

---

# L'infraction par objet

*Séminaire Philippe Nasse*

Jérôme Philippe, 30 septembre 2015

# L'infraction en droit de la concurrence

---

## Article 101 TFUE

- Article 101(1)

Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres **et 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, et notamment ceux qui consistent à [...]

- Article 101(3)

Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout [...] qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans [...]

## Article 102 TFUE

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à [...]

## Article L.420-1 du Code de commerce

Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, **lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence** sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à [...]

## Article L.420-2 du Code de commerce

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

Ces abus peuvent notamment consister en [...]

## Article L.420-4 du Code de commerce

**Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2** les pratiques [...] dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. [...]

# Restriction par objet et restriction par effet

---

« que le caractère non cumulatif, mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction « ou », **conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord**, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué ;

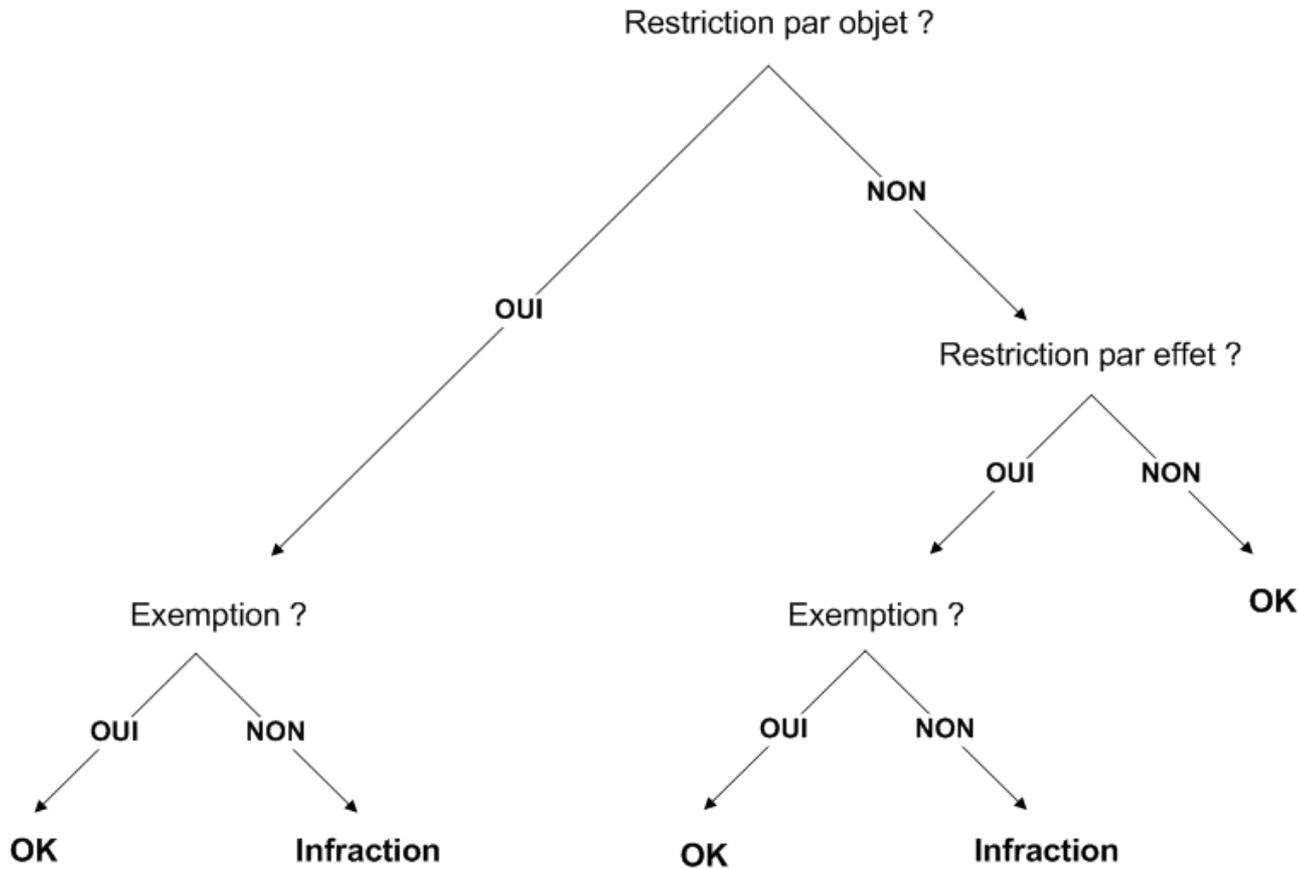
que **les altérations du jeu de la concurrence**, visées par l'article 85, paragraphe 1, **doivent résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même**;

**qu'au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord** et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible »

(56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) c/ M.B.U., 30 juin 1966)

# Restriction par objet : une économie de preuve + un signal

---



---

La restriction par objet  
n'est pas une infraction *per se*

Section **1**

# Restriction par objet ou *per se* ? Une origine commune...

---

L'article 101 a été rédigé par Robert Bowie, Professeur à Harvard

- Pour le Traité de la CECA en 1951, dans le cadre de la décartellisation du charbon allemand et (déjà!) de l'unbundling acier / charbon, après de longues négociations avec l'Allemagne
- Repris à l'identique dans le Traité de Rome
- Inchangé depuis  
(Source : *Mémoires* de Jean Monnet)

Jean Monnet :

