

LA RATIONALISATION AU LONG COURS DE LA RESTRICTION DE CONCURRENCE PAR « OBJET » DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

par **Nicolas Petit**

Professeur, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (ULg), Directeur, Brussels School of Competition (BSC)

Observations : L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 septembre 2014 dans l'affaire *Groupement des Cartes bancaires* (ci-après, l'arrêt « *Cartes bancaires* ») sur la notion de restriction de concurrence par objet, prévue à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE »)⁽¹⁾, a suscité d'abondants questionnements, commentaires et remarques en doctrine.

Il y en a en effet pour tout le monde dans l'arrêt *Cartes bancaires*, et chacun a pu trouver – par simple dissonance cognitive – satisfaction dans les plis et replis des considérants de l'arrêt. Les procureurs d'une interprétation large de la notion de restriction par objet se sont félicités des nombreux renvois à la jurisprudence passée de la Cour⁽²⁾, passant sous silence l'annulation *in casu* de l'arrêt du Tribunal⁽³⁾. À l'inverse, les partisans d'une interprétation étroite de la notion de restriction par objet ont célébré son paragraphe 58, où la Cour censure l'approche du Tribunal qui n'avait pas craint d'affirmer que « la notion de restriction de concurrence "par objet" ne doit pas être interprétée "de manière restrictive" ».

La présente étude essaye de dépasser les écueils intrinsèques à toute analyse exégétique de l'arrêt *Cartes bancaires*. À cet effet, nous envisageons la problématique de manière holiste, en tentant de replacer l'arrêt dans le temps long de l'évolution jurisprudentielle relative à la restriction par objet. Notre analyse nous conduit à considérer qu'après une période, assez étendue, d'expansion jurisprudentielle, l'arrêt *Cartes bancaires* pourrait augurer une ère nouvelle de contraction de la notion de restriction par objet. Comme nous le verrons, cette analyse repose sur une lecture contextuelle de la jurisprudence récente ainsi que sur la disqualification du précédent *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, qui abrite une flagrante erreur de citation. Ce faisant, nous nous intéressons aux récentes conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire *Toshiba Corporation contre Commission*, qui font une même lecture de l'arrêt *Cartes Bancaires*, et proposent de lire le précédent *Allianz Hungária Biztosító e.a.* comme un arrêt « spécifique et isolé »⁽⁴⁾.

lait uniquement de pratiques « qui *tendraient*, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence »⁽⁵⁾.

Juridiquement, le remplacement du standard de tendance restrictive par un couple objet-effet restrictif s'inspire du droit français. L'article 59 *bis* de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix avait ainsi pénalisé « Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »⁽⁷⁾.

Mais il trouve aussi son origine en droit antitrust américain. Comme le précise très tôt le professeur R. Joliet dans ses écrits – R. Joliet deviendra ultérieurement juge à la CJUE – les cours et tribunaux américains appliquent un test proche de « *purpose or effect* »⁽⁸⁾, comme l'illustrent les affaires *White Motor Co. v United States* et *United States v. Imperial Chemical Industries*.

Téléologiquement, et cela est plus important, ce remplacement semble motivé par une volonté d'expansion du champ d'application de l'article 85 TCEE. À côté des effets, déjà captés dans le standard de « tendance » restrictive du traité CECA, l'introduction du terme « objet » poursuit l'ambition d'étendre le champ de l'interdiction aux coordinations qui ont pour objectif de restreindre la concurrence. Dans son commentaire de l'article 85 paragraphe 1 TCEE de 1963, l'un des inspirateurs du règlement 17/62⁽⁹⁾, Maître A. Deringer, oppose ainsi aux accords qui ont pour « effet » une limitation de la concurrence,

L'expansion initiale de la restriction par objet

De la simple tendance restrictive au couple objet-effet

En droit européen, la notion de restriction de concurrence par « objet » apparaît en 1957, dans l'article 85 paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après, « TCEE »). Le texte du Traité interdit « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées [...] qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »⁽⁵⁾. Avant lui, l'instrument juridique équivalent du traité CECA, l'article 65 par-

(1) CJUE 11 sept. 2014, n° C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, AJCA 2014. 334, obs. R. Milchior.

(2) Et notamment à l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Allianz Hungária Biztosító e.a.*

(3) CJUE 14 mars 2013, n° C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. c/ Gazdasági Versenyhivatal*

(4) Concl. av. gén. Wathelet, 25 juin 2015, ss CJUE, n° C-373/14P, *Toshiba Corporation c/ Commission*.

(5) Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957).

(6) Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (Paris, 18 avr. 1951).

(7) V. Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945, JO 8 juill., rect. 21 juill. et 8 sept.

(8) V. R. Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law – American German and Common Market Law in Comparative Perspective*, La Haye et Liège Martinus Nijhoff et Faculté de droit de Liège 1967, p. 133 et s.

(9) Régl. n° 17/62, JOCE, n° L. 13, 21 févr. 1962.

les accords « qui ont pour but une limitation de la concurrence »¹⁰.

Dans le même sens, les professeurs M. M. Waelbroeck et A. Frignani, témoins de l'époque, rappellent dans leur traité fondateur :

« Ainsi qu'il ressort d'une confrontation des textes dans les langues officielles de la Communauté (notamment l'allemand « *Bezwecken* » et le néerlandais « *ertoe strekken* »), le mot objet doit être pris dans le sens d'"objectif" ou de "but" et non de "contenu" ». ¹¹ Enfin, dans un article de 1968, le professeur R. Joliet écrit au sujet du concept d'objet et de sa *ratio legis* : « cette expression vise bien plutôt l'"objectif" de l'accord comme dans certains arrêts américains dont les formules semblent avoir été reprises mots pour mot dans le Traité. À notre avis, l'article 85 frappe d'interdiction tout accord ayant un effet anticoncurrentiel et présume l'intention de porter atteinte au jeu de la concurrence, chaque fois qu'un effet peut être constaté, pourvu que l'effet soit imputable à l'accord. Là où l'effet anticoncurrentiel ne s'est pas (ou pas encore) produit, l'article 85 intervient cependant dans un but préventif pour atteindre comme tels un objectif ou une intention contraires à la concurrence »¹².

