Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (dixième chambre)

7 février 2013 *

«Notion d'entente — Accord conclu entre plusieurs banques — Entreprise concurrente opérant sur le marché en cause de façon prétendument illégale — Incidence — Absence»

Dans l'affaire C-68/12,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slovaquie), par décision du 10 janvier 2012, parvenue à la Cour le 10 février 2012, dans la procédure

**Protimonopolný úrad Slovenskej republiky**

contre

**Slovenská sporiteľňa a.s.**,

LA COUR (dixième chambre),

composée de M. A. Rosas, président de chambre (rapporteur), MM. E. Juhász et C. Vajda, juges,

avocat général: M. N. Wahl,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

— pour le Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, par M. T. Menyhart, en qualité d'agent,

— pour Slovenská sporiteľňa a.s., par M[e] M. Nedelka, advokát,

— pour le gouvernement slovaque, par M[me] B. Ricziová, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement tchèque, par MM. M. Smolek et T. Müller, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement italien, par M[me] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

— pour le gouvernement polonais, par MM. M. Szpunar et B. Majczyna, en qualité d'agents,

* Langue de procédure: le slovaque.

— pour la Commission européenne, par MM. A. Tokár, P. Van Nuffel et N. von Lingen, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

## Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 101 TFUE.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant le Protimonopolný úrad Slovenskej republiky (Autorité de la concurrence de la République slovaque, ci-après le «Protimonopolný úrad») à Slovenská sporitel'ňa a.s. (ci-après «Slovenská sporitel'ňa») au sujet du comportement de trois banques constituant, selon cette autorité, un accord visant à restreindre la concurrence.

### Le cadre juridique

3 La loi applicable en Slovaquie dans le domaine de la concurrence est la loi n° 136/2001 relative à la protection de la concurrence.

### Le litige au principal et les questions préjudicielles

4 Par une décision du 9 juin 2009, le Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor dohôd obmedzujúcich súťaž (Service des accords de restriction de la concurrence de l'Autorité de la concurrence de la République slovaque, ci-après le «Service»), organe de premier degré compétent en matière de protection de la concurrence, a considéré que trois banques importantes ayant leur siège à Bratislava (Slovaquie), à savoir Slovenská sporiteľňa a.s., Československá obchodná banka a.s. et Všeobecná úverová banka a.s., avaient violé l'article 81 CE ainsi que la disposition correspondante de la loi n° 136/2001 en concluant un accord portant sur la résiliation des contrats relatifs aux comptes courants d'Akcenta CZ a.s. (ci-après «Akcenta»), société ayant son siège à Prague (République tchèque), ainsi que sur la non-conclusion de nouveaux contrats avec cette société. Le Service a estimé qu'Akcenta, établissement non bancaire fournissant des services consistant en des opérations de change scriptural, avait besoin de comptes courants ouverts dans des banques pour exercer ses activités, lesquelles comprenaient le transfert de devises depuis et vers l'étranger, y compris pour ses clients en Slovaquie. Selon le Service, les trois banques concernées, qui considéraient qu'Akcenta était un concurrent qui fournissait des services à leurs clients et étaient mécontentes de la baisse de leurs profits résultant de l'activité de cette société, ont surveillé cette activité, se sont concertées et ont décidé, d'un commun accord, de résilier de façon coordonnée les contrats passés avec ladite société. Sur la base des preuves de l'existence de contacts entre lesdites banques, comprenant notamment la réunion tenue par celles-ci le 10 mai 2007 et des communications par courrier électronique ultérieures, le Service a établi que chacune de ces trois banques avait accepté de résilier le contrat qui la liait à Akcenta à condition que les autres banques en fassent autant, afin d'empêcher qu'une partie de ses clients migre vers la banque qui continuerait à tenir les comptes courants d'Akcenta. Le Service en a conclu que le comportement desdites banques sur le marché en cause, défini comme étant le marché slovaque des services consistant en des opérations de change scriptural, constituait un accord visant à restreindre le jeu de la concurrence et a infligé des amendes de 3 197 912 euros à Slovenská sporitel'ňa, de 3 183 427 euros à Československá obchodná banka a.s. et de 3 810 461 euros à Všeobecná úverová banka a.s.

