

Université Montpellier I
UFR Droit et Science politiques

Master I
Année universitaire 2011 – 2012

DROIT DES AFFAIRES DE
L'UNION EUROPENNE

TOME 2

M. Malo Depincé (Maître de conférences)
Franck Dupret (Chargé de Travaux dirigés)

SOMMAIRE

TOME 1

INTRODUCTION

Séance 1 : Le Traité de Lisbonne – L'organisation institutionnelle et contentieuse de l'Union européenne (p. 2)

LA LIBRE CIRCULATION DANS LE MARCHÉ INTERIEUR

La libre circulation des marchandises

Séance 2 : Taxe d'effet équivalant à des droits de douane (Art. 30 TFUE) et impositions intérieures discriminatoires (Art. 110 TFUE) (p. 4)

Séance 3 : Mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative (Art. 34 TFUE) (p. 10)

Séance 4 : Publicité et mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative (p. 21)

La libre circulation des services

Séance 5 : Libre prestation de services (Art. 56 TFUE) et droit d'établissement (Art. 49 TFUE) (p.27)

TOME 2

LE DROIT ANTI-TRUST

Séance 6 : Le champ d'application des règles européennes de concurrence (p. 2)

Séance 7 : Les ententes verticales (p.14)

Séance 8 : Les ententes horizontales (p.29)

Séance 9 : L'abus de position dominante (p. 46)

Séance 10 : La mise en œuvre des règles européennes de concurrence (p. 72)

SEANCE 6

Le champ d'application des règles européennes de concurrence

JURISPRUDENCE

Faire une note de synthèse des arrêts suivants

1. CJCE 12 décembre 1967. Brasserie Haecht. Aff. 23/67.
2. CJCE 20 mars 1985. British Telecom. Aff. 41/83.
3. CJCE 23 avril 1991. Höfner et Elser. aff. C-41/90.
4. CJCE 17 février 1993. Christian Poucet et Pistre. aff. C-159/91.
5. CJCE 19 janvier 1994. Eurocontrol. Aff. C-364/92.
6. CJCE 16 novembre 1995. FFSA. aff. C-244/94.
7. CJCE 21 septembre 1999. Albany International BV . aff. C-67/96.
8. TPICE 12 décembre 2000. Aéroports de Paris ADP. aff. T-128/98.
9. CJCE 19 février 2002. Wouters. aff. C-309/99.
10. CJCE 24 octobre 2002. Aéroports de Paris ADP. Aff. C-82/01.
11. CJCE. 16 mars 2004. AOK Bundesverband. aff. C-264/01. C-306/01. C-354/01 et C-355/01.
12. CJCE 10 janvier 2006. Casa di Risparmio di Firenze SpA et autres. Aff. C-222/04
13. CJCE 11 juillet 2006. FENIN. aff. C-205/03P.
14. CJCE 18 juillet 2006. Meca-Medina. aff. C-519/04P.
15. CJCE 5 décembre 2006. Cipolla. affaires jointes C-94/04 et C-202/04.
16. CJCE. 11 septembre 2008. CEPSA. aff. C-279/06.
17. CJCE 5 mars 2009. Kattner Stahlbau. affaire C-350/07.
18. CJCE 26 mars 2009. SELEX Sistemi. affaire C-113/07 P.

COMMENTAIRE D'ARRET

Commentez l'arrêt suivant :

CJCE, 1^{er} juillet 2008, MOTOE, aff. C-49/07

CJCE, 1^{er} juillet 2008,
Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/ Elliniko Dimosio
Aff. C-49/07

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 82 CE et 86 CE.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) (Fédération grecque de motocyclisme, ci-après la «MOTOE») à l'Elliniko Dimosio (État grec) au sujet de la réparation financière du préjudice moral que la MOTOE prétend avoir subi en raison du refus implicite de l'Elliniko Dimosio de lui accorder l'autorisation d'organiser des compétitions de motocycles.

Le cadre juridique

3 En vertu de l'article 49 du code de la route grec, dans sa version résultant de la loi n° 2696/1999 (FEK A' 57):

«1. Des compétitions de [...] motocycles et de cyclomoteurs sur les voies et espaces publics ou privés ne sont permises qu'après autorisation.

2. L'autorisation visée au paragraphe précédent est délivrée:

[...]

c) pour toutes les compétitions [...] de motocycles et de cyclomoteurs par le ministre de l'Ordre public ou par les instances habilitées par lui, après avis conforme de la personne morale qui représente officiellement en Grèce la [...] Fédération internationale de motocyclisme [(ci-après la 'FIM')].».

Le litige au principal et les questions préjudicielles

4 La MOTOE est une association de droit privé à but non lucratif ayant pour objet l'organisation de compétitions de motocycles en Grèce. Elle compte divers clubs régionaux de motocyclisme parmi ses membres.

5 Le 13 février 2000, cette association a présenté au ministre compétent une demande tendant à obtenir l'autorisation d'organiser des compétitions dans le cadre de la coupe panhellénique de la MOTOE, selon un programme qui était joint à cette demande.

6 Conformément à l'article 49, paragraphe 2, du code de la route grec, ce programme a été transmis à l'Elliniki Leschi Aftokinitou kai Perigiseon (Club hellénique d'automobilisme et de tourisme, ci-après l'«ELPA»), personne morale, association à but non lucratif, qui représente en Grèce la FIM, pour qu'elle donne un avis conforme aux fins de l'octroi de l'autorisation sollicitée.

7 Par lettre du 16 mars 2000, l'ELPA a demandé à la MOTOE, d'une part, de lui communiquer un règlement spécifique pour chacune des compétitions envisagées, deux mois avant la date de la compétition, afin de contrôler la liste des participants, le parcours ou la piste sur laquelle celle-ci a lieu, les mesures de sécurité adoptées et, plus généralement, afin de vérifier que la compétition se déroule en toute sécurité. D'autre part, elle a demandé aux clubs organisant les compétitions de déposer une copie de leurs statuts à l'Ethniki Epitropi Agonon Motosykletas (Comité national des compétitions de motocycles, ci-après l'«ETHEAM»), créé par l'ELPA et chargé de l'organisation ainsi que du contrôle des courses de motocycles.

8 Par demande n° 28/5.5.2000 adressée au ministère compétent, la MOTOE a réitéré sa demande tendant à obtenir, pour six clubs, l'autorisation d'organiser six compétitions à des dates s'échelonnant du 9 juillet au 26 novembre 2000. Elle a joint, en annexe à cette demande, les règlements spécifiques relatifs au déroulement de ces compétitions ainsi que les copies des statuts de ces clubs. Cette demande a été également transmise à l'ELPA, afin que celle-ci émette un avis conforme en vue du déroulement desdites compétitions.

9 L'ELPA et l'ETHEAM ont adressé à la MOTOE un document lui rappelant certaines règles relatives à l'organisation des compétitions de motocycles en Grèce. Il est notamment précisé dans ce document que l'ETHEAM annonce les championnats, les coupes et les prix organisés dans le cadre des compétitions de motocyclisme, sur habilitation de l'ELPA, seule représentante, en vertu de la loi, de la FIM en Grèce. Si un opérateur ou un club remplissant les conditions requises pour l'organisation et le déroulement de compétitions souhaite annoncer une coupe ou un prix spécial, il doit, selon ce document, soumettre à l'ETHEAM l'annonce en question. Après avoir évalué les conditions de cette dernière, l'ETHEAM prend une décision dans laquelle elle détermine également les conditions du déroulement de la compétition, conformément aux règlements nationaux et internationaux. Pour qu'un avis conforme soit émis en vue de l'organisation d'une compétition, y compris dans le cadre d'une coupe ou d'un prix, chaque organisateur chargé de l'une de ces manifestations doit remplir les conditions posées par le code national des compétitions de motocyclisme et par les circulaires de l'ETHEAM. L'ELPA et l'ETHEAM ont également rappelé à la MOTOE que si, en cours d'année, un organisateur demande que des compétitions supplémentaires soient annoncées, les dates de celles-ci ne doivent pas avoir d'incidence sur les compétitions déjà programmées, cela dans l'intérêt tant des coureurs que des organisateurs. Pour cette raison, les programmes des compétitions devant être organisées au cours de l'année 2001 devaient être déposés auprès de l'ELPA et de l'ETHEAM au plus tard le 15 septembre 2000.

10 En réponse à la demande de la MOTOE tendant à obtenir des informations sur la suite donnée à ses demandes d'autorisation, le ministère compétent a indiqué à celle-ci, au mois d'août 2000, qu'aucun document de l'ELPA comportant son avis conforme en vertu de l'article 49 du code de la route grec ne lui était parvenu.

11 Excipant de l'illégalité de ce rejet implicite, la MOTOE a introduit un recours devant le Dioikitiko Protodikeio Athinon (tribunal administratif de première instance d'Athènes), tendant à obtenir une réparation financière de 5 000 000 GRD au titre du préjudice moral qu'elle prétend avoir subi en raison de l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée d'organiser les compétitions en question.

12 La MOTOE a fait valoir que l'article 49 du code de la route grec est contraire, d'une part, au principe constitutionnel d'impartialité des instances administratives et, d'autre part, aux articles 82 CE et 86, paragraphe 1, CE, au motif que la disposition nationale litigieuse permet à l'ELPA, qui organise elle-même des compétitions de motocycles, d'instaurer un monopole dans ce domaine et d'en abuser.

13 L'ELPA est intervenue devant le Dioikitiko Protodikeio Athinon au soutien des conclusions de l'Elliniko Dimosio. Elle a notamment joint à son mémoire en intervention ses statuts d'association fondée en 1924 et son livre de l'année 2000, relatif aux compétitions de motocyclisme, publié par l'ETHEAM. Ce livre comprend les circulaires de l'ETHEAM pour ladite année 2000, lesquelles sont relatives, notamment, aux justificatifs que les compétiteurs devaient fournir pour bénéficier d'une autorisation, aux règlements des compétitions devant être déposés, à la détermination des droits à verser et à d'autres sujets à caractère financier. Ce même livre contient, en outre, l'Ethnikos Athlitikos Kanonismos Motosikletas (le règlement national sportif de motocyclisme ci-après l'«EAKM»).

14 S'agissant de l'EAKM, il convient de mentionner ce qui suit:

– l'article 10.7 de celui-ci prévoit que toute rencontre sportive qui comprend des compétitions de championnat, des coupes ou des prix de l'ELPA et de l'ETHEAM peut être combinée avec la promotion commerciale d'un sponsor cité dans le titre ou le sous-titre des compétitions, mais uniquement après avis conforme de l'ELPA et de l'ETHEAM;

– l'article 60.6 de l'EAKM prévoit que, pendant la durée des rencontres sportives, il est permis de faire de la publicité sur les vêtements des coureurs, sur leurs casques, à condition toutefois de ne pas porter atteinte aux caractéristiques techniques de ces derniers, et sur les motocycles. Dans les concours de vitesse et de motocross des championnats, des coupes et des prix de l'ELPA et de l'ETHEAM, les organisateurs ne peuvent, à défaut d'autorisation donnée par le compétiteur, imposer qu'un coureur, un passager ou un véhicule fasse de la publicité pour un produit quel qu'il soit. Toutefois, lorsqu'un contrat de parrainage conclu par l'ELPA et l'ETHEAM est applicable, les coureurs, les passagers ou les motocycles sont tenus de respecter les conditions de ce contrat;

– aux termes de l'article 110.1 de l'EAKM, «[l]'organisateur [d'une compétition de motocycles] doit, directement ou par le biais de l'autorité de surveillance [à savoir l'ELPA et l'ETHEAM], veiller à ce que la rencontre sportive soit couverte par des assurances qui devront inclure sa responsabilité, celle des constructeurs, des coureurs, des passagers [...], en cas d'accidents et de dommages causés à des tiers au cours de la rencontre et des essais».

15 Le Dioikitiko Protodikeio Athinon a rejeté le recours de la MOTOE au motif notamment, d'une part, que l'article 49 du code de la route grec permet d'assurer le respect des règles internationales relatives à l'organisation, en toute sécurité, de compétitions de motocycles et, d'autre part, que la MOTOE n'a pas fait valoir que ladite disposition conduisait à une position dominante sur le marché commun ni que cette même disposition pouvait exercer une influence sur le commerce entre les États membres ni que l'ELPA avait exploité de manière abusive une telle position.

16 La MOTOE a interjeté appel de ce jugement devant le Dioikitiko Efeteio Athinon, lequel relève tout d'abord que les activités de l'ELPA ne se limitent pas au domaine strictement sportif, à savoir au pouvoir conféré à cette dernière à l'article 49 du code de la route grec, étant donné qu'elle exerce également des activités qualifiées d'«économiques» par la juridiction de renvoi, lesquelles consistent à passer des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance. Le Dioikitiko Efeteio Athinon se demande, par conséquent, si l'ELPA peut être qualifiée d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, notamment, des articles 82 CE et 86 CE, de sorte qu'elle serait soumise à l'interdiction d'abus de position dominante. La juridiction de renvoi interprète l'article 49 du code de la route grec dans le sens que l'ELPA serait l'unique personne morale habilitée à émettre un avis conforme sur toute demande présentée en vue de l'organisation d'une compétition de motocycles. Elle souligne le fait que cette association se charge, en parallèle, de l'organisation de compétitions et de la détermination des prix ainsi que des activités économiques susmentionnées.

17 Le Dioikitiko Efeteio Athinon relève ensuite que les demandeurs, qui se voient refuser l'autorisation d'organiser une compétition de motocycles faute d'avoir obtenu l'avis conforme de l'ELPA, ne disposent d'aucune voie de recours interne effective contre une telle décision. En effet, d'une part, il ne serait pas prévu que les refus d'avis conforme opposés par l'ELPA doivent être motivés et, d'autre part, lorsqu'un refus d'autorisation émanant du ministère compétent fait l'objet d'un recours en justice tiré du défaut de motivation et qu'il est accueilli, le droit grec ne prévoirait pas que l'autorisation est accordée au demandeur. En outre, l'ELPA ne serait pas soumise à un contrôle ou à une évaluation d'une quelconque nature quant à l'usage qu'elle fait de la prérogative qui lui est conférée à l'article 49 du code de la route grec. Ces circonstances placeraient toute personne originaire d'un autre État membre de l'Union européenne et désireuse d'organiser des compétitions de motocycles en Grèce devant un fait accompli.

18 C'est dans ces conditions que le Dioikitiko Efeteio Athinon a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les articles 82 CE et 86 CE doivent-ils être interprétés de sorte qu'ils incluent également dans leur champ d'application les activités d'une personne morale qui a la qualité de représentante nationale de la [FIM] et qui a des activités économiques, telles que décrites ci-dessus par le biais de la conclusion de contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, dans le cadre des manifestations sportives automobiles qu'elle organise?

2) Dans l'affirmative, [l'article 49 du code de la route grec est-il compatible] avec lesdites dispositions du traité CE, en ce sens qu'il prévoit de conférer à la personne morale susvisée le pouvoir de donner un avis conforme quant à l'organisation d'une compétition de véhicules à moteur afin que l'autorité publique nationale puisse délivrer l'autorisation permettant d'organiser cette compétition (en l'espèce, le ministre de l'Ordre public), sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle?»

Sur les questions préjudicielles

19 Par ses questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance, d'une part, si une personne morale, association à but non lucratif, telle que

l'ELPA, relève du champ d'application des articles 82 CE et 86 CE, dès lors que ses activités consistent non seulement à prendre part aux décisions administratives autorisant l'organisation de compétitions de motocycles, mais également à organiser elle-même de telles compétitions et à conclure dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité ainsi que d'assurance et, d'autre part, si ces dispositions du traité s'opposent à une règle, telle que celle énoncée à l'article 49 du code de la route grec, dans la mesure où elle confère à une telle association le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de ces compétitions, sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations ou d'un contrôle.

20 À cet égard, il convient de rappeler, en premier lieu, que le droit communautaire de la concurrence vise les activités des entreprises (arrêts du 16 novembre 1977, GB-Inno-BM, 13/77, Rec. p. 2115, point 31, et du 11 décembre 2007, ETI e.a., C-280/06, non encore publié au Recueil, point 38 et jurisprudence citée). Plus particulièrement, l'article 82 CE s'applique aux entreprises occupant une position dominante.

21 Si le traité ne définit pas la notion d'entreprise, la Cour a itérativement jugé que doit être ainsi qualifiée toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement (arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, et du 16 mars 2004, AOK Bundesverband e.a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493, point 46).

22 Il convient de rappeler, à cet égard, que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (voir, notamment, arrêts du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36, et du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 75). Pour autant que cette condition est remplie, la circonstance qu'une activité a un rapport avec le sport ne fait pas obstacle à l'application des règles du traité (arrêts du 12 décembre 1974, Walrave et Koch, 36/74, Rec. p. 1405, point 4, et du 15 décembre 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 73), dont celles qui régissent le droit de la concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 18 juin 2006, Meca-Medina et Majcen/Commission, C-519/04 P, Rec. p. I-6991, points 22 et 28).

23 Ainsi qu'il est indiqué dans la décision de renvoi, et qu'il a également été confirmé lors de l'audience devant la Cour, l'ELPA organise, en coopération avec l'ETHEAM, des compétitions de motocycles en Grèce et conclut dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, destinés à exploiter commercialement ces compétitions. Ces activités constituent pour l'ELPA une source de revenus.

24 Selon la jurisprudence de la Cour, ne présentent pas un caractère économique, justifiant l'application des règles de concurrence du traité, les activités qui relèvent de l'exercice des prérogatives de puissance publique (voir, en ce sens, arrêt du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, points 30 et 31).

25 En ce qui concerne l'éventuelle incidence de l'exercice des prérogatives de puissance publique sur la qualification d'une personne morale telle que l'ELPA d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, il convient de relever, ainsi que l'a fait M^{me} l'avocat général au point 49 de ses conclusions, que la circonstance qu'une entité dispose, pour

l'exercice d'une partie de ses activités, de prérogatives de puissance publique n'empêche pas, à elle seule, de la qualifier d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence pour le reste de ses activités économiques (arrêt du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, point 74). En effet, la qualification d'activité relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique ou d'activité économique doit être faite à part pour chaque activité exercée par une entité donnée.

26 En l'espèce, il y a lieu de distinguer la participation d'une personne morale telle que l'ELPA au processus décisionnel des autorités publiques des activités économiques exercées par cette même personne morale, comme l'organisation et l'exploitation commerciale des compétitions de motocycles. Il s'ensuit que le pouvoir d'une telle personne morale de donner son avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de ces compétitions ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence en ce qui concerne ses activités économiques susmentionnées.

27 Quant à l'incidence que peut avoir sur cette qualification le fait que l'ELPA ne poursuit pas de but lucratif, il y a lieu de relever que, dans l'arrêt du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, Rec. p. I-289, points 122 et 123), la Cour a précisé que la circonstance que l'offre de biens et de services soit faite sans but lucratif ne fait pas obstacle à ce que l'entité qui effectue ces opérations sur le marché doive être considérée comme une entreprise, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif.

28 Il en est ainsi des activités exercées par une personne morale telle que l'ELPA. Le fait que la MOTOE, demanderesse au principal, soit elle-même une association sans but lucratif est, dans cette perspective, sans aucune incidence sur la qualification d'entreprise d'une personne morale telle que l'ELPA. D'une part, il n'est pas exclu qu'il existe en Grèce, outre les associations dont l'activité consiste à organiser et à exploiter commercialement des compétitions de motocycles sans poursuivre un but lucratif, des associations qui exercent cette activité en poursuivant un tel but et qui se trouvent ainsi en concurrence avec l'ELPA. D'autre part, des associations sans but lucratif, qui offrent des biens ou des services sur un marché donné, peuvent se trouver mutuellement en position de concurrence. En effet, le succès ou la survie économique de telles associations dépend, à long terme, de la capacité de ces dernières à imposer, sur le marché concerné, les prestations qu'elles offrent, au détriment de celles qui sont proposées par les autres opérateurs.

29 Par conséquent, une personne morale telle que l'ELPA doit être considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence. Cependant, pour qu'elle relève de l'article 82 CE, il faut, en outre, qu'elle occupe une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

30 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans le cadre de la procédure visée à l'article 234 CE, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, toute appréciation des faits de la cause relève de la compétence de la juridiction nationale (arrêt du 14 février 2008, Varec, C-450/06, non encore publié au Recueil, point 23). Toutefois, afin de donner à celle-ci une réponse utile, la Cour peut, dans un esprit de

coopération avec les juridictions nationales, lui fournir toutes les indications qu'elle juge nécessaires.

31 Avant de pouvoir apprécier si une personne morale telle que l'ELPA détient une position dominante au sens de l'article 82 CE, il y a lieu de délimiter le marché en cause, tant du point de vue du produit ou du service concerné que du point de vue géographique (arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continentaal/Commission*, 27/76, Rec. p. 207, point 10).

32 Selon une jurisprudence constante, aux fins de l'application de l'article 82 CE, le marché du produit ou du service en cause englobe les produits ou les services qui sont substituables ou suffisamment interchangeables avec celui-ci, en fonction non seulement de leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs, mais également en fonction des conditions de concurrence ainsi que de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en cause (voir, en ce sens, arrêts du 11 décembre 1980, *L'Oréal*, 31/80, Rec. p. 3775, point 25; du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 37, et du 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 51).

33 À cet égard, il convient de rappeler qu'il ressort de la décision de renvoi que les activités que l'ELPA exerce consistent, d'une part, en l'organisation des compétitions de motocycles et, d'autre part, en leur exploitation commerciale moyennant la conclusion de contrats de parrainage, de publicité et d'assurance. Ces deux types d'activités ne sont pas interchangeables, mais présentent plutôt un caractère de complémentarité fonctionnelle.

34 S'agissant de la définition du marché géographique concerné, celle-ci relève, tout comme la définition du marché des produits ou des services, d'une appréciation de nature économique. Le marché géographique peut ainsi être défini comme le territoire sur lequel tous les opérateurs économiques se trouvent dans des conditions de concurrence similaires en ce qui concerne précisément les produits ou les services concernés. Dans cette perspective, il n'est pas nécessaire que les conditions objectives de concurrence entre les opérateurs soient parfaitement homogènes. Il suffit qu'elles soient similaires ou suffisamment homogènes (voir, en ce sens, arrêt *United Brands et United Brands Continentaal/Commission*, précité, points 44 et 53). En outre, ce marché peut être limité à un seul État membre (voir, en ce sens, arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, précité, point 28).

35 Ainsi qu'il est indiqué dans la décision de renvoi, et qu'il a également été confirmé lors de l'audience devant la Cour, les activités exercées par l'ELPA se limitent au territoire hellénique. Or, le territoire d'un État membre est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun (voir, en ce sens, arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925, point 31). Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier si le critère relatif aux conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes est rempli dans le litige au principal.

36 C'est sur le marché ainsi défini que cette juridiction devra apprécier si l'ELPA détient une position dominante.

37 Il convient de rappeler à cet égard qu'il résulte de la jurisprudence que la notion de «position dominante» visée à l'article 82 CE concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (arrêts *United Brands* et *United Brands/Commission*, précité, point 65; du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, Rec. p. 461, point 38, et *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, précité, point 30).

38 Il convient d'ajouter qu'une entreprise peut être mise dans une telle position lorsqu'elle se voit accorder des droits spéciaux ou exclusifs lui permettant de déterminer si et, le cas échéant, sous quelles conditions d'autres entreprises peuvent accéder au marché en cause et y exercer leurs activités.

39 Il convient de relever encore que l'article 82 CE ne saurait être violé par une règle telle que celle énoncée à l'article 49 du code de la route grec que si le commerce entre États membres s'en trouve affecté. Ainsi que l'a rappelé M^{me} l'avocat général aux points 63 et 64 de ses conclusions, le commerce entre États membres ne pourra être considéré comme affecté que si, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de fait et de droit, il est possible de prévoir avec un degré de probabilité suffisant que le comportement en cause peut exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre que la réalisation d'un marché unique entre États membres s'en trouve entravée (arrêt du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, p. I-8089, point 48). Des effets purement hypothétiques ou spéculatifs que peut avoir le comportement de l'entreprise se trouvant en position dominante ne satisfont pas à ce critère. De même, l'impact sur les échanges intracommunautaires ne doit pas être insignifiant (arrêts du 21 janvier 1999, *Bagnasco e.a.*, C-215/96 et C-216/96, Rec. p. I-135, point 60, et *Ambulanz Glöckner*, précité, point 48).

40 Ainsi, l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient nécessairement pas déterminants (arrêt du 15 décembre 1994, *DLG*, C-250/92, Rec. p. I-5641, point 54).

41 Par ailleurs, l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres doit tenir compte du comportement de l'entreprise dominante en question, dans la mesure où l'article 82 CE s'oppose à tous les comportements susceptibles d'affecter la liberté des échanges dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché unique (arrêt du 31 mai 1979, *Hugin Kassaregister* et *Hugin Cash Registers/Commission*, 22/78, Rec. p. 1869, point 17).

42 Le fait que le comportement d'une entreprise en position dominante n'ait pour objet que la commercialisation de produits dans un seul État membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre États membres puisse être affecté (voir, en ce sens, arrêt du 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421, point 45). En effet, un tel comportement peut avoir pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité (voir, par

analogie, arrêt du 13 juillet 2006, Manfredi e.a., C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, points 45 et 46).

43 En ce qui concerne, en deuxième lieu, le champ d'application de l'article 86 CE, le paragraphe 1 de cet article prévoit que les États membres, en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire, notamment, aux règles du traité en matière de concurrence. À cet égard, il y a lieu de relever qu'une personne morale, telle que l'ELPA, à laquelle a été accordé le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de compétitions de motocycles, doit être considérée comme une entreprise investie par l'État membre concerné de droits spéciaux au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE.

44 L'article 86, paragraphe 2, CE permet aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité en matière de concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs (arrêt du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533, point 14).

45 S'agissant de l'organisation et de l'exploitation commerciale de courses motocyclistes par une personne morale telle que l'ELPA, le gouvernement hellénique n'a pas allégué que cette dernière a été chargée de l'exercice de ces activités par un acte de la puissance publique. Il n'y a pas lieu, dès lors, d'examiner davantage si lesdites activités peuvent constituer un service d'intérêt économique général (voir, en ce sens, arrêts du 21 mars 1974, BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, 127/73, Rec. p. 313, point 20, et du 11 avril 1989, Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec. p. 803, point 55).

46 Quant au pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de compétitions de motocycles, celui-ci résulte certes d'un acte de la puissance publique, à savoir l'article 49 du code de la route grec, mais il ne saurait être qualifié d'activité économique, ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général au point 110 de ses conclusions.

47 Une personne morale telle que l'ELPA ne peut donc être considérée comme une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE.

48 S'agissant, en troisième lieu, de la question de savoir si les articles 82 CE et 86, paragraphe 1, CE s'opposent à une réglementation nationale, telle que l'article 49 du code de la route grec, qui donne à une personne morale comme l'ELPA, qui peut se charger elle-même de l'organisation de compétitions de motocyclisme et de leur exploitation commerciale, le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de ces compétitions, sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle, il y a lieu de rappeler que le simple fait de créer ou de renforcer une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs, au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 82 CE.

49 En revanche, un État membre enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits spéciaux ou exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est conduite à commettre de tels abus (arrêts Höfner et Elser, précité, point 29; ERT, précité, point 37; du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, points 16 et 17, ainsi que du 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, C-323/93, Rec. p. I-5077, point 18). À cet égard, il n'est pas nécessaire qu'un abus se produise réellement (voir, en ce sens, arrêt du 11 décembre 1997, *Job Centre*, C-55/96, p. I-7119, point 36).

