



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 1^{er} août 2018

SJ.E(2018)4100294 – [REDACTED]

Orig : EN

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice, par la

COMMISSION EUROPÉENNE,

représentée par M. Viktor BOTTKA, M^{me} Flor CASTILLA CONTRERAS et M. Ivan ZALOGUIN, membres de son service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile auprès du service juridique de la Commission européenne, Greffe contentieux, BERL 1/169, 1049 Bruxelles, et consentant à la signification de tout acte de procédure via e-Curia,

dans l'affaire C-228/18

Budapest Bank e.a.

ayant pour objet un recours préjudiciel introduit par la Kúria en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans le cadre d'un appel formé contre un arrêt définitif (n° 3.Kf.650.057/2016/18) rendu le 9 mars 2017 par le Fővárosi Törvényszék dans une affaire tendant au contrôle juridictionnel d'une décision administrative en matière de concurrence (n° Vj-Vj-18/2008/341), opposant d'une part les sociétés Budapest Bank Nyrt., la filiale hongroise d'ING Bank N.V., OTP Bank Nyrt., Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., Erste Bank Hungary Nyrt., Visa Europe Ltd. et MasterCard Europe SA, parties requérantes n^{os} I à VIII, et d'autre part l'Autorité hongroise de la concurrence (Gazdasági Versenyhivatal - GVH), partie défenderesse.

TABLE DES MATIÈRES

1. LES ELEMENTS DE FAIT DE L'AFFAIRE AU PRINCIPAL.....	3
1.1. LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES ET JURIDICTIONNELLES	3
1.2. LES FAITS PRINCIPAUX	4
2. CADRE JURIDIQUE PERTINENT EN DROIT DE L'UNION ET EN DROIT NATIONAL.....	7
2.1. LE DROIT DE L'UNION.....	7
2.2. DROIT NATIONAL PERTINENT.....	8
3. EN DROIT	10
3.1. INTRODUCTION	10
3.2. APPRECIATION DE L'ACCORD CMI EN DROIT DE LA CONCURRENCE	10
3.3. LA PREMIERE QUESTION	15
3.3.1. <i>La motivation de la Kúria</i>	15
3.3.2. <i>La position de la Commission</i>	15
3.4. LA DEUXIEME QUESTION.....	22
3.4.1. <i>La motivation de la Kúria</i>	22
3.4.2. <i>La position de la Commission</i>	23
3.4.2.1. Introduction	23
3.4.2.2. La pratique juridique européenne n'est pas incertaine.....	24
3.4.2.3. Le niveau de CMI commun aux deux entreprises de cartes de crédit	27
3.4.2.4. L'existence de relations verticales n'exclut pas une restriction «par objet»	27
3.4.2.5. L'accord CMI influence les prix sur le marché de l'acquisition et la structure bilatérale du système n'exclut pas l'objectif anticoncurrentiel	27
3.4.2.6. Les arguments plaidant en faveur d'une restriction par objet selon la Kúria.....	29
3.5. LA TROISIEME QUESTION	29
3.5.1. <i>La motivation de la Kúria</i>	29
3.5.2. <i>La position de la Commission</i>	30
3.5.2.1. Les différentes formes de restrictions collectives de la concurrence	30
3.5.2.2. Accord et/ou pratique concertée.....	32
3.6. LA QUATRIEME QUESTION	34
3.6.1. <i>La motivation de la Kúria</i>	34
3.6.2. <i>La position de la Commission</i>	34
4. REPONSE AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES.....	36

8. Dans le cadre du forum, sept banques, dont la majorité avait adhéré aux systèmes institués par les deux entreprises de cartes de crédit et qui représentaient une grande partie du marché des émetteurs et des acquéreurs, ont, après plusieurs négociations, arrêté, le 24 avril 1996, le texte d'un accord relatif à la détermination, par catégorie de commerçants, du niveau minimal de la commission de service uniforme à acquitter par ces derniers (ci-après «l'accord MSC»). Puis, le 28 août 1996, elles ont conclu l'accord, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1996, dans lequel elles ont uniformisé le montant des CI applicables aux deux entreprises de cartes de crédit - en fonction des différentes opérations - (ci-après «l'accord CMI»). La Kereskedelmi és Hitelbank (requérante n° IV), qui était la banque de contact avec les entreprises de cartes de crédit, a communiqué l'accord CMI à Visa et à MasterCard, qui ont ensuite appliqué les commissions. Aucun représentant des entreprises de cartes de crédit n'était présent à la réunion concernant l'accord CMI et chacune d'elles a été informée de l'accord par la banque lui servant de contact (et il n'est pas prouvé qu'elles s'en sont ouvertement distancées).
9. Finalement, les banques n'ont pas signé l'accord MSC; il n'est pas entré en vigueur et n'a fait l'objet d'aucune procédure en matière de concurrence. Entre octobre 1996 et juillet 2008, période concernée par l'accord CMI, la concurrence s'est maintenue entre les banques sur les commissions de service acquittées par les commerçants (ci-après «les MSC») – bien qu'elles soient restées inchangées à un niveau moyen de 2,5 % entre 1996 et 1999 – mais les CI visées par l'accord CMI ont influé indirectement sur la détermination du montant des MSC, en tant qu'éléments de coût. Les frais visés par l'accord CMI faisaient office de limite inférieure dans la réduction des MSC, si ce n'est que, pour certaines banques (par exemple, la requérante n° III, OTP Bank) effectuant de nombreuses opérations «on us» (c'est-à-dire au sein d'une même banque), ils ne constituaient pas un coût propre minimal applicable à certaines catégories de commerçants et que ces banques pouvaient même fixer le montant de la MSC sous le niveau de la CI (même si, en pratique, le fait de savoir que la commission d'interchange multilatérale [la «CMI»] constituait un coût minimal commun aux autres banques avait tendance à résulter en un niveau de MSC supérieur à la CMI, pour toutes les banques). On ne saurait parler de limite absolue ou relative en l'espèce puisque chaque banque acquéreuse peut décider de ne pas faire peser la totalité de ses propres coûts liés à la CI ou la CMI sur le commerçant, et que cela va de soi dans une situation de concurrence.
10. La poursuite des objectifs fixés dans l'accord MSC planifié a joué un rôle dans la conclusion de l'accord CMI et dans la formation d'un prix uniforme au regard des deux entreprises de cartes de crédit, même si ces objectifs ne se sont pas réalisés par la suite. Dans les faits, l'accord CMI n'a uniformisé les CI que pour une petite partie seulement puisque celles-ci étaient déjà partiellement uniformes avant, dans la relation avec les deux entreprises de cartes de crédit.
11. L'accord CMI était toujours en vigueur après la procédure engagée le 31 janvier 2008 devant la GVH défenderesse et il l'est resté intégralement jusqu'à la fin du mois de juillet 2008. Avec le temps, d'autres banques intéressées par le secteur des services de paiement par cartes ont adhéré à l'accord CMI et se sont jointes aux activités du forum, de sorte qu'en 2006, le nombre de banques parties à l'accord - et concernées par la présente affaire - a atteint le chiffre de 22.
12. Au cours de la période pendant laquelle l'accord CMI était en vigueur, du 28 août 1996 au 30 juillet 2008, la CMI a diminué plusieurs fois; dès 1997, la requérante n° IV, Kereskedelmi és Hitelbank, avait tenté de faire diminuer la CMI pour les opérations d'un

montant élevé, afin de réduire les MSC, mais en vain. Le 12 février 1999, la plus grande banque émettrice et acquéreuse, à savoir la requérante n° III, OTP Bank Nyrt, dont l'influence était dominante, a fait part à la requérante n° V, Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., de ses préoccupations en matière de droit de la concurrence, et elle les a aussi exprimées dans le cadre de ses suggestions ultérieures de réduire la CMI. Lors de sa réunion du 22 mai 2002, le forum a, à l'occasion de l'introduction des cartes à puce, uniformément réduit le niveau de la CMI pour ces cartes, pour les deux entreprises de cartes de crédit, ce qui avait pour but de favoriser un commerce plus sûr par l'internet et, partant, de promouvoir l'émission de cartes à puce. La banque Kereskedelmi és Hitelbank a ensuite fait une nouvelle tentative d'introduire un niveau de CMI plus faible, comparable à celui des stations-service, pour certains types de commerces (par exemple, les supermarchés) mais cette proposition n'a pas été approuvée lors de la réunion du forum du 2 septembre 2002. À la réunion du forum du 14 septembre 2004, OTP Bank a suggéré que le niveau de la CMI soit réduit en deux étapes dans le secteur alimentaire, représentant un tiers des échanges nationaux (à savoir de 1,2 % à 0,75 % pour les terminaux de cartes à puce, et à 0,85 % pour les terminaux de cartes à bande magnétique). Il y aurait eu des pressions sur OTP Bank à cet effet de la part de commerçants mais deux banques membres n'ont pas accepté la réduction et l'ont signalé par écrit aux entreprises de cartes de crédit, de sorte qu'elle n'a pas eu lieu.

13. Après l'adhésion à l'Union européenne du 1^{er} mai 2004 – et compte tenu de cette adhésion –, les conséquences potentielles de procédures européennes en matière de concurrence pour les entreprises de cartes de crédit et pour les banques ont constamment figuré à l'ordre du jour, à partir de septembre 2004. Dès le mois de mai 2005 – d'après ce qui ressort de documents reçus de MasterCard –, une tentative a eu lieu, à l'initiative du forum, de créer un forum séparé pour MasterCard et, ensuite – entre juin et septembre 2005 –, un groupe de travail a œuvré à la création d'un forum distinct pour Visa, groupe de travail dont les réunions ont porté sur la préparation et le financement d'une analyse de coûts concernant Visa. L'objectif était alors, compte tenu de la décision VISA II (décision COMP/29.373 – Visa International –; JO L 318 du 22.11.2002, p. 17 à 36; ci-après «la décision VISA II»), de remplir les conditions d'une exemption, c'est-à-dire que les commissions ne soient pas identiques pour les deux entreprises de cartes de crédit et qu'elles soient fixées sur la base des coûts. Indépendamment de cela, en 2007, un conflit a opposé les banques sur le point de savoir si les consultations relatives aux CMI devaient avoir lieu en commun ou séparément, et le forum a continué à fonctionner en traitant uniformément les deux entreprises de cartes de crédit, bien que celles-ci aient commencé toutes deux, dès 2005 déjà, chacune de leur côté, à préparer des études de coûts concernant plusieurs banques. Les banques ont été informées – incomplètement – des résultats de celles-ci en 2006 par MasterCard et en 2007 par Visa, et c'est sur la base de ces informations que les banques ont conclu que le niveau de la CMI n'était pas suffisant pour couvrir l'ensemble des coûts des émetteurs.
14. Ce n'est qu'après l'intervention de la GVH qu'a eu lieu la résiliation de l'accord CMI, avec effet au 30 juillet 2008. Les banques avaient informé les deux entreprises de cartes de crédit, séparément mais unanimement, au début de l'année 2008 qu'elles résiliaient l'accord relatif à la commission d'interchange.
15. Selon les données du marché relatives aux années 2004 à 2007, la structure, du côté des banques émettrices, s'est développée de telle manière que, sur les 23 banques visées par la procédure de contrôle de la concurrence, toutes, à une exception près, ont émis des cartes de débit et, en 2007, près de la moitié d'entre elles appartenaient à la requérante n° III, OTP Bank, tandis que toutes les autres banques détenaient une part de marché

inférieure à 10 %. Du côté des acquéreurs, d'après ces mêmes données relatives aux années 2004 à 2007, neuf banques – également émettrices de cartes – ont fourni des services afférents à l'acquisition de cartes mais plus de 90 % du marché était occupé par les requérantes n^{os} III et IV, à savoir OTP Bank et Kereskedelmi és Hitelbank.

16. Dans sa décision, la GVH a considéré que le comportement décrit ci-dessus constituait une restriction de la concurrence par objet mais, indépendamment de cela, elle l'a aussi qualifié de restriction par effet, en analysant ses effets sur la base des données concernant les années 2004 à 2007, et a étayé ses deux conclusions par des motivations distinctes. Elle a estimé qu'il existait une possibilité d'exemption aussi bien pour la restriction par objet que pour la restriction par effet mais elle a, en analysant les conditions factuelles de l'exemption pour les restrictions par objet, considéré que les conditions de celle-ci n'étaient pas réunies. Au cours de la procédure, la partie défenderesse a aussi admis qu'un effet de hausse des prix aurait pu se produire si l'accord CMI n'avait pas existé mais elle a considéré que ce point n'avait pas été élucidé en l'espèce.
17. La décision de la GVH (considérant 188) conclut à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet en avançant trois arguments fondamentaux. Selon elle, l'accord CMI avait pour objet de fausser ou de restreindre la concurrence car: (1) le traitement conjoint des deux entreprises de cartes de crédit a neutralisé l'élément le plus important de la concurrence sur le plan des prix entre ces deux entreprises, (2) au moment de la conclusion de l'accord, les banques elles-mêmes lui ont attribué un rôle de réduction de la concurrence sur le plan des commissions (entente MSC) et (3) la fixation collective des commissions d'interchange au niveau des entreprises de cartes de crédit est un accord de nature à affecter nécessairement la concurrence entre les banques acquéreuses sur le plan des MSC.
18. La décision de la GVH (considérant 173) conclut aussi que l'implication des entreprises de cartes de crédit dans l'accord peut être constatée pour les raisons suivantes: (1) elles ont permis, à travers leurs règlements internes, que les banques puissent décider entre elles de la commission d'interchange, la portée de cette décision pouvant même s'étendre à l'autre entreprise de cartes de crédit, (2) elles ont concrètement assisté les banques au cours de la période initiale, (3) il n'est ni réaliste ni crédible, dans la vie des affaires, qu'elles n'aient rien su de la fixation de commissions uniformes pour leurs cartes respectives (Visa a d'ailleurs dénoncé cela plus tard), alors que cette pratique servait leurs intérêts en excluant l'élément le plus important de la concurrence entre elles, (4) elles devaient savoir que les banques hongroises avaient fixé et maintenaient la CMI à un niveau uniforme sans avoir, parmi les analyses nécessaires, effectué d'étude des coûts, (5) en publiant leurs commissions applicables par défaut (fallback), elles ont donné des indications sur le niveau de CMI qu'il convenait de définir, qui ne pouvait être que d'un montant plus élevé car ce n'est qu'alors qu'il était intéressant d'assumer les charges administratives et autres qui s'y rapportent.

