



COMMISSION EUROPÉENNE

SERVICE JURIDIQUE

ORIGINAL

Bruxelles, le 13 octobre 2011
sj.e(2011)1159447/BM/NVL/as

**A MADAME LA PRESIDENTE ET AUX MEMBRES
DE LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION**

**OBSERVATIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 DU REGLEMENT N° 1/2003**

représentée par ses agents, Messieurs Bernard Mongin et Nicolas von Lingen, membres de son Service juridique dûment mandatés

dans les affaires jointes

V 1025775, Y1025775 et Q1025882

introduites sur pourvois contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010 (RG n° 2010/63) par la société France Telecom, la société Digicel Antilles française Guyane et le Président de l'Autorité de la concurrence (pourvois n° V 1025775, Y1025775 et Q1025882) et tendant à la réformation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris susvisé.

| | |
|---|-----------|
| 1. L'INTERVENTION DE LA COMMISSION EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 DU REGLEMENT N° 1/2003..... | 3 |
| 2. SUR L'APPLICATION COHERENTE DES ARTICLE 101 ET 102 DU TFUE..... | 4 |
| 3. CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE..... | 5 |
| 4. L'APPLICATION INCORRECTE DU DROIT DE L'UNION SUR LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION DOMINANTE ET LES OBSTACLES A SA MISE EN ŒUVRE EFFICACE..... | 7 |
| 4.1. Une approche incompatible avec le droit de l'Union tel qu'interprété par les juridictions de l'Union..... | 8 |
| 4.2. L'objet des Lignes directrices et leur interprétation..... | 9 |
| 4.3. Sur le paragraphe 90 des Lignes directrices..... | 11 |
| 4.4. Sur l'impact d'une interprétation restrictive du paragraphe 90 des Lignes directrices..... | 12 |
| 5. LA PRATIQUE DE LA COMMISSION ET LA DIVISION DU TRAVAIL AU SEIN DU RESEAU DES AUTORITES DE CONCURRENCE..... | 13 |
| 6. L'OPPORTUNITE DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE..... | 14 |
| 7. CONCLUSION..... | 15 |

1. L'INTERVENTION DE LA COMMISSION EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 DU REGLEMENT N° 1/2003

1. La Commission européenne (ci-après "la Commission") a été informée de la présente affaire devant la Cour de cassation et considère qu'elle soulève d'importantes questions de principe et d'interprétation susceptibles d'affecter la mise en œuvre cohérente des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE") au sein de l'Union européenne. La Commission vise la condition d'affectation sensible du commerce entre Etats membres, c'est-à-dire le champ d'application de ces articles.
2. Afin de garantir l'application cohérente au sein de l'Union des articles 101 et 102 du TFUE, la Commission juge nécessaire de soumettre à la Cour de cassation des observations en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003¹ afin de l'assister dans son jugement.
3. L'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003 est libellé comme suit :

« Article 15

Coopération avec les juridictions nationales

1. Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence.

2. Les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Cette copie est transmise sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties.

3. Les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation

¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.

Afin de leur permettre de préparer leurs observations, et à cette fin uniquement, les autorités de concurrence des États membres et la Commission peuvent solliciter la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle leur transmette ou leur fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire.

4. Le présent article est sans préjudice des pouvoirs plus étendus que le droit national confère aux autorités de concurrence des États membres de présenter des observations aux juridictions.

[...]. »

4. Par lettre du 7 septembre 2011 la Commission a fait connaître à la Cour de cassation son intention de présenter des observations.
5. En présentant des observations au titre de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 la Commission ne considère pas qu'elle soit une "partie intervenante" au sens procédural du terme. La Commission n'est pas appelée à soutenir les conclusions de l'une ou l'autre des parties principales au litige, mais à éclairer et assister, de façon objective en tant qu'*amicus curiae*, la juridiction nationale saisie d'une affaire soulevant des questions d'application ou d'interprétation des règles de concurrence de l'Union.² Partant, la Commission s'efforcera d'assister la Cour sur l'application et l'interprétation des dispositions applicables ainsi que sur la pratique décisionnelle pertinente, mais elle s'abstiendra de conclure à l'appui des conclusions de l'une ou l'autre des parties. Ceci étant, il va de soi que l'interprétation soutenue par la Commission ou la pratique décisionnelle dont la Commission fait part, peut aller dans le sens des thèses soutenues par l'une des parties plutôt qu'une autre.