50 En tout état de cause, il y a violation des articles 82 CE et 86, paragraphe 1, CE dès lors qu'une mesure imputable à un État membre, et notamment celle par laquelle celui-ci confère des droits spéciaux ou exclusifs au sens de cette dernière disposition, crée un risque d'abus de position dominante (voir, en ce sens, arrêts ERT, précité, point 37; *Merci convenzionali porto di Genova*, précité, point 17, et du 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, non encore publié au Recueil, point 60).

51 En effet, un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. Confier à une personne morale telle que l'ELPA, qui, elle-même, organise et exploite commercialement des compétitions de motocycles, la tâche de donner à l'administration compétente un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de telles compétitions, revient de facto à lui conférer le pouvoir de désigner les personnes autorisées à organiser lesdites compétitions ainsi que de fixer les conditions dans lesquelles ces dernières sont organisées, et à octroyer, ainsi, à cette entité, un avantage évident sur ses concurrents (voir, par analogie, arrêts du 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, Rec. p. I-1223, point 51, et du 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88, Rec. p. I-5941, point 25). Un tel droit peut donc amener l'entreprise qui en dispose à empêcher l'accès des autres opérateurs au marché concerné. Cette situation d'inégalité des conditions de concurrence est, en outre, soulignée par le fait, confirmé lors de l'audience devant la Cour, que, lorsque l'ELPA organise ou participe à l'organisation de compétitions de motocycles, elle n'est tenue de recueillir aucun avis conforme pour que l'administration compétente lui octroie l'autorisation requise.

52 Par ailleurs, une telle réglementation, qui donnerait à une personne morale comme l'ELPA le pouvoir de donner un avis conforme sur des demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de compétitions de motocycles sans que ce pouvoir soit assorti par cette réglementation de limites, d'obligations ou d'un contrôle pourrait conduire la personne morale chargée de donner cet avis conforme à fausser la concurrence en favorisant les compétitions qu'elle organise ou celles à l'organisation desquelles elle participe.

53 Compte tenu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux questions posées qu'une personne morale dont les activités consistent non seulement à prendre part aux décisions administratives autorisant l'organisation de compétitions de motocycles, mais également à organiser elle-même de telles compétitions et à conclure dans ce cadre des

contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, relève du champ d'application des articles 82 CE et 86 CE. Ces articles s'opposent à une réglementation nationale qui confère à une personne morale, qui organise des compétitions de motocycles et conclut dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de telles compétitions, sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle.

Sur les dépens

54 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

Une personne morale dont les activités consistent non seulement à prendre part aux décisions administratives autorisant l'organisation de compétitions de motocycles, mais également à organiser elle-même de telles compétitions et à conclure dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance relève du champ d'application des articles 82 CE et 86 CE. Ces articles s'opposent à une réglementation nationale qui confère à une personne morale, qui organise des compétitions de motocycles et conclut dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de telles compétitions, sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle.

SEANCE 7

Les ententes verticales

JURISPRUDENCE

Faire une note de synthèse des arrêts suivants

1. CJCE. 13 juillet 1966. Etablissements Consten SARL et Grundig-Verkauf GmbH. Aff. jtes. 56 et 58/64
2. CJCE. 6 janvier 2004. Bayer. aff. C-02/01 et C-03/01
3. TPICE. 15 septembre 2005. DaimlerChrysler AG aff. T-325/01
4. CJCE. 6 avril 2006. General Motors BV aff. C-551/03P
5. CJCE. 30 nov. 2006. A. Brünsteiner GmbH C-376/05
6. CJCE (Gde Chambre). 5 décembre 2006. Cipolla. affaires jointes C-94/04 et C-202/04
7. CJCE (Gde Chambre). 11 décembre 2007. ETI. aff. C-280/06
8. CJCE. 20 novembre 2008. Beef Industry Development Society et Barry Brothers. aff. C-209/07
9. TPICE. 3 décembre 2003. Volkswagen AG. aff T- 208/01.
10. CJCE . 2 avril 2009. Pedro IV Servicios SL. affaire C-260/07.
11. TPICE. 30 avril 2009 Nintendo Co affaire T-13/03.
12. TPICE. 9 juillet 2009. Automobiles Peugeot SA. Aff. T-450/05
12. Autorité de la Concurrence 08-D-25 Décision du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques
13. CA Paris. Pôle 5. Ch. 5-7. 29 octobre 2009. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. 2008/23812.
14. CA. Paris Pôle 5 chambre 4. 2 déc. 2009. SARL Auto 24.

TEXTES OFFICIELS

1. Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission. du 22 décembre 1999. concernant l'application de l'article 81. paragraphe 3. du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.
2. Règlement (CE) n°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81. paragraphe 3. du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile
3. Communication de la Commission européenne. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3 du Traité. 2004/C 101/08
4. Communication de la Commission européenne. Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, figurant aux articles 81 et 82 du Traité. 2004/C 101/07

5. Règlement n°330/2010 de la Commission européenne, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

6. Communication de la Commission européenne. Lignes directrices sur les restrictions verticales. 2010/C 130/01

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Commentez l'arrêt suivant :

CJCE, ord., 3 septembre 2009, Lubricantes y Carburantes Galaicos SL, aff. C-506/07

Dissertation : Restriction de vente par internet

A la lecture de l'arrêt CA Paris. Pôle 5. Ch. 5-7. 29 octobre 2009. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. 2008/23812 proposez une réponse à la question suivante :

l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés-dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n°2790/1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE ?

**CJCE, ord., 3 septembre 2003,
Lubricantes y Carburantes Galaicos SL c/ GALP Energía España SAU,
Aff. C-506/07**

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 81 CE et 12, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article [81] paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif (JO L 173, p. 5, et – rectificatif – JO 1984, L 79, p. 38), tel que modifié par le règlement (CE) n° 1582/97 de la Commission, du 30 juillet 1997 (JO L 214, p. 27, ci-après le «règlement n° 1984/83»), ainsi que des articles 4, sous a), et 5, sous a), du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336, p. 21).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la société Lubricantes y Carburantes Galaicos SL (ci-après «Lubricarga») à GALP Energía España SAU, venant aux droits de Petrogal Española SA (ci-après «Petrogal»), au sujet de l'exploitation d'une station-service, au motif que la relation contractuelle comporterait des clauses restrictives de la concurrence.

Le cadre juridique communautaire

Le règlement n° 1984/83

3 Le règlement n° 1984/83 excluait du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE) certaines catégories d'accords d'achat exclusif et de pratiques concertées qui remplissaient normalement les conditions prévues au paragraphe 3 dudit article, au motif que, en général, ces accords ou pratiques entraînaient une amélioration de la distribution des produits.

4 Selon le huitième considérant du même règlement:

«considérant que le présent règlement doit déterminer les restrictions à la concurrence qui peuvent figurer dans un accord d'achat exclusif; que les restrictions de concurrence qui, outre l'engagement d'achat exclusif, sont ainsi admises conduisent à une répartition claire des tâches entre les parties et obligent le revendeur à concentrer ses efforts de vente sur les produits visés au contrat; que, dans la mesure où elles sont convenues uniquement pour la durée de l'accord, ces restrictions sont en règle générale nécessaires pour obtenir les améliorations de la distribution recherchées par l'exclusivité d'achat; que d'autres dispositions restrictives de la concurrence, et en particulier celles qui limitent la liberté du revendeur de déterminer ses prix ou ses conditions de revente ou de choisir ses clients, ne peuvent pas être exemptées au titre du présent règlement».

5 Les dispositions particulières applicables aux accords de stations-service étaient prévues aux articles 10 à 13 du règlement n° 1984/83.

6 Aux termes de l'article 10 dudit règlement:

«Conformément à l'article [81] paragraphe 3 du traité et aux conditions énoncées aux articles 11 à 13 du présent règlement, l'article [81] paragraphe 1 dudit traité est déclaré inapplicable aux accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels l'une, le revendeur, s'engage vis-à-vis de l'autre, le fournisseur, en contrepartie de l'octroi d'avantages économiques ou financiers particuliers, à n'acheter qu'à celui-ci, à une entreprise liée à lui ou à une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits, dans le but de la revente dans une station-service désignée dans l'accord, certains carburants pour véhicules à moteur à base de produits pétroliers ou certains carburants pour véhicules à moteur et combustibles à base de produits pétroliers spécifiés à l'accord.»

7 L'article 11 du règlement n° 1984/83 disposait:

«Outre l'obligation énoncée à l'article 10, il ne peut être imposé au revendeur aucune autre restriction de concurrence que

- a) l'obligation de ne pas revendre dans la station-service désignée dans l'accord des carburants pour véhicules à moteur ou des combustibles fournis par des entreprises tierces;
- b) l'obligation de ne pas utiliser dans la station-service désignée dans l'accord des lubrifiants ou des produits pétroliers connexes offerts par des entreprises tierces, lorsque le fournisseur ou une entreprise liée à lui ont mis à la disposition du revendeur, ou financé, un équipement de vidange d'huiles ou d'autres installations de graissage de véhicules à moteur;
- c) l'obligation de ne faire de la publicité pour les produits livrés par des entreprises tierces, à l'intérieur et à l'extérieur de la station-service, qu'en proportion de la part que ces produits représentent dans le chiffre d'affaires total de la station-service;
- d) l'obligation de ne laisser surveiller que par le fournisseur, ou une entreprise désignée par lui, les installations de dépôt ou de distribution de produits pétroliers qui sont sa propriété, ou qui ont été financées par le fournisseur ou une entreprise qui lui est liée.»

8 L'article 12 dudit règlement prévoyait:

«1. L'article 10 n'est pas applicable lorsque

[...]

c) l'accord est conclu pour une durée indéterminée ou pour plus de dix ans;

[...]

2. Par dérogation au paragraphe 1, sous c), lorsque l'accord concerne une station-service que le fournisseur a donnée en location au revendeur, ou dont il lui a accordé la jouissance en droit ou en fait, les obligations d'achat exclusif et les interdictions de concurrence visées par le présent titre peuvent être imposées au revendeur pendant toute la période pendant laquelle il exploite effectivement la station-service.»

9 Le règlement n° 1984/83 a expiré le 31 décembre 1999. Le 1^{er} janvier 2000, est entré en vigueur le règlement n° 2790/1999, lequel a prorogé jusqu'au 31 mai 2000 l'application des exemptions prévues, entre autres, par le règlement n° 1984/83. L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE ne s'applique pas, pendant la période allant du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2001, aux accords déjà en vigueur au 31 mai 2000 qui ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le règlement n° 2790/1999, mais qui satisfont, en revanche, à celles prévues par le règlement n° 1984/83.

Le règlement n° 2790/1999

10 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 2790/1999:

«Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (ci-après dénommés 'accords verticaux').

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 (ci-après dénommés 'restrictions verticales').»

11 L'article 4 du règlement n° 2790/1999 prévoit que l'exemption de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet:

«a) la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;

[...]»

12 L'article 5 du même règlement énonce:

«L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:

a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée; cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des

tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de ces obligations de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur;

[...]»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

13 Lubricarga, en sa qualité de propriétaire du terrain d'implantation d'une station-service en Espagne et qui est devenue l'exploitant de celle-ci, et Petrogal, fournisseur de produits pétroliers, ont conclu, le 27 juillet 1990, un contrat en vue de la constitution en faveur de cette dernière, d'un droit réel, dit «droit de superficie», pour une durée de 25 ans sur ledit terrain (ci-après le «contrat»). Ce contrat autorise Petrogal à construire une station-service sur ce terrain et à céder son exploitation à Lubricarga pour toute la durée du droit de superficie.

14 En contrepartie, Lubricarga a souscrit un engagement d'approvisionnement exclusif en carburants, en combustibles, en lubrifiants et en d'autres produits similaires auprès de Petrogal. À l'expiration du droit de superficie, toutes les installations reviennent automatiquement à Lubricarga. Cependant, cette dernière société peut mettre fin au droit de superficie après dix ans d'exploitation de la station-service, à condition de rembourser 60 % des sommes investies dans la construction de celle-ci et de permettre à Petrogal de continuer à exploiter la station-service jusqu'à l'expiration du délai de 25 ans prévu par le contrat.

15 En vertu du contrat, les prix des combustibles et des carburants livrés, tant qu'ils ne seront pas libéralisés, sont fixés par l'administration par voie de règlement. Après leur libéralisation, Petrogal est tenue de veiller à ce que ces prix soient compétitifs avec ceux offerts de bonne foi par ses concurrents opérant sur le même marché géographique et de faire en sorte que la marge de distribution accordée à l'exploitant soit au moins égale à la moyenne des commissions perçues par les exploitants des trois premières entreprises opérant dans la zone géographique où la station-service est installée.

16 Le 10 octobre 1995, les parties au contrat ont signé un acte notarié portant constitution dudit droit de superficie. Aux termes de cet acte, le droit de superficie était accordé pour une durée de 25 ans à compter du 27 juillet 1990.

17 Le 7 juillet 2003, Lubricarga a introduit devant le Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Ferrol un recours tendant à l'annulation du contrat et dudit acte notarié. Ce recours ayant été rejeté par jugement du 29 juillet 2005, tant ladite société que Petrogal, aux droits de laquelle se trouve maintenant GALP Energía España SAU, ont interjeté appel devant la juridiction de renvoi.

18 C'est dans ces conditions que l'Audiencia Provincial de La Coruña a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

1) Si le contrat passé entre [Lubricarga] et [Petrogal] est un contrat d'importance mineure, l'application de l'article [81 CE] est-elle exclue en toute hypothèse ou cet article est-il applicable au contrat, en dépit de cette qualification, dans l'hypothèse où l'exploitant de la station-service se voit imposer l'obligation de respecter le prix final de vente au public fixé par le fournisseur et/ou se voit imposer les obligations d'achat exclusif et les interdictions de concurrence, sans que soient respectées les limites de durée prévues par les règlements [...] n° 1984/83 et n° 2790/1999?

2) Dans la mesure où l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83 – dans l'hypothèse où celui-ci serait applicable – dispose, par dérogation à l'interdiction pour les accords verticaux d'exclusivité pour stations-service d'avoir une durée indéterminée ou supérieure à 10 ans, que, 'lorsque l'accord concerne une station-service que le fournisseur a donnée en location au revendeur, ou dont il lui a accordé la jouissance en droit ou en fait, les obligations d'achat exclusif et les interdictions de concurrence visées par le présent titre peuvent être imposées au revendeur pendant toute la durée pendant laquelle il exploite effectivement la station-service', cette dérogation s'applique-t-elle également à un cas de figure comme la présente espèce où, selon le contrat [...] et l'acte notarié [...], Lubricarga, propriétaire d'un terrain, a cédé à [Petrogal] un droit de superficie pour 25 ans, cette dernière s'obligeant à construire une station-service dont les installations devaient être cédées à Lubricarga pour qu'elle les exploite pendant la même période, avec obligation pour elle d'acheter tous les carburants et combustibles exclusivement à la société pétrolière?

3) Dans la mesure où l'article 5 du règlement n° 2790/1999 – dans l'hypothèse où celui-ci serait applicable – dispose que 'cette limitation de la durée à [5] ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de ces obligations de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur', cette dérogation s'applique-t-elle également à un cas de figure comme la présente espèce où, selon le contrat [...] et l'acte notarié [...], Lubricarga, propriétaire d'un terrain, a cédé à [Petrogal] un droit de superficie pour 25 ans, cette dernière s'obligeant à construire une station-service dont les installations devaient être cédées à Lubricarga pour qu'elle les exploite pendant la même période, avec obligation pour elle d'acheter tous les carburants et combustibles exclusivement à la société pétrolière?

4) Dans la mesure où l'article [81], paragraphe 1, sous a), [CE] interdit la fixation indirecte des prix d'achat ou de vente et où le huitième considérant du règlement [...] n° 1984/83 précise que 'd'autres dispositions restrictives de la concurrence, et en particulier celles qui limitent la liberté du revendeur de déterminer ses prix ou ses conditions de revente ou de choisir ses clients, ne peuvent pas être exemptées au titre du présent règlement', ces dispositions s'appliquent-elles à un contrat comme en l'espèce, dont la dixième clause et l'annexe I se réfèrent à la poursuite de prix compétitifs et exigent que les ristournes allouées au propriétaire soient 'au moins égales à la moyenne des commissions perçues par les exploitants des trois premières entreprises (en volume) opérant dans la zone géographique où la station-service est installée', au motif que ce contrat peut en toute hypothèse restreindre la faculté de l'acheteur de déterminer le prix de vente?

5) Dans la mesure où l'article [81], paragraphe 1, sous a), [CE] interdit la fixation indirecte des prix d'achat ou de vente et où le règlement [...] n° 2790/1999 inclut parmi les restrictions particulièrement graves de la concurrence les accords imposant le prix de revente, ces dispositions s'appliquent-elles à un contrat comme celui dont il s'agit en l'espèce, dont la dixième clause et l'annexe I se réfèrent à la poursuite de prix compétitifs et exigent que les ristournes allouées au propriétaire soient 'au moins égales à la moyenne des commissions perçues par les exploitants des trois premières entreprises (en volume) opérant dans la zone géographique où la station-service est installée', au motif que ce contrat peut en toute hypothèse restreindre la faculté de l'acheteur de déterminer le prix de vente?»

Sur les questions préjudicielles

19 En vertu de l'article 104, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement de procédure, lorsqu'une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ou lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut, après avoir entendu l'avocat général, à tout moment statuer par voie d'ordonnance motivée comportant référence à la jurisprudence en cause.

20 Il y a lieu de faire application de ladite disposition procédurale dans la présente affaire.

Sur la première question

21 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si un contrat, tel que celui en cause au principal, dans l'hypothèse où il contient des clauses relatives à la fixation du prix de vente des produits au public et/ou à une obligation d'achat exclusif ou de non-concurrence dont la durée d'application excède les limites temporelles prévues par les règlements n^{os} 1984/83 et 2790/1999, relève du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, et ce même dans le cas où un tel contrat serait considéré comme d'importance mineure.

22 Il y a lieu de rappeler que, aux termes de l'article 81, paragraphe 1, CE, sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

23 Selon une jurisprudence constante, un accord, même lorsqu'il prévoit une fixation du prix de vente au public ou lorsqu'il ne remplit pas toutes les conditions prévues par un règlement d'exemption, ne tombe sous l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE que si toutes les conditions d'application de celle-ci sont réunies, à savoir s'il a pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et s'il est de nature à affecter le commerce entre les États membres (voir, en ce sens, arrêts du 30 avril 1998, Cabour, C-230/96, Rec. p. I-2055, point 48; du 11 septembre 2008, CEPESA, C-279/06, Rec. p. I-6681, point 72, et du 2 avril 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, non encore publié au Recueil, point 68).

24 La Cour a également jugé qu'un accord échappe à la prohibition de l'article 81, paragraphe 1, CE 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 (voir, en ce sens, arrêts du 9 juillet 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, point 7; du 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, 22/71, Rec. p. 949, point 16; du 28 avril 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, point 17, ainsi que du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax et Administración del Estado*, C-238/05, Rec. p. I-11125, point 50).

25 Par ailleurs, l'incidence sur le commerce entre les États membres sert ainsi de critère de délimitation entre le champ d'application du droit communautaire de la concurrence, en particulier les articles 81 CE et 82 CE, et celui du droit national de la concurrence (voir, en ce sens, arrêts *Asnef-Equifax et Administración del Estado*, précité, point 33; du 25 janvier 2007, *Dalmine/Commission*, C-407/04 P, Rec. p. I-829, point 89, et du 23 avril 2009, *AEPI/Commission*, C-425/07 P, non encore publié au Recueil, point 50).

26 Il en résulte qu'un accord considéré comme d'importance mineure, même dans le cas où il contient des clauses telles que celles mentionnées par la juridiction de renvoi, est susceptible de ne pas relever du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE.

27 Toutefois, avant de parvenir à une telle conclusion, il appartient à la juridiction de renvoi, qui est seule à avoir une connaissance directe du litige qui lui est soumis, d'apprécier les effets que le contrat produit sur la concurrence à l'intérieur du marché commun et la manière dont il affecte le commerce entre les États membres.

28 À cet égard, afin de donner à la juridiction de renvoi une réponse utile, il convient de rappeler que, lorsque la juridiction de renvoi apprécie les effets restrictifs d'un accord au regard de l'article 81 CE, il lui incombe de prendre en considération le cadre concret dans lequel il s'insère, 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 (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 1995, *Oude Luttikhuis e.a.*, C-399/93, Rec. p. I-4515, point 10; *Javico*, précité, point 22, ainsi que *Asnef-Equifax et Administración del Estado*, précité, point 49).

29 Il importe également de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour être susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, l'accord 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 exerce une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'il puisse entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres (voir, en ce sens, arrêts du 11 juillet 1985, *Remia e.a./Commission*, 42/84, Rec. p. 2545, point 22; du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 48; du 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.*, C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, point 41, ainsi que *AEPI/Commission*, précité, point 51). En outre, l'incidence sur les échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants (voir, en ce sens, arrêts du 29 avril 2004, *British Sugar/Commission*, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 27, ainsi que *Manfredi e.a.*, précité, point 43).

30 S'agissant notamment des accords d'achat exclusif, la Cour a jugé que, si de tels accords n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, il convient toutefois de vérifier s'ils n'ont pas pour effet de l'empêcher, de la restreindre ou d'en fausser le jeu. L'appréciation des effets d'un accord d'achat exclusif implique la nécessité de prendre en considération le contexte économique et juridique au sein duquel celui-ci se situe et où il peut concourir, avec d'autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence. Il convient, par conséquent, d'analyser les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités, pour les concurrents nationaux ou originaires d'autres États membres, de s'implanter sur le marché de référence ou d'y agrandir leur part de marché (voir arrêts du 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, points 13 à 15, et du 7 décembre 2000, *Neste*, C-214/99, Rec. p. I-11121, point 25).

31 Il importe également d'examiner la nature et l'importance de l'ensemble des contrats similaires qui lient un nombre important de points de vente à plusieurs fournisseurs et de prendre en compte, parmi les autres éléments du contexte économique et juridique dans lequel les contrats s'insèrent, ceux qui déterminent les possibilités d'accès au marché de référence. À cet égard, il convient d'examiner s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats. Il y a lieu de tenir compte également des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence (arrêts précités *Delimitis*, points 19 à 22, et *Neste*, point 26).

32 Si l'examen de l'ensemble des contrats similaires révèle que le marché en cause est difficilement accessible, il convient d'apprécier dans quelle mesure les contrats conclus par le fournisseur concerné contribuent à l'effet cumulatif produit par cet ensemble de contrats. La responsabilité de cet effet de fermeture du marché doit être imputée, selon les règles de concurrence communautaires, aux fournisseurs qui y contribuent de manière significative. Les contrats conclus par des fournisseurs dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent dès lors pas sous le coup de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE. Afin d'apprécier l'importance de la contribution des contrats conclus par un fournisseur à l'effet de blocage cumulatif, il faut prendre en considération la position des parties contractantes sur le marché. Cette contribution dépend, en outre, de la durée desdits contrats. Si cette durée est manifestement excessive par rapport à la durée moyenne des contrats généralement conclus sur le marché en cause, le contrat individuel relève de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêts précités *Delimitis*, points 24 à 26, et *Neste*, point 27).

33 Il y a donc lieu de répondre à la première question qu'un contrat, tel que celui en cause au principal, dans l'hypothèse où il contient des clauses relatives à la fixation du prix de vente des produits au public et/ou à une obligation d'achat exclusif ou de non-concurrence dont la durée d'application excède les limites temporelles prévues par les règlements n^{os} 1984/83 et 2790/1999, échappe à l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, à condition qu'il ne soit pas susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et qu'il n'ait pas pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer en tenant compte notamment du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit ce contrat.

Sur la deuxième question

34 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, aux fins de la mise en œuvre du régime d'exemption qu'il prévoyait, à ce que la durée d'application d'un accord d'exclusivité excède les limites temporelles prévues par ce règlement dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain a cédé à un fournisseur un droit de superficie pour une durée de 25 ans, ce dernier s'obligeant à construire une station-service donnée en location au propriétaire du sol pour qu'il l'exploite pendant une durée équivalente à celle de ce droit.

35 Dans la mesure où la Cour a déjà répondu à une question analogue dans son arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, et en l'absence de nouveaux éléments d'appréciation, la réponse apportée par la Cour dans cet arrêt est, par conséquent, pleinement transposable à la deuxième question posée par la juridiction de renvoi dans la présente affaire.

36 Dans l'arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, la Cour a été amenée à répondre à la question de savoir si, aux fins de l'application du régime d'exemption prévu par le règlement n° 1984/83, il existait une double condition selon laquelle le fournisseur devrait détenir la propriété tant de la station-service que du terrain sur lequel celle-ci est construite.

37 À cet égard, il découle du libellé de l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83 que l'application de ce dernier est possible lorsque est en cause un accord de station-service portant sur une période d'exécution supérieure à dix ans, à la condition que le fournisseur ait donné en location au revendeur la station-service ou lui ait octroyé, en droit ou en fait, la jouissance de celle-ci (arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, point 44).

38 Or, aucune condition selon laquelle le fournisseur devrait détenir la propriété tant de la station-service que du terrain sur lequel elle est construite ne figure dans les dispositions mêmes du règlement n° 1984/83 ni dans ses considérants (voir, en ce sens, arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, point 52).

39 Par conséquent, au point 60 de l'arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, la Cour a jugé que l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83 doit être interprété en ce sens qu'il n'exigeait pas que le fournisseur soit propriétaire du terrain sur lequel il avait construit la station-service donnée en location au revendeur.

40 À cet égard, dans une situation telle que celle en cause au principal, il apparaît que ladite condition d'application de l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83 est remplie.

41 Au regard des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question que l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, aux fins de la mise en œuvre de la dérogation qu'il prévoyait, à ce que la durée d'application d'un accord d'exclusivité excède les limites temporelles prévues par ce règlement dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain a cédé à un fournisseur un droit de superficie pour une durée de 25 ans, ce dernier s'obligeant à construire une station-

service donnée en location au propriétaire du sol pour qu'il l'exploite pendant une durée équivalente à celle de ce droit.

Sur la troisième question

42 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5 du règlement n° 2790/1999 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, aux fins de la mise en œuvre de la dérogation qu'il prévoit, à ce que la durée d'application d'un accord d'exclusivité excède les limites temporelles prévues par ce règlement dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain a cédé à un fournisseur un droit de superficie pour une durée de 25 ans, ce dernier s'obligeant à construire une station-service donnée en location au propriétaire du sol pour qu'il l'exploite pendant une durée équivalente à celle de ce droit.

43 Il y a lieu de constater que, dans son arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, la Cour a déjà été amenée à examiner une question similaire et que, par conséquent, la réponse apportée par la Cour dans cet arrêt peut être transposée à la troisième question posée par la juridiction de renvoi dans la présente affaire.

44 Au point 69 dudit arrêt, la Cour a jugé que l'article 5, sous a), du règlement n° 2790/1999 exige que le fournisseur soit propriétaire tant de la station-service qu'il donne en location au revendeur que du terrain sur lequel celle-ci est bâtie ou, dans le cas où il n'est pas le propriétaire, qu'il loue ces biens à des tiers non liés au revendeur.

45 Dans une situation analogue à celle en cause au principal, la Cour a indiqué, au point 66 de l'arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, qu'il apparaît que les conditions d'application de l'article 5, sous a), du règlement n° 2790/1999 ne sont pas remplies, dans la mesure où le fournisseur n'est pas le propriétaire de la station-service ou du terrain et ne loue pas non plus ces biens à des tiers non liés au revendeur.

