



## Institut de Droit Des Affaires Internationales

Faculté de droit de l'Université du Caire - Université Paris I Panthéon-Sorbonne

### Master 1

### Droit de la concurrence

Cours magistraux de M. Nicolas DORANDEU.

Travaux dirigés de M. Clément LACOMBE

### LE DROIT DES MARCHES

### CONCURRENTIELS :

### Séance 4 : les ententes - restriction par objet

**Document n° 1** : CJUE, C- 225/18, concl. de l'avocat général Bobek

**Document n° 2** : CJUE, 2 avril 2020, C-228/18, *Budapest Bank*

**Document n°3** : Cass. com., 29 janv. 2020, n° 18-10.967, FS-P+B, *la Banque postale*

**Document n°4** : CJUE, 18 nov. 2021, C-306/20, *Visma*

#### Lectures

- *Une répartition de marché est une infraction par objet*, CCC, mars 2016, G. Decocq
- *Entente – A propos de la notion de restriction par l'objet (encore...)*, CCC n°11, novembre 2019, D. Bosco
- *Restriction par l'objet : une histoire sans fin*, CCC n°6, juin 2020, D. Bosco
- *La notion de restriction par objet devant la Cour de cassation*, CCC N° 3 - mars 2022, D. Bosco
- *Restriction de concurrence par objet et accords sur les commissions interbancaires : un couple impossible ?*, RDC sept. 2020, n° 116, p. 106, L. Idot
- *Restriction de concurrence par objet*, Europe n°6, juin 2020, Commentaire par L. Idot
- *Restriction par objet*, Europe n°1, janvier 2022, Commentaire par L. Idot

**Exercice : Un bon commentaire du document 3 (pour ce faire, vous disposez de documents pertinents)**

1. Sur la notion de restrictions « par objet »

40. Ainsi que la Cour l'a mis en évidence dans sa jurisprudence récente, la notion de restriction de concurrence « par objet » doit être interprétée de manière restrictive et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (Voir, en ce sens, arrêts du 11 septembre 2014, *CB/Commission* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 58), et du 26 novembre 2015, *Maxima Latvija* (C-345/14, EU:C:2015:784, point 18).). Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans la mesure où elles produisent habituellement des résultats économiques inefficaces et réduisent le bien-être des consommateurs (Arrêt du 11 septembre 2014, *CB/Commission* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 50 et jurisprudence citée)).

41. Il résulte de la jurisprudence que, pour établir qu'un accord est anticoncurrentiel par objet, l'autorité de concurrence doit procéder à une analyse en deux temps.

42. La première étape consiste pour l'autorité à se concentrer principalement sur le contenu des dispositions de l'accord et ses objectifs ( Voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a.*). Cette étape procédurale a essentiellement pour but de vérifier si l'accord incriminé relève d'une catégorie d'accords dont le caractère nocif est, au vu de l'expérience acquise, avéré et facilement décelable (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire *CB/Commission* (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 56), et arrêt de la cour AELE du 22 décembre 2016, *Ski Taxi SA and Others* (E-3/16, EFTA Court Report 2016, p. 1002, point 61)). À cet égard, l'expérience doit s'entendre de « ce qui ressort traditionnellement de l'analyse économique, telle qu'elle a été entérinée par les autorités chargées de la concurrence, confortée, le cas échéant, par la jurisprudence » ( Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire *CB/Commission* (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 79).

43. La seconde étape consiste pour l'autorité de concurrence à vérifier que la nature anticoncurrentielle présumée de l'accord, déterminée à l'issue d'une appréciation purement formelle de celui-ci, n'est pas remise en question par des considérations liées au contexte économique et juridique dans lequel il a été mis en œuvre. Pour ce faire, il y a lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (Voir arrêt du 26 septembre 2018, *Infineon Technologies/Commission* (C-99/17 P, EU:C:2018:773, point 156 et jurisprudence citée)). En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, ce facteur peut être, le cas échéant, pris en considération (, notamment, arrêts du 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.* (C-32/11, EU:C:2013:160, points 36 et 37), et du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission* (C-286/13 P, EU:C:2015:184, points 117 et 118)).

44. C'est la portée et l'ampleur de cette seconde étape procédurale qui apparaît peu claire à la juridiction de renvoi. Je conçois qu'elle nourrisse des doutes : une telle analyse n'est-elle pas, de fait, un examen des effets de l'accord incriminé ? Où la seconde étape de l'analyse de l'objet s'arrête-t-elle et où commence l'analyse des effets ? En particulier, une distinction peut-elle en effet être établie lorsque, dans le cadre d'une affaire, il apparaît que l'autorité de concurrence nationale a mené ces deux types d'analyse aux fins d'une seule et même décision ?

45. Premièrement, pourquoi une (certaine) analyse du contexte juridique et économique serait-elle requise lorsqu'un accord semble comporter une restriction par son objet ? La raison en est que l'appréciation purement formelle d'un accord complètement détachée de la réalité pourrait donner lieu à la condamnation d'accords inoffensifs voire favorables à la concurrence. Il n'y aurait aucune justification d'ordre juridique ou économique pour interdire un accord qui, bien que répondant aux caractéristiques d'une catégorie d'accords considérés d'ordinaire comme anticoncurrentiels, n'est néanmoins, en raison de certaines circonstances, absolument pas de nature à produire le moindre effet nocif sur le marché, voire même est favorable à la concurrence.