2. SUR L'APPLICATION COHERENTE DES ARTICLE 101 ET 102 DU TFUE

6. Par décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Telecom et sa filiale Orange Caraïbe sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, le Conseil de la concurrence français (aujourd'hui

² Voir en ce sens le point 19 de la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JO C 101 du 27 avril 2004, p. 54.

l'Autorité de la concurrence française, ci-après "l'Autorité") a retenu que ces sociétés avaient enfreint tant les articles 101 et 102 du TFUE que les dispositions correspondantes de droit interne et les a condamnées à des amendes.

7. Par arrêt du 23 septembre 2010, la Cour d'appel de Paris a annulé cette décision en ce qu'elle fait application du droit de l'Union. La Cour a relevé que faute d'affectation sensible du commerce entre Etats membres, les articles 101 et 102 du TFUE sont inapplicables. La Cour d'appel a prononcé des amendes sur la seule base des articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce français.
8. La Commission considère que cette interprétation restrictive de la notion d'affectation sensible du commerce entre Etats membres est de nature à mettre en péril la mise en œuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE en France ainsi que l'application cohérente de ces textes dans les Etats membres et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence. C'est pour ces raisons que la Commission présente les présentes observations écrites.

3. CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

9. Suite aux plaintes déposées par Bouygues Telecom Caraïbes et Outremer Telecom, l'Autorité a, par décision du 9 décembre 2009, identifié à l'encontre de France Telecom et Orange Caraïbe des pratiques d'entente et d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane. Selon l'Autorité, Orange Caraïbe:
 - a abusé de sa position dominante entre 2000 et 2005 sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant à ses distributeurs des obligations de non concurrence leur interdisant de commercialiser des services concurrents;
 - s'est entendu avec Cetelec Caraïbes (seul réparateur de téléphones mobiles dans la zone) par la signature de contrats envisageant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant à ce dernier de fournir des services de réparation et de maintenance à tout concurrent de l'opérateur;
 - a abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant des engagements minimaux abusifs pour l'utilisation du programme de fidélité;
 - a abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en pratiquant une discrimination tarifaire injustifiée

entre les appels à destination de son réseau (on net) et ceux à destination des autres opérateurs.

10. L'autorité a en outre retenu que France Telecom

- a abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie fixe en appliquant à de nombreux clients une réduction sur les appels depuis un poste fixe à destination du réseau de sa filiale et ainsi indûment favorisé celle-ci;
- a abusé de sa position dominante sur le marché de services de téléphonie fixe en proposant à ses clients des offres de télécommunications "fixe vers mobile" en dessous des coûts qu'un opérateur aussi efficace doit nécessairement supporter.

11. Orange Caraïbe et France Telecom se sont vu infliger conjointement et solidairement une amende de 53,5 millions d'euros. Une amende de 10,5 millions d'euros a en outre été prononcée à l'encontre de France Telecom pour les faits qui sont imputables à France Telecom seule. La décision est fondée sur les articles 101 et 102 du TFUE et sur les articles correspondants du code de commerce, à savoir les articles L 420-1 et L 420-2 dudit code.

12. Pour démontrer l'existence d'un effet sensible sur le commerce entre Etats membres, l'Autorité a

- en premier lieu, relevé que l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position sur le marché des entreprises en cause;
- en second lieu, examinant les faits d'entente, jugé la présomption positive du paragraphe 53³ des *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*⁴ [articles 101 et 102 du TFUE] ("les Lignes directrices") inapplicable aux accords qui ne couvrent qu'une partie d'un Etat membre et a considéré que seule l'analyse des circonstances de l'espèce permettrait d'établir l'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres;
- en troisième lieu, examinant les faits d'abus de position dominante, entendu se référer aux dispositions des Lignes directrices concernant les abus de position dominante ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre⁵ et a pu établir que les

³ Le chiffre d'affaires réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'euros ou la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5% du marché communautaire en cause.

⁴ JOCE C 101 du 27 avril 2004, p. 81.