46 Cependant, la Cour a constaté au point 68 du même arrêt *Pedro IV Servicios* que, lorsqu'un accord ne remplit pas toutes les conditions prévues par un règlement d'exemption, il ne tombe sous l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE que s'il a pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et s'il est de nature à affecter le commerce entre les États membres. Dans ce dernier cas, et à défaut d'exemption individuelle en vertu de l'article 81, paragraphe 3, CE, ledit accord serait nul de plein droit conformément au paragraphe 2 de ce même article.

47 Il résulte de ce qui précède, qu'il convient de répondre à la troisième question que l'article 5, sous a), du règlement n° 2790/1999 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose, aux fins de la mise en œuvre de la dérogation qu'il prévoit, à ce que la durée d'application d'un accord d'exclusivité excède les limites temporelles prévues par ce règlement dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain a cédé à un fournisseur un droit de superficie pour une durée de 25 ans, ce dernier s'obligeant à construire une station-service donnée en location au propriétaire du sol pour qu'il l'exploite pendant une durée équivalente à celle de ce droit.

Sur les quatrième et cinquième questions

48 Par ses quatrième et cinquième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les clauses contractuelles relatives au prix de vente des produits au public, telles que celles en cause au principal, sont interdites par l'article 81, paragraphe 1, CE et ne peuvent pas bénéficier de l'application du régime d'exemption par catégories en vertu, notamment, du huitième considérant et de l'article 11 du règlement n° 1984/83 ou de l'article 4, sous a), du règlement n° 2790/1999.

49 À cet égard, il ressort de la décision de renvoi que le contrat stipule que, après la libéralisation du marché, les prix d'achat des produits payés par Lubricarga seront fixés par Petrogal. Cette dernière est tenue de veiller à ce que ces prix «soient compétitifs avec ceux offerts de bonne foi par les fournisseurs de quelque importance» sur le même marché et de faire en sorte que les marges de distribution accordées à l'exploitant soient au moins égales à la moyenne des commissions perçues par les exploitants des trois premières entreprises opérant dans la zone géographique où la station-service est installée. En vertu dudit contrat, Petrogal garantit que le prix d'approvisionnement s'obtient en déduisant du prix de vente au public recommandé la marge de distribution compétitive.

50 Dans son arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, la Cour a déjà été amenée à interpréter le huitième considérant du règlement n° 1984/83 ainsi que les articles 11 de celui-ci et 4, sous a), du règlement n° 2790/1999 dans le contexte d'un régime des prix analogue à celui de l'affaire au principal. La réponse apportée par la Cour dans cet arrêt est, par conséquent, pleinement transposable aux quatrième et cinquième questions posées par la juridiction de renvoi.

51 Au point 75 de l'arrêt *Pedro IV Servicios*, précité, la Cour a jugé qu'il résulte du huitième considérant du règlement n° 1984/83 et de l'article 11 de celui-ci ainsi que de l'article 4, sous a), du règlement n° 2790/1999 que ne peuvent bénéficier du régime de l'exemption par catégories instauré par ces règlements les accords par lesquels le fournisseur fixe le prix de vente au public ou impose un prix de vente minimal. En revanche, aux termes dudit article 4, sous a), le fournisseur reste libre de recommander au revendeur un prix de vente ou de lui imposer le prix de vente maximal.

52 La Cour a également indiqué qu'il incombe à la juridiction de renvoi, qui est seule à avoir une connaissance directe du litige qui lui est soumis, d'apprécier, dans l'affaire en cause au principal, les modalités de la fixation du prix de vente au public. Il lui appartient notamment de vérifier, en tenant compte de l'ensemble des obligations contractuelles prises dans leur contexte économique et juridique, ainsi que du comportement des parties au principal, si le prix de vente au public, recommandé par le fournisseur, ne constitue pas, en réalité, un prix de vente fixe ou minimal (voir, en ce sens, arrêts précités *CEPSA*, points 67 et 70, ainsi que *Pedro IV Servicios*, point 79).

53 Il incombe en outre à la juridiction de renvoi d'examiner si le revendeur dispose d'une possibilité réelle de diminuer ce prix de vente recommandé. Elle doit notamment vérifier si un tel prix de vente au public n'est pas, en réalité, imposé par des moyens indirects ou dissimulés, tels que, notamment, la fixation de la marge de distribution du revendeur ou le niveau maximal des réductions qu'il peut accorder à partir du prix de vente recommandé, des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions ou des mesures d'incitation (voir, en ce sens, arrêts précités *CEPSA*, point 71, et *Pedro IV Servicios*, point 80).

54 S'agissant de l'affaire au principal, dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion selon laquelle Lubricarga était tenue, en réalité, de respecter un prix de vente fixe ou minimal imposé par Petrogal, le contrat ne pourrait pas bénéficier de l'exemption par catégories ni au titre du règlement n° 1984/83 ni en vertu du règlement n° 2790/1999.

55 Cependant, ainsi qu'il est rappelé au point 46 du présent arrêt, la fixation du prix de vente au public, bien qu'elle constitue une restriction de la concurrence expressément prévue à l'article 81, paragraphe 1, sous a), CE, ne fait tomber cet accord sous l'interdiction énoncée à cette disposition que si toutes les autres conditions d'application de celle-ci sont réunies, à savoir que cet accord ait pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et qu'il soit de nature à affecter le commerce entre les États.

56 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre aux quatrième et cinquième questions que les clauses contractuelles relatives aux prix de vente des produits au public, telles que celles en cause au principal, peuvent bénéficier de l'exemption par catégories en vertu des règlements n°s 1984/83 et 2790/1999 si le fournisseur se limite à imposer un prix de vente maximal ou à recommander un prix de vente et si, partant, le revendeur dispose d'une réelle possibilité de déterminer ce prix de vente. En revanche, de telles clauses ne peuvent pas bénéficier de ladite exemption si elles aboutissent, directement ou par des moyens indirects ou dissimulés, à une fixation du prix de vente au public ou à une imposition du prix de vente minimal par le fournisseur. Il appartient à la juridiction de renvoi de rechercher si de telles contraintes pèsent sur le revendeur, en tenant compte de l'ensemble des obligations contractuelles prises dans leur contexte économique et juridique, ainsi que du comportement des parties au principal.

Sur les dépens

57 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (septième chambre) dit pour droit:

1) Un contrat, tel que celui en cause au principal, prévoyant la constitution d'un droit réel, dit «droit de superficie», en faveur d'un fournisseur de produits pétroliers pour une durée de 25 ans et autorisant ce dernier à construire une station-service et à donner celle-ci en location au propriétaire du sol pour une durée équivalente à celle de ce droit, dans l'hypothèse où il contient des clauses relatives à la fixation du prix de vente des produits au public et/ou à une obligation d'achat exclusif ou de non-concurrence dont la durée d'application excède les limites temporelles prévues par le règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article [81] paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1582/97 de la Commission, du 30 juillet 1997, ainsi que par le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées,

échappe à l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, à condition qu'il ne soit pas susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et qu'il n'ait pas pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer en tenant compte notamment du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit ce contrat.

2) L'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1984/83, tel que modifié par le règlement n° 1582/97, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, aux fins de la mise en œuvre de la dérogation qu'il prévoyait, à ce que la durée d'application d'un accord d'exclusivité excède les limites temporelles prévues par ledit règlement dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain a cédé à un fournisseur un droit de superficie pour une durée de 25 ans, ce dernier s'obligeant à construire une station-service donnée en location au propriétaire du sol pour qu'il l'exploite pendant une durée équivalente à celle de ce droit.

3) L'article 5, sous a), du règlement n° 2790/1999 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose, aux fins de la mise en œuvre de la dérogation qu'il prévoit, à ce que la durée d'application d'un accord d'exclusivité excède les limites temporelles prévues par ce règlement dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain a cédé à un fournisseur un droit de superficie pour une durée de 25 ans, ce dernier s'obligeant à construire une station-service donnée en location au propriétaire du sol pour qu'il l'exploite pendant une durée équivalente à celle de ce droit.

4) Les clauses contractuelles relatives aux prix de vente des produits au public, telles que celles en cause au principal, peuvent bénéficier de l'exemption par catégories en vertu du règlement n° 1984/83, tel que modifié par le règlement n° 1582/97, ainsi que du règlement n° 2790/1999 si le fournisseur se limite à imposer un prix de vente maximal ou à recommander un prix de vente et si, partant, le revendeur dispose d'une réelle possibilité de déterminer ce prix de vente. En revanche, de telles clauses ne peuvent pas bénéficier de ladite exemption si elles aboutissent, directement ou par des moyens indirects ou dissimulés, à une fixation du prix de vente au public ou à une imposition du prix de vente minimal par le fournisseur. Il appartient à la juridiction de renvoi de rechercher si de telles contraintes pèsent sur le revendeur, en tenant compte de l'ensemble des obligations contractuelles prises dans leur contexte économique et juridique, ainsi que du comportement des parties au principal.

SEANCE 8

Les ententes horizontales

JURISPRUDENCE

Faire une note de synthèse des arrêts suivants

1. CJCE. 14 juillet 1972, Imperial Chemicals Industries ICI « matières colorantes » aff. 48/69
2. CJCE. 25 octobre 1983. - AEG-Telefunken c. Commission des Communautés européennes. Affaire 107/82.
3. CJCE, 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö « pâte de bois » aff. C-89/85
4. CJCE. 8 juillet 1999. ANIC Partecipazioni . Affaire C-49/92 P.
6. TPICE. 6 décembre 2005 Brouwerij Haacht NV affaire T-48/02
7. CJCE. 18 mai 2006 Archer Daniels Midland Co affaire C-397/03 P
8. TPICE . 8 octobre 2008 SGL Carbon AG affaire T-68/04.
9. CJCE. 20 novembre 2008 Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd affaire C-209/07.
10. TPICE. 6 mai 2009 Outokumpu Oyj affaire T-122/04.
11. CJCE . 4 juin 2009 T-Mobile Netherlands affaire C-8/08.
12. CJCE . 3 septembre 2009 Marché du papier autocopiant affaires jointes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P.
13. CJCE . 24 septembre 2009 Club Lombard. affaires jointes C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P.
- 14 . CJ. 17 juin 2010. Lafarge. Aff. C-413/08 P

TEXTES OFFICIELS

1. Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes [Journal officiel C 45 du 19.02.2002].
2. Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE aux accords de coopération horizontale. 2001/C 3/02

COMMENTAIRE D'ARRET

Commentez l'arrêt suivant :

Tr., 8 septembre 2010, Deltafina SpA, aff. T-29/05

**Tr., 8 septembre 2010,
Deltafina SpA c/ Commission européenne,
Aff. T-29/05**

Antécédents du litige

1 La requérante, Deltafina SpA, est une société italienne qui a pour activités principales la première transformation de tabac brut et la commercialisation de tabac transformé. Elle est détenue à 100 % par la société américaine Universal Corp., et ce par l'intermédiaire d'une filiale à 100 % de cette dernière, la société américaine Universal Leaf Tobacco Company Inc. (ci-après « Universal Leaf »).

2 Universal Leaf détient également la totalité du capital de Tabacos Españoles, SL (ci-après « Taes »), l'une des quatre entreprises de première transformation de tabac brut en Espagne (ci-après les « transformateurs » ou les « transformateurs espagnols »).

3 Il sera fait référence ci-après au groupe auquel appartiennent les différentes sociétés mentionnées aux points 1 et 2 ci-dessus par les termes « groupe Universal ».

4 Les 3 et 4 octobre 2001, la Commission des Communautés européennes, disposant d'informations selon lesquelles les transformateurs et les producteurs espagnols de tabac brut auraient commis des infractions à l'article 81 CE, a effectué des vérifications au titre de l'article 14 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81 CE] et [82 CE] (JO 1962, 13, p. 204), dans les locaux de trois de ces transformateurs, à savoir Compañía española de tabaco en rama, SA (ci-après « Cetarsa »), Agroexpansión, SA et World Wide Tobacco España, SA (ci-après « WWTE »), ainsi que de l'Asociación Nacional de Empresas Transformadoras de Tabaco (ci-après l'« Anetab »).

5 La Commission a également procédé à des vérifications dans les locaux de la Maison des métiers du tabac et de la Fédération européenne des transformateurs de tabac, le 3 octobre 2001, ainsi que de la Federación nacional de cultivadores de tabaco (ci-après la « FNCT »), le 5 octobre 2001.

6 Par lettre du 16 janvier 2002, les transformateurs et l'Anetab, invoquant la communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JO 1996, C 207, p. 4, ci-après la « communication sur la coopération »), ont fait connaître à cette dernière leur volonté de coopérer.

7 Par lettre du 21 janvier 2002, ils ont fourni certaines informations à la Commission.

8 Par lettre du 15 février 2002, Universal Leaf a informé la Commission qu'elle soutenait pleinement l'initiative de Taes de coopérer dans le cadre de la communication sur la coopération. Elle lui a également indiqué que Deltafina participait avec Taes à la rédaction d'un mémoire décrivant le rôle et les activités de cette dernière sur le marché espagnol du

tabac et qu'elle espérait que Deltafina pourrait ainsi également bénéficier des avantages découlant de la communication sur la coopération.

9 Le 18 février 2002, Taes a envoyé à la Commission le mémoire visé au point 8 ci-dessus.

10 Par la suite, la Commission a adressé plusieurs demandes de renseignements aux transformateurs espagnols, à l'Anetab et à la FNCT sur le fondement de l'article 11 du règlement n° 17. Elle a également demandé des renseignements au ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation espagnol (ci-après le « ministère de l'Agriculture ») à propos de la réglementation espagnole en matière de produits agricoles.

11 Le 11 décembre 2003, la Commission a engagé la procédure à l'origine de la présente affaire et a adopté une communication des griefs qu'elle a adressée à 20 entreprises ou associations, dont les transformateurs espagnols, Deltafina, Universal, Universal Leaf, l'Anetab et la FNCT.

12 Les entreprises et associations en cause ont eu accès au dossier d'instruction de la Commission sous la forme d'une copie sur CD-ROM, qui leur a été envoyée, et ont transmis des observations écrites en réponse aux griefs soulevés par cette dernière. Les observations écrites présentées par Deltafina l'ont été le 1^{er} mars 2004.

13 Une audition – à laquelle Deltafina a participé – s'est tenue le 29 mars 2004.

14 Après avoir consulté le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, et au vu du rapport final du conseiller-auditeur, la Commission a adopté, le 20 octobre 2004, la décision C (2004) 4030 final, relative à une procédure d'application de l'article 81, paragraphe 1, [CE] (affaire COMP/C.38.238/B.2 – Tabac brut – Espagne) (ci-après la « décision attaquée »), dont un résumé est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* du 19 avril 2007 (JO L 102, p. 14).

15 La décision attaquée concerne deux ententes horizontales conclues et mises en œuvre sur le marché espagnol du tabac brut.

16 La première entente, qui impliquait les transformateurs et Deltafina, avait pour objet de fixer, chaque année, pendant la période 1996/2001, le prix moyen de livraison (maximal) de chaque variété de tabac brut, toutes qualités confondues, ainsi que de répartir les quantités de chaque variété de tabac brut que chacun des transformateurs pouvait acheter auprès des producteurs (voir, notamment, considérants 74 à 76 et 276 de la décision attaquée). De 1999 à 2001, les transformateurs et Deltafina étaient également convenus des fourchettes de prix par grade qualitatif de chaque variété de tabac brut figurant dans les tableaux annexés aux « contrats de culture » ainsi que des « conditions complémentaires », à savoir le prix minimal moyen par producteur et le prix minimal moyen par groupement de producteurs (voir, notamment, considérants 77 à 83 et 276 de la décision attaquée).

17 Il sera fait référence ci-après à l'entente décrite au point 16 ci-dessus par les termes « entente des transformateurs ».

18 La seconde entente identifiée dans la décision attaquée impliquait les trois syndicats agricoles espagnols, à savoir l'Asociación agraria de jóvenes agricultores (ci-après l'« ASAJA »), l'Unión de pequeños agricultores (ci-après l'« UPA ») et la Coordinadora de organizaciones de agricultores y ganaderos (ci-après la « COAG »), ainsi que la Confederación de cooperativas agrarias de España (ci-après la « CCAE »). Cette entente avait pour objet de fixer chaque année, pendant la période 1996/2001, les fourchettes de prix par grade qualitatif de chaque variété de tabac brut figurant dans les tableaux annexés aux « contrats de culture » ainsi que les « conditions complémentaires » (voir, notamment, considérants 77 à 83 et 277 de la décision attaquée).

19 Il sera fait référence ci-après à l'entente décrite au point 18 ci-dessus par les termes « entente des représentants des producteurs ».

20 Dans la décision attaquée, la Commission considère que chacune de ces ententes constitue une infraction unique et continue à l'article 81, paragraphe 1, CE (voir, notamment, considérants 275 à 277 de la décision attaquée).

21 À l'article 1^{er} de cette décision, elle impute la responsabilité de l'entente des transformateurs à neuf entreprises, dont les transformateurs espagnols et Deltafina, et celle de l'entente des représentants des producteurs à l'ASAJA, l'UPA, la COAG et la CCAE (ci-après, prises ensemble, les « représentants des producteurs »).

22 À l'article 2 de la décision attaquée, la Commission ordonne à ces entreprises et aux représentants des producteurs de mettre immédiatement fin, s'ils ne l'ont pas déjà fait, aux infractions visées à l'article 1^{er} et de s'abstenir désormais de toute pratique restrictive ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

23 À l'article 3 de la décision attaquée, les amendes suivantes sont infligées :

- Deltafina : 11 880 000 euros ;
- Cetarsa : 3 631 500 euros ;
- Agroexpansión : 2 592 000 euros ;
- WWTE : 1 822 500 euros ;
- Taes : 108 000 euros ;
- l'ASAJA : 1 000 euros ;
- l'UPA : 1 000 euros ;
- la COAG : 1 000 euros ;
- la CCAE : 1 000 euros.

24 Le montant de l'amende infligée à Deltafina prend en compte, notamment, le rôle de meneur qu'elle aurait joué dans l'entente des transformateurs (considérants 435 et 436 de la décision attaquée). Eu égard à ce rôle, la Commission augmente le montant de base de l'amende de 50 % au titre des circonstances aggravantes. Deltafina bénéficie toutefois d'une réduction de 40 % du montant de base de l'amende au titre des circonstances atténuantes (considérants 437 et 438 de la décision attaquée) et de 10 % du montant de l'amende au titre de sa coopération dans le cadre de la procédure administrative (considérants 448 à 456 de la décision attaquée).

25 Il ressort également de l'article 3 de la décision attaquée que les sociétés mères de WWTE sont solidairement responsables du paiement de l'amende infligée à WWTE et la société mère d'Agroexpansión du paiement de celle infligée à Agroexpansión.

Procédure et conclusions des parties

26 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 20 janvier 2005, Deltafina a introduit le présent recours.

27 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (quatrième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 64 de son règlement de procédure, a invité les parties à déposer certains documents et leur a posé des questions. Les parties ont déféré à ces demandes dans le délai imparti.

28 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience qui s'est tenue le 9 juin 2009.

29 Deltafina conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler la décision attaquée ;
- à titre subsidiaire, réduire le montant de l'amende ;
- condamner la Commission aux dépens.

30 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- rejeter le recours comme partiellement irrecevable et, en tout état de cause, comme dénué de tout fondement ;
- condamner la requérante aux dépens ;
- à défaut, condamner chaque partie à supporter ses propres dépens si la requérante succombe en ses moyens dans la même mesure que la Commission ou condamner la requérante à supporter ses propres dépens ainsi qu'une partie de ceux de la Commission si la requérante succombe en la plupart de ses moyens.

En droit

31 À l'appui de son recours, Deltafina invoque onze moyens, tirés :

- le premier, d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE, de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du 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 [CE] et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1), et des principes de légalité et de responsabilité personnelle ainsi que d'un défaut de motivation et d'un détournement de pouvoir ;
- le deuxième, d'une violation de l'article 27, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1/2003, des droits de la défense et du droit à un procès équitable, des formes substantielles et des principes de légalité, de sécurité juridique et de proportionnalité ainsi que d'un défaut de motivation et d'un détournement de pouvoir ;
- le troisième, d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE, de l'article 2 du règlement n° 1/2003 et du point 43 des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JO 2004, C 101, p. 81) ainsi que d'un défaut de motivation ;
- le quatrième, d'une violation de l'article 2 et de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, du point 1 A et du point 5, sous d), des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5, [CA] (JO 1998, C 9, p. 3, ci-après les « lignes directrices ») et des principes de proportionnalité, d'« égalité de traitement et de sanction » ainsi que d'un défaut de motivation et d'un détournement de pouvoir ;
- le cinquième, d'une violation de l'article 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, du point 1 B des lignes directrices et du principe d'égalité de traitement ainsi que d'un détournement de pouvoir ;
- le sixième, d'une violation de l'article 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 et du point 2 des lignes directrices ainsi que d'un défaut de motivation et d'un détournement de pouvoir ;
- le septième, d'une violation de l'article 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 et du point 3 des lignes directrices ainsi que d'un détournement de pouvoir ;
- le huitième, d'une violation de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 et du point 5, sous a), des lignes directrices ;
- le neuvième, d'une violation de l'article 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, du préambule et du point 4 des lignes directrices, du point B, sous e), et du point D de la communication sur la coopération et du principe d'égalité de traitement ainsi que d'un défaut de motivation et d'un détournement de pouvoir ;

- le dixième, d'une violation de l'article 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, du point 5, sous b), des lignes directrices et du principe de proportionnalité ainsi que d'un détournement de pouvoir ;
- et le onzième, d'une violation des principes d'égalité de traitement, de non-rétroactivité des peines et de protection de la confiance légitime ainsi que d'un détournement de pouvoir.

32 Les trois premiers moyens sont invoqués à titre principal et se rattachent aux conclusions visant à l'annulation de la décision attaquée. Les sept moyens suivants sont soulevés à titre subsidiaire et se rattachent aux conclusions visant à la réduction du montant de l'amende. Le dernier moyen est invoqué à titre très subsidiaire, dans l'hypothèse où les sept moyens précédents seraient écartés, et tend également à la réduction du montant de l'amende.

1. *Sur la recevabilité des griefs tirés d'un détournement de pouvoir*

33 Dans le cadre des différents moyens qu'elle invoque au soutien de son recours, à l'exception des troisième et huitième moyens, Deltafina reproche notamment à la Commission d'avoir commis un détournement de pouvoir.

34 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la notion de détournement de pouvoir se réfère au fait, pour une autorité administrative, d'avoir usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. Une décision n'est entachée de détournement de pouvoir que si elle apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été prise dans le but exclusif, ou à tout le moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées ou d'éluder une procédure spécialement prévue par le traité CE pour parer aux circonstances de l'espèce (arrêts de la Cour du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Rec. p. I-4023, point 24, et du 25 janvier 2007, Dalmine/Commission, C-407/04 P, Rec. p. I-829, point 99).

35 En l'occurrence, force est de constater que Deltafina se borne à invoquer de manière abstraite une série de griefs tirés d'un détournement de pouvoir, sans apporter le moindre indice ou développement au soutien de ceux-ci ni même préciser quel serait le but réellement poursuivi par la Commission en adoptant la décision attaquée. Ces griefs, tels qu'ils sont ainsi présentés, ne remplissent pas les exigences de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure, en ce qu'ils ne sont pas suffisamment clairs et précis pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au Tribunal de statuer sur le recours, le cas échéant sans autre information à l'appui. Partant, ils doivent être déclarés irrecevables (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 14 mai 1998, Mo och Domsjö/Commission, T-352/94, Rec. p. II-1989, points 333 et 334).

2. *Sur les conclusions tendant à l'annulation de la décision attaquée*

Sur le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE, de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1/2003, et des principes de légalité et de responsabilité personnelle ainsi que d'un défaut de motivation

36 Le premier moyen soulevé par Deltafina s'articule en quatre branches. Dans le cadre de la première branche, elle critique le fait que la Commission la tienne responsable d'une infraction commise sur un marché sur lequel elle n'est pas présente. Dans le cadre de la deuxième branche, elle prétend que les comportements qui, selon elle, lui sont imputés ne sont pas prévus par l'article 81, paragraphe 1, CE ni par l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1/2003. Dans le cadre de la troisième branche, elle considère que la Commission l'a erronément qualifiée de meneur de l'entente des transformateurs. Enfin, dans le cadre de la quatrième branche, elle prétend que la Commission a omis de définir le marché en cause dans la décision attaquée.

37 Le Tribunal examinera, ensemble, les deux premières branches, puis, séparément, la troisième et la quatrième branches.

38 En ce qui concerne le grief tiré d'une violation de l'obligation de motivation, que Deltafina invoque dans le cadre du présent moyen, sans le rattacher à l'une quelconque de ses quatre branches, force est de constater qu'elle ne fournit pas le moindre développement de nature à l'expliquer. Il convient, dès lors, de le rejeter comme irrecevable au regard de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure (voir point 35 ci-dessus).

Sur les première et deuxième branches, tirées, respectivement, de ce que la Commission tient Deltafina responsable d'une infraction commise sur un marché sur lequel elle n'est pas présente et de ce que les comportements qui sont imputés à Deltafina ne sont pas prévus par l'article 81, paragraphe 1, CE ni par l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1/2003

– Arguments des parties

39 En premier lieu, Deltafina fait valoir qu'elle n'est pas active sur le marché de l'achat et de la transformation de tabac brut en Espagne, de sorte que, à supposer que ce marché constitue le marché en cause, elle ne saurait être tenue responsable des comportements qui y ont été adoptés.

40 En second lieu, Deltafina prétend ne pas avoir participé à l'élaboration des accords conclus entre les transformateurs et ne pas les avoir mis en œuvre, n'étant pas autorisée à opérer comme transformateur en Espagne et n'ayant donc pas qualité pour négocier et conclure des contrats avec les producteurs espagnols de tabac brut ni pour participer à la répartition des quantités de tabac brut à acheter. Elle soutient qu'il ne saurait lui être imputé un rôle d'« auteur ou [de] coauteur des agissements », et encore moins de meneur de l'entente des transformateurs, mais tout au plus celui d'une « personne objectivement et subjectivement extérieure au cartel, mais qui facilite indirectement les agissements des auteurs, avec la présence à des réunions, l'échange d'informations et de communications, une médiation entre les participants, la conservation de documents et de données ». Or, ces comportements ne seraient pas envisagés par l'article 81, paragraphe 1, CE ni par l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1/2003 et ne sauraient, dès lors, faire l'objet de sanctions.

41 Au soutien de ses allégations, Deltafina invoque la décision 2005/349/CE de la Commission, du 10 décembre 2003, relative à une procédure d'application de l'article

81 [CE] et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/E-2/37.857 – Peroxydes organiques) (JO 2005, L 110, p. 44, ci-après la « décision peroxydes organiques »). Elle expose que, dans cette décision, la Commission a retenu une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE à l'égard d'une société extérieure à l'entente concernée, à savoir l'entreprise de conseil AC-Treuhand AG, en raison de certains comportements adoptés par cette dernière qui présenteraient des similitudes avec les comportements qui lui sont reprochés. Elle relève que cette entreprise de conseil, en dépit du fait qu'elle avait joué un rôle crucial dans l'organisation et la mise en œuvre de l'entente et qu'elle avait été considérée comme étant la « gardienne » de celle-ci, ne s'est vu infliger qu'une amende symbolique d'un montant de 1 000 euros en raison du « caractère relativement inédit de la situation ».

42 En premier lieu, la Commission rétorque que la thèse de Deltafina selon laquelle l'article 81, paragraphe 1, CE n'est pas applicable aux entreprises qui ne sont pas directement actives sur le marché pertinent ne trouve aucun appui dans le libellé de cette disposition. Ce qui importerait aux fins de l'application de celle-ci, c'est que l'entreprise en cause ait participé à une pratique restrictive de la concurrence ayant, au moins potentiellement, un effet sensible sur les échanges entre États membres.

