

# LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES NORMES PRIVÉES

Par

Laurence IDOT

*Professeur à l'Université Paris II – Panthéon Assas  
Membre du Collège de l'Autorité de la concurrence*

1. Inverser les deux branches de l'intitulé proposé par les organisateurs du colloque pour traiter des « Normes privées et du droit de la concurrence » est tentant. En effet, plus que le droit de la concurrence, l'expression « normes privées » appelle des remarques préliminaires car elle présente une double ambiguïté.

2. La notion de norme doit tout d'abord être précisée. Si pour les théoriciens du droit, le mot évoque immédiatement la règle de droit, tel n'est pas le cas en droit de l'Union. Dans une étude récente<sup>1</sup>, le comité sur la politique de concurrence de l'OCDE en donne la définition suivante : « Une norme est un ensemble de caractéristiques d'un bien ou d'un service donné ». La norme fait référence d'abord et surtout aux spécifications techniques applicables aux produits et au processus de normalisation, mais, dans la réalité, les normes sont très diversifiées et le comité en identifie cinq grandes catégories : « Le terme norme désigne une catégorie générale qui comprend (i) les normes de qualité qui définissent les caractéristiques d'un produit relatives à la sécurité, la performance ou l'efficacité ; (ii) les normes d'information qui établissent les paramètres régissant les informations à fournir concernant un produit, comme les normes d'étiquetage ; (iii) les normes d'uniformité destinées à réduire le nombre de catégories de produits (...); (iv) les normes de déontologie et de certification qui définissent des critères pour l'exercice d'une profession ; et (v) les normes d'interopérabilité qui visent à faire en sorte que deux produits ou processus associés ou plus soient compatibles et fonctionnent ensemble ». Pour cette dernière catégorie, la norme renvoie immédiatement à une autre notion, celle de standards<sup>2</sup>, plus récente car associée au développement des nouvelles technologies. Cela étant, le vocable « standard » n'est jamais que l'équivalent en anglais de « normes ». Non seulement, il a un domaine général, mais, de plus, il

---

<sup>1</sup> OCDE, Policy Roundtables, *Standard Setting*, 2010, DAF/COMP(2010)33, synthèse, p. 13

<sup>2</sup> Ces derniers ont été définis comme « un ensemble de technologies et de protocoles utilisés sur le web sous forme de recommandations permettant aux développeurs de sites et auteurs de contenu d'avoir un standard de référence ». V. égal., la note de présentation du séminaire Ph. Nasse (DGPE/Autorité de la concurrence) du 5 novembre 2009, « Standards et concurrence ». Les standards permettent d'assurer la compatibilité et l'interopérabilité des systèmes et des dispositifs, en particulier dans le domaine des technologies de l'information où des standards existent pour les formats de documents, les langages, les protocoles... Le standard est dit ouvert lorsque « ses spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »<sup>1</sup>. Au contraire, le standard est dit fermé lorsque ce référentiel n'est pas diffusé.

contient en lui-même des précisions quant à son origine. Par définition, le standard n'émane pas de l'État, ce qui rend inutile l'addition du qualificatif « privé ».

3. Ce qualificatif « privé » est, en effet, ambigu. Pour un juriste français, il évoque immédiatement la distinction droit public/droit privé, laquelle est largement inopérante en droit de la concurrence, comme en droit de l'Union européenne<sup>3</sup>. Dans le cadre de cette étude, il renvoie à la qualité des auteurs de ces normes. Les normes sont en général élaborées par les opérateurs eux mêmes, mais lors de processus qui font intervenir les pouvoirs publics à des titres divers. Comme le rappelle là encore l'OCDE, en général, les normes sont définies par des organismes de normalisation, dont le statut est variable et qui peuvent avoir un objet national ou international, ou par des associations professionnelles qui sont privées par nature<sup>4</sup>. À ces standards *de jure*, lorsqu'ils émanent des organismes de normalisation en collaboration avec les acteurs du secteur, peuvent s'ajouter des standards *de facto*, qui résultent du très large succès d'un produit ou d'un service développé par une entreprise ou à la suite d'accords entre opérateurs.

Dans ces conditions, la catégorie « normes privées » entendue au sens large doit surtout être opposée à la catégorie « normes publiques », entendu au sens strict et visant les règles de droit adoptées par les États ou des collectivités infra étatiques dans le cadre de leurs pouvoirs régaliens. Ces « normes publiques » n'échappent pas à tout contrôle au regard du droit de la concurrence, mais ce dernier obéit à une autre logique<sup>5</sup>. Il repose à la fois sur l'article 106 TFUE et sur une construction jurisprudentielle développée par la Cour de Justice, qui trouve ses origines dans la jurisprudence dite *Leclerc*<sup>6</sup>, puis a été intégrée dans certains États membres, en particulier en France, par le Conseil d'État<sup>7</sup>.

Cette exclusion étant opérée, le statut public ou privé de l'auteur de la norme est ensuite indifférent, il peut s'agir d'organismes publics, ou d'organismes qui ont reçu une délégation de l'État pour opérer des certifications, comme d'entreprises privées qui se mettent d'accord sur l'adoption de standards. Le droit de la concurrence appréhende tous les comportements d'entreprises ou d'associations d'entreprises. Le point commun est toujours l'existence d'un rapport plus ou moins direct avec une activité économique. Selon une terminologie classique en droit du marché intérieur de l'Union européenne, ces normes peuvent avoir impact à la fois l'accès à l'activité économique et sur son exercice. Elles peuvent toucher les personnes qui exercent ou souhaitent exercer cette activité. L'on pense par exemple aux règles de déontologie applicables à une profession, ou encore aux normes dites sportives

<sup>3</sup> J-S. BERGÉ, « La summa divisio Droit privé / Droit public et le Droit européen », in *La summa divisio droit privé/droit public présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui ?* Actes du colloque de Saint-Etienne - dir. B. Bonnet et P. Deumier - oct. 2009, CEJEC-wp, 2009/9

<sup>4</sup> OCDE, rapport précité, synthèse, p. 13-14.

<sup>5</sup> V. parmi une littérature pléthorique, pour une synthèse récente, T. TUOT, D. BERLIN, S. SOLDEVILLA FRAGOSO, « Contrôle *ex post* des textes et décisions et méconnaissance du droit de la concurrence », in Colloque - *Pouvoirs publics et concurrence*, Paris, 7 mai 2010, *Concurrences*, n° 3-2010, n° 32303, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

<sup>6</sup> CJCE, 10 janvier 1985, « Leclerc-livre », aff. 229/83, *Rec.*, p. 1, CJCE, 29 janvier 1985, « Leclerc-carburant », aff. 231/83, *Rec.*, p. 305. C'est toute la problématique de l'application des articles 101 et 102 TFUE aux réglementations nationales, dont les conditions ont été précisées en particulier par les arrêts de la Cour de Justice du 27 novembre 1993, dans les affaires *Meng* (aff. C-2/91, *Rec.*, p. I-5751), *Ohra* (aff. C-245/91, *Rec.*, p. I-5851), *Reiff* (aff. C-185/91, *Rec.*, p. I-5801).

<sup>7</sup> La célèbre jurisprudence dite Million et Marais du Conseil d'État procède d'un raisonnement identique.

édictees par les fédérations sportives ou autres organismes proches. Elles peuvent concerner les produits ou les services offerts par ces personnes, et l'on retrouve la normalisation, mais également les normes comptables ou encore les standards, au sens normes d'interopérabilité.

4. Cet impact direct des normes sur les secteurs économiques explique les raisons pour lesquelles elles ont de longue date été appréhendées par le droit de l'Union européenne. Historiquement, le problème s'est d'abord posé sur le terrain du principe de libre circulation et plus particulièrement de la libre circulation des marchandises<sup>8</sup>. Si ce contrôle demeure un élément essentiel de cette liberté, d'autres composantes du principe de libre circulation, en particulier la liberté d'établissement et la libre prestation de services, peuvent être concernées. Un arrêt de la Cour de Justice du 5 avril 2011 sur la compatibilité avec la directive « services » de l'interdiction du démarchage par les experts comptables insérée dans un code de déontologie en fournit une belle et récente illustration<sup>9</sup>.

5. Le droit de la concurrence fournit un autre instrument de contrôle<sup>10</sup>. À vrai dire, il serait plus exact de parler de droit des pratiques anticoncurrentielles, ou à tout le moins de droit antitrust dans le sens utilisé par la Commission, c'est à dire visant les seuls articles 101 et 102 TFUE, à l'exclusion des contrôles des concentrations et des aides d'État. L'expression « droit antitrust » permet de rappeler que le problème n'est pas spécifique à l'Union européenne et qu'il faut également envisager la manière dont le problème se pose dans les États, soit États membres, soit États tiers, et en particulier aux États-Unis. L'exposé de Me J. Buhart en fournira une démonstration en prenant l'exemple d'une affaire examinée des deux côtés de l'Atlantique<sup>11</sup>.

La question se pose donc de savoir si le droit de la concurrence, entendu ainsi au sens étroit, permet de contrôler ce phénomène, qui ne cesse de se développer, à quelles conditions, en poursuivant quels objectifs...

6. À vrai dire, le problème n'est pas vraiment nouveau. La Commission européenne a été saisie assez vite de la difficulté. On pense aux « vieilles » décisions *vidéocassettes* de 1977 sur le système dit VCR<sup>12</sup>, ou encore *Navewa-Anseau* de 1981 sur les marques de conformité des laves vaisselles<sup>13</sup>, voire au système d'exploitation Unix dans la décision *X-Open Group* de 1986<sup>14</sup>. Les origines de la saisine étaient variées : demande d'attestation négative et notification d'accords pour obtenir le bénéfice d'une exemption individuelle au titre de l'article 85, § 3 du traité de

<sup>8</sup> V. not., Fl. AUBRY-CAILLAUD, *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, Pedone, 1998.

<sup>9</sup> CJUE (gde ch.), 5 avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, aff. C-119/09, *Europe*, juin 2011, comm. 219, obs. V. MICHEL.