2. CADRE JURIDIQUE PERTINENT EN DROIT DE L'UNION ET EN DROIT NATIONAL

2.1. Le droit de l'Union

19. Les articles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pertinents en l'espèce sont les suivants:

«Article 101

(ex-article 81 TCE)

Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre 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, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. [...]

2.2. Droit national pertinent

20. La loi n° LVII de 1996 portant interdiction des pratiques commerciales déloyales ou restrictives de la concurrence, notamment son préambule et ses articles 1^{er}, 11 et 17, contient les dispositions suivantes (soulignement ajouté par la Commission):

«Loi n° LVII de 1996 portant interdiction des pratiques commerciales déloyales ou restrictives de la concurrence

[...]

Champ d'application

Article 1^{er}, paragraphe 1 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998) La loi s'applique aux pratiques sur le marché, réalisées sur le territoire de la République de la Hongrie par des personnes physiques ou morales ou des entités sans personnalité juridique - y compris les filiales hongroises d'entreprises domiciliées à l'étranger, sauf pour les pratiques prévues par le chapitre 6 - (ci-après «les entreprises»), sauf dispositions contraires de la loi. À l'exception des pratiques visées aux chapitres II et III, la loi s'applique également aux

pratiques sur le marché réalisées à l'étranger lorsqu'elles peuvent avoir un effet sur le territoire de la République de la Hongrie.

(2) en vigueur depuis le 1^{er} mai 2004 [2] Lors de l'application des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après «traité CE»), les dispositions procédurales de la présente loi doivent être appliquées aux pratiques régies par ces articles, si - conformément au règlement du Conseil n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après «règlement n° 1/2003) – l'affaire relève de la compétence de l'Office de la concurrence ou d'un tribunal hongrois.

[...]

Interdiction de l'accord restreignant la concurrence

Article 11 (1) Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes pratiques concertées et toutes décisions d'associations d'entreprises, d'organismes de droit public, d'associations et d'autres entités similaires (ci-après conjointement dénommés «accord»), qui ont pour objet ou qui ont ou sont susceptibles d'avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Ne relèvent pas de cette définition les accords conclus entre des entreprises qui ne sont pas indépendantes les unes des autres.

(2) L'interdiction s'applique en particulier à:

- a) la fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
- b) la limitation ou le contrôle de la production, la distribution, le développement technique ou les investissements;
- c) le partage des marchés de l'approvisionnement, la limitation du choix d'approvisionnement et l'exclusion de certains consommateurs pour l'achat de certains produits;
- d) la division des marchés, l'exclusion de la vente ou la restriction du choix des modes de vente;
- e)
- f) l'empêchement de l'entrée sur le marché;
- g) les cas où, les opérations étant de la même valeur ou du même caractère, il existe une discrimination entre les parties au contrat, notamment dans l'application des prix, des délais de paiement, des conditions ou des méthodes de vente ou d'achat, plaçant certaines parties au contrat dans un désavantage concurrentiel;
- h) la subordination de la conclusion du contrat à l'acceptation d'obligations qui, ni par leur nature ni selon l'usage commercial, n'ont de rapport avec l'objet de tels contrats.

(3) Les conséquences légales prévues par la loi en cas de violation du paragraphe 1 du présent article s'appliquent sans préjudice de celles prévues par le Code Civil à des contrats violant la loi.

[...]

Article 17 L'accord est exempté de l'interdiction de l'article 11, si

- a) il contribue à une organisation plus rationnelle de la production, de la distribution, à la promotion du progrès technique et économique, à l'amélioration de la concurrence et de la protection de l'environnement;

- b) il fait bénéficier le consommateur ou le client d'une partie équitable des avantages résultant de l'accord;
- c) la restriction ou l'exclusion de la concurrence qu'il entraîne ne dépassent pas la limite nécessaire à l'atteinte d'objectifs communs économiquement justifiés; et
- d) il ne crée pas la possibilité d'exclure la concurrence sur une partie substantielle des produits concernés.»

3. EN DROIT

3.1. Introduction

21. Avec sa première et sa quatrième questions, la Kúria aborde des aspects théoriques du droit général de la concurrence tandis qu'avec les deux autres, elle se penche sur la nature anticoncurrentielle du comportement en cause et sur la responsabilité des parties. Pour répondre aux quatre questions, une présentation des marchés existant au sein des systèmes quadripartites de paiement par cartes de crédit ainsi que des restrictions de concurrence engendrées par l'accord CMI, à la lumière de la pratique de la Commission et de la Cour, s'impose. La Commission commencera donc par quelques considérations préliminaires sur ces points.

3.2. Appréciation de l'accord CMI en droit de la concurrence

22. Les CMI sont une forme de commissions d'interchange dont le niveau est fixé par les banques via un accord multipartite. Ce sont des commissions d'interchange applicables par défaut (fallback), c'est-à-dire seulement en l'absence d'accords bilatéraux. Toutefois, dès lors que plusieurs banques sont parties à un seul et même système, les accords bilatéraux impliquent des coûts de transaction élevés, de sorte que, le plus souvent, les banques appliquent les CMI.
23. Dans les systèmes de paiement quadripartites² de Visa et MasterCard, les banques membres jouent le rôle d'émetteur ou d'acquéreur, parfois les deux. Les banques membres s'affilient aux systèmes de paiement en concluant des accords de licence et, en général, chaque banque est membre des deux systèmes.
24. Le déroulement d'une opération de paiement par carte est généralement le suivant: le titulaire de la carte démarre l'opération en introduisant sa carte dans le terminal du PDV situé dans un commerce, qui «notifie» électroniquement l'opération à la banque acquéreuse. La banque acquéreuse prend contact, par voie électronique, avec la banque émettrice qui vérifie que le montant disponible sur le compte couvre l'opération (et contrôle également d'autres éléments, la validité de la carte par exemple). Si tel est le cas, elle accepte l'opération et transfère le montant correspondant, après déduction de la commission d'interchange, qui prend la forme d'un pourcentage (la CI ou la CMI si elle a été fixée de manière collective). Si la banque acquéreuse considère l'opération comme valide, elle porte le montant correspondant au compte du commerçant, après en avoir déduit la commission de service (merchant service charge, ou MSC). Pour la banque acquéreuse, la commission de service correspond à une recette, dont elle se sert pour

² En anglais, «four-party payment system»: l'adjectif quadripartite renvoie au fait que le prix d'achat correspondant à une opération effectuée par carte passe du compte bancaire de l'utilisateur de la carte à la banque émettrice et de là, à la banque acquéreuse (après déduction de la CI ou, à défaut, de la CMI), et finalement au commerçant (après déduction, par la banque acquéreuse, du montant des MSC). La «cinquième partie» est l'entreprise de cartes de crédit, Visa ou MasterCard, qui dirige et gère le système.

1. La Commission européenne (ci-après la «Commission») a l'honneur, concernant la demande de décision préjudicielle susmentionnée, de présenter à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour») les observations suivantes.

1. LES ELEMENTS DE FAIT DE L'AFFAIRE AU PRINCIPAL

1.1. Les procédures administratives et juridictionnelles

2. L'affaire en cours devant la Kúria porte sur la décision n° Vj-18/2008/341 de l'Autorité hongroise de la concurrence, du 24 septembre 2009, (la «décision de la GVH») ¹, qui a déclaré qu'en définissant le niveau et la structure de la commission d'échange uniformément applicable aux cartes des deux entreprises de cartes de crédit internationales (MasterCard et Visa) ainsi qu'à toutes les banques, et en prévoyant un cadre pour un tel accord dans leurs règlements internes et y apportant leur soutien, les entreprises visées par la procédure avaient conclu un accord restrictif de la concurrence non susceptible d'exemption. Le comportement anticoncurrentiel a duré du 1^{er} janvier 1997 (certaines entreprises s'y sont jointes ultérieurement) au 30 juillet 2008. Par leur comportement, les entreprises visées ont enfreint l'article 11, paragraphe 1, de la loi n° LVII de 1996 portant interdiction des pratiques commerciales déloyales ou restrictives de la concurrence ainsi que, du 1^{er} mai 2004 au 30 juillet 2008, l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (devenu l'article 101, paragraphe 1, TFUE). À titre de sanction pour cette infraction, la GVH a infligé des amendes aux entreprises concernées, pour un total de 1 922 000 000 forints.
3. Les deux entreprises de cartes de crédit et six des banques condamnées à une amende ont formé un recours tendant au contrôle juridictionnel de la décision de la GVH. Le tribunal de première instance, à savoir le Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal administratif et du travail de Budapest), a rejeté les conclusions des requérantes par un arrêt rendu le 11 janvier 2016 sous le numéro 30.K.33.520/2014/78.
4. Statuant sur l'appel introduit par celles-ci, à l'exception de la requérante n° VIII, MasterCard, le Fővárosi Törvényszék (la cour de Budapest-Capitale), a, en tant que juridiction de deuxième instance, par un arrêt définitif rendu le 9 mars 2017 sous le n° 3.Kf.650.057/2016/18, modifié la décision de la GVH et clos la procédure en ce qui concerne la requérante n° II, ING Bank – pour des motifs procéduraux regardant la succession aux droits de son prédécesseur – et, en ce qui concerne les autres appelantes, annulé ladite décision et renvoyé l'affaire à la GVH afin qu'elle procède à nouveau.
5. La GVH, partie défenderesse, a introduit contre cet arrêt définitif un pourvoi en cassation dont le raisonnement correspond, en substance, à celui de sa décision.
6. Par ordonnance du 6 mars 2018 (réf. Kfv.III.37.415/2018/18), la Kúria a sursis à statuer et a soumis à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1. L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) peut-il être interprété en ce sens qu'un même comportement est susceptible d'être qualifié d'infraction à cette disposition par son objet anticoncurrentiel et par ses effets anticoncurrentiels simultanément, quoique sur des fondements différents?»

¹ Ce document est accessible sur le site de la GVH:
http://gvh.hu/data/cms992217/Vj018-2008_m.pdf

2. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) peut-il être interprété en ce sens que l'accord conclu entre des banques membres hongroises, en cause au principal, constitue une restriction de la concurrence par son objet dans la mesure où il fixe à un montant uniforme pour les deux entreprises de cartes de crédit Visa et MasterCard la commission d'interchange revenant aux banques émettrices en contrepartie de l'utilisation des cartes desdites entreprises?*
3. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) peut-il être interprété en ce sens que sont également considérées comme parties à l'accord interbancaire les entreprises de cartes de crédit, lesquelles n'ont pas participé directement à la détermination du contenu de l'accord mais ont permis la conclusion de cet accord, et l'ont également accepté et appliqué, ou faut-il conclure à l'existence d'une pratique concertée entre elles et les banques ayant conclu l'accord?*
4. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) peut-il être interprété en ce sens que, pour constater une infraction au droit de la concurrence, il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre le point de savoir si l'affaire, vu son objet, concerne une participation en tant que partie à l'accord interbancaire ou une pratique concertée avec les banques qui sont parties à l'accord?»*

1.2. Les faits principaux

7. Parmi les faits tels qu'ils sont décrits par la Kúria, la Commission souhaite attirer l'attention sur les éléments suivants: Au milieu des années 1990, les entreprises de cartes de crédit (ou leurs prédécesseurs en droit respectifs) Visa Europe Ltd. et MasterCard Europe Sprl. respectivement requérantes n^{os} VII et VIII, ont permis, grâce à leurs règlements internes, que les banques émettrices de leurs cartes et les banques acquéreuses d'opérations de paiement liées à celles-ci définissent en commun le montant des commissions nationales d'interchange («interchange fee», ci-après «CI») entre lesdites banques émettrices et acquéreuses. Entre 1991 et 1994, quand deux ou trois banques seulement acceptaient les cartes des entreprises de cartes de crédit requérantes, les règlements entre lesdites banques avaient lieu de façon bilatérale et c'est bilatéralement aussi qu'elles fixaient le montant des commissions. Dès 1994, Visa a invité ses banques membres à créer un «forum national VISA» dont l'une des missions était l'élaboration d'une politique locale des prix (c'est-à-dire la définition de fourchettes pour la CI). Au cours des années 1995 et 1996, les banques ayant rejoint le secteur des services de paiement par cartes de crédit ont institué une coopération multilatérale (ci-après «le forum»), pour discuter, cas par cas, des diverses questions requérant une coopération qui se posaient audit secteur. Occasionnellement (par exemple, en décembre 1998, novembre 2003 ou juin 2005), des représentants des entreprises de cartes de crédit ont aussi participé aux réunions du forum. Au sein de celui-ci, les banques approuvaient les diverses décisions par un vote, avec une pondération calculée sur la base de données communiquées par la Banque nationale de Hongrie. Les droits de vote ne pouvaient pas dépasser 33 % pour une banque donnée, et les décisions étaient prises à une majorité des 2/3 en cas de vote pondéré, et de 50 % + 1 en cas de vote ordinaire, y compris en ce qui concernait le montant des CI. En 1995, alors que le mécanisme de paiement par carte ne faisait encore qu'émerger, on comptait au total, dans le pays, 3 780 terminaux de point de vente (ci-après «PDV») (c'est-à-dire des appareils acceptant les cartes de paiement).