Au vrai, la plupart des auteurs de l'époque, y compris en France, définit alors la notion d'objet comme synonyme d'objectif anticoncurrentiel¹³. La notion d'objectif est à son tour interprétée de manière extensive : intention de restreindre la concurrence, mobile anticoncurrentiel, ou simple conscience de l'effet restrictif de la coordination. Maître A. Deringer rappelle :

« qu'il n'est pas nécessaire que le but consistant à limiter la concurrence soit formellement exprimé dans l'accord [...] mais il suffit que ce but puisse être déduit du contenu ou des circonstances de l'accord ». Seuls quelques auteurs comme le professeur J.-B. Blaise semblent considérer que le concept

d'objet ne renvoie pas à l'objectif, mais plutôt à l'idée d'un effet probable, ou tout simplement possible¹⁴.

De l'objet-intention à l'objet-incidence politique/expérience économique

En 1966, un arrêt de la Cour de justice vient prétoriquement étendre le sens de la notion d'objet anticoncurrentiel. Dans l'affaire *Société Technique Minière*, la Cour affirme que :

« pour être frappé par l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, l'accord litigieux doit avoir "pour objet, ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun" ; 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 »¹⁵. Cette jurisprudence suggère que le contenu même des clauses d'un accord peut révéler un degré suffisant de nocivité sur la concurrence, en conséquence de quoi la preuve de leurs effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels ne serait pas requise pour mobiliser le dispositif d'interdiction¹⁶. Les effets anticoncurrentiels seraient en quelque sorte « présumés », comme l'explique le professeur L. Idot, ce qui allège le fardeau probatoire pesant sur l'autorité ou le plaignant¹⁷.

Un mouvement relativement similaire intervient outre-Atlantique, moyennant l'usage de concepts analogues. La jurisprudence s'attache à distinguer, d'une part, les pratiques commerciales qui constituent *per se* une violation du droit de la concurrence et, d'autre part, celles qui doivent être examinées dans le cadre d'une « *rule of reason* » consistant à vérifier si elles imposent une restriction de concurrence déraisonnable par rapport à l'ensemble du contexte dans lequel elles interviennent. Le point de démarcation entre ces deux catégories dépend de l'existence ou non d'un consensus économique. Si l'état de l'art prévalant en sciences économiques acte la nocivité d'une pratique commerciale, celle-ci est soumise au régime d'interdiction *per se* ; en revanche, si l'inefficacité sociale de la pratique est discutée par les économistes, une analyse détaillée s'impose¹⁸.

En Europe, la jurisprudence *Société Technique Minière* va essaimer. Elle sera suivie dans de nombreux autres arrêts de la Cour. Le Tribunal de l'Union européenne (ci-après, « le Tribunal »)¹⁹, entretemps créé, déclarera dans son arrêt *European Night Services* que :

« l'appréciation d'un accord au titre de l'article 85, paragraphe 1, du traité doit tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné à *moins qu'il ne s'agisse d'un accord comportant des restrictions patentes*

La jurisprudence d'outre-Atlantique s'attache à distinguer, d'une part, les pratiques commerciales qui constituent *per se* une violation du droit de la concurrence et, d'autre part, celles qui doivent être examinées dans le cadre d'une « *rule of reason* » consistant à vérifier si elles imposent une restriction de concurrence déraisonnable par rapport à l'ensemble du contexte dans lequel elles interviennent

(10) V. A. Deringer, « Les règles de la concurrence au sein de la CEE (Analyse et commentaires des articles 85 à 94 du Traité) », *Rev. Marché commun*, 37, 84, 126, 172, 256, 301, 347, 440, 488, 1963, n° 33, p. 87.

(11) V. M. Waelbroeck et A. Frignani, *comm. J. Mégret, Droit de la CE*, Vol. 4, *Competition*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2^e éd., 1997, pt 182.

(12) V. R. Joliet, « La légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard de l'article 85 du Traité de Rome », *Revue critique de jurisprudence belge* 1968, p. 146 s.

(13) V. D. Goyder, *EC Competition Law*, 4th ed., Oxford University Press, p. 26. V. égal., par analogie, J.-J. Burst et R. Kovar, « Droit de la concurrence », *Economica*, 1981, p. 235.

(14) V. J.-B. Blaise, cité par R. Joliet, *op cit.*

(15) V. CJUE 30 juin 1966, n° C-56/65, *Société Technique Minière / Maschinenbau Ulm*, Rec. 1966, p. 337.

(16) V. CJUE 13 juill. 1966, aff. jtes C-56 et C51-64, *Établissements Consten S.à.R.L. et Gründig-Verkaufs-GmbH / Commission*, Rec. p. 429, pt 7 : « aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence ».

(17) V. L. Idot, « Le retour de l'objet anticoncurrentiel », nov. 2009, *Concurrences* n° 4-2009, art. 29202.

(18) R. Bork, *The Antitrust Paradox*, NY, The Free Press, 1978, p. 263 s. ; R. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2^e éd., 2001, p. 39 : « *It is only because the courts (following dominant economic opinion) are confident that the ordinary garden-variety cartel or price-fixing agreement is socially inefficient that there is a rule against cartelizing or price fixing, meaning that all that has to be proved to fix liability on the defendant is that the defendant engaged in the practice.* »

(19) V. CJCE 28 févr. 1991, n° C-234/89, *Delimitis / Henninger Bräu AG*, Rec. I, p. 935, pt 13.

de la concurrence comme la fixation des prix, la répartition du marché ou le contrôle des débouchés »²⁰.

Mais revenons sur l'arrêt *Société Technique Minière*. La Cour y parle de « contexte économique ». En première analyse, cette notion sème le doute. Elle semble commander une véritable vérification du marché au cas par cas, ce qui paraît *a priori* incompatible avec l'idée de présomption sous tendant l'objet anticoncurrentiel.

De manière encore plus troublante, cette mention apparaît aussi dans les grands arrêts de l'époque intéressant le concept d'« effet » anticoncurrentiel. Ainsi, dans l'affaire *Brasserie de Haecht*, la Cour parle d'apprécier le « contexte économique et juridique » pour évaluer l'« effet » restrictif d'un accord sur la concurrence.

À juste titre, le Tribunal évacuera la pertinence du « contexte » en matière de restrictions par objet. Il déclarera quelques années plus tard dans son arrêt *Brasserie Nationale* qu' :

« il y a lieu de rappeler que les éléments de contexte dont, selon les requérantes, la Commission n'a pas suffisamment tenu compte dans l'appréciation de l'objet de la Convention sont, respectivement, la vitalité du secteur concerné en termes de parts de marché, l'ouverture unique de ce secteur aux importations et l'existence d'un nombre important de débits non liés aux parties. Toutefois, ces éléments de contexte se rapportent non pas à la question de savoir quel était l'objet de la Convention, mais à celle de savoir quels étaient ses effets. Or, selon la jurisprudence, la Commission est dispensée d'examiner les effets d'un accord anticoncurrentiel par son objet. Cela n'est d'ailleurs pas contesté par les requérantes, qui admettent qu'il est superflu de démontrer les effets d'un accord restrictif par son objet »²¹.