<sup>10</sup> Un troisième instrument de contrôle peut résulter de l'adoption de directives sectorielles. En matière de communications électroniques, cette voie est également utilisée. Pour un bilan, v. J. GSTALTER, *Le droit de la concurrence appliqué aux droits de propriété intellectuelle. Réflexions sur les nouveaux monopoles de la société de l'information*, thèse, Paris I, 2010, sp. n° 1601 et s..

<sup>11</sup> V. *infra*, J. BUHART, « Les normes privées et le droit de la concurrence. Un exemple pratique : l'affaire Nokia/Qualcomm ».

<sup>12</sup> Comm. eur., décision du 20 déc. 1977, *JOCE*, n° L 47, 18 févr. 1978.

<sup>13</sup> Comm. eur., décision du 17 déc. 1981, *JOCE*, n° L 167, 15 juin 1982.

<sup>14</sup> Comm. eur., décision du 12 déc. 1986, *JOCE*, n° L 35, 6 févr. 1987.

Rome<sup>15</sup>, engagement d'office de la procédure, voire saisine à la suite d'une plainte, dans l'affaire *SCK/FNK*, dite des grues néerlandaises<sup>16</sup>. Le phénomène demeurerait toutefois marginal et ne concernait que la normalisation des produits.

Le sujet est devenu d'actualité au début des années 2000, via les discussions sur les règles de déontologie. Si la décision de la Commission *IMA* de 1999<sup>17</sup>, qui accorde le bénéfice d'une exemption individuelle au code de conduite des mandataires agréés, est passée inaperçue, tel n'a pas été le cas du célèbre arrêt de la Cour de Justice en 2002 dans l'affaire *Wouters*<sup>18</sup>. Au même moment, la Commission a consacré les premiers développements généraux sur les accords de normalisation dans les premières *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale* de 2001<sup>19</sup>.

Depuis le milieu des années 2000, les cas deviennent de plus en plus fréquents. L'applicabilité même du droit de la concurrence a été débattue à diverses reprises devant la Cour de Justice. Mais, comme souvent, l'applicabilité des règles une fois confirmée, le débat s'est déplacé sur le terrain des conditions d'application. Un premier arrêt du Tribunal sur les Lignes directrices de 2001 est intervenu en 2010 dans une affaire *EMC*<sup>20</sup>. Les affaires les plus intéressantes sont encore à venir. Le débat est sous jacent dans diverses affaires impliquant des entreprises de la société de l'information, au surplus de grande taille, qu'elles soient traitées par la Commission, ou par les autorités nationales dans le cadre du *Réseau européen de concurrence*. Il n'est donc pas surprenant que, dans le cadre de la révision des règlements sur les accords de coopération horizontale, ce point ait été débattu<sup>21</sup> et que les nouvelles *Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale* adoptées en janvier 2011<sup>22</sup> contiennent des développements plus nourris que les précédentes. La réflexion sur les rapports entre le droit de la concurrence et les normes privées vient donc à point nommé.

7. Cette réflexion sera faite en deux temps, l'exposé général étant suivi de réflexions à partir du cas concret de l'affaire *Nokia/Qualcomm*. Si l'on reste dans une perspective générale en tenant compte de la multiplicité des normes privées<sup>23</sup>, le raisonnement n'est pas original, en ce sens qu'il faut d'abord s'interroger sur l'applicabilité des règles de concurrence avant d'envisager leur application et d'identifier les comportements qui peuvent être à l'origine de pratiques anticoncurrentielles. Ces dix dernières années, les autorités de concurrence ont été confrontées à de nouveaux

<sup>15</sup> V. la décision *vidéo cassettes*, qui se termine par une interdiction, et la décision *X Open Group* par une exemption subordonnée à des charges.

<sup>16</sup> Comm. eur., décision du 29 nov. 1995, *JOCE*, n° L 312, 23 déc. 1995.

<sup>17</sup> Comm. eur., décision du 7 avr. 1999, *JOCE*, n° L 106, 23 avril 1999.

<sup>18</sup> CJCE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, *Conc. conc. cons.*, avril 2002, comm. 64, S. PERUZZETTO ; *adde*, L. IDOT, « Avocats et droit de la concurrence. La rencontre a eu lieu », *Europe*, mai 2002, étude 6.

<sup>19</sup> *JOCE*, n° C 3, 6 janvier 2001, sp. pts 159 à 178.

<sup>20</sup> Trib. UE, 12 mai 2010, *EMC*, aff. T-432/05, *Europe*, juill. 2010, comm. 245, obs. L. IDOT, *Concurrences*, n° 3-2010, p. 78, obs. M.D., *Conc. conc. cons.*, 2010, comm. 186, G. DECOCQ, *RTDeur.*, 2010-3, p. 658-659, obs. J-B. BLAISE.

<sup>21</sup> V. par ex., Autorité de la concurrence, Avis du 25 juin 2010 sur la révision des règles européennes applicables aux accords de coopération horizontale, sp. pt 3, disponible sur le site de l'Autorité ([www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)).

<sup>22</sup> *JOUE*, n° C 11, 14 janv. 2011, sp. pts 257 à 335.

<sup>23</sup> La plupart des études récentes sur les accords de normalisation en droit de la concurrence sont centrées sur les standards et les nouvelles technologies, ce qui les conduit à occulter cette première étape.

défis en raison de la nécessité d'appréhender des règles professionnelles, mais également du besoin de tenir compte du développement des nouvelles technologies. L'examen de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle des dix dernières années permet de constater à la fois le renouveau du débat sur l'existence du contrôle (I), ainsi qu'une adaptation de son exercice (II).

## I. Le renouveau du débat sur l'existence du contrôle

8. De manière curieuse, cette question n'a pas été débattue dans les premières décisions portant sur des normes<sup>24</sup>. Cela peut sans doute s'expliquer par le fait que la Commission n'examinait que des affaires impliquant des entreprises privées, dont certaines avaient elles mêmes notifié leurs règles. Était en cause la normalisation portant sur des produits. De leur côté, les autres opérateurs, en particulier, les organismes publics s'estimaient sans doute à l'abri des règles de concurrence. Un contentieux relativement important s'est pourtant développé sur ce point dans les années 2000. Pour en rendre compte en intégrant la diversité des normes concernées, il est possible d'introduire un critère fondé sur leur objet, ce qui permet de distinguer les normes qui portent sur l'accès et l'exercice d'une activité économique (A) et celles qui portent sur les produits ou les services (B).

### A. Les normes portant sur l'accès et l'exercice d'une activité économique

9. Il est possible d'identifier dans la jurisprudence de la Cour de Justice et, accessoirement de la pratique décisionnelle française<sup>25</sup>, deux séquences jurisprudentielles qui intéressent directement la problématique des « normes privées » (1) d'où quelques enseignements généraux peuvent être tirés (2).

#### 1. Les données

10. Une première séquence jurisprudentielle concerne les professions libérales<sup>26</sup>, qui peuvent adopter volontairement des codes de conduite, comme l'a illustré la décision *IMA*<sup>27</sup>. Via leurs organisations professionnelles, qui ont souvent reçu des délégations de la part de l'État, elles sont surtout autorisées, selon des modalités variables, à adopter des règlements qui s'imposent à leurs membres. Si, dans le premier cas, l'applicabilité n'a pas été débattue, tel n'a pas été le cas dans le second.

<sup>24</sup> V. les décisions de la Commission citées *supra* n° 6 et notes 12 à 14.

<sup>25</sup> Même s'il y a eu beaucoup de débats en France sur l'applicabilité du droit de la concurrence, la jurisprudence des cours de contrôle n'apporte pas d'éléments supplémentaires sur cette question précise des normes.

<sup>26</sup> L'applicabilité du droit de la concurrence aux professions libérales, longtemps ignorée (v. not., L. IDOT, « Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels », *JTDE*, avril 1997), a fait l'objet de nombreuses études à partir du milieu des années 2000 à la suite de la communication de la Commission, du 9 février 2004 « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales » [COM(2004) 83 final] -V. en particulier, C. PRIETO, « Professions libérales, concurrence et libre circulation », *Rev. aff. eur.*, 2005/3, p. 447 à 462. « Les professions libérales et la concurrence », in *La modernisation du droit communautaire de la concurrence* (sous la dir. G. Canivet), Paris, LGDJ, 2006 ; M-D. HAGELSTEEN, « Les professions libérales et le droit de la concurrence », *D. Admin.*, n° 3, mars 2006, p. 6.

<sup>27</sup> Préc.

L'accès à la profession n'a été évoqué que dans une ordonnance passée inaperçue qui portait sur le régime des examens pour devenir avocat en Italie<sup>28</sup>. À mi chemin entre l'accès à la profession et l'exercice puisqu'est en cause l'organisation, a surtout été débattu le sujet de l'interprofessionnalité, au cœur de l'arrêt *Wouters*<sup>29</sup>, dont on peut rapprocher le contentieux français sur l'accès des avocats aux réseaux<sup>30</sup>.

Les affaires les plus nombreuses portent sur les modalités d'exercice de la profession. L'on pense aux restrictions à l'usage de la publicité dans l'arrêt *Doulamis*<sup>31</sup>, mais surtout aux nombreux arrêts concernant la fixation des honoraires en Italie, qu'il s'agisse d'abord des expéditeurs en douane<sup>32</sup>, puis ultérieurement des avocats, dans la séquence *Arduino*<sup>33</sup>, *Cipolla*<sup>34</sup>, *Hopital Consulting*<sup>35</sup>. Toutefois, dans les affaires examinées par la Cour de Justice, des lois étaient en cause et il faut se tourner vers la pratique décisionnelle tant de la Commission que de l'autorité française pour trouver des situations dans lesquelles étaient en cause des règles émanant des ordres professionnels. En-dehors des affaires de barèmes, les plus nombreuses<sup>36</sup>, peuvent être mentionnées les obligations en matière d'assurances dans les décisions françaises<sup>37</sup>.

**11.** Une deuxième séquence jurisprudentielle concerne le secteur du sport. Il est possible de laisser de côté les très nombreuses décisions et arrêts sur la cession des droits de retransmission, ou sur les activités de parrainage pour lesquelles la qualification d'activité économique ne fait pas de doute<sup>38</sup>. En revanche, dans le

<sup>28</sup> CJCE (ord.), 17 févr. 2005, Mauri, aff. C-250/03, *Rec.*, p. I-1267, *Europe*, avril 2005, comm. 137, *Conc. conc. cons.*, juin 2005, comm. 118, obs. S. PERUZZETTO.