- couvrir la commission d'interchange versée à l'émetteur (ainsi que les autres frais y relatifs) (considérant 12 de la décision de la GVH).
25. Étant donné que la CMI représente un coût connu commun à toutes les banques, sa répercussion en totalité sur les commerçants est la règle³. C'est cet effet dit de seuil (floor effect) qui fonde la restriction de la concurrence, tant sous l'angle de son objet que de son effet.
 26. Comme indiqué au considérant 15 de la décision de la GVH, les systèmes de paiement par carte Visa et MasterCard peuvent être qualifiés de secteurs bilatéraux au sein desquels se produisent externalités positives et effets de réseaux. Cela signifie que les décisions de tarification prises par l'une des parties de ce système bilatéral influencent (l'ampleur de) la demande sur le marché connexe de l'autre côté, ce qui peut influencer en retour (l'ampleur de) la demande sur le marché d'origine.
 27. Dans les systèmes de paiement par carte dits ouverts, impliquant quatre parties, des banques dites émettrices et acquéreuses proposent chacune à leur clientèle propre (titulaires de carte ou commerçants) des services complémentaires mais distincts. Chaque côté du système se subdivise donc en marchés émetteurs et marchés acquéreurs. Les entreprises de cartes de crédit occupent une place centrale dans leurs systèmes, agissant comme une sorte de chambre de compensation entre les banques émettrices et acquéreuses. Elles gèrent le système qui permet la compensation entre la banque émettrice et la banque acquéreuse, et donc, en fin de compte, le déroulement de l'opération de paiement. Les entreprises de cartes de crédit garantissent l'émission et l'acquisition des cartes bancaires à travers un vaste système de règles. Elles en contrôlent en permanence le respect. L'application de ces règles devient obligatoire pour les banques membres lorsqu'elles signent l'accord de licence (par exemple les dispositions relatives à la commission d'interchange ou à la HACR).
 28. Compte tenu de ces éléments et vu la pratique constante de la Commission corroborée par le juge de l'Union⁴, on peut distinguer trois marchés différents: sur le marché de l'acquisition, les banques acquéreuses se font concurrence pour la clientèle des commerçants, sur le marché de l'émission, les banques émettrices de cartes bancaires se font concurrence pour la clientèle constituée par les utilisateurs de carte, et il existe pour finir le marché où s'affrontent les réseaux de cartes. La décision de la GVH en fait état (considérant 128) et utilise la même définition de marchés.
 29. Dans les décisions qu'elle a arrêtées jusqu'à présent, la Commission n'a pas encore rencontré d'exemple de fixation des prix ayant lieu sur le marché où s'affrontent les réseaux des cartes de crédit, qui s'avère déterminant dans le contexte de la décision de la GVH. Cela n'exclut pas qu'une restriction de la concurrence puisse s'y produire. La Commission note que les CMI revêtent une grande importance pour la concurrence entre les réseaux de cartes: dans sa pratique, la GVH a déjà relevé un exemple de restriction de la concurrence résultant d'un niveau de CMI différent pour Visa et MasterCard⁵. Bien

³ Voir l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, points 30, 163 à 165, et l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/12 P, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, points 193 et 197.

⁴ Voir l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, points 21, 172 à 177, et l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/12 P, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, points 178 à 182 et 242.

⁵ Le conseil de la concurrence compétent au sein de la GVH a constaté, dans la décision n° Vj-46/2012/244, que la société MasterCard Europe SA avait abusé de sa position dominante entre le 8 février 2011 et le

que cette autre infraction ait porté sur un abus de position dominante dû au fait que MasterCard n'avait pas diminué le niveau de sa CMI pour la rapprocher du niveau, inférieur, de la CMI de Visa, il n'en résulte pas que les deux entreprises ont le droit de fixer conjointement le même niveau de CMI à appliquer dans leurs systèmes (que ce soit directement, ou en déléguant cette décision aux banques membres, puis en y adhérant, comme en l'espèce). Toute CMI positive (supérieure à 0) est restrictive de la concurrence, tant au sein d'un système de paiement unique qu'au regard d'un ensemble composé de deux systèmes, et ses effets sont majorés dans ce dernier cas. Une CMI positive au sein d'un système unique engendre une restriction de la concurrence sur le marché de l'acquisition, tandis qu'une CMI fixée de manière uniforme pour deux systèmes prive non seulement le marché de l'acquisition mais aussi celui où les entreprises de cartes de crédit se font concurrence de l'un de ses éléments les plus importants [décision de la GVH, considérant 173, point c)].

30. Dans sa décision MasterCard de 2007⁶ (considéranants 467 à 470 et 192 à 203), la Commission a attribué à un effet rehausseur de la CMI à la concurrence entre les réseaux de cartes, et le Tribunal l'a confirmé⁷. Elle a constaté que les pressions à la hausse sur les CMI qui sont causées par la concurrence intersystèmes amplifient et aggravent encore davantage les restrictions de concurrence sur les marchés de l'acquisition (décision MasterCard, considérant 468)
31. L'argument avancé par les banques et les entreprises de cartes de crédit dans le contexte des procédures judiciaires hongroises (aux points 16 et 32 de l'ordonnance de renvoi), selon lequel l'accord CMI au sein du forum aurait eu un effet positif en empêchant une augmentation supplémentaire de la CMI, n'est donc pas du tout convaincant. On ne saurait justifier une restriction de la concurrence en avançant qu'elle aurait pu être pire. L'existence d'une CMI positive au sein d'un seul système de carte entraîne déjà en soi une restriction de la concurrence sur le marché d'acquisition, son application uniforme dans les deux systèmes ne fait que renforcer et conforter cet effet. Un accord horizontal de ce type permet en effet plus facilement aux banques et aux systèmes de carte d'échapper aux éventuelles pressions à la baisse sur le niveau des CMI exercées par les commerçants ou les utilisateurs de cartes.
32. Cet argument n'est que l'expression d'une autre idée, selon laquelle la CMI serait indispensable au fonctionnement du système parce que, sans la CI ou la CMI, soit les banques émettrices ne seraient pas disposées à émettre des cartes, soit elles passeraient à un autre système, où elles pourraient escompter des recettes plus élevées (en mettant simultanément fin à leur appartenance au système actuel). La Commission a examiné ce

31 décembre 2013 en fixant les commissions d'interchange d'une manière susceptible d'évincer sa concurrente (Visa) du marché (http://www.gvh.hu/dontesek/versenyhivatali_dontesek/dontesek_2012/vj_46_2012_244.html)

⁶ Décision de la Commission du 19 décembre 2007 dans l'affaire COMP/34579 MasterCard I; la version publique de cette décision se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1889_2.pdf), avec un résumé publié au JO C 264, 6.11.2009, p. 8.

⁷ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, point 137.

raisonnement dans sa décision MasterCard et l'a rejeté, suivie en cela par les juridictions de l'Union⁸.

33. L'article 101, paragraphe 1, TFUE pouvait donc être appliqué à l'accord CMI vu que ce dernier ne constituait ni une restriction liée, ni une restriction nécessaire d'une autre façon à la perpétuation (qui n'est pas synonyme de fonctionnement efficace) du système de cartes lui-même. Récemment⁹, la Cour d'appel britannique (Court of Appeal) a examiné l'application de ce principe dans une situation de concurrence dynamique et elle l'a rejetée dans ce contexte. Après s'être référée à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/12 P, *MasterCard*, la juridiction britannique a jugé qu'il n'était pas réaliste d'imaginer que, si le niveau de la CMI diminuait dans l'un des systèmes à la suite de l'intervention d'une autorité de la concurrence, l'autre système pourrait conserver la même restriction de concurrence, sans que les autorités de la concurrence n'interviennent (point 203 de cet arrêt). La décision n° Vj-46/2012/244 de la GVH précitée (points 29 des présentes observations) est l'exemple le plus criant de cette logique.
34. Qui plus est, le niveau de la CMI et son orientation à la hausse ou à la baisse ne sont pas prédéfinis dans un système quadripartite. Si l'objectif des entreprises de cartes de crédit est d'attirer des commerçants et d'accroître le nombre d'endroits acceptant leurs cartes, elles peuvent se faire concurrence non pas en augmentant la CMI, mais en la diminuant. Cela découle, si l'on suit la thèse des entreprises de cartes de crédit, de la préservation de l'équilibre entre les deux côtés du système, dans lequel la CMI constitue un outil de rééquilibrage (*balancing fee*)¹⁰. En réalité, et comme cela ressort également de l'exposé figurant dans la décision de la GVH, les banques et les systèmes de cartes n'ont pas utilisé la CMI par souci d'efficacité mais pour exploiter les commerçants, et ce même à l'époque où l'intérêt du système aurait été¹¹ la promotion de son acceptation en Hongrie, à travers la fixation d'une CMI moins élevée, voire orientée à la baisse (négative), payée par les émetteurs aux banques acquéreuses.
35. Il est également envisageable que les deux entreprises de cartes de crédit appliquent une CMI à la fois efficace et d'un niveau acceptable du point de vue concurrentiel et que cette CMI s'avère identique pour les deux entreprises. En pareil cas, elle ne résulterait cependant pas d'un accord mais constituerait simplement la CMI garantissant aux commerçants les avantages nécessaires, développée par les entreprises au sein de leurs propres systèmes, par exemple à travers le «merchant indifference test» (MIT)¹² et tenant

⁸ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, point 120, et arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/12 P, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, points 105 à 114.

⁹ UK Court of Appeal, arrêt en appel Mastercard, points 198-209, numéro de citation neutre: [2018] EWCA 1536 (CIV), <https://www.judiciary.uk/judgments/mastercard-appeals-judgment/>

¹⁰ Voir par exemple les considérants 686 et 146 à 155 de la décision MasterCard et l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, point 208.

¹¹ Selon le point 4 de l'ordonnance de renvoi, en 1995, c'est-à-dire un an avant la conclusion de l'accord CMI, le système de paiement par carte ne faisait encore qu'émerger, de sorte qu'il aurait été dans l'intérêt du système d'en promouvoir l'acceptation à travers une CMI plus basse ou orientée à la baisse.

¹² Voir les considérants 104 à 105 de la décision de la Commission du 26 février 2014 dans l'affaire COMP/39398 Visa MIF; la version publique de cette décision se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_9728_3.pdf), avec un résumé publié au JO C 147, 16.5.2014, p. 7. Voir les considérants 32 et 57 à 68 de la décision de la Commission du 8 décembre 2010 dans l'affaire COMP/39398 Visa MIF; la version publique de cette décision se trouve à l'adresse suivante, en anglais

compte, dans ce cadre, des coûts liés à l'utilisation d'espèces (cost of cash) ou d'autres études relatives à l'efficacité¹³. La situation décrite dans la décision de la GVH ne porte cependant pas du tout sur une situation de ce genre mais sur un accord de type entente, dans lequel l'avantage des consommateurs et autres questions d'efficacité n'ont joué aucun rôle. L'échec des efforts visant à faire baisser la CMI en donne une preuve supplémentaire.

36. De nombreuses restrictions de la concurrence sont possibles en rapport avec les commissions d'interchange. Dans sa décision MasterCard de 2007, la Commission a constaté l'existence d'une décision d'association d'entreprises étant donné que MasterCard avait fixé le niveau de la CMI en tant qu'organe commun agissant au nom des banques membres. Mais elle signale aussi dans sa décision que cette même restriction de concurrence peut se produire si les banques membres concluent un accord horizontal entre elles au sujet du niveau de la CMI (par exemple sur la base d'une délégation de pouvoirs accordée par les systèmes de cartes). En pareil cas, le système de cartes peut aussi être partie prenante à l'accord, ou arrêter une décision parallèle, en sus de l'accord conclu entre les membres. En revanche, si l'entreprise de cartes de crédit a délégué sa compétence en matière de fixation de la CMI aux banques membres, elle n'adopte logiquement pas elle-même de décision à ce sujet, mais peut adhérer à l'accord conclu et le mettre en œuvre, ce qui est précisément la conclusion de la décision de la GVH. Son rôle et sa tâche diffèrent donc de ceux des participants à l'accord, ce qui, d'après la jurisprudence des juridictions de l'Union, permet d'imputer une responsabilité parallèle à l'association d'entreprises, venant s'ajouter à celle des participants¹⁴. En réalité, la jurisprudence ne fait pas de distinction tranchée entre les différentes formes de restrictions collectives de la concurrence: elle détermine la responsabilité en se fondant sur l'objet du comportement et la participation à ce comportement, sur le rôle distinct qui y est joué.¹⁵
37. Il existe aussi des cas où deux entreprises, qui doivent simultanément être considérées comme des associations d'entreprises, concluent un accord et où cet accord est considéré comme tel par la Cour, et non comme la décision d'une association d'entreprises¹⁶. C'est à cette situation que semblent le mieux correspondre les faits décrits dans la décision de la GVH dans la mesure où les deux entreprises de cartes de crédit ont délégué leur compétence pour fixer la CMI aux banques membres et n'ont donc pas décidé elles-

(http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_6930_6.pdf), avec un résumé publié au JO C 79, 12.3.2011, p. 8.

¹³ Un niveau identique de CMI entre les deux entreprises de cartes de crédit aurait aussi pu être le résultat d'une réglementation, comme le règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, JO L 123, du 19.5.2015, p. 1.

¹⁴ Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988 dans les affaires jointes 89/85, *Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:1988:447, point 27.

¹⁵ Il ressort de la jurisprudence que les notions d'«accord», de «décisions d'associations d'entreprises» et de «pratique concertée» à l'article 101, paragraphe 1, TFUE appréhendent, du point de vue subjectif, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent (voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, point 23, et la jurisprudence citée).

¹⁶ Voir par exemple l'affaire relative à l'accord conclu entre des fédérations nationales d'éleveurs et d'abatteurs ayant pour objet la suspension des importations de viande bovine et la fixation d'un prix minimal d'achat, du 18 décembre 2008 dans les affaires jointes C-101/07 P et C-110/07 P, *Coop de France bétail et viande contre Commission*, ECLI:EU:C:2008:741, points 12, 13, 23, 28 et 82 à 89.

mêmes du niveau de la CMI. En revanche, elles ont bel et bien participé à l'élaboration et à la mise en œuvre de l'accord et y sont donc parties prenantes. On trouve des cas similaires dans la jurisprudence de la Cour, où les membres d'une association d'entreprises ont conclu un accord collusoire horizontal, à la mise en œuvre duquel l'association a contribué, ce qui fait d'elle une partie prenante à l'accord et engage sa responsabilité¹⁷.

38. Pour finir, la Commission fait remarquer que c'est la seconde fois déjà qu'elle examine cette décision puisque la GVH la lui avait déjà notifiée avant son adoption, en 2009, conformément à l'article 11, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003. La Commission avait déjà souligné à l'époque que la décision était conforme à la pratique de la Commission, notamment à sa décision de 2007 dans l'affaire MasterCard. Pour le reste, la Commission est d'avis que le comportement décrit dans la décision de la GVH permet de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet et par effet, de même qu'à l'implication des entreprises de cartes de crédit dans l'accord anticoncurrentiel.

3.3. La première question

3.3.1. *La motivation de la Kúria*

39. La Kúria justifie sa question (points 23 à 27 de l'ordonnance de renvoi) en expliquant que plusieurs arguments lui semblent s'opposer au souhait des autorités de la concurrence de fonder leurs décisions sur un double fondement juridique, tout compréhensible qu'il soit (raison pour laquelle elles concluent à une restriction de la concurrence par objet mais aussi par effet). Premièrement, elle fait valoir que les conditions d'exemption sont différentes pour les restrictions par objet et celles par effet et que les sanctions divergent aussi. Deuxièmement, elle pense qu'il résulte de l'article 101, paragraphe 1, TFUE qu'il est impossible de retenir les deux fondements juridiques car cela rendrait le contenu de la décision incertain et aboutirait en substance à deux décisions contraires. Enfin, selon la Kúria, bien qu'une autorité de la concurrence puisse aussi analyser les effets d'une restriction par objet, par exemple en vue d'infliger une sanction, cela ne justifie pas de faire reposer la décision sur un double fondement.