43 En second lieu, la Commission prétend que l'allégation de Deltafina selon laquelle les comportements qui lui sont reprochés ne relèvent pas de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE non seulement est dénuée de tout fondement, mais est également contredite par plusieurs indications figurant dans la requête.

44 Par ailleurs, la Commission relève que Deltafina elle-même considère que son rôle peut être assimilé à celui qui avait été adopté par AC-Treuhand dans l'affaire ayant donné lieu à la décision peroxydes organiques et qu'un tel rôle peut être sanctionné au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE.

– Appréciation du Tribunal

45 S'agissant de la première branche du présent moyen, il y a lieu de relever qu'il est constant entre les parties que, en Espagne, qui constitue le marché géographique en cause en l'espèce, Deltafina n'achète pas de tabac brut auprès des producteurs ni n'exerce d'activités de première transformation de tabac brut. Dans cet État membre, Deltafina n'est active qu'au stade suivant de la filière, en l'occurrence celui de l'achat de tabac transformé en vue de sa revente aux manufactures de tabac.

46 Force est de constater, dès lors, que Deltafina n'est pas présente sur le marché en cause, à savoir, comme il sera exposé au point 82 ci-après, le marché espagnol de l'achat et de la première transformation de tabac brut.

47 Toutefois, il ne saurait être déduit de cette constatation que la Commission n'était pas en droit de sanctionner Deltafina pour violation de l'article 81, paragraphe 1, CE.

48 En effet, ainsi que le Tribunal l'a déjà jugé au point 122 de son arrêt du 8 juillet 2008, AC-Treuhand/Commission (T-99/04, Rec. p. II-1501), une entreprise est susceptible de violer l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque son comportement, tel que coordonné avec celui d'autres entreprises, a pour but de restreindre la concurrence sur un

marché pertinent particulier à l'intérieur du marché commun, sans que cela présuppose nécessairement qu'elle soit elle-même active sur ledit marché pertinent.

49 Dans le même sens, le Tribunal a précisé, au point 127 de l'arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, qu'il n'était pas exclu qu'une entreprise puisse participer à la mise en œuvre d'une restriction de la concurrence même si elle ne restreint pas sa propre liberté d'action sur le marché sur lequel elle est principalement active. En effet, toute autre interprétation serait susceptible de réduire la portée de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE dans une mesure contraire à son effet utile et à son objectif principal, tel que lu au regard de l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE, d'assurer le maintien d'une concurrence non faussée à l'intérieur du marché commun, étant donné qu'elle ne permettrait pas de poursuivre une contribution active d'une entreprise à une restriction de concurrence du seul fait que cette contribution n'émane pas d'une activité économique relevant du marché pertinent sur lequel cette restriction se matérialise ou a pour objet de se matérialiser. Au point 128 du même arrêt, le Tribunal a conclu qu'une lecture des termes « accords entre entreprises » à la lumière des objectifs poursuivis par l'article 81, paragraphe 1, CE et par l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE tendait à confirmer l'existence d'une conception de l'entente et de l'entreprise auteur d'une infraction qui n'opère pas de différenciation selon le secteur ou le marché sur lequel les entreprises concernées sont actives.

50 Or, en l'espèce, ainsi qu'il sera expliqué plus en détail aux points 122 à 133 ci-après, il est avéré que Deltafina a activement et directement participé, avec les transformateurs, à une entente dont elle savait, ou ne pouvait ignorer, que l'objectif était d'éliminer ou de restreindre la concurrence dans le secteur du tabac brut en Espagne.

51 L'appréciation du Tribunal exposée au point 48 ci-dessus est d'autant plus pertinente en l'espèce que, alors qu'AC-Treuhand, en sa qualité d'entreprise de conseil, n'était nullement active sur le marché de produit concerné, à savoir celui des peroxydes organiques, en tant que concurrent ou du côté de l'offre ou de la demande, en revanche, Deltafina, en tant que principale cliente des transformateurs espagnols, était active en Espagne sur un marché situé immédiatement en aval de celui sur lequel les pratiques restrictives de concurrence litigieuses ont été mises en œuvre. En outre, en Italie, Deltafina était présente sur le même marché de produit en cause que celui du cas d'espèce.

52 Il s'ensuit que la première branche du premier moyen doit être rejetée comme non fondée.

53 S'agissant de la seconde branche du présent moyen, celle-ci repose sur la prémisse selon laquelle Deltafina n'a pas activement et directement participé à l'entente des transformateurs, au même titre que ces derniers, mais s'est limitée à en faciliter « indirectement » la mise en œuvre.

54 Or, ainsi qu'il a déjà été relevé au point 50 ci-dessus et qu'il sera établi aux points 122 à 133 ci-après, cette prémisse est erronée.

55 En tout état de cause, la thèse de Deltafina selon laquelle les entreprises qui ne contribuent à une entente que de manière subordonnée, accessoire ou passive ne violent

pas l'article 81, paragraphe 1, CE et ne sont donc pas passibles d'une amende en vertu de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 est, elle aussi, erronée.

56 Ainsi, dans l'arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, le Tribunal a rejeté une thèse similaire, et ce après avoir rappelé la jurisprudence concernant les conditions que doit remplir la participation d'une entreprise à une entente pour que celle-ci puisse être tenue pour responsable de l'ensemble de l'infraction en tant que coauteur (points 129 à 136).

57 Plus particulièrement, dans cet arrêt, le Tribunal a rappelé que l'imputation à une entreprise ayant participé à une entente de l'infraction dans son ensemble était conforme aux exigences du principe de responsabilité personnelle lorsque deux conditions étaient satisfaites, la première de nature objective et la seconde de nature subjective.

58 S'agissant de la première condition, le Tribunal a constaté que, selon la jurisprudence, celle-ci était remplie, s'agissant de la relation entre concurrents opérant sur un même marché pertinent ainsi qu'entre de tels concurrents et leurs clients, dès lors que l'entreprise participante a contribué à la mise en œuvre de l'entente, même de façon subordonnée, accessoire ou passive, par exemple par une approbation tacite et par une absence de dénonciation de cette entente aux autorités (arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, point 133).

59 Pour parvenir à cette constatation, le Tribunal, tout d'abord, a relevé qu'il suffisait que la Commission démontre que l'entreprise concernée a participé à des réunions au cours desquelles des accords de nature anticoncurrentielle ont été conclus, sans s'y être manifestement opposée, pour prouver à suffisance la participation de ladite entreprise à l'entente (arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, point 130). Le Tribunal a ajouté que, afin d'établir la participation d'une entreprise à un accord unique, constitué d'un ensemble de comportements infractionnels étalés dans le temps, la Commission devait prouver que cette entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque. À cet égard, le Tribunal a rappelé que l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, avait pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromettait sa découverte. Le Tribunal a souligné que cette complicité constituait un mode passif de participation à l'infraction qui était donc de nature à engager la responsabilité de l'entreprise dans le cadre d'un accord unique. Le Tribunal a précisé que ces principes s'appliquaient mutatis mutandis à l'égard de réunions auxquelles avaient participé non seulement des concurrents producteurs, mais également leurs clients.

60 Ensuite, le Tribunal a indiqué, au point 131 de l'arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, que, s'agissant de la détermination de responsabilité personnelle d'une entreprise dont la participation à l'entente n'a pas les mêmes étendue et intensité que celles des autres entreprises, il ressort de la jurisprudence que, si les accords et les pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, CE résultent nécessairement du concours de plusieurs entreprises, qui sont toutes coauteurs de l'infraction, mais dont la participation peut revêtir des formes différentes, en fonction notamment des caractéristiques du marché concerné et

de la position de chaque entreprise sur ce marché, des buts poursuivis et des modalités d'exécution choisies ou envisagées, la simple circonstance que chaque entreprise participe à l'infraction dans des formes qui lui sont propres ne suffit pas pour exclure sa responsabilité pour l'ensemble de l'infraction, y compris pour les comportements qui sont matériellement mis en œuvre par d'autres entreprises participantes, mais qui partagent le même objet ou le même effet anticoncurrentiel.

61 Enfin, le Tribunal en a conclu, au point 132 de l'arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, que le fait qu'une entreprise n'a pas participé à tous les éléments constitutifs d'une entente ou qu'elle a joué un rôle mineur dans les aspects auxquels elle a participé n'était pas pertinent pour établir l'existence d'une infraction à son égard. Toutefois, le Tribunal a ajouté que, si l'importance, le cas échéant, limitée de la participation de l'entreprise concernée ne pouvait ainsi remettre en cause sa responsabilité personnelle pour l'ensemble de l'infraction, elle était néanmoins de nature à avoir une influence sur l'appréciation de son étendue et de sa gravité et, partant, sur la détermination du niveau de la sanction.

62 S'agissant de la seconde condition, le Tribunal a rappelé, au point 134 de l'arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, que l'imputation de l'ensemble de l'infraction à l'entreprise participante dépendait en outre de la manifestation de sa volonté propre, qui démontre qu'elle souscrit, ne fût-ce que tacitement, aux objectifs de l'entente. Le Tribunal a précisé que cette condition subjective, d'une part, était inhérente au critère de l'approbation tacite de l'entente et à celui d'absence de distanciation publique de son contenu, en ce que ces critères impliquent la présomption que l'entreprise concernée continue à souscrire aux objectifs et à la mise en œuvre de l'entente, et, d'autre part, constituait la justification permettant de tenir pour coresponsable l'entreprise concernée, puisqu'elle entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle connaissait les comportements infractionnels des autres participants ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque.

63 Au point 136 de l'arrêt AC-Treuhand/Commission, point 48 supra, le Tribunal a relevé que les principes exposés aux points 57 à 62 ci-dessus s'appliquaient mutatis mutandis à la participation d'une entreprise dont l'activité économique et l'expertise professionnelle lui permettaient de ne pas pouvoir ignorer le caractère anticoncurrentiel des comportements en cause et d'apporter ainsi un soutien non négligeable à la commission de l'infraction.

64 Il résulte de ce qui précède que la deuxième branche du premier moyen doit également être rejetée comme non fondée.

Sur la troisième branche, tirée de ce que la Commission a erronément qualifié Deltafina de meneur de l'entente des transformateurs

– Arguments des parties

65 Deltafina affirme que la Commission l'a erronément qualifiée de meneur de l'entente des transformateurs.

66 Au soutien de son affirmation, elle invoque les éléments suivants, qui distingueraient sa situation de celle d'autres entreprises qui ont été considérées comme meneurs d'une entente dans d'autres affaires :

- elle n'a pas eu un rôle de promoteur des comportements reprochés aux transformateurs ;
- elle n'a pas incité – et encore moins contraint – une quelconque entreprise à se joindre à l'entente des transformateurs ;
- elle n'a pas exercé de pressions sur qui que ce soit et, en tout état de cause, ne disposait pas du pouvoir de le faire ;
- elle n'a eu aucun rôle dans la direction ou le contrôle de l'entente des transformateurs, laquelle ne disposait d'ailleurs pas d'« organes institutionnels de direction » ;
- son président, M. M., n'a assisté qu'à quatre réunions de l'entente des transformateurs et n'aurait pu en « orchestrer les stratégies » ;
- elle n'aurait pu adopter un comportement de « meneur tarifaire » (price leader) du côté de la demande, puisque, n'opérant pas au même stade de la filière que les transformateurs espagnols, elle n'achetait pas de tabac brut auprès des producteurs ;
- elle n'a jamais disposé du pouvoir de droit ou de fait de prendre des sanctions ou des mesures de rétorsion à l'encontre des membres de l'entente des transformateurs qui ne se seraient pas conformés aux actions communes.

67 Par ailleurs, Deltafina conteste l'allégation de la Commission selon laquelle le rôle de meneur qui lui est imputé n'a été pris en considération, dans la décision attaquée, qu'en tant que circonstance aggravante. Elle prétend que ce rôle est, en fait, le seul reproche qui lui a été adressé.

68 Tout d'abord, la Commission rétorque que, à supposer même qu'elle ait commis une erreur en qualifiant Deltafina de meneur de l'entente des transformateurs, cela ne saurait exonérer cette dernière de toute responsabilité en ce qui concerne les infractions qui lui sont reprochées, mais pourrait, tout au plus, conduire à une réduction du montant de l'amende. Le fait que Deltafina était le meneur de l'entente des transformateurs n'aurait, en effet, été pris en compte, dans la décision attaquée, qu'en tant que circonstance aggravante lors du calcul de l'amende.

69 Ensuite, la Commission considère que, en tout état de cause, la présente branche doit être rejetée comme non fondée. À cet égard, d'une part, elle rappelle que, selon la jurisprudence, sa pratique décisionnelle antérieure ne sert pas en elle-même de cadre juridique aux amendes en matière de concurrence. D'autre part, elle renvoie au considérant 435 de la décision attaquée, qui, selon elle, indique de manière suffisamment claire et précise les motifs pour lesquels Deltafina a été considérée comme meneur de l'entente des transformateurs.

– Appréciation du Tribunal

70 Il convient de relever que la présente branche est invoquée par Deltafina au soutien de ses conclusions tendant à l’annulation de la décision attaquée et que, à l’instar des deux premières branches, elle vise à démontrer que la Commission ne pouvait la tenir pour responsable de l’entente des transformateurs.

71 Or, ainsi que le fait valoir à juste titre la Commission, la qualité de meneur de l’entente des transformateurs attribuée à Deltafina n’a été prise en compte, dans la décision attaquée, que dans le contexte du calcul du montant de l’amende, et ce en tant que circonstance aggravante (voir considérants 435 et 436 de la décision attaquée). Contrairement à ce que laisse entendre Deltafina, ce n’est pas la constatation qu’elle a joué un rôle de meneur dans le cadre de l’entente des transformateurs qui a conduit la Commission à la déclarer responsable de l’infraction, mais la constatation, fondée notamment sur les différents éléments résumés aux considérants 359 à 369 de la décision attaquée, qu’elle a directement et activement participé à ladite entente. En d’autres termes, la qualité de meneur de l’entente des transformateurs attribuée à Deltafina a été sans incidence sur l’engagement de la responsabilité de cette dernière pour la commission de l’infraction.

72 Certes, les agissements de Deltafina sur lesquels la Commission s’est fondée pour la qualifier de meneur de l’entente des transformateurs sont en substance les mêmes que ceux sur le fondement desquels elle a conclu à sa participation à ladite entente. Il n’en reste pas moins que, ainsi que le relève à juste titre la Commission dans ses écritures, la question de savoir si une entreprise a participé à une entente et celle, le cas échéant, de l’étendue et de l’intensité de cette participation relèvent de deux appréciations distinctes, la première concernant l’établissement de l’existence d’une infraction à l’article 81, paragraphe 1, CE et la seconde la détermination du niveau de la sanction.

73 Il résulte des considérations qui précèdent que la troisième branche du premier moyen, quand bien même elle serait fondée, ne saurait entraîner l’annulation de la décision attaquée. Partant, elle doit être rejetée comme inopérante dans le cadre de ce moyen. Il sera, toutefois, tenu compte de cette troisième branche lors de l’examen du sixième moyen, qui repose en partie sur les mêmes arguments.

Sur la quatrième branche, tirée de ce que la Commission a omis de définir le marché en cause dans la décision attaquée

– Arguments des parties

74 Deltafina reproche à la Commission d’avoir omis de définir les marchés de produit et géographique en cause dans la décision attaquée.

75 À cet égard, tout d’abord, Deltafina se réfère aux points 27 et suivants de l’arrêt du Tribunal du 11 décembre 2003, *Adriatica di Navigazione/Commission* (T-61/99, Rec. p. II-5349). Elle affirme que, selon le point 30 de cet arrêt, des griefs à l’encontre de la définition du marché en cause retenue par la Commission peuvent viser des éléments propres à l’application de l’article 81, paragraphe 1, CE autres que l’existence d’un « accord » entre entreprises, « l’affectation du commerce entre États membres » et « l’atteinte à la

concurrence », à savoir notamment la portée de l'entente en question, son caractère unique ou global ainsi que la portée de la participation individuelle de chacune des entreprises concernées. Ces derniers éléments seraient intimement liés au principe de responsabilité personnelle pour la commission d'infractions collectives ainsi qu'à des principes généraux du droit comme les principes de sécurité juridique et de proportionnalité. Deltafina relève également que, selon le point 32 du même arrêt, « [i]l est donc souhaitable que la Commission, lorsqu'elle adopte une décision constatant la participation d'une entreprise à une infraction complexe, collective et ininterrompue, comme le sont souvent les cartels, au-delà de la vérification du respect des conditions spécifiques d'application de l'article [81, paragraphe 1, CE], prenne en considération le fait que, si une telle décision doit entraîner la responsabilité personnelle de chacun de ses destinataires, c'est uniquement pour leur participation établie aux comportements collectifs sanctionnés et correctement délimités ». Elle ajoute que, selon le même point, « [u]ne telle décision étant susceptible de générer des conséquences importantes sur les relations des entreprises concernées non seulement vis-à-vis de l'administration mais également vis-à-vis des tiers, il convient que la Commission examine le ou les marchés en cause et les identifie dans les motifs de la décision sanctionnant une infraction à l'article [81, paragraphe 1, CE] de manière suffisamment précise afin de saisir les conditions de fonctionnement du marché dans lequel la concurrence se trouve faussée, tout en répondant aux besoins essentiels de sécurité juridique ».

76 Ensuite, Deltafina prétend que, n'étant pas active sur le marché sur lequel les comportements restrictifs de concurrence sont intervenus, la Commission ne saurait, sans violer le principe de responsabilité personnelle, la déclarer responsable de ces comportements et lui infliger une sanction.

77 Enfin, invoquant le même motif, Deltafina fait également valoir que, dans la décision attaquée, la Commission n'établit pas le « lien entre [lesdits] comportements et les effets sur le marché qui, même en présence d'une infraction par son objet, doit se traduire par des conséquences préjudiciables sur le jeu de la concurrence ». Elle estime que la référence faite par la Commission, au considérant 368 de la décision attaquée, au point 136 de l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, *European Night Services e.a./Commission* (T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141), est dépourvue de pertinence.

78 En réponse aux arguments de Deltafina, tout d'abord, la Commission fait valoir que, dans la décision attaquée, elle définit de façon suffisamment claire et détaillée le contexte économique et juridique du marché sur lequel les pratiques restrictives en cause ont été mises en œuvre.

79 Ensuite, la Commission rejette l'allégation de Deltafina selon laquelle elle a porté atteinte au principe de responsabilité personnelle en la tenant pour responsable des comportements restrictifs de concurrence en cause alors que cette société n'était pas active sur le marché sur lequel ces comportements ont été relevés.

80 Enfin, la Commission considère comme « totalement dénué de sens » l'argument de Deltafina selon lequel, cette dernière n'étant pas présente sur le marché en cause, il n'y aurait pas de lien entre les comportements illicites concernés et leurs effets sur ce marché. Elle fait valoir que le fait que Deltafina ne soit pas directement active sur le marché sur lequel les pratiques restrictives de concurrence ont été constatées ne l'exonère pas de sa

responsabilité dans la mise en œuvre de ces pratiques ni ne doit conduire à conclure que ces dernières n'ont pas eu d'effets sur ledit marché. À ce propos, se référant notamment au point 136 de l'arrêt *European Night Services e.a./Commission*, point 77 *supra*, elle affirme que, selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire d'apprécier les effets concrets sur le marché d'accords qui, comme en l'espèce, restreignent manifestement la concurrence.

– Appréciation du Tribunal

81 Force est de constater que, contrairement à ce que soutient Deltafina, la Commission n'a pas omis d'identifier les marchés de produit et géographique en cause dans la décision attaquée.

82 En effet, il ressort de manière suffisamment claire et précise de cette décision que le marché en cause est le marché espagnol de l'achat et de la première transformation de tabac brut. En particulier, aux considérants 19 à 65 de la décision attaquée, la Commission décrit en détail les entreprises de première transformation de tabac brut en Espagne – en donnant notamment des précisions sur leurs activités d'achat et de transformation de tabac brut ainsi que sur les relations commerciales qu'elles entretiennent entre elles –, les producteurs de tabac brut, les représentants des producteurs, différents aspects du secteur du tabac brut en Espagne, dont les régions de production, le volume et la valeur de la production, la valeur des ventes, les différentes variétés de tabac brut et les prix moyens de livraison (maximaux) de chacune desdites variétés, ainsi que les cadres réglementaires communautaire et espagnol applicables au tabac brut.

83 Par ailleurs, l'analyse à laquelle la Commission a ainsi procédé dans la décision attaquée permet de pleinement saisir les conditions de fonctionnement du marché dans lequel la concurrence se trouve faussée, contrairement à ce que laisse entendre Deltafina en citant la dernière phrase du point 32 de l'arrêt *Adriatica di Navigazione/Commission*, point 75 *supra*.

84 Deltafina est d'autant moins fondée à prétendre que la Commission a omis d'identifier le marché en cause dans la décision attaquée qu'il ressort de nombreux passages de ses écritures qu'elle a parfaitement compris que celui-ci était le marché espagnol de l'achat et de la première transformation de tabac brut. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, toute l'argumentation qu'elle développe au soutien de la première branche du présent moyen repose précisément sur cette définition.

85 La quatrième branche du premier moyen est donc dépourvue de tout fondement en fait.

86 S'agissant de l'argument de Deltafina selon lequel la Commission a méconnu le principe de responsabilité personnelle en la tenant pour responsable d'une entente mise en œuvre sur un marché sur lequel elle n'était pas active, celui-ci ne saurait être accueilli. En effet, ainsi qu'il a déjà été exposé aux points 48 et 49 ci-dessus, une entreprise est susceptible de violer l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque son comportement, tel que coordonné avec celui d'autres entreprises, a pour but de restreindre la concurrence sur un marché pertinent particulier à l'intérieur du marché commun, sans

que cela présuppose nécessairement qu'elle soit elle-même active sur ledit marché pertinent. En réalité, ce qui importe, pour que l'imputation à une entreprise participant à une entente de l'infraction dans son ensemble soit conforme aux exigences du principe de responsabilité personnelle, c'est que ladite entreprise satisfasse aux deux conditions, objective et subjective, rappelées aux points 57 à 63 ci-dessus, ce qui est le cas s'agissant de Deltafina ainsi qu'il sera exposé aux points 122 à 133 ci-après.

87 Enfin, contrairement à ce que semble soutenir Deltafina (voir point 77 ci-dessus), il ne saurait être déduit du simple fait que cette dernière n'était pas active sur le marché en cause que l'entente des transformateurs n'était pas susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur la concurrence sur ce marché.

88 Eu égard aux considérations qui précèdent, la quatrième branche du premier moyen doit être rejetée comme non fondée.

89 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le premier moyen ne peut, en aucune de ses branches, être accueilli.

SEANCE 9

L'abus de position dominante

JURISPRUDENCE

Faire une note de synthèse des arrêts suivants

1. CJCE. 13 février 1979. Hoffmann-Laroche. Aff. 85/76
2. CJCE. 13 juillet 1991. Azko Chemie. Aff. 62/86
3. CJCE, 6 avril 1995, Magill, aff. C-241/91.
4. TPICE. 7 octobre 1999. Irish Sugar. Aff. T-228/97
5. CJCE. 16 mars 2000. Compagnie maritime belge des transports SA. Aff. C-395/96 P
6. TPICE. 30 septembre 2003. Michelin. Aff. T-203/01
7. CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, aff. C-418/01
8. CJCE, 25 novembre 2004, KPN Telecom, aff. C-109/03.
9. TPICE, 30 janvier 2007, France Telecom, aff. T 340/03.
10. CJCE. 15 mars 2007. British airways/ aff. C-95/04 P
11. TPICE. 11 juillet 2007 Alrosa Company Ltd affaire T-170/06.
12. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft, affaire T-201/04.
13. TPICE. 10 avril 2008. Deutsche Telecom. Aff. T-271/03
14. CJCE. 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia, aff. Jtes. C-468/06
15. CJCE. 11 décembre 2008 Kanal 5 Ltd affaire C-52/07.
16. CJCE. 2 avril 2009 France Télécom SA affaire C-202/07 P.
17. CJCE. 16 juillet 2009 Der Grüne Punkt affaire C-385/07 P.
18. TPICE. 9 septembre 2009 Clearstream Banking AG affaire T-301/04.
19. Tr. 25 juin 2010. Imperial Chemical Industries. Aff. T-66/01

TEXTE OFFICIEL

Communication de la Commission. Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 85 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009/C 45/02

COMMENTAIRE D'ARRET

Réalisez un commentaire groupé :

Cons. Conc., déc. n°07-D-09, 14 mars 2007 GlaxoSmithKline et CJCE, 2 avril 2009, France Telecom SA, aff. C-202/07 P

Cons. Conc., déc. n°07-D-09 du 14 mars 2007
relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France

[...]

164. La prédation peut être définie comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché, afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes.
165. Elle se distingue donc d'une simple politique unilatérale de prix bas ou d'une situation de "*guerre des prix*" que l'on peut observer sur certains marchés, qui traduisent simplement un fonctionnement de la concurrence favorable aux consommateurs. Plus généralement, toute stratégie reposant sur l'acceptation temporaire de pertes n'est pas non plus nécessairement anticoncurrentielle, comme par exemple lorsque les sacrifices financiers consentis par une entreprise sont nécessaires pour pouvoir pénétrer un nouveau marché, déclencher un abaissement des coûts de production par le biais d'un effet d'apprentissage, ou encore accroître sa base installée de clients pour engendrer un effet de réseau.
166. Ce qui caractérise la prédation dans une pratique de prix bas proposés à l'ensemble ou à certains consommateurs du marché, c'est l'existence d'un sacrifice volontairement consenti par l'entreprise dominante qui va décider de subir des pertes à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner des concurrents ou encore d'empêcher leur entrée sur le marché. Comme pour tout abus allégué de position dominante, cet effet escompté d'éviction est central dans l'examen de la pratique : le sacrifice consenti n'a, en effet, de sens que si l'entreprise prédatrice considère qu'il est possible pour elle de récupérer à plus long terme, sur le marché dominé, les pertes ou les moindres profits subis, une fois que l'éviction recherchée aura produit son effet, c'est-à-dire la capacité à exploiter son pouvoir de marché grâce à une situation devenue plus favorable après la sortie de concurrents. C'est cette récupération - possible - des pertes après disparition ou affaiblissement des concurrents qui explique pourquoi les autorités de concurrence, dont le but est de protéger le bien-être du consommateur final, prohibent la prédation : le consommateur souffrira en effet de prix plus élevés ou d'un choix moins large dans la période suivant la prédation.

42

167. Quelle que soit la forme prise par la stratégie mise en œuvre, il faut admettre qu'elle comporte un risque : celui d'exposer des pertes sans atteindre l'effet escompté. Il faut donc que l'entreprise prédatrice ait un intérêt à mener une telle politique (la défense d'une situation acquise qui pourrait être menacée par la concurrence) et la capacité financière de supporter les pertes initiales. C'est la raison pour laquelle une politique de prédation ne peut être raisonnablement poursuivie que par des entreprises financièrement puissantes et disposant d'un pouvoir de marché tel qu'elles peuvent, en réalité, dominer ce dernier.
168. La protection d'une telle position dominante peut conduire l'entreprise qui la détient à pratiquer des prix prédateurs soit sur le marché dominé, cas le plus simple mais qui peut s'avérer le plus coûteux pour le dominant, soit sur un marché connexe à celui-ci, notamment

un marché plus étroit, ce qui permettra, par exemple, d'envoyer des signaux aux concurrents potentiels sur le marché dominé ou de se forger une réputation d'entreprise agressive à un coût moindre que celui qui serait exposé s'il fallait baisser les prix sur le marché dominé, sur lequel les quantités vendues sont plus importantes.