<sup>29</sup> Préc.

<sup>30</sup> En France, le contentieux a porté au début des années 2000 sur le règlement intérieur harmonisé (RIH) adopté par le Conseil National des Barreaux (CNB), qui restreignait la possibilité pour un avocat d'appartenir à un réseau intégrant des experts comptables, V. not., R. MARTIN, « Avocats et réseaux », *Rev. int. dr. éco.*, 3/2001, p. 375-382. Le débat a porté sur l'étendue du pouvoir réglementaire du CNB (v. CE, 12 juill. 2001 ; comp., Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 21 janv. 2003) et la question a été tranchée par le législateur qui a confié le soin au CNB d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat (L. 31 déc. 1971, art. 21-1 modifié par L. 11 févr. 2004). On parle désormais du RIN (règlement intérieur national)

<sup>31</sup> CJCE, 13 mars 2008, *Doulamis*, aff. C-446/05, *Rec.*, p. I-1377, *Europe*, mai 2008, comm. 158, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 101, obs. C. S., *Conc. conc. cons.*, 2008, comm. 137, G. DECOCCQ.

<sup>32</sup> CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/Italie*, aff. C-35/96, *Rec.*, p. I-3851.

<sup>33</sup> CJCE, 19 févr. 2002, *Arduino*, aff. C-35/99, *Rec.*, p. I-1529, *Conc. conc. cons.*, 2002, comm. 80, S. PERUZZETTO ; *adde*, chron. *Europe*, mai 2002, n° 6, préc..

<sup>34</sup> CJCE, 5 déc. 2006, *Cipolla*, aff. jtes C-94/04 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, *Europe*, fév. 2005, focus 8, *Concurrences*, n° 1-2007, p. 89, obs. C. S., *Conc. conc. cons.*, 2007, comm. 51, M. MALAURIE-VIGNAL.

<sup>35</sup> CJCE (ord.), 5 mai 2008, *Hospital Consulting*, aff. C-386/07, *Rec.*, p. I-67, *Concurrences*, n° 3-2008, obs. C.S..

<sup>36</sup> V. égal. pour les architectes, Comm. eur., déc. du 24 juin 2004, *Ordre des architectes belge*, JOUE, n° L 4, 6 janv ; 2005, *Europe*, mars 2005, comm. 94 ; comp., les nombreuses décisions en France condamnant les barèmes d'honoraires proposés par les barreaux, Cons. Conc., déc. n° 96-D-69, 96-D-70, 96-D-78, 96-D-79, 97-D-07, 97-D-08, 97-D-09, 97-D-29, 97-D-30, 98-D-01, 98-D-02, 98-D-05, 98-D-06, 98-D-07, 00-D-23, 00-D-52, 01-D-35, 03-D-03.

<sup>37</sup> Cons. Conc., déc. n° 03-D-03, 16 janv. 2003, pratiques mises en œuvre par le barreau de Marseille, suivie pour non respect de l'injonction par la déc. n° 05-D-37, 5 juill. 2005 ; déc. n° 03-D-04, 16 janv. 2003, pratiques mises en œuvre par le barreau d'Albertville.

<sup>38</sup> V. déjà, Atelier de la concurrence, 2 juin 1999, *Sport et concurrence*, plus particulièrement, L. IDOT, « L'application des règles de concurrence au sport », *Rev. Conc. cons.*, 1999, nov./déc., n° 111 ; plus récemment, Commission européenne, Document de travail des services de la commission, *L'Union européenne et le Sport : Historique et Contexte*, SEC (2007) 935, 11 juillet 2007, et en annexe 1, *Le sport*

cadre de la problématique des normes privées, doivent plus particulièrement retenir l'attention trois affaires dans lesquelles étaient en cause des règlements adoptés par des organisations sportives.

L'on pense bien sûr à l'affaire *Meca-Medina* sur un règlement du CIO relatif à la lutte contre le dopage repris par la Fédération Internationale de Natation, dans laquelle, au terme de raisonnements au demeurant différents, le Tribunal<sup>39</sup>, puis la Cour de Justice<sup>40</sup> ont conclu à l'absence de violation des règles de concurrence. De même, dans l'arrêt *Laurent Piau*<sup>41</sup>, tout en admettant l'applicabilité des règles de concurrence au règlement de la FIFA sur les activités des agents de joueurs, le Tribunal a rejeté le recours contre la décision de rejet de plainte.

En revanche, saisie d'une question préjudicielle sur les pouvoirs donnés par la loi grecque à l'ELPA, le club hellénique d'automobilisme, de donner des avis conformes sur les demandes d'autorisation présentées pour l'organisation de compétitions de motocycles, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Motoe*<sup>42</sup>, une telle réglementation nationale incompatible avec les articles 102 et 106 TFUE, dès lors que le pouvoir n'était pas assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle.

12. Ces jurisprudences pouvant parfois apparaître comme quelque peu contradictoires, la question se pose de savoir si l'on peut en tirer des conclusions univoques au regard du sujet.

## 2. Le construit

13. Une première donnée est commune à l'ensemble de ces affaires. Les organismes, qui ont adopté les règles, sont toujours qualifiés d'associations d'entreprises, car ils sont composés de membres, qui eux mêmes sont des entreprises, au sens du droit de la concurrence.

La solution est très claire dans toute la séquence jurisprudentielle relative aux professions libérales. Les membres des professions libérales, qu'ils soient avocats, architectes..., exercent une activité économique et sont des entreprises au sens de la jurisprudence *Höfner*<sup>43</sup>. Par voie de conséquence, les ordres professionnels, les barreaux, sont des associations d'entreprises. Le raisonnement est expliqué dans l'arrêt *Wouters*<sup>44</sup>. Bien qu'en droit français, l'article L 420-1 c. com. ne connaisse pas une catégorie autonome d'associations d'entreprises, le résultat est équivalent.

La solution est comparable dans le domaine du sport. S'agissant du CIO, dans l'affaire *Meca-Medina*, la Cour de Justice, reprenant la décision de rejet de

---

*et les règles de concurrence*, p. 69 et s.; OCDE, Comité de la concurrence, Table ronde sur la concurrence et le sport, DAF/Comp. (2010)23.

<sup>39</sup> TPICE, 30 sept. 2004, aff. T-313/02, *Rec.*, p. II-3291, *Europe*, nov. 2004, comm. 369.

<sup>40</sup> CJCE, 18 juill. 2006, aff. C-519/04 P, *Rec.*, p. I-6991, *Europe*, oct. 2006, comm. 290, *Concurrences*, n° 4-2006, p. 68, obs. M. VAN DER WOUDE, *JDI*, 2007.662, note C. PRIETO, *Rev. Lamy concurrence*, 2007/9, n° 623, obs. V. SELINSKY, *Conc. conc. cons.*, 2006, comm. 228, M. MALAURIE-VIGNAL.

<sup>41</sup> TPICE, 26 janv. 2005, aff. T-193/02, *Rec.*, p. II-209, *Europe*, mars 2005, comm. 93, *Concurrences*, n° 2-2005, p. 90, obs. F. Z.

<sup>42</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juill. 2008, aff. C-49/07, *Rec.*, p. I-4863, *Europe*, août-sept. 2008, comm. 276, *Concurrences*, n° 4-2008, obs. A-L. S., *Rev. Lamy concurrence*, 2008/17, n° 1192, obs. L. ARCELIN et n° 1218, obs. S.D.

<sup>43</sup> CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Rec.*, p. I-1979.

<sup>44</sup> Arrêt préc., pts 49 et s.

plainte attaquée, relève que la Commission s'est placée dans l'optique où « le CIO devait être qualifié d'entreprise et, au sein du mouvement olympique, comme une association d'associations internationales et nationales d'entreprises »<sup>45</sup>. Dans l'affaire *Laurent Piau*, le Tribunal constate que « la FIFA a pour membres des associations nationales qui regroupent des clubs pour lesquels la pratique du football constitue une activité économique. Ces clubs de football sont, par conséquent, des entreprises au sens de l'article 81 CE et les associations nationales qui les rassemblent des associations d'entreprises au sens de la même disposition », le fait que la FIFA comporte également des clubs amateurs étant indifférent<sup>46</sup>. Quant à l'ELPA, dans l'affaire *MOTOE*, elle n'est pas une association d'entreprises, à la différence des fédérations qui regroupent les clubs, mais directement une entreprise en raison de son activité économique qui consiste dans l'exploitation commerciale des compétitions sportives<sup>47</sup>.

**14.** Quoiqu'il en soit, cette qualification ne suffit pas à résoudre la difficulté, puisqu'il faut raisonner activité par activité. La fait que l'organisme qui a adopté la réglementation puisse être qualifié d'entreprise ou d'association d'entreprises n'exclut pas que « son activité réglementaire » en cause puisse échapper aux règles de concurrence.

Logiquement, le critère pertinent devrait être fondé sur l'objet de la réglementation : soit elle porte directement sur l'activité économique – par exemple, l'accès à la profession ou le prix - et elle devrait être contrôlée, soit elle ne porte pas sur une activité économique – par exemple, la lutte contre le dopage -, et elle devrait échapper au contrôle.

Force est de constater que les solutions sont plus complexes.

**15.** Premier constat, de manière de prime abord paradoxale, des règles à finalité clairement économique, peuvent échapper aux règles de concurrence.

Tel est le cas si la réglementation est en réalité adoptée par les pouvoirs publics qui n'ont délégué aucun pouvoir aux opérateurs. Cette conclusion, qui découle de la jurisprudence *Meng/Ohra/Reiff*<sup>48</sup>, explique les solutions retenues pour les affaires relatives aux honoraires des professions libérales et justifie le fait que le dispositif italien ancré dans une loi échappe à tout contrôle, alors qu'en France, les barreaux, qui ont mis en place de leur propre initiative ces barèmes, ont été systématiquement condamnés<sup>49</sup>. À l'inverse, en effet, en l'absence de délégation, les règles de concurrence ont vocation à s'appliquer, comme le rappelle le Tribunal dans l'arrêt *Laurent Piau*<sup>50</sup>.