3.3.2. *La position de la Commission*

40. Selon la Commission, il est juste et fondé, non seulement du point de vue pratique, mais aussi du point de vue juridique, qu'une autorité de la concurrence qualifie un même comportement de restriction par objet aussi bien que par effet. Elle n'y est pas tenue, mais si elle motive le double fondement comme il convient et l'étaye par des arguments et des preuves, aucun obstacle pratique ou juridique ne s'oppose à ce double fondement juridique.
41. Il est intéressant de relever à ce propos, pour commencer, qu'il existe de nombreux cas, dans la jurisprudence des juridictions de l'Union depuis ses débuts, où un comportement a été qualifié de restriction de la concurrence par objet et par effet. On peut notamment citer les affaires suivantes (de la plus récente à la plus ancienne, soulignement ajouté par la Commission):

¹⁷ Voir par exemple la décision 86/399/CEE de la Commission du 10 juillet 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (article 101 TFUE) (IV/31.371 - Revêtements bitumés), JO L 232, du 19.8.1986, p.15, confirmée par l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1989 dans l'affaire C-246/86, *Belasco et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:1989:301, points 5, 7 et 10 à 16.

- C-231/14 P *InnoLux contre Commission*¹⁸
- C-407/08 P *Knauf Gips contre Commission*¹⁹
- T-395/94 *Atlantic Container Line et autres contre Commission*²⁰
- C-280/98 P *Weig contre Commission* et C-283/98 P *Mo och Domsjö contre Commission*²¹

¹⁸ Arrêt de la Cour du 9 juillet 2015 dans l'affaire C-231/14, *InnoLux contre Commission*, ECLI:EU:C:2015:451, point 72. «72. Certes, ainsi que le Tribunal l'a rappelé au point 58 de l'arrêt attaqué, il résulte de la jurisprudence de la Cour que, lorsque des entreprises établies en dehors de l'EEE, mais qui produisent des biens qui sont vendus dans l'EEE à des tiers, se concertent sur les prix qu'elles consentent à leurs clients établis dans l'EEE et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, elles participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché intérieur, au sens de l'article 101 TFUE, et que la Commission est territorialement compétente à poursuivre (voir, en ce sens, arrêt *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, EU:C:1993:120, points 13 et 14).». Le Tribunal est arrivée à une constatation similaire dans les affaires suivantes: T-91/11, *InnoLux contre Commission*, ECLI:EU:T:2014:92, point 58, T-104/13, *Toshiba contre Commission*, ECLI:EU:T:2015:610, point 154, T-92/13, *Philips contre Commission*, ECLI:EU:T:2015:605, T-91/13, *LG Electronics contre Commission*, ECLI:EU:T:2015:609, T-84/13, *Samsung SDI et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2015:611, T-82/13, *Panasonic et MT Picture Display contre Commission*, ECLI:EU:T:2015:612.

¹⁹ Arrêt de la Cour du 1^{er} juillet 2010 dans l'affaire C-407/08 P, *Knauf Gips contre Commission*, ECLI:EU:C:2010:389, points 45 à 50. «45. S'agissant, en second lieu, du grief relatif au caractère d'infraction de chacun des cinq éléments du comportement reproché à la requérante, il convient de relever que le Tribunal a constaté, au point 306 de l'arrêt attaqué, qu'il résulte de la décision litigieuse que "l'ensemble des accords et des pratiques concertées du cas d'espèce s'inscrivaient dans une série d'efforts des entreprises en cause poursuivant un seul but économique, à savoir la restriction de la concurrence, et constituaient les diverses manifestations d'un accord complexe et continu qui a eu pour objet et pour effet de restreindre la concurrence. Estimant que les accords et les pratiques concertées précités avaient concrétisé, de manière ininterrompue à partir de 1992 jusqu'en 1998, la manifestation de la volonté commune desdites entreprises de stabiliser et, partant, de restreindre la concurrence au moins sur les marchés allemand, français, du Royaume-Uni et du Benelux des plaques en plâtre, la Commission a qualifié l'infraction d'unique, complexe et continue". Au point 321 dudit arrêt, le Tribunal a rejeté les griefs de la requérante dirigés contre la qualification de l'entente d'infraction unique et continue.»

²⁰ Arrêt du Tribunal du 28 février 2002 dans l'affaire T-395/94, *Atlantic Container Line et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2002:49, points 77 à 78: «77. Enfin, dans la mesure où l'argumentation des requérantes viserait à contester le caractère restrictif de concurrence du CMP, il suffit de constater que ce dernier avait clairement pour objet et pour effet de limiter l'offre des membres du TAA envisagée sous l'aspect de la capacité de transport afin d'augmenter ou, à tout le moins, de maintenir les taux de fret. En outre, l'affirmation des requérantes selon laquelle l'offre a toujours excédé la demande sur la route transatlantique ne vaut que pour l'offre globale sur le marché et non pour l'offre, exprimée en termes de capacité de transport, de chaque compagnie membre du TAA, que le CMP a d'ailleurs précisément pour objet de limiter. Il ne saurait donc être contesté que le CMP constituait une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, sous b), du traité. Par ailleurs, cette restriction de concurrence était sensible et affectait le commerce entre États membres pour les mêmes motifs que les dispositions du TAA portant fixation des prix des services du transport maritime.»

²¹ Arrêt de la Cour du 16 novembre 2000 dans l'affaire C-280/98 P, *Weig contre Commission*, ECLI:EU:C:2000:627, point 246, et, en termes similaires, arrêt de la Cour du 16 novembre 2000 dans l'affaire C-283/98 P, *Mo och Domsjö contre Commission*, ECLI:EU:C:2000:629, point 358: «358. Sur la base de ces éléments, il convient de considérer que les critères repris au point 168 des considérants de la décision justifient le niveau général des amendes fixé par la Commission. Le Tribunal a certes déjà constaté que les effets de la collusion sur les prix retenus par la Commission pour la détermination du niveau général des amendes ne sont que partiellement prouvés. Toutefois, à la lumière des considérations qui précèdent, cette conclusion ne saurait affecter sensiblement l'appréciation de la gravité de l'infraction constatée. À cet égard, le fait que les entreprises ont effectivement annoncé les augmentations de prix

- C-70/93 *Bayerische Motorenwerke (BMW)*²²
- C-27/87 *Vichy contre Commission*²³
- Affaires C-89/85 e.a. *Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission*²⁴
- C-27/87 *Erauw-Jacquery*²⁵

convenues et que les prix ainsi annoncés ont servi de base pour la fixation des prix de transaction individuels suffit, en soi, pour constater que la collusion sur les prix a eu tant pour objet que pour effet une grave restriction de la concurrence. Partant, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, le Tribunal considère que les constatations opérées au sujet des effets de l'infraction ne justifient aucune réduction du niveau général des amendes fixé par la Commission.»

- ²² Arrêt du Tribunal du 24 octobre 1995 dans l'affaire C-70/93, *Bayerische Motorenwerke (BMW)*, ECLI:EU:T:1995:344, points 19 à 21: «19. S'agissant de la condition relative à la restriction de la concurrence, il convient de relever que, en vertu de l'accord en cause, les distributeurs BMW ne peuvent livrer des véhicules de la marque BMW à des sociétés de leasing indépendantes que lorsque les véhicules sont mis à la disposition de preneurs en leasing ayant leur siège à l'intérieur du territoire contractuel du distributeur concerné. En conséquence, d'une part, seul le distributeur sur le territoire duquel le preneur en leasing a son siège est habilité par le constructeur à livrer à ALD des véhicules de la marque BMW, à l'exclusion de tous les autres distributeurs sous contrat de BMW. Il convient d'observer que cela équivaut à une protection territoriale absolue pour le distributeur BMW sur le territoire duquel le client d'ALD est établi. D'autre part, l'accord réduit la liberté d'action commerciale de chaque distributeur dans la mesure où il restreint, pour chacun, le choix de ses clients aux seules sociétés de leasing qui ont conclu des contrats avec des preneurs en leasing établis à l'intérieur de son territoire contractuel. [...] 21. Au vu des considérations qui précèdent, il apparaît que l'accord en cause a pour objet et pour effet de restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.»
- ²³ Arrêt du Tribunal du 27 février 1992 dans l'affaire C-27/87, *Vichy contre Commission*, ECLI:EU:T:1992:28, point 77: «77. Le Tribunal estime que, s'il est en principe loisible au fabricant de s'assurer qu'aucune vente intermédiaire n'est effectuée au profit d'un revendeur ayant lui-même la qualité de tiers par rapport au réseau de distribution, le critère d'agrément retenu par le fabricant est de nature, en dépit de l'existence de la "clause CEE" qui vient d'être analysée, à affecter le commerce intracommunautaire. En effet, la stipulation relative à l'exigence de la qualité de pharmacien d'officine a pour objet et pour effet d'interdire à un pharmacien d'officine établi sur le territoire de l'un quelconque des États membres concernés de céder les produits contractuels à un revendeur autre qu'un pharmacien d'officine ou à un consommateur. [...]»
- ²⁴ Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988 dans les affaires jointes C-89/85 e.a., *Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:1988:447, points 13 et 14: «13. Il s'ensuit que, lorsque ces producteurs se concertent sur les prix qu'ils consentiront à leurs clients établis dans la Communauté et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, ils participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 du traité.»
- ²⁵ Arrêt de la Cour du 19 avril 1988 dans l'affaire C-27/87, *Erauw-Jacquery*, ECLI:EU:C:1988:183, points 14 et 15: «14. Il importe de relever que, aux termes de l'article 85 du traité, est incompatible avec le marché commun et interdit un accord qui est "susceptible d'affecter le commerce entre États membres" et qui a "pour objet et pour effet" de porter atteinte au "jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun". Ainsi que la Cour l'a relevé maintes fois (en dernier lieu, dans l'arrêt du 16 juin 1981, *Salonia*, 126/80, Rec. p. 1563), tel est le cas d'un accord qui permet d'envisager, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait, avec un degré de probabilité suffisant, qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États membres et qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. 15 Il y a lieu d'observer à cet égard que l'article 85, paragraphe 1, du traité désigne expressément comme incompatibles avec le marché commun les ententes qui consistent "à fixer de façon directe ou indirecte les prix ... de vente ou d'autres conditions de transaction". Selon l'ordonnance de renvoi, la demanderesse au principal a conclu avec d'autres négociants-préparateurs des conventions de teneur identique à celle de la convention attaquée, ce qui donne à ces conventions les mêmes effets qu'un régime de prix fixes par une entente

- C-311/85 *Vlaamse Reisbureaus*²⁶
- C-29/83 *Asturienne contre Commission*²⁷
- C-209/78 *van Landewyck contre Commission*²⁸
- C-28/77 *Tepea contre Commission*²⁹
- C-71/74 *Frubo contre Commission*³⁰

horizontale. Dans de telles circonstances, une clause de ce type a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.»

- ²⁶ Arrêt de la Cour du 1^{er} octobre 1987 dans l'affaire C-311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, ECLI:EU:C:1987:418, point 17: «17. Sur la base des éléments figurant au dossier de l'affaire, il faut donc conclure que, dans le domaine des activités des agents de voyages, il existe un réseau d'accords, tant entre les agents eux-mêmes qu'entre les agents et les tour-operators, dont l'objet ou l'effet est d'imposer aux agents le respect des prix de vente des voyages fixés par les tour-operators. Des accords de ce type ont pour objet et pour effet de restreindre la concurrence entre agents de voyages. En effet, ils empêchent les agents de voyages de se faire une concurrence de prix en décidant, de leur propre initiative, de renoncer en faveur de leurs clients à une partie plus ou moins importante de la commission qui leur revient.»
- ²⁷ Arrêt de la Cour du 28 mars 1984 dans l'affaire C-29/83 P, *Asturienne contre Commission*, ECLI:EU:C:1984:130, points 33 à 35: «33. Selon la décision attaquée, ce contrat constitue une restriction de concurrence tant par l'objet que par l'effet. Il priverait les parties de leur autonomie de comportement, de leur faculté de s'adapter individuellement aux circonstances et de la possibilité de tirer profit, par un surcroît de ventes directes à la clientèle, des arrêts ou réductions de production des autres entreprises. [...]. Il apparaît ainsi que les conditions d'application du contrat sont de nature large et vague au point de pouvoir servir à une restriction de la concurrence. À cette considération s'ajoutent la durée indéterminée du contrat et la circonstance que des quantités importantes de tonnes de lames sont en jeu, vu les chiffres non contestés dont la décision fait état.»
- ²⁸ Arrêt de la Cour du 29 octobre 1980 dans l'affaire C-209/78, *van Landewyck contre Commission*, ECLI:EU:C:1980:248, point 102. «102. Cette recommandation, qui a remplacé les mesures antérieures et qui a été notifiée par Fedetab à la Commission le 1^{er} décembre 1975, ne concerne que le sous-secteur des cigarettes. Il est constant que les autres requérantes ont informé la Commission qu'elles avaient l'intention de se conformer à la recommandation et qu'elles avaient fait leur notification. D'après la motivation de la décision de la Commission, les entreprises regroupées au sein de Fedetab exerceraient une grande influence sur les autres fabricants et importateurs ainsi que sur les grossistes et détaillants. La recommandation constituerait, dès lors, une réelle obligation pour toutes les entreprises du secteur. Elle constituerait une décision d'association d'entreprises et un accord entre celles-ci qui aurait pour objet et pour effet de restreindre de façon sensible le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun entre les fabricants et, subsidiairement, entre les grossistes. De plus, elle ne satisferait pas aux conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité, en ce qu'elle n'entraînerait pas d'améliorations de la distribution suffisantes pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence qu'elle provoquerait et qu'elle ne serait pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner.»
- ²⁹ Arrêt de la Cour du 20 juin 1978 dans l'affaire C-28/77, *Tepea contre Commission*, ECLI:EU:C:1978:133, points 52 à 55: «53 que les accords entre Theal et Watts avaient pour but et pour effet essentiels d'empêcher le jeu de la concurrence dans la zone protégée à l'intérieur du marché commun; 54 qu'il apparaît des pratiques des importateurs parallèles et des risques qu'ils encouraient en s'y livrant, qu'il y avait une demande spécifique de produits Watts aux Pays-Bas; 55 que le comportement de Theal montre que celui-ci redoutait la concurrence de commerçants s'approvisionnant en dehors de ses magasins alors que les produits Watts représentaient plus de 25 % de son chiffre d'affaires;»
- ³⁰ Arrêt de la Cour du 15 mai 1975 dans l'affaire C-71/74, *Frubo contre Commission*, ECLI:EU:C:1975:61, points 33 à 39: «33 Attendu que les requérantes reprochent à la décision attaquée d'affirmer que l'article 9 de l'accord a pour objet et pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun et d'affecter le commerce entre États membres; [...] 38 Que cette clause, en restreignant la liberté des adhérents d'importer directement dans les Pays-Bas, est susceptible de détourner les courants commerciaux