5 À la suite de l'introduction, par Slovenská sporiteľňa, d'un recours contre la décision rendue par le Service, le Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (Conseil de l'Autorité de la concurrence de la République slovaque, ci-après le «Conseil»), organe administratif de second degré, a adopté, le 19 novembre 2009, une décision par laquelle il a modifié la décision attaquée en élargissant la qualification juridique de la pratique en cause au principal. Le Conseil n'a pas modifié le montant de l'amende infligée par le Service.

6 Slovenská sporiteľňa a attaqué la décision du Conseil en déposant une requête auprès du Krajský súd Bratislava (cour régionale de Bratislava).

7 Par un jugement du 23 septembre 2010, le Krajský súd Bratislava a annulé les décisions susmentionnées des 9 juin et 19 novembre 2009 en tant qu'elles concernaient Slovenská sporiteľňa et a renvoyé l'affaire devant le Protimonopolný úrad.

8 Dans son arrêt, le Krajský súd Bratislava a notamment relevé que cette autorité avait appliqué de manière erronée les concepts de concurrent et de marché en cause. Selon cette juridiction, ladite autorité n'a pas vérifié si Akcenta pouvait être considérée comme un concurrent de Slovenská sporiteľňa sur le marché en cause, eu égard au fait qu'elle opérait en Slovaquie sans disposer de l'autorisation requise de la Národná banka Slovenska (Banque nationale de Slovaquie), et elle n'a pas non plus examiné la question de savoir si l'activité illégale exercée par cette société pouvait bénéficier d'une protection juridique. À cet égard, le Krajský súd Bratislava a relevé que la Národná banka Slovenska avait infligé à Akcenta une amende d'un montant de 35 000 euros, au motif que, pendant la période allant des mois de janvier 2008 à juin 2009, celle-ci effectuait, sans autorisation, des opérations de change en Slovaquie. Le Krajský súd Bratislava a, néanmoins, également relevé que la décision de la Národná banka Slovenska infligeant cette amende avait été annulée par le Banková rada Národnej banky Slovenska (Conseil bancaire de la Banque nationale de Slovaquie) et que la procédure engagée à l'encontre d'Akcenta avait été clôturée au motif que cette dernière ne pouvait être sanctionnée en raison de l'expiration du délai de prescription en matière de sanctions pécuniaires. Par ailleurs, le Krajský súd Bratislava a souligné qu'il ressortait du dossier qu'Akcenta était non pas une concurrente des banques concernées, mais uniquement une cliente de celles-ci, puisqu'elle fournissait ses services à un niveau autre que celui de ces banques et selon des modalités différentes de celles observées par celles-ci. Le Krajský súd Bratislava a également relevé que le Protimonopolný úrad n'avait pas suffisamment tenu compte des circonstances dans lesquelles l'accord en cause au principal avait été conclu. Il a considéré qu'il n'avait pas été prouvé, notamment, qu'Akcenta avait tenté, en vain, d'ouvrir de nouveaux comptes bancaires auprès de Slovenská sporiteľňa.

9 Le Protimonopolný úrad a formé un recours contre la décision du Krajský súd Bratislava devant le Najvyšší súd Slovenskej republiky (Cour suprême de la République slovaque).

10 Le Protimonopolný úrad soutient qu'il a suffisamment démontré qu'Akcenta était une concurrente des banques concernées sur le marché en cause, à savoir le marché slovaque du change scriptural. S'agissant du caractère illégal allégué de l'activité exercée par Akcenta en Slovaquie, cette autorité souligne que le fait que cette société a exercé son activité sans disposer de l'autorisation requise n'entre pas en ligne de compte aux fins d'examiner le comportement des banques concernées au regard des règles de concurrence. Ladite autorité relève également que ni Slovenská sporiteľňa ni les autres banques n'ont contesté la légalité de l'activité d'Akcenta avant qu'elle n'engage la procédure au principal. Elle estime qu'il n'existe pas de preuve qu'Akcenta opérait illégalement. S'agissant de la décision du Conseil bancaire de la Banque nationale de Slovaquie, le Protimonopolný úrad souligne que cette décision portait sur la période allant du mois de janvier 2008 au mois de juin 2009, alors qu'Akcenta opérait sur le marché slovaque depuis l'année 2003 et que les banques concernées ont coordonné leurs pratiques et résilié les contrats conclus avec Akcenta au cours de l'année 2007. En outre, cette autorité relève que ladite décision a été annulée.