169. Cette dernière situation était d'ailleurs celle constatée dans l'arrêt Akzo (CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86) qui a conduit le juge communautaire à définir le standard de preuve requis pour qualifier des prix prédateurs au sens de l'article 82 du traité CE. Dans un tel cas, l'autorité de concurrence doit démontrer, comme cela avait été fait dans l'affaire Akzo, en quoi la pratique constatée sur le marché connexe était de nature à protéger ou renforcer la position de l'auteur de la pratique sur le marché dominé.
170. Lorsque l'entreprise n'est active que sur le marché d'un seul produit, elle ne peut évidemment choisir un marché de produit plus étroit sur lequel faire porter sa pratique de prix prédateurs. Mais il lui est loisible de discriminer, en déterminant des segments de marché ou des clients (ceux qui pourraient devenir clients d'un concurrent) auxquels offrir des prix particulièrement bas.
171. Ainsi que cela résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la preuve de la prédation peut être apportée dans différents cas de figure, selon la position des prix de vente par rapport à différents niveaux envisageables de coûts (coût variable moyen, coût total moyen et, dans des cas plus complexes, coût incrémental).
172. Dans un premier cas, l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé si les prix de vente sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée sont inférieurs au coût moyen variable de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire, compatible avec les faits de l'espèce et étayée par une explication convaincante de son comportement.
173. Dans un second cas, si les prix de vente en cause sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise mais supérieurs à ses coûts variables, une telle constatation constitue un simple indice que cette politique de prix a un objet anticoncurrentiel. La pratique de prédation n'est établie que si l'autorité de concurrence apporte la preuve que le comportement de l'entreprise adopté en matière de prix s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies. En effet, dans la mesure où une pratique de prédation engendre des pertes pour l'entreprise qui la met en oeuvre, sa rationalité doit être recherchée avec soin par l'autorité de concurrence.
174. En s'appuyant sur l'arrêt Akzo précité, et en tenant compte de la pratique décisionnelle du Conseil de concurrence, que vient renforcer l'analyse économique la plus récente, il est possible de détailler les différentes étapes du raisonnement général à suivre pour pouvoir qualifier de prédation une pratique de prix bas.

43

175. Il convient en premier lieu d'effectuer une comparaison entre les prix pratiqués pendant la période alléguée de prédation et les coûts exposés par l'entreprise pour fournir le produit ou le service vendu ("*test de coût*"). Ce test exige que l'entreprise communique ses données de coût au Conseil de la concurrence, de manière sincère et vérifiable, au risque – si elle ne le fait pas – que ce dernier utilise toute autre donnée qui lui paraîtrait appropriée.

176. Si le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué par l'entreprise dominante est inférieur au coût moyen variable (ou "évitable", c'est-à-dire pouvant être évité en ne fournissant pas l'unité supplémentaire du produit ou du service en cause), il révèle que l'entreprise a accepté de faire des pertes qui auraient pu être évitées si elle avait eu un comportement économique différent. Le test apporte donc, dans la ligne de l'arrêt Akzo, la présomption que l'entreprise dominante a fait ce sacrifice en vue d'évincer le ou les concurrents qu'elle cherchait à éliminer. C'est le premier cas envisagé par l'arrêt Akzo.
177. Cette présomption peut, toutefois, être combattue par l'entreprise mise en cause par tout argument qu'elle juge pertinent, notamment en donnant une explication alternative à son comportement, qui doit être appuyée par des données vérifiables et non contredites par les observations factuelles de l'espèce, mais il lui incombe alors de supporter la charge de la preuve de cette explication alternative.
178. L'entreprise mise en cause peut ainsi soutenir qu'il lui est, en tout état de cause, impossible de récupérer les pertes engendrées par la pratique de prix, pour des raisons qu'elle doit expliquer. Elle peut aussi invoquer une situation concrète de marché dans laquelle il peut exister une rationalité économique à pratiquer – pour un temps limité – des prix inférieurs aux coûts, y compris variables, comme la nécessité de supporter des coûts d'apprentissage indispensables à la pénétration d'un nouveau marché ou au lancement d'un nouveau produit ou encore l'obligation de s'adapter à un changement brutal des conditions du marché (crise de la demande, nécessité d'écouler des stocks périssables, etc...).
179. Dans certains cas, l'entreprise peut se prévaloir d'une "*obligation d'alignement*" sur les prix du ou des concurrents, en expliquant que la baisse des prix pratiquée est la seule réponse possible pour minimiser des pertes qui pourraient être plus importantes en l'absence d'un tel alignement. Il faut néanmoins noter qu'un tel comportement doit être proportionné à l'objectif poursuivi pour être crédible et que la jurisprudence considère que l'argument de l'alignement n'est, en principe, pas recevable pour une entreprise en position dominante.
180. Lorsque le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué est compris entre le coût variable et le coût moyen complet, - situation envisagée en second lieu par l'arrêt Akzo - il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que la politique de prix de l'entreprise s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire un plan destiné à éliminer, discipliner ou décourager un concurrent.
181. Une telle preuve peut ressortir de documents, de notes ou encore d'éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice, qui peut être corroborée par les caractéristiques de la pratique, comme la restriction de la mise en oeuvre des prix prédateurs aux seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent, ou encore par l'existence de pratiques annexes qui sont de nature à accentuer l'effet d'éviction, comme des ventes liées ou des remises de couplage ou de fidélité.
182. Elle peut aussi être apportée par un faisceau d'indices tirés de l'absence d'autre rationalité économique de la pratique, de sa durée, de la possibilité qu'a l'entreprise de récupérer les pertes, des caractéristiques de l'entreprise visée par la pratique qui peut, de manière plus ou moins vraisemblable, constituer une proie vulnérable (dépendance financière, taille, connaissance du marché, etc.).
183. C'est en mettant en balance les indices recueillis avec les explications, plus ou moins plausibles, données par l'entreprise mise en cause à propos du comportement qu'elle a

adopté que le Conseil formera, au cas par cas, sa conviction sur l'existence ou non d'un effet, constaté ou potentiel, d'éviction des concurrents. Il est en tout cas possible à l'entreprise de faire état dans le débat contradictoire, et sans doute avec plus d'efficacité que dans le cas où le test de coût conduit à constater des prix inférieurs aux coûts variables, des arguments en défense analogues à ceux mentionnés plus haut.

184. La spécificité de certaines industries peut conduire le Conseil à utiliser un test de coût différent, plus adapté à la nature des activités économiques en cause ou des structures de marché : le coût incrémental. C'est le cas des entreprises menant à la fois des activités protégées par un monopole légal - ou qui l'étaient dans un passé récent - et des activités en concurrence pour lesquelles les risques de subventions croisées sont plus importants. C'est aussi le cas des entreprises où les coûts fixes sont très importants et les coûts variables presque nuls. Il peut alors être justifié de comparer les prix non pas aux coûts variables mais aux coûts incrémentaux de long terme. Ainsi, dans la décision n° 04-D-79 (Vedettes vendéennes), le Conseil a considéré que le coût pertinent pour comparer les prix de vente était le coût incrémental lié à l'activité de la compagnie de vedettes pendant la saison touristique, les coûts fixes liés aux investissements (achat d'une vedette rapide) étant le résultat d'une obligation de service public s'imposant à la compagnie été comme hiver.
185. Enfin, il est clair qu'un test de coût démontrant que les prix sont supérieurs aux coûts totaux moyens suffit, à lui seul, à écarter la qualification de prédation, sauf circonstances exceptionnelles.
186. Afin de statuer sur le grief de prédation notifié au laboratoire Glaxo, il convient de suivre les différentes étapes du raisonnement décrit plus haut.
187. Pour procéder au test de coût, il y a lieu en première analyse de se prononcer sur :
 - les coûts à retenir ;
 - les prix à prendre en compte ;
 - la conclusion du test et sa robustesse.
188. Tenant compte du résultat du test de coût, il y a lieu ensuite d'examiner le comportement de l'entreprise, tel qu'il ressort des faits réunis au dossier, et en particulier :
 - la nature de la stratégie à l'oeuvre ;
 - la connexité des marchés concernés et les mécanismes permettant la protection de la dominance par la pratique sur le marché connexe ;
 - la rationalité de la prédation au cas d'espèce.
189. Enfin, il est nécessaire de répondre aux moyens de défense, qui sont tirés en l'espèce par le laboratoire Glaxo :
 - de l'exception d'alignement ;
 - de l'impossibilité de récupérer les pertes ;
 - du caractère naturel de la sortie du marché d'une entreprise inefficace.

[...]

Sur la possibilité de récupération des pertes

298. Le laboratoire Glaxo conteste la possibilité qu'il aurait eu de récupérer ses pertes en invoquant trois arguments. Tout d'abord, il soutient qu'un marché de médicaments ne se prête pas à une telle récupération puisque à l'expiration du brevet il n'existerait plus de barrières à l'entrée et qu'il serait impossible au prédateur de relever ses prix de manière profitable. Il observe ensuite que, sur le marché du céfuroxime, la hausse des prix du Zinnat® injectable à partir de 2001 fait suite à la décision de mesures conservatoires du Conseil en date du 7 novembre 2000 et résulte de la nécessité dans laquelle il s'est trouvé de remonter ses prix pour échapper à l'accusation de prédation. Enfin, il considère plus largement qu'il ne pouvait compenser ses pertes en effectuant des transferts financiers à partir de marchés protégés.
299. Avant de répondre à ces objections, il faut rappeler qu'il n'incombe pas en l'espèce à l'autorité de concurrence de démontrer comment la récupération des pertes pouvait être réalisée et encore moins qu'elle a effectivement eu lieu, mais simplement de répondre aux arguments du défendeur tirés de ce qu'une telle récupération était en fait impossible.
300. En effet, et comme le relève d'ailleurs le laboratoire Glaxo, l'intervention de l'autorité de concurrence modifie nécessairement les conditions du marché, surtout si elle se produit au début du processus comme c'est le cas lorsque la saisine est accompagnée d'une demande de mesures conservatoires. Le mise en cause ne saurait tirer prétexte de l'intervention de l'autorité de concurrence, qui perturbe nécessairement la stratégie en cours d'exécution, par exemple la récupération des pertes, pour s'exonérer de ses responsabilités. Comme l'a indiqué le Conseil dans la décision n° 05-D-13 TPS/Canal Plus, au point 83, l'objet et les effets potentiels de la pratique abusive doivent être évalués au moment de sa mise en oeuvre.
301. Au cas d'espèce, cette position est tout à fait logique puisque l'intervention de l'autorité de concurrence, si elle se produit assez tôt, ce qui est souhaitable, peut fort bien avoir lieu avant la phase de récupération des pertes. A contrario, si la récupération des pertes a eu lieu au moment où l'affaire est examinée, il est inacceptable que l'entreprise cherche à démontrer que cette récupération était impossible au moment de la mise en oeuvre de la stratégie prédatrice.
302. S'agissant des barrières à l'entrée et de la possibilité d'empêcher les fabricants de génériques de pénétrer sur le marché à l'issue de la période de prédation, il convient de remarquer que, dans le cadre d'une prédation par réputation ou par signal dont l'objectif est de retarder l'arrivée des génériques ou de la cantonner à un nombre réduit d'opérateurs, de manière à atténuer la pression à la baisse sur les prix, toutes les périodes de répit gagnées pour le maintien des ventes du médicament princeps sont des périodes de "récupération" des pertes utiles, puisque les revenus de l'entreprise prédatrice sont supérieurs à ceux qu'elle pouvait anticiper en l'absence de prédation.
303. La théorie économique ne soutient d'ailleurs pas que, pour être efficace, une politique de prédation doit évincer définitivement les concurrents du marché, mais simplement que cette éviction ménage au prédateur une période suffisante d'atténuation de la pression concurrentielle sans qu'il soit obligé d'engager trop rapidement et de manière répétée des politiques de prix bas génératrices de pertes pour tirer bénéfice de l'éviction de ses concurrents ou de leur discipline.

304. Dans le cas du marché des médicaments, cette période de répit face à l'arrivée des génériques peut être profitable même lorsqu'elle reste très limitée dans le temps du fait des écarts de prix considérables qui peuvent être pratiqués selon qu'une spécialité est protégée par son brevet ou qu'elle est soumise à la pression concurrentielle des génériques. Dans les années qui précèdent l'expiration du brevet, l'essentiel des coûts fixes de recherche et développement sont amortis et le prix de vente du médicament encore protégé génère des marges élevées. La prolongation artificielle de cette période, pendant laquelle un prix plus élevé que le prix de concurrence peut être pratiqué de manière profitable, (c'est-à-dire sans perte immédiate et massive de parts de marché au profit des génériques) peut être financièrement bénéfique. Ce constat est valable même si cette stratégie n'est que transitoire, sachant que l'entrée des génériques sur le marché est généralement inéluctable à terme.
305. En l'espèce, l'argument invoqué comprend deux volets auxquels il faut répondre successivement. Dans le premier, il faut montrer que la stratégie de prédation a pas réussi sur le marché sur lequel elle s'est appliquée. Le laboratoire Glaxo a pratiqué des prix prédateurs sur le marché du céfuroxime sodique, a fait sortir Flavelab de ce marché, a récupéré ses pertes sur ce même marché, et a utilisé ce comportement comme signal d'agressivité sur d'autres marchés dont celui de l'aciclovir. Dans le second, il faut montrer que la protection du marché dominé, celui de l'aciclovir injectable, permettait de récupérer les pertes encourues du fait de la prédation.

[...]

328. Contrairement à ce que soutient l'entreprise mise en cause, les pertes subies du fait de la politique de prix prédateurs pouvaient donc être facilement compensées sur d'autres marchés.
329. Il ressort de tout ce qui précède que le laboratoire Glaxo n'est pas parvenu à démontrer que la récupération des pertes était impossible, et cela d'autant plus que cette récupération a été, au cas d'espèce, mise en oeuvre à bref délai.

[...]

**CJCE, 2 avril 2009, France Telecom SA,
aff. C-202/07 P**

1 Par son pourvoi, France Télécom SA (ci-après «France Télécom») demande à la Cour d'annuler l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission (T-340/03, Rec. p. II-107, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel le Tribunal a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 CE (affaire COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, ci-après la «décision litigieuse»).

Les antécédents du litige, la procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

2 Wanadoo Interactive SA (ci-après «WIN») était à l'époque des faits litigieux une société du groupe France Télécom active, en France, dans le secteur des services d'accès à Internet, y compris les services ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, ligne numérique à paire asymétrique).

3 À l'article 1^{er} de la décision litigieuse, la Commission des Communautés européennes a constaté que, du mois de mars 2001 au mois d'octobre 2002, WIN «a enfreint l'article [82 CE] en pratiquant pour ses services eXtense et Wanadoo ADSL des prix prédateurs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 et ne lui permettant pas de couvrir ses coûts complets à partir d'août 2001, dans le cadre d'un plan visant à préempter le marché de l'accès à Internet à haut débit dans une phase importante de son développement». À l'article 2 de cette décision, la Commission lui a, dès lors, ordonné de mettre fin à cette infraction et, à l'article 4 de ladite décision, lui a infligé une amende de 10,35 millions d'euros.

4 Le 2 octobre 2003, WIN, aux droits de laquelle est venue France Télécom à la suite d'une opération de fusion intervenue le 1^{er} septembre 2004, a saisi le Tribunal d'un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse. Ce recours a été rejeté par l'arrêt attaqué.

5 Dans son recours en annulation, WIN a, en particulier, soulevé un moyen tiré de la violation par la Commission de l'article 82 CE. Par l'une des branches de ce moyen, WIN a fait valoir que la Commission n'avait pas établi à suffisance de droit l'abus de position dominante commis par elle sous la forme de l'application de prix prédateurs pour les services en cause du mois de mars 2001 au mois d'octobre 2002 et avait commis une série d'erreurs de droit.

6 La branche en question se composait de deux groupes d'arguments relatifs, respectivement, à la méthode suivie par la Commission pour le calcul du taux de couverture des coûts et à l'application par celle-ci du test de prédation.

7 S'agissant des arguments relatifs à la méthode de calcul du taux de couverture des coûts, le Tribunal a, à titre liminaire, rappelé, aux points 129 et 130 de l'arrêt attaqué, le large pouvoir d'appréciation reconnu à la Commission en matière d'appréciation économique complexe ainsi que les critères dégagés par la jurisprudence afin de considérer un prix comme prédateur.

8 Se référant, notamment, aux arrêts du 3 juillet 1991, AKZO/Commission (C-62/86, Rec. p. I-3359), et du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission (C-333/94 P, Rec. p. I-5951), le Tribunal a, au point 130 de l'arrêt attaqué, rappelé que, «d'une part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables permettent de présumer le caractère éliminatoire d'une pratique de prix et que, d'autre part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent».

9 Cela étant rappelé, le Tribunal a, tout d'abord, constaté que, en l'espèce, la Commission, afin de calculer le taux de couverture des coûts, avait choisi la méthode de calcul des coûts retraités. Cette méthode est décrite au point 132 de l'arrêt attaqué dans les termes suivants:

«[...] Selon le principe de l'amortissement d'une immobilisation, la Commission a pris l'hypothèse d'un étalement des coûts d'acquisition de la clientèle sur 48 mois. Elle a, sur cette base, examiné séparément la couverture des coûts variables retraités et celle des coûts complets retraités, en affirmant que la Cour prévoit deux tests de couverture des coûts, selon que les agissements de l'entreprise dominante s'inscrivent ou non dans le cadre d'un plan visant à écarter des concurrents. [...]»

10 En appliquant ladite méthode des coûts retraités, la Commission a conclu, ainsi que l'a relevé le Tribunal au point 138 de l'arrêt attaqué, ce qui suit:

«[...] les prix pratiqués par WIN ne lui permettaient pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 ni ses coûts complets de janvier 2001 à octobre 2002 [...], la non-couverture des coûts complets jusqu'en août 2001 ne faisant pas de doute compte tenu du niveau de couverture des coûts variables.»

11 Rejetant ensuite les allégations de WIN visant à démontrer que la méthode choisie par la Commission était statique et ne prenait pas en considération les variations des coûts tout au long de la période considérée de 48 mois, le Tribunal a observé, au point 143 de l'arrêt attaqué, que la Commission avait bien intégré, pour chaque période de l'infraction considérée ainsi que pour l'ensemble des abonnés, les baisses successives de tarifs intervenues au cours de la période durant laquelle l'infraction a duré et structuré son analyse en fonction de ces baisses.

12 En outre, le Tribunal a, au point 152 de l'arrêt attaqué, jugé que la Commission avait considéré à bon droit que les recettes ainsi que les coûts postérieurs au mois d'octobre 2002 et, partant, postérieurs à l'infraction ne sauraient entrer en ligne de compte pour évaluer le taux de couverture des coûts pendant ladite période.

13 Enfin, le Tribunal a, au point 153 de l'arrêt attaqué, estimé que, même à supposer, ainsi que le soutenait WIN, qu'il eût été adapté d'appliquer en l'espèce une autre méthode de calcul, en particulier celle visant à calculer la valeur nette actualisée des abonnés, cette circonstance ne saurait suffire à prouver l'illégalité de la méthode finalement retenue par la Commission.

14 WIN a également contesté en première instance la prise en compte par la Commission de certains éléments erronés, dans le cadre de l'application de la méthode choisie pour la détermination du taux de couverture des coûts.

15 À cet égard, le Tribunal a, aux points 165 et 169 de l'arrêt attaqué, considéré que, indépendamment de la recevabilité de cet argument, même sans la prise en compte desdits éléments erronés, les revenus générés par les services en cause, ainsi que WIN elle-même l'avait admis, auraient été en tout état de cause inférieurs aux coûts complets de ceux-ci. Cette circonstance aurait permis à elle seule de rejeter ledit argument comme inopérant.

16 S'agissant des arguments relatifs au test de prédation, le Tribunal a, premièrement, rejeté, aux points 182 à 186 de l'arrêt attaqué, les arguments avancés par WIN concernant l'existence d'un droit absolu pour un opérateur économique de s'aligner de bonne foi sur les prix antérieurement pratiqués par l'un de ses concurrents lorsque ces prix sont inférieurs aux coûts dudit opérateur.

17 En effet, après avoir relevé que ni la pratique de la Commission ni la jurisprudence communautaire ne reconnaissent à une entreprise en position dominante un tel droit absolu, le Tribunal a rappelé que les entreprises dominantes ont des obligations spécifiques et peuvent, dès lors, se voir privées du droit d'adopter des comportements qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient admissibles s'ils étaient adoptés par une entreprise non dominante.

18 Le Tribunal a conclu, au point 187 de l'arrêt attaqué, ce qui suit:

«WIN ne saurait invoquer un droit absolu à s'aligner sur les prix de ses concurrents pour justifier son comportement. S'il est vrai que l'alignement de l'entreprise dominante sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif ou condamnable, il ne saurait être exclu qu'il le devienne lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger ses intérêts, mais a pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser.»

19 Deuxièmement, le Tribunal a rejeté l'allégation de WIN selon laquelle celle-ci n'avait pas de plan de prédation et de réduction de la concurrence.

20 Selon WIN, la Commission a commis une violation grave de l'article 82 CE en concluant à l'existence d'un plan d'éviction de ses concurrents. En effet, un tel plan n'aurait pas pu être considéré rationnel dans les conditions du marché en cause, notamment eu égard à la faiblesse des barrières à l'entrée dans celui-ci.

21 À ce sujet, le Tribunal a tout d'abord rappelé, aux points 195 à 198 de l'arrêt attaqué, que, selon la jurisprudence, la Commission, afin de conclure à l'existence d'une pratique de prix prédateurs, est tenue de fournir des indices sérieux de l'existence d'une stratégie de

«préemption» du marché lorsque les prix appliqués par une entreprise en position dominante ne sont pas suffisants pour couvrir ses coûts complets. Ensuite, après avoir constaté que la Commission avait fourni de tels indices, il a jugé, au point 204 de cet arrêt, que la requête de WIN invoquait des éléments trop vagues pour permettre au Tribunal de se prononcer sur cet argument et l'a dès lors rejeté. À titre surabondant, le Tribunal a estimé, aux points 206 à 215 dudit arrêt, que les indices sur lesquels la Commission s'était fondée étaient suffisamment sérieux, ainsi que confortés par d'autres éléments de fait, de sorte que cette dernière pouvait à bon droit conclure à l'existence d'une stratégie de «préemption» du marché pendant toute la durée de l'infraction.

22 Troisièmement, selon WIN, la Commission a commis une erreur de droit en considérant que la démonstration de la possibilité de récupération des pertes subies par elle à la suite de l'application de sa politique de prix n'était pas nécessaire. WIN a également soutenu que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation et une erreur de droit en estimant avoir apporté la preuve d'une telle possibilité.

23 En se référant aux arrêts précités AKZO/Commission et Tetra Pak/Commission, le Tribunal a exclu, au point 228 de l'arrêt attaqué, qu'une telle preuve soit exigée de la Commission. En effet, lorsque les prix appliqués par une entreprise en position dominante ne sont inférieurs qu'aux coûts complets de celle-ci, la Commission, tout en étant tenue d'apporter la preuve d'un élément ultérieur, à savoir l'existence d'un plan visant à «préempter» le marché, ne serait pas dans l'obligation de fournir également la démonstration de la possibilité de récupération des pertes.

Les conclusions des parties

24 Par son pourvoi, France Télécom conclut à ce que la Cour:

- annule l'arrêt attaqué, et, en conséquence,
- renvoie l'affaire devant le Tribunal, ou
- statue elle-même définitivement en annulant la décision litigieuse, en faisant ainsi droit aux conclusions présentées par elle en première instance, et
- condamne la Commission aux dépens.

25 La Commission conclut à ce que la Cour rejette le pourvoi et condamne la requérante aux dépens.

Sur le pourvoi

Sur le premier moyen, tiré d'un défaut de motivation de l'arrêt attaqué

26 Par son premier moyen, la requérante invoque un défaut de motivation de l'arrêt attaqué. Ce moyen est divisé en deux branches.

Sur la première branche du premier moyen, tirée de la nécessité de prouver la possibilité de récupération des pertes

– Argumentation des parties

27 À l'appui de la première branche du premier moyen, la requérante fait valoir que la Cour, dans son arrêt *Tetra Pak/Commission*, précité, a jugé qu'une démonstration de la possibilité de récupérer les pertes subies par l'entreprise en position dominante à la suite de l'application de sa politique de prix n'était pas nécessaire dans les circonstances en cause dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt. Dès lors que le Tribunal s'est rallié à l'approche suivie dans l'arrêt *Tetra Pak/Commission*, précité, il aurait dû expliquer les raisons pour lesquelles les circonstances de la présente affaire soit étaient similaires ou non à celles de l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, soit justifiaient la même solution que celle retenue dans ledit arrêt.

28 La Commission fait valoir, en substance, que la jurisprudence ne requiert de la part de la Commission aucune démonstration de la possibilité de récupération des pertes et que le Tribunal a suffisamment motivé l'arrêt attaqué sur ce point.

– Appréciation de la Cour

29 À titre liminaire, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la motivation d'un arrêt doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement du Tribunal, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la décision prise et à la Cour d'exercer son contrôle juridictionnel (voir, notamment, arrêts du 14 mai 1998, *Conseil/de Nil et Impens*, C-259/96 P, Rec. p. I-2915, points 32 et 33, ainsi que du 17 mai 2001, *IECC/Commission*, C-449/98 P, Rec. p. I-3875, point 70).

30 Cependant, ainsi que la Cour l'a également précisé, l'obligation pour le Tribunal de motiver ses décisions ne saurait être interprétée comme impliquant que celui-ci fût tenu de répondre dans le détail à chaque argument invoqué par une partie, en particulier s'il ne revêtait pas un caractère suffisamment clair et précis et ne reposait pas sur des éléments de preuve circonstanciés (arrêts du 6 mars 2001, *Connolly/Commission*, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 121, et du 11 septembre 2003, *Belgique/Commission*, C-197/99 P, Rec. p. I-8461, point 81).

31 C'est donc à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner la première branche du premier moyen.

32 Or, force est de constater que, en l'espèce, contrairement à ce qu'affirme la requérante, le Tribunal a suffisamment motivé les raisons pour lesquelles la Commission n'était pas tenue de prouver que WIN avait la possibilité de récupérer ses pertes.

33 En effet, au point 224 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a, tout d'abord, rappelé que, dans les arrêts précités *AKZO/Commission* (points 71 et 72) ainsi que *Tetra Pak/Commission* (point 41), la Cour a jugé, d'une part, que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent toujours être considérés comme abusifs et que, d'autre part, les prix inférieurs à la

moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, ne présentent un caractère abusif que lorsqu'un plan d'élimination peut être démontré.

34 Le Tribunal a, ensuite, rappelé, au point 225 de l'arrêt attaqué, les circonstances de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Tetra Pak/Commission, précité. En particulier, il s'est référé aux points 42 et 43 de cet arrêt, dans lesquels la Cour avait spécifiquement expliqué ce qui suit:

«42 [...] Pour les ventes de cartons non aseptiques en Italie entre 1976 et 1981, [le Tribunal] a constaté que les prix étaient largement inférieurs à la moyenne des coûts variables. La preuve de l'intention d'éliminer les concurrents n'était donc pas nécessaire. En 1982, les prix de ces cartons se situaient entre la moyenne des coûts variables et la moyenne des coûts totaux. C'est la raison pour laquelle, au point 151 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est efforcé, sans d'ailleurs être critiqué à cet égard par la requérante, d'établir que Tetra Pak [International SA] avait l'intention d'éliminer un concurrent.