En revanche, la Cour ne procédera pas à cette clarification. Elle maintiendra dans sa jurisprudence l'étrange référence au « contexte ». Nonobstant ces divergences, la sécurité juridique semble assurée. L'éminent professeur R. Whish avance même l'expression « *object box* », pour suggérer de manière graphique que l'on peut proprement enfermer dans une boîte les grands types de restrictions à objet anticoncurrentiel²². Il s'agit de l'ensemble des restrictions dont on peut présumer qu'elles dégagent des effets anticoncurrentiels. Comme le résumait bien A. Mundt ou C. Lemaire en anglais, la restriction par objet est « *obvious* »²³. C'est une restriction qui crève les yeux. Concrètement, il s'agit de restrictions dégageant une incidence sur un objectif politique clairement affirmé et revendiqué, comme celui d'intégration des marchés. On pense, par exemple, aux accords rétablissant des cloisonnements nationaux. Il peut aussi s'agir, « de façon plus classique », de restrictions dont on connaît d'expérience « la nocivité », comme par exemple, les ententes injustifiables ou d'autres restrictions caractérisées comme les prix de revente imposés, la protection territoriale absolue, les restrictions des ventes croisées dans les réseaux de distribution sélective, etc.²⁴

Cette interprétation, qui semble à l'époque comprise de tous (comme le rappelle le professeur L. Idot) est aussi celle de la Commission européenne (ci-après, « la Commission »)²⁵. Dans ses lignes directrices de 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, celle-ci déclare :

« 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 »²⁶.

L'objet-intention ne disparaissait cependant pas totalement. Comme le souligna la Cour en 1984 dans l'affaire *CRAM-Rhenzik* : « pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de savoir lequel des deux contractants a pu prendre l'initiative d'insérer telle ou telle clause, ou de vérifier si les parties ont eu une intention commune au moment de la conclusion de l'accord. Il s'agit, par contre, d'examiner les buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué »²⁷.

De l'objet-incidence/expérience à l'objet-contextuel

À compter de l'année 2009, un nouveau mouvement d'extension de l'objet vient se dessiner en jurisprudence. La Cour attrait dans la catégorie des restrictions par objet un nombre croissant de pratiques dont ni l'expérience économique, ni l'incidence sur le marché intérieur ne permettent *a priori* de présumer des effets anticoncurrentiels. Dans l'affaire *Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, tout d'abord, la Cour refuse de suivre les requérantes qui prétendent « que la notion d'infraction par objet de[l'ait] être interprétée de manière restrictive »²⁸. Elle juge que constitue une infraction par objet, un accord de coopération horizontale pour la réduction de surcapacités de transformation de bétail, au motif que « tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché »²⁹. Prise littéralement, cette affirmation suggère que tout accord de coopération horizontale – y compris ceux réglementairement exemptés par des instruments spécifiques – peut constituer une restriction par objet.

Une même logique traverse son arrêt *T-Mobile Netherlands BV e.a. c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*³⁰. En l'espèce, la juridiction de renvoi demandait à la Cour de lui confirmer qu'un accord a bien un objet anticoncurrentiel « si l'expérience montre que ledit accord ou ladite pratique a toujours ou presque toujours pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, quelles que soient les circonstances économiques ». La juridiction de renvoi, aux prises avec un échange d'informations isolé entre concurrents, pensait le cas échéant examiner les effets de la pratique. La Cour de justice l'en dispensa, classant cet échange d'informations dans la catégorie des restrictions par objet, au prix d'un raisonnement relativement cryptique³¹.

Enfin, le Tribunal suivit une même approche en 2013 dans l'affaire *Fresh Del Monte*, qui qualifia de restric-

(20) V. TPICE 15 sept. 1988, aff. jtes; TPICE 15 sept. 1998, n° T-374/94 T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *European Night Services contre Commission*, Rec. II, p. 3141, pt 136.

(21) TPICE 27 juill. 2005, n° T-49/02, n° T-50/02 et n° T-51/02, *Brasserie nationale SA e.a. c/ Commission*, Rec. 2005, II, p. 3033, pt 108.

(22) V. R. Whish, C. Lemaire, A. Mundt, N. Forwood, TR IV - *Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: Does it really matter?* (New Frontiers of Antitrust Conference, Paris, 10 February 2012), mai 2012, *Concurrences* n° 2-2012, art. 45426, www.concurrences.com.

(23) *Idem*.

(24) V. L. Idot, *op. cit.*

(25) V. L. Idot, *op. cit.*

(26) Comm. CE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOCE, n° C-101, 27 avr. 2004, pt 21.

(27) V. CJUE 28 mars 1984, n°s C-29 et C-30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c/ Commission*, 28 mars 1984, Rec., p. 1679.

(28) V. CJCE 20 nov. 2008, n° C-209/07, *Competition authority c/ Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, Rec., I, p. 8637.

(29) *Idem*, pt 34.

(30) V. CJCE 4 juin 2009, n° C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Rec. I, p. 4529.

(31) *Idem*, pt 31 : « 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. La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts ».

tion par objet des discussions entre concurrents sur les facteurs de tarification de la banane, comme les conditions météorologiques, les périodes de congés scolaires, etc., facteurs servant à déterminer des prix de référence à caractère indicatif dans les semaines suivantes³².

À côté donc des restrictions par objet « classiques » que la jurisprudence continue, au gré des affaires, de constater – par exemple, dans les affaires *Football Association Premier League Ltd*³³, au sujet de clauses réinstaurant des cloisonnements nationaux, ou *Gosselin Group NV c/ Commission*³⁴, au sujet de pratiques de fixation de prix, manipulation d'appels d'offres et de répartition de marché – vient s'ajouter une quantité significative et ouverte de nouvelles pratiques. La Commission, elle-même, exploite cette jurisprudence dans de nouvelles procédures, comme le système de « hubs and spokes » à l'œuvre dans l'affaire des *E-books*³⁵. D'arrêt en arrêt, la boîte du professeur R. Whish devient de plus en plus une boîte à fond creux...

Qui plus est, la motivation des arrêts de 2009 est nébuleuse. Ils affirment essentiellement que les pratiques en cause ont un objet anticoncurrentiel car elles sont « par leur nature même, [...] nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence »³⁶. En doctrine, les spéculations vont bon train sur le critère de l'objet anticoncurrentiel.