*ces articles "avaient été rédigés par Bowie avec un soin méticuleux. C'était une innovation fondamentale en Europe, et l'importante législation antitrust qui règne sur le marché commun trouve son origine dans ces quelques lignes pour lesquelles je ne regrette pas de m'être battu quatre mois durant. Robert Bowie, une fois sa mission terminée ici, rentra aux Etats-Unis où s'étendit sa réputation universitaire."*

## Mais un fonctionnement différent ...

---

Restriction  
par objet 101(1)

+

Pas d'exemption  
101(3)

=

Infraction 101

Restriction  
*per se*

=

Infraction

# La restriction par objet

---

La différence avec la restriction *per se* tient à la possibilité de bénéficier d'une exemption, qui peut être :

- une exemption par catégorie, ou
- une exemption individuelle

Une entreprise a la « *faculté, en toutes circonstances, de soulever, à titre individuel, l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101 paragraphe 3* »

(C-439/09, Pierre Fabre, 13 oct. 2011)

« en droit antitrust américain, un certain nombre de comportements sont considérés comme des infractions *per se*. Les entreprises auteurs de tels comportements ne sont pas en mesure, que ce soit devant l'autorité en charge de la poursuite des infractions à la concurrence ou devant le juge, de mettre en cause la qualification d'entente restrictive de concurrence en établissant la preuve que lesdits comportements emportent peu d'effets préjudiciables, voire certains effets bénéfiques, sur la concurrence »

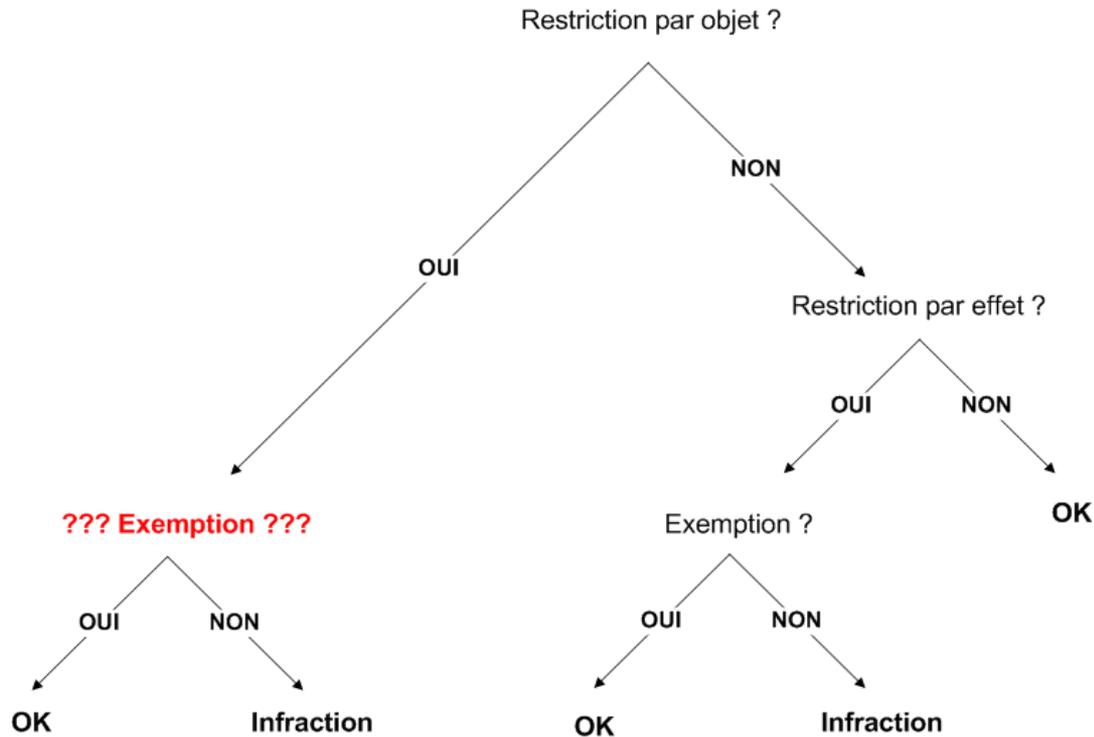
(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, Conclusions de l'Avocat Général Wahl du 27 mars 2014)

## Et en pratique ?



# Pas très loin du *per se*...

---



*“La pratique montre que les restrictions par objet ont peu de chances de remplir les quatre conditions requises par l’article 101(3)”*

*(Guidance on restrictions of competition “by object”, C(2014) 4136 final, 25 juin 2014)*

---

La restriction par objet :

une longue dérive...

et puis, enfin, un bon coup de barre

# Aux origines...

---

« le caractère non cumulatif, mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction « ou », conduit **d'abord** à la nécessité de **considérer l'objet même de l'accord**, compte tenu du **contexte économique** dans lequel il doit être appliqué ;

les altérations du jeu de la concurrence, visées par l'article 85, paragraphe 1, doivent **résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même**;

au cas cependant où **l'analyse desdites clauses** ne révélerait pas **un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence**, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible »

(55/65, Société Technique Minière (STM) c/ MTU, 30 juin 1966)

*« la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence [...] »*

*il convient de placer le contrat dans le **contexte économique et juridique** au vu duquel les parties l'ont conclu »*

(56/64 et 58/64, Grundig et Consten c/ Commission, 13 juillet 1966)



# Le degré suffisant de nocivité : *gravité* et *expérience*

---

« Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, **par nature, ont la capacité de le faire.**

Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont **tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence** qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81 paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché.