Tel est le cas également, indique la Cour dans l'arrêt *Wouters*<sup>51</sup>, si le pouvoir d'adopter une réglementation répond à la qualification d'exercice d'une mission

<sup>45</sup> Arrêt préc., pt 38.

<sup>46</sup> Arrêt préc., pts 69 et 70.

<sup>47</sup> Arrêt préc., pt 23.

<sup>48</sup> Arrêts préc., note 6.

<sup>49</sup> Comp., les solutions adoptées dans les affaires *Arduino et Cipolla* (préc.) et la pratique décisionnelle française (préc.).

<sup>50</sup> Arrêt préc., pt 74.

<sup>51</sup> Arrêt préc., pt 57.

sociale fondée sur le principe de solidarité au sens de la jurisprudence *Poucet*<sup>52</sup>, ou d'exercice de prérogatives typiquement de puissance publique, au sens de la jurisprudence *Eurocontrol*<sup>53</sup>. Il est vrai que ces exceptions sont étroitement interprétées, puisque la Cour nie à l'ordre néerlandais des avocats la possibilité de s'en prévaloir et le qualifie d'« organe de régulation d'une profession dont l'exercice constitue par ailleurs une activité économique »<sup>54</sup>. De plus, à supposer que l'exception puisse jouer, comme dans l'arrêt *MOTOL*<sup>55</sup>, dans lequel la Cour admet que le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation n'est pas en soi une activité économique, l'organisme n'en est pas moins susceptible de poursuites. En l'espèce, le cumul des activités pouvant donner lieu à des situations de conflits d'intérêts et le fait que ce pouvoir n'est pas encadré, permet de qualifier le système comme contraire à l'article 102 lu en liaison avec l'article 106 TFUE<sup>56</sup>.

16. Deuxième constat, à l'inverse, des règles ayant un objet non économique peuvent donner lieu à un contrôle. Tel est le problème posé par l'affaire *Meca-Medina* à propos d'un règlement portant sur la lutte contre le dopage. En se fondant sur la jurisprudence relative au principe de libre circulation, le Tribunal avait écarté l'applicabilité des articles 101 et 102 TFUE en raison de l'objet non économique de l'objet de la réglementation.

Même si elle a finalement rejeté le recours en annulation, après avoir annulé l'arrêt du Tribunal, la Cour suit un raisonnement différent. Elle relève tout d'abord « que le caractère répressif de la réglementation antidopage litigieuse et l'importance des sanctions applicables en cas de violation de celle-ci sont susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence car elles pourraient, pour le cas où ces sanctions s'avèreraient finalement infondées, conduire à l'exclusion injustifiée de l'athlète de compétitions, et donc à fausser les conditions d'exercice de l'activité en cause ». Elle en déduit que, « pour échapper à l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE, les restrictions ainsi imposées par cette réglementation doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon déroulement de la compétition sportive »<sup>57</sup>. Ayant opéré le contrôle de proportionnalité requis, elle conclut finalement à l'absence de restriction de concurrence. L'analyse n'emporte pas la conviction, qu'il s'agisse de l'identification d'une restriction de concurrence, laquelle est simplement analysée comme une restriction à la liberté d'action des parties, ou du contrôle de proportionnalité opéré, dont on peut se demander s'il relève là encore d'une analyse concurrentielle.

17. Au final, envisagée globalement, cette jurisprudence n'apparaît pas totalement cohérente. L'on peut se demander si l'approche du Tribunal fondée sur l'objet de la réglementation n'était pas plus pertinente. Quoiqu'il en soit, un tel

---

<sup>52</sup> CJCE, 17 févr. 1993, aff. C-159 et 160/91, *Rec.*, p. I-637.

<sup>53</sup> CJCE, 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43.

<sup>54</sup> Arrêt préc., pt 58. De manière générale, le seul fait d'être investi par l'État d'une mission de service public ne suffit pas à justifier l'inapplicabilité des règles de concurrence, comme le prouve l'abondante pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence relative aux barreaux et aux fédérations sportives.

<sup>55</sup> Arrêt préc., pts 24 et 25

<sup>56</sup> La Cour fait ainsi une belle application de la théorie dite de l'abus automatique qui n'était plus d'actualité en raison de la multiplication des réglementations sectorielles qui tendent à prévenir ce type de situations.

<sup>57</sup> Arrêt préc., pt 47.

raisonnement ne peut être adopté pour les normes portant sur les produits ou services, dont l'impact économique ne peut être nié.

### **B. Les normes portant sur les produits ou services**

**18.** Est alors en cause l'activité de normalisation au sens classique du terme, dont l'impact économique ne fait guère de doute. Cela étant, la question est de savoir dans quelle mesure les organismes de normalisation ou de certification peuvent être qualifiés d'entreprises au sens du droit de la concurrence. Le débat a été relancé ces derniers mois par l'affaire *Selex* (1) sur la portée de laquelle il convient de s'interroger (2).

#### *1. La jurisprudence Selex*

**19.** Dans cette nouvelle affaire impliquant l'organisation internationale Eurocontrol, la Commission avait été saisie d'une plainte d'un opérateur, Selex, qui contestait le fait qu'Eurocontrol intervienne pour la mise en place de normes et de spécifications communes pour la gestion du contrôle aérien et lui reprochait des abus de position dominante. La Commission ayant rejeté la plainte en invoquant notamment le précédent de 1994 niant la qualité d'entreprise à Eurocontrol<sup>58</sup>, Selex a formé un recours contre la décision, lequel est également rejeté par le Tribunal par un arrêt du 12 décembre 2006<sup>59</sup>.

Contrairement à la Cour qui, en 1994, dans le contexte de l'époque, avait raisonné globalement sur l'ensemble des activités d'Eurocontrol pour les rattacher toutes à l'exercice de prérogatives de puissance publique, le Tribunal décide d'examiner de manière séparée les différentes activités d'Eurocontrol mises en cause par le plaignant, à savoir l'activité de normalisation, l'activité de recherche et développement, l'activité d'assistance aux administrations nationales.

**20.** S'agissant de l'activité de normalisation, la Commission avait estimé qu'« elle est d'intérêt général et exercée par Eurocontrol sans rémunération, sans but lucratif ou finalité privée et n'a pas non plus pour objet d'imposer des redevances ou des modalités de prestations à fournir aux utilisateurs, ce qui exclut un caractère économique ». Pour le Tribunal, « il y a lieu de distinguer, tout d'abord, la préparation ou l'élaboration des normes, tâche accomplie par l'agence d'Eurocontrol en tant qu'organe exécutif, d'une part, de leur adoption par le conseil d'Eurocontrol, d'autre part ».

La deuxième tâche relève du domaine législatif. En effet, le conseil d'Eurocontrol est composé des directeurs de l'administration de l'aviation civile de chaque État membre de l'organisation, mandatés par leurs États respectifs pour adopter des spécifications techniques qui auront force contraignante dans tous ces États, activité qui relève directement de l'exercice, par ces derniers, de leurs prérogatives de puissance publique (...) »<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> CJCE, 19 janv. 1994, préc.

<sup>59</sup> TPICE, 12 déc. 2006, aff. T-155/04, Rec., p. II-4797, *Europe*, fév. 2007, comm.68, *Concurrences*, n° 1-2007, p. 168, obs. J-Ph. KOVAR, *Rev. Lamy concurrence*, 2007/11, n° 745, obs. L. ARCELIN.

<sup>60</sup> Arrêt préc., pt 59.

Poursuivant son raisonnement, le Tribunal constate que l'activité de préparation ou d'élaboration des normes techniques par Eurocontrol peut être dissociée de sa mission de gestion de l'espace aérien et de développement de la sécurité aérienne. « Cependant, l'activité d'élaboration des normes par Eurocontrol ne peut être qualifiée d'activité économique », au motif essentiel qu' « il n'existe pas de marché pour des « services de normalisation technique dans le secteur des équipements ATM », les seuls demandeurs de tels services étant les États en leur qualité d'autorité de contrôle du trafic aérien. Or, ces derniers ont choisi d'élaborer ces normes eux-mêmes, dans le cadre d'une coopération internationale, par l'intermédiaire d'Eurocontrol. Les normes élaborées étant ensuite adoptées par le conseil d'Eurocontrol, les résultats de l'activité d'élaboration ne quittent pas l'organisation elle-même et ne sont pas offerts sur un marché donné »<sup>61</sup>.

**21.** Saisie d'un pourvoi, la Cour, dans son arrêt du 26 mars 2009<sup>62</sup>, est arrivée à une conclusion identique au terme d'un raisonnement différent. Elle considère tout d'abord que le Tribunal a commis une erreur de droit en distinguant, à propos de l'activité de normalisation, les deux étapes, car « la préparation et l'élaboration de normes techniques participent directement à la réalisation de l'objet d'Eurocontrol, défini à l'article 1<sup>er</sup> de la convention pour la sécurité de la navigation aérienne »<sup>63</sup>. Par ailleurs, pour cette même raison, « l'activité de normalisation technique d'Eurocontrol, dans son ensemble, se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique et, par conséquent, ne présente pas de caractère économique »<sup>64</sup>.

## 2. La portée de la jurisprudence *Selex*

**22.** Cette affaire est particulière et il ne faut pas lui attribuer une portée exagérée. Il serait totalement erroné d'en déduire que l'activité des organismes de normalisation échappe par principe aux règles de concurrence. Comme le rappelle la Commission qui la mentionne dans ses Lignes directrices de 2011, « la préparation et la production de normes techniques dans le cadre de l'exécution de prérogatives de puissance publique ne sont pas couvertes par les présentes lignes directrices »<sup>65</sup>.

Hors cette hypothèse qui n'est jamais que l'application d'une règle générale en matière de délimitation du champ d'application matériel des règles de concurrence, il reste un large champ d'intervention pour ce dernier.

**23.** En premier lieu, l'applicabilité des règles de concurrence ne fait l'objet d'aucun débat lorsque sont en cause des pratiques d'entreprises qui cherchent à influencer sur le contenu des normes adoptées. Quel que soit le statut de l'organisme de normalisation, les pratiques sont en quelque sorte détachables<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Arrêt préc., pt 61.