43 C'est également à juste titre que le Tribunal a, aux points 189 à 191 de l'arrêt attaqué, suivi exactement le même raisonnement quant aux ventes de machines non aseptiques au Royaume-Uni entre 1981 et 1984.»

35 Enfin, le Tribunal a, au point 226 de l'arrêt attaqué, cité le point 44 de l'arrêt Tetra Pak/Commission, précité, dans lequel la Cour avait conclu que, au vu de la constatation des circonstances résumées aux points 42 et 43 dudit arrêt, il ne serait pas opportun d'exiger, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak International SA avait une chance réelle de récupérer ses pertes.

36 C'est alors en appliquant précisément au cas d'espèce le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt Tetra Pak/Commission, précité, tel que résumé aux points précédents, que le Tribunal a conclu, au point 227 de l'arrêt attaqué, que la Commission pouvait à bon droit présumer le caractère éliminatoire de la pratique de prix en cause dans la mesure où les prix pratiqués par WIN étaient, tout comme dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt Tetra Pak/Commission, inférieurs à la moyenne des coûts variables et que, en ce qui concerne les coûts complets, elle devait apporter en plus la preuve que la pratique de prix adoptée par WIN s'inscrivait dans le cadre d'un plan visant à «préempter» le marché.

37 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que l'arrêt attaqué expose avec suffisamment de clarté les raisons qui ont amené le Tribunal à considérer les circonstances à l'origine de la présente affaire, en particulier le rapport existant entre le niveau des prix appliqués par WIN et la moyenne des coûts variables et complets supportés par celle-ci, comme étant analogues à celles ayant donné lieu à l'arrêt Tetra Pak/Commission, précité, et à conclure, dès lors, que la démonstration d'une récupération des pertes ne constituait pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs.

38 La première branche du premier moyen doit, dès lors, être rejetée.

Sur la seconde branche du premier moyen, tirée du droit pour une entreprise en position dominante d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents

– Argumentation des parties

39 Par la seconde branche du présent moyen, la requérante reproche au Tribunal de ne pas avoir motivé le rejet de ses arguments invoquant un droit à l'alignement de ses prix sur ceux de ses concurrents. En particulier, elle reproche au Tribunal de s'être borné à affirmer, au point 187 de l'arrêt attaqué, que, si l'alignement sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif, il ne saurait être exclu qu'il le devienne lorsqu'il a pour but de renforcer une position dominante et d'en abuser, sans aucunement spécifier si WIN avait, en l'espèce, l'intention de renforcer sa position dominante ou d'en abuser.

40 La Commission fait valoir que la requérante s'était limitée, en première instance, à invoquer une violation par la Commission du droit absolu dont toute entreprise disposerait d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents, même lorsque celle-ci jouit d'une position dominante sur le marché et même si un tel alignement se traduit par l'application d'un niveau de prix inférieur aux coûts. La Commission considère que le Tribunal s'est par conséquent limité, à juste titre, à exclure l'existence en droit communautaire d'un tel droit absolu.

– Appréciation de la Cour

41 Il convient de rappeler que, dans le cadre du pourvoi, le contrôle de la Cour a pour objet, notamment, de vérifier si le Tribunal a répondu à suffisance de droit à l'ensemble des arguments invoqués par le requérant (voir, en ce sens, arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, point 128; du 29 avril 2004, *British Sugar/Commission*, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 47, ainsi que du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 244).

42 Or, force est de constater que, ainsi que le fait valoir la Commission, le Tribunal a, en l'espèce, amplement répondu à l'argumentation soulevée par WIN en première instance visant, en substance, à justifier la pratique de prix en cause sur le fondement d'un droit de tout opérateur économique, indépendamment de sa position sur le marché, d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents.

43 Ainsi, au point 176 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a précisé, tout d'abord, que la décision litigieuse, au point 315 de ses motifs, ne conteste le droit de WIN d'aligner ses prix sur ceux pratiqués par ses concurrents que dans la mesure où l'exercice d'une telle faculté «implique une non-couverture par l'entreprise dominante des coûts du service en cause».

44 Ensuite, le Tribunal a expliqué, aux points 178 à 182 de l'arrêt attaqué, les raisons pour lesquelles un tel droit à l'alignement ne pouvait être fondé ni sur la décision 83/462/CEE de la Commission, du 29 juillet 1983, relative à une procédure au titre de l'article [82] du traité CEE (IV/30.698 – ECS/Akzo – Mesures provisoires) (JO L 252, p. 13), ni sur l'arrêt *AKZO/Commission*, précité, invoqués par la requérante.

45 Enfin, le Tribunal a vérifié si la limitation du droit de WIN d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents, en ce qu'il «implique une non-couverture par l'entreprise dominante des coûts du service en cause», était compatible avec le droit communautaire.

46 À cet effet, le Tribunal s'est, aux points 185 et 186 de l'arrêt attaqué, référé à la jurisprudence communautaire selon laquelle l'article 82 CE impose des obligations spécifiques aux entreprises en position dominante. En particulier, le Tribunal a rappelé que, si une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et s'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger lesdits intérêts, de tels comportements ne peuvent toutefois être admis lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser.

47 C'est en application de cette jurisprudence que le Tribunal a alors conclu, au point 187 de l'arrêt attaqué, que WIN ne saurait se prévaloir d'aucun droit absolu d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents pour justifier son comportement lorsque celui-ci constitue un abus de sa position dominante.

48 La requérante ne saurait non plus reprocher au Tribunal de s'être limité à énoncer une telle conclusion sans vérifier si, dans le cas d'espèce, le comportement de WIN présentait un caractère abusif. En effet, le Tribunal a précisément rejeté, notamment aux points 195 à 218 et 224 à 230 de l'arrêt attaqué, l'ensemble des arguments de la requérante visant à remettre en cause l'existence d'un tel comportement abusif, telle qu'elle a été constatée par la décision litigieuse.

49 Il y a lieu, dès lors, de rejeter également la seconde branche du premier moyen et, par conséquent, le premier moyen dans son ensemble, comme étant non fondé.

Sur le deuxième moyen, tiré d'une violation par le Tribunal de l'article 82 CE, en ce que celui-ci aurait refusé à WIN le droit d'aligner de bonne foi ses prix sur ceux de ses concurrents

Argumentation des parties

50 Par son deuxième moyen, la requérante souligne, tout d'abord, que le Tribunal a reconnu qu'elle s'est limitée à aligner ses prix sur ceux de certains de ses concurrents. Elle affirme, ensuite, qu'un droit à l'alignement sur les prix des concurrents a été consacré par la pratique décisionnelle de la Commission, par la jurisprudence de la Cour et par la doctrine. Enfin, elle reproche au Tribunal de ne pas avoir vérifié, comme l'exigerait une jurisprudence constante, si les mesures qu'elle a adoptées pour aligner ses prix sur ceux de ses concurrents étaient, ainsi qu'elle le soutient, proportionnées et raisonnables.

51 La Commission objecte que la requérante n'invoque ni une erreur de droit commise par le Tribunal dans l'analyse des arguments concernant le prétendu droit de WIN d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents, ni une contradiction de motifs. En réalité, la requérante soulèverait pour la première fois au stade du pourvoi des arguments consistant à reprocher à la Commission de ne pas avoir vérifié si les mesures adoptées par WIN étaient proportionnées et raisonnables.

52 En tout état de cause, la requérante ne critiquerait qu'un seul point de l'arrêt attaqué, à savoir le point 187 de celui-ci, selon lequel «il ne saurait être exclu» que la faculté d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents soit refusée à une entreprise lorsqu'un tel alignement a

pour but de renforcer la position dominante de celle-ci ou d'en abuser. Or, selon la Commission, l'interdiction d'un tel alignement, lorsque celui-ci comporterait l'application par une entreprise en position dominante de prix inférieurs à ses coûts, est pleinement conforme aux principes sous-tendant l'article 82 CE. À titre subsidiaire, la Commission souligne que WIN ne s'est pas limitée à aligner ses prix sur ceux de ses concurrents, mais qu'elle a, au contraire, forcé ses concurrents à aligner leurs prix sur les siens.

Appréciation de la Cour

53 Au soutien du présent moyen, la requérante invoque deux arguments.

54 D'une part, elle reproche au Tribunal d'avoir violé l'article 82 CE en ce que, en substance, il ne lui a pas reconnu un droit à l'alignement de ses prix sur ceux de ses concurrents.

55 À cet égard, il convient de rappeler que, conformément aux articles 58 du statut de la Cour de justice et 112, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure, un pourvoi doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique cette demande.

56 Or, en l'espèce, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 83 de ses conclusions, la requérante n'explique nullement les raisons pour lesquelles le Tribunal aurait violé l'article 82 CE lorsqu'il a expressément examiné, ainsi qu'il a été rappelé au point 44 du présent arrêt, la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour invoquées par WIN en première instance et en a conclu que ledit article ne peut être interprété comme assurant à une entreprise en position dominante un droit absolu à l'alignement de ses prix sur ceux de ses concurrents.

57 Il s'ensuit que cet argument est irrecevable.

58 D'autre part, la requérante reproche au Tribunal d'avoir omis d'analyser le caractère raisonnable et proportionné de la riposte de WIN.

59 Or, ce second argument est également irrecevable, dans la mesure où la requérante ne l'avait pas soulevé en première instance.

60 En effet, selon une jurisprudence constante, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal. Dans le cadre d'un pourvoi, la compétence de la Cour est donc limitée à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges (voir, notamment, arrêts du 11 novembre 2004, Ramondín e.a./Commission, C-186/02 P et C-188/02 P, Rec. p. I-10653, point 60, ainsi que du 26 octobre 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Commission, C-68/05 P, Rec. p. I-10367, point 96).

61 Il s'ensuit que le deuxième moyen doit être déclaré irrecevable.

Sur le troisième moyen, tiré d'une erreur commise par le Tribunal dans l'appréciation de la légalité de la méthode utilisée par la Commission pour calculer le taux de couverture des coûts

Argumentation des parties

62 Par son troisième moyen, la requérante allègue que, en ne censurant pas la méthode utilisée par la Commission pour calculer le taux de couverture des coûts, le Tribunal a dénaturé le test de prédation établi par l'arrêt AKZO/Commission, précité, et, partant, violé l'article 82 CE. En effet, le Tribunal aurait illégalement validé l'application erronée de ce test par la Commission tant au regard des coûts variables que des coûts complets.

63 En ce qui concerne les coûts variables, la requérante allègue que, pour que des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables puissent être qualifiés d'abusifs, la méthode de calcul appliquée doit démontrer que les services en cause ont été fournis en entraînant une perte.

64 Or, étant donné que WIN, dans son recours en première instance, avait invoqué le fait que tous les abonnés, sur la quasi-totalité de la période durant laquelle l'infraction a duré, avaient individuellement généré un bénéfice, le Tribunal n'aurait pas pu se dispenser, sans violer l'article 82 CE, de vérifier si la Commission avait établi que le bilan de chaque abonnement avait constitué ou non une perte pour WIN. Par contre, le Tribunal aurait validé l'approche suivie par la Commission consistant en une analyse période par période, qui ne donnerait pas une vision complète de la rentabilité de chaque abonnement.

65 En ce qui concerne les coûts complets, la requérante, faisant référence à ses allégations concernant les coûts variables, allègue que le Tribunal a dénaturé le test de prédation en ne cherchant pas à vérifier s'il avait été démontré que les coûts complets des abonnés n'avaient pas été couverts.

66 La Commission rétorque, tout d'abord, que la méthode appliquée au cas d'espèce est non seulement la même méthode qu'elle a suivie dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités AKZO/Commission et Tetra Pak/Commission prenant en compte les coûts tels qu'ils ressortent de la comptabilité annuelle de l'entreprise, mais que cette méthode a même été adaptée dans un sens favorable à la requérante, de sorte que le niveau des coûts retenu dans le calcul serait en réalité inférieur au niveau des coûts réels de WIN.

67 La Commission relève, ensuite, que la requérante ne reproche au Tribunal aucune erreur d'appréciation ou dénaturation des faits dans l'analyse du moyen portant sur la méthode de calcul statique appliquée par la Commission. De même, elle ne ferait valoir aucune erreur de droit en ce qui concerne l'analyse par le Tribunal du refus de la Commission d'adopter la méthode alternative de calcul des coûts proposée par WIN.

68 En ce qui concerne la nécessité de prendre en compte l'abonnement pour l'ensemble de ses 48 mois de vie, la Commission estime que, avec des taux de couverture inférieurs à 100 % sur toutes les périodes courtes successives examinées dans la décision litigieuse et totalisant environ un an et demi, le taux de couverture n'aurait pu qu'être inférieur à 100 % également pour toute la durée moyenne de vie d'un abonnement, soit 48 mois. À cet égard,

la Commission relève que ce taux de couverture ne pourrait excéder 100 % sur une période plus longue que s'il était supposé que la situation après la période durant laquelle l'infraction a duré aurait permis à l'entreprise de réaliser durablement des marges bénéficiaires par abonné très largement supraconcurrentielles.

Appréciation de la Cour

69 Il convient de rappeler d'emblée que selon la jurisprudence de la Cour un pourvoi ne peut se limiter à répéter les moyens et les arguments qui ont déjà été présentés devant le Tribunal sans avancer des arguments visant à établir que celui-ci aurait commis une erreur de droit (voir ordonnance du 5 février 1998, *Abello e.a./Commission*, C-30/96 P, Rec. p. I-377, point 45, ainsi que, en ce sens, arrêt du 8 janvier 2002, *France/Monsanto et Commission*, C-248/99 P, Rec. p. I-1, point 69).

70 Or, aux points 129 à 156 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a longuement répondu aux arguments de la requérante selon lesquels la méthode de calcul du taux de couverture des coûts utilisée par la Commission ne permettait pas de prendre en compte un niveau approprié des coûts supportés par WIN.

71 En particulier, le Tribunal a, d'une part, constaté, au point 138 de l'arrêt attaqué, que, contrairement à ce que soutient la requérante, l'application de la méthode de calcul choisie par la Commission permettait à celle-ci de conclure que WIN avait pratiqué des prix inférieurs à ses coûts. D'autre part, le Tribunal, dans le cadre de son analyse de la légalité de cette méthode, a, aux points 144 et 145 de cet arrêt, expliqué les raisons pour lesquelles l'analyse période par période menée par la Commission permettait de prendre en compte les variations des tarifs intervenues au cours de la période durant laquelle l'infraction a duré et, partant, d'avoir une vision suffisamment complète de la rentabilité d'un abonnement.

72 Or, force est de constater que, en réalité, par le moyen en examen, la requérante n'identifie aucune erreur de droit que le Tribunal aurait commise dans le cadre de l'analyse rappelée aux points précédents du présent arrêt, mais se borne à répéter les arguments qu'elle avait déjà avancés en première instance à l'encontre de la méthode adoptée par la Commission dans la décision litigieuse.

73 Dès lors, il convient de déclarer le troisième moyen irrecevable.

Sur le quatrième moyen, tiré d'une erreur de droit et d'une violation de l'obligation de motivation commises par le Tribunal, en ce que celui-ci a considéré que les coûts et les revenus postérieurs à la période durant laquelle la prétendue infraction a duré ne doivent pas être pris en compte dans le calcul du taux de couverture des coûts

Argumentation des parties

74 S'agissant de son quatrième moyen, la requérante reproche au Tribunal d'avoir validé l'analyse de la Commission qui excluait du calcul pour l'évaluation du taux de couverture des coûts les recettes et les coûts postérieurs à la prétendue infraction, c'est-à-dire postérieurs au 15 octobre 2002. À cet égard, elle soutient, notamment, que le Tribunal ne pouvait pas, sans se contredire et violer l'article 82 CE, confirmer l'approche adoptée par la Commission

consistant à la fois, d'une part, à exclure du calcul dudit taux de couverture les recettes et les coûts postérieurs à la prétendue infraction mais pourtant inclus dans les 48 mois de durée de vie d'un abonnement et, d'autre part, reconnaître que, dans le cas des abonnements, les coûts et les revenus sont légitimement étalés sur une période de 48 mois.

75 Selon la Commission, ce moyen n'est qu'un prolongement du troisième moyen et résulte d'une confusion. En effet, en application de la méthode suivie par la Commission et validée par le Tribunal, seuls les coûts non récurrents, à savoir les coûts de «conquête» ou d'«acquisition de la clientèle», devraient être étalés selon le principe de l'amortissement. En revanche, les revenus et les coûts récurrents, tels les coûts postérieurs à l'infraction, ne devraient pas être étalés.

76 Ensuite, la Commission soutient qu'il est erroné d'intégrer dans le calcul du taux de couverture des coûts les projections de marges positives futures. De telles projections positives se fonderaient sur la circonstance que WIN avait décidé de ne pas répercuter sur ses prix la réduction des tarifs d'accès au réseau de France Télécom accessible à tous les concurrents. En réalité, selon la Commission, de telles hypothèses de marge ne peuvent se réaliser que dans un contexte de concurrence affaiblie.

77 Enfin, la Commission rappelle que, en tout état de cause, les extrapolations de la requérante n'aboutissent pas à un taux de couverture des coûts complets positif et que, même en acceptant les projections présentées par la requérante de marges bénéficiaires extrêmement élevées sur les 48 mois de durée de vie d'un abonnement, de telles marges ne pourraient se justifier que dans une situation de concurrence affaiblie.

Appréciation de la Cour

78 Il convient de rappeler que le Tribunal a, aux points 136 et 137 de l'arrêt attaqué, expliqué que la méthode suivie par la Commission consistait à étaler sur la durée de vie moyenne d'un abonnement, égale à 48 mois, uniquement les coûts variables non récurrents, à savoir les coûts d'acquisition de la clientèle. En effet, selon l'approche adoptée par la Commission dans la décision litigieuse, l'objectif pour l'entreprise est non pas de réaliser immédiatement un résultat comptable positif instantané, mais, ainsi qu'il résulte du point 76 des motifs de ladite décision, cité par le Tribunal au point 136 de l'arrêt attaqué, «d'atteindre un niveau de couverture des coûts récurrents (coûts de réseau et coûts de production) suffisant pour que la marge dégagée sur ces coûts récurrents couvre à un horizon de temps raisonnable les coûts variables non récurrents investis dans le développement commercial des produits en cause».

79 En application de cette méthode, la Commission a analysé la politique de prix appliquée par WIN entre le mois de janvier 2001 et le mois d'octobre 2002 et a conclu que, durant cette période, WIN avait appliqué des prix inférieurs à un certain niveau de ses coûts retraités.

80 Il s'ensuit que l'absence de prise en compte des coûts et des revenus postérieurs à la période durant laquelle l'infraction a duré, mais compris dans la période de 48 mois en question, découlait directement de l'application à l'espèce de la méthode de calcul du taux de couverture des coûts choisie par la Commission, dont la requérante n'est pas parvenue à

établir l'illégalité ni en première instance, ainsi qu'il ressort du point 154 de l'arrêt attaqué, ni dans le cadre du présent pourvoi, ainsi qu'il résulte des points 69 à 73 du présent arrêt.

81 Le Tribunal n'a ainsi commis aucune erreur de droit lorsqu'il a conclu, au point 152 de l'arrêt attaqué, que «c'est à bon droit que la Commission considère que les recettes et les coûts postérieurs à l'infraction ne sauraient entrer en ligne de compte pour évaluer le taux de couverture des coûts pendant la période considérée».

82 Il s'ensuit que le quatrième moyen doit être écarté comme non fondé.

Sur le cinquième moyen, tiré d'une erreur de droit et d'une violation de l'obligation de motivation commises par le Tribunal, en ce que celui-ci a considéré qu'un prix entraînant une diminution de la part de marché de l'entreprise peut être considéré comme prédateur

Argumentation des parties

83 Selon la requérante, le Tribunal, bien qu'il ait reconnu que la part de marché de WIN avait baissé à partir du mois d'août 2002, a considéré à tort que la prétendue infraction avait continué jusqu'au 15 octobre 2002. En réalité la prédation supposerait une réduction significative de la concurrence et serait donc exclue dans l'hypothèse d'un renforcement de la concurrence elle-même.

84 La Commission rétorque, à titre liminaire, que WIN n'avait invoqué cet argument en première instance que pour contester l'existence de sa position dominante ainsi que pour demander une réduction de l'amende. Or, ledit argument serait soulevé pour la première fois au stade du pourvoi afin de contester l'existence de l'abus de position dominante et serait, de ce fait, irrecevable.

85 S'agissant du bien-fondé du cinquième moyen, la Commission souligne, à titre subsidiaire, que, sur la base des informations dont elle dispose, la part de marché de WIN a constamment augmenté jusqu'au mois d'août 2002. Dès lors, tout infléchissement éventuel de la part de marché de WIN pendant le dernier mois et demi de la période durant laquelle l'infraction a duré ne serait dû qu'à la réduction des tarifs de gros de France Télécom pour l'accès au réseau que WIN, contrairement à ses concurrents, a décidé de ne pas répercuter sur ses prix, mettant ainsi fin à l'infraction le 15 octobre 2002. À titre surabondant, la Commission soutient qu'un tel infléchissement ne saurait remettre en cause la légalité de la décision litigieuse, mais n'aurait éventuellement d'incidence que sur la durée de l'infraction, sans que cela puisse d'ailleurs avoir un impact sur le montant de la sanction, une révision de celle-ci n'ayant pas été demandée par la requérante.

Appréciation de la Cour

86 Il suffit de constater à cet égard que, en l'espèce, ainsi que le fait valoir à juste titre la Commission et ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 121 de ses conclusions, la requérante n'a pas critiqué en première instance la décision litigieuse sur ce point. En effet, si elle a invoqué la réduction de sa part de marché afin, d'une part, de contester l'existence d'une position dominante et, d'autre part, de solliciter une réduction du montant de

l'amende, elle n'a toutefois pas, à la différence du présent moyen, soulevé cet argument pour contester l'existence de l'infraction.

87 Il s'ensuit que, en vertu de la jurisprudence rappelée au point 60 du présent arrêt, le cinquième moyen doit être déclaré irrecevable.

Sur le sixième moyen, tiré d'une dénaturation des éléments de preuve et d'une erreur de droit commises par le Tribunal dans son appréciation de l'existence d'un plan de prédation

88 Le sixième moyen est composé de deux branches.

Sur la première branche du sixième moyen, tirée de la dénaturation des éléments de preuve

– Argumentation des parties

89 Par la première branche du moyen en examen, la requérante allègue que le Tribunal a dénaturé les éléments de preuve sur lesquels il a fondé son analyse de l'existence d'un plan de prédation de la part de WIN. En effet, il se serait appuyé uniquement sur des documents de WIN qui reflétaient simplement, selon les termes utilisés par le Tribunal lui-même au point 214 de l'arrêt attaqué, des «objectifs commerciaux assez ambitieux» ainsi que sur une lecture gravement inexacte d'une série de documents internes, utilisant, notamment, des termes tels que «préemption» ou «préempter».

90 Selon la Commission, la première branche du sixième moyen serait irrecevable en ce que, d'une part, elle tend à faire réexaminer au stade du pourvoi un moyen qui a été rejeté comme irrecevable par le Tribunal, sans pour autant contester le fait que ce dernier l'ait déclaré irrecevable. D'autre part, la requérante ne fournirait aucun argument pour étayer la dénaturation alléguée, alors qu'il appartient au Tribunal d'apprécier souverainement la valeur à attribuer aux éléments de preuve qui lui sont soumis.

– Appréciation de la Cour

91 Il convient de relever que, ainsi qu'il ressort du point 192 de l'arrêt attaqué, la requérante a déjà invoqué devant le Tribunal la dénaturation des éléments de preuve commise par la Commission, lorsqu'elle a affirmé que celle-ci s'était, à tort, fondée sur des documents internes pour conclure à l'existence d'un plan de prédation.

92 Toutefois, avant de se livrer, à titre surabondant, à l'appréciation de ces documents, contestée par la requérante dans le cadre du présent pourvoi, le Tribunal a tout d'abord, aux points 204 et 205 de l'arrêt attaqué, déclaré ce moyen irrecevable, car il ne répondait pas aux exigences de précision et de spécificité posées par la jurisprudence communautaire.

93 Or, dans le cadre d'un pourvoi, le requérant n'est pas recevable à se prévaloir de moyens que le Tribunal a rejetés comme irrecevables, alors que cette déclaration d'irrecevabilité n'est pas mise en cause (arrêt du 22 décembre 1993, Epepe/Commission, C-354/92 P, Rec. p. I-7027, point 13).

94 Par conséquent, la première branche du sixième moyen doit être déclarée irrecevable.

Sur la seconde branche du sixième moyen, tirée de la violation de l'article 82 CE

– Argumentation des parties

95 Dans le cadre de la seconde branche de ce moyen, la requérante fait valoir que le Tribunal a violé l'article 82 CE en ce qu'il a conclu à l'existence d'un plan de prédation exclusivement sur la base d'éléments subjectifs, alors que ledit article requerrait la preuve d'un plan d'éviction objectivement identifiable, fondée sur des indices objectifs, tels que, notamment, des menaces aux concurrents ou des baisses sélectives de prix à l'égard des clients des concurrents.

96 La Commission rétorque que, d'une part, l'élément intentionnel de l'abus de position dominante est nécessairement subjectif et que, d'autre part, l'exigence de prouver l'existence d'un plan d'éviction sur la base d'indices objectifs tels que ceux indiqués par la requérante ne trouve aucun soutien dans la jurisprudence.

– Appréciation de la Cour

97 Il suffit de constater que c'est à tort que la requérante soutient que le Tribunal, afin d'établir l'existence d'un plan de prédation, se serait fondé uniquement sur des éléments subjectifs.

98 En effet, il ressort des points 199 et 215 de l'arrêt attaqué, que, si le Tribunal s'est référé à une «stratégie de préemption» du marché de la part de WIN, il a toutefois déduit celle-ci d'éléments objectifs tels que des documents internes de cette entreprise.

99 Par conséquent, la seconde branche du présent moyen étant non fondée, le sixième moyen doit être rejeté dans son ensemble.

Sur le septième moyen, tiré d'une violation de l'article 82 CE par le Tribunal en ce que celui-ci a refusé de prendre en compte l'impossibilité de récupérer les pertes

100 Le septième moyen est également divisé en deux branches.

Sur la première branche du septième moyen, tirée de la nécessité de prouver la possibilité de récupération des pertes

– Argumentation des parties

101 Par la première branche du septième moyen, la requérante fait valoir que le Tribunal a violé l'article 82 CE en considérant que la démonstration de la possibilité de récupérer les pertes n'est pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs. En réalité, la jurisprudence communautaire requerrait toujours une telle démonstration, sans laquelle aucune prédation n'est envisageable, étant donné qu'il ne serait pas économiquement rationnel pour une entreprise de se livrer à une telle pratique. Cette position serait d'ailleurs partagée par de nombreuses juridictions et autorités de concurrence ainsi que par une grande partie de la doctrine.

102 La Commission rétorque, tout d'abord, que la démonstration de la possibilité de récupération des pertes n'est pas requise par la jurisprudence de la Cour. D'ailleurs, une telle démonstration, requise par la jurisprudence des juridictions des États-Unis d'Amérique, reposerait sur une logique économique qui n'est pas celle propre au droit communautaire. En effet, selon la Commission, contrairement à l'approche du droit américain, l'analyse de l'abus au sens de l'article 82 CE présuppose que l'entreprise en cause jouisse d'une position dominante. Or, l'existence d'une telle position serait suffisante, à elle seule, pour déterminer que la récupération des pertes est possible. Enfin, en l'espèce, la situation de croissance exponentielle du marché concerné aurait rendu probable une telle récupération.