46. C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour a toujours été cohérente à cet égard : l'appréciation d'une pratique au regard des règles de concurrence de l'Union ne saurait être effectuée de manière abstraite, mais exige un examen de cette pratique à la lumière des conditions juridiques et économiques sur les marchés concernés. L'importance de ce principe est confirmée par le fait que sa validité a été reconnue à l'égard aussi bien de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (Voir, entre autres, arrêts du 30 juin 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, p. 250), et du 15 décembre 1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413, point 32) que de l'article 102 TFUE (6 septembre 2017, Intel/Commission (C-413/14 P, EU:C:2017:632, points 138 à 147).. Le contexte économique et juridique ne peut être totalement ignoré, même lorsqu'il s'agit de formes de comportement telles que la fixation des prix, la répartition du marché ou l'interdiction d'exporter, qui sont généralement reconnues comme particulièrement nocives à l'égard de la concurrence (4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 136 et 143)..

47. Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt Toshiba Corporation/Commission, la Cour a estimé, s'agissant d'accords réputés anticoncurrentiels par leur objet, que « *l'analyse du contexte économique et juridique dans lequel la pratique s'insère peut [...] se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet* » (arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission (C-373/14 P, EU:C:2016:26, point 2). Que cela signifie-t-il en pratique ?

48. À mon sens, cela signifie que, en appliquant l'article 101, paragraphe 1, TFUE, l'autorité de concurrence est tenue de vérifier, compte tenu des éléments du dossier, que des circonstances particulières ne sont pas susceptibles de faire naître un doute sur la nocivité présumée de l'accord concerné. Si l'expérience acquise nous enseigne que l'accord examiné relève d'une catégorie d'accords qui, le plus souvent, sont préjudiciables pour la concurrence, une analyse approfondie de l'incidence d'un tel accord sur les marchés concernés paraît superflue. Il suffit pour l'autorité de vérifier que le ou les marchés concernés et l'accord en cause ne comportent pas de caractéristiques particulières qui indiqueraient que le cas examiné est susceptible de faire exception à la règle de l'expérience. Bien que peu fréquente, l'éventualité qu'un accord présente effectivement de telles caractéristiques ne peut être écartée que si le contexte réel dans lequel il s'insère est pris en compte.

Par exemple, si la concurrence sur un marché déterminé est impossible et qu'elle n'existe pas, il ne peut y avoir restriction de concurrence.

49. La seconde étape consiste donc en un contrôle de base de la réalité. Elle requiert simplement de l'autorité de concurrence qu'elle vérifie, de manière assez générale, si des circonstances d'ordre juridique ou factuel excluent que l'accord ou la pratique examinée restreigne la concurrence. Il n'existe pas de type d'analyse standard ou d'exigence prédéfinie quant à l'intensité et au degré de précision que l'autorité serait tenue de mettre en œuvre lorsqu'elle procède à ce contrôle. La complexité de l'analyse exigée de l'autorité aux fins d'établir le caractère anticoncurrentiel de l'objet d'un accord dépend de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire. Il est impossible (ou à tout le moins il m'est impossible) d'établir, en des termes abstraits, une distinction claire entre (la seconde étape de) l'analyse de l'objet d'un comportement et l'analyse de ses effets.

50. Dès lors, comme je l'ai déjà évoqué, il s'agit d'une différence davantage de degré que de nature. Il est néanmoins clair que si, lorsque l'autorité étudie le contexte juridique et économique d'un accord présumé comporter une restriction de concurrence « par objet », les éléments relevés par elle apparaissent contradictoires, une analyse de ses effets devient nécessaire. Dans un tel cas, comme dans chaque cas où un accord n'est pas réputé anticoncurrentiel par son objet, une analyse complète de ses effets doit être menée pour les besoins de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Une telle analyse a pour objectif de déterminer l'incidence sur la concurrence que l'accord est susceptible de produire sur le marché concerné. En substance, l'autorité doit effectuer une comparaison entre la structure concurrentielle induite par l'accord incriminé et celle qui aurait prévalu en son absence (, conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire MasterCard e.a./Commission (C-382/12 P, EU:C:2014:42, point 52).. Par conséquent, l'analyse ne saurait s'en tenir à mettre en évidence la seule aptitude de l'accord à produire des effets négatifs sur la concurrence sur le marché concerné ( Voir arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 31).), mais doit préciser si les effets nets de l'accord sur le marché sont positifs ou négatifs.

51. Pour employer une métaphore quelque peu extrême, si une chose a l'apparence et l'odeur d'un poisson, il est à supposer qu'il s'agit bien d'un poisson. À moins qu'il n'y ait, à première vue, quelque chose de curieux à propos du poisson en question, par exemple qu'il soit dépourvu de nageoires, flotte dans les airs ou exhale un parfum de lys, aucune dissection du poisson n'est nécessaire pour le désigner comme tel. En revanche, si le poisson en question se distingue par quelque particularité sortant de l'ordinaire, il se peut également qu'il s'agisse en effet d'un poisson, mais ce ne sera qu'à l'issue d'un examen détaillé de la créature que l'on pourra le désigner comme tel.

60. En ce qui concerne les éléments qui ont été effectivement soumis à la Cour, il convient de faire observer, s'agissant, tout d'abord, de la teneur de l'accord CMI, qu'il est constant que ce dernier a uniformisé le montant des commissions d'interchange que les banques d'acquisition payaient aux banques d'émission lorsqu'une opération de paiement était effectuée en utilisant une carte émise par une banque membre du système de paiement par carte proposé par Visa ou par MasterCard.

[...]