<sup>62</sup> CJCE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P, *Rec.*, p. I-2207, *Europe*, mai 2009, comm.198, *Concurrences*, n° 2-2009, p. 117, obs. A-L. S. et p. 212, obs. J-Ph. K, *Rev. Lamy concurrence*, 2009 /20, n° 1408, obs. L. ARCELIN et n° 1423, obs. S.D..

<sup>63</sup> Arrêt préc., pt 92.

<sup>64</sup> Arrêt préc., pt 96.

<sup>65</sup> Lignes directrices, préc., pt 258.

<sup>66</sup> La situation est, toutes proportions gardées, comparable à celle que l'on a connu en France lorsque le Conseil de la concurrence faisait jouer la théorie dite de la détachabilité pour justifier sa compétence à l'égard de pratiques présentant des liens avec des actes administratifs à l'égard desquels il devait se déclarer incompétent. V. not., N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, L'Harmattan, 2002.

Un exemple récent est fourni par l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *EMC*<sup>67</sup>. Une entreprise suédoise avait déposé une plainte contre les producteurs européens de ciment Portland pour différentes violations des articles 101 et 102 TFUE, en particulier pour avoir fait adopter par l'organisme européen de normalisation, le CEN, une norme qui l'excluait du marché. L'argumentation du plaignant reposait sur le fait que le Cembureau, qui regroupe les producteurs européens de ciment, aurait en fait contrôlé l'organisme de normalisation.

La Commission avait examiné la plainte en se référant aux pts 162 et 163 des lignes directrices de janvier 2001 selon lesquels les normes adoptées par des organismes de normalisation reconnus au titre de la directive 98/34 selon une procédure non discriminatoire, ouverte et transparente, et dont le respect n'est pas imposé, ne restreignent pas, en principe, la concurrence et ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, CE. Le Tribunal vérifie d'abord la procédure d'adoption de la norme et estime que le plaignant n'a pas rapporté la preuve du caractère non transparent et discriminatoire de la procédure. Il n'a pas davantage démontré qu'une fois adoptée la norme avait un caractère contraignant et l'absence de solutions alternatives.

**24.** Quoiqu'il en soit, la Commission a également déduit de cet arrêt le fait que les organismes de normalisation européens reconnus au titre de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 étaient soumis aux règles de concurrence dès lors qu'ils pouvaient être qualifiés d'entreprises ou d'associations d'entreprises<sup>68</sup>.

La solution à vrai dire n'est pas vraiment nouvelle. Déjà, dans l'affaire *SCK/FNK*, la Commission avait relevé que la SCK, fondation de droit néerlandais, qui exerçait une activité de certification des grues, était une entreprise au sens du droit de la concurrence. Le fait qu'elle soit agréée par un conseil de la certification et conforme aux normes européennes en la matière n'autorisant en aucune manière des agissements contraires aux règles de concurrence<sup>69</sup>. Dans le cadre de leur recours en annulation, les entreprises ont fait valoir que « la SCK n'est pas une entreprise au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, puisqu'un organisme de certification qui se consacre uniquement et exclusivement à un contrôle neutre et objectif d'entreprises dans un secteur particulier n'exerce pas d'activité économique »<sup>70</sup>. L'argumentation a été brièvement écartée, s'agissant d'un organisme de droit privé ayant mis un système de certification, auquel l'affiliation est facultative et délivrant un certificat que moyennant le versement d'une cotisation<sup>71</sup>.

**25.** En définitive, la solution adoptée dans l'affaire *Selex* est exceptionnelle. Comme la Commission le reconnaît dans les Lignes directrices, dans la majorité des hypothèses, un ou plusieurs marchés peuvent être concernés par les pratiques liées à la normalisation. La Commission identifie quatre marchés, que l'on peut regrouper<sup>72</sup>. Deux de ces marchés sont liés à la norme elle-même : le marché des activités

<sup>67</sup> Trib. UE, 12 mai 2010, aff. T-432/05, préc.. Le pourvoi a été rejeté par ordonnance (CJUE (ord.), 31 mars 2011, aff. C-367-10 P).

<sup>68</sup> Lignes directrices du 14 janvier 2011, préc., pt 258.

<sup>69</sup> Décision préc., pt 18.

<sup>70</sup> TPICE, 22 octobre 1997, aff. T-213/95 et T-18/06, Rec., p. II-1746, sp. pt 116.

<sup>71</sup> *Idem*, pts 121 et 122.

<sup>72</sup> Lignes directrices, préc., pt 261.

normatives qui peut exister lorsqu'il existe des organismes différents, le marché distinct des essais et de la certification. L'autre marché concerne les produits ou services affectés par les normes, auquel il faut ajouter éventuellement, si la norme suppose la sélection d'une technologie, le marché de technologie en cause. Mais en abordant les marchés, on passe insensiblement du stade préalable de l'applicabilité de la règle à celui de son application.

## II. L'adaptation de l'exercice du contrôle

26. Les normes, et plus particulièrement la normalisation, sont plus souvent appréhendées sur le terrain de l'article 101 TFUE que sur celui de l'article 102 TFUE. Un tel constat est aisé à expliquer. En matière d'ententes, la condition du concours de volontés ne soulève pas de difficultés, puisque l'on est souvent en présence d'une décision d'association d'entreprises<sup>73</sup>. En revanche, même si le Tribunal a confirmé la possibilité d'avoir recours à la notion de position dominante collective dans l'arrêt *Laurent Piau*<sup>74</sup>, il n'est pas toujours aisé d'identifier une position dominante. Cela est certainement plus facile dans le secteur des nouvelles technologies en raison de l'interférence des droits de propriété intellectuelle.

27. Sur le plan procédural, comme l'on n'est pas en présence de cartels ou de pratiques manifestement interdites et que, par ailleurs, les normes participent utilement à la régulation des marchés, c'est un domaine où, plutôt que de se lancer dans de longues procédures contentieuses, il peut être plus utile pour l'autorité de concurrence d'accepter les engagements proposés par les entreprises. Plusieurs décisions récentes adoptées tant par la Commission<sup>75</sup> que par l'Autorité française de la Concurrence<sup>76</sup> le confirment. Elles portent sur l'application tant de l'article 101 TFUE (A) que de l'article 102 TFUE (B).

### A. L'adaptation du droit des ententes

28. La structure de l'article 101 TFUE demeurant inchangée, l'introduction de l'approche dite plus économique qui caractérise la politique de concurrence depuis le début des années 2000, n'empêche pas qu'il reste indispensable, comme la Cour vient de le rappeler dans un autre domaine<sup>77</sup>, de raisonner en deux temps et de s'interroger sur l'existence d'éventuelles restrictions de concurrence au titre du § 1 (1) avant d'envisager une possibilité de dérogation au titre du § 3 (2).

#### 1. L'identification des restrictions de concurrence

29. Là encore, d'un point de vue strictement juridique, l'analyse n'est pas originale, en ce sens, qu'il faut distinguer les restrictions de concurrence par objet et les restrictions de concurrence par effet.

<sup>73</sup> V. par ex., dans l'affaire IMA, décision du 7 avr. 1999, préc., pt 25.

<sup>74</sup> Arrêt préc.. Cet arrêt est désormais souvent cité pour son apport sur ce seul point.

<sup>75</sup> V. Comm. eur., déc. du 14 oct. 2009, *Classification des navires*, aff. 39.416, résumé, *JOUE*, n° C 2, 6 janv. 2010 ; déc. du 9 déc. 2009, *Rambus*, aff. 39.636, résumé, *JOUE*, n° C 60, 6 févr. 2010.

<sup>76</sup> Aut. Conc., déc. n° 10-D-20, 25 juin 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction.

<sup>77</sup> L. IDOT, « L'état des lieux en droit des ententes », coll. IRPI/AFEC, Paris, 8 nov. 2011, en cours de publication. V. plus part., l'arrêt *Pierre Fabre* (CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09).

Les restrictions par objet n'appellent pas de longs commentaires en ce sens que l'on retombe toujours sur les mêmes problématiques. Sont des restrictions par objet toutes celles qui sont liées à la fixation des prix, dont on trouve de nombreuses illustrations en matière de règles professionnelles, mais surtout en cette matière, celles qui visent à l'éviction de concurrents. En matière d'accords de normalisation, la Commission rappelle ce point dans les Lignes directrices de 2011 en mentionnant à titre d'exemple deux catégories de pratiques : celles par lesquelles des fabricants s'entendraient pour exclure une nouvelle technologie d'une norme existante en mentionnant l'affaire des *conduites précalorifugées*<sup>78</sup>, mais également celles par lesquelles, en recourant à la divulgation des conditions de licence les plus restrictives avant l'adoption d'une norme, des fabricants s'entendraient sur la fixation conjointe des prix des produits en aval<sup>79</sup>.

**30.** En revanche, les difficultés apparaissent en-dehors de ces cas de figure assez classiques. Les problèmes se posent différemment pour les règles professionnelles et les accords de normalisation. Pour les premières, l'on ne dispose guère que du précédent assez difficile à expliquer, autrement que par des raisons politiques au sens large, de l'arrêt *Wouters*<sup>80</sup>, dans lequel, après avoir reconnu dans un premier temps du raisonnement que l'interdiction de l'interprofessionnalité est une restriction de concurrence, la Cour estime qu'il n'y a pas de violation de l'article 101, § 1 TFUE. L'on peut voir dans cette analyse une espèce de « règle de raison », mais l'expression est tellement galvaudée qu'il vaut mieux l'éviter. La solution s'explique certainement par des considérations d'intérêt général<sup>81</sup>. Peut également être mentionnée la décision *IMA* dans laquelle la Commission qualifie de restrictions de concurrence, les mesures du code relatives à la publicité comparative et à l'interdiction de faire des offres actives de services à des anciens clients d'autres mandataires<sup>82</sup>.

