en œuvre dans l'EEE »<sup>66</sup>. Or, « ces accords passés par une société établie aux États-Unis et une autre ayant son siège en Chine portaient sur des ventes de CPU fabriqués et commercialisés en dehors du territoire de l'Union, en vue de leur montage sur des ordinateurs fabriqués en Chine. Ces accords limitaient seulement les possibilités d'AMD, autre société établie aux États-Unis, de vendre des CPU sur le marché chinois »<sup>67</sup>. Aussi le caractère inadapté du critère de la mise en œuvre est-il précisément mis en exergue par le fait que l'abstention de vendre des CPU *AMD* via les ordinateurs fabriqués par *Lenovo*, y compris à l'intérieur de l'EEE, ne saurait représenter une mise en œuvre de l'abus commis par *Intel* à l'intérieur de ce territoire. « En corrélant la mise en œuvre des pratiques en cause au comportement du client de l'entreprise à laquelle est reprochée une violation de l'article 102 TFUE, la quasi-totalité des comportements, aussi éloignés que puissent être leurs liens avec le territoire de l'Union, pourraient être considérés comme relevant de la compétence de la Commission sur le fondement du critère de la mise en œuvre »<sup>68</sup>. Bien entendu, la conclusion eût été différente si des liens sociaux ou structurels unissaient *Intel* et *Lenovo*. Selon toute logique, l'Avocat général N. Wahl conclut : « je ne suis donc pas convaincu que l'abus présumé d'Intel puisse être considéré comme ayant été mis en œuvre dans l'EEE au sens de l'arrêt Pâte de bois. Aucun élément du comportement en cause ne pouvait, à mes yeux, être considéré comme ayant été mis en œuvre, réalisé ou concrétisé dans le marché intérieur ».

**40. Un effet anticoncurrentiel « plutôt hypothétique, spéculatif et non étayé »** – Sur le fondement du critère de l'effet, pour les deux comportements en cause, à savoir les restrictions non déguisées et les rabais d'exclusivité, l'Avocat général reproche au Tribunal de ne pas avoir démontré le caractère substantiel de leurs effets dans le marché intérieur, ce dernier s'étant en effet contenté d'indiquer que les comportements litigieux faisaient partie d'une infraction unique et continue ; or, d'ordre purement procédural, la notion d'infraction unique et continue ne saurait étendre la portée des interdictions du traité<sup>69</sup>. Dès lors, les conclusions estiment que le raisonnement du Tribunal est entaché d'une erreur de droit.

**41.** Ainsi, sur les restrictions non déguisées, le Tribunal a jugé que le comportement d'*Intel* visait à produire un effet *immédiat* dans l'EEE, puisque, pendant un certain laps de temps, un modèle d'ordinateur équipé d'un processeur x86 *AMD* n'y était pas disponible, mais aussi *direct*, puisque son comportement affectait directement les ventes d'ordinateurs par *Lenovo*. Néanmoins, excepté la référence à la notion d'infraction unique et continue, réputée intervenir sur un plan différent, le caractère *substantiel* de l'effet des restrictions non déguisées à l'intérieur du marché intérieur n'a pas été établi par le premier juge. La conclusion est identique pour les rabais d'exclusivité. Si leurs effets sont *immédiats*, aucun ordinateur portable *Lenovo* équipé

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, pt 309 des concl.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pt 310 des concl., v. précisément pts 311 et 312.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pt 312 des concl.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pt 319 des concl.

d'un processeur x86 concurrent d'Intel n'étant disponible, et même *prévisibles*, le caractère *substantiel* de ces effets est seulement établi par référence à la notion d'infraction unique et continue qui n'est que procédurale.

42. « Au lieu d'examiner si les rabais d'exclusivité et les restrictions non déguisées étaient, respectivement, susceptibles de produire un effet anticoncurrentiel sensible dans le marché intérieur, ce qui aurait déclenché l'application de l'article 102 TFUE, le Tribunal s'est limité à lier ces pratiques avec un comportement survenu dans l'Union en une infraction unique et continue, dont il a qualifié l'effet de "substantiel". Par conséquent, deux types distincts d'un comportement étranger qui auraient pu, en principe, être soustraits l'un et l'autre au champ d'application de l'article 102 TFUE ont été subitement appréhendés par cette disposition, parce qu'ils ont été examinés conjointement à un autre comportement en tant que composantes d'un plan global visant à restreindre la concurrence »<sup>70</sup>.