42. Dans la pratique de la Commission, on trouve aussi, mutatis mutandis, de nombreux exemples de constatation simultanée d'une restriction par objet et par effet³¹.
43. Par souci d'exhaustivité, la Commission souligne que la jurisprudence des juridictions de l'Union ne contient aucun élément indiquant qu'on ne saurait qualifier un même comportement d'infraction par objet et par effet. C'est pourquoi la juridiction statuant en deuxième instance, le Fővárosi Törvényszék, a fait erreur lorsqu'elle a estimé que l'on pouvait tirer de l'arrêt C-32/11, *Allianz Hungária*³² une conclusion différente³³. On ne saurait en aucun cas déduire de l'affirmation selon laquelle «certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence» qu'il serait incorrect ou contradictoire que l'autorité de la concurrence et la juridiction saisie constatent aussi lesdits effets.
44. L'ordonnance de renvoi soulève une question relative au terme «ou» figurant à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, à laquelle la jurisprudence apporte une réponse claire. Les juridictions de l'Union donnent les indications suivantes à ce sujet, dans leur jurisprudence constante, par exemple dans l'affaire C-373/14, *Toshiba*³⁴:

de leur orientation naturelle et d'affecter ainsi le commerce entre pays membres 39 Que, dès lors, tous les moyens de fond doivent être rejetés;»

³¹ Par exemple dans la décision de la Commission du 7 décembre 2005 dans l'affaire COMP/36623 SEP et autres / Automobiles Peugeot SA, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36623/36623_320_1.pdf Le Tribunal a confirmé la validité de cette décision dans son arrêt du 9 juillet 2009 dans l'affaire T-450/05, *Peugeot et Peugeot Nederland contre Commission*, ECLI:EU:T:2009:262. Voir les considérants 23 à 24 de la décision de la Commission du 26 février 2014 dans l'affaire COMP/39398 Visa MIF, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_9728_3.pdf), avec un résumé publié au JO C 147, 16.5.2014, p. 7. Voir aussi le considérant 21 de la décision de la Commission du 8 décembre 2010 dans l'affaire COMP/39398 Visa MIF, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_6930_6.pdf), avec un résumé publié au JO C 79, 12.3.2011, p. 8, la décision de la Commission du 9 juillet 2014 dans l'affaire COMP/39612 Perindopril (Servier), dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_12448_6.pdf), avec un résumé publié au JO C 147, du 16.5.2014, p. 7, et la décision de la Commission du 23 mai 2013 dans l'affaire COMP/39595 Continental/United/Lufthansa/Air Canada *Star Alliance*, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39595/39595_3012_4.pdf), avec un résumé publié au JO C 201, du 13.7.2013, p. 8.

³² Arrêt de la Cour du 14 mars 2013 dans l'affaire C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító et autres*, ECLI:EU:C:2013:160, point 35. «La distinction entre "infractions par objet" et "infractions par effet" tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (voir arrêts du 20 novembre 2008, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07, Rec. p. I-8637, point 17; *T-Mobile Netherlands e.a.*, précité, point 29, ainsi que du 13 décembre 2012, *Expedia*, C-226/11, point 36).»

³³ Arrêt n° 3.Kf.650.057/2016/18 du Fővárosi Törvényszék du 9 mars 2017, p.16: «L'affaire *Allianz* a déjà montré qu'on ne saurait conclure simultanément à une infraction par objet et à une infraction par effet, notamment parce que la différence entre les deux consiste dans le fait que certaines formes peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au jeu normal de la concurrence (point 35 de l'arrêt *Allianz*).» Une théorie similaire figure au point 26 de l'ordonnance de renvoi de la Kúria.

³⁴ Arrêt de la Cour du 20 janvier 2016 dans l'affaire C-373/14 P, *Toshiba contre Commission*, ECLI:EU:C:2016:26, points 24 à 25.

- «24 À cet égard, il convient de rappeler que, pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un accord doit avoir "pour objet ou pour effet" d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence dans le marché intérieur. Selon une jurisprudence constante de la Cour depuis l'arrêt 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 (arrêt ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, point 30).
- 25 Ainsi, lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence (voir, en ce sens, arrêts T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, points 28 et 30, et GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55).
- 26 En ce qui concerne la qualification d'une pratique comme restriction par objet, 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 qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (arrêt ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, point 31). 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 (arrêt CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 50).
- 27 La jurisprudence de la Cour est également fixée en ce sens qu'il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une "restriction de concurrence par objet", au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, 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 (arrêt ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, point 33).»
45. La Cour est parvenue à une conclusion similaire dans l'affaire C-32/11, *Allianz Hungária*³⁵:
- «34 Ainsi, lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence. Au cas, cependant, où l'analyse de la teneur de l'accord ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'en examiner les effets et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible [...]»
46. En d'autres termes, la présence du mot «ou» signifie seulement qu'il n'est pas nécessaire de constater la restriction de la concurrence par effet dès lors que la restriction par objet est établie. Elle n'empêche toutefois pas l'autorité de la concurrence d'aller plus loin et de rechercher aussi les effets, voire de s'en servir pour étayer aussi l'infraction. En réalité, on peut déduire de cette jurisprudence l'intention de soulager les autorités de la

³⁵ Arrêt de la Cour du 14 mars 2013 dans l'affaire C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító et autres*, ECLI:EU:C:2013:160, point 34.

concurrence face aux restrictions les plus graves et non de limiter leur marge de manœuvre.

47. Ceci étant posé, si une autorité de la concurrence trouve opportun d'établir les effets restrictifs du comportement examiné en plus ou à la place de son objet, rien ne s'y oppose. C'est une conclusion qui dérive aussi de la jurisprudence; prenons l'exemple d'un comportement initialement considéré comme une restriction par objet par la Commission mais jugé autrement par la Cour dans l'affaire portée devant elle³⁶. Ensuite, dans une autre affaire similaire, la Commission peut logiquement aussi décider de se borner à rechercher les effets. Il est également imaginable que la pratique de la Commission évolue dans une autre direction sous l'influence de la jurisprudence des juridictions de l'Union, par exemple qu'après avoir qualifié un comportement d'infraction uniquement par effet, la Commission constate ensuite, dans d'autres affaires similaires, une infraction par objet en même temps que par effet, se fondant pour ce faire sur des indications fournies dans la jurisprudence. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire MasterCard de 2007 et c'est la raison pour laquelle, dans les affaires Visa et MasterCard qui ont suivi, la Commission a logiquement considéré l'accord CMI comme une infraction par objet en même temps que par effet (points 56 et 59 des présentes observations).
48. La Commission trouve erronée la logique selon laquelle la constatation du double fondement (infraction par objet en même temps que par effet) serait limitée par les conditions d'exemption et les sanctions. L'ordonnance de renvoi se réfère d'ailleurs elle-même, au point 25, à la jurisprudence qui autorise l'exemption y compris en cas de restriction par objet³⁷. En réalité, c'est une question de preuves et le fait qu'il soit difficile, pour les infractions graves, de détecter des avantages pour les consommateurs n'a aucun lien logique avec la question de savoir s'il est possible de conclure simultanément à une infraction par objet et par effet. À l'inverse, si une autorité de la concurrence constate qu'une restriction de la concurrence par objet a aussi eu des effets réels, cela ne change rien à la gravité de la restriction et n'a pas d'incidence sur l'établissement des conditions d'exemption. Si, pour une raison quelconque, l'autorité ne concluait pas à une restriction par objet concernant cette infraction, mais uniquement à une restriction par effet, il serait tout aussi difficile (ou facile) d'établir les conditions d'exemption.
49. Pour ce qui est des sanctions possibles, ce n'est pas non plus le point déterminant pour la constatation de l'infraction en elle-même. C'est plutôt le contraire: il faut d'abord

³⁶ Arrêts dans l'affaire C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) contre Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, point 92, et dans l'affaire T-168/01 *GlaxoSmithKline Services contre Commission*, ECLI:EU:T:2006:265, points 147 à 195.

³⁷ Au point 25, l'ordonnance de renvoi de la Kúria se réfère à l'arrêt *Matra* (T-17/93, *Matra Hachette contre Commission*, ECLI:EU:T:1994:89, point 85 «[...] Au contraire, le Tribunal estime qu'il ne saurait, en principe, exister de pratique anticoncurrentielle qui, quelle que soit l'intensité de ses effets sur un marché déterminé, ne puisse être exemptée, dès lors que les conditions prévues par le paragraphe 3 de l'article 85 du traité sont cumulativement satisfaites, et sous réserve que la pratique en cause ait été régulièrement notifiée à la Commission»), mais y oppose le point 21 de l'arrêt dans l'affaire C-209/07, *Beef Industry Development et Barry Brothers (BIDS)*, ECLI:EU:C:2008:643, en déclarant qu'il en résulte qu'en cas de restriction par objet, l'exemption n'est qu'une possibilité théorique. La Commission tient à préciser à cet égard que l'arrêt BIDS portait sur la constatation d'une restriction de la concurrence par objet (sur la base de l'article 101, paragraphe 1, TFUE), ce qui n'excluait pas que l'accord ait également eu d'autres objectifs légitimes. La possibilité d'une exemption en vertu de l'article 101, paragraphe 3, TFUE n'est donc pas exclue en soi si les entreprises parviennent à prouver l'existence d'avantages pour les consommateurs, comme le relève le point 21 de l'arrêt BIDS.

constater l'infraction avant de pouvoir en déduire le niveau des sanctions. Dès lors qu'une autorité de la concurrence constate une restriction de la concurrence par objet, cela implique généralement un niveau de sanctions plus élevé (mais pas toujours). Ces sanctions ne vont pas fondamentalement changer si l'autorité de la concurrence établit également l'existence d'effets. Il n'est pas non plus exclu que la procédure juridictionnelle conclue seulement à une restriction de la concurrence par effet (par exemple parce que son objet anticoncurrentiel a été annulé en raison d'un vice de procédure), mais le niveau des sanctions n'en sera pas nécessairement modifié. Le fait que le niveau des sanctions puisse être influencé par l'un ou l'autre des fondements juridiques, voire par le double fondement, n'est pas une raison suffisante pour que la Cour limite la possibilité de recourir au double fondement.

50. Le dernier argument de la Kúria, au point 27 de son ordonnance, était qu'une autorité de la concurrence peut aussi analyser les effets d'une restriction par objet, sans que cela ne justifie, à son avis, un double fondement juridique. Une fois de plus, la Commission ne voit pas comment limiter, sur la base de cet argument, la possibilité dont jouit l'autorité de la concurrence en vertu de l'article 101 TFUE d'établir l'infraction en se fondant sur son objet ou sur son effet, voire sur les deux. Il ne faut pas confondre dans ce contexte la constatation de la restriction par effet avec l'analyse similaire, mais menée dans un but différent, qui porte sur la manière dont l'accord s'insère dans son contexte juridique et économique ou sur la circonstance aggravante du point de vue des sanctions applicables selon laquelle l'accord a fait l'objet d'une mise en œuvre systématique. Les deux types d'analyses ne s'excluent pas l'une l'autre et, en présence d'une restriction par effet, il faut également examiner l'applicabilité de l'article 101, paragraphe 1, ainsi que les circonstances atténuantes et aggravantes en vue de sanctions.

3.4. La deuxième question

3.4.1. La motivation de la Kúria

51. Par sa deuxième question, la Kúria cherche à savoir si l'accord CMI en cause au principal peut être considéré comme restrictif par son objet et elle juge cette question fondamentale pour l'affaire. L'ordonnance de renvoi énumère d'abord les arguments qui s'opposent à une restriction de la concurrence par objet puis ceux qui plaident en sa faveur. Les arguments que la Kúria considère comme réfutant cette hypothèse sont les suivants: la pratique juridique européenne en la matière est incertaine (point 28 de l'ordonnance); l'affaire décrite dans la décision de la GVH diffère des autres affaires d'accords CMI traitées au niveau européen car il n'avait pas été vérifié dans ces dernières si les commissions des deux entreprises de cartes de crédit avaient été fixées à un même niveau (point 29); l'accord CMI en cause n'est pas une entente de fixation de prix purement horizontale mais comporte aussi des éléments verticaux puisque des banques aussi bien émettrices qu'acquéreuses y participaient, qualités qui coïncidaient d'ailleurs souvent (point 30); sur le plan de la concurrence entre les entreprises de cartes de crédit, l'accord CMI ne fixait pas des prix de vente et d'achat mais les conditions de transaction relatives à leurs services respectifs, ce qui peut être compris comme l'uniformisation (la normalisation) d'une caractéristique (un critère de qualité) du produit (point 31); l'accord CMI n'affecte pas un marché typique mais un système bilatéral, où la concurrence entre les systèmes joue également un rôle et la nocivité de l'accord ne peut pas être clairement présumée sans un examen des effets (point 32); le marché se caractérisait déjà en grande partie antérieurement par des prix uniformes (point 33) et enfin, l'examen du contexte juridique et économique est compliqué dans un tel système bilatéral alors qu'une

restriction de la concurrence par objet devrait être clairement identifiable (points 37 à 40). Les arguments plaidant en faveur d'une restriction par objet sont les suivants: l'objectif anticoncurrentiel de l'accord MSC antérieur a joué un rôle dans la rédaction de l'accord CMI et cela était conforme à l'intention des parties (points 34 à 35), les entreprises de cartes de crédit ont accepté l'uniformisation de la CMI en sachant que cela excluait la concurrence entre elles sur l'un des facteurs de celle-ci et, de leur point de vue, c'est donc aussi dans une optique de restriction de la concurrence qu'elles se sont concertées (points 35 à 36), et, pour finir, la décision de la GVH a considéré l'accord CMI comme impliquant une fixation directe des MSC (point 41).

