

LA SENSIBILITÉ NE RÉSULTE PAS DES SEULES CARACTÉRISTIQUES DES AUTEURS DES PRATIQUES

Philippe RINCAZAUX^{*}
Avocat, Orrick Rambaud Martel

1. La soumission de pratiques anticoncurrentielles au droit de l'Union emporte des conséquences importantes lorsqu'elles sont examinées à une autorité nationale de concurrence ou une juridiction nationale : convergence des solutions entre droits nationaux et droit de l'Union (article 3 du règlement n° 1/2003¹), coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres (article 11), échanges d'informations entre ces mêmes autorités (article 12), coopération des juridictions nationales avec la Commission (article 15), application uniforme du droit européen de la concurrence (article 16), enquêtes par une autorité nationale de concurrence au nom et pour le compte d'une autre autorité nationale de concurrence (article 22) notamment.

2. La question de savoir si une pratique est soumise au seul droit d'un État membre ou également à celui de l'Union n'est donc pas sans effet, même si, en pratique, on constate une convergence de plus en plus forte entre les droits des États membres – et surtout la façon dont ils sont appliqués – et le droit de l'Union.

3. En vertu de l'article 3 du règlement n° 1/2003, l'application du droit de l'Union n'est pas une option, mais une obligation pour les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales, avec les effets qui y sont attachés. La question de savoir si des pratiques sont soumises au droit de l'Union est donc un préalable, dont la solution dépendra de la question de savoir si les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres de façon sensible.

4. Plusieurs affaires récentes², portées devant les Autorités et juridictions françaises de la concurrence, ont montré la difficulté de cerner les critères entourant la notion

d'affectation du commerce entre États membres. Les affaires en cause revêtaient, il est vrai, des spécificités importantes. Dans les affaires dites "du carburéacteur" et *Orange Caraïbe*, étaient en cause des pratiques en outre-mer français, c'est-à-dire sur des marchés insulaires locaux. Les caractéristiques économiques et géographiques propres à ces territoires ont soulevé la question de l'affectation du commerce entre États membres, et notamment le caractère sensible de cette affectation, lorsque les pratiques en cause ne couvrent qu'une partie d'un seul et même État membre.

5. En vertu des lignes directrices sur la notion d'affectation du commerce³, les articles 101 et 102 TFUE ne s'appliquent qu'aux accords et pratiques susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers à l'intérieur de l'Union européenne. Le critère de l'affectation sensible du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit de l'Union aux accords et pratiques qui "sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur"⁴. La jurisprudence européenne incite également à retenir une appréciation raisonnée du critère de sensibilité, pour reprendre la terminologie de la Cour de justice⁵. Le Tribunal et la Cour de justice ont précisé qu'il importe que "cette influence actuelle ou potentielle ne soit pas insignifiante"⁶. Dans son arrêt *AEPI c/ Commission* du 23 avril 2009, la Cour de justice a affirmé que les articles 81 CE et 82 CE, devenus 101 TFUE et 102 TFUE, ne sont applicables aux ententes restreignant la concurrence ainsi qu'aux abus de position dominante que si ces ententes et abus sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire : "S'il s'avère

^{*} L'auteur de l'article est le Conseil de deux parties dans l'affaire dite "du carburéacteur".

1 Règlement (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.

2 Décision n° 08-D-30 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion ; décision n° 09-D-36 de l'Autorité de la concurrence du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane.

3 Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité.

4 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitées, § 44.

5 "Doit, pour relever du champ d'application de l'article 85, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, être de nature à fonder une prévision raisonnable permettant de faire craindre qu'il puisse exercer une influence éventuelle directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, susceptibles d'entraver la réalisation d'un marché unique entre lesdits États", CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière (LTM) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, aff. 56/65, Rec. p. 337.

6 Tribunal, 8 juillet 2004, *JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. et Sumitomo Metal Industries Ltd c/ Commission*, aff. T-67, 68, 71 et 78/00, Rec. p. II-2501, § 392 ; CJCE, 23 avril 2009, *AEPI c/ Commission C-425/07 P*, § 50 ; Tribunal, 3 février 2011, *Cetarsa c/ Commission*, aff. T-33/05, pt 120.

12. En vertu des lignes directrices, si un accord ou une pratique sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, la Commission pourra présumer que cette affectation du commerce est sensible, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'euros ou que la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5 %¹⁵. Toutefois, cette présomption dite "positive" n'est pas absolue. D'une part, les lignes directrices prévoient explicitement que cette présomption revêt un caractère "réfutable". D'autre part, une telle présomption n'existe pas lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un État membre. Sur ce second point, les lignes directrices renvoient directement aux accords de portée régionale.