43. En appliquant correctement le critère des effets qualifiés, la conclusion du Tribunal aurait pu être différente, dans la mesure où il reconnaît lui-même que le nombre d'ordinateurs concernés par les restrictions était « modeste » et que, au surplus, il n'était pas clairement établi s'ils étaient en totalité ou en partie censés être commercialisés dans l'EEE. Ce faisant, soulignant une autre erreur commise par les premiers juges, l'Avocat général rappelle que c'est à la Commission d'établir que les effets présentent ou non un caractère sensible, non au Tribunal d'inverser la charge de la preuve en imposant au défendeur la démonstration contraire<sup>71</sup>. Au vu de l'appréciation du Tribunal, les accords *Lenovo* ont sans aucun doute produit des effets immédiats et directs, par l'influence qu'ils ont exercée sur le comportement de *Lenovo* en termes d'achat de processeurs x86 et de commercialisation d'ordinateurs en étant équipés ; néanmoins, la question de la localisation de ces effets immédiats et directs, notamment à l'intérieur du marché intérieur, paraît demeurer entière. Les conclusions soulignent que le même raisonnement erroné a également été appliqué sur le caractère prévisible des effets en question<sup>72</sup>. Aussi, « au vu des éléments auxquels se réfère l'arrêt attaqué, tout effet anticoncurrentiel pouvant résulter des accords *Lenovo*, loin d'être immédiat, substantiel et prévisible, apparaît plutôt hypothétique, spéculatif et non étayé. Cela ne signifie toutefois pas que les accords *Lenovo* ne produisaient pas ou ne pouvaient pas produire un effet "qualifié" de cette nature dans le marché intérieur »<sup>73</sup>. L'Avocat général N. Wahl regrette ainsi que le Tribunal n'ait pas mené une analyse le conduisant notamment à vérifier les éléments suivants : « d'une part, on peut légitimement douter que, par exemple, un comportement ayant affecté la commercialisation dans l'EEE de quelques milliers d'ordinateurs, représentant un pourcentage extrêmement limité du marché mondial des CPU, au cours d'un laps de temps particulièrement court, puisse être considéré comme produisant un effet immédiat, substantiel et prévisible quelconque dans l'EEE. D'autre part, il n'est pas possible d'exclure que les accords *Lenovo* aient pu avoir une incidence sensible sur la capacité durable d'AMD à développer, produire et commercialiser des CPU sur le marché mondial, en ce compris l'EEE. De son point de vue, Intel peut indifféremment obtenir l'exclusion de son seul concurrent viable sur le marché des CPU en choisissant de cibler les clients exerçant leur activité dans l'EEE ou ailleurs. L'effet désiré reste le même »...<sup>74</sup> En d'autres termes, aucune réponse n'a été apportée à la question de savoir si les accords *Lenovo* avaient eu la capacité de produire des effets immédiats, substantiels et prévisibles à l'intérieur du marché intérieur : elle était pourtant essentielle pour satisfaire le critère de l'effet et, ainsi,

<sup>70</sup> *Ibid.*, pt 320 des concl.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pt 321 des concl.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pt 323 des concl.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pt 324 des concl.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pt 325 des concl.

justifier la compétence de la Commission dans les circonstances présentes.