3.4.2. *La position de la Commission*

3.4.2.1. Introduction

52. La Commission commence par inviter la Cour à se reporter à ses considérations précédentes, relatives à l'appréciation de l'accord CMI en droit de la concurrence (points 22 à 38 des présentes observations), où elle a déjà partiellement répondu à la question de la Kúria.
53. Les arguments avancés dans l'ordonnance de renvoi montrent que la nature bilatérale des systèmes de paiement par carte et l'interaction entre les différents marchés ont fortement influencé les réflexions de la Kúria. Les arrêts *MasterCard* des juridictions de l'Union ont pourtant démontré que la complexité des effets inhérents aux systèmes bilatéraux de ce type ne fait pas obstacle à la définition du marché et à la constatation d'une restriction de la concurrence sur le marché de l'acquisition. Vu qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre la CMI nationale et celle relative aux opérations transfrontières examinée dans la décision *MasterCard* de la Commission, l'arrêt de la Cour dans l'affaire *MasterCard* au sujet de l'existence d'une restriction de concurrence lie les juridictions hongroises aussi.
54. Plusieurs des arguments avancés dans l'ordonnance de renvoi ne remettent pas vraiment en cause l'objet anticoncurrentiel, mais plutôt la réalité de la restriction de la concurrence elle-même (voir par exemple le point 64 des présentes observations). Or c'est un débat qui a déjà été clôturé par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *MasterCard* (points 25, 28 et 32 des présentes observations). Par conséquent, la véritable question est celle de savoir si la restriction de la concurrence engendrée par l'accord CMI, qui a déjà été constatée par la Cour dans l'affaire *MasterCard* et qui s'est produite sous une forme fondamentalement similaire dans le contexte national d'après la décision de la GVH, peut être qualifiée de restrictive par son objet.
55. La Commission est fermement convaincue que la réponse à cette question est oui, l'accord CMI est une restriction de la concurrence par son objet et par son effet. L'objet anticoncurrentiel résulte principalement du fait que l'accord CMI impliquait une détermination indirecte des MSC, qui faisaient office de prix sur le marché de l'acquisition, et qu'il constituait donc, à cet égard, un accord consistant à fixer des prix, plus précisément un prix minimal recommandé (recommended minimum price). Selon la jurisprudence constante de la Cour (points 57 à 58 des présentes observations), tout accord de ce type est un accord ayant pour objet de restreindre la concurrence. L'effet anticoncurrentiel consiste, pour sa part, dans la mise en œuvre de ce prix minimal recommandé dans la pratique, autrement dit dans le fait que les banques ont effectivement appliqué la CMI comme un prix minimal, que celle-ci a donc fonctionné de fait comme une valeur seuil et que les banques ont appliqué une MSC généralement supérieure à la CMI à tous les types de commerçants (floor effect) (point 25 des présentes

observations). Il n'est pas du tout surprenant que la détermination indirecte des MSC soit mentionnée dans la décision de la GVH aussi bien comme une finalité que comme un effet (point 41 de l'ordonnance de renvoi) puisqu'elle constituait une finalité en tant que fixation des prix typique, mais que c'était l'application concrète de l'effet de seuil qui était déterminante du point de vue de l'effet.

3.4.2.2. La pratique juridique européenne n'est pas incertaine

56. Le fait que la décision MasterCard de la Commission n'ait pas clairement établi que l'accord CMI avait pour objet de restreindre la concurrence et que la Cour n'ait donc pas pu le confirmer dans cette affaire n'invalide nullement la conclusion univoque qui résulte de la jurisprudence plus large de la Cour à ce sujet, quant à l'existence d'un tel objet. Dans ses décisions et procédures ultérieures, la Commission a pris clairement position à ce sujet et elle a considéré l'accord CMI comme une restriction de la concurrence par objet et par effet dans toutes les communications des griefs et décisions suivantes³⁸. En outre, plusieurs autorités de la concurrence nationales ont aussi adopté des décisions constatant que les accords CMI conclus par des banques membres similaires ou par les systèmes de cartes avaient un objet anticoncurrentiel et cette appréciation a été corroborée par les juridictions nationales³⁹.
57. La Commission souhaite souligner pour commencer la jurisprudence relative à la finalité anticoncurrentielle des fixations de prix, par exemple l'arrêt dans l'affaire C-286/13 P, *Dole*⁴⁰:

115 Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché. En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs (arrêt CB/Commission, EU:C:2014:2204, point 51 et jurisprudence citée).

³⁸ Voir p.ex. les considérants 23 à 24 de la décision de la Commission du 26 février 2010 dans l'affaire COMP/39398 Visa MIF, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_9728_3.pdf), avec un résumé publié au JO C 147, 16.5.2010, p. 7. Voir aussi le considérant 21 de la décision de la Commission du 8 décembre 2010 dans l'affaire COMP/39398 Visa MIF, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_6930_6.pdf), avec un résumé publié au JO C 79, 12.3.2011, p. 8.

³⁹ Voir p.ex. le considérant 305 de la décision de la Commission du 19 décembre 2007 dans l'affaire COMP/34579 MasterCard I, dont la version publique se trouve à l'adresse suivante, en anglais (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_6930_6.pdf), avec un résumé publié au JO C 264, 6.11.2009, p. 8, qui renvoie à une décision de l'autorité de la concurrence polonaise du 29 décembre 2006, DDF3-580/1/01/DL/EK «Une décision plus récente de l'autorité de concurrence polonaise interdisant les commissions d'interchange nationales de MasterCard et de Visa en Pologne en application de l'article 81 du traité utilise exactement la même définition du marché que celle appliquée par la Commission en l'espèce».

⁴⁰ Arrêt de la Cour du 19 mars 2015 dans l'affaire C-286/13 P, *Dole contre Commission*, ECLI:EU:C:2015:184, point 115.

58. Parmi cette jurisprudence, c'est celle relative aux prix minimaux recommandés ou aux prix de revente imposés (resale price maintenance - RPM) qui correspond le mieux aux accords CMI, et elle a généralement conclu à l'existence d'ententes ciblées et caractérisées (hardcore cartel) en pareil cas. Les arrêts suivants peuvent être invoqués à titre d'exemple:
- C-279/06, *CEPSA*⁴¹: clause relative à la fixation du prix de vente au public dans des accords conclus avec les exploitants de stations-service,
 - C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*⁴²: clause relative à la fixation du prix de vente au public dans des accords conclus avec les exploitants de stations-service,
 - C-311/85, *Vlaamse Reisbureaus*⁴³: réseau d'accords entre d'une part des agences de voyage et d'autre parts des tour-operators et des agences de voyage, obligeant les agents à appliquer les prix fixés par les tour-operators,
 - C-45/85, *Verband der Sachversicherer*⁴⁴: recommandation d'une association d'assureurs à ses membres, prescrivant une augmentation forfaitaire des primes,
 - C-243/83, *Binon*⁴⁵: application de prix de revente fixes dans un réseau de distribution sélective de la presse écrite.

⁴¹ Arrêt de la Cour du 11 septembre 2008 dans l'affaire C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, point 64: «64 Il y a lieu de rappeler d'emblée, ainsi qu'il a été dit au point 42 du présent arrêt, que, dans l'hypothèse d'une relation contractuelle entre deux entreprises, l'application de l'exemption par catégorie est exclue si, outre une clause d'exclusivité d'approvisionnement, le contrat conclu entre celles-ci contient une clause prévoyant la fixation du prix de vente au public par le fournisseur.»

⁴² Arrêt de la Cour du 14 décembre 2006 dans l'affaire C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2006:784, points 64 à 66: «64 À cet égard, il convient de constater que l'article 11 du règlement n° 1984/83 énumère les obligations qui, outre la clause d'exclusivité, peuvent être imposées au revendeur, parmi lesquelles ne figure pas l'imposition du prix de vente au public. Par conséquent, la fixation par CEPSA dudit prix constituerait une restriction de concurrence qui ne serait pas couverte par l'exemption de l'article 10 dudit règlement. [...] Les articles 10 à 13 du règlement n° 1984/83 doivent être interprétés en ce sens qu'une telle convention n'est pas couverte par ledit règlement dans la mesure où elle prévoit l'obligation, pour ledit exploitant, de respecter le prix de vente final au public fixé par le fournisseur.

⁴³ Arrêt de la Cour du 1^{er} octobre 1987 dans l'affaire C-311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, ECLI:EU:C:1987:418, point 17: «17. Sur la base des éléments figurant au dossier de l'affaire, il faut donc conclure que, dans le domaine des activités des agents de voyages, il existe un réseau d'accords, tant entre les agents eux-mêmes qu'entre les agents et les tour-operators, dont l'objet ou l'effet est d'imposer aux agents le respect des prix de vente des voyages fixés par les tour-operators. Des accords de ce type ont pour objet et pour effet de restreindre la concurrence entre agents de voyages. En effet, ils empêchent les agents de voyages de se faire une concurrence de prix en décidant, de leur propre initiative, de renoncer en faveur de leurs clients à une partie plus ou moins importante de la commission qui leur revient.»

⁴⁴ Arrêt de la Cour du 27 janvier 1987 dans l'affaire C-45/85, *Verband der Sachversicherer*, ECLI:EU:C:1987:34, points 40 à 43: «41 En agissant ainsi par la voie de la recommandation, l'association a cherché à atteindre un relèvement collectif, à taux fixe, du prix des prestations offertes par ses membres. Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que le premier exemple donné par l'article 85, paragraphe 1, sous a), d'un comportement anti-concurrentiel concerne précisément l'accord, décision ou pratique concertée qui a pour objet "de fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions".

42. Sans qu'il soit, par conséquent, nécessaire d'examiner si les analyses statistiques nécessaires au calcul des primes présupposent la collaboration de tous les assureurs sur un certain marché d'assurances, comme le Gesamtverband l'a soutenu, il suffit de constater que l'article 85, paragraphe 1, ne permet pas à ces assureurs d'étendre leur concertation au prix de la prestation qu'ils pratiquent sur le marché.»

59. Dans son arrêt dans l'affaire T-111/08, *MasterCard*, le Tribunal s'est également référé à cette jurisprudence, lorsqu'il a décrit la nature de l'accord CMI⁴⁶.
60. Bien que les rapports classiques qui caractérisent le secteur des transports ou la relation grossiste-détaillant n'existent pas dans un système de cartes, les banques n'en ont pas moins convenu, via l'accord CMI, dans leurs relations mutuelles d'émetteur/acquéreur, aussi bien au sein de leur association (l'entreprise de carte de crédit) qu'entre les entreprises de cartes de crédit, qu'elles appliqueraient aux commerçants, les parties tierces, le prix minimal le plus faible possible, recommandé pour le marché des acquéreurs. Bien que les banques acquéreuses n'aient pas été obligées de répercuter la CMI sous la forme d'une MSC (c'est pourquoi on peut parler de prix minimal recommandé), c'est néanmoins ce qui s'est produit le plus souvent dans la pratique vu qu'il s'agissait d'un coût connu, commun à toutes les banques acquéreuses. Les entreprises de cartes de crédit n'ont d'ailleurs pas remis en question cet effet de seuil et c'est désormais un fait acquis (point 25 des présentes observations). Les parties ont adopté l'accord CMI en ayant conscience qu'il déterminait un prix minimal à l'égard des commerçants pour l'acceptation des cartes bancaires.
61. La Kúria note un parallélisme entre l'arrêt C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB)* et la présente affaire (point 28 de l'ordonnance), mais, contrairement à elle, la Commission ne pense pas que cet arrêt autorise à douter du caractère restrictif «par objet» de l'accord CMI. Il est vrai que les deux infractions ont eu lieu dans le cadre d'un système de paiement quadripartite et qu'elles visaient toutes deux l'activité d'émission et celle d'acquisition, mais là s'arrêtent les parallèles. Concernant le MERFA, la Cour a conclu, dans l'affaire *CB*, que la lutte contre le parasitisme du système constituait un objectif légitime et qu'on ne pouvait déduire des formules retenues par les mesures en cause qu'elles avaient un objet supplémentaire, restrictif de concurrence (point 75 de l'arrêt). La CMI en revanche, du fait de sa nature et de son caractère de coût d'acquisition commun, a exercé un effet de seuil sur le marché de l'acquisition, comme l'a constaté la Cour dans son arrêt *MasterCard* (point 25 des présentes observations), et a influencé le niveau des MSC. C'est un objet manifestement restrictif de concurrence, qui influence objectivement les prix, indépendamment de l'intention de parties. L'éventuel objectif légitime de l'accord CMI, par exemple l'optimisation du régime bilatéral, ne peut remettre en question l'objet anticoncurrentiel déjà constaté et ne peut être examiné que dans le contexte des conditions d'exemption⁴⁷.

⁴⁵ Arrêt de la Cour du 3 juillet 1985 dans l'affaire C-243/83, *Binon*, ECLI:EU:C:1985:284, points 43 à 47: «44 Il y a lieu d'observer d'abord que les clauses qui fixent les prix à observer dans des contrats avec des tiers sont en elles-mêmes restrictives de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1. Cette disposition cite des accords consistant à fixer les prix de vente comme un exemple d'une entente défendue par le traité.»

⁴⁶ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, point 140. «140 À cet égard, il n'est pas inutile de souligner que l'article 81, paragraphe 1, sous a), CE prévoit expressément que constituent des restrictions de concurrence les mesures qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente et que, selon la jurisprudence, l'objet de l'article 81, paragraphe 1, sous a), CE est d'interdire aux entreprises de fausser l'évolution normale des prix sur le marché (arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, *ICI/Commission*, T-13/89, Rec. p. II-1021, point 311).»

⁴⁷ Arrêt du Tribunal dans l'affaire C-209/07, *Beef Industry Development et Barry Brothers*, ECLI:EU:C:2008:643, point 21, et arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/12 P, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, points 180 à 181.

3.4.2.3. Le niveau de CMI commun aux deux entreprises de cartes de crédit

62. Aux points 29 à 35 des présentes observations, la Commission a déjà expliqué pourquoi il est indifférent que les juges européens ne se soient pas encore penchés sur la fixation, à un même niveau, des commissions des deux entreprises de cartes de crédit (point 29 de l'ordonnance). L'accord CMI est restrictif par objet même au sein d'un seul système de carte et la CMI fonctionne comme un prix minimal recommandé sur le marché de l'acquisition. L'application de cette même CMI aux deux entreprises à la fois perpétue et intensifie même cette restriction de concurrence puisqu'elle limite aussi la concurrence entre les systèmes de cartes et empêche une éventuelle réduction de la CMI.