65. S'il ressort du dossier soumis à la Cour que des pourcentages et des montants spécifiques ont été retenus dans l'accord CMI aux fins de la fixation des commissions d'interchange, la teneur de cet accord n'est toutefois pas nécessairement révélatrice d'une restriction « par objet », à défaut de caractère nocif avéré pour la concurrence des dispositions de celui-ci.

66. Ensuite, en ce qui concerne les objectifs poursuivis par l'accord CMI, la Cour a déjà jugé que, s'agissant des systèmes de paiement par carte de nature biface tels que ceux proposés par Visa et par MasterCard, il incombe à l'autorité ou à la juridiction compétente d'analyser les exigences d'équilibre entre les activités d'émission et celles d'acquisition au sein du système de paiement concerné pour déterminer si la teneur d'un accord ou d'une décision d'association d'entreprises révèle l'existence d'une restriction de la concurrence « par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU :C :2014 :2204, points 76 et 77).

67. En effet, pour apprécier si une coordination entre entreprises est par nature nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence, il convient de prendre en compte tout élément pertinent, compte tenu, notamment, de la nature des services en cause ainsi que des conditions réelles de fonctionnement et de la structure des marchés, relatif au contexte économique ou juridique dans lequel ladite coordination s'insère, sans qu'il importe qu'un tel élément relève ou non du marché pertinent (arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU :C :2014 :2204, point 78).

68. Tel doit être le cas, en particulier, lorsque cet élément consiste précisément dans la prise en compte de l'existence d'interactions entre le marché pertinent et un marché connexe distinct et, à plus forte raison, lorsqu'il existe des interactions entre les deux volets d'un système biface (arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU :C :2014 :2204, point 79).

69. En l'occurrence, si les éléments figurant dans le dossier soumis à la Cour suggèrent que l'accord CMI poursuivait plusieurs objectifs, il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer lequel voire lesquels de ces objectifs sont effectivement établis.

70. À cet égard, la juridiction de renvoi relève que la poursuite des objectifs fixés dans l'accord CSC, même si celui-ci n'est pas entré en vigueur, a joué un rôle dans la conclusion de l'accord CMI et dans le calcul des barèmes uniformes y prévus. Or, l'accord CSC avait précisément pour objet de déterminer, par catégorie de commerçants, le niveau minimal de la commission de service uniforme à acquitter par ces derniers.

71. Cela étant, certains éléments qui figurent dans le dossier soumis à la Cour tendent à indiquer qu'un objectif de l'accord CMI était d'assurer un certain équilibre entre les activités d'émission et celles d'acquisition au sein du système de paiement par carte en cause au principal.

72. En particulier, d'une part, les commissions d'interchange avaient été uniformisées au moyen non pas de limites minimales ou maximales, mais de montants fixes. Si l'objectif de l'accord CMI n'avait consisté qu'à veiller à ce que les commerçants s'acquittent de commissions de service atteignant un certain niveau, il aurait été possible, pour les parties à cet accord, de ne prévoir que des limites minimales pour les commissions d'interchange. D'autre part, alors que la commission d'interchange est versée aux banques d'émission en contrepartie des services activés par l'utilisation d'une carte de paiement, il ressort du dossier soumis à la Cour que, au cours des années 2006 et 2007, les banques ont été informées par MasterCard et par Visa que des études de coûts que ces deux dernières avaient chacune réalisées révélaient que les niveaux des coûts fixés dans l'accord CMI n'étaient pas suffisants pour couvrir l'ensemble de ceux supportés par les banques d'émission.

73 Or, il ne saurait être exclu que de tels éléments soient indicatifs du fait que l'accord CMI poursuivait un objectif consistant non pas à assurer un seuil plancher pour les commissions de service, mais à instaurer un certain équilibre entre les activités d'« émission » et celles d'« acquisition » au sein de chacun des systèmes de paiement par carte en cause au principal afin de garantir que certains coûts engendrés par l'utilisation de cartes dans le cadre d'opérations de paiement soient couverts, tout en protégeant ces systèmes des effets indésirables qui découleraient d'un niveau trop élevé de commissions d'interchange et ainsi, le cas échéant, de commissions de service.

74 La juridiction de renvoi indique également que l'accord CMI, en neutralisant la concurrence entre les deux systèmes de paiement par carte en cause au principal en ce qui concerne l'aspect du coût que représentent les commissions d'interchange, a pu avoir pour conséquence d'intensifier la concurrence entre ces systèmes à d'autres égards. En particulier, cette juridiction fait observer que tant la décision de l'autorité de la concurrence que le pourvoi en cassation dont elle est saisie reposent sur la prémisse selon laquelle les caractéristiques des produits proposés par Visa et par MasterCard sont substantiellement les mêmes. Or, ladite juridiction souligne que ces caractéristiques sont susceptibles d'avoir varié au cours de la période où le comportement anticoncurrentiel reproché en l'occurrence aurait eu lieu. Selon cette même juridiction, l'uniformisation des commissions d'interchange a pu être génératrice de concurrence en ce qui concerne les autres caractéristiques, conditions de transaction et prix de ces produits.

75 Si tel a effectivement été le cas, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, une restriction de la concurrence sur le marché des systèmes de paiement en Hongrie, contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, ne saurait être constatée qu'au terme d'une appréciation du jeu de la concurrence qui aurait existé sur ce marché si l'accord CMI n'avait pas existé, appréciation qui, ainsi qu'il ressort du point 55 du présent arrêt, relève d'un examen des effets de cet accord.

76 En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 54 et 63 à 73 de ses conclusions, afin de justifier qu'un accord soit qualifié de restriction « par objet » de la concurrence, sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence.