(32) V. Trib. UE, 14 mars 2013, n° T-587/08, *Fresh Del Monte Produce Inc. contre Commission*, pt 307 not.

(33) V. CJUE 4 oct. 2011, n° C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a.*, Rec. I, p. 9083.

(34) V. CJUE 11 juill. 2013, n° C-429/11 P, *Gosselin Group NV c/ Commission*.

(35) V. Commission, décis. 12 déc. 2012, COMP/AT.39.847/e-Books, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39847/39847_26804_4.pdf.

(36) Par ex., CJUE 4 juin 2009, n° C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, préc., pt 29.

(37) V. CJUE 14 mars 2013, n° C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. c/ Gazdasági Versenyhivatal*, préc., pts 36 et 48.

(38) V. C. Graham « *Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária* », *EL Rev.*, 2013 (38), p. 542 ; C-I. Nagy, « *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?* », (2013) 36 *World Competition*, Issue 4, p. 541 ; L. Idot et C. Prieto, « La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'« objet anticoncurrentiel » », *RDC* 2013. 955 ; D. Harrison, « *The Allianz Hungária case: The ECJ's judgment could have ugly consequences* », 11 June 2013, *Competition Law Insight*, p. 10. ; P. Cimentarov, « *Expanding the "Object Box" and its Perverse Effects - Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?* », Mayer Brown and CoE, disponible à <http://www.mayerbrown.com/Petar-Cimentarov-Expanding-the-Object-Box-and-its-Perverse-Effects--Does-EU-Competition-Law-Condemn-Innocent-Behaviour-06-23-2014/>.

(39) A. Italianer, « *Competitor agreements under EU competition law* », 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute New York, 26 september 2013.

(40) V. Commission Staff Working Document, *Guidance on restrictions of competition « by object » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, Brussels, 25 juin 2014 SWD(2014) 198 final.

(41) *Idem*, p. 5 : « DG Competition intends to regularly update the examples listed below in the light of such further developments that may expand or limit the list of restrictions "by object" ».

(42) Trib. UE, 29 nov. 2012, n° T-491/07, *Groupeement des cartes bancaires contre Commission*, Rec. EU :T :2012 :633, pt 146 : « S'agissant, tout d'abord, de l'argument du requérant selon lequel les mesures en cause ne contiennent aucune restriction patente de concurrence, il y a lieu de rappeler que l'article 81, paragraphe 1, CE ne se réfère pas à la notion de restriction patente »

(43) Commission, décis. 9 juill. 2014, *Perindopril (Servier)*, AT.39612, pt 1111 s.

Un arrêt ultérieur de la CJUE en 2013 vient toutefois éclaircir ce critère. Dans l'affaire *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, la Cour est interrogée sur des accords verticaux entre des compagnies d'assurances et des réparateurs automobiles. La pratique litigieuse consiste à majorer le taux horaire de réparation en fonction du nombre et de la proportion de contrats d'assurance que le concessionnaire a commercialisé pour le compte des compagnies d'assurances.

Dans son arrêt la Cour formule un test contextuel, qui vient s'ajouter à l'expérience économique ou à l'incidence politique de la restriction. Selon elle :

« Afin d'apprécier si un accord comporte une restriction de concurrence "par objet", il convient 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 également lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question [...] l'existence de canaux de distribution alternatifs et leur importance respective ainsi que le pouvoir de marché des sociétés concernées »³⁷.

L'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, reprend la notion de contexte économique de la jurisprudence *Société Technique Minière*, mais il en augmente et en enrichit le contenu. La doctrine, dans son ensemble perplexe, estime assez justement que la Cour de justice vient d'abolir la distinction entre restriction par objet et restriction par effet³⁸. Les deux notions semblent désormais fongibles.

Prenant acte de cet arrêt, le directeur général de la DG de la concurrence déclare publiquement : « restrictions by object are serious – but not necessarily obvious »³⁹. La Commission adopte alors un *Staff Working Document* qui affirme que la catégorie des restrictions par objet est ouverte, fluctuante, illimitée⁴⁰. Dans l'ambition d'œuvrer à la sécurité juridique, la Commission déclare qu'elle entend régulièrement mettre à jour son document, et fournir de nouvelles illustrations de restrictions par objet⁴¹.

En somme, avec l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, la notion de restriction par objet devient contextuelle : loin d'être une évidence – comme cela pu être prétendu antérieurement⁴² – sa caractérisation dépend de circonstances de fait, et il devient difficile de dire où elle débute et où elle se termine.

Il serait tentant de lire dans l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* un durcissement du droit favorable aux autorités de concurrence. Car, comme chacun sait, il est plus difficile de mobiliser l'exception de l'article 101, § 3 TFUE contre une restriction par objet que contre une restriction par effet.

Ceci dit, il nous semble que l'approche contextuelle de la restriction par objet constitue un cadeau empoisonné pour les autorités de concurrence, tant elle complique la mise en œuvre du droit. La décision *Servier* rendue quelques mois plus tard par la Commission en atteste. Dans cette affaire, la Commission traitait pour la première fois de la légalité des règlements amiables en matière de brevets avec paiement inverse. En droit, la Commission rappela la jurisprudence traditionnelle, mais elle fit également référence à la jurisprudence *Allianz Hungária Biztosító e.a.*⁴³ Au stade de l'analyse, la Commission conclut à l'existence d'une restriction par objet. Pourtant, cela fait – et après avoir rappelé le caractère résolument alternatif des notions de restrictions par objet « ou » par effet – la Commission procéda à une analyse complète des effets du

Avec l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, la notion de restriction par objet devient contextuelle : loin d'être une évidence – comme cela pu être prétendu antérieurement – sa caractérisation dépend de circonstances de fait, et il devient difficile de dire où elle débute et où elle se termine

comportement de Servier, « par souci de complétude »⁴⁴. Le bilan est malheureux : faute de toute démarcation claire entre l'objet et l'effet, la Commission est contrainte de conduire l'analyse sur les deux terrains, et de renoncer à tous les avantages probatoires que comportait la distinction objet/effet.

La contraction récente de la restriction par objet

Disons-le d'emblée, l'arrêt *Cartes bancaires* marque selon nous le point de renversement de la jurisprudence relative à l'objet restrictif. Ce revirement qui « avance masqué », pour reprendre les mots du professeur L. Coutron, se caractérise par un appel assez clair dans l'arrêt *Cartes bancaires* à la modération jurisprudentielle en matière de restrictions par objet⁴⁵.