3.4.2.4. L'existence de relations verticales n'exclut pas une restriction «par objet»

63. Le fait que différents types d'opérateurs (banques émettrices, banques acquéreuses et entreprises de cartes de crédit) aient participé à l'accord CMI ne remet pas en cause sa finalité anticoncurrentielle (point 30 de l'ordonnance). Premièrement, comme cela a déjà été constaté dans la décision et les arrêts MasterCard, ces trois catégories d'opérateurs avaient un objectif commun: relever le niveau de la CMI et augmenter en conséquence les recettes correspondantes, dont ils répercutaient entièrement les coûts sur les commerçants. Deuxièmement, un accord peut inclure des parties ayant aussi des relations verticales et cela peut même, le cas échéant, accentuer le caractère anticoncurrentiel de l'accord puisque l'entente affecte alors davantage de marchés connexes⁴⁸.

3.4.2.5. L'accord CMI influence les prix sur le marché de l'acquisition et la structure bilatérale du système n'exclut pas l'objectif anticoncurrentiel

64. La Kúria réitère l'argument souvent avancé par les banques selon lequel l'accord CMI ne fixe pas des prix d'achat et de vente dans le jeu de la concurrence entre les entreprises de cartes de crédit, mais les conditions de transaction relatives à leurs services, ce qui peut être compris comme l'uniformisation (normalisation) d'une caractéristique (un critère de qualité) du produit (point 31 de l'ordonnance). Il s'agit là d'un argument typique, destiné à jeter le doute non seulement sur la finalité anticoncurrentielle, mais sur la restriction elle-même, et qui a déjà été récusé par les juridictions de l'Union dans l'affaire *MasterCard*. Indépendamment de son rôle et de sa fonction dans l'amélioration de l'efficacité du système, la CMI n'en fonctionne pas moins aussi comme un élément de coût commun aux banques acquéreuses, qui peuvent la répercuter telle quelle sur les commerçants, de sorte que la CMI représente un prix minimal et donc un seuil sur le marché de l'acquisition. Pour conclure à une restriction de la concurrence, il suffit que les prix soient fixés sur l'un des marchés, mais dans cette affaire hongroise, c'est aussi la concurrence entre les systèmes qui a été enfreinte. Le fait que la CMI constitue également un prix dans les relations interbancaires, ou un instrument de régulation et d'équilibre du

⁴⁸ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-111/08, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:T:2012:260, points 250 à 258, arrêt de la Cour dans l'affaire C-382/12 P, *MasterCard et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, points 68 à 72, arrêt de la Cour du 14 mars 2013 dans l'affaire C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító et autres*, ECLI:EU:C:2013:160, points 41 à 44: «43. À cet égard, il y a lieu, d'abord, de souligner que, contrairement à ce que semblent estimer Allianz et Generali, la circonstance qu'il s'agit dans les deux cas de relations verticales n'exclut nullement la possibilité que l'accord en cause dans l'affaire au principal constitue une restriction de la concurrence "par objet". [...]»

système (balancing fee), ou encore une norme, est un facteur secondaire car, à côté de ses caractéristiques légitimes, la CMI implique aussi, de par sa nature et de manière objective, une fixation indirecte des prix sur le marché de l'acquisition. Plusieurs justifications sont possibles à cet égard, mais elles ne peuvent être prises en considération qu'en tant que conditions pour bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

65. Pour la constatation de l'objet et de l'effet restrictifs de la concurrence de l'accord CMI, il est également indifférent que l'accord concerne non pas un marché typique mais un système bilatéral (point 32 de l'ordonnance de renvoi). C'est un point dont les autorités de la concurrence et les juridictions tiennent compte lorsqu'elles examinent le contexte économique et juridique dans lequel s'insère l'accord, mais comme l'accord CMI n'est pas indispensable à la perpétuation du système (point 33 des présentes observations), rien ne s'oppose à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.
66. En réponse à l'argument de la Kúria, qui estime qu'une restriction de la concurrence par objet devrait être clairement identifiable (points 37 à 40 de l'ordonnance), la Commission fait remarquer que les comportements ayant pour objet de restreindre la concurrence peuvent se produire sur n'importe quel marché et prendre n'importe quelle forme nouvelle et complexe⁴⁹. Selon la jurisprudence, l'élément crucial est la nature préjudiciable du comportement, son degré suffisant de nocivité. En l'espèce, la mise en œuvre au sein d'un système bilatéral ne change rien à la nature préjudiciable de la fixation de prix, que l'on peut qualifier de classique, réalisée à travers l'accord CMI. L'effet globalement rehausseur de la CMI qui aurait résulté de la concurrence entre les systèmes de cartes de crédit en l'absence de l'accord hongrois sur la CMI n'atténue pas l'effet anticoncurrentiel de l'accord (points 31 à 32 des présentes observations). La Commission n'exclut pas non plus qu'une CMI de faible niveau puisse bénéficier d'une exemption, s'il est dûment prouvé que les commerçants affectés par la restriction de concurrence en retirent un avantage suffisant (point 35 des observations).
67. Le fait qu'auparavant déjà, le marché se soit caractérisé par des prix (des CMI) largement uniformes (points 7 et 33 de l'ordonnance de renvoi) n'est absolument pas une circonstance atténuante face à l'uniformisation supplémentaire de la CMI fixatrice de prix et son établissement simultané pour les deux systèmes de cartes. En réalité, avant l'accord CMI, le niveau de la CMI était déjà fixé directement⁵⁰ au sein de chaque système de carte, soit par les banques membres, soit par les entreprises de cartes de crédit et chacune des entreprises de cartes de crédit ajustait régulièrement le niveau de sa CMI à celui de l'autre entreprise. Ces CMI positives existant autrefois avaient aussi un objectif anticoncurrentiel, même si elles n'ont pas été examinées par la GVH. Il n'aurait été légitime de fixer la CMI des deux systèmes de cartes au même niveau que si cela était effectivement dicté par des considérations d'efficacité et de bien-être du consommateur: il se serait certes aussi agi d'une restriction de la concurrence, mais elle aurait pu bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 101, paragraphe 3, TFUE (point 35 des observations écrites).

⁴⁹ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-472/13, *Lundbeck contre Commission*, ECLI:EU:T:2016:449, points 438 et 774.

⁵⁰ Si la CMI n'avaient pas déterminée par les banques membres, ce sont les commissions par défaut les plus basses de Visa ou de MasterCard qui auraient été déterminantes en Hongrie aussi (considérant 174 de la décision de la GVH).

3.4.2.6. Les arguments plaçant en faveur d'une restriction par objet selon la Kúria

68. À titre d'argument plaçant en faveur d'une restriction par objet, la Kúria se réfère surtout au comportement conscient et délibéré des banques membres et des entreprises de cartes de crédit, qui connaissaient le fonctionnement de la CMI et savaient qu'elle contribuait à la formation d'un prix minimal sur le marché de l'acquisition. À cela s'ajoute l'accord MSC qu'elles avaient conclu précédemment, non mis en œuvre mais tout aussi ouvertement restrictif de concurrence et le fait que les systèmes de carte ne s'étaient pas distanciés de la diminution de la concurrence engendrée par la CMI uniforme. En outre, la décision de la GVH décrit elle aussi ce comportement, consistant à déterminer indirectement les MSC à travers la CMI, aussi bien comme l'objet de l'accord que comme l'effet atteint après sa mise en œuvre (points 34 à 36 et 41 de l'ordonnance de renvoi).
69. Selon la Commission, tous ces points contribuent à la conclusion relative à l'existence d'une restriction par objet. Pour commencer, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un type de coordination entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte⁵¹. En l'espèce, la concordance de volontés relative à l'accord MSC est née entre les mêmes parties mais la décision de la GVH n'a pas constaté d'infraction à cet égard parce qu'elle ne s'est pas poursuivie dans sa forme originale. En revanche, l'intention des parties était clairement la même, à savoir exercer une influence sur les MSC, lorsqu'elles ont adopté l'accord CMI et ce dernier, elles l'ont mis en œuvre.
70. Plus important encore est le lien objectivement constatable, le fait que l'accord CMI impliquait une détermination indirecte des MSC, ce qui correspond à une fixation classique d'un prix minimal. Sur ce point, il y a bel et bien eu mise en œuvre, avec pour effet l'instauration d'un prix seuil (points 25, 58 à 60 des présentes observations). C'est là l'argument le plus important pour conclure à l'existence d'un objet restrictif de la concurrence.

3.5. La troisième question

3.5.1. *La motivation de la Kúria*

71. La Kúria explique sa question relative à l'implication des entreprises de cartes de crédit en déclarant que des orientations précises et utiles concernant le droit de l'Union applicable seront indispensables en cas de nouvelle procédure. Elle se demande si les conditions de l'affaire *AC Treuhand* sont réunies en l'espèce puis énumère les arguments pour et contre l'implication des entreprises de cartes de crédit. Ensuite elle envisage l'idée que les entreprises de cartes de crédit n'aient pas participé à un accord comme les banques, mais seulement à une pratique concertée. Puis, elle analyse le niveau de responsabilité lié à une telle pratique (points 42 à 49 de l'ordonnance de renvoi).

⁵¹ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du 19 mars 2015 dans l'affaire C-286/13 P, *Dole contre Commission*, ECLI:EU:C:2015:184, point 118, avec la jurisprudence citée.

3.5.2. *La position de la Commission*

3.5.2.1. Les différentes formes de restrictions collectives de la concurrence

72. Il y a plusieurs aspects à examiner dans le cadre de ce thème, le premier étant les formes de participation possibles, dans la mesure où les parties sont actives sur des marchés différents. Deux possibilités principales se dégagent de la jurisprudence de la Cour à cet égard.
73. L'une des situations typiques est celle où les participants à la pratique restrictive de la concurrence exercent majoritairement leurs activités sur les mêmes marchés et où la restriction de concurrence affecte aussi ces marchés tandis que l'autre groupe de participants est actif non pas sur ces marchés, mais sur d'autres, et se contente d'offrir ses services aux autres participants, contribuant ainsi consciemment à la poursuite de l'objet anticoncurrentiel. L'arrêt de la Cour dans l'affaire C-194/14 P, *AC Treuhand*⁵², porte sur une situation de ce type, dans laquelle on peut parler de participation en tant que facilitateur, à laquelle s'applique aussi l'article 101, paragraphe 1, TFUE, mais avec des conditions différentes (point 78 des présentes observations).
74. L'autre situation courante est celle où une restriction de la concurrence (entente) couvre plusieurs marchés (ou l'ensemble d'une filière), ce qui fait qu'une partie des participants se livre mutuellement une concurrence horizontale tout en entretenant des relations de prestation de services avec l'autre partie (voir la jurisprudence citée au point 63 des présentes observations). En pareil cas, il ne serait pas justifié de conclure à une participation en tant que facilitateur ni pour l'une ni pour l'autre partie, mais on peut parler d'entente à plusieurs niveaux où chaque participant contribue à l'objectif commun en fonction de ses capacités propres.
75. Il existe une variante de cette dernière situation lorsqu'une association d'entreprises définit le cadre d'un accord entre ses membres; l'association porte alors aussi une part de responsabilité dans la mesure où son rôle diffère de celui des membres (voir les arrêts 89/85 e.a. *Ahlström* et C-246/86 *Belasco*, cités aux points 36 à 37 des présentes observations). Dans de telles situations, la responsabilité d'une décision peut être imputée à l'association d'entreprises (éventuellement conjointement à ses membres) si les membres lui ont délégué un droit de décision dans un domaine pertinent pour l'accord (et que l'association n'a pas retransféré ce droit aux membres)⁵³. En revanche il est plus logique d'imputer simplement à l'association une responsabilité de participant à l'accord identique à celle des membres si elle a contribué à l'accord entre les membres et joue un rôle propre distinct dans sa mise en œuvre. Il n'est pas exclu, en pareil cas, d'imputer à l'association d'entreprises une responsabilité de facilitateur, mais il est un élément qui ne correspond pas tout à fait, c'est que le facilitateur existe généralement indépendamment de l'entente/des membres et peut même être un tiers proposant des services à d'autres parties. Or le lien entre une association d'entreprises et ses membres est beaucoup plus étroit, le premier objectif d'une association étant la coordination de l'activité de ses membres, de sorte qu'elle participe plutôt à de tels accords à égalité avec les autres participants. La jurisprudence a déjà porté sur des cas où une association d'entreprise

⁵² Arrêt de la Cour du 9 juillet 2015 dans l'affaire C-194/14 P, *AC Treuhand*, ECLI:EU:C:2015:717, point 34.

⁵³ C'était le cas dans l'affaire *MasterCard* examinée par les juridictions de l'Union, où seule l'association d'entreprises, c'est-à-dire l'entreprise de cartes de crédit, a été jugée responsable, les membres n'ayant pas conclu d'accord distinct au sujet de ce type de CMI.