– Appréciation de la Cour

103 Afin d'apprécier le bien-fondé de la première branche du présent moyen, il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que, selon une jurisprudence constante, l'article 82 CE est une expression de l'objectif général assigné par l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE à l'action de la Communauté européenne, à savoir l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun. Ainsi, la position dominante visée à l'article 82 CE concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, Rec. p. 461, point 38).

104 Dans ce contexte, en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'article 82 CE vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (arrêts *Hoffman-La Roche/Commission*, précité, point 91; du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 70; *AKZO/Commission*, précité, point 69, et du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 66).

105 Dès lors, l'article 82 CE visant non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective (arrêt du 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, Rec. p. 215, point 26), il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun (arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, précité, point 57).

106 Ainsi que la Cour l'a déjà précisé, il s'ensuit que l'article 82 CE interdit à une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en

recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime (arrêt AKZO/Commission, précité, point 70).

107 En particulier, il convient de considérer qu'exploite de façon abusive sa position dominante une entreprise qui, dans un marché dont la structure concurrentielle est déjà affaiblie en raison précisément de sa présence, met en œuvre une politique de prix ne poursuivant d'autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, tirer profit de la réduction du degré de concurrence existant encore sur le marché.

108 Or, afin d'apprécier la licéité de la politique de prix appliquée par une entreprise dominante, la Cour, au point 74 de l'arrêt AKZO/Commission, précité, s'est référée à des critères de prix fondés sur les coûts encourus par l'entreprise dominante et sur la stratégie de celle-ci.

109 Ainsi, la Cour a précisé, d'une part, que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés, en principe, comme abusifs, dans la mesure où, en appliquant de tels prix, une entreprise en position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents. D'autre part, les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables ne doivent être considérés comme abusifs que lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (voir arrêts précités AKZO/Commission, points 70 et 71, ainsi que Tetra Pak/Commission, point 41).

110 Dès lors, contrairement à ce qu'affirme la requérante, il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour que la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application, par une entreprise en position dominante, de prix inférieurs à un certain niveau de coûts constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix. En particulier, la Cour a eu l'occasion d'exclure la nécessité d'une telle preuve dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée en considération de l'application par celle-ci de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (voir, en ce sens, arrêt Tetra Pak/Commission, précité, point 44).

111 Cette interprétation n'exclut pas, bien entendu, que la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

112 Du reste, l'absence de toute possibilité de récupération des pertes ne saurait suffire à exclure que l'entreprise en question parvienne à renforcer sa position dominante à la suite, notamment, de la sortie du marché d'un ou de plusieurs de ses concurrents, de sorte que le degré de concurrence existant sur le marché, déjà affaibli en raison précisément de la présence de l'entreprise en question, soit réduit davantage et que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix.

113 C'est dès lors à bon droit que le Tribunal a conclu, au point 228 de l'arrêt attaqué, que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs.

114 Il s'ensuit que la première branche du présent moyen n'est pas fondée.

Sur la seconde branche du septième moyen, tirée de la preuve par l'entreprise dominante de l'impossibilité de récupération des pertes

– Argumentation des parties

115 Par la seconde branche du septième moyen, la requérante allègue qu'elle avait apporté la preuve que la récupération des pertes était, en l'espèce, impossible. Le Tribunal aurait, dès lors, dû se prononcer sur la question de savoir si la Commission pouvait écarter cette preuve lorsque celle-ci est apportée par l'entreprise défenderesse.

116 La Commission répond que, en première instance, la requérante n'a invoqué aucun moyen portant sur la question de savoir si la Commission pouvait écarter une telle preuve apportée par la défenderesse. En tout état de cause, un rejet implicite de cet argument ressortirait des points 103 à 121 et 261 à 267 de l'arrêt attaqué. Enfin, la Commission souligne que, dans la décision litigieuse, elle a analysé, à titre subsidiaire, la possibilité de récupération des pertes et l'a considérée possible en l'espèce.

– Appréciation de la Cour

117 Ainsi qu'il a été rappelé au point 30 du présent arrêt, l'obligation pour le Tribunal de motiver ses décisions ne saurait être interprétée comme impliquant qu'il soit tenu de répondre dans le détail à chaque argument invoqué par une partie, en particulier s'il ne revêt pas un caractère suffisamment clair et précis et ne repose pas sur des éléments de preuve circonstanciés.

118 Or, il suffit de constater que, en première instance, la requérante n'a soulevé aucun moyen visant à contester spécifiquement le fait que la Commission aurait illégalement écarté la preuve, prétendument apportée par WIN, de l'impossibilité de récupération des pertes en l'espèce.

119 Dans ces conditions, la seconde branche du septième moyen n'étant pas non plus fondée, il convient d'écarter le septième moyen dans son ensemble.

120 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le pourvoi doit être rejeté comme étant partiellement irrecevable et partiellement non fondé.

Sur les dépens

121 Selon l'article 122, premier alinéa, du règlement de procédure, lorsque le pourvoi n'est pas fondé, la Cour statue sur les dépens.

122 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, de ce même règlement, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 de celui-ci, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la requérante et cette dernière ayant succombé en ses conclusions, il y a lieu de la condamner aux dépens de la présente instance.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

- 1) **Le pourvoi est rejeté.**
- 2) **France Télécom SA est condamnée aux dépens.**

SEANCE 10

La mise en œuvre des règles européennes de concurrence

JURISPRUDENCE :

Réalisez une note de synthèse des documents suivants

1. CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, Rec. 1.
2. CJCE 14 déc. 2000, Masterfoods, aff. C-344/98.
3. CJCE, 20 septembre 2001, Courage Ltd c/ Bernard Crehan, aff. C-453/99
3. Règl. CEE n° 17/62 du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité
4. Règl. CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.
5. Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *Mise en œuvre des articles 81 et 82 sur le fondement du règlement n° 1/2003*, Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2004, comm. 98.
6. Laurence IDOT, *Application du droit communautaire par les instances nationales: le juge français et les premières conséquences du règlement n°1/2003*, Europe. Janvier 2005 n°21, 2005.

COMMENTAIRE D'ARRET

Commentez l'arrêt suivant :

CJCE, 13 juillet 2006, Manfredi e.a., aff. C-295/04 à C-298/04

CJCE, 13 juillet 2006,

Vincenzo Manfredi e.a. c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a.,

Aff. C-295/04 à C-298/04

1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation de l'article 81 CE.

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre de recours en indemnité formés par M. Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, par M. Cannito contre Fondiaria Sai SpA et, respectivement, par M. Tricarico et M^{me} Murgolo contre Assitalia SpA (ci-après «Assitalia») en vue de faire condamner ces compagnies d'assurances à restituer les majorations de primes de l'assurance responsabilité civile obligatoire relative aux sinistres causés par des véhicules automobiles, navires et cyclomoteurs (ci-après l'«assurance RC auto») versées en raison des augmentations mises en œuvre par lesdites sociétés en vertu d'une entente déclarée illicite par l'autorité nationale chargée de la concurrence et du marché (Autorità garante della concorrenza e del mercato, ci-après l'«AGCM»).

Le cadre juridique national

3 L'article 2, paragraphe 2, de la loi n° 287, du 10 octobre 1990, relative aux règles pour la protection de la concurrence et du marché (Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, GURI n° 240, du 13 octobre 1990, p. 3, ci-après la «loi n° 287/90»), interdit les ententes entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de limiter ou de fausser de manière substantielle le jeu de la concurrence sur le marché national ou sur une partie importante de celui-ci.

4 Aux termes du paragraphe 1, de ce même article 2, sont considérés comme des «ententes» les accords et/ou pratiques concertées entre entreprises, ainsi que les décisions, même adoptées au titre de dispositions statutaires ou réglementaires, de consortiums, d'associations d'entreprises et d'autres organismes similaires.

5 En vertu de l'article 2, paragraphe 3, de la loi n° 287/90, les ententes interdites sont nulles et privées d'effets.

6 L'article 33, paragraphe 2, de cette loi précise que les actions en annulation et en indemnisation, ainsi que les recours visant à obtenir l'adoption de mesures d'urgence en ce qui concerne les violations des dispositions visées aux titres I à IV de ladite loi, dont l'article 2, sont intentées devant la Corte d'appello territorialement compétente.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

7 Par décisions des 8 septembre et 10 novembre 1999 ainsi que du 3 février 2000, l'AGCM a ouvert, à l'égard de différentes compagnies d'assurances, dont les trois compagnies défenderesses au principal, la procédure d'infraction prévue à l'article 2 de la loi n° 287/90. Il était reproché à ces dernières compagnies d'avoir participé à une entente ayant pour objet «la vente liée de différents produits et l'échange d'informations entre entreprises

concurrentes». En ce qui concerne les présentes affaires, seule est pertinente l'entente pour l'échange d'informations entre entreprises concurrentes.

8 L'AGCM a observé que, contrairement à ce qui s'est passé dans le reste de l'Europe, on a assisté en Italie, au cours de la période couvrant les années 1994 à 1999, à une augmentation anormale et croissante des primes de l'assurance RC auto, laquelle est obligatoire.

9 L'AGCM a également observé que le marché des polices d'assurance RC auto présente d'importantes barrières à l'entrée, qui ont surtout été érigées en raison de la nécessité de mettre sur pied un réseau efficace de distribution et un réseau de centres affectés à la liquidation des indemnisations pour les sinistres dans l'ensemble du pays.

10 Au cours de la procédure devant elle, l'AGCM a obtenu une documentation faisant ressortir un échange d'informations étendu et répandu entre de nombreuses compagnies d'assurances proposant une assurance RC auto relative à tous les aspects de l'activité d'assurance, à savoir, notamment, les prix, les ristournes, les encaissements, les coûts des sinistres et de la distribution.

11 Dans sa décision finale n° 8546 (I377), du 28 juillet 2000 (Bolletino 30/2000, du 14 août 2000), l'AGCM a constaté que les compagnies d'assurances en cause avaient mis en œuvre un accord illicite ayant pour objet l'échange d'informations relatives au secteur des assurances. Cet accord a permis à ces entreprises de coordonner et de fixer les primes de l'assurance RC auto de manière à imposer aux usagers des augmentations importantes des primes, augmentations qui n'étaient pas justifiées par les conditions du marché et ne pouvaient pas être évitées par les consommateurs.

12 La décision de l'AGCM, attaquée par les compagnies d'assurances, a été en substance confirmée par le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio et par le Consiglio di Stato.

13 Les requérants au principal ont introduit leur recours respectif devant le Giudice di pace di Bitonto afin d'obtenir la condamnation de chaque compagnie d'assurances concernée à restituer la majoration des primes versée en vertu de l'entente déclarée illicite par l'AGCM.

14 Il ressort des observations d'Assitalia que, selon les requérants au principal, l'enquête effectuée par l'AGCM aurait révélé un prix moyen des polices d'assurance RC auto supérieur de 20 % par rapport au prix que ces polices auraient atteint si les comportements concurrentiels des compagnies d'assurances n'avaient pas été altérés par la pratique concertée. L'infraction commise par les compagnies participant à cette pratique aurait donc entraîné un préjudice pour les consommateurs finals, préjudice qui réside précisément dans le versement d'une prime de l'assurance RC auto en moyenne supérieure de 20 % à celle qu'ils auraient dû payer en l'absence d'infraction aux règles de concurrence.

15 Les compagnies d'assurances au principal ont notamment excipé de l'incompétence du Giudice di pace di Bitonto en vertu de l'article 33 de la loi n° 287/90 ainsi que de la prescription du droit à la restitution et/ou à l'indemnisation du préjudice.

16 La juridiction de renvoi estime que, dans la mesure où des compagnies d'assurances appartenant à d'autres États membres et exerçant également leurs activités en Italie ont aussi participé à l'accord sanctionné par l'AGCM, l'entente invoquée viole non seulement l'article 2 de la loi n° 287/90, mais également l'article 81 CE, dont le paragraphe 2 déclare nuls tous les accords et ententes prohibés.

17 Or, tout tiers, dont le consommateur et l'utilisateur final d'un service, pourrait estimer avoir le droit de faire valoir la nullité d'une entente interdite par l'article 81 CE et de demander une indemnisation du préjudice subi s'il existe un lien de causalité entre celui-ci et l'entente prohibée.

18 Si tel est le cas, une disposition telle que celle de l'article 33 de la loi n° 287/90 pourrait être considérée comme contraire au droit communautaire. En effet, les délais et les coûts relatifs à un procès devant la Corte d'appello seraient respectivement beaucoup plus longs et plus élevés que ceux d'une procédure devant le Giudice di pace, ce qui pourrait compromettre l'efficacité de l'article 81 CE.

19 La juridiction de renvoi a également des doutes en ce qui concerne la compatibilité avec l'article 81 CE des délais de prescription des recours en indemnité et du montant de l'indemnisation à liquider, qui sont fixés par le droit national.

20 C'est dans ces conditions que, dans les affaires C-295/04 à C-297/04, le Giudice di pace di Bitonto a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il déclare nulle une entente ou une pratique concertée entre compagnies d'assurances consistant en un échange réciproque d'informations susceptible de permettre une augmentation des primes [de l]'assurance RC auto, qui n'est pas justifiée par les conditions du marché, compte tenu notamment de la participation à l'accord ou à la pratique concertée d'entreprises appartenant à différents États membres?

2) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il permet aux tiers titulaires d'un intérêt juridiquement pertinent de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique prohibée par cette disposition communautaire et de demander l'indemnisation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre l'entente ou la pratique concertée et le préjudice?

3) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il faut considérer que le délai de prescription de la demande d'indemnisation fondée sur cet article court à compter du jour où l'entente ou la pratique concertée a été mise en œuvre ou à compter du jour où l'entente ou la pratique concertée a pris fin?

4) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens que le juge national, lorsqu'il s'aperçoit que l'indemnisation pouvant être liquidée en vertu du droit national est en toute hypothèse inférieure à l'avantage économique tiré par l'entreprise auteur du préjudice qui participe à l'entente ou à la pratique concertée prohibée, doit aussi liquider d'office au tiers préjudicié les dommages-intérêts ayant un caractère de sanction, qui sont nécessaires pour rendre le

préjudice indemnisable supérieur à l'avantage obtenu par l'entreprise, en vue de décourager la mise en œuvre d'ententes ou de pratiques concertées interdites par l'article 81 CE?»

21 Dans l'affaire C-298/04, le Giudice di pace di Bitonto a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il déclare nulle une entente ou une pratique concertée entre compagnies d'assurances consistant en un échange réciproque d'informations susceptible de permettre une augmentation des primes [de l]'assurance RC auto, qui n'est pas justifiée par les conditions du marché, compte tenu notamment de la participation à l'accord ou à la pratique concertée d'entreprises appartenant à différents États membres?

2) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application d'une règle nationale ayant une teneur analogue à celle de l'article 33 de la loi [n° 287/90], d'après lequel la demande d'indemnisation pour violation des dispositions communautaires et nationales relatives aux ententes anticoncurrentielles doit aussi être formée par les tiers devant un juge autre que celui ordinairement compétent pour les demandes de même valeur, entraînant ainsi une augmentation sensible des coûts et des délais de jugement?

3) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il permet aux tiers titulaires d'un intérêt juridiquement pertinent de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique prohibée par cette disposition communautaire et de demander l'indemnisation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre l'entente ou la pratique concertée et le préjudice?

4) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens qu'il faut considérer que le délai de prescription de la demande d'indemnisation fondée sur cet article court à compter du jour où l'entente ou la pratique concertée a été mise en œuvre ou à compter du jour où l'entente ou la pratique concertée a pris fin?

5) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens que le juge national, lorsqu'il s'aperçoit que l'indemnisation pouvant être liquidée en vertu du droit national est en toute hypothèse inférieure à l'avantage économique tiré par l'entreprise auteur du préjudice qui participe à l'entente ou à la pratique concertée prohibée, doit aussi liquider d'office au tiers préjudicié les dommages-intérêts ayant un caractère de sanction, qui sont nécessaires pour rendre le préjudice indemnisable supérieur à l'avantage obtenu par l'entreprise, en vue de décourager la mise en œuvre d'ententes ou de pratiques concertées interdites par l'article 81 CE?»

22 Par ordonnance du président de la Cour du 28 septembre 2004, les affaires C-295/04 à C-298/04 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

Sur la recevabilité des questions préjudicielles

Observations soumises à la Cour

23 Assitalia fait valoir, en premier lieu, que l'exposé du contexte de fait et de droit qui sous-tend les questions préjudicielles est insuffisant et ambigu au point de ne pas permettre

à toutes les parties potentiellement concernées de formuler adéquatement leurs observations à ce propos, ni à la Cour de fournir une réponse utile auxdites questions.

24 En second lieu, Assitalia soutient que les questions préjudicielles soulevées par le Giudice di pace di Bitonto sont irrecevables dans la mesure où elles visent l'interprétation d'une disposition du traité CE qui est manifestement inapplicable aux affaires au principal.

25 En effet, l'entente en cause au principal aurait produit des effets limités au territoire italien et, partant, n'aurait pas porté un préjudice sensible au commerce entre États membres au sens de l'article 81 CE (voir, notamment, arrêt du 21 janvier 1999, Bagnasco e.a., C-215/96 et C-216/96, Rec. p. I-135). La non-application de l'article 81 CE n'aurait d'ailleurs pas été contestée devant les juridictions nationales et la décision de l'AGCM, fondée sur l'article 2 de la loi n° 287/90, est devenue définitive. En outre, l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la loi n° 287/90 préciserait que les dispositions de celle-ci «s'appliquent aux ententes, aux abus de position dominante et aux concentrations d'entreprises qui ne relèvent pas du champ d'application [...] des articles [81 CE] et/ou [82 CE], des règlements [...] ou des actes communautaires ayant un effet normatif assimilé».

Appréciation de la Cour

26 Il convient de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales, instituée par l'article 234 CE, il appartient au seul juge national qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions préjudicielles posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59, et du 10 novembre 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-316/04, Rec. p. I-9759, point 29).

27 Toutefois, la Cour a également indiqué que, dans des hypothèses exceptionnelles, il lui appartient d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence (voir, en ce sens, arrêt du 16 décembre 1981, Foglia, 244/80, Rec. p. 3045, point 21). Le refus de statuer sur une question préjudicielle, posée par une juridiction nationale, n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, notamment, arrêts précités Bosman, point 61, et Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, point 30).

28 Dans la présente affaire, aucun de ces cas de figure n'est présent.

29 À cet égard, il convient de constater, d'une part, que la décision de renvoi ainsi que les observations écrites et orales ont fourni à la Cour des informations suffisantes lui permettant d'interpréter les règles de droit communautaire au regard de la situation faisant l'objet du litige au principal (voir, notamment, arrêts du 3 mars 1994, Vaneetveld, C-316/93,

Rec. p. I-763, point 14, et du 21 septembre 1999, Wijzenbeek, C-378/97, Rec. p. I-6207, point 21).

30 D'autre part, contrairement à ce que prétend Assitalia, il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation de l'article 81 CE n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal. Partant, l'objection soulevée par Assitalia tirée de l'inapplicabilité de cet article aux affaires au principal n'a pas trait à la recevabilité des présentes affaires, mais relève du fond de la première question.

31 Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que les articles 81 CE et 82 CE constituent des dispositions d'ordre public qui doivent être appliquées d'office par les juridictions nationales (voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, Rec. p. I-3055, points 39 et 40).

32 Il s'ensuit que les questions préjudicielles sont recevables.

Sur la première question dans les affaires C-295/04 à C-298/04

33 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si une entente ou une pratique concertée, telle que celle en cause au principal, entre compagnies d'assurances, consistant en un échange réciproque d'informations susceptible de permettre une augmentation des primes de l'assurance RC auto, non justifiée par les conditions du marché, qui constitue une infraction aux règles nationales sur la protection de la concurrence, peut également constituer une violation de l'article 81 CE, compte tenu notamment de la participation à l'entente ou à la pratique concertée d'entreprises appartenant à différents États membres.

Observations soumises à la Cour

34 Assitalia propose à la Cour de répondre que, compte tenu de la nature purement générale et instrumentale de la question, il s'avère impossible de fournir une réponse utile à propos de l'application de l'article 81 CE.

35 Le gouvernement italien estime que l'article 81 CE ne s'applique pas à une entente telle que celle en cause au principal. En effet, pour qu'un comportement anticoncurrentiel relève de la réglementation communautaire, une série de critères, qui iraient au-delà d'une simple participation d'entreprises d'autres États membres, devraient être remplis.

36 La Commission des Communautés européennes soutient que l'article 81 CE doit être interprété en ce sens qu'il interdit une entente ou une pratique concertée entre entreprises qui restreint la concurrence lorsque, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit ou de fait, il est possible d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que l'entente ou la pratique concertée en question exerce une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres. La circonstance que certaines entreprises d'autres États membres ont participé à cette entente ou à cette pratique concertée ne constituerait pas en soi un élément suffisant pour conclure que ladite entente ou pratique concertée exerce une telle influence sur les courants d'échanges entre États membres.

Appréciation de la Cour

37 Il convient d'emblée de constater que, contrairement à ce que fait valoir Assitalia, cette question est suffisamment précise pour permettre à la Cour de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi.

38 Ensuite, il y a lieu de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante, le droit communautaire et le droit national en matière de concurrence s'appliquent parallèlement, étant donné qu'ils considèrent les pratiques restrictives sous des aspects différents. Alors que les articles 81 CE et 82 CE les envisagent en raison des entraves qui peuvent en résulter pour le commerce entre les États membres, les législations internes, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les pratiques restrictives dans ce seul cadre (voir, notamment, arrêts du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.*, 14/68, Rec. p. 1, point 3; du 10 juillet 1980, *Giry et Guerlain e.a.*, 253/78 et 1/79 à 3/79, Rec. p. 2327, point 15, et du 9 septembre 2003, *Milk Marque et National Farmers' Union*, C-137/00, Rec. p. I-7975, point 61).

39 Il convient également de rappeler que les articles 81, paragraphe 1, CE et 82 CE produisent des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder (voir arrêts du 30 janvier 1974, *BRT et SABAM*, dit «*BRT I*», 127/73, Rec. p. 51, point 16; du 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission*, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, point 39, et du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, Rec. p. I-6297, point 23), et que la primauté du droit communautaire exige que soit laissée inappliquée toute disposition d'une loi nationale contraire à une règle communautaire, qu'elle soit antérieure ou postérieure à cette dernière (voir, notamment, arrêt du 9 septembre 2003, *CIF*, C-198/01, Rec. p. I-8055, point 48).

40 Toutefois, ainsi qu'il résulte déjà du libellé des articles 81 CE et 82 CE, pour que les règles communautaires de concurrence s'appliquent à une entente ou à une pratique abusive, il faut que celle-ci soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

41 L'interprétation et l'application de cette condition relative aux effets sur le commerce entre États membres doivent prendre comme point de départ le fait que son but est de déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des États membres. C'est ainsi que relèvent du domaine du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptibles d'affecter le commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun (voir, en ce sens, arrêts du 31 mai 1979, *Hugin/Commission*, 22/78, Rec. p. 1869, point 17, et du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 47).

42 Pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un

marché unique entre États membres (voir arrêts du 11 juillet 1985, *Remia e.a./Commission*, 42/84, Rec. p. 2545, point 22, et *Ambulanz Glöckner*, précité, point 48). Il faut, en outre, que cette influence ne soit pas insignifiante (arrêt du 28 avril 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, point 16).

43 Ainsi, l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants (voir arrêts *Bagnasco e.a.*, précité, point 47, et du 29 avril 2004, *British Sugar/Commission*, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 27).

44 À cet égard, il convient, d'une part, de constater, ainsi que l'a fait à juste titre M. l'avocat général au point 37 de ses conclusions, que le simple fait que l'on retrouve aussi des opérateurs des autres États membres parmi les participants à une entente nationale est un élément important dans l'appréciation à porter, mais il n'est pas déterminant en soi pour pouvoir en conclure que la condition relative aux effets sur le commerce entre États membres est remplie.

45 D'autre part, le fait qu'une entente n'ait pour objet que la commercialisation des produits dans un seul État membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre États membres puisse être affecté (voir arrêt du 11 juillet 1989, *Belasco e.a./Commission*, 246/86, Rec. p. I-2117, point 33). En effet, une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité (arrêts du 17 octobre 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/Commission*, 8/72, Rec. p. 977, point 29; *Remia e.a./Commission*, précité, point 22, et du 18 juin 1998, *Commission/Italie*, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 48).

46 En outre, en matière de services, la Cour a déjà jugé que l'influence sur les courants d'échanges entre États membres peut consister dans le fait que les activités en cause sont organisées de telle façon que le marché commun est compartimenté et la liberté des prestations de services, qui est l'un des objectifs du traité, entravée (voir arrêts du 4 mai 1988, *Bodson*, 30/87, Rec. p. 2479, point 24, et *Ambulanz Glöckner*, précité, point 49).

47 Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, eu égard aux caractéristiques du marché national en cause, il existe un degré suffisant de probabilité que l'entente ou la pratique concertée en cause au principal puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la vente des polices d'assurance RC auto dans l'État membre concerné par des opérateurs d'autres États membres et que cette influence ne soit pas insignifiante.

48 Toutefois, la Cour, statuant sur renvoi préjudiciel, peut, le cas échéant, apporter des précisions visant à guider la juridiction nationale dans son interprétation (voir, notamment, arrêt du 17 octobre 2002, *Payroll e.a.*, C-79/01, Rec. p. I-8923, point 29).

49 À cet égard, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, dès lors qu'il s'agit d'un marché perméable aux prestations de services par des opérateurs d'autres États membres, les membres d'une entente de prix nationale ne peuvent conserver leur part de marché que s'ils se protègent contre la concurrence étrangère (voir, en ce qui concerne les

importations, arrêts précités *Belasco e.a./Commission*, point 34, et *British Sugar/Commission*, point 28).

50 Or, la décision de renvoi indique que l'AGCM a observé que le marché des polices d'assurance RC auto présente d'importantes barrières à l'entrée, qui ont surtout été érigées en raison de la nécessité de mettre sur pied un réseau efficace de distribution et un réseau de centres affectés à la liquidation des indemnisations pour les sinistres dans toute l'Italie. Toutefois, la juridiction de renvoi relève également que des compagnies d'assurances appartenant à d'autres États membres et exerçant également leurs activités en Italie ont aussi participé à l'accord sanctionné par l'AGCM. Il apparaît donc qu'il s'agit d'un marché perméable aux prestations de services par des compagnies d'assurances d'autres États membres, bien que lesdites barrières rendent la prestation de ces services plus difficile.

51 Dans de telles conditions, il appartient en particulier à la juridiction de renvoi d'examiner si déjà l'existence de l'entente ou la pratique concertée était susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les compagnies d'assurances d'autres États membres n'exerçant pas d'activités en Italie, notamment en permettant la coordination et la fixation des primes de l'assurance RC auto à un niveau où la vente d'une telle assurance par ces compagnies ne serait pas rentable (voir, en ce sens, arrêt *British Sugar*, précité, points 29 et 30).

52 Dès lors, il convient de répondre à la première question, dans les affaires C-295/04 à C-298/04, qu'une entente ou une pratique concertée, telle que celle en cause au principal, entre compagnies d'assurances, consistant en un échange réciproque d'informations susceptible de permettre une augmentation des primes de l'assurance RC auto, non justifiée par les conditions du marché, qui constitue une infraction aux règles nationales sur la protection de la concurrence, peut également constituer une violation de l'article 81 CE si, eu égard aux caractéristiques du marché national en cause, il existe un degré suffisant de probabilité que l'entente ou la pratique concertée en cause puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la vente des polices de cette assurance dans l'État membre concerné par des opérateurs établis dans d'autres États membres et que cette influence ne soit pas insignifiante.