**31.** Les entreprises, quant à elles, sont surtout concernées par le traitement réservé aux accords de normalisation. Toute la difficulté en matière de normes vient du fait qu'elles ont des effets pro concurrentiels indéniables et reconnus par toutes les autorités de concurrence<sup>83</sup>. Les nouvelles Lignes directrices intègrent ces considérations économiques, tout en essayant d'introduire un peu plus de sécurité juridique<sup>84</sup>. Cela se traduit par deux séries de développements portant respectivement sur l'instauration d'une zone de sécurité et la mise en place d'une grille d'analyse des effets des accords.

a. L'introduction d'une zone de sécurité

**32.** L'idée générale est simple : les effets restrictifs sur la concurrence sont peu probables lorsqu'il existe une concurrence effective entre plusieurs normes dont

<sup>78</sup> Comm. eur., déc. 21 oct. 1998, aff. 35.691, *JOCE*, n° L 24, 30 janv. 1999 ; pt 147, *in fine* : l'entente complexe, très variée, avait également pour objet « d'exploiter les normes pour empêcher ou retarder l'arrivée de nouvelles techniques susceptibles d'entraîner des baisses de prix (les membres de l'EuHP) ».

<sup>79</sup> Lignes directrices, préc., pts 273 et 274.

<sup>80</sup> CJCE, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, préc..

<sup>81</sup> L. IDOT, « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *Jour. Trib. Dr. eur.*, novembre 2007.

<sup>82</sup> Décision du 7 avr. 1999, préc..

<sup>83</sup> V. not., le rapport de OCDE préc. ; Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011, préc., pts 263 à 269.

<sup>84</sup> L'effort a été salué par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 29 juin 2010, préc..

l'application est facultative. Deux séries de raisons peuvent permettre à un accord d'échapper à l'article 101, § 1 TFUE

Soit, premier cas de figure, les parties à l'accord n'ont aucun pouvoir de marché<sup>85</sup>. Cela suppose que l'accord répond aux conditions de la communication *de minimis*<sup>86</sup>, par conséquent que la part de marché cumulée des parties à l'accord est inférieure à 10 %. L'on est dans un cas général, et, en l'absence d'objet anticoncurrentiel, on considère qu'il n'y a pas restriction de concurrence. Il n'y a aucune particularité pour les accords de normalisation, si ce n'est qu'en pratique cette hypothèse sera exceptionnelle.

Soit, deuxième cas de figure, les seuils sont dépassés, ou il existe un risque que les parties à l'accord détiennent un pouvoir de marché. Dans cette hypothèse, la Commission considère que les accords n'ont en principe pas davantage d'effets restrictifs de concurrence s'ils remplissent les quatre conditions détaillées dans les Lignes directrices<sup>87</sup>.

**33.** Ces quatre conditions<sup>88</sup>, commentées par ailleurs<sup>89</sup>, peuvent en fait être classées en deux groupes. En effet, les deux premières concernent la procédure d'élaboration de la norme, laquelle doit être ouverte<sup>90</sup> et transparente<sup>91</sup>. Les deux conditions suivantes concernent l'accès à la norme, lequel doit tout d'abord être effectif, mais fait également à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires<sup>92</sup>.

**34.** Dans le domaine des nouvelles technologies en particulier, la principale difficulté tient au fait que les normes impliquent souvent l'accès à des droits de propriété intellectuelle. C'est la raison pour laquelle les Lignes directrices consacrent des développements détaillés à ce problème spécifique. La Commission insiste sur le fait que le participant à l'accord, titulaire des droits de propriété intellectuelle, doit s'engager à accorder des licences à des conditions dites FRAND, c'est à dire à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires<sup>93</sup> et que, par ailleurs, les participants doivent divulguer de bonne foi leurs droits de propriété intellectuelle. L'objectif est de prévenir les pratiques dites de *patent ambush*, ou d'embuscade de brevets, qui peuvent être appréhendées par ailleurs sur le terrain de l'article 102 TFUE<sup>94</sup>.

---

<sup>85</sup> Lignes directrices, pt 277.

<sup>86</sup> Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, § 1, CE (*de minimis*), JOCE, n° C 368, 22 déc. 2001.

<sup>87</sup> Lignes directrices, pt 278.

<sup>88</sup> Lignes directrices, pt 280 pour un énoncé global des quatre conditions.

<sup>89</sup> *Adde*, pour un commentaire, R. SCHELLINGERHOUT, « Standard-setting from a competition law perspective », *Comp. Pol. Newsletter*, 2011-1, p. 3.

<sup>90</sup> Pour une explication sur ce point, v. Lignes directrices, pt 281, qui explique ce qu'il faut entendre par participation non limitée.

<sup>91</sup> Lignes directrices, pt 282.

<sup>92</sup> Lignes directrices, pt 283.

<sup>93</sup> Lignes directrices, pt 285, sur les implications d'un engagement FRAND, pts à 287 à 291. Dans ce cas, le principal problème est celui du niveau de la redevance et c'est à ce stade que l'application de l'article 102 TFUE peut intervenir.

<sup>94</sup> Lignes directrices, pt 286. Sur le *patent ambush*, V. *infra* n° 43 et s..

Il a été reproché à la Commission d'insérer des développements sur l'abus de position dominante dans un texte consacré à l'examen des accords<sup>95</sup>. La critique ne semble que partiellement fondée. La Commission reste bien sur le terrain de l'examen des accords de normalisation et de l'article 101 TFUE. Elle précise d'ailleurs que ce n'est pas à l'organisme de normalisation de vérifier que les participants respectent l'engagement FRAND. Elle indique simplement que les participants doivent prévoir les implications de leur engagement, notamment pour ce qui est de leur capacité à fixer librement le niveau de la redevance.

**35.** Si ces conditions sont remplies, l'accord de normalisation est dans une sphère de sécurité. À l'inverse, dans l'hypothèse où l'accord de normalisation ne répond pas aux conditions précédentes, cela ne signifie pas que l'accord est nécessairement contraire à l'article 101, § 1 TFUE, mais uniquement qu'il faut poursuivre l'examen des effets de ce dernier.

b. L'adaptation de l'analyse des effets

**36.** La Commission développe une grille d'analyse fondée sur la vérification de sept données<sup>96</sup>. Comme dans la situation précédente, certains sont communs à l'ensemble des accords de normalisation. Si l'on respecte un ordre chronologique, on retrouve les préoccupations relatives à l'accès à la norme<sup>97</sup> et à la participation ouverte au processus de normalisation<sup>98</sup>, qui ne sont que des illustrations de l'interdiction générale de toute discrimination, laquelle est par ailleurs rappelée de manière autonome<sup>99</sup>. Ces trois conditions concernent toutes la possibilité pour l'entreprise de rejoindre l'accord de normalisation. Il faut par ailleurs tenir compte de l'impact de l'accord sur le marché, d'où la vérification de la liberté des membres de l'organisme de développer d'autres normes ou des produits qui ne respectent pas la norme<sup>100</sup>, ainsi que l'évaluation des parts de marchés des biens ou services fondés sur cette norme<sup>101</sup>.

À ces cinq données générales, s'ajoute, lorsque des droits de propriété intellectuelle sont en cause, la vérification des conditions de divulgation de ces derniers. Si la divulgation des droits n'est pas faite de bonne foi, comme cela est exigé pour que l'accord de normalisation rentre dans la sphère de sécurité<sup>102</sup>, il convient de vérifier que le modèle de divulgation garantit un accès effectif à la norme<sup>103</sup>. Les Lignes directrices abordent également la question débattue de la divulgation *ex ante* des conditions d'octroi de licences les plus restrictives par les membres de l'accord<sup>104</sup>, lesquelles ne sont en principe pas restrictives de concurrence, dès lors qu'elles ne servent pas de moyen déguisé pour fixer les prix de produits en aval...

<sup>95</sup> N. PETIT, « Les accords de normalisation », Colloque IRPI/AFEC, *Concurrence et droit de propriété intellectuelle. Vers une (re)conciliation ?* 8 novembre 2011, en cours de publication, sous l'égide de l'IRPI.

<sup>96</sup> Lignes directrices, pts 293 à 299.

<sup>97</sup> Lignes directrices, pt 294.

<sup>98</sup> Lignes directrices, pt 295. Sur ce qu'il faut entendre par norme ouverte, v. J. GSTALTER, préc., sp. n° 1611 et s..

<sup>99</sup> Lignes directrices, pt 297.

<sup>100</sup> Lignes directrices, pt 293.

<sup>101</sup> Lignes directrices, pt 296.

<sup>102</sup> Sur ces conditions, Lignes directrices, pt 286.

<sup>103</sup> Lignes directrices, pt 298.

<sup>104</sup> Lignes directrices, pt 299.

**37.** Encore convient-il de faire application de ces principes. Dans le passé, la Commission avait considéré comme contraires à l'article 101, § 1 TFUE des accords qui avaient pour résultat d'exclure d'autres systèmes. Tel avait été le cas dans la vieille affaire *Philips*<sup>105</sup>. Dans l'affaire *X-Open Group*<sup>106</sup>, ce sont les critères d'admission qui avaient été remis en cause. En pratique, l'introduction de la nouvelle approche n'a pas vraiment modifié les données.

Qu'il s'agisse de l'affaire de la classification des navires réglée par la Commission ou de l'affaire des coupons de réduction examinée par l'Autorité de la concurrence, l'on retrouve ces préoccupations de concurrence, préoccupations étant le terme exact juridiquement, puisque ces affaires se sont toutes deux terminées par des décisions d'acceptation d'engagements. De plus, dans les deux cas, l'affaire a été examinée à l'aune des Lignes directrices de 2001<sup>107</sup>.

**38.** Dans l'affaire de la classification des navires, la Commission a relevé que les critères et procédures régissant l'adhésion à l'IACS ainsi que l'élaboration des résolutions contenant les normes et l'accessibilité pour les sociétés de classification non membres posaient problème. À cela s'ajoutait le fait que les dix membres de l'IACS détenaient une position importante sur le marché de la classification des navires<sup>108</sup>. On reste dans une logique proche de l'affaire *X-Open Group*. Dans l'affaire des coupons de réduction, l'Autorité de la concurrence a surtout relevé le fait que les parties n'étaient plus libres de développer d'autres normes<sup>109</sup>, ce qui évoque l'affaire *Philips* et les vidéocassettes.

Si les parties n'avaient pas éliminé ces problèmes de concurrence en proposant des engagements qui ont été acceptés, la question de l'application de l'article 101, § 3 TFUE se serait posée.