**44. En conclusion** – Au terme de l’analyse, l’Avocat général estime qu’eu égard « à la nature des erreurs commises par le Tribunal [...] j’estime que la présente affaire n’est pas en état d’être jugée définitivement. En effet, une décision sur le fond (quant au point de savoir si les rabais et les paiements offerts par Intel constituent un abus de position dominante contraire à l’article 102 TFUE et si les accords Lenovo produisaient un quelconque effet anticoncurrentiel immédiat, substantiel et prévisible dans l’EEE) dépend d’une appréciation de l’ensemble des circonstances de l’affaire et, le cas échéant, de l’effet réel ou potentiel du comportement d’Intel sur la concurrence dans le marché intérieur. Cette question implique à son tour une appréciation des faits que le Tribunal est mieux placé pour effectuer », et il propose donc à la Cour de renvoyer l’affaire au Tribunal pour réexamen<sup>75</sup>. Nul doute que, excepté le respect de la figure de style encore obligée s’agissant du critère de la mise en œuvre, ces conclusions tendent résolument à l’affirmation du critère des effets qualifiés. Or, par son arrêt du 6 septembre 2017, en écartant le critère de la mise en œuvre, la Cour semble opportunément limiter l’exercice imposé à la seule démonstration d’effets qualifiés.

## 2) Et d’une motivation univoque

**45. Les prétentions d’Intel** – La requérante faisait grief au Tribunal d’avoir confirmé, à tort, la compétence de la Commission pour appliquer l’article 102 TFUE à l’égard des accords conclus avec *Lenovo*, entreprise chinoise, au titre des années 2006 et 2007. Selon elle, ni le critère de la mise en œuvre ni le critère des effets qualifiés ne pouvaient servir de fondement à l’exercice de compétence de la Commission. Par son argumentation, *Intel* tente ainsi de créer un peu artificiellement, au moins en apparence, un vide juridique pour appréhender les comportements qui lui sont reprochés... Sans succès !

- **Sur le critère de la mise en œuvre**, l’entreprise requérante estime que les juges de première instance auraient considéré à tort que « la mise en œuvre des accords en question pouvait être établie en raison de pratiques affectant les projections des clients relatives à leurs ventes de produits en aval dans le monde entier, y compris dans l’EEE »<sup>76</sup>. Selon elle, cette seule circonstance retenue par le Tribunal ne saurait permettre l’exercice de compétence de la Commission sur le fondement du critère de la mise en œuvre, puisque le comportement reproché n’a pas été mis en œuvre dans l’EEE et qu’*Intel* n’a pas vendu de produits à *Lenovo* à l’intérieur de cet espace, mais en Chine.

- **Sur le critère des effets qualifiés**, *Intel* prétend que, en droit, il ne saurait être admis comme titre de compétence de la Commission : ce qui pouvait en effet sembler exact au moment de sa démonstration devant *la Cour*, soit avant la décision du 6 septembre 2017. En d’autres termes, selon la requérante, seul le critère de la mise en œuvre pouvait constituer un titre de compétence légitime selon la jurisprudence de la Cour. Or, précisément, l’entreprise soutenait que le comportement n’avait pas été mis en œuvre dans l’EEE. A suivre son argumentation, le seul critère légitime, celui de la mise en œuvre, ne trouvait donc pas à s’appliquer dans les circonstances présentes... Mais sans doute était-ce sans compter la vigueur de la théorie des effets au regard des déficiences de la doctrine de la mise en œuvre. C’est peut-être aussi la raison pour laquelle *Intel* tente une argumentation à titre subsidiaire aux termes de laquelle : « à supposer même que le critère des effets qualifiés soit effectivement applicable, il ne pourrait en l’espèce justifier la compétence de la Commission. [Intel] se réfère, à cet égard, au point 87 de

<sup>75</sup> *Ibid.*, pt 346 des concl.

<sup>76</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pt 33.

l'arrêt du 27 février 2014, *InnoLux/Commission* [...] dans lequel le Tribunal aurait considéré que, lorsque des composants sont tout d'abord vendus à l'extérieur de l'EEE à des acheteurs indépendants, le lien entre le marché intérieur et l'infraction serait trop faible. Intel en déduit qu'il ne pouvait pas être prévu que les accords conclus avec Lenovo et portant sur les CPU destinés à être livrés en Chine produiraient un effet immédiat et substantiel dans l'EEE. Par ailleurs, même si des effets indirects pouvaient suffire à déterminer un chef de compétence, les accords de 2006 et de 2007 avec Lenovo n'auraient pas pu produire un effet substantiel sur le territoire de l'EEE »<sup>77</sup>. Ne pouvant raisonnablement combattre le critère des effets avec efficacité, *Intel* entendait démontrer leur qualification dans les circonstances présentes, soit une stratégie de défense assez légitime. Néanmoins, la Cour est d'avis que les effets anticoncurrentiels constatés sont qualifiés.