- était partie prenante à un accord, aucun obstacle formel ne s'y oppose (point 37 des présentes observations).
76. De fait, pour l'effet utile des règles du droit de la concurrence, l'essentiel est que les différentes formes de restrictions de la concurrence collectives relèvent au moins de l'une des catégories mentionnées ci-dessus (voir les présentes observations, avec la jurisprudence citée à la note en bas de page n° 15) et il n'est généralement pas problématique que les parties se voient éventuellement imputer une responsabilité à plusieurs égards. En revanche, si une autorité de la concurrence choisit un type de responsabilité correspondant le mieux au comportement en cause, elle devra veiller au respect des exigences définies par la jurisprudence au sujet de cette forme de responsabilité. Dans les affaires *MasterCard* par exemple, la Commission a dû prouver devant les juridictions de l'Union que les conditions relatives à la décision d'une association d'entreprises étaient réunies. En l'espèce, on est en présence d'un accord et/ou d'une pratique concertée.
77. Eu égard aux considérations qui précèdent, rien ne s'oppose donc, en principe, à ce que les entreprises de cartes de crédit (associations d'entreprises) aient participé, avec les banques, à un accord et/ou une pratique concertée. Par souci d'exhaustivité, la Commission ajoute qu'étant donné que, durant la période en cause, ce sont les banques membres qui avaient le droit de fixer la CMI nationale, en application des règles des entreprises de cartes de crédit, la situation telle qu'elle est décrite dans la décision de la GVH ne réunit pas les conditions constitutives d'une décision d'association d'entreprises (point 36 des présentes observations).
78. La Commission ne pense pas qu'il soit obligatoire d'appliquer la jurisprudence *AC Treuhand* de l'affaire C-194/14 P aux entreprises de cartes de crédit (point 75 des présentes observations), mais pour le cas où la Cour serait d'un autre avis, elle fait remarquer que, d'après l'exposé figurant dans la décision de la GVH, les conditions développées dans la jurisprudence au sujet de la responsabilité en tant que facilitateur sont réunies. L'arrêt rendu dans l'affaire T-99/04, *AC Treuhand I*, définit deux conditions à ce propos: une condition objective, à savoir que cette entreprise facilitatrice ait contribué, même de façon subordonnée, à la restriction de concurrence en cause et une condition subjective tenant au caractère délibéré de cette contribution. Une autre condition résulte du point 39 de l'arrêt dans l'affaire C-194/14 P, *AC Treuhand*: le facilitateur ne peut pas être un prestataire de simples services périphériques, sans relation avec les obligations contractées par les producteurs et les restrictions de concurrence en découlant (par exemple un chauffeur de taxi emmenant les participants au lieu de l'entente et ne sachant pas qu'il contribue ainsi involontairement à l'entente).
79. Les entreprises de cartes de crédit ont délibérément et consciemment contribué à la mise en œuvre de l'accord CMI de la manière décrite dans la décision de la GVH (considérant 173), ont appliqué les CMI convenus dans leurs systèmes durant plusieurs années et ont autorisé les banques à fixer elles-mêmes, à travers leurs règlements internes, les commissions d'interchange. Elles l'ont fait de manière délibérée et consciente puisque, alors qu'elles étaient directement informées de l'accord CMI par leurs banques de contact, elles ne s'y sont jamais ouvertement opposées et ne s'en sont pas distancées, conformément aux critères de la jurisprudence en la matière⁵⁴. Au contraire, les entreprises de cartes de crédit ont concrètement aidé à mettre en place le forum et, d'après

⁵⁴ Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004 dans les affaires jointes C-204/00 P *Aalborg Portland et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2004:6, points 82 à 84.

les déclarations des banques membres, elles les ont «accueillies à bras ouverts»; elles savaient que les banques hongroises fixaient un tarif unique pour les cartes des deux entreprises et elles devaient savoir que les opérateurs du marché hongrois avaient établi et maintenu sur une longue période un niveau de CMI uniforme, sans avoir procédé aux analyses et études de coûts requises.

80. En outre, les entreprises de cartes de crédit ne peuvent être considérées comme fournissant des services périphériques, elles étaient des participants occupant une place centrale au sein des systèmes de cartes de crédit, l'existence de la CMI et la possibilité de conclure un accord à ce sujet résultaient aussi de leurs propres règles, qui liaient les membres.
81. Par ailleurs, leur responsabilité est engagée comme celle de tous les autres participants, car elles disposaient des mêmes informations que leurs banques membres concernant l'accord planifié puis adopté et elles l'ont aussi mis à exécution sciemment et sans s'en distancier. Qu'elles n'aient pas été présentes à chaque réunion du forum et notamment pas lors de l'adoption de l'accord CMI ne les exonère pas puisqu'elles en ont été informées rapidement à travers leurs banques de contact et qu'elles y ont adhéré en le mettant à exécution. Les accords relatifs aux ententes, comme tous les autres accords, sont souvent conclus à distance, parfois par représentants interposés, ou encore via communication ultérieure de l'accord et adhésion a posteriori. C'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce, auquel s'ajoute le fait que les parties ont appliqué les règles des entreprises de cartes de crédit lors de la fixation de la CMI et que lesdites entreprises ont contribué à la mise en place du forum lui-même. Par conséquent, elles savaient d'avance que l'accord CMI serait conclu, elles le souhaitaient, elles ont ensuite accepté la CMI (point 43 de l'ordonnance de renvoi) et ne s'en sont pas distanciées quand elles ont appris le niveau concret de la CMI uniforme.

3.5.2.2. Accord et/ou pratique concertée

82. La Kúria n'a pas de doutes sur la participation des banques membres à un accord, mais elle s'interroge sur la situation des entreprises de cartes de crédit, qui n'ont été informées de l'accord qu'a posteriori. Or une partie peut parfaitement devenir partie prenante à un accord si elle n'est informée de son contenu qu'a posteriori et si elle l'approuve tacitement ou ouvertement en ne s'en distanciant pas. Cette situation correspond à celle, classique, d'une entreprise participant à un accord clairement collusoire dont elle ne se distancie pas⁵⁵. L'acceptation explicite n'est pas nécessaire en pareil cas pour qu'il y ait participation à l'accord⁵⁶.
83. Ce comportement de la part des entreprises de cartes de crédit va au-delà de la participation à une pratique concertée⁵⁷, puisqu'elles ont reçu communication de la CMI

⁵⁵ Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004 dans les affaires jointes C-204/00 P *Aalborg Portland et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2004:6, point 84; arrêt de la Cour du 28 juin 2005 dans les affaires jointes C-189/02 P *Dansk Rørindustri et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2005:408, point 143.

⁵⁶ Arrêt de la Cour du 11 janvier 1990 dans l'affaire C-277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici contre Commission*, ECLI:EU:C:1990:6, point 11, et arrêt du Tribunal du 11 décembre 2003 dans l'affaire T-56/99, *Marlines contre Commission*, ECLI:EU:T:2003:333, point 21.

⁵⁷ Arrêt de la Cour du 4 juin 2009 dans l'affaire C-8/08 P, *T-Mobile Netherlands et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2009:343, points 26 à 43. Il ne s'est pas seulement produit ici un échange d'informations «susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées» mais une communication, aux entreprises de cartes de crédit, d'un accord CMI fixant ouvertement les prix, qu'elles ont mis en œuvre sans la moindre objection.

issue de l'accord, l'ont approuvée et appliquée. Il ne s'agissait donc pas ici simplement d'une invitation unilatérale adressée par une partie aux entreprises de cartes de crédit, mais d'un accord clair, résultant d'une discussion ouvertement anticoncurrentielle, dont les entreprises ont été informées afin qu'elles l'approuvent et l'appliquent dans le cadre de leurs systèmes. Dans ces circonstances, les entreprises de cartes de crédit ne peuvent pas se cacher derrière leur silence et le fait que leurs contacts passaient par des représentants.

84. Que le comportement des entreprises de cartes de crédit n'ait pas été identique à celui des banques ne justifie pas de les exempter de leur responsabilité du fait de l'accord. Cette responsabilité peut leur être imputée d'une part parce que leur rôle dans la mise en œuvre de l'accord est différent de celui des banques membres. D'autre part, ni la participation moins active ou limitée à une partie seulement de l'infraction⁵⁸ (tout en ayant connaissance de l'objectif commun et des participants), ni la forme indirecte de la communication ne peuvent aboutir à une diminution de la responsabilité. Le point décisif est que les entreprises de cartes de crédit connaissaient l'objectif de l'infraction et ont sciemment contribué à l'atteindre. Du reste, la participation moins active à une restriction de concurrence n'est même pas considérée comme une circonstance atténuante au regard des sanctions non plus⁵⁹. Le rôle joué par les entreprises de cartes de crédit était indispensable à la mise en œuvre de l'accord CMI qu'elles ont intégralement respecté, sans faire obstacle à sa réalisation.
85. Il résulte des considérations qui précèdent que l'imputation de la responsabilité pour participation à l'accord CMI aux entreprises de cartes de crédit, telle qu'elle a été opérée dans la décision de la GVH, est fondée.
86. Par ailleurs, la Kúria ne remet pas en question le fait que le comportement des entreprises de cartes de crédit répond plutôt à la définition de la pratique concertée. La CMI n'est en effet pas secrète, mais l'accord à ce sujet et la détermination des futures commissions d'interchange par défaut aboutit à une coordination de l'activité et de la stratégie des banques et des entreprises de cartes de crédit. Les banques acquéreuses peuvent aisément répercuter un coût commun connu de ce genre sur les commerçants puisque ceux-ci se trouvent dans une position de négociation très faible⁶⁰. Les entreprises de cartes de crédit remplissent aussi l'autre condition constitutive d'une pratique concertée⁶¹ puisqu'elles sont restées sur le marché après l'échange d'informations et ont exercé leurs activités, et donc appliqué la CMI.

⁵⁸ Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004 dans les affaires jointes C-204/00 P *Aalborg Portland et autres contre Commission*, ECLI:EU:C:2004:6, point 86

⁵⁹ Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-73/04, *Carbone-Lorraine contre Commission*, ECLI:EU:T:2008:416, points 163 à 164, confirmé par la Cour dans son arrêt du 8 juillet 1999, C-554/08 P, *Carbone-Lorraine contre Commission*, ECLI:EU:C:2009:702, et arrêt du Tribunal dans l'affaire T-220/00, *Cheil Jedang contre Commission*, ECLI:EU:T:2003:193, points 165 à 183.

⁶⁰ Peu de commerçants prennent le risque de refuser des clients payant avec une carte de plus en plus répandue ou d'imposer un prix différent, puisque ces clients iraient alors chez leur concurrent (business stealing). Ils acceptent donc les cartes même si cela implique une perte par rapport au paiement en liquide.

⁶¹ Arrêt de la Cour du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-199/92, *Hüls contre Commission*, ECLI:EU:C:1999:358, point 162.

3.6. La quatrième question

3.6.1. *La motivation de la Kúria*

87. La Kúria commence par rappeler la jurisprudence⁶² dont il résulte qu'il n'est pas nécessaire de distinguer précisément les accords et les pratiques concertées. Elle estime cependant qu'on peut attendre de l'autorité de la concurrence qu'elle opère une telle distinction lorsque les différents comportements des différents opérateurs peuvent être distingués sur la base des circonstances factuelles (points 45 à 49 de l'ordonnance de renvoi).

3.6.2. *La position de la Commission*

88. La Commission tient à rappeler, pour commencer, que, d'après la première page de la décision de la GVH, la procédure a été introduite contre les entreprises pour accord et pratique concertée restrictifs de concurrence. Au considérant 154 de la décision, la GVH précise en outre, dans le contexte juridique, que sont interdits les accords et pratiques concertées consistant dans la fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ainsi que les décisions d'associations d'entreprises. Simultanément, au considérant 169 et au point 2 de son dispositif, la décision définit la restriction de concurrence relative à la CMI, comme un accord reposant sur une concordance des volontés, et ce pour toutes les parties.
89. La Commission a déjà observé plus haut (point 85 des présentes observations) qu'elle approuve la qualification d'accord qui a été donnée au comportement en cause, et ce pour tous les participants. Dans l'hypothèse où la Cour estimerait cependant que les entreprises de cartes de crédit n'ont participé qu'à une pratique concertée, une réponse à la quatrième question devient utile.
90. Vu la jurisprudence citée par la Kúria, il est indifférent, étant donné que les parties ont participé à la même infraction unique et continue, que celle-ci présente, par certains côtés, les caractéristiques d'une pratique concertée tandis que d'autres tendent à indiquer un accord. De même les participants peuvent-ils avoir joué un rôle limité à l'une ou à l'autre de ces formes de collusion sans que leur responsabilité pour l'infraction n'en soit diminuée. L'essentiel est que les parties poursuivaient le même objectif anticoncurrentiel, autrement dit participaient à la même infraction. En l'espèce, la Kúria ne semble pas avoir de doutes sur la participation des banques et des entreprises de cartes de crédit à la même infraction. Pour la Commission, c'est un élément confirmé par le fait que les entreprises de cartes de crédit connaissaient manifestement l'objectif de l'accord CMI et ont sciemment contribué à sa mise en œuvre.
91. En pareil cas, il n'est pas nécessaire que la décision distingue l'accord de la pratique concertée. Les conséquences en droit ne sont pas différentes en cas de participation à un accord ou participation à une pratique concertée et il suffit de l'une ou de l'autre pour établir la responsabilité. C'est pour cette raison que le principe de sécurité juridique n'est pas violé si une partie de la restriction de la concurrence ne correspond éventuellement qu'aux critères de la pratique concertée.

⁶² Arrêt du Tribunal dans les affaires jointes T-305/94 e.a., *LVM contre Commission*, ECLI:EU:T:1999:80, point 696, et arrêt de la Cour dans l'affaire C-238/05, *ASNEF-EQUIFAX*, ECLI:EU:C:2006:734, point 32. Voir, en termes similaires, l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-7/89, *Hercules Chemicals contre Commission*, ECLI:EU:T:1991:75, point 264.

92. Par ailleurs, selon la Commission, la différence de comportement entre les entreprises de cartes de crédit et les banques ne justifie ni une exonération de leur responsabilité, ni un allègement de la sanction (point 84 des présentes observations). Ce sujet, soulevé aux points 46 à 49 de l'ordonnance de renvoi, ne doit être confondu ni avec la distinction entre restriction par objet ou par effet, ni avec la question de la nature de la restriction (accord, pratique concertée ou les deux).
93. Pour finir, la Cour a déjà constaté, dans une affaire similaire, qu'il est sans importance que le Tribunal se soit trompé en qualifiant un comportement d'accord aussi longtemps que les conditions de la pratique concertée sont réunies⁶³. Cette même logique est applicable à la décision de la GVH.

⁶³ Arrêt de la Cour du 5 décembre 2013 dans l'affaire C-455/11 P, *Solvay contre Commission*, ECLI:EU:C:2013:796, points 53 à 54.

4. REPONSE AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES

94. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission propose à la Cour d'apporter les réponses suivantes aux questions préjudicielles qui lui ont été posées:

1. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) est à interpréter en ce sens qu'un même comportement peut constituer à la fois une restriction de la concurrence par objet et par effet.*
2. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) est à interpréter en ce sens que l'accord conclu entre des banques membres hongroises et les entreprises de cartes de crédit, en cause au principal, constitue une restriction de la concurrence par son objet et par son effet dans la mesure où il fixe à un montant uniforme et positif pour les deux entreprises de cartes de crédit Visa et MasterCard la commission d'interchange revenant aux banques émettrices en contrepartie de l'utilisation des cartes desdites entreprises.*
3. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) est à interpréter en ce sens que sont également considérées comme parties à l'accord interbancaire les entreprises de cartes de crédit qui n'ont pas participé directement à la détermination du contenu de l'accord, mais qui en ont été informées, ont permis la conclusion de l'accord, ont accepté l'accord et ont joué un rôle différent de celui des banques dans sa mise en œuvre.*
4. *L'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) est à interpréter en ce sens que, pour constater une infraction au droit de la concurrence, il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre le point de savoir si l'affaire, vu son objet, concerne une participation à un accord ou à une pratique concernée, du moment que les conditions de l'une de ces deux formes sont réunies.*

Viktor BOTTKA

Flor CASTILLA CONTRERAS

Ivan ZALOGUIN

Agents de la Commission