77 Or, en l'occurrence, en ce qui concerne, d'une part, la concurrence entre les deux systèmes de paiement par carte, les éléments dont dispose la Cour ne permettent pas de déterminer si le fait de supprimer la concurrence entre Visa et MasterCard quant à l'aspect du coût que représentent les commissions d'interchange révèle, en soi, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de ses effets n'est pas nécessaire. À cet égard, outre les considérations exposées aux points 74 et 75 du présent arrêt, il convient de faire observer que les arguments présentés devant la Cour visant à démontrer l'existence, en l'occurrence, d'une restriction « par objet » consistent, pour l'essentiel, à soutenir que l'existence d'un même niveau de commission d'interchange entre ces deux systèmes a renforcé les effets anticoncurrentiels découlant de l'uniformisation de ces commissions au sein de chacun de ceux-ci.

78 D'autre part, quant au marché de l'acquisition en Hongrie, à supposer même que l'accord CMI ait eu notamment pour objectif de fixer un seuil plancher applicable aux commissions de service, la Cour n'a pas été saisie de suffisamment d'éléments permettant d'établir que cet accord présentait un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence sur ce marché pour qu'une restriction de la concurrence « par objet » puisse être constatée. Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi d'effectuer les vérifications nécessaires à cet égard.

79 En particulier, en l'occurrence, sous réserve de ces mêmes vérifications, les éléments avancés à cette fin ne permettent pas de conclure qu'il existe une expérience suffisamment générale et constante pour qu'il puisse être considéré que le caractère nocif à l'égard de la concurrence d'un accord tel que celui en cause au principal justifie de se dispenser de tout examen des effets concrets de cet accord sur le jeu de la concurrence. Les éléments sur lesquels s'appuient l'autorité de la concurrence, le gouvernement hongrois et la Commission à cet égard, à savoir, pour l'essentiel, la pratique décisionnelle de cette autorité ainsi que la jurisprudence des juridictions de l'Union, démontrent, en l'état actuel, précisément la nécessité de procéder à un examen approfondi des effets d'un tel accord afin de vérifier si celui-ci a effectivement eu pour effet d'instaurer un seuil plancher applicable aux commissions de service et si, eu égard à la situation qui aurait prévalu si cet accord n'avait pas existé, celui-ci a été restrictif de la concurrence par ses effets.

80 Enfin, quant au contexte dans lequel l'accord CMI s'insérait, en premier lieu, il est vrai que, ainsi que le soutient la Commission, ni la complexité des systèmes de paiement par carte du type de celui en cause au principal, ni la nature bilatérale de ces systèmes en tant que telle, ni l'existence de relations verticales entre les différents types d'opérateurs économiques concernés ne sont, en elles-mêmes, susceptibles de faire obstacle à la qualification de restriction « par objet » de l'accord CMI (voir, par analogie, [arrêt du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a.](#), C-32/11, EU:C:2013:160, point 43 et jurisprudence citée). Cela étant, il n'en reste pas moins qu'un tel objet anticoncurrentiel doit être établi.

81 En deuxième lieu, il a été avancé devant la Cour que la concurrence entre les systèmes de paiement par carte en Hongrie a entraîné non pas une baisse, mais une hausse des commissions d'interchange, contrairement à l'effet de discipline sur les prix que la concurrence exerce habituellement dans une économie de marché. Selon ces éléments, cela serait dû, notamment, au fait que les commerçants ne peuvent exercer qu'une pression limitée sur la détermination des commissions d'interchange, alors que les banques d'émission ont intérêt à tirer des revenus de commissions plus élevés.

82 Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi devrait également constater l'existence, a priori, d'indications sérieuses de nature à démontrer que l'accord CMI a entraîné une telle pression à la hausse ou, à tout le moins, d'éléments contradictoires ou ambivalents à cet égard, ces indications ou éléments ne sauraient être ignorés par ladite juridiction dans le cadre de son examen portant sur l'existence, en l'occurrence, d'une restriction « par objet ». En effet, contrairement à ce qui semble pouvoir être déduit des observations écrites de la Commission à cet égard, le fait que, en l'absence de l'accord CMI, le niveau des commissions d'interchange résultant du jeu de la concurrence aurait été plus élevé est pertinent aux fins de l'examen de l'existence d'une restriction résultant de cet accord, une telle circonstance ayant précisément trait à l'objet anticoncurrentiel reproché audit accord s'agissant du marché de l'acquisition en Hongrie, à savoir que ce même accord a limité la réduction des commissions d'interchange et, par voie de conséquence, la pression à la baisse que les commerçants auraient pu exercer sur les banques d'acquisition afin d'obtenir une réduction des commissions de service.

83 Qui plus est, s'il devait exister des indications sérieuses que, si l'accord CMI n'avait pas été conclu, il s'en serait suivi une pression à la hausse sur les commissions d'interchange, de telle sorte qu'il ne saurait être soutenu que cet accord a été constitutif d'une restriction « par objet » de la concurrence sur le marché de l'acquisition en Hongrie, il conviendrait de procéder à un examen approfondi des effets dudit accord, dans le cadre duquel, conformément à la jurisprudence rappelée au point 55 du présent arrêt, il y aurait lieu d'examiner le jeu de la concurrence si cet accord n'avait pas existé afin d'apprécier l'incidence de ce dernier sur les paramètres de concurrence et de vérifier ainsi si celui-ci a effectivement entraîné des effets restrictifs de la concurrence.

(...)

8- Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un accord interbancaire qui fixe à un même montant la commission d'interchange revenant, lorsqu'une opération de paiement par carte est effectuée, aux banques d'émission de telles cartes proposées par les sociétés de services de paiement par carte actives sur le marché national concerné ne saurait être qualifié d'accord ayant « pour objet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition, à moins que cet accord, eu égard à ses termes, à ses objectifs et à son contexte, ne puisse être considéré comme présentant le degré de nocivité suffisant à l'égard de la concurrence pour être ainsi qualifié, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier.



### **Faits et procédure**

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 décembre 2017), rendu sur renvoi après cassation (Chambre commerciale, financière et économique, 14 avril 2015, pourvoi n° 12-15.971), et les productions, le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), s'est, le 29 avril 2003, saisi d'office de la situation de la concurrence concernant les tarifs et les conditions liées appliqués par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis par les entreprises aux fins d'encaissement.

3. Le 14 mars 2008 ont été notifiés, à, notamment, la Confédération du Crédit mutuel, la Caisse nationale des Caisses d'épargne, devenue BPCE, et aux sociétés Crédit agricole, BNP-Paribas, Société générale, Banque fédérale des banques populaires, également devenue BPCE, La Banque postale, LCL (Le Crédit lyonnais), HSBC, Crédit industriel et commercial- CC, Crédit du Nord (les banques), au visa des articles L. 420-1 du Code de commerce, 81 du traité CE, devenu 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), des griefs pour s'être entendues, à l'occasion de la mise en place d'un système dématérialisé de compensation des chèques, dit « échange image chèque » (EIC), sur l'instauration de diverses commissions interbancaires, soit une commission fixe de 4,3 centimes d'euro par chèque, dite commission d'échange image chèque (CIEC), versée par la banque remettante à la banque tirée à l'occasion de chaque paiement par chèque et destinée à compenser la perte de trésorerie subie par la banque tirée du fait de la réduction du temps de traitement des chèques, pour une période de trois ans, et huit commissions occasionnelles dites commissions pour services connexes (CSC), parmi lesquelles les commissions d'annulation d'opérations compensées à tort (AOCT), également uniformes, liées à certains services rendus par les banques pour l'exécution des paiements par chèques dans le nouveau système.

4. Par une décision n° 10-28 du 20 septembre 2010, l'Autorité a dit que les banques avaient, en instaurant entre elles la CIEC et les commissions AOCT, enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et celles de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 § 1 du TFUE, leur a infligé des sanctions pécuniaires et a prononcé des injonctions.

5. Les banques ont formé un recours contre cette décision.

### **Examen des moyens**

#### **Sur les premiers moyens des pourvois n° T 18-10.967 et n° E 18- 11. 001, pris en leurs quatrièmes et septièmes branches, rédigées en termes identiques, réunis**

#### **Enoncé du moyen**

6. Les banques font grief à l'arrêt de ne réformer que très partiellement la décision en réduisant les sanctions et de rejeter leur recours pour le surplus alors :

« 1/ que la notion de restriction de la concurrence « par objet » devant être interprétée de manière stricte et son application ainsi réservée aux types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour rendre l'examen de leurs effets superflu, le juge ne saurait tenir pour équivalente à un cartel ayant pour objet la fixation horizontale de prix de vente la pratique consistant, de la part des opérateurs d'un marché, à fixer de concert un simple élément, parmi

d'autres, du coût de revient des services qu'ils commercialisent, en se fondant sur un postulat aussi abstrait et incertain que celui qui consiste à présumer que tout commerçant rationnel viendra mécaniquement répercuter tout surcoût qu'il pourrait subir dans les prix de ses services, soit directement, soit indirectement par la voie de subventions croisées ; qu'en retenant néanmoins qu'« une commission versée par la banque du remettant à la banque du tiré est nécessairement de façon directe ou indirecte répercutée sur les prix » et conduit donc « nécessairement à une augmentation des prix finaux », la cour d'appel a méconnu le principe d'interprétation stricte des restrictions de concurrence par objet, violant de plus fort les textes susvisés.

2/ que ne doivent être considérés comme restrictifs de concurrence par objet que les comportements dont le caractère nocif est, au vu de l'expérience acquise et de la science économique, avéré et facilement décelable ; qu'en se bornant à affirmer, sans citer la moindre source propre à étayer une telle assertion, « qu'une pratique consistant, pour tous les opérateurs d'un secteur, à fixer en commun un élément artificiel de coût, au surplus sans réelle étude des éléments visant à l'évaluation de ce coût » est foncièrement nocive pour le jeu de la concurrence, puis à relever qu'« il ne ressort pas de la jurisprudence de l'Union qu'une commission interbancaire telle que celle de l'espèce aurait été jugée comme non constitutive d'une pratique anticoncurrentielle par objet, au motif qu'elle n'était pas assortie d'un accord de répercussion sur la clientèle » (§. 221), quand il lui appartenait de caractériser de manière positive l'existence d'une pratique décisionnelle ou jurisprudentielle des autorités et juridictions de l'Union qui aurait permis de justifier de ce qu'une commission interbancaire telle que la CEIC présentait le degré de nocivité suffisant pour la concurrence pour rendre l'examen de ses effets superflu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ; »

### **Réponse de la Cour**

Vu les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce :

7. La CJUE a rappelé que, s'agissant de la notion de restriction par objet, elle « a jugé que celle-ci doit être interprétée de manière restrictive et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence » (CJUE, 26 novembre 2015, *Sia Maxima Latvija*, C-345/14 point 18).