**46. La réponse de la Cour** – Après avoir rappelé que le Tribunal n'avait envisagé la compétence de la Commission pour constater et sanctionner un comportement adopté en dehors de l'Union au regard du critère de la mise en œuvre qu'à titre subsidiaire, la Cour procède à un développement en deux temps, qui répond aussi aux prétentions d'*Intel*.

- **Sur la légitimité du critère des effets**, le raisonnement de la Cour est quasiment imparable et, sauf erreur ou omission, sans doute le seul pouvant être tenu.

Tout d'abord, inévitablement le juge reprend le libellé des dispositions applicables, qui reconnaissent expressément le critère de l'effet : « tandis que l'article 101 TFUE interdit les accords et les pratiques qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence “à l'intérieur du marché intérieur”, l'article 102 TFUE prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante “sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci” »<sup>78</sup>.

Ensuite, comme l'a jugé la Cour dans l'affaire *Béguelin*, « le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun »<sup>79</sup>.

En outre, pour justifier le critère de la mise en œuvre à l'époque, la Cour avait clairement démontré que « faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions »<sup>80</sup>. « Or, le critère des effets qualifiés poursuit le même objectif, à savoir appréhender des comportements qui n'ont certes pas été adoptés sur le territoire de l'Union, mais dont les effets anticoncurrentiels sont susceptibles de se faire sentir sur le marché de l'Union »<sup>81</sup>.

Dans ces conditions, c'est sans difficulté que le juge peut rejeter enfin l'argument d'*Intel* selon lequel le Tribunal aurait commis une erreur de droit en admettant le critère des effets qualifiés pour déterminer la compétence de la Commission. Encore faut-il, comme le nie sans surprise la requérante qui prétend que le nombre de produits concernés serait limité dans le cas présent, que les effets soient effectivement qualifiés<sup>82</sup>.

- **Sur la qualification des effets** qui, selon l'Avocat général, doit être mieux établie en l'espèce, la Cour relève d'emblée que « le critère des effets qualifiés permet de justifier l'application du droit de la concurrence de l'Union au regard du droit international public, lorsqu'il est prévisible

<sup>77</sup> *Ibid.*, pt 35.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pt 42.

<sup>79</sup> CJCE 25 nov. 1971, *Béguelin Import c/ G.L. Import Export*, 22/71, Rec. 949, pt 11.

<sup>80</sup> CJCE 27 sept. 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, dit « *Pâte de Bois* », 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 à 129/85, Rec. 5193, pt 16.

<sup>81</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pt 45.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pt 48.

que le comportement en cause produise un effet immédiat et substantiel dans l'Union »<sup>83</sup>. Or, pour démontrer la qualification des effets, et déterminer en conséquence si la Commission dispose de la compétence pour appliquer, dans chaque cas, le droit de la concurrence de l'Union, le juge estime nécessaire d'apprécier le comportement de l'entreprise ou des entreprises en cause considéré dans son ensemble.

Aussi sur le caractère *prévisible*, « il suffit de tenir compte des effets probables d'un comportement sur la concurrence pour que la condition tenant à l'exigence de prévisibilité soit remplie »<sup>84</sup>.

De même sur le caractère *immédiat*, dès lors que « le comportement d'Intel à l'égard de Lenovo relevait d'une stratégie d'ensemble visant à ce qu'aucun ordinateur portable de Lenovo équipé d'un CPU d'AMD ne soit disponible sur le marché, y compris dans l'EEE, c'est sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a [...] considéré que le comportement d'Intel était susceptible d'avoir un effet immédiat dans l'EEE »<sup>85</sup>.