## 2. Les éventuelles dérogations au principe d'interdiction

**39.** Il est possible de parler de dérogations au pluriel, puisque dans la décision *Naveva-Anseau*, certaines entreprises avaient invoqué sans succès le bénéfice de l'article 90, § 2 du traité de Rome, devenu article 106, § 2 TFUE<sup>110</sup>. Le fait que les pouvoirs publics soient favorables et interviennent dans les processus de normalisation permet difficilement de légitimer des pratiques manifestement anti-concurrentielles. Ce texte aurait plus de chance de jouer pour les règles professionnelles. Toutefois, c'est sans doute en raison de ses conditions d'application très strictes que la Cour a dû trouver une autre échappatoire dans l'affaire *Wouters*<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> Décision du 20 déc. 1977, préc. La Commission condamne le fait que les parties étaient tenues d'observer les normes techniques VCR, et n'avaient pas la possibilité de fabriquer et de distribuer d'autres systèmes à vidéocassettes, ce qui excluait le système U-MATIC de Sony (pt 23).

<sup>106</sup> Décision du 15 déc. 1986, préc.. La norme était ouverte, mais la Commission a remis en cause les critères d'admission et l'exigence de décisions à la majorité pour admettre de nouveaux membres (pt 41).

<sup>107</sup> Préc., v. la section 6 sur les accords de normalisation.

<sup>108</sup> Décision du 14 oct. 2009, préc., pts 13 et 14.

<sup>109</sup> Décision n° 10-D-20, pts 51 à 54.

<sup>110</sup> Décision du 17 déc. 1981, préc., pts 64 à 67. Il était difficile de justifier des pratiques discriminatoires.

<sup>111</sup> CJCE, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, préc.. Sur les problèmes posés par l'application de l'article 106, § 2 TFUE, v. L. IDOT, « Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels », *Journ. Trib. Dr. eur.*, avril 1997. ; *adde*, les concl. de l'avocat général Léger du 10 juill. 2001 sous l'arrêt *Wouters* (aff. C-309/99).

40. En pratique, c'est donc essentiellement l'article 101, § 3 TFUE qui pourrait permettre d'accorder une dérogation à d'éventuelles restrictions de concurrence.

Sous l'empire du règlement n° 17/62, la notification préalable des accords étant obligatoire, le simple défaut de notification a pu légitimer un refus d'exemption dans l'affaire *Navewa-Anseau*<sup>112</sup>. En matière d'accords de normalisation, l'exclusion des normes concurrentes n'a pu justifier une exemption dans l'affaire des vidéocassettes, alors que le caractère ouvert de la norme a permis à la Commission de l'accorder dans la décision *X-Open Group*. De même, s'agissant de règles professionnelles, dans la décision *IMA*, une exemption a été octroyée aux dispositions sur la publicité comparative dans le code de déontologie des conseils en brevet<sup>113</sup>. Il est intéressant de relever que la décision *X-Open Group* était assortie de charges relatives à l'information de la Commission, en particulier sur les refus d'admission<sup>114</sup>.

Depuis l'adoption du règlement n° 1/2003 et le passage au système dit d'exception légale, le contexte procédural est d'autant plus différent qu'il faut tenir compte de la possibilité d'avoir recours à la procédure d'engagements.

41. À ce jour, la Commission ne s'est exprimée que dans les Lignes directrices, en d'autres termes de manière générale, d'abord en 2001, puis en 2011.

Dans la décision sur les coupons de réduction, l'Autorité de la concurrence fait expressément référence à celles de 2001<sup>115</sup>, alors encore applicables, pour constater à l'issue d'un examen qu'il est peu vraisemblable que l'accord réponde aux quatre conditions cumulatives de l'article 101, § 3 TFUE, telles qu'interprétées par la Commission dans le contexte spécifique des accords de normalisation. En effet, les industriels annonceurs n'ont pas participé aux réunions du groupe de travail sur la sécurisation des e-coupons ; le standard paraît imposé *de facto* aux industriels, la marque Webcoupon et le visuel figurant sur les Webcoupons font l'objet d'un droit de propriété intellectuelle détenu par la société HighCo, laquelle a refusé d'accorder le droit d'utiliser ces éléments à d'autres opérateurs que la société Sogec à laquelle elle a concédé une licence exclusive<sup>116</sup>...

Comme les précédentes, les Lignes directrices de 2011 contiennent des développements sur ce point. Suivant le plan des Lignes directrices sur l'interprétation de l'article 101, § 3 TFUE<sup>117</sup>, qui ne respectent plus tout à fait l'ordre de l'article 101, § 3 TFUE et relisent ce texte à la lumière de la théorie dite des efficacités, la Commission revient successivement sur les gains d'efficacité<sup>118</sup>, leur caractère indispensable<sup>119</sup> et les répercussions pour les consommateurs<sup>120</sup>. Si l'existence des gains

<sup>112</sup> Décision du 17 déc. 1981, préc., pts 61 à 63.

<sup>113</sup> Décision du 7 avr. 1999, préc..

<sup>114</sup> Décision du 15 déc. 1986, préc., dispositif, art. 2.

<sup>115</sup> Décision n° 10-D-20, préc., pt 56 renvoyant aux pts 169 et s. des Lignes directrices de 2001.

<sup>116</sup> *Idem*, pts 60 à 64.

<sup>117</sup> *JOUE*, C 101, 27 avril 2004.

<sup>118</sup> Lignes directrices, préc., pts 308 à 311.

<sup>119</sup> *Idem*, pts 315 à 319.

<sup>120</sup> *Idem*, pt 321.

d'efficacité liés aux accords de normalisation est peu contestable encore faut-il qu'ils se concrétisent, ce qui implique le caractère ouvert des normes<sup>121</sup>. La Commission s'intéresse plus particulièrement au caractère indispensable des restrictions, ce qui explique qu'elle estime sa méfiance vis à vis des restrictions qui rendent une norme contraignante et obligatoire, ainsi que des exclusivités<sup>122</sup>.

42. Il est vrai que, dans ce cas, si l'exclusivité contractuelle est jumelée avec des droits de propriété intellectuelle, il sera peut être plus aisé d'agir sur le terrain de l'article 102 TFUE.

### ***B. L'adaptation de l'interdiction des abus de position dominante***

43. Pour l'application de l'article 102 TFUE, ou des textes nationaux équivalents, les autorités de concurrence sont confrontées aux difficultés habituelles, en particulier, quant à la délimitation des marchés qui peut s'avérer délicate surtout dans le domaine des nouvelles technologies<sup>123</sup>. Comme pour l'application de l'article 101 TFUE, la communication sur la définition du marché<sup>124</sup> fournit le guide d'analyse.

En la matière, les contentieux portent pratiquement tous sur le niveau des redevances demandées dans le cadre de la normalisation. Il s'agit par conséquent d'abus dits d'exploitation, qui, s'ils retiennent moins l'attention des autorités, sont toujours condamnables comme l'a illustré, il y a peu dans le domaine voisin de l'utilisation d'un logo environnemental, l'affaire *Der Grüne Punkt*, dans lequel l'analyse de la Commission<sup>125</sup> a été validée par le Tribunal<sup>126</sup> puis la Cour<sup>127</sup>. En l'espèce, le comportement de l'entreprise a été qualifié d'inéquitable<sup>128</sup> sans que la Commission ait eu à prendre parti sur le niveau lui-même de la redevance. En matière de normalisation, le juge de l'Union n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, mais la Commission a, quant à elle, était saisie de nouveaux comportements, qu'il s'agisse de la pratique dite d'embuscade de brevets, plus connue sous la forme du *patent ambush* (1) ou de la pratique dite du *hold up* (2) qui ont déjà fait l'objet d'une littérature importante<sup>129</sup>.

<sup>121</sup> Sur le lien avec les autres travaux de la Commission en matière de normalisation, en particulier dans le domaine de la société de l'information, v. J. GSTALTER, préc., n° 1611 et s..

<sup>122</sup> *Idem*, pts 318 et 319.

<sup>123</sup> V. en part, pour une étude approfondie des différents marchés, J. GSTALTER, préc., n° 456 et s..

<sup>124</sup> Sur les marchés susceptibles d'être affectés par les normes, v. Lignes directrices de 2011, préc., n° 261.

<sup>125</sup> Saisie à l'origine par voie de notification, la Commission avait condamné l'entreprise DSD, en position dominante sur le marché de la récupération des emballages usagés en Allemagne, pour avoir exigé le versement d'une redevance calculée sur la totalité des emballages portant sur le logo « *Der Grüne Punkt* », alors que les entreprises soumises à l'obligation légale de récupération des emballages pouvaient faire appel à des concurrents de DSD (Comm. eur., décision du 20 avr. 2001, *JOCE*, n° L 166, 21 juin 2001).

<sup>126</sup> TPICE, 24 mai 2007, *Der Grüne Punkt*, aff. T-151/01, *Rec.*, p. II.1607, *Europe*, juill. 2007, comm. 188

<sup>127</sup> CJCE (gde ch.), 16 juill. 2009, aff. C-385/07 P, *Europe*, oct. 2009, comm. 374, *RTDeur.*, 2010.647, chron. « Concurrence », sp. n° 24 à 26, obs. J-B. B.

<sup>128</sup> Les entreprises avaient, en effet, le choix entre le système de DSD, les systèmes concurrents, un système mixte combinant les deux, voire un système individuel. DSD, qui était lié avec ses adhérents par des accords de licence, exigeaient d'eux le paiement des redevances en toutes circonstances. Le fait que la redevance soit exigée quel que soit le mode utilisé, dès lors que l'emballage portait le logo, a été jugé à la fois inéquitable et de nature à rendre plus difficile l'entrée de concurrents sur le marché.

<sup>129</sup> V. not., pour un rappel, J. GSTALTER, préc., n° 913 et s..

### 1. La dissimulation de brevets

44. Les pratiques de *patent ambush* reviennent à dissimuler des brevets avant l'adoption d'une norme. L'hypothèse est la suivante. Une entreprise, qui participe à l'élaboration de standards, y compris au sein d'un organisme de normalisation, détient des brevets « dormants » ou « sous marins », qui sont essentiels. Ces derniers couvrent une technologie, dont l'inclusion dans un standard est évoquée au cours des réunions techniques au sein de l'organisme. Comme l'entreprise titulaire des brevets essentiels s'est abstenue de les déclarer, elle ne s'engage pas à octroyer des licences FRAND. Le standard une fois adopté, elle menace d'attaquer les sociétés, qui souhaitent le mettre en œuvre, à moins qu'elles n'acceptent de prendre une licence moyennant le paiement de redevances<sup>130</sup>.