Sur la deuxième question dans les affaires C-295/04 à C-297/04 et sur la troisième question dans l'affaire C-298/04

53 Par cette question, qu'il convient d'examiner avant la deuxième question dans l'affaire C-298/04, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 81 CE doit être interprété en ce sens que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice.

Observations soumises à la Cour

54 Assitalia propose à la Cour de répondre par l'affirmative en rappelant cependant que, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces

modalités respectent les principes de l'équivalence et d'effectivité (voir arrêt *Courage et Crehan*, précité, point 29).

55 Selon le gouvernement allemand et la Commission, l'article 81 CE devrait être interprété en ce sens qu'il permet aux tiers titulaires d'un intérêt juridiquement pertinent de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique prohibée par cette disposition communautaire et de demander l'indemnisation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre l'entente ou la pratique concertée et le préjudice.

Appréciation de la Cour

56 Il convient tout d'abord de rappeler que l'article 81, paragraphe 2, CE prévoit la nullité de tout accord et décision interdits en vertu de l'article 81 CE.

57 Il résulte d'une jurisprudence constante que cette nullité, qui peut être invoquée par tous, s'impose au juge dès que les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE sont réunies et que l'accord concerné ne peut justifier l'octroi d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE (voir, sur ce dernier point, notamment, arrêt du 9 juillet 1969, *Portelange*, 10/69, Rec. p. 309, point 10). La nullité visée à l'article 81, paragraphe 2, CE ayant un caractère absolu, un accord nul en vertu de cette disposition n'a pas d'effet dans les rapports entre les contractants et n'est pas opposable aux tiers (voir arrêt du 25 novembre 1971, *Béguelin*, 22/71, Rec. p. 949, point 29). En outre, elle est susceptible d'affecter tous les effets, passés ou futurs, de l'accord ou de la décision concernés (voir arrêts du 6 février 1973, *Brasserie de Haecht*, 48/72, Rec. p. 77, point 26, et *Courage et Crehan*, précité, point 22).

58 En outre, ainsi qu'il a été rappelé au point 39 du présent arrêt, l'article 81, paragraphe 1, CE produit des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendre des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder.

59 Il s'ensuit que toute personne est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 81 CE (voir arrêt *Courage et Crehan*, précité, point 24) et, partant, de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article.

60 Ensuite, en ce qui concerne la possibilité de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il y a lieu de rappeler que la pleine efficacité de l'article 81 CE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (voir arrêt *Courage et Crehan*, précité, point 26).

61 Il s'ensuit que toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE.

62 En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de

régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (voir arrêts du 10 juillet 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, point 27, et Courage et Crehan, précité, point 29).

63 Dès lors, il convient de répondre à la deuxième question dans les affaires C-295/04 à C-297/04 et à la troisième question dans l'affaire C-298/04 que l'article 81 CE doit être interprété en ce sens que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice.

64 En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice de ce droit, y compris celles de l'application de la notion de «lien de causalité», pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

Sur la deuxième question dans l'affaire C-298/04

65 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 81 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale, telle que l'article 33, paragraphe 2, de la loi n° 287/90, en vertu de laquelle les tiers doivent introduire leurs recours en indemnité pour violation des règles de concurrence communautaires et nationales devant une juridiction autre que celle ordinairement compétente pour les recours en indemnité de même valeur, entraînant de cette manière une augmentation sensible des coûts et des délais de jugement.

Observations soumises à la Cour

66 Assitalia relève que l'article 33, paragraphe 2, de la loi n° 287/90 s'applique aux seuls recours en indemnité fondés sur la violation des dispositions nationales protégeant la concurrence et que, à l'inverse, les recours en indemnité fondés sur la violation des articles 81 CE et 82 CE relèvent, en l'absence de dispositions légales expresses, de la compétence du juge ordinaire.

67 Dès lors, à la lumière du principe de l'autonomie procédurale, si la juridiction nationale était appelée à vérifier le respect des principes de l'équivalence et d'effectivité en ce qui concerne l'article 33 de la loi n° 287/90, elle devrait observer que la situation juridique fondée sur le droit communautaire est mieux protégée, compte tenu de la garantie du double degré de juridiction, par rapport à celle basée sur le droit national.

68 Le gouvernement italien soutient que le choix portant sur l'attribution de la compétence pour connaître des litiges en cause résulte exclusivement de l'organisation judiciaire de chacun des États membres, sous réserve des principes de l'équivalence et d'effectivité.

69 La Commission fait valoir qu'une réglementation nationale qui prévoit des règles de compétence différentes pour les actions civiles fondées sur la violation des règles communautaires de concurrence par rapport à celles applicables à des actions similaires de nature interne est compatible avec le droit communautaire lorsque les premières ne sont pas moins favorables que les secondes et ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique communautaire.

Appréciation de la Cour

70 Tout d'abord, en ce qui concerne la question de savoir si l'article 33, paragraphe 2, de la loi n° 287/90 s'applique aux seuls recours en indemnité fondés sur la violation des règles nationales de concurrence ou également aux recours en indemnité fondés sur la violation des articles 81 CE et 82 CE, il n'appartient pas à la Cour d'interpréter le droit national ni d'examiner son application au cas d'espèce (voir, notamment, arrêts du 24 octobre 1996, Dietz, C-435/93, Rec. p. I-5223, point 39, et du 19 janvier 2006, Bouanich, C-265/04, non encore publié au Recueil, point 51).

71 Ensuite, ainsi qu'il résulte du point 62 du présent arrêt, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de fixer les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité).

72 Dès lors, il convient de répondre à la deuxième question dans l'affaire C-298/04 que, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes pour connaître des recours en indemnité fondés sur une violation des règles communautaires de concurrence et de fixer les modalités procédurales de ces recours, pour autant que les dispositions concernées ne soient pas moins favorables que celles relatives aux recours en indemnité fondés sur une violation des règles nationales de concurrence et que lesdites dispositions nationales ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation du dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE.

Sur la troisième question dans les affaires C-295/04 à C-297/04 et sur la quatrième question dans l'affaire C-298/04

73 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 81 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle nationale selon laquelle le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE court à compter du jour où cette entente ou pratique interdite a été mise en œuvre.

Observations soumises à la Cour

74 Assitalia relève que, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, il appartient au juge national, dans le respect des principes de l'équivalence et d'effectivité, de déterminer, à la lumière de son propre ordre juridique, quels sont les délais de prescription et leurs modalités d'application (voir arrêt du 14 décembre 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599).

75 Le gouvernement italien soutient que c'est à partir du jour où l'entente a été mise en œuvre que la protection contre les effets négatifs découlant de celle-ci est efficace. Ce serait donc à partir de ce moment que court le délai de prescription de la demande d'indemnisation fondée sur l'article 81 CE.

76 La Commission affirme que, en l'absence de dispositions communautaires en la matière, c'est l'ordre juridique de chaque État membre qui régit les questions telles que celle de l'écoulement du délai de prescription pour l'exercice des actions fondées sur la violation des règles communautaires en matière de concurrence, pour autant que ce délai ne soit pas moins favorable que celui applicable aux recours similaires de nature interne et ne rende pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

Appréciation de la Cour

77 Ainsi qu'il a été rappelé au point 62 du présent arrêt, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités respectent les principes de l'équivalence et d'effectivité.

78 Une règle nationale en vertu de laquelle le délai de prescription pour l'introduction d'un recours en indemnité court à compter du jour où l'entente ou la pratique concertée a été mise en œuvre pourrait rendre pratiquement impossible l'exercice du droit de demander réparation du dommage causé par cette entente ou pratique interdite, en particulier si cette règle nationale prévoit également un délai de prescription court et que ce délai ne puisse être suspendu.

79 En effet, dans une telle situation, en cas d'infractions continues ou répétées, il n'est pas exclu que le délai de prescription s'écoule avant même qu'il soit mis fin à l'infraction, auquel cas toute personne ayant subi des dommages après l'écoulement du délai de prescription se trouve dans l'impossibilité d'introduire un recours.

80 Il incombe à la juridiction nationale de vérifier si tel est le cas de la règle nationale en cause au principal.

81 Dès lors, il convient de répondre à la troisième question dans les affaires C-295/04 à C-297/04 et à la quatrième question dans l'affaire C-298/04 que, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

82 À cet égard, il incombe à la juridiction nationale de vérifier si une règle nationale en vertu de laquelle le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE court à compter du jour où cette entente ou cette pratique interdite a été mise en œuvre, en particulier si cette règle nationale prévoit également un délai de prescription court et que ce délai ne puisse être suspendu, rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation du préjudice subi.

Sur la quatrième question dans les affaires C-295/04 à C-297/04 et sur la cinquième question dans l'affaire C-298/04

83 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 81 CE doit être interprété en ce sens qu'il impose aux juridictions nationales l'obligation d'octroyer des dommages-intérêts ayant un caractère de sanction, afin que l'indemnité soit supérieure à l'avantage obtenu par l'opérateur économique ayant violé cette disposition et décourage ainsi la mise en œuvre d'ententes ou de pratiques interdites par celle-ci.

Observations soumises à la Cour

84 Assitalia fait valoir que la question relative à la reconnaissance d'une indemnité punitive au tiers préjudicié par un comportement anticoncurrentiel relève une nouvelle fois du principe de l'autonomie procédurale. Dans la mesure où il n'existe en effet aucune réglementation communautaire en matière d'indemnité punitive, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'ampleur de l'indemnisation, toujours dans le respect des principes de l'équivalence et d'effectivité (voir notamment, en ce sens, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, points 89 et 90).

85 Le gouvernement italien soutient que l'institution de l'indemnité punitive est étrangère à l'ordre juridique italien et à la raison d'être de l'institution de l'indemnisation. Cette dernière serait, en effet, conçue comme une mesure de réparation du préjudice subi et prouvé par la victime. Elle ne pourrait, en aucun cas, avoir une fonction de sanction ou de répression, une telle fonction relevant du domaine de la loi.

86 Le gouvernement allemand considère qu'il faut répondre par la négative à cette question.

87 Selon le gouvernement autrichien, il n'est pas nécessaire, pour garantir l'application de l'article 81 CE, d'accorder d'office au tiers ayant subi un préjudice des dommages-intérêts ayant un caractère de sanction, l'enrichissement de la personne ayant subi un préjudice n'étant ni envisagé ni nécessaire. La majorité des ordres juridiques des États membres n'attacheraient pas de conséquences juridiques de ce type à une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE. Ils prévoiraient plutôt des droits en matière d'indemnisation et d'interdiction, ce qui suffirait à la mise en œuvre effective de l'article 81 CE.

88 La Commission estime que, en l'absence de dispositions communautaires en la matière, c'est l'ordre juridique de chaque État membre qui régit les questions telles que celle de la liquidation du préjudice découlant de la violation des règles communautaires en matière de

concurrence, pour autant que l'indemnisation du préjudice dans un tel cas ne soit pas moins favorable pour la personne lésée que l'indemnisation qu'elle aurait pu obtenir par des actions analogues de nature interne.

Appréciation de la Cour

89 Ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers (voir, notamment, arrêts du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, point 16; du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 19, et *Courage et Crehan*, précité, point 25).

90 Ainsi qu'il a été rappelé au point 60 du présent arrêt, la pleine efficacité de l'article 81 CE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

91 Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté (arrêt *Courage et Crehan*, précité, point 27).

92 En ce qui concerne l'allocation de dommages-intérêts et une éventuelle possibilité d'accorder des indemnités ayant un caractère de sanction, en l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

93 À cet égard, d'une part, conformément au principe de l'équivalence, des dommages-intérêts particuliers, tels que des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, doivent pouvoir être alloués dans le cadre des actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, s'ils peuvent l'être dans le cadre d'actions semblables fondées sur le droit interne (voir, en ce sens, arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 90).

94 Toutefois, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit (voir, notamment, arrêts du 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady/Conseil et Commission*, 238/78, Rec. p. 2955, point 14; du 21 septembre 2000, *Michaïlidis*, C-441/98 et C-442/98, Rec. p. I-7145, point 31, et *Courage et Crehan*, précité, point 30).

95 D'autre part, il résulte du principe d'effectivité et du droit de toute personne de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un

préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts.

96 En effet, l'exclusion totale, au titre du dommage réparable, du manque à gagner ne peut être admise en cas de violation du droit communautaire, car, spécialement à propos de litiges d'ordre économique ou commercial, une telle exclusion totale du manque à gagner serait de nature à rendre en fait impossible la réparation du dommage (voir arrêts *Brasserie du pêcheur* et *Factortame*, précité, point 87, et du 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, point 91).

97 Quant au paiement d'intérêts, la Cour a rappelé au point 31 de l'arrêt du 2 août 1993, *Marshall* (C-271/91, Rec. p. I-4367) que leur octroi, selon les règles nationales applicables, constitue une composante indispensable d'un dédommagement.

98 Il s'ensuit qu'il convient de répondre à la quatrième question dans les affaires C-295/04 à C-297/04 et à la cinquième question dans l'affaire C-298/04 que, en l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation du préjudice causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

99 Dès lors, d'une part, conformément au principe de l'équivalence, si des dommages-intérêts particuliers, tels que des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, peuvent être alloués dans le cadre d'actions nationales semblables aux actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, ils doivent également pouvoir l'être dans le cadre de ces dernières actions. Toutefois, le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit.

100 D'autre part, il résulte du principe d'effectivité et du droit du particulier de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts.

Sur les dépens

101 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) dit pour droit:

1) Une entente ou une pratique concertée, telle que celle en cause au principal, entre compagnies d'assurances consistant en un échange réciproque d'informations susceptible

de permettre une augmentation des primes de l'assurance responsabilité civile obligatoire relative aux sinistres causés par des véhicules automobiles, navires et cyclomoteurs, non justifiée par les conditions du marché, qui constitue une infraction aux règles nationales sur la protection de la concurrence, peut également constituer une violation de l'article 81 CE si, eu égard aux caractéristiques du marché national en cause, il existe un degré suffisant de probabilité que l'entente ou la pratique concertée en cause puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la vente des polices de cette assurance dans l'État membre concerné par des opérateurs établis dans d'autres États membres et que cette influence ne soit pas insignifiante.

2) L'article 81 CE doit être interprété en ce sens que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice.

En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice de ce droit, y compris celles de l'application de la notion de «lien de causalité», pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

3) En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes pour connaître des recours en indemnité fondés sur une violation des règles communautaires de concurrence et de fixer les modalités procédurales de ces recours, pour autant que les dispositions concernées ne soient pas moins favorables que celles relatives aux recours en indemnité fondés sur une violation des règles nationales de concurrence et que lesdites dispositions nationales ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation du dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE.

4) En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

À cet égard, il incombe à la juridiction nationale de vérifier si une règle nationale en vertu de laquelle le délai de prescription pour demander réparation d'un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE court à compter du jour où cette entente ou cette pratique interdite a été mise en œuvre, en particulier si cette règle nationale prévoit également un délai de prescription court et que ce délai ne puisse être suspendu, rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de demander réparation du préjudice subi.

5) En l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation du préjudice causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés.

Dès lors, d'une part, conformément au principe de l'équivalence, si des dommages-intérêts particuliers, tels que des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, peuvent être alloués dans le cadre d'actions nationales semblables aux actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, ils doivent également pouvoir l'être dans le cadre de ces dernières actions. Toutefois, le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit.

D'autre part, il résulte du principe d'effectivité et du droit du particulier de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts.

INDEX THÉMATIQUE DE JURISPRUDENCE

Article 30 et 110 TFUE

1. CJCE, 14 décembre 1962, « Pain d'épices », aff. 2/62.
2. CJCE, 19 juin 1973, Carmine Capolongo, aff. 77/72
3. CJCE, 21 mai 1980, « sovrapprezzo », aff. 73/79.
4. CJCE, 9 mai 1985, Humblot, aff. 112/84.
5. CJCE, 29 juin 1988, Deville, aff. 240/87.
6. CJCE, 11 juin 1992, Sanders Adour et Guyomarc'h, aff. C-149/91.
7. CJCE, 30 novembre 1995, Casarin, aff. C-113/94.
8. CJCE, 17 juillet 1997, Haahr Petroleum, aff. C-90/94.
9. CJCE, 2 avril 1998, Outokumpu Oy, aff. C-213/96.
10. CJCE, 9 février 1999, Dillexport, aff. C-343/96.
11. CJCE, 22 avril 1999, CRT France International, C-109/98
12. CJCE, 23 avril 2002, Nygard, aff. C-234/99.
13. CJCE, 27 février 2002, « cigarettes brunes et blondes », C-302/00.
14. CJCE, 27 février 2003 « exportation de déchets », aff. C-389/00.
15. CJCE, 17 juin 2003, De Danske Bilimportører, aff. C-383/01.
16. CJCE, 23 avril 2004, Weigel, C-387/01.
17. CJCE, 9 septembre 2004, Carbonati apuani c. Comune di Carrara, aff. C-72/03.
18. CJCE, 8 juin 2006, Visserijndrijf D.J. Koornstra, aff. C-517/04
19. CJCE, 18 janvier 2007, Maciej Brzeziński, aff. C-313/05.
20. CJCE, 8 novembre 2007, Frohnleiten, aff. C-221/06.

Article 34 TFUE

1. CJCE. 11 juillet 1974. Dassonville. aff. 8/74
2. CJCE. 20 février 1979. Cassis de Dijon. aff. 120/78
3. CJCE. 17 juin 1981. Souvenirs d'Irlande. aff. 113/80
4. CJCE. 14 juillet 1981. Oebel. aff. 155/80
5. CJCE. 15 décembre 1982. Oosthoek's. aff. 286/81
6. CJCE. 11 juillet 1985. Cinéthèque. aff. 60/84
7. CJCE. 7 mars 1990. GB-inno BM. aff. C-362/88
8. CJCE. 24 novembre 1993. Keck et Mithouard. aff. C-267/91
9. CJCE. 15 décembre 1993. Hunermund. aff. C-292/92
10. CJCE. 9 février 1995. Leclerc-siplec. aff. C-412/93
11. CJCE. 6 juillet 1995. Mars, aff. C-470/93
12. CJCE. 26 juin 1997. Familiapress. C-368/95
13. CJCE. 9 juillet 1997. De Agostini TV shop. C-34/95
14. CJCE. 9 décembre 1997. « Guerre des fraises ». affaire C-265/95
15. CJCE. 13 janvier 2000. TK-Heimdiest. C-254/98
16. CJCE. 13 janvier 2000. Estée Lauder Cosmetics GmbH. aff. C-220/98.
17. CJCE. 8 mars 2001. Gourmet International Products. C-405/98.
18. CJCE. 20 mai 2003. Ravil SARL. aff. C-469/00.
19. CJCE. 12 juin 2003. Schmidberger. C-112/00
20. CJCE. 18 septembre 2003. Morellato. C-416/00
21. CJCE. 11 décembre 2003. Deutscher Apothekerverband c/ DocMorris. aff. C-322/01
22. CJCE. 25 mars 2004. Karner. aff. C-71/02.
23. CJCE. 15 juillet 2004. Douwe Egberts. aff. C-239/02
24. CJCE. 23 février 2006. Claudia Schmidt. aff. C-441/04
25. CJCE. 14 septembre 2006. Alfa Vita. Aff. C 159/04
26. CJCE. 28 septembre 2006. Ahokainen et Leppik. affaire C-434/04
28. CJ. 8 juillet 2010. Otto Sjöberg et Anders Gardin. Aff. jtes. C-447/08 et C-448/08

Article 101 TFUE

1. CJCE. 13 juillet 1966. Etablissements Consten SARL et Grundig-

27. CJCE. 5 juin 2007. Klas Rosengren. affaire C-170/04
28. CJCE. 11 sept. 2008. Commission c. Allemagne. aff. C-141/07
29. CJCE. 8 novembre 2007. Juers Pharma. aff. C-143/06.
30. CJCE. 8 novembre 2007. Gintec. aff. C-374/05.
31. CJCE, 14 Février 2008, Dynamic Medien, aff. C-244/06
32. Cass. soc. 26 mars 2008. n° 07-13.016 : JurisData n° 2008-043424
33. CJCE. 11 septembre 2008. Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne. Aff. C-141/07.
34. CJCE. 10 février 2009. Commission des Communautés européennes c. République italienne. affaire C-110/05.
35. CJCE. 30 avril 2009. LIBRO. aff. C-531/07.
36. CJCE. 4 juin 2009, Aklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos. aff. C-142/05.
37. CJCE. 16 juillet 2009. Commission des Communautés européennes c. République de Pologne. Aff. C-165/08.
38. CJCE. 8 septembre 2009. Budějovický Budvar. Aff. C-478/07
39. CJ. 24 juin 2010, Commission européenne c. République italienne. Aff. C-571/08.

Article 43 et 56 TFUE

1. CJCE. 21 juin 1974. Jean Reyners contre État belge. Aff. 2-74. Rec. 631
2. CJCE. 3 décembre 1974. Johannes Henricus Maria van Binsbergen. Aff. 33-74. Rec.1299.
3. CJCE. 12 décembre 1974. Walrave. Aff. 36-74. Rec. 1405
4. CJCE. 31 janvier 1984. Luisi et Carbone. Aff. jointes 286/82 et 26/83. Rec. 377
5. CJCE. 26 février 1991. Guides touristiques . Aff. C-198/89. Rec I-727.
6. CJCE. 25 juillet 1991. Manfred Säger. Aff. C-76/90. Rec I-4221
7. CJCE. 25 juillet 1991. Gouda. Aff. C-288/89. Rec I-4007.
8. CJCE. 10 mai 1995. Alpine Investments BV. Aff. C-384/93. Rec I-1141.
9. CJCE. 30 novembre 1995. Reinhard Gebhard. Aff. C-55/94. Rec I-4165.
10. CJCE. 9 juillet 1997. KO. c. De Agostini. Aff.s jointes C-34/95. C-35/95 et C-36/95.
11. CJCE. 22 janvier 2002. Canal Satelite. aff. C-390/99
12. CJCE. 13 juillet 2004. Bacardi France c. TF1. aff. C-429/02.
13. CJCE. (grande chambre). 7 septembre 2004. Système de bonus-malus. aff. C-347/02
14. CJCE. 5 octobre 2004. « Caixa Bank ». aff C-442/02.
15. CJCE. 14 octobre 2004. Omega. aff. C-36/02.
17. CJCE. 26 octobre 2006. Commission c/ République hellénique. C-65/05
18. CJCE. 6 mars 2007. Placanica. Aff. Jointes C 338/04. C 359/04. C 360/04.
19. Cass. com.. 10 juillet 2007. n° 06-13.986. ZeTurf
20. CJCE. 11 décembre 2007. Viking. Aff. C-348/08 et CJCE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri Ltd, aff. C-341/05
21. CJCE, 17 juillet 2008, Corporacion Dermoestética S A, aff. C-500/06
22. CJCE . 8 septembre 2009. Liga Portuguesa de Futebol. aff. C-42/07.
23. CJCE . 25 juin 2009. Commission c. Autriche. Aff. C-356/08.
24. CJCE . 19 mai Apothekerkammer Saarlande. aff. C-171/07.
25. CJ. 1er juin 2010. José Manuel Blanco Pérez & Maria del Pilar Chao Gomez. Aff. jtes. C-570/07 et C-571/07
26. CJ. 3 juin 2010. Sporting exchange Ltd. Aff. C-203/08
27. CJ. 15 juin 2010. Commission c/ Espagne. Aff. C-211/08

Verkauf GmbH. Aff. jtes. 56 et 58/64

2. CJCE. 14 juillet 1972, Imperial Chemicals Industries ICI « matières colorantes » aff. 48/69

3. CJCE. 25 octobre 1983. - AEG-Telefunken c. Commission des Communautés européennes. Affaire 107/82.

4. CJCE, 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö « pâte de bois » aff. C-89/85

5. CJCE. 8 juillet 1999. ANIC Partecipazioni . Affaire C-49/92 P.

6. TPICE. 3 décembre 2003. Volkswagen AG. aff T- 208/01.

7. CJCE. 6 janvier 2004. Bayer. aff. C-02/01 et C-03/01

8. TPICE. 15 septembre 2005. DaimlerChrysler AG aff. T-325/01

9. TPICE. 6 décembre 2005 Brouwerij Haacht NV affaire T-48/02

10. CJCE. 6 avril 2006. General Motors BV aff. C-551/03P

11. CJCE. 18 mai 2006 Archer Daniels Midland Co affaire C-397/03 P

12. CJCE. 30 nov. 2006. A. Brünsteiner GmbH C-376/05

13. CJCE (Gde Chambre). 5 décembre 2006. Cipolla. affaires jointes C-94/04 et C-202/04

14. CJCE (Gde Chambre). 11 décembre 2007. ETI. aff. C-280/06

15. TPICE. 8 octobre 2008 SGL Carbon AG affaire T-68/04.

21. Autorité de la Concurrence 08-D-25 Décision du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques

16. CJCE. 20 novembre 2008. Beef Industry Development Society et Barry Brothers. aff. C-209/07

17. TPICE. 6 mai 2009 Outokumpu Oyj affaire T-122/04.

18. CJCE . 2 avril 2009. Pedro IV Servicios SL. affaire C-260/07.

19. TPICE. 30 avril 2009 Nintendo Co affaire T-13/03.

20. TPICE. 9 juillet 2009. Automobiles Peugeot SA. Aff. T-450/05

22. CJCE . 3 septembre 2009 Marché du papier autocopiant affaires jointes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P.

23. CJCE, ord., 3 septembre 2009, Lubricantes y Carburantes Galaicos SL, aff. C-506/07

24. CJCE . 24 septembre 2009 Club Lombard. affaires jointes C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P.

25. CA Paris. Pôle 5. Ch. 5-7. 29 octobre 2009. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. 2008/23812.

26. CA. Paris Pôle 5 chambre 4. 2 déc. 2009. SARL Auto 24.

27 . CJ. 17 juin 2010. Lafarge. Aff. C-413/08 P

28. Tr., 8 septembre 2010, Deltafina SpA, aff. T-29/05

Article 102 TFUE

1. CJCE. 13 février 1979. Hoffmann-Laroche. Aff. 85/76

2. CJCE. 13 juillet 1991. Azko Chemie. Aff. 62/86

3. CJCE, 6 avril 1995, Magill, aff. C-241/91.

4 . TPICE. 7 octobre 1999. Irish Sugar. Aff. T-228/97

5. CJCE. 16 mars 2000. Compagnie maritime belge des transports SA. Aff. C-395/96 P

6. TPICE. 30 septembre 2003. Michelin. Aff. T-203/01

7. CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, aff. C-418/01

8. CJCE, 25 novembre 2004, KPN Telecom, aff. C-109/03.

9. TPICE, 30 janvier 2007, France Telecom, aff. T 340/03.

10. Cons. Conc., déc. n°07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France

11. CJCE. 15 mars 2007. British airways/ aff. C-95/04 P

12. TPICE. 11 juillet 2007 Alrosa Company Ltd affaire T-170/06.

13. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft, affaire T-201/04.

14. TPICE. 10 avril 2008. Deutsche Telecom. Aff. T-271/03

15. CJCE. 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia, aff. Jtes. C-468/06

16. CJCE. 11 décembre 2008 Kanal 5 Ltd affaire C-52/07.

17. CJCE. 2 avril 2009 France Télécom SA affaire C-202/07 P.

18. CJCE. 16 juillet 2009 Der Grüne Punkt affaire C-385/07 P.

19. TPICE. 9 septembre 2009 Clearstream Banking AG affaire T-301/04.

20. Tr. 25 juin 2010. Imperial Chemical Industries. Aff. T-66/01