Cette **présomption** repose sur **la gravité** de la restriction et sur **l'expérience** qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence »

(Commission, *Communication du 27 avril 2004 sur l'application de l'article 81 paragraphe 3*)

Expérience :                    il faut qu'il existe une pratique décisionnelle montrant que le type d'accord en cause entraîne une réduction de concurrence

Gravité :                        il faut que cette pratique montre aussi que l'effet potentiel sur le jeu de la concurrence est sensible

# Le degré suffisant de nocivité : *gravité et expérience*

---

Pour apprécier l'objet anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher :

- à la teneur de ses dispositions,
- aux objectifs qu'il vise à atteindre
- au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère

L'intention des parties peut être prise en compte, mais ce n'est pas obligatoire.

(96/82, IAZ International Belgium, 8 nov. 1983)

# Les avantages de l'infraction par objet du point de vue de la politique de la concurrence

---

« Le recours à la notion d'objet anticoncurrentiel, en ce qu'il simplifie l'établissement de l'impact restrictif de certaines pratiques suivies par les entreprises, présente un certain nombre d'avantages :

- Tout d'abord, il est indubitablement **source de prévisibilité, et donc de sécurité juridique**, pour les entreprises, en ce qu'il leur permet d'avoir connaissance des conséquences juridiques (en termes notamment d'interdictions et de sanctions) qu'entraîneront certaines de leurs actions, telles que, par exemple, la conclusion d'accords portant sur les prix, et d'adapter leurs comportements en conséquence.
- Ce faisant, l'identification d'ententes ayant un objet restrictif de concurrence a, ensuite, également un **impact dissuasif** et **contribue à la prévention** des comportements anticoncurrentiels.
- Enfin, elle est **source d'économie procédurale** en ce qu'elle permet aux autorités chargées de la concurrence, en présence de certaines formes de collusion, de conclure à leur impact anticoncurrentiel, sans qu'il soit besoin pour elles de procéder à l'examen, souvent complexe et fastidieux, de leurs effets potentiels ou réels sur le marché concerné.

De tels avantages ne se manifesteront toutefois **que** si le recours à la notion de restriction par objet est **clairement circonscrit, à défaut de quoi cela pourrait aboutir à englober des comportements dont les effets nocifs sur la concurrence ne sont pas clairement avérés.** »

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, Conclusions de l'Avocat Général Wahl du 27 mars 2014)



# La dérive des années 2000 : l'élargissement de la notion...

---

## Beef Industry Development Society – BIDS (2008)

« un accord peut être considéré comme **ayant un objet restrictif même s'il** n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais **poursuit également d'autres objectifs légitimes**. Ce n'est que dans le cadre de l'article 81 paragraphe 3 que [ces éléments] peuvent, le cas échéant, être pris en considération aux fins d'obtenir une exemption de la prohibition énoncée au paragraphe 1 du même article »

« Ce type d'accords se heurte de manière patente à la conception inhérente aux dispositions du traité CE relatives à la concurrence, selon laquelle **tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome** la politique qu'il entend suivre sur le marché. L'article 81, paragraphe 1, CE vise en effet à interdire **toute forme de coordination qui substitue sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence**. »

(C-209/07, Beef Industry Development Society, 20 novembre 2008)

« Il ressort de ce qui a été dit jusqu'à présent que **la catégorie des restrictions de concurrence par objet ne peut pas être réduite aux accords qui restreignent la concurrence de manière évidente**. Dès lors qu'il convient de tenir compte non seulement du contenu d'un accord, mais aussi de son contexte juridique et économique, sa qualification en tant que restriction de concurrence par objet **ne saurait dépendre du fait que cet objet est reconnaissable du premier coup d'œil** ou qu'il ne se révèle qu'à travers un examen détaillé des circonstances et de la volonté des parties »

(C-209/07, Beef Industry Development Society, Conclusions de l'Avocat Général Trstenjak, 4 sept. 2008)

# L'élargissement de la notion

---

## T-Mobile

« Pour avoir un objet anticoncurrentiel, il **suffit** que la pratique concertée **soit susceptible de produire des effets négatifs** sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit **simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence** au sein du marché commun.

**En ce qui concerne l'échange d'informations entre concurrents**, il convient de rappeler que les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée doivent être compris **à la lumière de la conception** inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, **selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre** sur le marché commun

Il s'ensuit que **l'échange d'informations entre concurrents est susceptible d'être contraire aux règles de la concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude** sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises. [...]

**Il y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés** »

(C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, 4 juin 2009)

# La présomption devient irréfragable...

---

## T-Mobile

« Certes, une interprétation par trop extensive de la notion de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel est à éviter, en raisons des conséquences radicales auxquelles les entreprises peuvent se trouver exposées en cas de violation de l'article 81 paragraphe 1, CE. Il ne faut cependant pas non plus donner de cette notion une interprétation excessivement stricte, qui supprimerait en pratique l'interdiction des « infractions par objet » consacrée par le droit primaire et qui priverait ainsi l'article 81 paragraphe 1 d'une partie de son efficacité pratique.