Seule reste à établir la question délicate dans cette affaire du caractère *substantiel* des effets du comportement, à laquelle la Cour répond par la démonstration suivante : « le comportement d'Intel à l'égard de Lenovo faisait partie d'une stratégie d'ensemble visant à barrer l'accès d'AMD aux canaux de vente les plus importants du marché, ce que ne conteste d'ailleurs pas Intel [...]. Partant [...] c'est sans commettre d'erreur de droit [qu'en] présence d'une stratégie, telle que celle développée par Intel, il convenait de prendre en considération le comportement de l'entreprise pris dans son ensemble afin d'apprécier le caractère substantiel de ses effets sur le marché de l'Union et de l'EEE »<sup>86</sup>.

47. En définitive, « *“Intel inside”, effects inside* » ! Anticipant sans doute la réaction des plus sceptiques à l'égard du critère des effets, mais aussi de leur nécessaire qualification qui est délicate, pour conclure, la Cour souligne « procéder autrement conduirait à une fragmentation artificielle d'un comportement anticoncurrentiel global, susceptible d'affecter la structure du marché au sein de l'EEE, en une série de comportements distincts risquant d'échapper à la compétence de l'Union »<sup>87</sup>. Envisageant ainsi de manière indirecte la question de la répartition des compétences entre autorités de concurrence, la Cour apporte un début de réponse à une préoccupation actuelle, également source de difficultés pour d'autres juges, comment appréhender les comportements qui produisent des effets anticoncurrentiels dans les chaînes d'approvisionnement complexes à l'échelle mondiale. Quoi qu'il en soit, le critère des effets qualifiés paraît ici s'imposer ainsi comme l'unique titre de compétence internationale de la Commission.

## B) Retenu à titre unique

48. Au vu des développements qui précèdent, et pas seulement pour apaiser toute curiosité, il est loisible de s'interroger d'une part sur le sort que la Cour réserve au critère de la mise en œuvre dans l'arrêt *Intel* (1) et, d'autre part, sur la manière dont le juge envisage la résolution des conflits de compétence qui peuvent résulter de l'application du critère des effets qualifiés (2).

### 1) La mise en œuvre du comportement : une « approche » sans avenir ?

49. *A titre liminaire*, il y a lieu de préciser qu'en reprenant les considérations du Tribunal sur les

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, pt 49.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pt 51.

<sup>85</sup> *Ibid.*, pt 52.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pts 55 et 56.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pt 57.

critères permettant de fonder la compétence internationale de la Commission, la Cour ne saisit pas l'occasion qui lui est donnée de remettre en cause une affirmation manifestement erronée des premiers juges. En effet, selon la Cour, « le Tribunal [...] a jugé que la compétence de la Commission pour constater et sanctionner un comportement adopté en dehors de l'Union sur le fondement des règles de droit international public peut être établie soit au regard du critère de la mise en œuvre, soit au regard du critère des effets qualifiés, avant de contrôler la compétence de la Commission dans la présente affaire au regard du critère des effets qualifiés puis, à titre subsidiaire, au regard du critère de la mise en œuvre »<sup>88</sup>. Néanmoins, sans doute faut-il rappeler que la doctrine de la mise en œuvre n'est qu'une voie singulière dans les méandres de la jurisprudence européenne, qui ne trouve aucun écho ni aucune légitimité particulière en tant que titre de compétence sur le fondement des règles du droit international public. Tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international s'agissant du critère des effets qualifiés. La réticence du juge à dénier le bien-fondé de la théorie de la mise en œuvre au regard du droit international public se conçoit aisément. D'une part, par sa décision *Pâte de Bois*, la Cour en est l'auteur. D'autre part, une telle précision aurait sans doute été en dehors de l'office du juge européen, la Cour internationale de justice étant seule habilitée à déterminer les titres de compétence admis sur le fondement des règles du droit international public. Quoiqu'il en soit de cette occasion manquée, le sort du critère de la mise en œuvre en droit européen de la concurrence n'est pas définitivement scellé ; mais ce n'est peut-être qu'en apparence.