En outre, comme une lame de fond jurisprudentielle, il doit être lu en combinaison avec plusieurs interventions contemporaines de la CJUE dans les affaires *Expedia Inc.* et *OTOC*, dont l'interprétation isolée était à ce jour relativement difficile. Ensemble, ces trois arrêts semblent refaçonner de manière cohérente le couple objet-effet : rétrécissement de la notion d'objet dans l'arrêt *Cartes bancaires*, durcissement du régime de l'objet dans l'arrêt *Expedia Inc.* et ouverture du champ de l'effet dans l'arrêt *OTOC*. Cette lecture est conforme à celle préconisée par l'avocat général Wathelet dans ses récentes conclusions sous l'affaire *Toshiba*.

Cartes bancaires

L'arrêt *Cartes bancaires* du 11 septembre 2014 marque le point de basculement de la jurisprudence dans une acception plus conservatrice de la notion de restriction par « objet ». En l'espèce, la Cour de justice était saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt du Tribunal. Celui-ci avait confirmé une décision de la Commission qui

sanctionnait un groupement de banques pour violation de l'article 101, § 1^{er} TFUE. Le groupement aurait imposé à certains de ses membres, les banques « émettrices » de cartes bancaires, des surcoûts dans le prétendu objectif de les inciter à développer leurs activités d'acquisition⁴⁶. Cette stratégie constituait, selon la Commission, une restriction de

concurrence par objet, qui bénéficiait essentiellement aux banques « acquiescentes » de cartes bancaires.

Comme nous le disions lors de l'exorde, l'arrêt *Cartes bancaires* est davantage encombré de faits que les arrêts préjudiciels de la Cour sur la restriction par objet. Apprécier son apport en droit pur est donc complexe.

La comparaison de l'arrêt de la Cour avec les conclusions de l'avocat général N. Wahl se révèle toutefois éclairante, puisque celui-ci, assez critique de l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, proposait à la Cour de revisiter sa jurisprudence. Selon les mots de l'éminent magistrat, l'affaire en cause offrait « à la Cour une nouvelle occasion d'affiner sa jurisprudence, quelque peu controversée, sur la notion de "restriction par objet" »⁴⁷.

En l'occurrence, l'avocat général proposait à la Cour de justice de revenir sur sa jurisprudence – et le cas échéant, de censurer l'approche « extensive » du Tribunal⁴⁸ – en disposant que la prise en compte du « contexte économique et juridique » ne peut à elle seule déboucher sur une qualification de restriction par objet. En d'autres termes, il recommandait de faire des éléments de contexte, devenus prédominants dans l'affaire *Allianz Hungária Biztosító e.a.* un

élément de nature purement accessoire, auxiliaire ou secondaire dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel⁴⁹. Cette proposition faisait écho à d'autres, en provenance de la doctrine, visant à réduire la possibilité de s'appuyer sur des éléments de « contexte économique et juridique » pour établir l'infraction. Le professeur O. Odudu s'était ainsi prononcé en faveur de la prise en compte des éléments de « contexte économique et juridique », mais uniquement comme cause de disqualification de l'objet restrictif⁵⁰.

Préconisant une attitude « relativement prudente » dans la détermination d'une restriction de concurrence par objet, l'avocat général poursuivait en proposant de ne considérer « comme restrictifs de concurrence par objet que les comportements dont le caractère nocif est, au vu de l'expérience acquise et de la science économique, avéré et facilement décelable »⁵¹. Ses conclusions allaient même jusqu'à parler de restreindre la catégorie à des pratiques « d'un degré de gravité ou de nocivité tel que leur impact négatif sur la concurrence apparaît très fort probable »⁵².

Que reste-t-il de tout ceci dans l'arrêt de la CJUE ? Que les choses soient bien claires : si nous avons pu écrire ailleurs, nous étions plutôt favorables à un rétrécissement de la notion de restriction par objet⁵³, nous ne souhaitons pas succomber à un quelconque biais de validation, comme nombre d'observateurs de l'arrêt *Cartes bancaires* qui ont, dès son prononcé, célébré un grand soir jurisprudentiel. C'est pourquoi notre lecture de l'arrêt est volontairement conservatrice, pour corriger tout parti pris dans l'interprétation.

L'arrêt *Cartes bancaires* du 11 septembre 2014 marque le point de basculement de la jurisprudence dans une acception plus conservatrice de la notion de restriction par « objet »

(44) « According to settled case law, there is no need to take account of the concrete effects of an agreement when it is established that it has as its object the restriction of competition, the alternative nature of the conditions being indicated by the conjunction "or" in Article 101(1) of the Treaty. [...] Therefore, in application of the case law mentioned above, it is unnecessary to analyse whether the effects of the said agreements were also restrictive of competition, as both conditions are alternative. Nonetheless, for the sake of completeness, the Commission will also analyse below the likely restrictive effects of the agreements on competition ». Commission, déc. 9 juill. 2014, *Perindopril (Servier)*, AT.39612, pts 1212 et 1213.

(45) L. Coutron, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, RTD eur. 2009. 643.

(46) Ainsi que pour avoir tenté de freiner la concurrence de nouveaux entrants (notamment la grande distribution, les banques en ligne et les banques étrangères).

(47) V. concl. av. gén. Wahl, présentées le 27 mars 2014, sous l'affaire *Cartes bancaires*, précitée, au pt 3.

(48) L'avocat général estimait que le Tribunal avait, à ce jour, « retenu et, le cas échéant, appliqué une conception plutôt extensive de la notion de "restriction par objet" » ; V. pt 2.

(49) V. concl. Av. gén. Niels Wahl, préc., pts 44 et 45 : « 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, et indépendamment des similarités conceptuelles existant entre les deux branches de cette alternative, 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 ».

(50) V. O. Odudu, « *Restrictions of Competition by Object: What's the Beef?* », 2008, *Competition Law Journal*, p. 11.

(51) V. concl. av. gén. Niels Wahl, préc. pt 56.

(52) *Idem*, pt 58.

(53) V. not., N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Précis Domat, Montchrestien, 2013, n° 126.

La Cour, dans son arrêt, ne suit pas clairement la proposition de l'avocat général de faire des considérations de « contexte économique et juridique » des indices subsidiaires dans l'appréciation de l'objet anticoncurrentiel. La Cour reste en effet très classique, réaffirmant sa définition prétorienne selon laquelle constitue une restriction par objet toute coordination qui révèle « un degré suffisant de nocivité »⁵⁴. Plus encore, selon la Cour, ce degré suffisant de nocivité s'apprécie au regard de « 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 »⁵⁵. On reconnaît bien, ici, la clause de style usuelle de la jurisprudence, telle qu'augmentée par l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*

À côté de ces propos résolument classiques, la Cour vient toutefois introduire des innovations. Tout d'abord, elle incline clairement dans le sens de l'avocat général en disposant que « l'expérience » compte, pour établir le degré suffisant de nocivité de « certains comportements collusoires ». Au paragraphe 51 de son arrêt, la Cour évoque la fixation horizontale de prix et affirme, de manière inédite en jurisprudence, que :

« 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 »⁵⁶.