À la différence de ce que semble penser la juridiction de renvoi, l'interdiction des « infractions par objet » ne saurait donc être interprétée en ce sens que la présence d'un objet anticoncurrentiel n'établirait qu'une sorte de présomption d'illégalité, susceptible d'être réfutée par l'absence, dans le cas concret, d'effets négatifs sur le fonctionnement du marché.

**L'interdiction des « infractions par objet » inscrite à l'article 81, paragraphe 1, CE ressemble ainsi aux délits de mise en danger (« Gefährungsdelikte ») du droit pénal.** Quiconque se met au volant d'une voiture après avoir consommé des quantités notables d'alcool ou de drogue s'expose dans la plupart des ordres juridiques à des sanctions pénales ou administratives, et ce peu importe qu'il ait ou non mis quelqu'un en danger dans le trafic routier, voire qu'il ait ou non provoqué un accident. »

(C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, Conclusions de l'Avocat Général Trstenjak, 19 février 2009)

# L'exigence d'“expérience” devient le simple respect d'une norme

---

## T-Mobile

« Il faut garder à l'esprit que l'autonomie des opérateurs économiques est une condition de base d'une concurrence effective. C'est d'ailleurs pourquoi **les règles de concurrence du traité sont elles aussi fondées sur le postulat que tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome** la politique qu'il entend suivre sur le marché commun.

**Cette exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte** entre des opérateurs économiques de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à tenir soi-même sur le marché ou que l'on envisage d'adopter, lorsque ces contacts peuvent aboutir à des conditions de concurrence ne correspondant pas aux conditions normales du marché en cause. »

(C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, Conclusions de l'Avocat Général Trstenjak, 19 février 2009)

### *Bonus :*

« Il est sans importance à cet égard qu'une seule entreprise informe ses concurrents **unilatéralement** du comportement qu'elle entend adopter sur le marché ou que toutes les entreprises concernées se communiquent mutuellement leurs considérations et leurs intentions. En effet, **il suffit qu'une seule entreprise s'expose en fournissant à ses concurrents des informations confidentielles sur sa future politique commerciale pour que, aussitôt, le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause soit atténué pour tous les intéressés, au risque de restreindre la concurrence et de voir apparaître des comportements collusoires.** » (*Ibid*)



# Les règlements d'exemption vont ajouter à la confusion

---

## De nombreux règlements d'exemption par catégorie :

- Accords verticaux : 1999 puis 2010
- Accords horizontaux de spécialisation : 2000 puis 2010
- Accords horizontaux de R&D: 2000 puis 2010
- Accords de license et de transferts de technologie : 2004 puis 2014
- Accords verticaux dans le secteur automobile : 2002 puis 2010

## Ce sont des règlements d'application de l'article 101(3) :

en vertu du Règlement du Conseil 19/65/EEC du 2 mars 1965 modifié :

« conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité, la Commission peut déclarer par voie de règlement que l'article 81, paragraphe 1, n'est **pas applicable** à [...] »

« Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité par voie de règlement, de définir les accords verticaux susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité. »

(Règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux N°330/2010, considérant 4)

## Ces règlements définissent des « clauses noires » appelées « **Restrictions caractérisées** »

La présence d'une restriction caractérisée a pour (seul) effet juridique de priver l'accord de l'exemption par catégorie (une exemption individuelle restant envisageable) :

« les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme [...], doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie »

(*Ibid*, considérant 10)



# Confusion entre “restriction caractérisée” et “restriction par objet”

---

## La confusion va naître des lignes directrices de 2004 sur l’application de l’article 81(3) :

« **En règle générale**, la Commission **considère comme des restrictions par objet** celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications. »

(Commission, *Lignes directrices concernant l’application de l’article 81, paragraphe 3, du traité*, 27 avril 2004)

## Pierre Fabre Dermo-Cosmétique :

« Ce règlement d’exemption par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux lorsque la part de marché que détient le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %. Cette présomption de légalité tombe lorsque ces accords comportent des **restrictions caractérisées**, énumérées à l’article 4 : ces restrictions consistent en [...] ; **"la restriction des ventes actives ou passives au sein d’un réseau de distribution sélective" (c)** ; [...].

[...]

L’interdiction de vente sur Internet **qui limite les ventes au sein d’un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence** »

(ADLC, Décision n°08-D-25 du 29 octobre 2008)

« Toute interdiction générale et absolue de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée par le fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d’un réseau de distribution sélective, constitue une **restriction caractérisée de la concurrence par objet** au sens de l’article 81(1) CE »

(*Amicus Curiae* de la Commission auprès de la Cour d’appel de Paris, 11 juin 2009)



# “Restriction caractérisée de la concurrence par objet” ?

---

## La confusion transparaît dans la question préjudicielle adressée par la Cour d’appel :

«L’interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d’un réseau de distribution sélective **constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet** au sens de l’article 101, paragraphe 1, TFUE échappant à l’exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d’une exemption individuelle en application de l’article 101, paragraphe 3, TFUE ? »

## La question doit être ré-écrite par la Cour de Justice :

« Dans ces conditions, la question préjudicielle doit être comprise en ce sens qu’elle vise à savoir, premièrement, si la clause contractuelle en cause dans le litige au principal constitue une **restriction de la concurrence «par objet»** au sens de l’article 101, paragraphe 1, TFUE, deuxièmement, si un contrat de distribution sélective contenant une telle clause – dans l’hypothèse où il entre dans le champ d’application de l’article 101, paragraphe 1, TFUE – peut bénéficier de l’exemption par catégorie instituée par le règlement n° 2790/1999 et, troisièmement, si, lorsque l’exemption par catégorie est inapplicable, ledit contrat pourrait néanmoins bénéficier de l’exception légale de l’article 101, paragraphe 3, TFUE. »

## Mais la réponse donnée aggrave la confusion en ajoutant un nouveau test....

« La Cour a déjà relevé que de tels accords **influencent nécessairement la concurrence** dans le marché Commun [...].