⁵ Point 97 et suivants.

abus en cause rendaient plus difficile aux concurrents d'autres Etats membres l'accès au marché sur lequel l'entreprise est dominante;

- en quatrième et dernier lieu, analysant les circonstances propres à cette affaire, relevé que France Telecom est un opérateur de taille européenne, que son chiffre d'affaires est supérieur à 40 millions d'euros, que les Antilles comptent plus d'habitants que trois Etats membres de l'Union et que les concurrents sont dissuadés d'entrer sur ce marché par l'effet de forclusion.
13. Statuant sur appel des entreprises condamnées contre la décision, la Cour d'appel a pris le contrepied de cette analyse. Elle a jugé que l'application du droit de l'Union a pour effet de renforcer la sévérité des sanctions et que le concept d'affectation du commerce entre Etats membres doit par conséquent être interprété strictement. La Cour d'appel a relevé que l'offre et la demande de téléphones mobiles sont en l'espèce purement locales, que le commerce entre Etats membres n'est pas affecté, que ni les fournisseurs ni les clients d'Orange Caraïbe ne sont établis ou actifs dans un autre Etat membre, qu'aucun concurrent n'a pénétré ce marché et que la décision de l'Autorité aurait du prendre en compte la part du marché national affectée par les pratiques en cause.
 14. Pour déterminer si le commerce entre Etats membres était affecté de manière sensible, la Cour d'appel a appliqué, sans le citer, le test du paragraphe 90 des Lignes directrices: le commerce est affecté de manière sensible si le volume des ventes affecté est significatif par rapport au volume des ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause. La Cour d'appel a étendu aux abus de position dominante l'application de ce test applicable aux ententes.
 15. France Telecom, la société Digicel Antilles françaises Guyane (ex-Bouygues Telecom Caraïbes) et l'Autorité ont chacune formé un pourvoi et la Commission comprend que la Cour de cassation va l'examiner le 18 octobre 2011.
- 4. L'APPLICATION INCORRECTE DU DROIT DE L'UNION SUR LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION DOMINANTE ET LES OBSTACLES A SA MISE EN ŒUVRE EFFICACE**
16. La Commission est d'avis que par l'interprétation restrictive qu'il fait de la notion d'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010 s'écarte du droit de l'Union tel qu'il est interprété par les juridictions de l'Union et propose une interprétation erronée des Lignes directrices. Si elle était confirmée par la Cour de cassation, cette

interprétation serait de nature à mettre en péril la mise en œuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE en France. Elle serait propre à menacer l'application cohérente de ces textes dans les Etats membres et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence.

4.1. Une approche incompatible avec le droit de l'Union tel qu'interprété par les juridictions de l'Union

17. Seuls les accords ou pratiques concertées restrictives de concurrence qui produisent un effet sensible sur le commerce entre Etats membres ou les abus de position dominante qui affectent sensiblement le commerce entre Etats membres relèvent respectivement du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE. La Cour a rappelé que le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres a pour finalité de "*déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des États membres*"⁶.
18. Pour entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE il n'est pas exigé que les ententes visées aient affecté sensiblement les échanges communautaires. Il doit être établi que ces ententes sont de nature à avoir un tel effet⁷. Pour être susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, un accord entre entreprises doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre Etats⁸. Les mêmes principes s'appliquent en matière d'abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE⁹.
19. Comme l'a relevé l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 9 décembre 2009 citant le paragraphe 45 des Lignes directrices, l'appréciation de l'effet sensible de l'accord dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de

⁶ Point 33 de l'arrêt de la Cour du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, Rec. p. I-1125.

⁷ Eod. loc. point 43.

⁸ Point 22 de l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, *Remia*, 42/84, Rec. p. 2545.

⁹ Voir le point 48 de l'arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089 et point 39 de l'arrêt de la Cour du 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, Rec. p. I-4863.

marché et l'importance des entreprises en cause.¹⁰ L'Autorité relève également que, selon la Commission, la position de marché des entreprises en cause et le chiffre d'affaires qu'elles réalisent avec les produits en cause renseignent sur la capacité d'un accord ou d'une pratique d'affecter le commerce entre Etats membres. L'Autorité cite sur ce point le paragraphe 47 des Lignes directrices.