Le paragraphe 58 de son arrêt fait aussi œuvre créatrice. Critiquant le Tribunal, la Cour y énonce une règle générale d'interprétation restrictive de l'objet : « C'est à tort que le Tribunal a considéré, au point 124 de l'arrêt attaqué, puis au point 146 du même arrêt, que la notion de restriction de concurrence "par objet" ne doit pas être interprétée "de manière restrictive" »⁵⁷.

Ce rappel à l'ordre est tout à fait conforme au souhait de l'avocat général, qui avait estimé que le Tribunal avait « retenu et, le cas échéant, appliqué une conception plutôt extensive de la notion de "restriction par objet" » et qui appelait de ses vœux une approche plus « prudente » en la matière⁵⁸.

(54) V. CJUE 11 sept. 2014, n° C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, préc., pt 49.

(55) *Idem*, pt 53.

(56) *Idem*, pt 51.

(57) *Idem*, pt 58.

(58) V. concl. av. gén. Niels, préc., pt 58.

(59) V. en ce sens, arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, EU:C:2013:160, point 36 ainsi que la jurisprudence citée.

(60) Il parle de la méthode d'appréciation de l'effet sensible d'une restriction, qu'il présume pour les restrictions par objet.

(61) V. CJCE 23 nov. 2006, n° C-238/05, *Asnef-Équifax et Administración del Estado*, Rec. I, p. 11125 Ce considérant énonce logiquement un test d'évidence contextuelle que l'on s'attend à y trouver... : « À cet égard, il convient de souligner que l'appréciation des effets des accords ou des pratiques au regard de l'article 81 CE implique la nécessité de prendre en considération le cadre concret dans lequel ils s'insèrent, notamment le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la nature des biens ou services affectés, ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question ».

(62) V. L. Coutron, *op. cit.*

À la lumière de ces propos, l'arrêt *Cartes bancaires* de la Cour semble donc bien refléter une certaine volonté de mesure, de pondération, voire de réserve, en matière de restriction par objet.

Par ailleurs, et cela est tout à fait fondamental à nos yeux, il y a lieu de croire qu'il ne faut pas prêter trop grande importance à la revalidation, par la Cour, de l'importance des éléments de « contexte économique et juridique » tels qu'augmentés par l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* Car il y a, selon nous, d'assez sérieuses chances que cette proposition jurisprudentielle soit le malheureux résultat d'un « bug » jurisprudentiel, que nous entreprenons d'expliquer ci-après.

Reprenons le paragraphe 53 de l'arrêt *Cartes bancaires*. La Cour y affirme que :

« Il convient, afin d'apprécier si un accord [...] présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence "par objet" [...] 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 »⁵⁹.

Au soutien de cette affirmation, la Cour cite le paragraphe 36 de l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* et la jurisprudence citée.

Nous avons consacré une certaine attention à l'examen de cette source. La jurisprudence citée au paragraphe 36 de l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* pour fonder la version que nous avons qualifiée d'« augmentée » du test de « contexte économique et juridique » est la suivante : « voir arrêt *Expedia*, précité, point 21, et jurisprudence citée ». Cette référence laisse perplexe. Le paragraphe 21 de l'arrêt *Expedia* ne parle en effet pas du test de « contexte économique et juridique » pour les restrictions par objet⁶⁰.

Mais cela n'est pas tout. Après vérification, le renvoi indirect à la « jurisprudence citée » dans l'arrêt *Expedia* est spécieux. La jurisprudence dont il est ici question est l'« arrêt *Asnef-Équifax et Administración del Estado*, précité, au point 49 ». Or, un commentateur un tant soit peu scrupuleux ne peut que constater, avec stupeur, que le paragraphe 49 de l'arrêt *Asnef-Équifax* de cet arrêt s'intéresse à « l'appréciation des effets » d'un accord au sens de l'article 101 TFUE⁶¹...

En bref donc, l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, qui sert de base juridique au paragraphe 53 de l'arrêt *Cartes bancaires* relatif à l'objet anticoncurrentiel, est fondé sur des précédents erronés, relatifs à l'effet anticoncurrentiel...

Cette erreur, qui n'est pas forcément consciente, peut trouver de multiples causes. Comme l'explique le professeur Coutron, « L'instrumentalisation des précédents peut ainsi conduire, par glissements successifs dus à l'inattention des membres de la formation de jugement et des lecteurs d'arrêts [ce qui fait quand même beaucoup !], au délitement de lignes jurisprudentielles pourtant solides »⁶².

En tout état de cause, l'erreur de citation de l'arrêt *Cartes bancaires* ne peut que conduire à considérablement limiter la portée de son paragraphe 53 relatif au test de « contexte économique et juridique » augmenté issu de l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* Certes, le « contexte » économique demeure, peut-être, pertinent en droit positif (il était déjà mentionné dans l'arrêt *Société Technique Minière*), mais pas au sens extensif de l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*

De plus, il s'avère *in casu* que l'examen du « contexte économique et juridique » va conduire la Cour à repousser la qualification de restriction par objet (le secteur présentant les caractéristiques d'un marché « biface »). Si elle ne se trouve pas consacrée dans un considérant en principe, la suggestion de l'avocat général de faire du « contexte économique et juridique » une cause d'exonération, a semble-t-il convaincu la Cour dans le cas d'espèce.

Enfin, comme nous le verrons, l'arrêt *OTOC* de la CJUE semble repousser les éléments de contexte hors de la « boîte objet », pour en-

visager leur prise en compte sous la branche effets. Tous ensemble, ces éléments permettent de mettre en doute la pertinence des éléments de contexte dans le cadre de l'objet.

Expedia Inc.

L'hypothèse d'une rationalisation de la notion de restriction par objet suite à l'arrêt *Cartes bancaires* est d'autant plus convaincante qu'elle semble s'inscrire dans le cadre d'une évolution jurisprudentielle plus large, qui vise à redéfinir la géométrie du couple « objet-effet ».