De tels accords sont à considérer, **à défaut de justification objective**, en tant que “ restrictions par objet ”. »

(C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, 13 oct. 2011)

## ... importé de la jurisprudence sur la liberté de circulation...



# En France, la Cour d'appel résiste

---

## Arrêt du 23 février 2012 sur les chèques (Echange Image Chèque - EIC)

L'objet vise à compenser les pertes des banques tirées provenant de l'accélération du traitement, en instaurant un paiement en leur faveur prélevé sur les banques tireuses.

La décision attaquée utilise le contexte à charge (par ex., gratuité du chèque).

Selon la décision, l'objet concurrentiel résulte de :

- la hausse artificielle du coût de revient du traitement des remises de chèques
- la limitation potentielle de l'offre sur le marché de la remise de chèques
- L'influence potentielle sur les prix finaux : certes les banques ne se sont pas mises d'accord pour répercuter la commission EIC, mais *“en l'absence de commission interbancaire il n'y aurait rien à répercuter”*
- *“La CEIC est donc susceptible d'être répercutée”*
- la CEIC génère une hausse de revenu artificielle sur le marché de l'émission des chèques
- le CEIC évite que le passage à l'EIC favorise le chèque aux dépens d'autres moyens de paiement plus efficaces : l'objectif est légitime, mais le moyen non



# En France, la Cour d'appel résiste encore ...

---

## Arrêt du 20 novembre 2014 sur la farine en sachets (volets France Farine et Bach Mühle)

L'Autorité reconnaît que l'objet anticoncurrentiel ne ressort pas, pris isolément, des statuts des entreprises communes , mais « des caractéristiques contractuelles qui régissent la gestion et le fonctionnement » de ces entreprises

« Considérant qu'il est ainsi établi que les accords de commercialisation sont intervenus alors que la réglementation économique en vigueur était encore marquée par le régime de l'économie administrée, circonstance qui doit entrer en ligne de compte en l'espèce pour apprécier si les entreprises sanctionnées ont pu nouer autour de France Farine un accord ayant un objet anticoncurrentiel »

« Considérant que la constitution de France Farine puis de Bach Mühle est bien intervenue dans une contexte économique caractérisé par la montée en puissance de la grande distribution dotée d'un très important pouvoir de négociation »

« Considérant que les entreprises fondatrices, qui n'étaient pas ainsi dotées de la capacité de proposer une offre crédible aux acheteurs, se sont bien trouvées placées dans la nécessité de présenter des offres groupées, quel que soit le lieu de livraison géographique, dans le cadre de structures de commercialisation commune, en soi licites au regard des règles du droit de la concurrence, afin de mettre en œuvre puis de poursuivre une coopération leur permettant de répondre à la demande nationale et aux exigences des centrales d'achat »

Les « caractéristiques contractuelles » condamnées par l'Autorité « **ne peuvent, en réalité être dissociées de l'activité qui, dans le contexte juridique et économique qui vient d'être analysé, a été entreprise puis a été poursuivie par la structure de commercialisation pour réaliser l'objectif légitime de coopération qui lui était assigné** »

Conclusion : pas d'objet anticoncurrentiel

# Le Tribunal de l'UE résiste aussi...

---

## GlaxoSmithKline Services

« En conséquence, la conclusion principale de la Commission, selon laquelle l'article 4 des conditions générales de vente est à considérer comme prohibé par l'article 81, paragraphe 1, CE dans la mesure où il a pour objet de restreindre le commerce parallèle, ne peut pas être retenue.

Les prix des médicaments en cause étant soustraits dans une large mesure au libre jeu de l'offre et de la demande du fait de la réglementation applicable et fixés ou contrôlés par les pouvoirs publics, **il ne peut pas être d'emblée tenu pour acquis** que le commerce parallèle tend à les faire baisser et à accroître ainsi le bien-être des consommateurs finals.

L'analyse des termes de l'article 4 des conditions générales de vente, effectuée dans ce contexte, ne permet donc pas de présumer que cette stipulation, qui vise à limiter le commerce parallèle, tend ainsi à réduire le bien-être des consommateurs finals.

Dans cette situation en grande partie inédite, **le caractère restrictif de concurrence de cet accord ne peut dès lors pas être déduit de la seule lecture de ses termes, effectuée dans son contexte, et ses effets doivent nécessairement être envisagés**, ne serait-ce que pour vérifier ce que cette lecture a permis à l'autorité régulatrice de pressentir. »

(T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited, 27 sept. 2006, point 147)

« Cela n'est pas contredit par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire GlaxoSmithKline Services/Commission [...]. Certes, le point 147 de cet arrêt – **dont le libellé prête fort à confusion** – énonce que le caractère anticoncurrentiel d'un accord ne peut être déduit de la seule lecture de ses termes, effectuée dans son contexte, mais qu'il faut «nécessairement» aussi en envisager les effets. **Selon moi, ce passage signifie simplement que l'objet d'un accord (ou d'une pratique) doit être apprécié non dans l'abstrait, mais concrètement, en tenant compte de son contexte juridique et économique ainsi que des particularités du marché en question** »

(C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, Conclusions de l'Avocat Général Trstenjak, 19 février 2009)

## Véritable risque de confusion entre objet et effet...

L'objet est en train de devenir un simple « effet mal démontré »...