20. Pour apprécier l'effet sensible, l'application du seul critère tiré du volume des ventes posé par le paragraphe 90 des Lignes directrices appliqué isolément ne saurait se substituer à une analyse de l'ensemble des circonstances de la cause. Il ressort en effet de la jurisprudence que l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants.¹¹

4.2. L'objet des Lignes directrices et leur interprétation

21. Les Lignes directrices soulignent que la définition d'"affectation sensible" contient un élément qualitatif et un élément quantitatif. Le premier tient à la nature de l'accord apprécié dans son contexte juridique et économique et à la nature des produits concernés.¹² Le second limite la compétence de l'Union aux accords qui sont susceptibles d'avoir une certaine importance.¹³
22. Les Lignes directrices ont été adoptées à l'occasion du "Paquet Modernisation" accompagnant l'adoption du règlement n° 1/2003 qui prévoit une application décentralisée des articles 101 et 102 du TFUE. Les Lignes directrices reflètent la jurisprudence des juridictions de l'Union¹⁴ et ne visent pas à réduire la portée des

¹⁰ Voir notamment les arrêts de la Cour du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commission*, 100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 86 et du 28 avril 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, point 17.

¹¹ Voir, par exemple, les arrêts de la Cour du 21 janvier 1999, *Bagnasco e.a.*, C-215/96 et C-216/96, Rec. p. I-135, point 47, et du 29 avril 2004, *British Sugar/Commission*, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 27

¹² Ainsi, si les accords ou pratiques sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, le seuil du caractère sensible est inférieur à celui des accords ou pratiques qui n'ont pas une telle caractéristique (paragraphe 45 des Lignes directrices).

¹³ Plus la position des parties sur de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres pourra être considéré comme le faisant de manière sensible (paragraphe 45 des Lignes directrices). Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 28 avril 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, points 16 et 17.

¹⁴ Voir paragraphes 2 et 3 des Lignes directrices.

articles 101 et 102 du TFUE, ce que la Commission n'a évidemment pas le pouvoir de faire.

23. L'objet des Lignes directrices est de fournir une méthodologie¹⁵ pour l'application du concept d'"affectation du commerce entre Etats membres". Les différents paragraphes des Lignes directrices n'ont pas pour objet de constituer des règles contraignantes mais plutôt de fournir des éléments d'analyse pertinents pour l'interprétation de l'effet sensible sur le commerce entre Etats membres. De plus, les Lignes directrices ne sont pas exhaustives¹⁶.
24. Afin de faciliter l'application du critère de l'affectation sensible du commerce entre Etats membres, les Lignes directrices ont introduit deux types de présomptions concernant l'affectation du commerce: une présomption négative prévue par le paragraphe 52 et une présomption positive prévue par le paragraphe 53. Cette dernière s'applique aux accords qui, par nature, sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. Les Lignes directrices précisent que même lorsque la présomption négative du paragraphe 52 s'applique, "*une analyse au cas par cas s'impose*"¹⁷.
25. L'analyse de l'effet sensible sur le commerce entre Etats membres doit se faire au cas par cas sur base des éléments factuels et juridiques en cause. La jurisprudence des juridictions de l'Union fournit nombre de critères concernant l'appréciation de l'effet sensible¹⁸. Dans l'arrêt *BPB Industries*¹⁹, le Tribunal de première instance relève que

¹⁵ Voir paragraphe 3 des Lignes directrices.

¹⁶ Eod. loc.

¹⁷ Paragraphe 51.

¹⁸ Voir le point 54 de l'arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovvarforeninger / Dansk Landbrugs Grovvarveselskab*, C-250/92, Rec. 1994, p. I-5641. "*Il résulte d'une jurisprudence constante qu'un accord entre entreprises, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États (voir arrêt du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 22). Ainsi, l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants.*" Soulignement de la Commission.

¹⁹ Arrêt du Tribunal du 1^{er} avril 1993 dans l'affaire T-65/89, Rec. p. 1993, p. II-389, point 138.

"l'obligation de fourniture exclusive ainsi stipulée était également de nature à rendre plus difficile l'accès au marché de Grande-Bretagne pour un importateur et donc à affecter, au moins potentiellement, les courants d'échanges intracommunautaires. Compte tenu de la forte position des requérantes sur le marché de Grande-Bretagne et sur le marché mondial, cette affectation doit être considérée comme suffisamment significative"²⁰.

26. Les Lignes directrices ne peuvent être interprétées comme permettant l'exclusion automatique et a priori du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit des dispositions pertinentes du Traité.
27. A cet égard, il ressort également de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique décisionnelle de la Commission que des cas concernant des ports²¹ ou des aéroports²² peuvent avoir un effet sensible sur le commerce entre Etats membres.
28. Pour vérifier si les pratiques anticoncurrentielles avaient produit un effet sensible sur le commerce entre Etats membres, la Cour d'appel s'est écartée de cette approche en se référant exclusivement au critère du volume des ventes global concerné par rapport au volume national posé par le paragraphe 90 des Lignes directrices²³.