À cet égard, le rétrécissement de la notion de restriction de concurrence dans l'arrêt *Cartes bancaire* prend tout son sens lorsque mis en perspective avec le durcissement préalable du régime de la restriction par objet imprimé dans l'arrêt de la Cour du 13 décembre 2012 dans l'affaire *Expedia Inc.*⁶³

L'arrêt de la Cour ne concernait pas la notion de restriction par objet, mais son régime. Le renvoi préjudiciel qu'adressa la Cour de cassation française à la CJUE portait uniquement sur la question de savoir si l'obligation d'interprétation conforme de l'article 3 § 2 du règlement 1/2003, lui interdisait de constater qu'une « entente » horizontale couvrant, selon les constatations de l'Autorité de la concurrence moins de 10 % du marché, était incompatible car protégée par les seuils prévus dans l'ancienne Communication de minimis de la Commission⁶⁴. La Cour de cassation ne semblait en effet entretenir aucun doute quant à la qualification de restriction par objet de la pratique en cause au principal.

Ayant disposé que la Communication de *minimis* « n'a[vait] pas vocation à lier les autorités de concurrence et les juridictions des États membres », le juge européen, peut-être dans l'objectif d'assister le juge de renvoi dans la résolution du problème pendant devant lui, vint ajouter au paragraphe 37 :

« Qu'un accord [...] ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence »⁶⁵.

La portée de ce paragraphe se comprend mieux à l'aune de la jurisprudence précédente de la Cour de justice. Dans son arrêt *Franz Völk c/ S.P.R.L. Ets J. Vervaecke* de 1969, la Cour disposait indistinctement que tout accord, même une restriction par objet :

« échappe à la prohibition de l'article 85 [TCEE] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause ; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1 »⁶⁶.

Plus explicitement, l'arrêt *Cabour* de la CJUE affirmait qu'une restriction par objet ou par effet n'était interdite que pour autant qu'elle limitait de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun⁶⁷. Enfin, plus concrètement encore, la Cour s'appuya sur ces précédents pour envisager, dans les affaires *CEPSA* ou *Pedro IV Servicio/Total Espana SA* la possibilité d'exonérer, sur le fondement de la doctrine de l'effet sensible, des restrictions par objet aussi caractérisées que la fixation des prix de revente⁶⁸.

Le revirement de jurisprudence que consacre l'arrêt *Expedia Inc.* a fait l'objet de nombreuses critiques. La doctrine s'est notamment empressée de dénoncer la dérive consistant à durcir le régime de l'objet restrictif tout en maintenant la notion de restriction par objet ouverte. L'auteur de cette étude s'en est lui-même publiquement ému, peu après le prononcé de l'arrêt⁶⁹.

Pour autant, dans une perspective davantage holiste, les arrêts *Expedia Inc.* et *Cartes bancaires* présentent une intéressante cohérence juridique qui semble nettement moins critiquable. La présomption de sensibilité des effets de l'arrêt *Expedia Inc.* est en effet acceptable si elle s'accompagne d'une lecture plus orthodoxe dans l'interprétation de la notion de restriction par objet.

En résumé, il y a peut-être, derrière l'arrêt *Cartes bancaires*, le deuxième temps d'un renversement de jurisprudence à exécution successive, commencé dans l'arrêt *Expedia Inc.* Il eût donc sans doute été aisé d'attendre *Cartes bancaires* pour commenter l'arrêt *Expedia Inc.*

OTOC

Le troisième indice accréditant l'hypothèse d'un renversement d'approche en matière de restriction par objet vient de l'arrêt *OTOC* du 28 février 2013⁷⁰.

L'arrêt *OTOC* est passé relativement inaperçu dans les discussions doctrinales relatives à la restriction par objet. En l'espèce, la Cour était interrogée sur la légalité, au regard de l'article 101 TFUE d'un règlement adopté par l'OTOC, l'ordre professionnel portugais des experts comptables. Le règlement litigieux mettait en place un système de formation obligatoire des experts-comptables, en réservant à l'OTOC une partie non négligeable de ces formations.

Dans son arrêt, la Cour régla la question préalable de l'objet d'un trait de plume. Actant, au paragraphe 68, que l'accord visait à garantir la qualité des services offerts par les experts comptables, la Cour procéda à l'examen de « ses effets sur la concurrence dans le marché intérieur ». On se situe, ici, tout proche, de la doctrine de l'objet-intention du début des années 1960. Mais c'est le paragraphe 70 de l'arrêt *OTOC* qui mérite sans doute les plus substantiels commentaires. La Cour y affirme que : « Selon une jurisprudence constante, l'appréciation des effets d'une décision d'une association d'entreprises au regard de l'article 101 TFUE implique la nécessité de prendre en considération le cadre concret dans lequel elle s'insère, notamment le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la nature des biens ou des services affectés, ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question »⁷¹.

Ce qui est intéressant, ici, c'est que la Cour énonce expressément que le « contexte économique et juridique » constitue le référent à mobiliser lorsqu'il est question d'apprécier les effets d'une coordination en vertu de l'article 101 TFUE. Implicitement, la Cour réfute donc la pertinence de tout test de « contexte économique et juridique » dans le cadre de l'objet, puisqu'elle a déjà

(63) V. CJUE 13 déc. 2012, n° C-226/11, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence*.

(64) V. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE C 368, 22 déc. 2001.

(65) V. CJUE 13 déc. 2012, n° C-226/11, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence*, préc., pt 37.

(66) V. CJCE 9 juill. 1969, n° C-5/69, *Franz Völk c/ S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, Rec. p. 295, pt 7.

(67) CJCE 30 avr. 1998, n° C-230/96, *Sté Cabour c/ Sté Arnor Soco*, Rec. I, p. 2055, pt 48.

(68) V. CJCE 14 déc. 2006, n° C-217/05, *CEPSA*, Rec. I, p. 11987 ; CJCE 2 avr. 2009, n° C-260/07, *Pedro IV Servicio/Total Espana SA*, Rec. I, p. 2437.

(69) En dénonçant le contresens économique qui consiste à pouvoir considérer qu'une entente de prix ne couvrant que 5 % d'un marché pertinent puisse former une restriction sensible de concurrence. V. <http://chillingcompetition.com/2013/04/18/>.

(70) V. CJUE 28 févr. 2013, n° C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v Autoridade da Concorrência*.

(71) *Idem*, pt 70.

examiné cette question, et qu'elle ne s'est pas intéressée à ces éléments.

Le paragraphe 70 de l'arrêt *OTOC* constitue donc peut-être le meilleur indice à ce jour que le test de « contexte économique et juridique » ne relève pas de l'objet, mais de l'effet restrictif. Ensemble avec l'arrêt *Cartes bancaires* et *Expedia Inc.*, cette hypothèse est pour le moins convaincante.