11 Slovenská sporitel'ňa soutient que le Protimonopolný úrad n'a pas suffisamment tenu compte du fait qu'Akcenta, qui ne disposait pas de l'autorisation requise, opérait illégalement sur le marché slovaque concerné. Étant donné que, selon cette entreprise, les conditions requises en matière de concurrence n'étaient pas réunies, aucune restriction de la concurrence ne pourrait être invoquée. Il n'y aurait aucune raison de sanctionner un comportement qui conduirait à l'évincement d'une entreprise opérant illégalement. Slovenská sporitel'ňa souligne qu'il n'a pas été démontré que la réunion tenue par les trois banques concernées le 10 mai 2007 ait abouti à un accord, étant donné que, lors de cette réunion, son employé présent aurait uniquement recueilli des informations sur le projet de résiliation des contrats relatifs aux comptes courants d'Akcenta.

12 Dans ces conditions, le Najvyšší súd Slovenskej republiky, en sa qualité de juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Peut-on interpréter l'article 101, paragraphe 1, TFUE [...] en ce sens que revêt une importance juridique le fait qu'un concurrent (entreprise) affecté par une entente entre d'autres concurrents (entreprises) opérait sur le marché en cause de façon illégale à l'époque de la conclusion de l'entente?

2) Le fait que, à l'époque de la conclusion de l'entente, la légalité du comportement du concurrent (entreprise) en question n'ait pas été contestée par les autorités de surveillance compétentes sur le territoire de la République slovaque revêt-il [une] importance sur le plan juridique aux fins de l'interprétation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE [...]?

3) L'article 101, paragraphe 1, TFUE [...] peut-il être interprété en ce sens que la constatation de l'existence d'un accord restrictif de concurrence nécessite la preuve d'un comportement personnel du représentant statutaire ou d'un accord particulier par lequel le représentant statutaire d'une entreprise participant ou soupçonné de participer à l'accord restrictif de concurrence a autorisé, au moyen d'un mandat, la conduite de son employé, sans que l'entreprise prenne ses distances vis-à-vis d'une telle conduite et alors que la mise en œuvre de l'accord a eu lieu dans le même temps?

4) L'article 101, paragraphe 3, TFUE [...] peut-il être interprété en ce sens qu'il s'applique également à l'accord interdit par l'article 101, paragraphe 1, TFUE [...] qui, de par sa nature, a eu pour effet d'évincer du marché un concurrent (entreprise) individuel déterminé, au sujet duquel il a été établi a posteriori que, sur le marché du change scriptural, il effectuait des opérations de change en l'absence de la licence requise en la matière par la loi nationale?»

## Sur les questions préjudicielles

13 Des observations ont été présentées par le Protimonopolný úrad, Slovenská sporitel'ňa, les gouvernements slovaque, tchèque, italien et polonais ainsi que par la Commission européenne.

### *Sur les première et deuxième questions*

14 Par ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que revêt une importance juridique le fait qu'un concurrent affecté par une entente entre d'autres concurrents opérait sur le marché concerné de façon prétendument illégale lors de la conclusion de cette entente.

15 Dans ses observations, le gouvernement tchèque a exposé les faits relatifs à cette question, tels qu'ils ont été traités en vertu de la recommandation 2001/893/CE de la Commission, du 7 décembre 2001, établissant les principes pour l'utilisation de «Solvit» – le réseau de résolution des problèmes dans le marché intérieur (JO L 331, p. 79). En substance, considérant qu'Akcenta, société tchèque disposant des autorisations nécessaires en République tchèque, travaillait exclusivement par téléphone avec ses clients slovaques, le centre Solvit de cet État membre a considéré que les prestations de services fournies ne nécessitaient pas la délivrance d'une autorisation en Slovaquie. Le centre Solvit slovaque a cependant exprimé un avis contraire, estimant qu'il s'agissait d'une question liée à la liberté d'établissement, au motif que la fourniture de différentes prestations était effectuée au moyen d'intermédiaires établis en Slovaquie. Selon la base de données Solvit, l'affaire aurait été classée comme non résolue le 2 janvier 2006.