... puis il cède ...

---

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

« Le requérant soutient que les mesures en cause étaient **nécessaires à la poursuite de l’objet légitime du Groupement** et qu’elles ne relèvent donc pas de l’article 81, paragraphe 1, CE. Il fait valoir que, contrairement à ce que soutient la Commission, il n’est pas requis que le Groupement disparaisse à court ou à moyen terme pour que les mesures en cause soient considérées comme nécessaires.

**Un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s’il n’a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d’autres objectifs légitimes. Ce n’est que dans le cadre de l’article 81, paragraphe 3, CE que ces objectifs légitimes peuvent, le cas échéant, être pris en considération aux fins d’obtenir une exemption de la prohibition énoncée au paragraphe 1 du même article.**

Les types d’accords envisagés à l’article 81, paragraphe 1, sous a) à e), CE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées et, dès lors, **il n’y a pas lieu d’interpréter la notion d’infraction par objet de manière restrictive** »

+ absence totale de prise en compte par le Tribunal du caractère biface du système de paiement  
(Cf. Séminaire Nasse du 13 déc. 2012)

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

### Que penser de ?

*« dans la décision attaquée, la Commission n'a pas retenu le marché des systèmes de paiement en France comme le marché pertinent, mais le marché de l'émission de cartes de paiement, qui n'est pas un marché biface. Le fait que ce marché soit un des volets du marché des systèmes de paiement n'empêche pas qu'il puisse être considéré comme un marché distinct. Certes, il existe des interactions entre les faces émission et acquisition [...] Toutefois, il convient de signaler qu'en dépit de cette complémentarité, d'une part les services fournis aux titulaires de cartes et aux commerçants sont différents et d'autre part les titulaires de cartes et les commerçants exercent des pressions concurrentielles séparées sur, respectivement, les banques d'émission et les banques d'acquisition. La Commission pouvait dès lors valablement constater l'existence d'un marché distinct de l'émission de cartes de paiement.*

*[...] **Les exigences d'équilibre** entre l'activité d'émission et celle d'acquisition au sein du système de paiement **n'avaient pas à être examinées** dans le cadre de l'article 81(1) **dès lors que le seul marché retenu était le marché en aval de l'émission de cartes** » (Trib. UE, T- 491/07, Cartes Bancaires, para. 104/105)*

- Confusion plateforme / marché  
car il y a toujours deux marchés dans une plateforme biface...

# Le coup de barre (et de bâton) de l'Avocat Général Wahl

---

## Groupement des Cartes Bancaires "CB"

« [Les] avantages [de la restriction par objet] **ne se manifesteront toutefois que si le recours à la notion de restriction par objet est clairement circonscrit**, à défaut de quoi cela pourrait aboutir à englober des comportements dont les effets nocifs sur la concurrence ne sont pas **clairement avérés**.

En dépit du fait que la jurisprudence ait pu, dans une certaine mesure, contribuer à rendre floue la ligne de démarcation entre les notions respectives de restrictions par objet ou par effet, **je suis d'avis que le recours à cette notion doit être plus clairement encadré**.

À mon sens, **ce n'est que dans le cas où l'expérience montre qu'une restriction, en conformité avec l'analyse économique, est constamment prohibée qu'il apparaît raisonnable de la sanctionner directement**, dans un souci d'économie procédurale.

Une extension non contrôlée des comportements tombant sous le coup des restrictions par objet est **dangereuse** sous l'angle des principes devant, en principe, régir **l'établissement et la charge de la preuve** de comportements anticoncurrentiels.

La qualification d'entente restrictive par objet doit nécessairement être encadrée et **ne viser, in fine, que celles qui présentent intrinsèquement un certain degré de nocivité**.

En dépit du caractère ouvert de la liste des comportements pouvant être jugés restrictifs du fait de leur objet, il est proposé de maintenir une attitude relativement prudente dans la détermination d'une restriction de concurrence par objet. »



# Le coup de barre (et de bâton) de l'Avocat Général Wahl

---

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

« Enfin, je souhaiterais rappeler qu'un tel encadrement ne revient pas à «immuniser» certains comportements, en les soustrayant à l'interdiction visée à l'article 81, paragraphe 1, CE.

Dans le cas où il n'a pas été établi qu'un certain accord n'est pas concrètement – c'est-à-dire en tenant compte de ses objectifs ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit – apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché, seul le recours à la notion de restriction par objet est écarté.

L'autorité chargée du contrôle de la concurrence sera toujours en mesure de le censurer à l'issue d'un examen plus poussé de ses effets anticoncurrentiels réels et potentiels sur le marché. »

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, Conclusions de l'avocat général Wahl du 27 mars 2014)

# Garantir une distinction effective entre l'objet et l'effet

---

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

« C'est après un examen du contexte, que la Cour a dit pour droit qu'un accord de distribution, bien qu'il pouvait, *prima facie*, être jugé constitutif d'une restriction de concurrence, ne pouvait être considéré comme ayant pour objet, par sa nature même, de restreindre de manière sensible la concurrence [C-306/96, *Javico*].