8. Pour décider que la CIEC et les commissions AOCT avaient un objet anticoncurrentiel, réduire les sanctions prononcées contre certaines banques et rejeter les recours pour le surplus, l'arrêt retient que, s'agissant de la CIEC, l'accord prévoyant son instauration a, pour maintenir les équilibres financiers entre les banques, introduit un élément artificiel de coût pour les banques remettantes et de recette pour les banques tirées, ce caractère artificiel résultant de ce que la CIEC ne correspondait à aucun service rendu entre elles. En ce qui concerne les commissions AOCT, il constate que leur montant a été fixé d'un commun accord à un niveau unique, identique d'une banque à l'autre, sans tenir compte des coûts propres de chacune d'entre elles, de sorte que la création de ces commissions a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques pour ces services connexes.

9. Il relève que, pour la rémunération des services qu'elles proposent, les banques recherchent la rentabilité globale au niveau de chaque client et non service par service, qu'ainsi, dans le cadre de

cette relation globale, tous les flux de paiement (cartes bancaires, chèques, espèces etc.), les crédits, les placements ou encore la gestion du compte peuvent être pris en compte par la banque afin de déterminer le prix des services bancaires qui seront facturés à un client donné, aboutissant ainsi à ce que, par un système dit de subventions croisées, un service puisse être proposé à un prix impliquant une perte si un autre poste permet de couvrir cette perte.

10. Il retient en conséquence que, par l'accord litigieux, les banques ont fait obstacle à leur liberté de détermination de leurs tarifs, et indirectement des prix, puisque ces commissions devaient nécessairement, compte tenu du système de financement des services bancaires par subventions croisées et du fait que les banques doivent, comme toute entreprise, couvrir leurs coûts, être répercutées sur les prix. Rappelant ensuite que les comportements consistant, pour les opérateurs d'un marché, à se concerter et à fixer ensemble un élément de leurs coûts, en ce qu'ils font obstacle à la libre fixation des prix qui doivent prévaloir sur les marchés, entrent dans la catégorie des accords ayant pour objet la fixation des prix et sont particulièrement nocifs pour le jeu de la concurrence, il en déduit que sont ainsi caractérisées des pratiques anticoncurrentielles par objet.

11. En statuant ainsi, en se fondant sur la présomption, contestée, d'une répercussion nécessaire des commissions litigieuses sur les prix finaux, prise du financement du service de chèque par subventions croisées et d'un principe général de répercussion par tout opérateur économique de tout élément de coût sur les prix finaux, la cour d'appel qui, en l'absence d'expérience acquise pour ce type de commissions interbancaires, a méconnu le principe d'interprétation restrictive de la notion de restriction de concurrence par objet, a violé les textes susvisés.

### **Et sur ces moyens, pris en leur onzième branche, rédigés en termes identiques, réunis**

#### **Enoncé du moyen**

12. Les banques font le même grief à l'arrêt alors « que la cour d'appel a constaté que l'accélération des échanges résultant de la dématérialisation des opérations de compensation des chèques avait pour effet mécanique d'entraîner une modification des équilibres de trésorerie entre banques majoritairement tirées et banques majoritairement remettantes, les premières étant débitées plus rapidement et perdant donc plus tôt la disposition des fonds qu'elles plaçaient jusqu'alors à leur profit, et les secondes étant au contraire créditées plus rapidement et pouvant donc placer plus vite ces mêmes fonds à leur profit, et que la commission d'échange d'images chèques (CEIC) avait pour objet de compenser ce transfert de revenus d'une banque à une autre afin de partager les conséquences financières de l'accélération de l'échange des chèques permise par la dématérialisation du système ; qu'en affirmant néanmoins que « l'accord litigieux avait dès lors pour finalité de maintenir les équilibres financiers des banques, et donc aussi les équilibres entre elles sur le marché », sans préciser les éléments sur lesquels elle fondait cette déduction selon laquelle la finalité de l'accord aurait été de figer les parts de marché des banques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. »

#### **Réponse de la cour**

Vu les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce :

13. Pour décider que la CIEC avait un objet anticoncurrentiel, réduire les sanctions prononcées contre certaines banques et rejeter les recours pour le surplus, l'arrêt constate que l'accélération des échanges résultant de la dématérialisation des opérations de compensation des chèques avait pour effet mécanique d'entraîner une modification des équilibres de trésorerie entre banques majoritairement

tirées et banques majoritairement remettantes, les premières étant débitées plus rapidement et perdant donc plus tôt la disposition des fonds qu'elles plaçaient jusqu'alors à leur profit, et les secondes étant au contraire créditées plus rapidement et pouvant donc placer plus vite ces mêmes fonds à leur profit. Il retient que la CIEC ne constitue pas une rémunération mais un transfert de revenus d'une banque à une autre afin de partager les conséquences financières de l'accélération de l'échange des chèques permise par la dématérialisation du système. Il ajoute que la CIEC a introduit pour les banques une charge ayant pour finalité de maintenir les équilibres financiers qui existaient entre elles au moment de l'entrée en vigueur de l'EIC.

14. Il en déduit que les banques ont, par l'instauration de cette commission, fait en sorte que la dématérialisation de l'encaissement, qui entraînait de nombreuses transformations dans leurs méthodes et était porteuse de gains et de pertes, n'emporte aucune modification dans la structure de marché, de sorte que la pratique est particulièrement nocive au regard de son impact sur le jeu de la concurrence et, partant, caractérise une pratique anticoncurrentielle par objet.