4.3. Sur le paragraphe 90 des Lignes directrices

29. Le paragraphe 90 des Lignes directrices concerne l'application à une entente du principe de l'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres lorsqu'une partie d'un Etat membre est en cause²⁴. Le critère du volume des ventes

²⁰ Soulignement de la Commission.

²¹ Arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, point 20; décision 94/119/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, relative au refus d'accès aux installations du port de Rødby (Danemark) (JO L 55 du 26 février 1994, p. 52), considérant 17.

²² Décision 98/513/CE de la Commission, du 11 juin 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/35.613 - *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*) (JO L 230 du 18 août 1998, p. 10), considérants 128 à 135; décision 98/190/CE de la Commission, du 14 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.801 FAG - *Flughafen Frankfurt/Main AG*) (JO L 72 du 11 mars 1998, p. 30), considérants 106 et 107.

²³ Voir p. 15 de l'arrêt: "il est nécessaire de se référer au volume des ventes".

²⁴ "Si un accord interdit l'accès à un marché régional, le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible. Cette appréciation ne saurait reposer sur la seule couverture géographique: il faut aussi accorder un certain poids à la part de marché des parties à l'accord. Même si les parties détiennent une forte part d'un marché régional parfaitement défini, la

visé à ce paragraphe ne devrait pas être interprété comme le seul élément à prendre en considération quand il est procédé à l'évaluation de l'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membre.

30. Cette approche "non exhaustive" résulte d'ailleurs des autres paragraphes des Lignes directrices, tel le paragraphe 92, qui prévoit que même dans les cas d'accords couvrant seulement partie d'un Etat membre, l'effet sensible doit être apprécié en se référant à la jurisprudence sur l'article 102 du TFUE selon laquelle la position dominante doit couvrir une partie d'un Etat membre qui constitue une partie substantielle du marché intérieur. Dans la même ligne, le paragraphe 98 visant les abus de position dominante ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre énonce que certaines régions²⁵ ou même un port ou un aéroport situés dans un Etat membre peuvent, selon leur importance, constituer une partie substantielle du marché intérieur.²⁶

4.4. Sur l'impact d'une interprétation restrictive du paragraphe 90 des Lignes directrices

31. Une interprétation étroite du paragraphe 90 ou du paragraphe 98 des Lignes directrices qui exclurait automatiquement²⁷ l'application des articles 101 et 102 du TFUE quand la proportion du volume des ventes affectées n'est pas significative,

taille de ce marché en termes de volume peuvent encore être insignifiants par rapport aux ventes totales des produits en cause dans l'Etat membre en cause. C'est pourquoi il est généralement considéré que le meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter (sensiblement) le commerce entre Etats membres est la part du marché national en volume à laquelle l'accès est interdit. Par conséquent, les accords couvrant des régions présentant une forte concentration de la demande auront plus de poids que les accords couvrant des régions où la demande est moins concentrée. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être importante."

²⁵ Arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 38. Voir également les conclusions de l'Avocat général Jacobs du 17 mai 2001 dans cette même affaire, points 124 à 135.

²⁶ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, point 15 et l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris/Commission*, T-128/98, Rec. p. II-3929, point 152. Voir également la décision 94/119/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, relative au refus d'accès aux installations du port de Rødby (Danemark) (JO L 55 du 26 février 1994, p. 52), considérant 8 et la décision 98/190/CE de la Commission, du 14 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.801 *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*) (JO L 72 du 11 mars 1998, p. 30), considérants 57 et 58.

²⁷ Voir l'arrêt de la Cour d'appel: "*le respect de cette exigence [la détermination en volume de la part de marché national prétendument affectée par la pratique anticoncurrentielle, en application du paragraphe 90 des lignes directrices] l'aurait conduite à écarter l'existence d'un effet sensible*" (page 15).

comparé au volume des ventes global, serait particulièrement inappropriée dans des cas où le "marché pertinent" est étroit (voir en particulier le cas des appels d'offre).