45. Plusieurs affaires ont eu lieu aux États-Unis, où la pratique, initialement appréhendée au titre de l'article 5 du *Federal Trade Commission Act*, peut également tomber sous le coup de la section 2 du *Sherman Act* au titre de la monopolisation. A plus particulièrement retenu l'attention, parce qu'elle a été examinée des deux côtés de l'Atlantique, l'affaire *Rambus*. La décision de la *Federal Trade Commission*, qui condamnait le comportement, a été annulée en appel<sup>131</sup>. La Cour d'appel a notamment considéré qu'une duperie permettant de réclamer des prix plus élevés *ex post* n'entre pas, de ce seul fait, dans le champ du droit *antitrust*. En Europe, la Commission est également intervenue, mais l'affaire s'est résolue par une décision d'acceptation d'engagements<sup>132</sup>, ce qui a permis d'éviter une contestation ultérieure des qualifications devant le juge.

46. Dans son évaluation préliminaire, la Commission avait estimé que les pratiques de *Rambus* consistant à réclamer aux fabricants de DRAM, conformes aux normes du JEDEC utilisant ses brevets, des redevances d'un montant qu'elle n'aurait pu imposer si elle ne s'était pas livrée intentionnellement à la duperie présumée, posaient problème quant à leur compatibilité avec l'article 102 TFUE). *Rambus* a finalement accepté de ne pas réclamer de redevances pour les normes adoptées à l'époque où elle était membre de l'organisme de normalisation et où elle se livrait intentionnellement à la duperie présumée. *Rambus* s'est également engagé sur un niveau maximum de redevance pour les générations ultérieures de normes adoptées par le JEDEC et à étendre ce taux maximum à tous les acteurs du marché<sup>133</sup>.

47. Comme souvent, l'intervention *ex post* des autorités de concurrence n'est pas la meilleure solution et il peut s'avérer préférable d'agir *ex ante* en

<sup>130</sup> Pour un exposé en français, D. GÉRARDIN, « Droit de la concurrence et standardisation », Paris, 5 nov. 2009, séminaire DGPTE/Autorité de la concurrence.

<sup>131</sup> V. not., J. GSTALTER, préc., n° 914 à 919.

<sup>132</sup> Pour une comparaison et des points de vue différents, « Patent ambush in the US and the EU : How wide is the gap ? » par D. W. CARLTON, J-Y. ART, J-PH GUNTHER, *New Frontiers of Antitrust*, Paris, fév. 2011, *Concurrences*, n° 2-2011 ; J. KILLICK, P. BERGHÉ, « Rambus : an overview of the issues in the case and future lessons for ssos when designing ipr policies », in *Tendances, Standards, patent pooling and competition*, *Concurrences*, n° 2-2010.

<sup>133</sup> Sur l'affaire *Rambus*, v. outre les études précédentes, (D. GÉRARDIN, J. GSTALTER, J. KILLICK et P. BERGHÉ, J-PH. GUNTHER, préc.) la présentation faite par la Commission elle-même, dans le rapport de l'OCDE, DAF/COMP(2010)33 ; les commentaires, sur la communication aux tiers, J. GSTALTER, *Concurrences*, n° 3-2009, p. 129, sur la décision du 9 déc. 2009 (préc.), A-L. SIBONY, *Concurrences* n° 1-2010, p. 112.

imposant une obligation pour les entreprises qui participent au processus de normalisation de divulguer les brevets essentiels. L'idée n'est pas nouvelle, puisque la Commission s'était engagée dans cette voie dès 1995 lorsqu'elle avait examiné les accords de l'ETSI mais, à l'époque, elle n'avait pas adopté de décision formelle<sup>134</sup>. C'est dans cette voie que les institutions de l'Union s'engagent désormais<sup>135</sup>, comme le montrent les dernières Lignes directrices de 2011<sup>136</sup>.

Quoiqu'il en soit, la dissimulation, même si elle intervient avant l'adoption de la norme, aboutit en définitive à un niveau de redevances jugé excessif par les autres opérateurs, comme les autres pratiques qui se sont développées à propos de la normalisation.

## 2. *L'exigence de redevances excessives*

**48.** D'autres pratiques peuvent également conduire à un débat sur le caractère éventuellement excessif des niveaux de redevances pratiqués par l'entreprise détenteur de brevets essentiels.

**49.** La première pratique est dite du *hold up*<sup>137</sup>. Au moment de la discussion du standard, plusieurs sociétés disposent de technologies alternatives (A,B,C). Les membres de l'organisme de normalisation choisissent finalement la première technologie, A, et le titulaire des brevets essentiels s'engage à accorder des licences FRAND. Mais ultérieurement, alors que son standard a été adopté, il refuse de négocier des licences FRAND, notamment en exigeant des redevances jugées excessives. Pour qu'il y ait *hold up*, il faut qu'il existe *ex ante* des technologies alternatives. C'est alors le processus de standardisation qui permet au détenteur des brevets choisis d'acquiescer le pouvoir de marché qui pose problème.

Cette hypothèse correspond au cas de figure envisagé dans l'affaire *Qualcomm*, qui oppose le titulaire des brevets essentiels, à six plaignants dont Nokia. En Europe, les plaignants ont fait valoir que le fait de demander des redevances jugées excessives était contraire à l'article 102 TFUE. La Commission a ouvert une procédure en 2007<sup>138</sup>, qu'elle a finalement clôturée en 2009<sup>139</sup>.

**50.** Si les prix excessifs constituent une pratique abusive, toute la difficulté consiste à établir le caractère excessif<sup>140</sup>, les affaires étant anciennes et rares<sup>141</sup>, mais

<sup>134</sup> Affaire de la politique intermédiaire de l'ETSI (aff. 35.006), Comm. eur., comm. art. 19, § 3, règlement n° 17/62, *JOCE*, n° C 76, 28 mars 1995

<sup>135</sup> V., not., J. GSTALTER, préc., n° 1551 et s., sp. n° 1556 et s.

<sup>136</sup> Préc., pt 286.

<sup>137</sup> Pour une présentation en français, v. not., D. GÉRADIN, préc., J. GSTALTER, préc., n° 872 et s.

<sup>138</sup> IP/07/389, 1<sup>er</sup> oct. 2007.

<sup>139</sup> IP/09/516, 24 nov. 2007.

<sup>140</sup> Pour une étude récente, L. IDOT, « La sanction par les autorités de concurrence : prix et pratiques anticoncurrentielles prohibées », in *La fixation de ses prix : Quelle liberté pour l'entreprise ?* (sous la dir. de G. VIRASSAMY), Paris, L'Harmattan, 2011, travaux du CERJDA, vol. 11, p. 179-204, sp. n° 19 à 22.

<sup>141</sup> V., en dehors de l'affaire *United Brands* (CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, *Rec.*, p. 207), dans laquelle la Cour considère qu'un prix est excessif lorsqu'il est sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie », l'emblématique contentieux opposant les exploitants de discothèques à la SACEM en France, CJCE, 13 juill. 1989, *Ministère public/Jean-Louis Tournier aff. 395/87, Rec.*, p. 2521, CJCE, 13 juill. 1989, *François Lucazeau/SACEM*, aff. jtes 110, 241, 242/88, *Rec.*, p. 2811.

surtout inadaptées au secteur des nouvelles technologies. Plusieurs tests ont été proposés, en particulier, le test de proportionnalité numérique, le test *ex ante/ex post*, les enchères *ex ante*<sup>142</sup>. La Commission a abordé finalement cette question des conditions FRAND dans les lignes directrices de janvier 2011 sur les accords de coopération horizontale<sup>143</sup>. Elle reconnaît que plusieurs méthodes peuvent être utilisées : comparaison entre le niveau des redevances dans un environnement concurrentiel et le niveau actuel ; recours à des experts indépendants ; taux pratiqués pour les mêmes droits de propriété intellectuelle dans d'autres normes comparables... Mais il ne s'agit que d'indications très générales.

**51.** Un autre type de comportement qui pourrait être qualifié de pratique abusive contraire à l'article 102 TFUE est le cumul de redevances, ou *royalty stacking*<sup>144</sup>. Est visée une situation dans laquelle le cumul des redevances exigées par les différents détenteurs de brevets essentiels atteint un tel niveau que la production de produits compatibles deviendrait impossible. Les études sont rares sur le plan économique et il semblerait que le problème soit limité en pratique du fait des licences croisées entre les entreprises qui ont contribué aux technologies, ce qui fait baisser le niveau de la rémunération finalement due. D'un point de vue strictement juridique, l'on peut se demander à quel niveau il serait possible d'identifier l'abus : pourrait-on notamment retenir une position dominante collective ?

**52. En conclusion**, l'appréhension des normes privées par le droit de la concurrence soulève plus de difficultés qu'on ne le pense de prime abord. Certes, le droit des pratiques anticoncurrentielles fournit des outils et seules échappent à son emprise les « vraies » normes publiques, c'est à dire en l'absence de délégation de l'État à des opérateurs. Toutefois, les difficultés apparaissent au stade de l'application des règles. Pour les règles professionnelles, l'identification d'une restriction de concurrence peut être annihilée par des considérations d'intérêt général, comme l'ont illustré les arrêts *Wouters* et *Meca Medina*. Pour les règles applicables aux biens, le processus de normalisation que l'on pensait maîtrisé doit être repensé du fait du développement des nouvelles technologies et de l'interférence des droits de propriété intellectuelle. De nouvelles procédures viennent d'être ouvertes<sup>145</sup> et le débat est loin d'être clos.

---

<sup>142</sup> V. not., D. GÉRADIN, préc..

<sup>143</sup> Lignes directrices, préc., pts 289 à 291.

<sup>144</sup> V. not., D. GÉRADIN, préc. ; R. DINI, « How to support new technology development and its commercial success by avoiding royalty stacking », in « Standards, patent pooling and competition », Tendances, préc., *Concurrences*, n° 2-2010.

<sup>145</sup> Comm. eur., aff. 39.339, 31 janv. 2012, *Samsung*, aff.39.986, 2 avril 2012, *Motorola*.