Enfin, il est piquant de remarquer que le texte du paragraphe 70 de l'arrêt *OTOC* est celui qui sera repris *verbatim* un mois après par la Cour dans... le paragraphe 36 l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* au sujet de l'objet, et improprement attribuée à... l'arrêt *Expedia Inc.* et à la jurisprudence citée en son paragraphe 21. Le grand professionnalisme de la juridiction de Luxembourg ne peut laisser accroître l'idée d'une manipulation consciente des sources et références par la formation de jugement de l'affaire *Allianz Hungária Biztosító e.a.* En revanche, avec le professeur L. Coutron, il est sans doute plus vraisemblable d'y voir la conséquence d'une inadvertance juridique, à laquelle toute juridiction, y compris la plus experte, risque un jour de succomber dans sa jurisprudence.

Toshiba Corporation

Notre lecture résolument restrictive de la jurisprudence *Allianz Hungária Biztosító e.a.* est également partagée par l'avocat général Wathelet dans ses récentes conclusions sous l'affaire *Toshiba Corporation*. Sans détour, l'éminent magistrat y qualifie l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.* d'arrêt « spécifique et isolé ». La condamnation est catégorique : « la prise en considération de l'existence de canaux de distribution alternatifs, de leur importance respective ainsi que du pouvoir de marché des sociétés concernées [...] ne [peut être généralisée], sous peine d'entraîner une confusion entre les restrictions par objet et les restrictions par effet »⁷².

À cette occasion, l'avocat général Wathelet distingue deux types de restrictions par objet. Dans le premier cas de figure, une « jurisprudence constante de la Cour » établit un risque intrinsèque d'effet préjudiciable particulièrement grave. Dans le second, l'autorité publique est confrontée à des accords nouveaux « atypiques ou complexes » dont l'« interdiction nécessite une analyse

plus approfondie du contexte économique et juridique dans lequel ils s'inscrivent ». Toutefois, dans cette hypothèse, « le contexte économique et juridique est là pour aider l'autorité chargée d'examiner la restriction alléguée à comprendre la fonction économique et la signification réelle de l'accord ». La distinction de l'avocat général a une portée essentiellement pédagogique, destinée à réconcilier sa lecture du droit avec la jurisprudence qui le précède ; le régime juridique applicable, lui, ne varie pas ; les propos sont clairs : même lorsque la restriction par objet est « atypique », l'analyse du contexte doit être faite en surface « sans toutefois pousser cette analyse jusqu'à l'étude des effets de l'accord »⁷³.

Au total, l'avocat général Wathelet propose lui aussi de prendre ses distances avec la jurisprudence *Allianz Hungária Biztosító e.a.* qui confond, mélange, amalgame les notions de restriction par objet et de restriction par effet. Ses propos sur la « jurisprudence constante de la Cour » semblent par ailleurs s'inspirer du droit antitrust américain. On a rappelé plus haut que la distinction *per se/rule of reason* reposait sur le sentiment dominant vis-à-vis de la nocivité d'un type d'accord. Dans ce contexte, le professeur H. Hovenkamp explique que le consensus se forme par un processus judiciaire long : lorsqu'une pratique commerciale nouvelle est examinée, une série de décisions concordantes doit d'abord constater la nocivité de la pratique en cause en procédant à une analyse complète de ses effets avant qu'il soit possible, dans un second temps, de faire migrer l'infraction dans la catégorie *per se*⁷⁴. En somme, le consensus économique émanerait d'une série d'expériences judiciaires. À suivre ce raisonnement en droit européen, une jurisprudence « par les effets » homogène devrait nécessairement sédimenter avant d'autoriser un traitement « par objet ». Cette approche, résolument pragmatique, mérite approbation. Car, au vrai, le débat judiciaire n'est-il pas le meilleur moyen de mettre à l'épreuve la théorie économique ?

Lorsqu'une pratique commerciale nouvelle est examinée, une série de décisions concordantes doit d'abord constater la nocivité de la pratique en cause en procédant à une analyse complète de ses effets avant qu'il soit possible, dans un second temps, de faire migrer l'infraction dans la catégorie *per se*. En somme, le consensus économique émanerait d'une série d'expériences judiciaires

Conclusion

En guise de conclusion, nous aimerions emprunter au langage de la cosmologie pour résumer ce qui constitue selon nous l'impact de l'arrêt *Cartes bancaires*.

Après une phase initiale d'expansion sans limite – une forme de « big bang » – de la notion de restriction par objet suite à l'arrêt *Société Technique Minière*, la jurisprudence *Cartes bancaires* paraît ouvrir, ensemble avec d'autres arrêts *Expedia Inc.* et *OTOC*, une deuxième phase de contraction – un « big crunch » – de la restriction par objet, c'est-à-dire un mouvement qui la ramène vers son point d'origine, et ce malgré le « big bug » jurisprudentiel de l'arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*

Ce phénomène n'a au demeurant rien d'inédit, ni de particulier à la cosmologie. Comme l'avait observé en son temps l'illustre professeur P. Areeda en droit antitrust américain :

« As with most instances of judging by catch-phrase, the law evolves in three stages: (1) An extreme case arises to which a court responds. (2) The language of the response is then applied – often mechanically, sometimes cleverly – to expand the application. With too few judges experienced enough with the subject to resist, the doctrine expands to the limits of its language, with little regard to policy. (3) Such expansions ultimately become ridiculous, and the process of cutting back begins »⁷⁵.

(72) V. concl. av. gén. Melchior Wathelet, présentées le 25 juin 2015, sous l'affaire *Toshiba Corporation* contre Commission européenne, n° C-373/14P, pts 84 et 85. V. encore le pt 80 : « Selon moi, l'énoncé de ces critères supplémentaires flirtant avec l'analyse des effets d'un accord ou d'une entente s'explique uniquement par la spécificité des faits à l'origine de la demande de décision préjudicielle et par une volonté de la Cour de donner à la juridiction de renvoi la réponse la plus complète possible ».

(73) *Ibid.*, pts 66 à 68 et 74.

(74) « The federal courts ordinarily do not apply the *per se* rule to a practice the first time they encounter it. That judgment can be made only after "considerable judicial experience" showing that anticompetitive effects dominate any alternative explanation. Thus courts faced with a novel practice may initially require full trials under the rule of reason, perhaps in several cases and over many years. Eventually, however, a consistent string of decisions condemning a practice makes the *per se* rule a logical way to manage costly and cumbersome judicial resources », H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005, p. 118.

(75) V. P. Areeda, « Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles », 1989. 58 *Antitrust L.J.*, p. 841.