15. En se déterminant ainsi, sans préciser les éléments sur lesquels elle se fondait pour affirmer que la recherche du maintien des équilibres financiers entre les banques conduisait à la cristallisation de la structure de marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

**Par ces motifs [...] : Casse et annule [...]**

**Document n°4 : CJUE, 18 nov. 2021, C-306/20, *Visma***

*Sur les première, cinquième et sixième questions*

50 Par ses première, cinquième et sixième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un accord conclu entre un fournisseur et un distributeur en vertu duquel le distributeur qui a été le premier à enregistrer la transaction potentielle avec l'utilisateur final bénéficie, pendant six mois à compter de l'enregistrement de cette transaction, d'une « priorité pour la réalisation de l'opération de vente », à moins que cet utilisateur ne s'y oppose, peut être qualifié d'« accord ayant pour objet » ou « pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition.

51 À cet égard, il convient de rappeler que, dans le cadre de la procédure visée à l'article 267 TFUE, lequel est fondé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, le rôle de cette dernière est limité à l'interprétation des dispositions du droit de l'Union sur lesquelles elle est interrogée, en l'occurrence sur l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Ainsi, il appartient non pas à la Cour, mais à la juridiction de renvoi d'apprécier en définitive si, compte tenu de l'ensemble des éléments pertinents caractérisant la situation au principal et du contexte économique et juridique dans lequel celle-ci s'insère, l'accord en cause a pour objet de restreindre la concurrence (voir, en ce sens, arrêts du 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C-32/11, EU:C:2013:160 ; point 29, ainsi que du 2 avril 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, EU:C:2020:265, point 59).

52 Toutefois, la Cour, statuant sur renvoi préjudiciel, peut, sur la base des éléments du dossier dont elle dispose, apporter des précisions visant à guider la juridiction de renvoi dans son interprétation afin que cette dernière puisse trancher le litige (voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, point 48 ainsi que jurisprudence citée).

53 En vertu de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous les accords conclus entre les entreprises, toutes les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées, 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 intérieur.

54 Pour relever de cette interdiction, un accord doit avoir « pour objet ou pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence dans le marché intérieur [voir, en ce sens, arrêts du 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, points 16, 17 et 20 ainsi que jurisprudence citée, et du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, point 31].

55 Selon une jurisprudence constante de la Cour depuis l'arrêt du 30 juin 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord (voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, point 33 ainsi que jurisprudence citée).

56 Il en découle que cette disposition, telle qu'interprétée par la Cour, procède à une distinction nette entre la notion de « restriction par objet » et celle de « restriction par effet », chacune étant soumise à un régime probatoire différent [arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, point 63].

57 En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être qualifiés de « restriction par objet », de sorte que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu de la concurrence (arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, point 35 ainsi que jurisprudence citée).

58 Ainsi, s'agissant des accords qualifiés de « restrictions par objet », il n'y a pas lieu d'en rechercher ni a fortiori d'en démontrer les effets sur la concurrence en vue de les qualifier de « restriction de concurrence », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans la mesure où

l'expérience montre que de tels accords entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs [voir, en ce sens, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, point 64 ainsi que jurisprudence citée]. Pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit donc que l'accord soit concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur (voir, en ce sens, arrêt du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, point 38).

59 Le critère juridique essentiel pour déterminer si un accord comporte une restriction de concurrence « par objet » réside donc dans la constatation qu'un tel accord présente, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour considérer qu'il n'y a pas lieu d'en rechercher les effets (arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, point 37 ainsi que jurisprudence citée).

60 En outre, la notion de « restriction de concurrence par objet » doit être interprétée de manière restrictive. En effet, cette notion ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre des entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, point 54 ainsi que jurisprudence citée).

61 Cela étant, la circonstance qu'un accord constitue un accord vertical n'exclut pas la possibilité que celui-ci comporte une restriction de la concurrence « par objet ». En effet, si les accords verticaux sont, par leur nature, souvent moins nuisibles à l'égard de la concurrence que les accords horizontaux, ils peuvent, toutefois, dans certaines circonstances, également comporter un potentiel restrictif particulièrement élevé (voir, en ce sens, arrêts du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, point 43, ainsi que du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, point 21).

62 Afin d'apprécier si un accord entre des entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être considéré comme une restriction de concurrence « par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, point 51 ainsi que jurisprudence citée).

63 Le fait qu'une mesure soit considérée comme poursuivant un objectif légitime n'exclut pas que, eu égard à l'existence d'un autre objectif poursuivi par celle-ci et devant être regardé, quant à lui, comme illégitime, compte tenu également de la teneur des dispositions de cette mesure et du contexte

dans lequel elle s'inscrit, ladite mesure puisse être considérée comme ayant un objet restrictif de la concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, EU:C:2020:265, point 52 ainsi que jurisprudence citée).

64 S'agissant, tout d'abord, de la teneur de l'accord en cause, il ressort de la décision de renvoi que la clause 4.1 du contrat-type de collaboration conclu entre *Visma Entreprise* et ses distributeurs prévoit que le distributeur qui a été le premier à enregistrer la transaction potentielle avec l'utilisateur final bénéficiaire, pendant six mois à compter de l'enregistrement de la transaction potentielle, d'une « priorité pour la réalisation de l'opération de vente », à moins que cet utilisateur ne s'y oppose.

65 Il convient de relever, à cet égard, qu'il ne ressort pas du libellé de ladite clause, tel que reproduit dans la décision de renvoi, en quoi consiste cette priorité. Le conseil de la concurrence a considéré, dans la décision litigieuse que seul le distributeur qui a été le premier à enregistrer le client potentiel peut réaliser l'opération de vente avec celui-ci, ce que *Visma Entreprise* a contesté.