50. En effet, en réponse aux arguments d'*Intel* sur l'application du critère de la mise en œuvre par le Tribunal en l'espèce, la Cour esquive : « il suffit de relever que le Tribunal a précisé [...] qu'il examinait ce critère à titre surabondant. Or, des griefs portant sur des motifs surabondants de l'arrêt attaqué ne sauraient entraîner l'annulation de cet arrêt [...] Dès lors, ces arguments doivent être rejetés comme étant inopérants. Il résulte de ce qui précède que le cinquième moyen doit être rejeté dans son intégralité »<sup>89</sup>. Outre le bien-fondé de la réponse apportée en droit, qu'on ne saurait mettre en cause, plusieurs arguments peuvent expliquer la *position* de la Cour.

- *Tout d'abord*, comme il a été démontré, notamment par l'Avocat général dans ses conclusions, certains comportements produisant des effets anticoncurrentiels non contestés ne pourraient être appréhendés par les règles de concurrence européennes sur le fondement du critère de la mise en œuvre et, dès lors, bénéficieraient d'une certaine immunité, à défaut d'être mis en œuvre en étant en partie réalisés, appliqués ou concrétisés à l'intérieur du territoire de l'Union ; or, telle paraît être justement la situation du comportement poursuivi dans le cas présent, comme le soutient d'ailleurs *Intel*.

- *Ensuite*, la Cour entend-elle peut-être se laisser encore une certaine marge de manœuvre pour l'avenir, laissant ainsi subsister un critère surabondant, donc *a priori* inutile.

- *Enfin*, sans doute lui était-il difficile de se déjuger de manière aussi nette, en contredisant expressément sa décision *Pâte de Bois* et les décisions subséquentes qui s'en inspirent fortement, y compris des plus récentes<sup>90</sup>. Dans ces conditions, il est vraisemblable que le critère de la mise en œuvre n'occupera plus à l'avenir, dans le meilleur des cas, qu'une place infiniment résiduelle. Cela étant, l'adoption du critère des effets qualifiés en droit européen de la concurrence, et l'éviction encore inexprimée de l'approche de la mise en œuvre, au plus haut niveau juridictionnel, ne saurait régler toutes les difficultés nées de l'exercice de la compétence internationale de la Commission, qui peut notamment entrer en conflit avec celle exercée par d'autres autorités.

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, pt 40.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pts 62 à 65.

<sup>90</sup> CJUE 9 juillet 2015, *InnoLux c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451, pts 73 à 74.

## 2) *Quid des conflits de compétence potentiels ?*

51. Devant la Cour, la société requérante entendait naturellement tirer parti des conséquences préjudiciables pouvant résulter de l'existence de tels conflits : « Intel souligne que l'approche de la Commission donnerait lieu à des conflits de compétence avec les autres autorités de la concurrence et créerait un risque réel de double incrimination »<sup>91</sup>. Refusant de répondre précisément à l'argument d'*Intel*, à juste titre, la Cour donne néanmoins quelques éléments de réponse indirects en affirmant : « procéder autrement conduirait à une fragmentation artificielle d'un comportement anticoncurrentiel global, susceptible d'affecter la structure du marché au sein de l'EEE, en une série de comportements distincts risquant d'échapper à la compétence de l'Union »<sup>92</sup>.

52. Les prétendues difficultés avancées par *Intel* appellent les quelques observations suivantes.

- *En premier lieu*, l'argument selon lequel « l'approche de la Commission », soit sans doute la compétence exercée par elle dans les circonstances présentes, pourrait donner lieu à des conflits de compétence avec d'autres autorités de concurrence se trouve en réalité mis en échec par le fait qu'un tel conflit pourrait naître *quel que soit le titre de compétence retenu*. Dès lors, sans doute est-il préférable de fonder la compétence, qui de toute façon doit être exercée, sur le seul titre de compétence légitime en vertu des règles du droit international public, le critère des effets qualifiés.