À mon sens, **la prise en compte du contexte économique et juridique dans la recherche d'un objet anticoncurrentiel doit [...] être clairement distinguée de la démonstration des effets anticoncurrentiels [...]**.

La prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne peut venir que conforter ou neutraliser l'examen des termes même de l'entente supposée. **Elle ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel par la démonstration des effets potentiels des mesures visées.**

En d'autres termes, [...] **le recours au contexte économique et juridique lorsqu'il s'agit d'identifier une restriction par objet ne peut aboutir à une qualification à charge des entreprises incriminées en présence d'un accord dont les termes ne révèlent pas de la nocivité du point de vue de la concurrence.** »

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, Conclusions de l'avocat général Wahl du 27 mars 2014)

# Retour aux exigences originelles de l'objet anticoncurrentiel

---

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

« Je perçois difficilement en quoi les mesures en cause présentent **le degré de nocivité requis par la jurisprudence**. [...]

Si'il ne peut être exclu que les mesures litigieuses auront pour résultat d'inciter certains membres du Groupement soit de limiter leur activités d'émission soit à accroître leurs activités d'acquisition, [...] **cette question relèverait, en tout état de cause, de l'examen des effets** potentiellement anticoncurrentiels desdites mesures et non de leur objet. [...]

Je dois avouer ma perplexité quant à la lecture faite tant par la Commission que par le Tribunal des mesures litigieuses adoptées par le Groupement à destination de l'ensemble des membres de celui-ci. [...]

**Si l'on s'en tient à la teneur des mesures en cause et de l'objectif qu'elles entendent poursuivre, l'existence d'une restriction de concurrence par objet** au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE **n'est pas établie**.

**Dans de telles circonstances, les éléments pris du contexte économique et juridique entourant l'élaboration des mesures en cause ne devraient pas être de nature à établir à eux seuls l'existence d'un objet anticoncurrentiel.**

Ainsi que je l'ai indiqué précédemment, **l'examen du contexte ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel.** »

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, Conclusions de l'avocat général Wahl du 27 mars 2014)

# La Cour suit son Avocat Général

---

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

« Certains types de coordination entre entreprises révèlent un **degré suffisant de nocivité** à l’égard de la concurrence pour qu’il puisse être considéré que **l’examen de leurs effets n’est pas nécessaire**.

Cette jurisprudence tient à la circonstance que **certaines formes** de coordination entre entreprises peuvent être **considérées, par leur nature même, comme nuisibles** au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence.

Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant **tellement susceptibles d’avoir des effets négatifs** sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services **qu’il peut être considéré inutile**, aux fins de l’application de l’article 81, paragraphe 1, CE, **de démontrer qu’ils ont des effets concrets** sur le marché. En effet, **l’expérience montre que de tels comportements entraînent** des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs.

**Le critère juridique essentiel pour déterminer si une coordination entre entreprises comporte une telle restriction de concurrence «par objet» réside dans la constatation qu’une telle coordination présente, en elle-même, un degré suffisant de nocivité à l’égard de la concurrence.**

C’est à tort que le Tribunal a considéré que la notion de restriction de concurrence «par objet» ne doit pas être interprétée «de manière restrictive».

Si le Tribunal a exposé les motifs pour lesquels les mesures en cause, compte tenu de leurs formules, sont **susceptibles de restreindre la concurrence**, [...] il n’a, en revanche, nullement justifié [...] en quoi cette restriction de la concurrence présente un **degré suffisant de nocivité** pour pouvoir être qualifiée de restriction «par objet».

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, 11 septembre 2014)



# La Cour suit son Avocat Général

---

## Groupement des Cartes Bancaires “CB”

« Ayant constaté qu’il existait des **«interactions»** entre les activités d’«émission» et d’«acquisition» d’un système de paiement et que ces activités produisaient des **«effets de réseau indirects»**, l’importance de l’acceptation des cartes par les commerçants et le nombre de cartes en circulation influant l’un sur l’autre, **le Tribunal ne pouvait, sans commettre d’erreur de droit, conclure que les mesures en cause avaient pour objet de restreindre la concurrence** au sens de l’article 81, paragraphe 1, CE.

En effet, ayant admis que les formules retenues par ces mesures visaient à établir un certain rapport entre les activités d’émission et les activités d’acquisition des membres du Groupement, le Tribunal pouvait tout au plus en déduire que lesdites mesures avaient pour objet d’imposer une contribution financière aux membres du Groupement qui bénéficient des efforts déployés par d’autres membres aux fins du développement des activités d’acquisition du système.

Or, **un tel objet ne saurait être considéré comme étant, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence**, le Tribunal ayant, au demeurant, lui-même considéré que la lutte contre le parasitisme du système CB constituait un objectif légitime. »

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, 11 septembre 2014)



# La restriction par objet aujourd'hui

---

« Selon la jurisprudence de la Cour, il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence «par objet» au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher :

- à la teneur de ses dispositions,
- aux objectifs qu'il vise à atteindre
- ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère.

Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération

- la nature des biens ou des services affectés ainsi que
- les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question

En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte. »

(C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, 11 septembre 2014)

# Pas de *de minimis*

---

« Une fois l'objet anticoncurrentiel desdits accords établi, il n'y a plus lieu d'examiner le point de savoir si ceux-ci affectent sensiblement la concurrence sur le marché.

Dans la mesure où les comportements anticoncurrentiels sont prohibés en raison de leur nature même, eu égard au degré de nocivité qu'ils présentent pour la concurrence, il n'est nullement nécessaire de les caractériser par un impact économique ou une étendue géographique précis.

L'objet anticoncurrentiel d'un accord de répartition, plus particulièrement l'aptitude dudit accord à produire des effets négatifs sur le marché, ne saurait dépendre du nombre concret de clients effectivement répartis, mais uniquement des termes et des finalités objectives de cet accord à la lumière du contexte économique et juridique de sa conclusion. »

C-172/14, ING Pensii, Conclusions de l'avocat général Wahl du 23 avril 2015)

# Les nouvelles Lignes Directrices de la Commission

---

## Commission, *Guidance on restrictions of competition “by object”*, 25 juin 2014

Aucune mention d'un “degré suffisant de nocivité” (mais c'était avant l'arrêt CB...)

« Aux fins de l'application de la communication sur le *de minimis*, les restrictions caractérisées mentionnées dans les règlements d'exemption par catégorie de la Commission sont généralement considérées comme constituant des restrictions par objet »

« Ce qu'on appelle les restrictions caractérisées sont en général des restrictions par objet lorsqu'elles sont évaluées dans un cas particulier

« Les restrictions par objet ont peu de chances de satisfaire les 4 conditions de l'exemption ».

A rapprocher des Lignes Directrices verticales de 2010 :

« Lorsqu'une restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101 paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101 paragraphe 3 »

Alors que, dans les Lignes Directrices verticales de 1999 :

« Les accords verticaux qui ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie ne seront pas présumés illégaux »...

# Les principales restrictions par objet

---

Commission, *Guidance on restrictions of competition “by object”*, 25 juin 2014

« Dans des cas exceptionnels, une restriction par objet peut être compatible avec l'article 101 du Traité, non parce qu'elle bénéficie de l'exemption prévue à l'article 101 paragraphe 3, mais parce qu'elle est objectivement nécessaire à l'existence d'un accord particulier ou à la protection d'un objectif légitime [...]

Les trois restrictions par objets « classiques » entre concurrents (fixation de prix en commun, restriction de production et partage de marché) peuvent ne pas constituer des restrictions par objet lorsque qu'elles font partie d'une coopération plus large entre deux concurrents dans laquelle ces concurrents combinent des actifs ou des savoirs-faire complémentaires»

# Les principales restrictions par objet entre concurrents

---

## Cartel

...

## Fixation de prix en commun (price fixing)

ICI, Österreichische Volksbanken, Gosselin Group, French Beef, Architectes Belges, Ebooks, Visa MIF

*mais pas*

Achats groupés, certains accords de spécialisation ou de production en commun, certains accords de R&D

## Partage de marché

ACF Chemie Farma, CRAM, GDF Suez & E.ON, Lundbeck, Telefonica & Portugal Telecom, Fentanyl

*mais pas*

Certains accords de R&D, certains accords de transfert de technologie

## Limitation de production

Beef Industry Development Society (BIDS)

*mais pas*

Certains accords de spécialisation ou de production en commun, certains accords de R&D, certains accords de consortium maritime, certains accords de transfert de technologie

## Trucage de marchés (*bid rigging*)

Dansk Rorindustri

## Boycott collectif

Protimonopolny urad Slovenskej Republiky, Pre-insulated Pipes, Ordre national des Pharmaciens en France

## Echanges d'informations sur les prix et quantités futurs

Cimenteries CBR, Dole Food and Dole Germany, Wabco, T-Mobile Netherlands (and KPN Mobile, Orange Nederland, Vodafone Libertel)

## Restrictions sur la R&D ou sur l'usage de sa propre technologie pour la R&D

?



# Les principales restrictions par objet entre non-concurrents

---

## Restrictions de revente imposées à un acheteur

BMW v. ALD, BMW Belgium, General Motors BV, Yamaha, Pierre Fabre, GlaxoSmithKline Services

*mais pas*

- En distribution exclusive non sélective, interdiction de revente active sur le territoire d'un autre distributeur ;
- En distribution sélective, interdiction de revente à des distributeurs non agréés
- Interdiction de revente de composants à un concurrent du fournisseur
- Interdiction à un grossiste de revendre au détail

## Restrictions de revente imposées à un licencié

Football Association Premier League

*mais pas*

- Interdiction au licencié de revendre sur un territoire ou à une clientèle réservé par le donneur de licence
- Obligation imposée au licencié d'utiliser le bien seulement pour ses besoins propres ou pour un client spécifié

## Restriction de vente de pièces détachées imposée au producteur

?

## Fixation du prix de revente (RPM)

Binon, Yamaha

# Merci

---



**Jérôme Philippe**

Paris +33 1 44 56 27 96

Brussels +32 2 504 76 60

Email [jerome.philippe@freshfields.com](mailto:jerome.philippe@freshfields.com)

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the law of England and Wales) (the UK LLP) and the offices and associated entities of the UK LLP practising under the Freshfields Bruckhaus Deringer name in a number of jurisdictions, and Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, together referred to in the material as 'Freshfields'. For regulatory information please refer to [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice).

The UK LLP has offices or associated entities in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Russia, Singapore, Spain, the United Arab Emirates and Vietnam. Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP has offices in New York City and Washington DC.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2015