66 Comme l'a soulevé la Commission européenne dans ses observations écrites soumises à la Cour, la même clause n'apparaît pas, à elle seule, interdire expressément aux distributeurs de *Visma Entreprise* de s'adresser activement à un client potentiel ou de répondre aux demandes de ce client. Il incombe donc à la juridiction de renvoi de déterminer la teneur exacte de l'accord en cause.

67 Ensuite, il importe de relever que les parties au litige au principal sont également désaccord sur l'objectif de cet accord, *Visma Entreprise* ayant fait valoir que celui-ci vise à organiser la collaboration avec les distributeurs, à évaluer la conformité du produit aux besoins de l'acheteur, à instaurer des modalités de collaboration équitables avec les distributeurs et à utiliser les ressources de manière rationnelle.

68 Conformément à la jurisprudence rappelée au point 51 du présent arrêt, il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier les objectifs poursuivis par l'accord en cause.

69 À cet égard, il convient de rappeler que, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre des entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte (arrêt du 2 avril 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, EU:C:2020:265, point 53 ainsi que jurisprudence citée).

70 Enfin, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner le contexte économique et juridique dans lequel s'insère l'accord en cause.

71 Dans l'hypothèse où cet accord ne pourrait être qualifié de « restriction par objet », la juridiction de renvoi serait amenée à en examiner les effets et, pour pouvoir le qualifier de « restriction de concurrence », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, elle devrait constater la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de manière sensible (voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, EU:C:2020:265, point 38 ainsi que jurisprudence citée).

72 À cet effet, il y a lieu de prendre en considération le cadre concret dans lequel l'accord s'insère, notamment le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la nature des biens ou des services affectés, ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question [arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 116 ainsi que jurisprudence citée].

73 Conformément à la jurisprudence constante, les effets restrictifs de concurrence peuvent être tant réels que potentiels, mais, en tout état de cause, doivent être suffisamment sensibles [arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 117 ainsi que jurisprudence citée].

74 Aux fins de l'appréciation des effets d'un accord au regard de l'article 101 TFUE, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord en cause [voir, en ce sens, arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 118 ainsi que jurisprudence citée].

75 À cet effet, il y a lieu de prendre en considération, notamment, la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance des parties sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de cet accord ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords. À cet égard, l'existence de contrats similaires, sans nécessairement être déterminante, est une circonstance qui, avec d'autres, peut constituer un contexte économique et juridique dans lequel ledit accord doit être apprécié (voir, en ce sens, arrêt du 11 décembre 1980, *L'Oréal*, 31/80, EU:C:1980:289, point 19).

76 L'établissement du scénario contrefactuel a pour but d'établir les possibilités réalistes de comportement des acteurs économiques en l'absence de l'accord concerné et de déterminer ainsi le jeu probable du marché ainsi que la structure de celui-ci en l'absence de cet accord [voir, en ce sens, arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 120].

77 Il appartient à la juridiction nationale, sur la base de toutes les données pertinentes, de déterminer si l'accord en cause remplit, en fait, les conditions pour tomber sous l'interdiction de



l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, EU:C:1980:289, point 20).

78 Par ailleurs, comme l'a fait valoir, en substance, la Commission, les accords verticaux sont, en principe, susceptibles d'être moins nuisibles pour la concurrence que les accords horizontaux. Ainsi, une restriction de la concurrence entre les distributeurs d'une même marque (intra-brand competition) n'est, en principe, problématique que lorsque la concurrence effective entre des marques différentes sur le marché en cause (inter-brand competition) est affaiblie (voir, par analogie, arrêt du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission, 26/76, EU:C:1977:167, point 22).

79 Il résulte des considérations qui précèdent qu'il incombera à la juridiction de renvoi de déterminer, notamment, les caractéristiques du marché en cause et la position des parties sur celui-ci.

80 À cet égard, il ressort du libellé des questions préjudicielles que la part de marché de Visma Entreprise ne dépasse pas 30 %. Cette circonstance devrait, ensemble avec d'autres éléments, être prise en compte afin de déterminer la structure du marché en cause, y compris la position de Visma Entreprise sur celui-ci, ce qui peut relever du contexte économique dans lequel l'accord en cause doit être apprécié.

81 La juridiction de renvoi devra, ensuite, examiner les effets sur la concurrence de la « réservation » du client potentiel par un distributeur au regard, notamment, de la circonstance, qui apparaît, eu égard au libellé des questions préjudicielles, être établie, que les distributeurs ne sont pas informés à l'avance de la « réservation » du client potentiel et que le client final n'est pas informé de la possibilité de s'opposer à cette réservation ainsi qu'au regard de la durée de celle-ci.

82 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux première, cinquième et sixième questions que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un accord conclu entre un fournisseur et un distributeur en vertu duquel le distributeur qui a été le premier à enregistrer la transaction potentielle avec l'utilisateur final bénéficie, pendant six mois à compter de l'enregistrement de cette transaction, d'une « priorité pour la réalisation de l'opération de vente », à moins que cet utilisateur ne s'y oppose, ne saurait être qualifié d'« accord ayant pour objet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition, à moins que cet accord, eu égard à ses termes, à ses objectifs et à son contexte, puisse être considéré comme présentant le degré de nocivité suffisant à l'égard de la concurrence pour être ainsi qualifié. Dans l'hypothèse où un tel accord ne constituerait pas une restriction de la concurrence « par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la juridiction nationale doit examiner si, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes de l'affaire au principal, à savoir, notamment, le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la nature des biens ou des services affectés, ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et la structure du marché en question, cet accord pourrait être considéré comme restreignant la concurrence d'une manière suffisamment sensible en raison de ses effets réels ou potentiels.