16 Il y a lieu de rappeler que l'article 101, paragraphe 1, TFUE déclare 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.

17 Aux fins de l'application de cette disposition, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence (arrêt du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496; du 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, point 508, ainsi que du 8 décembre 2011, KME Germany e.a./Commission, C-389/10 P, Rec. p. I-13125, point 75).

18 L'article 101 TFUE vise en effet à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais également la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle (arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 63).

19 Il ressort à cet égard de la décision de renvoi que l'accord conclu entre les banques concernées avait spécifiquement pour objet de restreindre le jeu de la concurrence et qu'aucune de celles-ci n'a contesté la légalité de l'activité d'Akcenta avant l'instruction de la procédure au principal à leur encontre. La situation juridique alléguée d'Akcenta est dès lors sans incidence pour déterminer si les conditions d'une infraction aux règles de concurrence sont réunies.

20 Par ailleurs, c'est aux autorités publiques et non à des entreprises ou à des associations d'entreprises privées d'assurer le respect des prescriptions légales. La situation d'Akcenta, telle que décrite par le gouvernement tchèque, témoigne à suffisance du fait que l'application de dispositions légales peut nécessiter des appréciations complexes qui ne sont pas du ressort de ces entreprises ou associations d'entreprises privées.

21 Il résulte de ces éléments qu'il convient de répondre aux première et deuxième questions que l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens que le fait qu'une entreprise affectée par une entente ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence opérait sur le marché en cause de façon prétendument illégale lors de la conclusion de cette entente est sans incidence sur la question de savoir si ladite entente constitue une infraction à cette disposition.

*Sur la troisième question*

22 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande si l'article 101, paragraphe 1, TFUE peut être interprété en ce sens que la constatation de l'existence d'un accord restrictif de concurrence nécessite la preuve d'un comportement personnel du représentant statutaire d'une entreprise ou d'un

accord particulier par lequel ce représentant, participant ou soupçonné de participer à l'accord restrictif de concurrence, a autorisé, au moyen d'un mandat, la conduite de son employé, sans que cette entreprise prenne ses distances à l'égard d'une telle conduite et alors même que la mise en œuvre de cet accord a eu lieu dans le même temps.

23 Les gouvernements slovaque et tchèque ainsi que la Commission doutent de la pertinence de cette question au regard des faits décrits par la juridiction de renvoi, tout en s'efforçant de donner des éléments de réponse.

24 Le Protimonopolný úrad fait valoir que cette question a pour origine le fait que, en l'espèce, Slovenská sporiteľna affirmait que son employé qui avait participé à la réunion des représentants des banques concernées tenue le 10 mai 2007 n'avait pas reçu mandat à cet effet et que, dans le même temps, il n'avait pas été démontré que celui-ci avait marqué son accord avec les conclusions de cette réunion.

25 Il y a lieu, à cet égard, de rappeler que l'application de l'article 101 TFUE suppose non pas une action ou même une connaissance des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée, mais l'action d'une personne qui est autorisée à agir pour le compte de l'entreprise (arrêt du 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a./Commission, 100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 97).

26 Par ailleurs, ainsi que la Commission l'a souligné, la participation à des ententes interdites par le traité FUE constitue le plus souvent une activité clandestine qui n'est pas soumise à des règles formelles. Il est rare qu'un représentant d'une entreprise participe à une réunion en étant muni d'un mandat aux fins de commettre une infraction.

27 En outre, conformément à une jurisprudence constante, lorsqu'il est établi qu'une entreprise a participé à des réunions entre entreprises concurrentes ayant un caractère anticoncurrentiel, il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur. Afin que la participation d'une entreprise à une telle réunion ne puisse pas être considérée comme l'approbation tacite d'une initiative illicite ni comme une souscription à son résultat, il faut que cette entreprise se distancie publiquement de cette initiative de manière à ce que les autres participants considèrent qu'elle met fin à sa participation, ou bien qu'elle la dénonce aux entités administratives (arrêt du 3 mai 2012, Comap/Commission, C-290/11 P, points 74 et 75 ainsi que jurisprudence citée).