32. Si le paragraphe 90 devait être interprété étroitement et isolément, des pratiques anticoncurrentielles commises dans les territoires d'outre mer (tels les départements d'outre mer français et les régions ultra périphériques en général) par des entreprises actives sur l'ensemble du territoire de cet Etat ne pourraient pratiquement jamais tomber dans le champ d'application de l'article 102 du TFUE. En revanche, de telles pratiques seraient soumises à l'article 102 du TFUE si l'entreprise n'est active que dans les territoires d'outre mer ou principalement dans les territoires d'outre mer considérés puisque leur chiffre d'affaires constituerait la part exclusive ou la part prépondérante de leur chiffre d'affaires global dans l'Etat membre en cause. Une telle interprétation paradoxale serait évidemment incompatible avec une application cohérente et raisonnable des règles de concurrence de l'Union, qu'elle priverait d'effet utile, et serait contraire à la jurisprudence de la Cour qui identifie l'importance et le pouvoir économique d'entreprises comme des indices de l'effet sensible sur le commerce entre Etats membres²⁸.

5. LA PRATIQUE DE LA COMMISSION ET LA DIVISION DU TRAVAIL AU SEIN DU RESEAU DES AUTORITES DE CONCURRENCE

33. La consécration par la Cour de cassation d'une interprétation restrictive du concept d'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres aurait aussi un effet systémique: elle s'imposerait à la Cour d'appel de Paris et à l'Autorité.²⁹ Elle pourrait faire tache d'huile dans d'autres Etats membres. En réduisant le champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE, une telle jurisprudence risque de mettre en danger le rôle confié à la Commission et aux Etats membres par le règlement n° 1/2003 et les mécanismes de coopération entre Etats membres prévu au chapitre IV de ce texte.

²⁸ Voir en particulier l'arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997, *SCK et FNK/Commission*, T-213/95 et T-18/95, Rec. p. II 1339, point 181.

²⁹ Une clarification est d'autant plus nécessaire que la Cour de cassation a récemment censuré un arrêt de la Cour d'appel de Paris admettant que des pratiques de répartition de marchés à l'occasion d'un appel d'offres concernant l'approvisionnement en carburant des avions d'Air France sur l'aéroport de l'île de la Réunion avaient pu affecter sensiblement le commerce entre Etats membres. Voir l'arrêt du 1^{er} mars 2011 annulant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 novembre 2009 (pourvoi n° j 09-72.655).

34. Dans l'éventualité où le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 23 septembre 2010 viendrait à l'emporter devant la Cour de cassation, la Commission craint fort que l'application effective des articles 101 et 102 du TFUE en France à des infractions régionales risquerait d'être compromise. Ces infractions sont traitées majoritairement par les autorités nationales de concurrence qui sont tenues par une obligation d'information de la Commission en application des articles 11, paragraphes 3 et 4 du règlement n° 1/2003. Une approche restrictive excluant l'application de l'article 101 du TFUE priverait la Commission de son rôle de coordination et priverait les mécanismes de coopération entre Etats membres de toute efficacité (voir en particulier l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 qui porte sur les enquêtes par les autorités de concurrence des États membres). Une telle approche pourrait également avoir des conséquences indirectes sur la répartition efficace des tâches au sein du Réseau européen de la concurrence dans la mesure où la Commission et d'autres autorités nationales de la concurrence pourraient à l'avenir hésiter à attribuer des affaires d'entente et d'abus de position dominante concernant une ou plusieurs régions françaises à l'Autorité française de la concurrence.

6. L'OPPORTUNITE DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE


35. Les observations de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ne sont pas contraignantes pour les juridictions nationales. Seule la Cour de justice est en mesure de donner une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'Union. L'article 267 du TFUE dispose que si une question d'interprétation des règles du traité est soulevée devant une juridiction d'un Etat membre, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice à moins que la Cour n'ait déjà statué sur ce point ou que l'application exacte de la règle de droit de l'Union ne soit parfaitement claire.

7. CONCLUSION

36. La Commission considère en conclusion que la présomption du paragraphe 90 des Lignes directrices (i) ne peut pas être appliquée isolément, mais doit être considérée conjointement avec d'autres critères qui sont pertinents pour déterminer l'effet sur le commerce entre États membres du comportement anti concurrentiel en cause, et (ii) ne peut pas être interprétée comme permettant l'exclusion automatique et a priori du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques. Au contraire, il est nécessaire d'analyser au cas par cas les effets de l'entente ou de l'abus de position dominante sur le commerce entre États membres, sur base des éléments factuels et juridiques en cause.



Bernard Mongin



Nicolas von Lingen

Agents de la Commission