- *En deuxième lieu*, tels qu'ils sont présentés par la société requérante, les conflits de compétence potentiels ne seraient que positifs ; or, il convient de relever qu'en fonction des circonstances il pourrait tout aussi bien s'agir de conflits négatifs. Le défaut d'exercice de compétence par une ou plusieurs autorités de concurrence, relevant d'ordres juridiques distincts, se ferait donc au préjudice principal des consommateurs de tel ou tels marchés, laissant même les comportements en cause bénéficier d'une impunité de fait... Cela paraît peu concevable.

- *En troisième lieu* en effet, la seule perspective de conflits positifs ne saurait justifier que l'on admette dès le départ la possibilité de laisser subsister des situations de *vacuum juris*.

- *En quatrième lieu*, comme le suggère la Cour à pas feutrés, la localisation appropriée des effets anticoncurrentiels produits par le comportement litigieux assure précisément la meilleure répartition des compétences entre autorités, chacune devant exercer la compétence lui étant dévolue pour défendre l'ordre concurrentiel dont elle assure la protection. En dépit des allégations contraires, les compétences pourront être exercées sans le moindre doute possible s'agissant d'un comportement global sur un marché de dimension mondiale. A défaut, la situation serait un peu trop confortable pour les contrevenants.

- *En dernier lieu*, d'un point de vue plus général, on ne saurait confondre l'affirmation du titre de la compétence exercée, telle la territorialité *stricto sensu*, la territorialité objective, la nationalité ou tout autre titre légitime, et les conséquences ou difficultés pouvant naître de son exercice, parmi lesquelles les conflits de compétence nés de l'exercice de compétences concurrentes, quels que soient les titres retenus. « C'est en vue d'apporter un remède aux inconvénients qui dérivent de pareille variété qu'on s'efforce, depuis des années, en Europe aussi bien qu'en Amérique, d'élaborer des conventions, dont l'effet serait justement de restreindre la liberté que le droit international laisse actuellement aux États dans cette matière, en comblant ainsi des lacunes de compétences ou en faisant disparaître des concurrences de compétences résultant de la diversité

<sup>91</sup> CJUE 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, C-413/14 P, préc., pt 37.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pt 57.

des principes adoptés dans les différents États »<sup>93</sup>.

53. En dépit de son caractère univoque, l'arrêt *Intel* du 6 septembre 2017 laisse donc quelques questions non résolues. A l'évidence, on ne saurait lui en faire grief dans la mesure où, malheureusement, il fallait d'abord mettre un terme à une discussion qui n'a que trop duré. Dès lors, l'affirmation du critère des effets par la Cour mérite certainement d'être mieux assurée à l'avenir, notamment s'agissant de la définition des caractères prévisible, immédiat et substantiel de leur qualification. Nul doute que cette décision, qui présente l'avantage de la clarté sur ce point essentiel, notamment au vu de ses devancières, contribuera à l'affermissement de la dimension unilatérale du droit international de la concurrence, *via* la reconnaissance du critère de l'effet comme, selon toute vraisemblance, l'unique titre de compétence légitime en la matière<sup>94</sup>... Ce qui était loin d'être évident jusqu'à ce jour de ce côté-ci de l'Atlantique. Plus largement, par sa décision *Intel*, le juge concourt également à l'affirmation d'un titre de compétence internationale résolument moderne propre au droit économique. A l'instar de la plupart de leurs homologues étrangers, les juges américain et européen parlent désormais le même langage, celui de « *Lotus* »...

---

<sup>93</sup> CPJI 7 sept. 1927, *Affaire du « Lotus » (France c/ Turquie)*, Rec., Série A, n° 10, 1927, p. 19 ; v. généralement en ce sens W. Dodge, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 39, 1998, pp. 101-169.

<sup>94</sup> Sur la dimension unilatérale du droit international de la concurrence, ou l'application dite extraterritoriale du droit national, dans le triptyque également composé de la coopération bilatérale et de la recherche d'un accord multilatéral, v. L. Idot, Rapport conclusif, *Mondialisation et droit de la concurrence Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, sous la direction de W. Abdelgawad, Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du CREDIMI, Litec, vol. 30, 2008, 533 p., pp. 505 et suivantes.