28 Eu égard à ces éléments, il y a lieu de répondre à la troisième question que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que la constatation de l'existence d'un accord restrictif de concurrence ne nécessite pas la preuve d'un comportement personnel du représentant statutaire d'une entreprise ou d'un accord particulier par lequel ce représentant a autorisé, au moyen d'un mandat, la conduite de son employé ayant participé à une réunion anticoncurrentielle.

*Sur la quatrième question*

29 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande si l'article 101, paragraphe 3, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à l'accord interdit par l'article 101, paragraphe 1, TFUE qui, de par sa nature, a eu pour effet d'évincer du marché un concurrent individuel déterminé, au sujet duquel il a été établi a posteriori que, sur le marché du change scriptural concerné, il effectuait des opérations de change sans disposer de la licence requise en la matière par la loi nationale.

30 L'article 101, paragraphe 3, TFUE n'étant susceptible d'être appliqué que lorsque l'existence d'un accord interdit par cet article 101 a été constatée, la réponse de la Cour est fondée sur la prémisse selon laquelle une telle constatation a été effectuée.

31 Ainsi que l'a rappelé la Commission, pour que l'exception visée à l'article 101, paragraphe 3, TFUE s'applique, il faut que les quatre conditions cumulatives prévues par cette disposition soient remplies. Premièrement, les accords doivent contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, deuxièmement, ils doivent réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, troisièmement, ils ne doivent pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et, quatrièmement, ils ne doivent pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits ou services en cause, d'éliminer la concurrence.

32 C'est la personne qui se prévaut de cette disposition qui doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies (arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., précité, point 82).

33 Dans ses observations, Slovenská sporitel'ňa fait valoir que le fait qu'un accord anticoncurrentiel a pour objet d'empêcher qu'un autre concurrent agisse de manière illégale sur le marché au motif qu'il ne dispose pas de l'autorisation requise devrait justifier l'application de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3, TFUE, dès lors qu'un tel accord protège, selon cette entreprise, les conditions d'une concurrence saine et vise donc, dans un sens plus large, à promouvoir le progrès économique au sens de cette disposition.

34 Il y a lieu de constater que Slovenská sporitel'ňa n'invoque que l'une des quatre conditions cumulatives visées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

35 Quand bien même cette condition serait remplie, il n'apparaît pas que l'entente en cause au principal remplisse les trois autres conditions requises et, plus particulièrement, la troisième, selon laquelle un accord ne doit pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs visés par la première condition prévue à l'article 101, paragraphe 3, TFUE. En effet, même si le motif invoqué par les parties à cette entente avait consisté à contraindre Akcenta de respecter la législation slovaque, il appartenait à ces dernières, ainsi qu'il a été rappelé au point 20 du présent arrêt, de saisir les autorités compétentes d'une plainte à cet égard et non d'éliminer elles-mêmes cette entreprise concurrente du marché.

36 Il résulte de ces éléments que l'article 101, paragraphe 3, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne peut s'appliquer à un accord interdit par l'article 101, paragraphe 1, TFUE que lorsque l'entreprise qui invoque cette disposition a apporté la preuve que les quatre conditions cumulatives qu'il prévoit sont remplies.

## Sur les dépens

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

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

**1) L'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens que le fait qu'une entreprise affectée par une entente ayant pour objet de restreindre la concurrence opérait sur le marché en cause de façon prétendument illégale lors de la conclusion de cette entente est sans incidence sur la question de savoir si ladite entente constitue une infraction à cette disposition.**

2) **L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que la constatation de l'existence d'un accord restrictif de concurrence ne nécessite pas la preuve d'un comportement personnel du représentant statutaire d'une entreprise ou d'un accord particulier par lequel ce représentant a autorisé, au moyen d'un mandat, la conduite de son employé ayant participé à une réunion anticoncurrentielle.**

3) **L'article 101, paragraphe 3, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne peut s'appliquer à un accord interdit par l'article 101, paragraphe 1, TFUE que lorsque l'entreprise qui invoque cette disposition a apporté la preuve que les quatre conditions cumulatives qu'il prévoit sont remplies.**

Signatures