13. La Commission distingue les accords interdisant l'accès à un marché régional et les accords de nature locale¹⁶. Pour les premiers, la Commission analyse si le volume de ventes affecté par l'accord en cause est "significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'État membre en cause"¹⁷. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, considérés comme susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, et ce, "même si le marché local se trouve dans une région frontalière"¹⁸. Pour ces deux catégories d'accords, la Commission considère que le meilleur indicateur de l'affectation est l'estimation de la part du marché national à laquelle l'accès est interdit en raison de la pratique. Pour établir l'applicabilité du droit de l'Union, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être "importante".

14. Dans l'affaire *Orange Caraïbe*, la Cour d'appel de Paris a procédé à l'examen du volume des ventes sur le marché géographique pertinent par rapport au volume national, afin d'apprécier si l'affectation du commerce entre États membres était sensible¹⁹. Elle a constaté que le chiffre d'affaires du groupe France Télécom aux Caraïbes a représenté 0,75 % du chiffre d'affaires national et a conclu que l'affectation sensible du commerce entre États membres devait être écartée.

15. La Cour de cassation, dans son arrêt du 1^{er} mars 2011 a rappelé cette condition en jugeant que, pour considérer que la pratique est susceptible d'interdire l'accès à un marché régional, il faut apprécier le volume du marché affecté par les pratiques par rapport à l'ensemble du volume d'activité du marché français. Pour la Cour, si le lieu du siège social des entreprises concernées, leurs activités sur le territoire européen et la nationalité des voyageurs à destination de Saint-Denis de La Réunion sont des éléments de nature à caractériser l'affectation du commerce entre États membres,

ou du moins sa potentialité, ils ne permettent pas d'en établir le caractère sensible :

*"Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs pris de la seule taille des entreprises et du lieu de leurs activités, insuffisants à établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres, lequel, en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel État, devait être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet État, la cour d'appel a privé sa décision de base légale"*²⁰.

16. L'arrêt du 1^{er} mars a en outre rappelé que l'influence sur les courants d'échanges entre États membres peut être indirecte. La Cour de cassation a retenu que la nationalité des passagers à destination et en provenance de l'île de La Réunion est un élément, parmi d'autres, de nature à caractériser l'affectation du commerce entre États membres. La Cour a considéré que, conformément à la jurisprudence européenne²¹ et aux lignes directrices²², le commerce entre États membres peut être affecté en raison des effets, sur un marché connexe (le marché du transport de voyageurs ressortissants français et européens à destination et en provenance de Saint-Denis de La Réunion), résultant de pratiques qui se sont déroulées sur le marché en cause (le marché de la fourniture de carburéacteur à Air France sur l'île de La Réunion). Cependant, la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel n'a pas démontré que cette affectation avait été sensible.

17. On peut retenir que l'affectation du commerce entre États membres peut être établie par la prise en compte du marché concerné, mais également des auteurs des pratiques d'une part, et que son caractère sensible requiert que la part du marché national à laquelle l'accès est interdit soit importante d'autre part.

18. Le choix fait lors de l'adoption du règlement n° 1/2003 de maintenir bien vivants les droits nationaux de la concurrence implique qu'une ligne claire soit tracée avec le droit de l'Union. Si les droits nationaux existent, c'est parce qu'ils répondent à des situations qui doivent échapper au droit de l'Union. Cela a des conséquences, tant sur le plan matériel que procédural. C'est à juste titre qu'il a été refusé d'appliquer le droit de l'Union aux pratiques de certaines entreprises du seul fait de ce qu'elles sont (taille, localisation, etc.). C'est également à juste titre qu'il a été rappelé que ce sont les marchés concernés et les effets des pratiques qui conditionnent l'application du droit de l'Union. Sinon, comme dans la *Ferme des animaux*, nous aurions certaines entreprises qui seraient plus égales que d'autres face au droit de l'Union et aux instruments à la disposition des autorités nationales de concurrences et des juridictions nationales... ce qui ne doit pas être admis. ■

15 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitées, pt 53.

16 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitées, pts 90 et 91.

17 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitées, pt 90.

18 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitées, pt 91.

19 Cour d'appel de Paris, 23 septembre 2010, RG n° 2010/00163.

20 Cour de cassation, 1^{er} mars 2001, pourvois n°09-72655, 09-72657, 09-72705, 09-72830, 09-72894.

21 Tribunal, 3 février 2011, *Cetarsa et Commission*, précité, pt 125.

22 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitées.