

**Décision n° 23-D-14 du 20 décembre 2023
relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs des
consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération et des
accessoires de contrôle compatibles avec la console PlayStation 4***

L'Autorité de la concurrence (section V),

Vu la lettre enregistrée le 20 octobre 2016 sous le numéro 16/0090 F, par laquelle la société Subsonic a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Sony dans le secteur des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération et des accessoires de contrôle compatibles avec la PlayStation 4 ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 102 ;

Vu le livre IV du code de commerce, et notamment son article L. 420-2 ;

Vu les observations présentées par la société Subsonic, les sociétés Sony Group Corporation, Sony Interactive Entertainment Europe Limited, Sony Interactive Entertainment France, Sony Interactive Entertainment Inc. K.K., et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré des sociétés du groupe Sony du 29 décembre 2022 ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, les représentants de la société Subsonic, des sociétés Sony Group Corporation, Sony Interactive Entertainment Europe Limited, Sony Interactive Entertainment France, Sony Interactive Entertainment Inc. K.K., et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 29 novembre 2022 ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

Aux termes de la présente décision, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») sanctionne quatre sociétés du groupe Sony pour avoir abusé de leur position dominante sur le marché de la fourniture de manettes de jeux vidéo pour consoles PlayStation 4 (ci-après « PS4 »), en violation de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») et de l'article L. 420-2 du code de commerce.

La présente procédure intervient à la suite d'une saisine de l'Autorité par la société Subsonic, un fabricant français de manettes de jeux vidéo, qui commercialise notamment des manettes pour PS4.

La console PS4 est la console de huitième génération conçue par Sony, et commercialisée par elle depuis 2013. Sony a également conçu et commercialisé une manette pour PS4, appelée Dual Shock 4, dont un exemplaire est vendu avec la console.

Cette manette est la manette de référence pour les utilisateurs de la console PS4, d'autres manettes commercialisées par d'autres opérateurs étant également disponibles sur le marché. Certaines de ces manettes concurrentes sont licenciées par Sony dans le cadre d'un programme de partenariat dit *Official Licensed Product* (ci-après « OLP ») qui leur permet notamment d'utiliser le logo et la marque Sony. D'autres manettes sont également disponibles sur le marché sans bénéficier d'une licence OLP, comme c'est le cas pour les manettes de Subsonic ou d'autres fabricants (Suza, Proxima Plus, etc.).

Après avoir mis en évidence que Sony était en position dominante sur le marché de la fourniture de manettes pour PS4, l'Autorité a conclu qu'elle avait abusé de cette position dominante en mettant simultanément en œuvre deux pratiques : (i) des contre-mesures techniques visant à déconnecter de la console de jeux PS4 les manettes non produites ou non licenciées par elle, (ii) une politique d'octroi de licences opaque, dans le cadre du programme OLP difficile à intégrer en pratique.

Sony a équipé ses propres manettes, ainsi que les manettes de tiers licenciés, d'une puce contenant un numéro d'identification unique, qui, en principe, lui permet de les identifier. Elle a ainsi mis en œuvre des contre-mesures techniques, à l'occasion de certaines mises à jour de la console PS4, qui ont entraîné la déconnexion des manettes non dotées du numéro d'identification ou dotées d'un numéro dupliqué à grande échelle. Si certains fabricants ont pu répondre à ces déconnexions en proposant à leurs utilisateurs des « patchs » correctifs, les manœuvres de Sony leur ont été préjudiciables, les patchs n'étant pas disponibles immédiatement et pas toujours faciles à installer, si bien que les utilisateurs ont pu avoir l'impression que les manettes commercialisées par des tiers en dehors du programme OLP fonctionnaient mal.

Le seul moyen, pour les fabricants tiers, d'éviter ces déconnexions, était d'adhérer au programme OLP, afin de bénéficier d'un numéro d'identification. Or, les éléments du dossier montrent que les critères d'accès au programme OLP n'étaient pas communiqués à tous les fabricants qui en faisaient la demande et pouvaient se prêter, par leur imprécision, à une application discrétionnaire. Sony a ainsi systématiquement refusé d'indiquer ses critères d'adhésion à Subsonic, ainsi qu'à d'autres fabricants.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

La combinaison de ces deux pratiques a significativement nui à l'image de marque des fabricants tiers, affectés, tant vis-à-vis des joueurs que vis-à-vis des distributeurs, freinant leur expansion sur le marché et conduisant à leur possible éviction.

Ce comportement aurait pu être justifié objectivement par la nécessité de lutter contre la contrefaçon, cet objectif étant considéré comme légitime par l'Autorité. Toutefois, Sony n'a pas été en mesure de prouver que la pratique en question était nécessaire et proportionnée à cet objectif. Au contraire, Sony n'a fait que présumer, sans apporter d'éléments de preuve convaincants à cet égard, que l'absence de licence démontrerait la violation de ses droits de propriété intellectuelle. Or, si Sony prétend détenir un grand nombre de brevets sur ses manettes, elle n'a pu produire aucun jugement qualifiant en France les manettes litigieuses de contrefaçons de brevets. Si deux jugements allemands, rendus dans une procédure d'urgence, ont pu estimer qu'un modèle de manettes de Subsonic commercialisé en Allemagne contrefaisait deux brevets de Sony, aucun jugement n'a étendu cette solution en France. Il apparaît au demeurant qu'à supposer illégal le modèle de manette de Subsonic en cause, la pratique mise en œuvre s'avère en tout état de cause largement disproportionnée, tant dans son champ que dans sa durée. Elle affecte en effet indistinctement les autres modèles de manettes de Subsonic et ceux d'autres fabricants. Par ailleurs, les deux brevets invoqués en justice ont expiré pendant la période des pratiques, ou étaient sur le point d'expirer, de sorte que les contre-mesures techniques pouvaient avoir pour effet de prolonger les droits exclusifs conférés par les brevets, une fois même l'invention tombée dans le domaine public.

L'Autorité en a ainsi conclu que Sony avait abusé de sa position dominante entre novembre 2015 et avril 2020, soit pendant la majeure partie de la vie de la console PS4, laquelle est appelée à terme à être remplacée par la PlayStation 5, sortie en 2020. Les sociétés condamnées au sein du groupe Sony sont :

- Sony Interactive Entertainment Europe Limited, en qualité d'auteur ; cette société est notamment chargée du programme OLP en Europe ;
- Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha), en qualité d'auteur ; cette société est notamment chargée du déploiement des mises à jour du système d'exploitation de la console PS4, et à l'origine du programme OLP ;
- Sony Interactive Entertainment France, en sa qualité de société dont l'activité a été objectivement nécessaire à la réalisation de l'infraction ; cette société est chargée de la commercialisation des manettes Sony en France ;
- Sony Group Corporation en sa qualité de société mère.

Ces sociétés se voient infliger une sanction pécuniaire de 13 527 000 euros au titre de la présente décision.

SOMMAIRE

| | | |
|------------|--|-----------|
| I. | CONSTATATIONS | 8 |
| A. | LA PROCEDURE | 8 |
| B. | LE SECTEUR D'ACTIVITE ET LES PRODUITS CONCERNES | 10 |
| 1. | PRESENTATION GENERALE DU SECTEUR DU JEU VIDEO | 10 |
| 2. | LES CONSOLES DE JEU VIDEO DE HUITIEME GENERATION | 10 |
| 3. | LES MANETTES DE JEUX CONÇUES POUR LA CONSOLE PS4 | 11 |
| a) | Les manettes de jeux conçues pour la console PS4 produites par le groupe Sony | 11 |
| b) | Les manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des fabricants sous licence du groupe Sony | 12 |
| c) | Les manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des tiers ne disposant pas de licence | 13 |
| 4. | L'ORGANISATION DU SECTEUR DE LA FABRICATION ET DE LA DISTRIBUTION DES MANETTES DE JEUX CONÇUES POUR LA CONSOLE PS4 | 14 |
| C. | LES ENTREPRISES CONCERNEES | 15 |
| 1. | LA PARTIE SAISSANTE | 15 |
| 2. | LES PARTIES MISES EN CAUSE | 16 |
| D. | LES PRATIQUES CONSTATEES | 17 |
| 1. | LA MISE EN ŒUVRE PAR SONY D'UN DISPOSITIF TECHNIQUE DE CONTRE-MESURES AFFECTANT LA COMPATIBILITE AVEC LA CONSOLE PS4 DE MANETTES DE JEUX CONÇUES POUR CETTE CONSOLE ET PRODUITES PAR DES TIERS SANS LICENCE | 17 |
| a) | Mode de mise à jour du système d'exploitation de la console PS4 | 17 |
| b) | Dispositif technique de contre-mesures conçu par Sony | 18 |
| c) | Impact du dispositif technique de contre-mesures conçu par Sony | 20 |
| | <i>L'impact du dispositif sur le fonctionnement des manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des tiers qui ne disposent pas de licence officielle</i> | 20 |
| | <i>L'impact du dispositif sur l'image de marque des manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des tiers ne disposant pas de licence OLP</i> | 21 |
| | <i>Le nombre de mesures techniques avec des incidences négatives sur la compatibilité des manettes tierces hors licence</i> | 23 |
| 2. | LE PROGRAMME DE LICENCE OLP | 24 |
| a) | Les bénéficiaires du programme de licence OLP pour les entreprises partenaires | 24 |
| b) | Les critères retenus par Sony pour accorder des licences officielles aux tiers intéressés | 25 |
| E. | LE GRIEF NOTIFIE | 27 |
| II. | DISCUSSION | 27 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| A. | SUR LA DEMANDE DE REPORT DE LA SÉANCE | 27 |
| B. | SUR LA PROCEDURE | 29 |
| | 1. LA PROCEDURE D'ENGAGEMENTS..... | 29 |
| | 2. LE PRINCIPE D'IMPARTIALITE DE L'INSTRUCTION | 30 |
| | 3. LES DEMANDES D'INFORMATIONS ADRESSEES PAR LES SERVICES D'INSTRUCTION PENDANT LE DELAI DE REPOSE A LA NOTIFICATION DE GRIEFS..... | 30 |
| C. | SUR L'APPLICABILITE DU DROIT DE L'UNION..... | 31 |
| D. | SUR LA DEFINITION DU MARCHE PERTINENT | 32 |
| | 1. RAPPEL DES PRINCIPES | 32 |
| | 2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE | 34 |
| | a) Sur le marché de produits | 34 |
| | 1. <i>Manettes et autres accessoires de contrôle.....</i> | <i>34</i> |
| | 2. <i>Manettes conçues pour PlayStation et manettes conçues pour des consoles statiques concurrentes.....</i> | <i>35</i> |
| | 3. <i>Manettes conçues pour consoles PlayStation de huitième génération et manettes pour consoles PlayStation d'autres générations.</i> | <i>37</i> |
| | 4. <i>Marché amont et marché aval.....</i> | <i>37</i> |
| | <i>Conclusion sur la définition de marché de produits.....</i> | <i>39</i> |
| | b) Sur le marché géographique | 39 |
| E. | SUR LA POSITION DOMINANTE..... | 39 |
| | 1. PRINCIPES APPLICABLES..... | 39 |
| | 2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE | 40 |
| | a) Sur les parts de marché de Sony..... | 40 |
| | b) Les barrières à l'entrée et à l'expansion | 44 |
| | c) Le contre-pouvoir de négociation des acheteurs | 45 |
| | d) Conclusion sur la position dominante de Sony..... | 45 |
| F. | SUR LES PRATIQUES N'AYANT PAS FAIT L'OBJET DE GRIEFS | 46 |
| | 1. LES PRATIQUES ALLEGUEES DE DENIGREMENT | 46 |
| | a) Les pratiques alléguées de dénigrement à l'égard des consommateurs..... | 46 |
| | b) Les pratiques alléguées de dénigrement à l'égard des distributeurs.. | 46 |
| | 2. LES PRATIQUES ALLEGUEES D'EXERCICE ABUSIF D' ACTIONS EN JUSTICE..... | 47 |
| | 3. LA PRATIQUE ALLEGUEE D'ENTENTE ENTRE SONY ET BIGBEN INTERACTIVE... | 47 |
| G. | SUR LE BIEN-FONDE DU GRIEF NOTIFIE | 48 |
| | 1. RAPPEL DES PRINCIPES | 48 |
| | 2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE | 49 |
| | a) Sur le comportement reproché à Sony..... | 50 |
| | <i>Les contre-mesures techniques.....</i> | <i>50</i> |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| | <i>L'octroi de licence par le programme OLP.....</i> | <i>51</i> |
| | <i>Les conséquences résultant de la combinaison des deux pratiques.....</i> | <i>52</i> |
| | b) Sur les effets du comportement reproché à Sony sur la structure concurrentielle du marché..... | 53 |
| | c) Sur les justifications apportées par Sony..... | 57 |
| | d) Conclusion sur la qualification des pratiques..... | 60 |
| 3. | DUREE DES PRATIQUES..... | 60 |
| | a) S'agissant de la mise en œuvre des contre-mesures techniques par Sony..... | 60 |
| | <i>La prise en compte des mises à jour des 13 janvier 2016 et 12 avril 2017.....</i> | <i>61</i> |
| | <i>La prise en compte des mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020.....</i> | <i>61</i> |
| | b) S'agissant du programme de licence OLP..... | 64 |
| | c) Conclusion..... | 65 |
| H. | SUR L'IMPUTABILITE DES PRATIQUES..... | 66 |
| | 1. RAPPEL DES PRINCIPES..... | 66 |
| | 2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE..... | 67 |
| | a) S'agissant de l'imputabilité des pratiques à Sony Group Corporation..... | 68 |
| | b) S'agissant de l'imputabilité des pratiques à Sony Interactive Entertainment France..... | 69 |
| I. | SUR LA SANCTION PECUNIAIRE..... | 73 |
| | 1. LES PRINCIPES RELATIFS A LA DETERMINATION DES SANCTIONS..... | 73 |
| | a) Le droit applicable..... | 73 |
| | b) Sur l'application du communiqué sanctions du 30 juillet 2021..... | 74 |
| | 2. DETERMINATION DU MONTANT DE BASE..... | 78 |
| | a) La détermination de la valeur des ventes..... | 78 |
| | <i>Sur le chiffre d'affaires « double net » de SIEF.....</i> | <i>81</i> |
| | <i>Conclusion sur la valeur des ventes.....</i> | <i>83</i> |
| | b) La gravité des pratiques..... | 83 |
| | <i>Sur la nature du comportement reproché à Sony.....</i> | <i>83</i> |
| | <i>Sur la nature du marché en cause.....</i> | <i>85</i> |
| | <i>Sur la nature des personnes susceptibles d'être affectées par le comportement reproché à Sony.....</i> | <i>86</i> |
| | <i>Sur les caractéristiques objectives du comportement reproché à Sony.....</i> | <i>86</i> |
| | <i>Conclusion sur la gravité des faits.....</i> | <i>87</i> |
| | c) La durée des pratiques..... | 87 |
| | d) Conclusion sur le montant de base de la sanction pécuniaire..... | 87 |
| 3. | INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION..... | 87 |

| | |
|--|-----------|
| a) Les circonstances atténuantes ou aggravantes | 88 |
| b) Les autres éléments d'individualisation de la sanction..... | 88 |
| c) Conclusion sur l'individualisation de la sanction..... | 89 |
| 4. LE MONTANT FINAL DE LA SANCTION | 89 |
| DÉCISION | 91 |

I. Constatations

1. Seront successivement présentés la procédure (A.), le secteur d'activité et les produits concernés (B.), les acteurs du secteur (C.) et les pratiques constatées (D.), avant que ne soit rappelé le grief notifié (E.).

A. LA PROCEDURE

2. Par lettre du 20 octobre 2016, enregistrée sous le numéro 16/0090 F, la société Subsonic (ci-après « la saisissante ») a saisi l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») de différentes pratiques mises en œuvre par le groupe Sony sur le marché des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération et sur celui des accessoires de contrôle compatibles avec la console PlayStation 4 (ci-après « PS4 », ce terme désignant indifféremment la console PlayStation 4 et ses modèles ultérieurs, les consoles PlayStation 4 Slim et PlayStation 4 Pro2).
3. Le 17 octobre 2019, les services d'instruction ont adressé à quatre sociétés du groupe Sony une évaluation préliminaire faisant état de préoccupations de concurrence soulevées par deux des cinq pratiques dénoncées par la saisissante, à savoir (i) le déploiement, à compter de novembre 2015, d'un dispositif de contre-mesures techniques visant à affecter le bon fonctionnement des manettes de jeux tierces que le groupe Sony présumait contrefaisantes, et (ii) les refus d'adhésion au programme officiel d'octroi de licences du groupe Sony opposés à certaines entreprises souhaitant commercialiser des manettes de jeux compatibles avec la console PS4.
4. En réponse à ces préoccupations de concurrence, la société Sony Interactive Entertainment Europe Limited a transmis à l'Autorité, le 18 novembre 2019, une première proposition d'engagements, suivie le 23 juin 2020 d'une deuxième proposition d'engagements en réponse aux observations des tiers intéressés et du commissaire du Gouvernement.
5. Une troisième puis une quatrième proposition d'engagements ont encore été transmises à l'Autorité, respectivement les 30 juillet et 7 septembre 2020, à l'occasion de la séance ayant débuté le 28 juillet 2020 et suspendue à deux reprises afin de permettre à Sony d'amender les engagements proposés.
6. Considérant que la dernière proposition d'engagements ne permettait toujours pas de répondre de façon pertinente aux préoccupations de concurrence identifiées par les services d'instruction, le collège de l'Autorité l'a rejetée, par décision n° 20-S-01 du 23 octobre 2020 et a renvoyé le dossier enregistré sous le n° 16/0090 F pour reprise de l'instruction.
7. Après avoir procédé à un complément d'instruction, les rapporteurs ont adressé, le 15 juillet 2021, une notification de griefs à quatre sociétés du groupe Sony, i.e. les sociétés Sony Interactive Entertainment Europe Limited (connue jusqu'au 29 juillet 2016 sous le nom de « Sony Computer Entertainment Europe Limited »), Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha), Sony Interactive Entertainment France (anciennement « Sony Computer Entertainment France ») et Sony Group Corporation (dénommée « Sony Corporation » jusqu'au 1^{er} avril 2021). Ces quatre sociétés seront désignées ci-après, ensemble ou séparément, par l'appellation « Sony ».

8. Contestant le renvoi à l'instruction et dénonçant une erreur manifeste d'appréciation dans l'évaluation des engagements proposés, Sony a formé deux recours distincts, devant la cour d'appel de Paris d'une part et le Conseil d'État d'autre part. Ce dernier s'est, par une décision du 1^{er} juillet 2022, déclaré incompétent pour connaître du recours formé devant lui.
9. Par arrêt du 21 avril 2022, la cour d'appel de Paris a, pour sa part, déclaré le recours irrecevable, au motif notamment que l'absence d'ouverture d'un recours immédiat contre la décision de rejet des engagements proposés ne privait pas les entreprises concernées de leur droit à une protection juridictionnelle effective, dès lors que celles-ci disposent d'un droit de recours contre la décision au fond. Sony s'est alors pourvue devant la Cour de cassation en sollicitant qu'elle transmette au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité suivante, laquelle a été effectivement transmise par décision de la chambre commerciale du 7 décembre 2022 :

« En édictant les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce – lesquelles prévoient la faculté pour l'Autorité de la concurrence d'accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles illégales – le législateur a-t-il, d'une part, méconnu les exigences constitutionnelles découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, à savoir les principes d'indépendance et d'impartialité ainsi que le principe des droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif, et d'autre part, méconnu sa propre compétence dans des conditions affectant ces mêmes droits et libertés ? »
10. Le 10 février 2023, dans sa décision n° 2022-1035 QPC, le Conseil constitutionnel a conclu que les dispositions visées du code de commerce étaient conformes à la Constitution², relevant que *« le refus d'acceptation d'engagements doit être regardé comme une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8 du code de commerce »*.
11. Il appartient maintenant à la Cour de cassation de se prononcer sur le pourvoi toujours pendant devant elle à la lumière de la décision précitée du Conseil constitutionnel, et de renvoyer le cas échéant devant les juges du fond.

² Le Conseil constitutionnel a statué en ces termes : « 10. Dès lors, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire l'Autorité de la concurrence à préjuger la réalité et la qualification des faits qu'elle examine dans le cadre de la procédure d'engagements.

11. Ainsi, la circonstance qu'elle pourrait avoir à connaître de ces mêmes faits dans le cadre d'une procédure de sanction faisant suite à une décision de refus d'acceptation d'engagements ne porte pas atteinte au principe d'impartialité. Le grief tiré de la méconnaissance de ce principe doit donc être écarté.

12. En second lieu, il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

13. Au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner pour l'entreprise en cause le refus d'acceptation d'engagements, ce refus doit être regardé comme une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8 du code de commerce. »

B. LE SECTEUR D'ACTIVITE ET LES PRODUITS CONCERNES

1. PRESENTATION GENERALE DU SECTEUR DU JEU VIDEO

12. Apparu dans le courant des années 1970, le secteur du jeu vidéo constitue l'une des industries du divertissement les plus importantes au monde.
13. Porté par une croissance forte et rapide, ce secteur connaît depuis les années 2000 un phénomène de démultiplication des plateformes (consoles, ordinateurs de type PC, téléphones portables, etc.) et l'émergence corrélative de nouvelles formes de jeux (jeux sur les plateformes de réseaux sociaux, jeux multi-joueurs en ligne et jeux en réalité virtuelle).
14. En 2019, les entreprises du secteur du jeu vidéo ont réalisé un chiffre d'affaires mondial de 152 milliards de dollars américains, dont près de 31 % sur le segment des consoles de jeux.
15. Selon une étude du Syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs (ci-après le « SELL ») publiée en mars 2021, le secteur du jeu vidéo a engendré en France un chiffre d'affaires de 5,3 milliards d'euros en 2020, dont 2,7 milliards proviennent de l'écosystème des consoles.

2. LES CONSOLES DE JEU VIDEO DE HUITIEME GENERATION

16. La Commission européenne (ci-après la « Commission ») a défini les consoles de jeux vidéo en ces termes : *« Les consoles de jeux sont des appareils électroniques spécialisés spécifiquement conçus pour les jeux vidéo. L'interface d'utilisation est un simple bloc ou une commande, par exemple un "manche à balai", qui permet à l'utilisateur de contrôler les mouvements des personnages sur l'écran. Une distinction peut être opérée entre les consoles de jeux spécialisées statiques et les consoles de jeux spécialisées portables »*³.
17. Parmi elles, les consoles statiques représentent la très grande majorité des consoles de jeu vidéo vendues en France. Elles font l'objet d'innovations technologiques constantes qui conduisent les constructeurs à mettre sur le marché, tous les cinq ans environ, de nouveaux modèles pour supplanter les modèles existants.
18. Les consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération se démarquent des consoles de la génération précédente par leurs caractéristiques techniques, avec une amélioration de la qualité des jeux, notamment sur un plan graphique (capacités de traitement du microprocesseur et du processeur graphique accrues), et de l'expérience de jeu (réalité virtuelle, fonctions de partage et de diffusion de flux vidéo).
19. Appartiennent à cette huitième génération de consoles statiques de jeux vidéo les consoles Switch de Nintendo (lancée le 3 mars 2017)⁴, Xbox One de Microsoft (lancée le 22 novembre 2013)⁵ et PlayStation 4 du groupe Sony (lancée le 29 novembre 2013), ainsi que les modèles ultérieurs de ces deux dernières consoles (Xbox One X, lancée en

³ Décision de la Commission européenne du 30 octobre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, COMP/35.587 PO Video Games, MP/35.706 PO Nintendo Distribution et COMP/36.321 Omega - Nintendo, paragraphe 18.

⁴ À la différence des autres modèles de consoles statiques de huitième génération, la console Switch de Nintendo est à la fois une console de salon – destinée à être reliée à un téléviseur – et une console portable.

⁵ « L'essentiel du jeu vidéo », étude du SELL, février 2017, p. 16.

novembre 2017, ainsi que PlayStation 4 Slim et PlayStation 4 Pro, lancées respectivement les 15 septembre et 10 novembre 2016)⁶.

20. En novembre 2020, Sony a commencé la commercialisation de sa console de neuvième génération, la PlayStation 5 (ci-après « PS5 »)⁷. Celle-ci se distingue de la PS4 par une puissance accrue, en particulier en ce qui concerne sa puissance graphique. La PS5 a connu un fort succès commercial dès son lancement, caractérisé par de nombreuses ruptures de stock tout au long des années 2021 et 2022⁸. Si la PS5 a, à terme, vocation à remplacer les consoles Sony de générations antérieures, Sony n'a pas encore annoncé de date pour la fin du support commercial ou de la commercialisation de la PS4. Les ventes de consoles de jeux des anciennes générations s'arrêtent de façon générale dans les trois années suivant le lancement de la console de la nouvelle génération⁹.

3. LES MANETTES DE JEUX CONÇUES POUR LA CONSOLE PS4

21. La manette de jeux constitue l'accessoire de contrôle le plus courant des consoles statiques de jeux vidéo. Tous les modèles de consoles statiques de huitième génération sont vendus avec au moins une manette de jeux. Ces mêmes manettes sont également disponibles à la vente, indépendamment des consoles, à titre de complément pour les joueurs qui souhaitent les connecter simultanément à une même console pour jouer à plusieurs sur un même écran, ou aux fins de remplacement de la manette fournie avec la console.
22. Les manettes de jeux sont les accessoires pour console statique de jeux vidéo les plus vendus. Ce sont également ceux qui engendrent le chiffre d'affaires le plus important. En 2019, 4 976 009 manettes pour consoles statiques de huitième génération ont été vendues en France, pour un chiffre d'affaires de 206 597 607 euros¹⁰.
23. En ce qui concerne plus particulièrement les manettes de jeux conçues pour les consoles statiques PlayStation de huitième génération, il est possible de distinguer, en fonction des fabricants, trois types de manettes : les manettes produites par le groupe Sony, celles produites par des fabricants sous licence du groupe Sony et celles produites par des tiers qui ne disposent pas de licence officielle.

a) Les manettes de jeux conçues pour la console PS4 produites par le groupe Sony

24. Le groupe Sony produit et commercialise un modèle de manette de jeux dit « DualShock 4 », décliné en plusieurs coloris et impressions et standardisé au niveau européen, dont un exemplaire est toujours livré avec la console PS4 elle-même¹¹. Ces manettes sont également

⁶ Cotes 6867 et 6868.

⁷ <https://sonyinteractive.com/en/press-releases/2020/playstation-5-launches-this-november-at-399-for-ps5-digital-edition-and-499-for-ps5-with-ultra-hd-blu-ray-disc-drive/>. Microsoft a, dans le même temps, lancé sa console de neuvième génération, décliné en deux modèles, la Xbox Series X et la Xbox Series S, dont la commercialisation a également commencé en novembre 2020.

⁸ https://www.francetvinfo.fr/culture/jeux-video/jeux-video-sony-annonce-la-fin-de-la-penurie-qui-touchait-les-stocks-de-playstation-5_5582439.html.

⁹ Cote 3679.

¹⁰ Données GSD communiquées par l'ISFE (*Interactive Software Federation of Europe*), cote 6779.

¹¹ Cotes 6667, 6684, 6815 et 6868.

disponibles à la vente séparément. L'image ci-dessous montre une manette DualShock 4 dans sa version sans fil.

Figure 1 – Manette sans fil DualShock®4



Source : Sony¹²

25. Du fait notamment de son image de marque, de sa compatibilité parfaite et durable avec la console PS4 ainsi que de sa fiabilité et de sa qualité, la manette DualShock 4 bénéficie d'une grande notoriété. Cette notoriété résulte également des investissements du groupe Sony en matière de marketing et de communication, de la maîtrise de l'écosystème PlayStation 4 par le groupe Sony et du fait qu'un exemplaire de la manette DualShock 4 est toujours livré avec la console PS4 elle-même¹³.

b) Les manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des fabricants sous licence du groupe Sony

26. Certains fabricants de manettes bénéficient, pour des accessoires de contrôle relevant de l'écosystème PS4, d'un programme de partenariat conçu par Sony et dénommé « *Official Licensed Product* » (ci-après « OLP »). Ce programme permet aux entreprises concernées de bénéficier d'une licence d'utilisation des droits de propriété intellectuelle détenus par Sony pour la fabrication de certaines manettes compatibles avec la console PS4. Selon les propres termes de Sony, il « *permet à un fabricant d'accessoires d'obtenir le droit d'utiliser le logo Sony sur son boîtier pour un produit donné pour montrer qu'il est officiellement approuvé par Sony* »¹⁴.
27. En France, plusieurs entreprises ont bénéficié de ce programme, et donc d'un accord de licence, et ce, d'après Sony, à compter d'octobre 2013¹⁵. Sony soutient qu'elle a accueilli dans son programme OLP 8 entreprises, pour 22 accessoires de contrôle différents (manettes et autres accessoires de contrôle confondus), parmi lesquelles, en se limitant aux manettes de jeux, et en excluant les autres accessoires de contrôles, les services d'instruction ont dénombré les suivantes :

¹² <https://www.playstation.com/en-us/accessories/dualshock-4-wireless-controller/>.

¹³ Cotes 6477, 6560, VNC 6606, 6667, 6684, 6702, 6703, 6712, 6743, 6766, VNC 6805, 6814 et 6815.

¹⁴ Cote 2784.

¹⁵ Cote 6936.

Tableau 1 – Fabricants et manettes qui ont bénéficié du programme OLP

| Nom du fabricant sous licence | Manettes de jeux concernées |
|--------------------------------------|--|
| GameStop (@Play) | Compact Controller |
| Guillemot | eSwap Pro Controller |
| Hori | Onyx+ Onyx |
| Nacon | Compact Controller Offset Wireless Controller Revolution Unlimited Pro RPC3 |
| Razer | Raiju Raiju Unlimited Raiju Tournament Edition |
| Logitech | C40 TR |

Source : *Elaboration par les services d'instruction à partir des cotes 6872 et 12253.*

c) Les manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des tiers ne disposant pas de licence

28. Par ailleurs, plusieurs entreprises commercialisent des manettes de jeux conçues pour être utilisées avec la console PS4 sans disposer de licence OLP. Ces entreprises ne sont pas autorisées à utiliser les droits de propriété intellectuelle de Sony, qu'il s'agisse des droits relatifs aux marques de Sony (par exemple le logo Sony et le logo PlayStation), ou d'autres droits de propriété intellectuelle, comme par exemple ceux qui découleraient de brevets. Elles peuvent en revanche commercialiser des manettes de jeux compatibles avec la console PS4, conçues pour être utilisées avec cette dernière sans pour autant utiliser la marque Sony ou enfreindre les autres droits de la propriété intellectuelle de Sony. En revanche, elles ne bénéficient pas des numéros d'identification cryptés qui permettent aux manettes de ne pas être soumises aux mesures techniques décrites plus bas. Ces numéros sont en effet réservés par Sony à ses propres manettes et aux manettes fabriquées par des membres du programme OLP.
29. Les principaux modèles distribués en France, hors programme OLP, sont ceux commercialisés par Subsonic, Suza International (sous la marque « Spirit of Gamer »), Proxima Plus (sous la marque « Undercontrol ») et Pixminds (sous la marque « Steel Play »). Ces entreprises commercialisent des modèles qui sont standardisés et commercialisés au niveau européen¹⁶.

¹⁶ Cotes 6523, 6593, 6626, VNC 6627, 6677 et 6788.

4. L'ORGANISATION DU SECTEUR DE LA FABRICATION ET DE LA DISTRIBUTION DES MANETTES DE JEUX CONÇUES POUR LA CONSOLE PS4

30. Pour ce qui relève de la fabrication et de la distribution des manettes de jeux conçues pour la console PS4, le secteur regroupe, en amont, les fabricants de ces manettes et, en aval, leurs distributeurs. Plusieurs grossistes interviennent également à un stade intermédiaire.
31. S'agissant d'abord des fabricants, il convient de faire la distinction, comme indiqué supra, entre le groupe Sony, les fabricants sous licence du groupe Sony grâce au programme OLP (GameStop (@Play), Guillemot, Hori, Nacon et Razer¹⁷), et les tiers ne disposant pas de licence (comme Subsonic, Suza International, Proxima Plus et Pixminds).
32. Certains de ces fabricants, tels que Proxima Plus et Pixminds¹⁸, disposent de canaux de vente en propre, sous la forme de sites de vente en ligne, qui leur permettent de commercialiser directement les manettes de jeux qu'ils fabriquent auprès des utilisateurs finaux. Certains grossistes, tels qu'Innelec Multimédia, Trax Distribution ou encore World Trade & Technologies, font office d'intermédiaires entre fabricants et distributeurs, même si les distributeurs s'approvisionnent, pour une partie ou la totalité de leurs besoins en manettes de jeux conçues pour la console PS4, directement auprès des fabricants¹⁹.
33. S'agissant enfin des distributeurs, ils sont nombreux et ont des profils divers. Il peut s'agir de grandes surfaces généralistes, telles que, par exemple, Auchan ou Carrefour, de grandes surfaces spécialistes ou multi-spécialistes, telles que Fnac Darty, Boulanger ou Cultura, d'enseignes spécialisées en jeux vidéo, telles que Micromania, d'enseignes spécialisées en jouets, telles que PicWicToys²⁰, ou encore de plateformes de vente par Internet, telles qu'Amazon ou Cdiscount.
34. Certains distributeurs, tels que Cultura, Boulanger, Micromania, E.Leclerc ou encore PicWicToys, ne sont actifs qu'en France²¹.
35. Des acteurs, tels que Nacon et Pixminds, sont présents aussi bien à l'amont qu'à l'aval en tant que fabricants et distributeurs des manettes de jeux conçues pour la console PS4 qu'ils produisent.
36. Le secteur présenté aux paragraphes 30 à 35 ci-avant peut être schématisé comme suit :

¹⁷ Cote 6872.

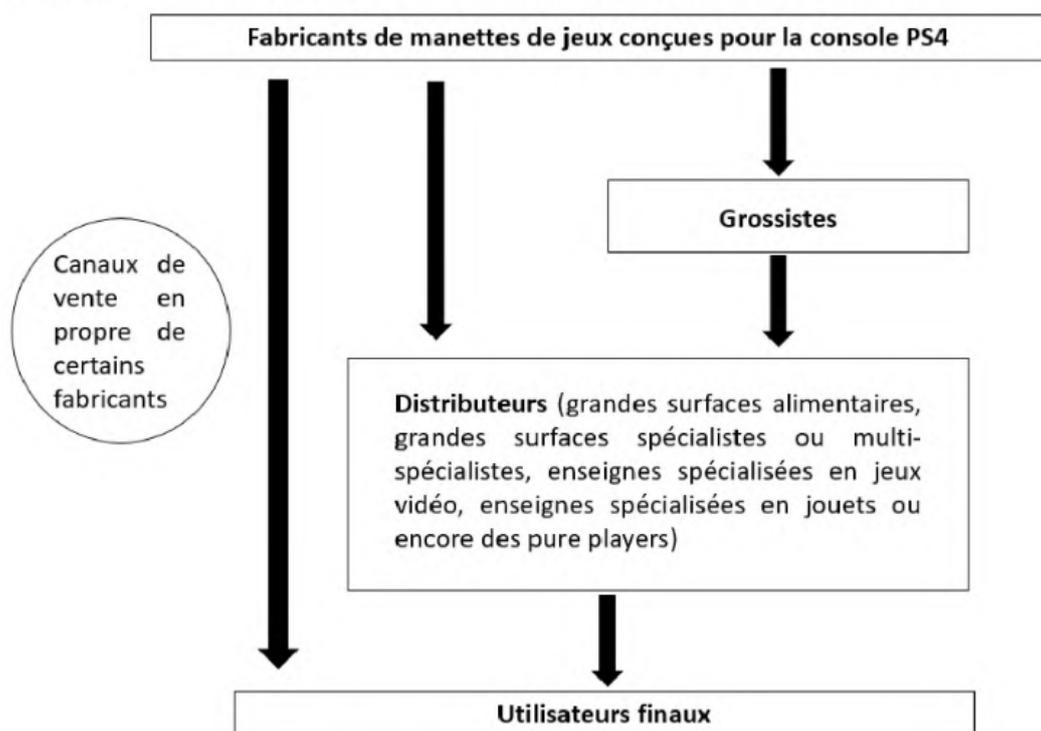
¹⁸ Cotes 6524 et 6593.

¹⁹ Cotes 6479, 6608, 6668, 6687, 6704, 6714, 6745 et 6767.

²⁰ PicWicToys a été repris en 2022 par Smyths Toys Superstores.

²¹ Cote 90.

Figure 2 : Distribution des manettes conçues pour la console PS4



Source : Autorité de la concurrence

C. LES ENTREPRISES CONCERNEES

1. LA PARTIE SAISSANTE

37. Subsonic est une société par actions simplifiée à associé unique immatriculée au RCS de Lyon depuis le 24 décembre 2008.
38. Elle a pour objet social la conception, la fabrication, l'achat et la vente de tous produits ou accessoires en relation avec les jeux vidéo ou électroniques ainsi que tous les jouets ou articles de loisir²².
39. Subsonic a, par le passé, fabriqué et commercialisé, sans licence officielle du groupe Sony, des manettes de jeux compatibles avec les consoles PlayStation 2 et 3²³. Elle continue de produire et de commercialiser divers accessoires pour les consoles de jeux vidéo, dont des manettes pour les consoles PlayStation 3 et PS4 du groupe Sony et Wii/Wii U de Nintendo²⁴.
40. En 2020, Subsonic a réalisé un chiffre d'affaires de 4 382 100 euros²⁵.

²² Cote 1334.

²³ Cote 1334.

²⁴ Cote 265.

²⁵ <https://www.societe.com/societe/subsonic-509666178.html>.

2. LES PARTIES MISES EN CAUSE

41. Sony Group Corporation (dénommée « Sony Corporation » avant le 1^{er} avril 2021), est la société mère faîtière du groupe Sony. Son siège social se situe au Japon. En 2017, son chiffre d'affaires consolidé atteignait 8 544 milliards de yens (soit environ 59 milliards d'euros)²⁶.
42. La société Sony Interactive Entertainment Inc. K.K (Kabushiki Kaisha) (ci-après « SIEKK ») est une filiale japonaise de Sony Group Corporation, qui en détient 100 % des parts depuis au moins 2013. Elle a notamment la charge du déploiement mondial des mises à jour du système d'exploitation de la console PS4²⁷ et est à l'origine de la création du programme OLP du groupe Sony²⁸.
43. La société Sony Interactive Entertainment Europe Limited (ci-après « SIEE ») – connue jusqu'au 29 juillet 2016 sous le nom « Sony Computer Entertainment Europe Limited » – est une filiale à 100 % de Sony Interactive Entertainment K.K. établie au Royaume-Uni. Entre 2013 et le 2 août 2017, elle était directement détenue à 100 % par Sony Corporation²⁹.
44. Sony Interactive Entertainment Europe Limited supervise l'activité des différentes filiales régionales européennes. Elle est chargée de la gestion du programme OLP du groupe Sony en Europe³⁰. Elle examine à ce titre les demandes de licence officielle formulées par des tiers intéressés³¹ et prend de manière autonome, pour l'Europe, les décisions de les accorder ou non³².
45. La société Sony Interactive Entertainment France (anciennement « Sony Computer Entertainment France », et ci-après « SIEF »), détenue à 100 % depuis au moins 2013 par Sony Interactive Entertainment Europe Limited, est une société anonyme. Domiciliée à Paris, elle est en charge du marketing et de la vente des consoles et accessoires du groupe Sony pour le marché français. Le schéma ci-dessous illustre la structure du groupe Sony.

²⁶ Cote 4857.

²⁷ Cotes 2785 et 3697.

²⁸ Cote 3697.

²⁹ Cote 6936.

³⁰ Cotes 463, 486, 492, 493, 2782, 3697, 4993 à 4995, 5620, 6526, 6527.

³¹ Cote 2784.

³² Cotes 2783 et 2784.

Figure 3 : Schéma des filiales du groupe Sony



D. LES PRATIQUES CONSTATEES

1. LA MISE EN ŒUVRE PAR SONY D'UN DISPOSITIF TECHNIQUE DE CONTRE-MESURES AFFECTANT LA COMPATIBILITE AVEC LA CONSOLE PS4 DE MANETTES DE JEUX CONÇUES POUR CETTE CONSOLE ET PRODUITES PAR DES TIERS SANS LICENCE

a) Mode de mise à jour du système d'exploitation de la console PS4

46. Comme les autres consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération, la console PS4 est conçue pour être connectée à Internet en permanence, dès la mise sous tension. Lorsqu'elle est reliée à Internet, la console est connectée aux serveurs du PlayStation Network de Sony, lesquels notifient au système la disponibilité d'une éventuelle mise à jour du système d'exploitation de la console. Par défaut, la console est configurée de manière à télécharger et installer automatiquement ce type de mise à jour. Le manuel de l'utilisateur de la console précise à ce sujet : « *Votre système PS4™ télécharge et installe automatiquement les fichiers de mise à jour du logiciel système. Pour permettre à votre système d'installer automatiquement les fichiers même si la mise à jour nécessite le redémarrage, cochez la case de [Autoriser le redémarrage]* »³³.

³³ Section du manuel de l'utilisateur de la PS4 relative aux téléchargements automatiques, disponible en ligne à l'adresse <http://manuals.playstation.net/document/fr/ps4/settings/autoupdate.html>.

47. Le processus de mise à jour de la console est conçu pour permettre un déploiement rapide et systématique des nouvelles versions du système d'exploitation de la console. Les mises à jour sont déployées au niveau mondial³⁴. Sony n'informe ni les utilisateurs, ni les distributeurs, ni les fabricants de produits autres que ceux qui bénéficient d'une licence officielle, de la disponibilité prochaine d'une mise à jour et, *a fortiori*, de la circonstance que celle-ci contient ou non des mesures susceptibles d'affecter les manettes de jeux produites par des tiers ne bénéficiant pas de la licence du programme OLP³⁵.

b) Dispositif technique de contre-mesures conçu par Sony

48. Sony a mis en œuvre, via les mises à jour du système d'exploitation de la console PS4, un dispositif technique capable de déconnecter les manettes tierces non autorisées par elle.
49. Chaque manette DualShock 4 et chaque manette bénéficiant du programme OLP sont identifiées par un numéro individuel unique crypté³⁶, permettant la détection et l'identification par Sony de toutes les manettes de jeux reliées aux consoles PS4. Ce numéro d'identification est stocké dans un composant électronique, élaboré et distribué sous le contrôle de Sony, qui permet la reconnaissance de la manette par la console PS4 et contribue à assurer la connexion entre les deux³⁷.
50. Sony allègue, sans apporter d'éléments à l'appui, que si plusieurs manettes partagent un même numéro d'identification, elle peut légitimement les considérer comme étant des contrefaçons.
51. À l'occasion d'une mise à jour du système d'exploitation de la console PS4, si plusieurs manettes partagent un même numéro d'identification, des instructions ciblées peuvent ainsi être introduites afin d'entraîner leur déconnexion systématique, au bout de quelques minutes d'utilisation³⁸. Cela conduit, de fait, à la déconnexion des manettes de jeux autres que celles vendues par Sony ou celles bénéficiant du programme OLP, y compris des manettes tierces hors licence qui ne sont pas contrefaisantes.
52. Sony a indiqué que la mise en œuvre de ce dispositif technique de contre-mesures était nécessaire pour lutter contre la contrefaçon de ses manettes de jeux, alors que les actions en justice pouvaient s'avérer particulièrement « *difficile[s], couteuse[s] et inefficace[s], voire impossible[s]* » contre les contrefacteurs³⁹.
53. À cet égard, Sony a exposé que la mise à jour visant à installer la version 3.11 du système d'exploitation « *contenait une mesure de sécurité pour mettre fin au fonctionnement de multiples appareils contrefaits qui avaient été détectés comme étant des clones de matériels Sony existants* »⁴⁰. Elle a avancé que le dispositif était capable de détecter les manettes de jeux présumées contrefaites car, alors que « *chaque manette originale DS4 et chaque*

³⁴ Cotes 2785 et 3697.

³⁵ Cotes 4859, 6479, 6525, 6597, 6608, 6631, 6669, 6677, 6704, 6714, 6729, 6745, 6768, 6864, VNC 6942, VNC 6944.

³⁶ Cote 4648.

³⁷ Cote 4640.

³⁸ Cotes 6524, VNC 6627, 6628 et 6677.

³⁹ Cote 4648.

⁴⁰ Cote 4641.

manette sous licence [de Sony] présente un numéro d'identification unique lors de sa connexion à une PS4, un très grand nombre de contrefaçons partagent un seul et même numéro d'identification »⁴¹.

54. Sony a par ailleurs précisé avoir découvert, « *sur la base d'observations, que le(s) fabricant(s) de Contrefaçons achètent ou ont acheté des manettes DS4 originales, les ont démontées et ont piraté leurs clés d'identification et de cryptage, ce qui leur a permis de cloner les numéros d'identification de ces manettes DS4 originales, qu'elles utilisent pour communiquer avec la PS4 lorsqu'elles sont connectées »⁴².*
55. Interrogée sur ce point, Sony a cependant admis que le dispositif technique mis en œuvre touchait indifféremment des manettes de jeux effectivement contrefaites et des manettes tierces sans licence qui ne seraient pour autant pas contrefaisantes ⁴³. En effet, toutes les manettes incorporant un des numéros dupliqués visés par chacun des dispositifs techniques ont pu être déconnectées – sans que Sony soutienne que la duplication du numéro en question viole elle-même un de ses droits de propriété intellectuelle⁴⁴.
56. Subsonic a indiqué à ce sujet « *[qu']il semble que ce soit la combinaison entre le composant électronique précité et le programme de mise à jour du système d'exploitation qui supprime la compatibilité des manettes non officielles, qui ne disposent pas dudit composant électronique intégrant ce numéro unique d'identification. Ce composant électronique ne serait pas nécessaire si le programme du système d'exploitation ne limitait pas le bon fonctionnement des accessoires aux seuls produits possédant un numéro d'identification accepté par ce programme »⁴⁵.*
57. Proxima Plus a expliqué dans le même sens que « *le composant électronique élaboré et distribué par Sony, n'est pas le seul élément technique, permettant aux manettes de jeu de fonctionner avec les différentes consoles. Les mises à jour des consoles autorisent ou non le bon fonctionnement des manettes »⁴⁶.*
58. Suza International a, pour sa part indiqué que, selon elle, le composant électronique, élaboré et distribué sous le contrôle de Sony, dans lequel est stocké un numéro unique d'identification, est l'élément technique permettant aux manettes de jeux de fonctionner de manière non intermittente à l'occasion des mises à jour du système d'exploitation de la console PS4⁴⁷.

⁴¹ Cote VNC 5753. La transmission de ces numéros par les consoles à Sony a lieu lorsque les consoles sont reliées à Internet.

⁴² Cote 4648.

⁴³ Cote VNC 5753.

⁴⁴ Cote VNC 5753.

⁴⁵ Cote 6628.

⁴⁶ Cote 6524.

⁴⁷ Cote 6677.

c) Impact du dispositif technique de contre-mesures conçu par Sony

L'impact du dispositif sur le fonctionnement des manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des tiers qui ne disposent pas de licence officielle

59. Entre le 12 décembre 2013, date de la première mise à jour du système d'exploitation de la console PS4⁴⁸ et le 17 avril 2020, Sony a mis en œuvre 30 mises à jour, certaines comportant la contre-mesure technique évoquée ci-dessus, laquelle s'est concrètement traduite par des déconnexions intempestives des manettes produites par des tiers ne disposant pas de licence officielle.
60. Pour répondre à ces déconnexions, les fabricants impactés ont développé et mis à disposition des « patches » correctifs capables de rétablir la connexion, jusqu'à la contre-mesure suivante.
61. Proxima Plus a ainsi indiqué, à propos de la version 6.00⁴⁹, déployée via Internet le 13 septembre 2018⁵⁰, que, pour remédier à ces difficultés, « *il a fallu mettre un driver à disposition et il faut effectuer un téléchargement pour faire fonctionner la manette "Undercontrol" sinon la console ne reconnaît pas la manette. Cette solution est temporaire, il faudra renouveler l'opération lors de la prochaine mise à jour* »⁵¹.
62. De la même manière, après la sortie sur Internet de la version 3.11 du système d'exploitation de la console PS4 le 9 novembre 2015, le bon fonctionnement des manettes de Subsonic n'a pu être rétabli, plusieurs jours plus tard, que par la mise à disposition par Subsonic elle-même, sur son site internet, d'un correctif logiciel.
63. Les clients de Subsonic dont les manettes étaient affectées par les contre-mesures mises en œuvre par Sony ont dû, pour en retrouver un usage sans coupures intempestives, télécharger un programme sur leur ordinateur personnel de type PC, auquel ils devaient relier la manette à l'aide du cordon USB, et effectuer certaines manipulations⁵² permettant de réinitialiser (« flasher ») le numéro d'identification qui figure dans le composant électronique de la manette pour lui substituer un numéro qui n'avait pas été identifié comme cloné par Sony lors de la mise à jour du système d'exploitation de la console PS4. Les utilisateurs des manettes Subsonic qui ne disposaient pas d'ordinateurs de type PC – comme les utilisateurs d'ordinateurs de marque Apple ou ceux qui ne disposaient que de tablettes – ne pouvaient faire fonctionner le correctif⁵³.
64. Suza International a pour sa part précisé que « *les utilisateurs de nos manettes ont rencontré des difficultés, de type déconnexion intempestive. Les difficultés techniques ont été rencontrées lors de la mise à jour du logiciel système des Playstation 4, version 4.55 disponible depuis le 11 avril 2017. (...) Nous avons pu remédier à ces difficultés par la mise en place d'une mise à jour du Firmware [logiciel système] de notre manette* »⁵⁴.

⁴⁸ Cote 6789.

⁴⁹ Cote 3689.

⁵⁰ Cote VNC 7023.

⁵¹ Cote 3689.

⁵² Cote VNC 5694.

⁵³ Cote 887.

⁵⁴ Cote 3684.

65. Si le dispositif technique en cause ne met pas fin, *stricto sensu*, au fonctionnement des manettes de jeux concernées, il affecte donc l'expérience de jeu avant qu'un correctif soit apporté par l'entreprise concernée. À cet égard, les représentants de Sony ont précisé que « [l]e périphérique peut continuer à se connecter à une PS4 et à fonctionner sur la PS4. La contremesure signifie que, de temps en temps, la connexion est rompue et doit être ré-établie par l'utilisateur en débranchant puis en réinsérant le connecteur USB ou en appuyant sur le bouton principal (« Home ») de l'appareil Playstation. Cela signifie que l'utilisateur garde une certaine utilité du produit qu'il a acheté mais que l'expérience de jeu est légèrement dégradée par rapport à une véritable manette DS4 ou une Manette OLP »⁵⁵.

L'impact du dispositif sur l'image de marque des manettes de jeux conçues pour la console PS4 et produites par des tiers ne disposant pas de licence OLP

66. Compte tenu de la nature des dysfonctionnements techniques résultant des contre-mesures mises en œuvre par Sony, les utilisateurs des manettes de jeux tierces qui ont été impactées n'étaient pas en mesure d'en déterminer l'origine. Ils n'ont pas été informés des motifs de ces dysfonctionnements par le système lui-même. Ils ne pouvaient être prévenus en temps utile par l'entreprise concernée⁵⁶. Partant, certains de ces utilisateurs ont pu raisonnablement estimer que les déconnexions qui affectaient leurs manettes étaient imputables aux fabricants de ces manettes et à leur qualité.
67. Subsonic produit, à l'appui de sa saisine, des copies d'écran faisant apparaître plusieurs centaines de messages reçus sur la section de support technique de son site internet entre le 9 novembre 2015 et le 3 septembre 2016, s'agissant de la manette Gator Claw⁵⁷, et entre le 22 juillet 2016 et le 3 septembre 2016, s'agissant de la manette Pro5⁵⁸. Les messages font état de dysfonctionnements rencontrés consécutivement à des mises à jour du système d'exploitation de la console PS4, mais également de difficultés rencontrées pour appliquer, le cas échéant, les correctifs logiciels mis à disposition par Subsonic pour remédier aux déconnexions.
68. De même, Subsonic produit des copies d'écran des sections de notation et de commentaires de différentes places de marché (Amazon.com, Cdiscount.com, Fnac.com, Auchan.com) ainsi que des extraits de fils de discussion sur certains forums spécialisés – dont certains extraits sont reproduits ci-après – dans lesquels des utilisateurs font état, parfois avec véhémence, de leur perception de la qualité des produits de Subsonic, voire dissuadent les clients potentiels d'en faire l'acquisition :
- « depuis l'achat de ce produit je suis mécontent car au bout d'un mois le produit n'arrête pas de bugger lorsque je joue »⁵⁹ ;
 - « Mes excuses mais [ce produit est] une arnaque totale. J'en ai commandé une première avec laquelle je pouvais jouer 5 minutes avant qu'elle ne réagisse plus à

⁵⁵ Cote VNC 5753.

⁵⁶ Dans la mesure où Subsonic ne disposait pas des coordonnées de ses clients, elle n'a pas été en mesure de les informer immédiatement de la disponibilité du correctif. Voir sur ce point la cote 1349. Depuis lors, Subsonic informe ses clients sur son site internet de l'existence de correctifs consécutifs à des mises à jour via Internet du système d'exploitation de la console PS4.

⁵⁷ Cotes 560 à 886.

⁵⁸ Cotes 1054 à 1059.

⁵⁹ Cote 890.

mes actions. Elle était pourtant bien reconnue par la [console]. Je demande donc un retour et j'en reçois une deuxième, même problème ! Et je ne peux pas demander de troisième retour. Je cherche encore comment me faire rembourser. Passez votre chemin »⁶⁰ ;

- *« Dès le branchement de la manette en appuyant sur le bouton HOME, elle n'est pas reconnue. J'ai voulu réaliser la mise à jour via le site en suivant les indications et la manette rejette la mise à jour à chaque fois !!! Je conseille le Hori Pad qui est fonctionnel dès le branchement sur la console et ne demande aucune mise à jour. Très déçu de cette manette qui avait l'air de bonne qualité. Dommage... »⁶¹ ;*
- *« La manette se déconnecte en plein milieu des parties ! Toutes les 20 minutes environ il faut se reconnecter. Ça va pour une deuxième manette mais filaire, c'est pas tellement moins cher qu'une Sony. Je regrette mon achat »⁶² ;*
- *« J'aurais dû lire les commentaires ! COMME TOUS LES AUTRES UTILISATEURS LA MANETTE SE DÉCONNECTE APRÈS QUELQUES MINUTES DE JEU ! Au final les enfants sont trop déçus et j'ai racheté une [manette] neuve de marque Sony. J'ai voulu économiser et je me retrouve à avoir dépensé 80 euros. Amazon vous devriez retirer le produit c'est pas bon pour votre image, ma première déception avec votre site »⁶³ ;*
- *« La manette se déconnecte toutes les 5 minutes, c'est gavant, et ya pas le pavé tactile... bref je ne conseille pas »⁶⁴ ;*
- *« Manette qui se déconnecte après 2 minutes de jeu. Achat inutile »⁶⁵ ;*
- *« Mérite d'être supprimé de votre site »⁶⁶ ;*
- *« Ne fonctionne pas avec la PS4, même après avoir fait la mise à jour demandée du firmware. Nombreux blocages de la console qui doit être chaque fois relancée. Je vais donc retourner la manette et demander le remboursement »⁶⁷ ;*
- *« J'ai reçu cette manette pour Noël, une manette esthétiquement bien, je l'ai branchée et j'ai joué avant sans problème jusqu'à ce qu'un moment plus aucun contact entre la manette [ne se fasse et je sois] obligé de la resynchroniser 3-4 fois pour qu'elle refonctionne avant de reperdre la synchro 5-10mn plus tard. Problème présent sans fil ou en filaire »⁶⁸ ;*
- *« Ne pas acheter ! La manette se déconnecte toute seule »⁶⁹ ;*

⁶⁰ Cote 890.

⁶¹ Cote 890.

⁶² Cote 891.

⁶³ Cote 891.

⁶⁴ Cote 891.

⁶⁵ Cote 893.

⁶⁶ Cote 893.

⁶⁷ Cote 894.

⁶⁸ Cote 894.

⁶⁹ Cotes 895 et 896.

- « *La mise à jour ne fonctionne pas... à ne surtout pas acheter* »⁷⁰ ;
- « *J'ai acheté cette manette en pensant que la mise à jour recommandée suffirait pour avoir une manette secondaire fonctionnelle. Mais ça ne fonctionne pas. La mise à jour n'est plus possible et la manette se déconnecte sans raison. Vous allez perdre votre argent !* »⁷¹ ;
- « *Ne fonctionne pas correctement. Je le déconseille. Marche une fois sur deux* »⁷².

69. Enfin, Subsonic produit également des copies d'écran de plusieurs dizaines de messages d'utilisateurs qui font état de difficultés de connexion des manettes Subsonic, à la suite de la mise à jour via Internet de la version 5.50 du système d'exploitation de la console PS4 et s'enquière de la disponibilité d'un correctif⁷³. Certains de ces messages remettent directement en cause la qualité des produits Subsonic :

- « *Vous n'avez pas de logiciel pour cesser les anomalies et les interruptions des manettes. Je vous demande donc ce que je suis censé faire avec votre produit qui ne fonctionne pas comme il devrait le faire pour lequel je n'ai aucune utilité ; vous vendez un produit qui ne marche pas en trompant le public [...]. J'ai dépensé mon argent à pure perte avec votre manette* » (traduction libre)⁷⁴ ;
- « *Ma manette se déconnecte toute seule pendant que je joue, elle réagit plus [peu] importe la touche sur laquelle j'appuie. Est-ce un problème [de mise à jour] ou venant de la manette ?* »⁷⁵ ;
- « *Quand est-ce que la mise à jour va être opérationnelle, on a une manette que l'on ne peut pas utiliser* »⁷⁶ ;
- « *Je peux comprendre que la nouvelle mise à jour [de la PS4] vous pose problème mais cela me pose aussi problème car il n'est pas possible d'utiliser la manette pendant ce temps, sachant que c'est la seule manette que j'ai. En plus de cela, ayant un abonnement au [service payant de Sony accessible depuis la console], je ne peux pas utiliser ma PS4 donc je paye un abonnement pour rien. J'espère que vous comprendrez mon mécontentement et par ailleurs je ne conseillerai pas vos produits si c'est le même problème pour tout. Comptez-vous faire un geste pour pallier ce problème ?* »⁷⁷.

Le nombre de mesures techniques avec des incidences négatives sur la compatibilité des manettes tierces hors licence

70. Les services d'instruction ont, dans la notification de griefs, énuméré 30 mises à jour du système d'exploitation de la console PS4 susceptibles d'avoir eu une incidence négative sur le bon fonctionnement des manettes tierces, à compter du 12 décembre 2013. Ils se sont

⁷⁰ Cotes 895 et 896.

⁷¹ Cote 896.

⁷² Cote 896.

⁷³ Cotes 4860, 4870 et 4936.

⁷⁴ Cote 4877.

⁷⁵ Cote 4886.

⁷⁶ Cote 4892.

⁷⁷ Cote 4902.

appuyés sur une déclaration de la société Proxima Plus qui avait indiqué, dans sa réponse à un questionnaire des services d'instruction du 17 décembre 2020, que « *toutes les mises à jour sont bloquantes ; nous ne sommes malheureusement pas en mesure de les énumérer. Sans mise à jour de notre part, c'est bloquant* ».

71. Toutefois, parmi ces 30 mises à jour, les rapporteurs n'ont retenu que les 9 dont l'impact négatif sur les manettes tierces hors licence a été confirmé par au moins deux acteurs du marché :
- mise à jour déployée le 9 novembre 2015 (version 3.11) ;
 - mise à jour déployée le 13 janvier 2016 (version 3.15) ;
 - mise à jour déployée le 6 avril 2016 (version 3.50) ;
 - mise à jour déployée le 21 juillet 2016 (version 4.00) ;
 - mise à jour déployée le 12 avril 2017 (version 4.55) ;
 - mise à jour déployée le 30 avril 2017 (version 4.70) ;
 - mise à jour déployée le 8 mars 2018 (version 5.50) ;
 - mise à jour déployée le 13 décembre 2018 (version 6.20) ;
 - mise à jour déployée le 17 avril 2020 (version 7.50).
72. Parmi ces mises à jour, Sony ne reconnaît pour sa part comme potentiellement bloquantes que cinq d'entre elles. Considérant en particulier comme non étayées les deux dernières, Sony soutient que la pratique litigieuse a pris fin au plus tard en mars 2018.

2. LE PROGRAMME DE LICENCE OLP

a) Les bénéficiaires du programme de licence OLP pour les entreprises partenaires

73. Comme indiqué aux paragraphes 26 et 27 *supra*, Sony a conclu, dans le cadre du programme OLP applicable en France aux accessoires de contrôle relevant de l'écosystème PS4 et dont les premiers contrats pour la France auraient, selon Sony, été signés en octobre et novembre 2013, des accords de licence d'utilisation de ses droits de propriété intellectuelle avec différentes entreprises, pour la fabrication d'un certain nombre de manettes de jeux conçues pour la console PS4. Ce programme permet aux entreprises adhérentes d'obtenir, notamment, le droit d'utiliser le logo Sony sur leurs produits et emballages.
74. Au-delà de la possibilité, pour l'entreprise partenaire, d'utiliser certains des éléments visuels protégés par les droits de propriété intellectuelle de Sony, les fabricants de manettes de jeux sous licence se voient fournir des numéros d'identification individuels uniques, ce qui leur permet de ne pas être affectés par le dispositif technique de contre-mesures mis en œuvre par Sony. Dans les éléments complémentaires transmis par Sony à la suite de l'audition de ses représentants par les services d'instruction, ceux-ci ont précisé, sur ce point, que « *les manettes Dual Shock 4 et celles licenciées par SIEE et désignées comme OLP (qui bénéficient en conséquence du soutien de la marque Playstation) utilisent la technologie propriétaire de Sony Interactive Entertainment Inc (SIEI) pour assurer leur compatibilité avec l'écosystème propriétaire Playstation 4. En conséquence, ces produits ne sont pas*

censés rencontrer des difficultés de compatibilité lors des mises à jour mondiales du système effectuées par SIEI »⁷⁸.

75. Il n'existe pas, à ce jour, d'autre possibilité, pour un tiers qui souhaiterait accéder aux numéros d'identification individuels uniques contrôlés par Sony, que d'adhérer au programme de licence OLP s'il souhaite éviter les déconnexions de ses manettes résultant des contre-mesures techniques⁷⁹.

b) Les critères retenus par Sony pour accorder des licences officielles aux tiers intéressés

76. Les critères retenus par Sony pour accorder des licences officielles ne sont pas publics et ne peuvent donc être connus des tiers intéressés que si Sony les leur communique individuellement.
77. Sur ce point, les représentants de Sony ont précisé que *« le programme OLP de SIEI [Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha)] est conçu pour soutenir la marque PlayStation et attirer de nouveaux joueurs en proposant des produits innovants et au design sophistiqué qui contribuent de manière positive à l'expérience PlayStation. En particulier, s'agissant des manettes de jeux pour PlayStation[®]4, des critères tels que l'existence de particularités permettant de séduire des joueurs ayant différents styles de jeux, de faciliter l'accès à la PlayStation[®]4 de joueurs habitués à d'autres environnements de jeu, de rendre l'expérience de jeu encore plus complète, sont des critères pertinents lors de l'étude d'une possible licence OLP »⁸⁰.*
78. Toutefois, outre le caractère peu précis et non exhaustif de ces critères, il apparaît que Sony a pu accorder des licences couvrant le territoire français, alors que, dans le même temps, elle a répondu à Subsonic ne pas avoir l'intention de le faire, et a systématiquement refusé de lui communiquer ses critères d'octroi de licence malgré plusieurs demandes en ce sens.
79. Ainsi, le 1^{er} avril 2014, en réponse à une demande de Subsonic qui s'enquerrait de la possibilité de bénéficier d'une licence pour la commercialisation de manettes de jeux conçues pour la console PS4, après que Sony a – en contradiction avec l'intention qu'elle avait exprimée initialement – accordé une licence pour la fabrication d'une manette au constructeur japonais Hori⁸¹, la société Sony Computer Entertainment Europe Limited (SCEE) a affirmé : *« [cette manette licenciée] est seulement destinée au marché japonais et la licence a été accordée par SCEJ [filiale japonaise de Sony], Elle n'a pas été licenciée par SCEE. Comme mentionné précédemment, nous n'accordons pas de licence pour des manettes du même type que la Dual Shock 4 (filaire ou sans fil) pour les territoires PAL pour le moment »⁸² (traduction libre).*

⁷⁸ Cote 3697.

⁷⁹ Cotes 6524, 6628, 6677 et 6872.

⁸⁰ Cote 3697.

⁸¹ Cotes 486, 487 et 488.

⁸² Cote 486. Les territoires PAL (pour « *Phase Alternating Line* ») sont ceux qui utilisent la norme PAL, par opposition avec la norme NTSC (utilisée aux États-Unis et au Japon).

80. En juillet 2014, la société SCEE a confirmé à Subsonic que « SCEE n'a accordé aucune licence pour des manettes et n'a pas l'intention de le faire dans un futur proche »⁸³ (traduction libre).
81. Ayant constaté le lancement au Royaume-Uni d'une manette tierce spécifiquement conçue pour la console PS4, Subsonic a, le 22 avril 2015, à nouveau contacté la société SCEE au sujet de la possibilité d'obtenir une licence pour des manettes de jeux conçues pour la console PS4⁸⁴. La société SCEE a, le même jour, opposé à nouveau une fin de non-recevoir à Subsonic : « S'agissant des manettes pour la PS4, il n'est pas possible d'obtenir de licence. Je suppose que vous faites référence à des manettes qui ne disposent pas de toutes les fonctionnalités [de la manette de Sony], Avez-vous plus de détails à leur sujet ? »⁸⁵ (traduction libre).
82. Au cours de cet échange, Subsonic a invité la société SCEE à expliciter ce qu'il convenait d'entendre par « manettes qui ne disposent pas de toutes les fonctionnalités », s'enquérant ainsi de savoir si la reprise de toutes les fonctionnalités de la manette de Sony était ou non l'une des conditions requises pour obtenir une licence⁸⁶. La société SCEE a précisé le 23 avril 2015, en réponse, que les manettes de jeux auxquelles Subsonic faisait référence « ne sont pas des produits sous licence officielle et n'ont pas reçu l'aval de Sony. Notre politique reste la même en ce que SCEE n'accorde aucune licence et n'envisage pas d'accorder de licence pour des manettes quelles qu'elles soient pour la Playstation 4 »⁸⁷ (traduction libre).
83. À la suite de l'apparition sur le marché, en octobre 2017, de nouveaux modèles de manettes de jeux sous licence officielle produites par les sociétés Nacon et @Play/Gamestop, Subsonic a, une nouvelle fois, approché les services de Sony et a formulé, le 20 octobre 2017, son souhait d'accéder au programme de licence OLP pour ce qui relevait de ses propres manettes conçues pour la console PS4 et, dans cette perspective, de prendre connaissance des critères retenus par Sony pour accorder des licences officielles⁸⁸. Elle n'avait reçu aucune réponse à cette demande au jour de la séance⁸⁹.
84. Outre Subsonic, le conseil de la société Proxima Plus a adressé un courrier et un courriel à Sony Europe Limited le 23 mai 2017 dans lesquels elle indiquait qu'elle était intéressée par une licence officielle pour ses manettes de jeux conçues pour la console PS4⁹⁰. Le 6 juin 2017, Sony a répondu à ce courriel en indiquant que la demande allait être transmise à ses « services compétents à [leur] siège européen de Londres »⁹¹. Aucune réponse provenant des services compétents n'est toutefois parvenue à la société Proxima Plus.

⁸³ Cote 463.

⁸⁴ Cote 493.

⁸⁵ Cote 493.

⁸⁶ Cote 492.

⁸⁷ Cote 492.

⁸⁸ Cotes 4991 à 4994.

⁸⁹ Cote 6632.

⁹⁰ Cote 3692.

⁹¹ Cote 6527.

E. LE GRIEF NOTIFIE

85. Aux termes de la notification du 13 juillet 2021, il a été fait grief aux sociétés :
- Sony Interactive Entertainment Europe Limited, en qualité d’auteure,
 - Sony Interactive Entertainment Inc. K.K., en qualité d’auteure,
 - Sony Interactive Entertainment France, en sa qualité de société dont l’activité a été objectivement nécessaire à la réalisation des pratiques dénoncées par les sociétés Sony Interactive Entertainment Europe Limited et Sony Interactive Entertainment Inc. K.K.,
 - Sony Group Corporation, en sa qualité de société mère ayant exercé une influence déterminante sur la société Sony Interactive Entertainment Europe Limited, directement entre le 12 décembre 2013 et le 2 août 2017, puis indirectement entre le 3 août 2017 et le 17 avril 2020, ainsi qu’en sa qualité de société mère ayant exercé directement une influence déterminante sur la société Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. entre le 12 décembre 2013 et le 17 avril 2020,

« d’avoir abusé de leur position dominante sur le marché national amont de l’approvisionnement en manettes de jeux conçues pour la console PS4 en élevant artificiellement les barrières à l’entrée et à l’expansion sur ce marché, grâce à la combinaison de la mise en place d’un dispositif de contre-mesures techniques intégrées dans certaines mises à jour du système d’exploitation de la console PS4 avec une politique d’octroi de licences opaque et un programme de licence OLP rendu particulièrement difficile à comprendre et a fortiori à intégrer en pratique, freinant ainsi l’entrée et le développement des tiers ne disposant pas de licence officielle sur ce marché ».

II. Discussion

86. Après avoir, de façon liminaire, exposé la réponse du collègue à la demande de report de la séance formée par Sony (A.), seront successivement examinés la procédure (B.), l’applicabilité du droit de l’Union (C.), le marché pertinent (D.), la position dominante (E.), les pratiques n’ayant pas fait l’objet de griefs (F), le bien-fondé du grief notifié (G.), l’imputabilité (H.) et les sanctions (I.).

A. SUR LA DEMANDE DE REPORT DE LA SÉANCE

87. Le collègue a examiné, en ouverture de la séance du 29 novembre 2022, la demande de report présentée par Sony.
88. Arguant que les mémoires en réponse au rapport n’avaient pas été envoyés dans le délai de quinze jours avant la séance prévu, selon elle, par l’alinéa 3 de l’article L. 463-2 du code de commerce et que les services d’instruction ne pouvaient poursuivre leur instruction après l’envoi du rapport, Sony faisait aussi valoir ne pas avoir été en mesure, dans le délai précédant la séance, de traduire, étudier, et discuter les « nombreuses pièces » en langue

étrangère, constituant « *un nouveau pan entier [du dossier], adressé en dehors de toute procédure contradictoire écrite et seulement quatorze jours avant la séance* », alors même que trois des sociétés mises en cause avaient leur siège en dehors du territoire français. Concluant à la nullité des actes d'instruction additionnels, à une violation du principe du contradictoire et à une atteinte grave aux droits de la défense, elle sollicitait un report de la séance à une date ultérieure, et subsidiairement que les éléments versés moins de quinze jours avant la séance soient écartés des débats.

89. Après avoir entendu les parties, les services d'instruction et le commissaire du Gouvernement, puis en avoir délibéré, le collège a rejeté cette demande de report, ainsi que la demande subsidiaire, pour les motifs suivants.
90. Aux termes de l'article L. 463-2 du code de commerce, « [l]es parties ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse [au rapport] qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent » (soit les parties, le commissaire du Gouvernement et les ministres intéressés). Les services d'instruction n'ont pas, aux termes de cet article, à communiquer ces mémoires aux parties. Ils doivent en revanche en permettre la consultation dans les quinze jours qui précèdent la séance. Le délai de quinze jours mentionné *supra* ne constitue donc pas le délai dans lequel les écritures adverses devraient être au plus tard communiquées, mais ouvre uniquement la période de leur consultation possible par les parties au siège de l'Autorité. Dès lors, en communiquant le 15 novembre 2022 au conseil de Sony les mémoires en réponse accompagnés de 86 pièces cotées, qui étaient d'ores et déjà consultables au siège de l'Autorité, les services de la procédure ont non seulement respecté l'article susvisé, mais sont même allés au-delà des exigences textuelles ne prévoyant que la simple mise à disposition pour consultation. Il convient en outre de relever que, convoquée le 28 octobre 2022 à une séance prévue le 29 novembre 2022, Sony n'a pas, avant la date du 18 novembre 2022, manifesté sa volonté de consulter ces mémoires.
91. Par ailleurs, rien n'interdit aux rapporteurs de conduire des actes d'instruction postérieurement à la notification du rapport dès lors qu'ils sont soumis au principe du contradictoire. Il en résulte que les sept demandes d'information adressées entre les 14 et 26 octobre 2022 ne sont pas par principe attentatoires aux droits de la défense, les parties ayant été à même d'en prendre connaissance ainsi que des réponses obtenues, dans un délai suffisant avant la séance, et de les commenter lors de celle-ci devant le collège de l'Autorité. Loin de porter, comme le soutenait Sony, sur « *l'analyse des pratiques en visant à (i) tenter de démontrer l'existence de mesures techniques additionnelles, et (ii) collecter des éléments de nature totalement nouvelle relatif à l'effet allégué desdites mesures techniques* » et donc, à établir des « *éléments nouveaux* », les demandes d'information adressées par les services d'instruction avaient seulement pour but de vérifier la pertinence de deux arguments opposés par Sony dans ses observations en réponse au rapport et portant, pour le premier, sur l'intégration des ventes réalisées *via* les places de marché dans le calcul de la part de marché de Sony, et, pour le second, sur l'impact des mises à jour des 13 décembre 2018 et 7 avril 2020 sur les manettes fabriquées par Suza, mises à jour que les services d'instruction prenaient déjà en compte au stade du rapport.
92. Sony a encore soutenu que les parties devaient en tout état de cause avoir la possibilité de répondre par écrit, et pas seulement oralement lors de la séance, ajoutant « [qu']en collectant de nouveaux éléments utilisés à charge après la réponse au rapport, les services d'instruction contournent ce principe et placent les parties mises en cause dans l'impossibilité de répondre par écrit à ces éléments ». Là encore, toutefois, il importe

seulement que le principe du contradictoire soit respecté et que les parties aient la faculté de répliquer en séance aux observations présentées par les services d'instruction⁹².

93. Enfin, si Sony faisait état d'actes d'instruction « *importants ou volumineux* » qui l'auraient mise dans l'impossibilité matérielle d'analyser et exploiter les pièces en résultant, le collège, a estimé, après en avoir délibéré *in limine litis*, que les pièces litigieuses (86 cotes, soit un total de 67 pages, comportant des courriels de consommateurs adressés à Suza à l'occasion de mises à jour, ainsi que deux fichiers Excel de taille modérée), ne justifiaient pas un report de la séance.
94. À toutes fins utiles, le collège a toutefois autorisé la production par Sony, au plus tard le 29 décembre 2022, d'une note en délibéré ayant pour objet de discuter du contenu des pièces litigieuses. Se saisissant de cette opportunité, Sony a adressé une note le 29 décembre 2022, par l'intermédiaire de son conseil, à laquelle Subsonic a répondu le 30 janvier 2023.

B. SUR LA PROCEDURE

95. Seront examinés les moyens des sociétés Sony relatifs à la procédure d'engagements (1.), au principe d'impartialité de l'instruction (2.), et aux demandes d'informations adressées par les services d'instruction pendant le délai de réponse à la notification des griefs (3.).

1. LA PROCEDURE D'ENGAGEMENTS

96. Sony a avancé plusieurs arguments en lien avec la procédure d'engagements antérieure. Elle soutient notamment qu'en lui notifiant un grief sans attendre l'issue des recours qu'elle a introduits devant le Conseil d'État et la cour d'appel de Paris à l'encontre de la décision de renvoi à l'instruction, les services d'instruction ont pris le risque de voir toute la procédure annulée. Elle reproche aussi aux services d'instruction de s'être éloignés de la teneur des discussions ayant eu lieu devant le collège de l'Autorité en lui notifiant un grief unique « *là où les engagements de SIEE [Sony Interactive Entertainment Europe Limited] avaient été refusés au motif qu'il existait deux problèmes de concurrence (l'un relatif aux contre-mesures techniques, l'autre au programme de licence)* ».
97. Ces différents arguments étant soumis aux juridictions de contrôle de l'Autorité dans le cadre des recours introduits par Sony à l'encontre de la décision de renvoi à l'instruction, l'Autorité n'a pas à y répondre dans la présente décision.

⁹² Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2016, E-Kanopi, n° 14-21.670. Dans cette affaire, les parties soutenaient que les services d'instruction auraient dû leur communiquer sous forme écrite le rapport qu'ils allaient présenter en séance. La Cour de cassation a considéré : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient exactement qu'aucune disposition n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général aient préalablement revêtu une forme écrite et aient été communiqués aux parties ; qu'ayant constaté que la société E-Kanopi avait été mise en mesure de répliquer aux observations orales du rapporteur, lors de la séance du 17 janvier 2013, la cour d'appel a, à bon droit, retenu que cette société n'était pas fondée à invoquer la violation du principe de la contradiction résultant de ce que les observations orales du rapporteur s'appuyaient sur un document écrit dont elle n'avait pas eu connaissance* » (soulignement ajouté).

98. Il sera cependant relevé que le juge constitutionnel n'a décelé aucun risque de partialité dans la circonstance que l'Autorité puisse connaître, à travers une procédure de sanction, des faits ayant précédemment donné lieu à une procédure d'engagements finalement rejetés⁹³. De même, le juge constitutionnel a rappelé que la procédure d'engagements ne visait pas à préjuger la réalité et la qualification des faits examinés⁹⁴. Il s'en déduit que les discussions relatives à la procédure d'engagements ne sauraient avoir de conséquences sur la formulation d'éventuels griefs, dont le bien-fondé est ensuite examiné par le collège.
99. Les arguments de Sony seront donc écartés.

2. LE PRINCIPE D'IMPARTIALITE DE L'INSTRUCTION

100. Sony reproche à l'instruction d'avoir été menée à charge, certains éléments à décharge ayant été, d'après elle, mis de côté.
101. Cet argument – outre qu'il n'est pas étayé – doit être écarté. Il ressort en effet de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris que, dans le cadre de la procédure contradictoire, *« il ne peut être reproché aux rapporteurs d'avoir retenu les éléments "à charge" des entreprises et écarté les éléments que celles-ci invoquaient à leur décharge, dès lors qu'ils ont pour fonction d'instruire et de décrire dans la notification des griefs, puis dans le rapport, ce qui à leurs yeux doit conduire à la qualification et à la sanction de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité ayant en charge d'examiner le bien-fondé des éléments ainsi retenus »*⁹⁵.

3. LES DEMANDES D'INFORMATIONS ADRESSEES PAR LES SERVICES D'INSTRUCTION PENDANT LE DELAI DE REPONSE A LA NOTIFICATION DE GRIEFS

102. Dans ses observations à la notification de griefs, Sony affirme que, dans le délai imparti pour y répondre, elle a *« dû faire face à des demandes d'informations supplémentaires de l'Autorité qui sont venues empiéter sur sa capacité à préparer correctement sa défense »*. Sony cite, à cet égard, les demandes d'informations adressées par les services d'instruction les 13 juillet, 24 août et 25 août 2021.
103. Il ressort du dossier que :
- la demande d'informations du 13 juillet 2021, adressée avant l'envoi de la notification de griefs, n'est en réalité que le complément de la demande adressée à Sony Group Corporation le 22 juin 2021, à laquelle celle-ci n'a pas répondu. La demande d'informations en question n'a ainsi été adressée le 13 juillet 2021 à la filiale française SIEF, qu'en raison du manque de coopération dont a fait preuve Sony

⁹³ Décision du Conseil constitutionnel n° 2022-1035 QPC du 10 février 2023, Société Sony interactive entertainment France et autre, point 11.

⁹⁴ *Ibid.*, point 10.

⁹⁵ Arrêt de la cour d'appel de Paris, 17 mai 2018, Umicore, n° 2016/16621, p. 18 ; voir également l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 21 décembre 2017, La Banque Postale e.a., n° 2015/17638, pp. 31-32. Voir également l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 11 juillet 2019, Janssen-Cilag, n° 18/01945, paragraphe 118.

Group Corporation, qui n'a pas communiqué les informations demandées⁹⁶, relatives aux valeurs des ventes⁹⁷. ;

- la demande d'informations du 24 août 2021 visait à clarifier les conditions de représentation des sociétés SIEE, SIEKK et Sony Group Corporation⁹⁸, les services d'instruction ayant jusqu'alors reçu de la part des conseils de la société SIEF des informations contradictoires⁹⁹ ;
- les quatre questions contenues dans la demande d'informations adressée le 25 août 2021 à la société SIEF concernaient sa réponse, partielle, du 13 août 2021, à la demande d'informations envoyée le 22 juin 2021 à Sony Groupe Corporation et le 13 juillet 2021 à SIEF, en raison du manque de clarté des réponses apportées¹⁰⁰.

104. Il résulte de ce qui précède que les sociétés du groupe Sony ne sont pas fondées à reprocher à l'instruction l'envoi, pendant la période de la notification des griefs, les demandes d'informations mentionnées ci-dessus.
105. Il convient, du reste, de souligner que les services d'instruction ont accordé aux sociétés du groupe Sony des délais supplémentaires conséquents pour répondre à la notification des griefs (quinze jours à SIEKK et à Sony Group Corporation, un mois à SIEE, et un mois et trois jours à la société SIEF).

C. SUR L'APPLICABILITE DU DROIT DE L'UNION

106. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice ») et la communication de la Commission portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »)¹⁰¹, trois éléments doivent être établis pour que des pratiques soient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres de l'Union : l'existence d'un courant d'échanges entre les États membres portant sur les produits en cause, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette affectation.
107. La notion d'affectation des échanges entre États membres est interprétée largement par la jurisprudence. À cet égard, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 31 janvier 2012, que les termes « *susceptibles d'affecter* » énoncés par les articles 101 et 102 TFUE « *supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants*

⁹⁶ Cote 7118.

⁹⁷ Voir Rapport, paragraphes 223 à 229.

⁹⁸ Cote 10625.

⁹⁹ Voir Rapport, paragraphes 230 à 236.

¹⁰⁰ Cotes 11505 à 11507.

¹⁰¹ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004, pages 0081 à 0096.

*d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire »*¹⁰².

108. Dans ce même arrêt, elle a encore précisé, que « *le caractère sensible de l'affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle, du commerce intracommunautaire résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause* »¹⁰³.
109. En l'espèce, les manettes de jeux conçues pour la console PS4 produites par Suza International, Subsonic, Proxima Plus, ou encore Pixminds, c'est-à-dire par les tiers ne disposant pas de licence officielle de la part de Sony, sont standardisées au niveau européen, et elles sont commercialisées dans d'autres États membres. Leurs manettes disponibles à la vente en France peuvent par ailleurs être achetées par des consommateurs se trouvant dans d'autres États membres de l'Union européenne (ci-après « l'Union »), notamment via les sites de e-commerce de leurs distributeurs¹⁰⁴.
110. Les manettes vendues par Sony sont elles aussi standardisées et commercialisées au niveau européen. Les pratiques dénoncées, qu'il s'agisse des contre-mesures techniques ou de la gestion du programme OLP, ne sont pas limitées au territoire français et s'étendent à l'ensemble du marché européen.
111. Enfin, et comme il sera démontré *infra*, les parts de Sony sur le marché national amont de l'approvisionnement en manettes de jeux conçues pour la console PS4 sont très importantes, supérieures à 76 % depuis 2015, et ces manettes présentent pour les grossistes et distributeurs un caractère incontournable.
112. Il en résulte que les pratiques en cause, qui concernent l'approvisionnement du marché français, sont susceptibles d'avoir affecté sensiblement le commerce entre les États membres. Ces pratiques doivent, en conséquence, être examinées tant au regard des règles de concurrence de l'Union que des règles internes.

D. SUR LA DEFINITION DU MARCHE PERTINENT

113. Les services d'instruction ont considéré que le marché pertinent était le marché national amont de l'approvisionnement en manettes de jeux conçues pour la console PS4.
114. Sony conteste la définition proposée du marché de produits, qu'elle estime restrictive et erronée, sans pour autant proposer d'autre définition de marché.

1. RAPPEL DES PRINCIPES

115. La définition des marchés de produits et des marchés géographiques, dans le cadre de l'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, est effectuée pour

¹⁰² Arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, Orange Caraïbe e.a., pourvoi n° 10-25.772, page 6.

¹⁰³ Arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, Orange Caraïbe précité, page 6 ; voir également, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris, du 28 mars 2013, Société des pétroles Shell e.a., RG n° 2011/18 245 et arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2015, Société Chevron Products Company e. a., pourvoi n° 13-16.745.

¹⁰⁴ Cotes 6523, 6593, 6626, VNC 6627 et 6677.

déterminer si l'entreprise concernée occupe une position dominante et si celle-ci lui permet d'empêcher le maintien d'une concurrence efficace sur le marché pertinent, en lui donnant le pouvoir de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients, et in fine, des consommateurs.

116. Le concept de marché pertinent implique qu'il puisse y avoir une concurrence efficace entre les produits et services qui appartiennent à ce marché. Cela présuppose qu'il y ait un degré suffisant de substituabilité entre tous les produits et services appartenant au même marché relativement à un usage spécifique de ceux-ci¹⁰⁵.
117. Sur ce point toutefois, « *une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables, et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »¹⁰⁶.
118. Un examen de la substituabilité ne peut donc pas se limiter simplement aux caractéristiques objectives des produits et services concernés. Les conditions de concurrence et la structure de l'offre et de la demande sur le marché doivent également être prises en compte¹⁰⁷.
119. L'identification de marchés de produits pertinents découle de l'existence de contraintes concurrentielles. À cet égard, les entreprises sont notamment soumises à la substituabilité du côté de la demande et à la substituabilité au niveau de l'offre. D'un point de vue économique, pour la définition du marché pertinent, la substituabilité de la demande constitue le facteur de discipline le plus immédiat vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné¹⁰⁸.
120. La substituabilité de l'offre peut aussi être prise en compte dans le cadre de la définition du marché, dans les situations où ses effets sont équivalents à ceux de la substituabilité de la demande en termes d'effectivité et d'immédiateté. Il y a une substituabilité de l'offre lorsque les fournisseurs peuvent réorienter la production vers les produits ou services en cause et les commercialiser à court terme sans avoir à supporter ni coût ni risque supplémentaire substantiel en réponse à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs. Lorsque ces conditions sont remplies, le supplément de production qui est ainsi mis sur le marché devrait exercer un effet de discipline sur le comportement concurrentiel des entreprises en cause¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de justice du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche c/ Commission, 85/76, paragraphe 28. Voir aussi la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (« Communication de la Commission sur la définition du marché en cause »), JO C 372, 9.12.1997, paragraphe 5.

¹⁰⁶ Voir, notamment, décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, paragraphe 220 ; n° 10-D-19 du 24 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de la fourniture de gaz, des installations de chauffage et de la gestion de réseaux de chaleur et de chaufferies collectives, paragraphes 158 et 159 ; arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2011, Perrigault, n° 10/08165.

¹⁰⁷ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de justice du 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission, 322/81 paragraphe 37 et l'arrêt du Tribunal de l'Union du 25 mars 2015, Slovenská pošta c/ Commission, T-556/08, paragraphe 112.

¹⁰⁸ Voir Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, paragraphes 13 et suivants.

¹⁰⁹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, paragraphe 20.

121. Dans sa dimension géographique, le marché est constitué par « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »¹¹⁰.

2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE

a) Sur le marché de produits

122. L'Autorité a déjà eu l'occasion d'affirmer, en s'appuyant sur la pratique décisionnelle du ministre de l'économie¹¹¹, que les accessoires pour consoles de jeux vidéo constituaient des marchés distincts des consoles de jeux vidéo¹¹². Le marché des accessoires de contrôle destinés aux consoles statiques de jeux vidéo n'a, en revanche, pas encore fait l'objet de délimitation précise, ni par l'Autorité ni par la Commission.
123. Il existe plusieurs catégories d'accessoires de contrôle, et, au sein d'une même catégorie, ils peuvent être très variables en termes d'ergonomie, de caractéristiques, de fonctionnalités et de prix¹¹³.
124. Seront discutées successivement la question de savoir s'il convient de distinguer : au sein des accessoires de contrôles destinés aux consoles statiques de jeux vidéo, les manettes et les autres accessoires de contrôle (1.) ; au sein de manettes de jeu, les manettes conçues pour les consoles PlayStation de huitième génération et les manettes de jeux conçues pour les autres consoles statiques de huitième génération (2.) ; les manettes conçues pour les consoles PlayStation de huitième génération et les manettes conçues pour les consoles PlayStation d'autres générations (3.) ; la question du niveau de distribution pertinent (4.).

1. Manettes et autres accessoires de contrôle

125. Si la manette de jeux généraliste constitue l'accessoire de contrôle pour console de jeux vidéo le plus courant, d'autres accessoires ont été spécifiquement conçus pour une catégorie donnée de jeux vidéo. Il existe ainsi des volants et des pédales pour les jeux de conduite automobile, des joysticks et manches de vol pour les jeux de pilotage d'avion, des guitares ou des batteries pour les jeux de musique, etc. Les accessoires spécialisés dans les jeux de combat, même quand ils ressemblent à des manettes, présentent, éventuellement à la place du joystick droit, une série de six boutons qui visent à reproduire l'expérience du jeu vidéo d'arcade. Du fait de ces spécificités, un accessoire de contrôle spécifiquement conçu pour

¹¹⁰ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, paragraphe 8.

¹¹¹ Voir la lettre du Ministre de l'économie n° C2006-38 du 13 avril 2006 aux conseils de la société Deutsche Bank, relative à une concentration dans le secteur des jeux vidéo.

¹¹² Décision n° 11-DCC-105 du 7 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Modelabs Group par la société Bigben Interactive, paragraphe 6. Dans cette affaire, la partie notifiante avait envisagé une distinction entre les accessoires pour consoles de jeux vidéo statiques et les accessoires pour consoles nomades. Elle avait souligné qu'un accessoire destiné à une console donnée lui était spécifique et ne pouvait a priori être utilisée sur une autre console, qu'elle soit nomade ou statique. Elle avait enfin relevé que les accessoires de contrôles et de jeux étaient distincts des autres accessoires de consoles. Toutefois, l'Autorité avait laissé ouverte la définition précise du ou des marchés des accessoires pour consoles de jeux vidéo.

¹¹³ Cote 6761.

une catégorie de jeux vidéo ne peut pas être utilisée pour jouer à une autre catégorie de jeux, du moins pas sans affecter significativement l'expérience de jeu.

126. Du côté de la demande, il apparaît dès lors que les autres accessoires de contrôle ne sont pas substituables aux manettes. En effet, ces dernières répondent aux besoins de la grande majorité des utilisateurs qui ne limitent pas l'utilisation de leur console à un seul type de jeu. Les autres accessoires de contrôle apparaissent également, dans leur ensemble, significativement plus chers que les manettes, la quantité produite étant généralement plus faible et leur fabrication parfois très complexe¹¹⁴. Tel est particulièrement le cas des accessoires spécialisés dans les simulations de vol ou la musique, des accessoires pour jeux de conduite automobile et pour jeux de combat¹¹⁵. Au regard de ces éléments, il est peu probable que les utilisateurs désireux d'acheter une nouvelle manette lui substituent un autre accessoire de contrôle, même en cas d'une augmentation du prix des manettes de l'ordre de 5 à 10 %, de sorte qu'on peut considérer que les autres accessoires de contrôle n'exercent pas sur les manettes une pression concurrentielle suffisante.
127. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'analyser la substituabilité du côté de l'offre,¹¹⁶ qu'il convient de distinguer les manettes pour consoles de jeux vidéo statiques des autres accessoires de contrôle disponibles pour ces mêmes consoles.

2. Manettes conçues pour PlayStation et manettes conçues pour des consoles statiques concurrentes

128. Comme indiqué supra au paragraphe 19, les consoles statiques de huitième génération comprennent la PlayStation PS4 de Sony, mais également la Switch de Nintendo et les consoles Xbox One et Xbox One X de Microsoft.
129. Pour autant, les manettes conçues pour consoles Nintendo ou Microsoft ne sont pas substituables aux manettes pour PS4. En effet, elles ne sont pas compatibles avec les consoles PlayStation elles-mêmes.
130. Il ressort des éléments du dossier qu'il n'existe pas d'adaptateur permettant d'utiliser les manettes pour Switch sur console PS4. En revanche, il existe des adaptateurs disponibles sur

¹¹⁴ Cote 6518.

¹¹⁵ Ce point n'est pas contesté par Sony pour les accessoires de simulations de vol et les accessoires pour jeux de musique. Les éléments apportés par Sony concernant les accessoires spécialisés dans les jeux de conduite automobile montrent que la différence de prix avec les manettes demeure, même si elle est moins marquée. En effet, les offres sélectionnées par Sony montrent des prix à l'achat compris entre 45,49 et 67,44 euros pour de tels accessoires (cotes 12869 à 12876). Le Rapport présentait quant à lui des offres comprises, toujours pour les accessoires de cette catégorie, entre 109,95 et 430,99 euros (cote 12452). Aux fins de comparaison avec les manettes pour PS4, il convient de relever que Sony affirme : « *Alors que le prix de vente habituellement constaté pour les manettes Sony est de l'ordre de 60 euros, [un relevé de prix préparé par Sony] révèle (i) qu'il existe de nombreuses manettes autour de 30 euros, c'est-à-dire la moitié du prix des manettes de Sony et (ii) que ces concurrents sont à la fois des licenciés OLP et des non licenciés* » (cote 12651). Pour les jeux de combat, les offres sélectionnées par Sony montrent des prix à l'achat compris entre 47,00 et 72,94 euros (cotes 12877 à 12884).

¹¹⁶ Voir les principes applicables rappelés supra aux paragraphes 119 et 120.

Comme indiqué par le Conseil de la concurrence dans son rapport annuel de 2001, « *la substituabilité entre différents biens et services du point de vue de la demande constitue pour le Conseil le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent* » (page 4). Voir également la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, paragraphes 13 et 14.

le marché qui permettent d'utiliser des manettes prévues pour consoles Xbox One et Xbox One X sur console PS4.

131. Mais malgré cet adaptateur, la substituabilité des manettes Xbox n'apparaît que très relative. Tout d'abord, comme indiqué par Microsoft, le fabricant d'une manette de jeux conçue pour Xbox ne peut pas garantir aux utilisateurs un fonctionnement normal de la manette et une expérience optimale de jeu sur une console PS4, même avec cet adaptateur¹¹⁷. Cela est susceptible de décourager un certain nombre de consommateurs d'acheter cette manette pour jouer sur PS4. De plus, le prix de cet adaptateur, qui, d'après Sony peut s'élever à 21,99 euros, doit, dans l'acte d'achat du consommateur, s'ajouter au prix de l'achat de la manette Xbox. Or le prix des manettes pour Xbox One et Xbox One X apparaît comparable, à qualité égale, au prix des manettes pour console PS4¹¹⁸. Il s'ensuit que, pour remplacer une manette prévue pour PS4 par une manette prévue pour Xbox, le consommateur doit accepter une augmentation de prix significative (un doublement du prix pour les manettes les moins chères, une augmentation de près de 15 à 20 % pour les manettes plus haut de gamme comme la Nacon X Pro Controller, ou la manette sans fil Xbox Elite Series 2 de Microsoft). Au regard de ces éléments, il est peu probable que les utilisateurs désireux d'acheter une nouvelle manette pour PS4 lui substituent une manette pour Xbox, même en cas d'une augmentation du prix de la première de l'ordre de 5 à 10 %.
132. Ainsi, on peut considérer que, du côté de la demande, les manettes conçues pour Nintendo n'exercent aucune pression sur les manettes conçues pour PS4, et que les manettes conçues pour Xbox n'exercent pas sur les manettes de PS4 une pression concurrentielle suffisante pour faire partie du même marché.
133. Du côté de l'offre, Sony fait valoir que certains fabricants de manettes de jeu conçues pour la console PS4, qu'ils soient ou non licenciés par Sony, produiraient et commercialiseraient également des manettes conçues pour des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération autres que la console PS4. Elle en déduit qu'il existe une substituabilité forte du côté de l'offre entre toutes les manettes destinées aux différentes consoles de huitième génération.
134. Toutefois, étant donné, du côté de la demande, l'absence de substituabilité résultant de l'incompatibilité de la console PS4 avec les manettes conçues pour d'autres consoles, cet argument est inopérant. Il convient de préciser en outre que ni Nintendo ni Microsoft n'ont intérêt à lancer ou à promouvoir la fabrication de manettes de jeux qui seraient compatibles avec la console PS4. Cela reviendrait en effet pour eux à promouvoir indirectement auprès des consommateurs un autre écosystème que celui de leurs propres consoles, et à prendre ainsi le risque de voir les ventes de leurs consoles diminuer. On ne saurait dès lors conclure à l'existence d'une forte pression concurrentielle, du côté de l'offre, des manettes conçues pour consoles Nintendo et Microsoft sur les manettes conçues pour consoles PlayStation de Sony.
135. Il résulte de ce qui précède qu'il convient, aux fins de la définition du marché pertinent, de distinguer les manettes conçues pour consoles Sony des manettes conçues pour des consoles d'autres marques.

¹¹⁷ Cotes 6519 et 6762.

¹¹⁸ Voir cotes 12462 et 12463.

3. Manettes conçues pour consoles PlayStation de huitième génération et manettes pour consoles PlayStation d'autres générations.

136. S'agissant des manettes conçues pour les consoles PlayStation de génération antérieure, ou des manettes conçues pour la console PlayStation 5¹¹⁹, elles ne sont pas compatibles avec la console PS4 et ne sont donc pas substituables, du côté de la demande, aux manettes conçues pour PS4.
137. Il en résulte qu'aux fins de la définition du marché pertinent, il convient de distinguer les manettes conçues pour console PS4 des manettes conçues pour d'autres générations de PlayStation, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par Sony.

4. Marché amont et marché aval

138. Comme expliqué supra aux paragraphes 30 à 36, si certains fabricants de manettes de jeux vidéo disposent d'un canal de vente en propre, la quasi-totalité des manettes est vendue par les fabricants à des distributeurs, ou encore à des grossistes qui approvisionnent des distributeurs. Pour l'essentiel, les fabricants de manettes ne sont donc pas actifs sur le marché de détail, et c'est notamment le cas de Sony.
139. Il convient, dans ces conditions, de distinguer, un marché amont sur lequel les fabricants vendent les manettes aux intermédiaires, et un marché aval sur lequel les intermédiaires revendent les manettes au client final.
140. Sony soutient que cette distinction a des conséquences majeures sur la définition de marché de produits, dans la mesure où il faudrait analyser la demande non du point de vue du consommateur, mais du point de vue des intermédiaires, ce qui délimiterait un marché beaucoup plus large.
141. Au soutien de sa position, Sony relève que les intermédiaires, distributeurs et autres revendeurs, achètent des manettes, non pas seulement pour la PS4, mais pour les trois types de consoles de huitième génération (PS4, Nintendo Switch, Xbox One), auprès soit des fabricants de consoles de huitième génération, soit de fournisseurs licenciés par ces derniers, soit enfin de fournisseurs non licenciés. Selon Sony, *« les distributeurs/revendeurs ont le choix entre tous ces différents fournisseurs qui, hormis les fabricants de consoles eux-mêmes, proposent des manettes pour plusieurs consoles de 8^{ème} génération. Et tous ces fournisseurs sont ainsi en concurrence pour être référencés et obtenir une part de linéaire (physique ou virtuel) chez les revendeurs. »*¹²⁰ En rappelant que les différents intermédiaires s'approvisionnent aussi bien en manettes conçues pour PS4 qu'en manettes conçues pour Switch ou Xbox, elles en déduisent :

*« Il est ainsi manifeste que les fournisseurs de manettes pour toutes les consoles de 8^{ème} génération sont en concurrence pour vendre tous leurs produits auprès des distributeurs/revendeurs. Si un fournisseur de manette positionne mal son produit, le distributeur/revendeur pourra alors reporter sa demande sur un autre type de manette (du même fournisseur ou d'un autre) qui pourra être destiné à une autre console de 8^{ème} génération, établissant ainsi une substituabilité du côté de la demande au stade du commerce de gros. »*¹²¹

¹¹⁹ Cotes 6523, 6592, 6625 et 6869.

¹²⁰ Cote 12662.

¹²¹ Cote 12663.

142. Cet argument doit être écarté. En effet, outre qu'il n'est que théorique et n'est étayé par aucun élément concret, il revient à méconnaître les liens qui existent, de manière générale, entre les marchés amont de l'approvisionnement et les marchés aval de distribution des produits. L'Autorité a déjà eu l'occasion de rappeler, à diverses reprises :

« En matière de distribution, la pratique tant nationale (voir notamment les avis du Conseil de la concurrence n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 et n° 00-A-06 du 3 mai 2000) que communautaire retient généralement deux catégories de marchés : ceux qui mettent en présence les entreprises du commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens de consommation (les marchés en aval) et ceux de l'approvisionnement en ces mêmes biens (les marchés en amont). Ces deux marchés sont liés, le comportement des intervenants sur le marché de l'approvisionnement étant dépendant de la demande finale des consommateurs »¹²².

143. Autrement dit, la demande au niveau de l'approvisionnement est généralement une demande dérivée de celle existant au niveau du commerce de détail. Dès lors, les conditions de concurrence au niveau de l'approvisionnement ne sauraient être analysées indépendamment des conditions de concurrence au niveau du commerce de détail.

144. Contrairement à ce que soutiennent les sociétés Sony, il est pertinent d'analyser la demande du point de vue du consommateur.

145. Du reste, le fait qu'un même distributeur achète, pour ensuite les commercialiser, aussi bien des manettes de jeux conçues pour la console PS4 que des manettes de jeux conçues pour les autres consoles statiques de huitième génération montre bien que, du point de vue des distributeurs, et contrairement à ce que soutient Sony, ces différentes manettes ne sont pas substituables entre elles. Les distributeurs ne considèrent pas les manettes de jeux conçues pour la console PS4 et celles conçues pour les autres consoles statiques de huitième génération concurrentes comme des produits entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Au contraire, ils les regardent comme des produits permettant de répondre à des demandes distinctes et les achètent sur le marché amont afin d'être en mesure, au niveau du commerce de détail, de satisfaire les besoins différenciés des consommateurs.

146. Les sociétés Sony invoquent, à l'appui de leurs prétentions¹²³, une décision du ministre de l'économie de 2004, ainsi que trois décisions prises par l'Autorité en contrôle des concentrations entre 2013 et 2016¹²⁴.

147. Mais ces précédents ne sont pas pertinents puisqu'ils sont relatifs à l'appréciation globale de la puissance d'achat des intermédiaires résultant d'un regroupement à l'achat. Ils ne peuvent donc définir le périmètre à l'intérieur duquel les fabricants se font concurrence pour la vente

¹²² Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-06 du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipement de la maison, paragraphe 20. Voir également dans ce sens la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 31 août 2007, au Conseil de la société CAFOM, relative à une concentration dans le secteur de la vente de biens d'équipement de maison, page 3.

¹²³ Cote 12664.

¹²⁴ Lettre du ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, du 21 juin 2004, au conseil de la société Charly Guennec Entreprises, relative à une concentration dans le secteur du mariage et du commerce de gros et de demi-gros de produits asiatiques ; décision n° 14-DCC-43 du 18 mars 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société MisterGooddeal S.A par le groupe Darty ; décision n° 13-DCC-49 du 22 avril 2013 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Game France par la société Micromania Group SAS.

de manettes conçues pour PS4, lequel dépend au premier chef de la capacité du consommateur final à substituer de telles manettes par d'autres produits.

Conclusion sur la définition de marché de produits

148. Il résulte de ce qui précède qu'il convient de prendre en considération comme marché de produits pertinent le marché amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4.

b) Sur le marché géographique

149. Comme rappelé ci-dessus, les fabricants de manettes pour PS4 vendent des manettes qui sont standardisées au niveau européen et commercialisées dans plusieurs États membres. Toutefois, la distribution des manettes en question s'opère à un niveau national. Ainsi, les grossistes Innelec Multimédia, Trax Distribution et World Trade & Technologies mènent leurs négociations d'achats en manettes pour PS4 au niveau national¹²⁵, de même que les distributeurs Cultura, Carrefour, Fnac Darty, Boulanger, E.Leclerc, Auchan, ou encore PicWicToys (à tout le moins avant sa reprise par Smyths Toys)¹²⁶. D'après l'expérience d'opérateurs comme Innelec Multimédia, World Trade & Technologies, Cultura, Carrefour, Fnac Darty, Boulanger, E.Leclerc, Auchan et Picwictoys, ces négociations s'effectuent principalement auprès des filiales françaises des fabricants de manettes de jeux conçues pour les consoles PS4¹²⁷. Enfin, certains distributeurs tels que Cultura, Boulanger, Micromania, ou encore E.Leclerc, ne sont actifs qu'en France¹²⁸.
150. Il s'en déduit que le marché pertinent doit être limité au marché français de la fourniture de manettes conçues pour console PS4, ce qui n'est pas contesté par Sony.

E. SUR LA POSITION DOMINANTE

1. PRINCIPES APPLICABLES

151. La position dominante est définie comme une « *position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. L'existence d'une position dominante résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs, qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants* »¹²⁹.

¹²⁵ Cotes 6505, 6562 et 6686.

¹²⁶ Cotes 6479, 6608, 6668, 6704, 6714, 6745 et 6767. Comme expliqué ci-dessus au paragraphe 33, PicWicToys a été repris par Smyth Toys en 2022, soit après la notification des griefs.

¹²⁷ Cotes 6479, 6608, 6668, 6704, 6714, 6745 et 6767.

¹²⁸ Cotes 6479, 6608, 6668, 6767, 6816.

¹²⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour de justice du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, 27/76, paragraphes 64 et 65.

152. Un des critères principaux de la détermination de la position dominante est l'existence de parts de marché importantes. Des « *parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. En effet, la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente – sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable –*, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante »¹³⁰. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, une part de marché supérieure ou égale à 50 % constitue par elle-même, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante¹³¹.
153. Cependant, l'analyse de la position dominante d'une entreprise ne saurait toujours se limiter à un examen des parts de marché. D'autres facteurs peuvent être pris en compte, en particulier lorsque l'importance de la part de marché détenue par l'entreprise ne suffit pas à elle seule à caractériser sa position dominante sur le marché. Il pourra ainsi être tenu compte du rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et celles détenues par ses concurrents, de l'intensité de la concurrence et des barrières à l'entrée sur le marché concerné ou encore des caractéristiques propres à l'entreprise en cause : capacité d'influence sur le marché, image de marque, puissance financière¹³².

2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE

154. Seront analysés successivement les parts de marché des manettes Sony sur le marché pertinent (a.), puis l'existence de barrières à l'entrée et à l'expansion (b.), et enfin le contre-pouvoir de négociation des acheteurs vis-à-vis des fabricants de manettes (c).

a) Sur les parts de marché de Sony

155. Il ressort des éléments du dossier que les parts de marché en France des manettes commercialisées par Sony et conçues pour la PS4 dépassent très largement 50 % pour les années 2015-2020, même en excluant les manettes DualShock 4 commercialisées avec la console. Il convient en effet de souligner que, pour les manettes Sony, ne sont prises en compte dans ce marché que les manettes vendues séparément de la console.

¹³⁰ Voir l'arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, Solvay c/ Commission, T-12/89, points 275 à 279.

¹³¹ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 3 juillet 1991, Akzo c/ Commission, C-62/86, paragraphe 60. Voir également l'arrêt de la Cour de justice du 6 décembre 2012, AstraZeneca c/ Commission, C-457/10 P, points 176 à 181.

¹³² Voir, à cet égard, les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante, paragraphe 532, n° 10-D-02 du 14 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, et n° 13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, paragraphe 311.

156. Cela ressort à la fois, pour la période 2015-2020, des données du panel de l'institut GfK, et, pour la période 2016-2020, de celles du panel GSD (« Games Sales Data ») réalisé sous l'égide de l'*Interactive Software Federation of Europe*, dont Sony est membre.
157. Les données produites par GfK proviennent d'un panel de distributeurs qui vendent notamment des manettes de jeux conçues pour PS4. Le tableau ci-dessous présente une estimation des parts de marché des manettes Sony pour la période 2015-2020 calculées à partir des données GfK. Conformément à la définition de marché retenue plus haut, les ventes d'accessoires de contrôle pour PS4 autres que les manettes ont été retranchées¹³³.

Tableau 2 – Estimations des parts de marché des manettes Sony sur le marché français de la fourniture de manettes pour PS4 (données GfK)

| | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
|-----------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| En volume | 99,3 % | 95,7 % | 88,9 % | 80,9 % | 81,1 % | 77,6 % |
| En valeur | 99,5 % | 96,7 % | 87,7 % | 82,7 % | 82,2 % | 81,2 % |

Source : GfK¹³⁴

158. Les données produites par GSD/l'*Interactive Software Federation of Europe* sont transmises par les distributeurs de manettes de jeux, dont des manettes pour PS4, dans un certain nombre de pays européens, dont la France¹³⁵. Le tableau ci-dessous présente une estimation des parts de marché des manettes Sony pour la période 2016-2020 calculée à partir des données GSD. Conformément à la définition de marché retenue plus haut, les ventes d'accessoires de contrôle pour PS4 autres que les manettes ont été retranchées¹³⁶.

Tableau 3 – Estimations des parts de marché des manettes Sony sur le marché français de la fourniture de manettes pour PS4 (données GSD)

| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
|-----------|--------|--------|--------|--------|--------|
| En volume | 97,3 % | 93 % | 81,4 % | 80,9 % | 76,9 % |
| En valeur | 98,5 % | 93,7 % | 83,2 % | 82,6 % | 81,2 % |

Source : *Interactive Software Federation of Europe*¹³⁷

159. Sans présenter d'autres estimations, Sony émet un certain nombre de critiques à l'égard des données présentées ci-dessus.

¹³³ Il convient de préciser que ce retraitement n'affecte que de façon marginale les données GfK, les données brutes de GfK estimant quoi qu'il en soit les parts de marché des manettes Sony à plus de 75 % en volume et plus de 79 % en valeur.

¹³⁴ Cote 6845. Pour la méthodologie du retraitement des données afin de retrancher les données relatives aux autres accessoires de contrôle, voir paragraphes 228 à 232 du Rapport.

¹³⁵ Hors DOM-TOM.

¹³⁶ Il convient de préciser que ce retraitement n'affecte que de façon marginale les données GSD, les données brutes de l'*Interactive Software Federation of Europe* estimant quoi qu'il en soit les parts de marché des manettes Sony à plus de 76 % en volume et plus de 81 % en valeur.

¹³⁷ Cote 6851. Pour la méthodologie du retraitement des données afin de retrancher les données relatives aux autres accessoires de contrôle, voir paragraphes 228 à 232 du Rapport.

160. Elle relève tout d'abord que les données GfK et GSD sont des « *données de vente au consommateur* » et que les « *parts de marché sont donc au niveau du commerce de détail* »¹³⁸. Selon Sony, ces données devraient donc être écartées parce qu'elles ne permettent pas d'estimer les parts de marché de Sony sur le marché pertinent, qui se situe en amont. Cet argument doit être écarté. En effet, conformément à une pratique décisionnelle constante, nationale et européenne, il est possible, et pertinent, d'utiliser des données de ventes au détail sur un marché aval pour estimer des parts de marché sur un marché amont¹³⁹.
161. Sony reproche aux données GSD de ne pas faire figurer les ventes de GameStop (manettes de marque « @Play »), qui vend des manettes sous licence OLP. Cet argument est toutefois inopérant. Les ventes de GameStop, qui n'ont commencé qu'en 2017, sont recensées par GfK, qui les estime à moins de 1 % du marché en 2017, et autour de 3 % en volume et moins de 2 % en valeur en 2018-2019. Si GfK évalue la part de marché de GameStop en 2020 à environ 12 %, GfK évalue dans le même temps la part de marché de Sony à plus de 75 %. Il en résulte que, quand bien même il faudrait prendre en compte une marge d'erreur pour ce qui est des données GSD, la part de marché de Sony dépassait quoi qu'il en soit très largement les 50 %, et très probablement les 70 %, sur toute la période 2015-2020.
162. En outre, Sony reproche à GSD et GfK de s'appuyer sur des données de vente au détail de distributeurs, et donc d'ignorer les ventes au détail réalisées directement par les fournisseurs de manettes. Toutefois, Sony n'apporte aucun élément de nature à démontrer que les ventes directes changeraient sa position sur le marché pertinent. Au contraire, les services d'instruction ont cherché à évaluer l'importance de la vente directe de 9 fournisseurs de manettes, à savoir Sony, quatre fournisseurs bénéficiant d'une licence OLP (y compris certains réalisant un niveau de ventes non négligeable comme Nacon), et quatre fournisseurs n'en bénéficiant pas. Il en ressort que les ventes directes sont nulles pour plusieurs fournisseurs, qu'elles sont inférieures à 10 % des ventes de Nacon ou de Guillemot, et qu'elles n'ont dépassé les 10 % pour Razer que pour les années 2016 (19 %) et 2020 (28 %)¹⁴⁰. Sony invoque également les ventes réalisées par des acteurs étrangers sur des plateformes comme Amazon. Mais aucun élément au dossier ne permet d'établir que la part des manettes Sony parmi les ventes des acteurs étrangers présents sur ces plateformes en ligne est différente de celle constatée chez les détaillants pris en compte par GSD et GfK. Il peut donc être déduit de ce qui précède que l'existence de ventes directes et de ventes *via* des plateformes en ligne n'est pas susceptible d'avoir un impact significatif sur les estimations des parts de marché de Sony sur le marché pertinent.
163. Sony soutient également que les parts de marché présentées ci-dessus incluent « *les manettes des fournisseurs sans licence qui sont présents sur le marché de façon illicite, car leurs manettes enfreignent les droits de propriété intellectuelle de Sony que constituent ses brevets* ». Elle en déduit qu'il faudrait par cohérence également inclure dans le marché pertinent les manettes de fournisseurs qui enfreignent ses autres droits de propriété intellectuelle, tels que ses marques déposées. Elle prétend que cela aurait pour effet

¹³⁸ Cote 12676.

¹³⁹ Voir, par exemple, exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018 relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo ; voir aussi la décision M.1802 – Unilever/Amora-Maille, dans laquelle la Commission européenne a « *accepté au cas présent de procéder à l'analyse concurrentielle sur la base des parts de marché de détail dans la mesure où elles reflètent largement les parts des entreprises sur les marchés de gros correspondants* ».

¹⁴⁰ Rapport, paragraphes 238 à 240.

d'entraîner une « *baisse significative des parts de marché de "Sony" qui contribuera, s'il en est encore besoin, à écarter toute position dominante* »¹⁴¹.

164. Ces arguments doivent être écartés. Premièrement, il est constant que la définition de marché retenue inclut des manettes de fournisseurs sans licence OLP. Toutefois, l'allégation de Sony selon laquelle ces manettes, qui ne bénéficient pas du programme OLP, constitueraient des contrefaçons de ses brevets, n'est pas démontrée, en l'absence de jugements en ce sens. L'absence de licence ne pouvant suffire à démontrer une contrefaçon de brevets, il n'y a aucune raison de présumer ces manettes contrefaisantes et de ne pas les inclure dans le marché pertinent.
165. Dans ses observations au rapport, Sony cible explicitement les manettes PRO 5 de Subsonic, qui auraient été considérées comme contrefaisantes par plusieurs jugements. Mais comme cela sera développé plus amplement aux paragraphes 262 à 267 *infra*, cet argument ne saurait prospérer, la preuve n'étant pas rapportée, en l'absence de constatations en ce sens de la part de juridictions françaises, que Subsonic a violé des droits de propriété intellectuelle de Sony en France sur toute la période en cause. En tout état de cause, il convient surtout de relever que l'exclusion des manettes PRO 5 de Subsonic du marché pertinent ne saurait avoir un impact significatif sur les parts de marché de Sony.
166. Deuxièmement, Sony voudrait que les données de parts de marché incluent les manettes pour PS4 qui violent ses marques déposées.
167. L'argument de Sony doit être écarté. Outre que Sony ne fournit aucun élément permettant de mesurer l'étendue de la contrefaçon invoquée et son importance sur le marché, il convient de relever qu'inclure les manettes dont il est établi qu'elles enfreignent la propriété intellectuelle de Sony serait contraire à la jurisprudence et à la pratique décisionnelle, lesquelles considèrent que la circonstance que des produits soient fabriqués ou vendus de manière illicite empêche, en principe, de les considérer comme substituables ou interchangeables, tant du côté de l'offre, en raison des risques juridiques, économiques, et techniques ou d'atteinte à leur réputation auxquels ils exposent les fabricants et les distributeurs desdits produits, que du côté de la demande¹⁴². Sony n'apporte aucun élément justifiant que ce principe ne soit pas respecté en l'espèce.
168. En tout état de cause, ces manettes contrefaites ne représenteraient, au mieux, qu'une part relative des ventes totales de manettes pour PS4. Les éléments du dossier indiquent ainsi que, quand bien même les parts de marché devraient être corrigées en incluant les ventes des contrefaçons des marques Sony, la part de marché de Sony sur le marché pertinent excéderait largement les 50 % et dépasserait probablement 70 % sur l'ensemble de la période 2015-2020. En effet, pour que la part de marché de Sony descende en dessous de 50 %, les ventes de manettes contrefaites devraient être au moins égales à la moitié des ventes « légales » (les ventes de manettes Sony et celles d'autres fournisseurs), ce qui ne résulte d'aucune pièce du dossier.
169. Il ressort de ce qui précède que, sur toute la période 2015-2020, les parts de marché de Sony sur le marché pertinent dépassaient largement les 50 %, ce qui représente des parts de marché extrêmement élevées et constitue un indice très fort d'une position dominante sur ce marché.

¹⁴¹ Cote 12678.

¹⁴² Voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice du 23 janvier 2018, Hoffmann-La Roche, aff. C-179/16, point 52 ; du 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd, C-307/18, point 139.

b) Les barrières à l'entrée et à l'expansion

170. Il ressort de l'instruction que le marché national amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4 se caractérise, du côté de l'offre, par l'existence d'importantes barrières à l'entrée et à l'expansion rendant plus difficiles la pénétration et le développement sur ce marché. Celles-ci résultent à la fois de la maîtrise de l'écosystème PlayStation, et au fait que la manette Sony DualShock 4, dont un exemplaire est par ailleurs déjà livré avec la console, est perçue comme la « manette de référence », la plus compatible, et celle qui offrira l'expérience de jeu la plus complète, pour l'utilisateur¹⁴³.
171. Sony conteste cette analyse et argue qu'il ne peut lui être reproché la situation de monopole que lui confèrent ses droits de propriété intellectuelle sur la console PS4 et la manette dédiée DualShock 4. Elle ajoute que l'existence de barrières à l'entrée est au demeurant démentie par la présence de nombreux fournisseurs de manettes pour PS4 actifs sur le marché.
172. Il n'est cependant pas sérieusement contestable que seule Sony, qui a conçu et développé la console PS4 et la manette dédiée DualShock 4, maîtrise *de facto* la totalité des paramètres de l'écosystème PS4, et en particulier les modalités de compatibilité et de connexion entre manette et console. La situation d'exclusivité qui en résulte n'est pas en elle-même critiquable, et il n'est nullement fait grief à Sony d'être titulaire de droits de propriété intellectuelle, ni d'avoir innové en concevant et en développant la console PS4 et son écosystème. Toutefois, il n'en demeure pas moins que cet écosystème constitue un cadre technologique contraignant pour les tiers fabricants de manettes, qui se doivent d'assurer la connectivité, et plus largement une compatibilité durable et pleinement effective de leurs manettes avec la console PS4, sans maîtriser lesdits paramètres. Il ressort au demeurant de la jurisprudence comme de la pratique décisionnelle de l'Autorité que des barrières à l'entrée et à l'expansion peuvent résulter de l'existence et de l'importance des droits de propriété intellectuelle détenus par une entreprise sur un marché donné¹⁴⁴.
173. Le fait que toute pénétration du marché en cause ne soit pas impossible, comme en atteste l'existence sur le marché de différents fournisseurs de manettes pour PS4, n'est pas de nature à démontrer l'absence de ces barrières à l'entrée et à l'expansion, comme en attestent les difficultés rencontrées par ces fournisseurs pour les surmonter et la lenteur de leur pénétration sur le marché. C'est ainsi que la part de Nacon reste limitée à 12 %, quatre ans après son entrée sur le marché et sept ans après le lancement de la PS4, Nacon indiquant elle-même que ses résultats en termes de pénétration du marché étaient le fruit d'« *un travail très long, en terme de développement qualitatif et marketing* »¹⁴⁵.
174. Il est ainsi établi que la maîtrise par Sony de l'écosystème PS4 constitue une barrière à l'entrée et à l'expansion de tiers fabricants de manettes pour PS4, barrière qui renforce encore le pouvoir de marché de Sony à l'égard de ses concurrents actuels et potentiels.

¹⁴³ Voir, par exemple, les déclarations de Micromania, cote 6862.

¹⁴⁴ Voir, par exemple : arrêts du TPICE du 12 décembre 1991, Hilti AG, T-30/89, point 93 (confirmé par l'arrêt de la Cour de justice du 2 mars 1994, C-53/92 P) et du 6 octobre 1994, Tetra Pak, T-83/91, point 110 ; arrêts de la Cour de justice du 6 avril 1995, Magill, C-241/91 P et C-242/91 P, points 46 et 47 ; du 6 décembre 2012, AstraZeneca c/ Commission, C-457/10 P, point 186 ; avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-20 du 9 novembre 2005 relatif à une demande présentée par le tribunal de grande instance de Paris concernant un litige opposant la société Luk Lamellen à la société Valeo, paragraphes 93 à 99 ; décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-27 du 20 septembre 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Autodistribution et AD Net à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën, paragraphe 41.

¹⁴⁵ Cote 6472.

c) Le contre-pouvoir de négociation des acheteurs

175. Il ressort de l’instruction que les distributeurs/revendeurs de manettes ne disposent que d’un faible contre-pouvoir de négociation vis-à-vis de Sony pour ce qui est des manettes DualShock 4 de Sony.
176. Sony conteste ce point, au regard de la puissance, notoire selon elle, de certains des distributeurs majeurs de manettes de jeux, tels Cdiscount, Carrefour, Fnac Darty, Boulanger Micromania, E.Leclerc ou encore Auchan, mais également en ce que, ne disposant sur la période en cause d’aucun canal de vente directe, elle serait totalement dépendante des distributeurs tiers pour commercialiser ses manettes DualShock 4.
177. Ces arguments ne sont pas étayés par les éléments au dossier, qui montrent, au contraire, que pour nombre de distributeurs, y compris ceux mentionnés par Sony, les manettes Sony revêtent un caractère incontournable. Cela se vérifie auprès des grossistes, comme World Trade & Technologies et Innelec Multimédia, ce dernier allant jusqu’à affirmer qu’il ne serait pas envisageable pour lui de ne pas proposer à la vente de manette DualShock 4¹⁴⁶. C’est également confirmé par des détaillants comme Cdiscount, Cultura, Carrefour, Fnac Darty, Boulanger, Micromania et E.Leclerc¹⁴⁷. Cultura, Boulanger et E.Leclerc considèrent qu’il ne serait pas envisageable de ne pas proposer la manette DualShock 4. Micromania considère que le fait de ne pas proposer à la vente cette manette serait de nature à lui apporter un désavantage concurrentiel. Cdiscount affirme de son côté : « *il ne serait pas rationnel pour un distributeur de ne pas proposer le principal produit demandé par les consommateurs dans ses rayons. Ceci entraînerait une forte perte de crédibilité pour un distributeur comme Cdiscount* »¹⁴⁸. Si un unique revendeur, PicWicToys, a déclaré que la manette conçue par Sony pour sa console PS4 ne serait « *pas incontournable, ni indispensable* », cette déclaration est non seulement isolée, mais encore contredite par l’assertion selon laquelle le fait que distribuer de telles manettes constitue selon l’intéressé lui-même, « *un plus dans l’argumentaire de vente* » et même un avantage compétitif¹⁴⁹.
178. Ainsi, le contre-pouvoir de négociation de grossistes et distributeurs apparaît faible pour ce qui est des manettes conçues pour PS4.

d) Conclusion sur la position dominante de Sony

179. Il ressort de l’ensemble des éléments qui précèdent qu’au regard de l’importance des parts détenues par Sony sur le marché amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour PS4, de l’existence de barrières à l’entrée et à l’expansion et du faible contre-pouvoir de négociation des acheteurs, Sony occupait bien, sur la période 2015-2020, une position dominante sur ce marché.

¹⁴⁶ Cotes 6561 et 6685.

¹⁴⁷ Cotes 6478, 6607, 6667, VNC 6713, 6743, VNC 6806 et 6815.

¹⁴⁸ Cote VNC 6806.

¹⁴⁹ Cote 6766.

F. SUR LES PRATIQUES N'AYANT PAS FAIT L'OBJET DE GRIEFS

180. Dans sa saisine, Subsonic a dénoncé cinq pratiques que les services d'instruction ont écartées.
181. Aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut (...) rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

1. LES PRATIQUES ALLEGUEES DE DENIGREMENT

a) Les pratiques alléguées de dénigrement à l'égard des consommateurs

182. Subsonic a signalé qu'entre le 1^{er} novembre 2013 et le mois d'août 2016, le communiqué/foire aux questions publié sur le site internet officiel de Sony comportait cette mise en garde : « *Seulement les produits Sony Computer Entertainment et les Official Licensed Products (OLP) seront compatibles avec le système PS4* ». Subsonic soutenait que cette mention visait à dénigrer les manettes de jeux produites par des tiers sans licence officielle auprès des consommateurs.
183. Or, cette mention ne paraît pas susceptible de relever d'un discours dénigrant dans la mesure où elle était purement informative et ne consistait pas, au sens de la pratique décisionnelle de l'Autorité¹⁵⁰, à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. La mention en question n'apparaissant pas, à elle seule, de nature à constituer un comportement anticoncurrentiel, l'Autorité estime que les faits dénoncés ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. Il y a donc lieu de faire application des dispositions précitées de l'article L. 462-8 du code de commerce.

b) Les pratiques alléguées de dénigrement à l'égard des distributeurs

184. D'après Subsonic, Sony aurait contacté des distributeurs afin de leur indiquer que les manettes Gator Claw et Pro5 commercialisées par Subsonic étaient des produits contrefaisants et de les convaincre d'arrêter de les distribuer.
185. En ce qui concerne les distributeurs Carrefour, Cdiscount et Micromania, aucun élément du dossier ne permet d'établir que Sony les aurait contactés dans ce but.
186. En ce qui concerne les distributeurs Auchan, DS Distribution, Fnac et E.Leclerc, les seuls éléments versés aux débats par Subsonic consistent en des courriels qu'elle avait elle-même envoyés à chacun d'entre eux en octobre 2015, et dans lesquels elle laissait entendre que ces distributeurs l'auraient contactée par téléphone afin de lui faire part des propos allégués. Dans la mesure où de tels éléments paraissent insuffisants pour établir la teneur des propos allégués, l'Autorité estime que les faits dénoncés ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants.

¹⁵⁰ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-08 du 24 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises, paragraphe 183.

2. LES PRATIQUES ALLEGUEES D'EXERCICE ABUSIF D' ACTIONS EN JUSTICE

187. Subsonic soutient que deux actions en justice menées contre elle en Allemagne sur le fondement de la contrefaçon de deux brevets pour la manette Pro 5 ainsi qu'une action menée en France étaient constitutives d'abus.
188. Elle relève que les deux premières n'avaient pas de caractère contradictoire et visaient à contourner la procédure française de saisie-contrefaçon, plus stricte que la procédure allemande. Ainsi, elle prétend que le choix de telles actions, de même que le moment choisi pour les introduire, révèle l'objet anticoncurrentiel poursuivi par Sony.
189. Mais, il y a lieu de relever que ces actions n'étaient pas dépourvues de tout fondement, puisqu'elles ont donné lieu à deux jugements, rendus en 2016, l'un par le tribunal régional de Munich, l'autre par le tribunal régional de Düsseldorf, qui ont interdit à Subsonic de distribuer sa manette Pro 5 en Allemagne¹⁵¹.
190. En ce qui concerne l'assignation en contrefaçon délivrée par Sony à l'encontre de Subsonic devant le tribunal de grande instance de Paris¹⁵², le 19 janvier 2017, soit postérieurement à la saisine de l'Autorité par Subsonic, il n'est pas établi qu'elle était étrangère à la défense des droits de Sony, ni qu'elle avait été intentée dans le seul dessein de restreindre la concurrence.
191. Dès lors, les faits dénoncés ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants¹⁵³.

3. LA PRATIQUE ALLEGUEE D'ENTENTE ENTRE SONY ET BIGBEN INTERACTIVE

192. Subsonic allègue l'existence d'une entente entre Sony et Bigben Interactive ayant visé à ce que cette dernière renonce à vendre des manettes de jeux pour PS4, en contrepartie d'une licence pour produire les prochaines manettes destinées à la PlayStation 3.
193. Mais la pièce produite par la saisissante, à savoir un article de l'hebdomadaire *Investir* du 10 septembre 2016, et les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction, ne permettent pas d'établir l'entente alléguée. Au contraire, le fait que Sony ait accordé, à la fin de l'année 2016, une licence officielle à la société Nacon, afin que celle-ci puisse fabriquer une manette conçue pour la console PS4, semble démentir l'allégation de la saisissante, les produits de la société Nacon étant distribués par la société Bigben Interactive.
194. Ainsi, les faits dénoncés ne sont pas non plus étayés d'éléments suffisamment probants.

¹⁵¹ Voir jugement du tribunal régional de Munich du 9 août 2016, cotes 1219 à 1231 ; jugement du tribunal régional de Düsseldorf du 15 août 2016, cotes 1232 à 1236. Pour plus de détails sur ces arrêts, voir *infra* paragraphe 264.

¹⁵² Sur cette procédure, voir *infra* paragraphe 265.

¹⁵³ Voir, sur les conditions posées par la jurisprudence, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 décembre 2018, n° 17/00219, page 24.

G. SUR LE BIEN-FONDE DU GRIEF NOTIFIE

1. RAPPEL DES PRINCIPES

195. Aux termes de l'article 102 du TFUE : « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecter, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci...* ».
196. L'article L. 420-2 du code de commerce dispose : « *Est prohibée (...) l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci (...)* ».
197. La notion d'abus est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, en raison précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli¹⁵⁴. Ainsi, si l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche, cette situation impose néanmoins à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée¹⁵⁵.
198. Si l'article 102 du TFUE et l'article L. 420-2 du code de commerce mentionnent certaines pratiques abusives, ces dernières ne constituent pas une liste exhaustive des pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante¹⁵⁶.
199. Afin de déterminer si l'entreprise dominante a abusé de sa position, il est nécessaire d'apprécier l'ensemble des circonstances de fait pertinentes et d'examiner si les pratiques tendent, par exemple, à empêcher l'entrée ou l'expansion de concurrents grâce à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites¹⁵⁷.
200. Aux fins de l'établissement d'une violation des articles 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés. Il

¹⁵⁴ Voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, 85/76, point 91 ; du 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, 322/81, points 57 et 70 ; du 3 juillet 1991, *Akzo c/ Commission*, C-62/86, point 69 ; du 15 mars 2007, *British Airways c/ Commission*, C-95/04 P, point 66 ; du 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, C-202/07 P, point 104 ; du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, C-280/08 P, point 173 ; du 17 février 2011, *Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, point 27.

¹⁵⁵ Arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, 322/81, point 57 ; du 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, C-202/81 P, point 105 ; du Tribunal de l'Union du 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, T-228/97, point 112 ; Arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 octobre 2017, *Société TDF*, n° 15/14038, page 31.

¹⁵⁶ Voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, point 173 ; du 16 février 2011, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, point 26.

¹⁵⁷ Voir, en ce sens, arrêt de la Cour de justice du 3 juillet 1991, *Akzo/Commission*, C-62/86, point 70 ; arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods / Commission*, T-65/98 point 157 ; décision de la Commission européenne du 2 octobre 2017, *Baltic Rail*, AT.39813, paragraphes 182 à 201 ; décision de l'Autorité de la concurrence n° 22-D-17 du 11 octobre 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Gaz de Bordeaux dans le secteur du gaz, paragraphe 129.

suffit de démontrer qu'il tend à restreindre la concurrence, ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet. Par conséquent, lorsqu'une entreprise en position dominante met effectivement en œuvre une pratique générant un effet d'éviction de ses concurrents, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne suffit pas à écarter l'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce¹⁵⁸.

201. Si l'existence d'une position dominante ne prive pas l'entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de les protéger, on ne peut cependant admettre de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet d'exploiter de manière abusive une position dominante¹⁵⁹.
202. Plus particulièrement, l'exercice d'un droit exclusif lié à un droit de propriété intellectuelle fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, de sorte que l'exercice d'un tel droit, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci¹⁶⁰. Toutefois, de tels comportements ne peuvent être admis lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer la position dominante de leur auteur et d'en abuser¹⁶¹. Ainsi, la seule volonté d'un fabricant en position dominante de préserver ses intérêts commerciaux propres, en particulier en défendant les brevets dont il est titulaire, ne justifie pas le recours à des pratiques étrangères à la concurrence par les mérites¹⁶².

2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE

203. Comme rappelé *supra* au paragraphe 85, il a été fait grief à Sony d'avoir mis en œuvre un comportement consistant en la combinaison de deux pratiques, à savoir (i) la mise en place d'un dispositif de contre-mesures techniques intégrées dans certaines mises à jour du système d'exploitation de la console PS4, et (ii) la mise en place d'une politique d'octroi de licences opaque et d'un programme OLP rendu particulièrement difficile à comprendre et a fortiori à intégrer en pratique. Selon les services d'instruction, ces pratiques ont eu pour effet d'élever artificiellement les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché national de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4, freinant ainsi l'entrée et le développement sur ce marché des tiers ne disposant pas de licence officielle.
204. Selon les rapporteurs¹⁶³, « *Sony a altéré, par le biais des mises à jour régulières du système d'exploitation de la console PS4, les conditions de connexion entre les manettes de jeux conçues pour cette console, produites par des tiers ne disposant pas de licence officielle, et*

¹⁵⁸ Arrêts de la Cour de justice du 3 juillet 1991, *Michelin c/ Commission*, C-322/81, point 85 ; du 17 février 2011, *TeliaSonera Svergie AB c/ Commission*, C-52/09, points 61 à 65 ; du 19 avril 2012, *Tomra*, C-549/10 P, point 17 ; et du Tribunal de l'Union du 17 décembre 2003, *British Airways c/ Commission*, T-219/99, points 293-294, 297.

¹⁵⁹ Arrêt de la Cour de justice du 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, 27/76, point 189 ; arrêts du Tribunal de l'Union du 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission*, T-65/89, point 69 ; du 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission*, T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, point 107 ; du 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, point 112.

¹⁶⁰ Arrêt de la Cour de justice du 30 janvier 2020, *Generics (UK) Ltd*, C-307/18, point 150.

¹⁶¹ Arrêt de la Cour de justice du 30 janvier 2020, *Generics (UK) Ltd*, C-307/18, point 151.

¹⁶² Voir, en ce sens, Arrêt de la Cour de justice du 30 janvier 2020, *Generics (UK) Ltd*, C-307/18, point 152.

¹⁶³ Notification de griefs, paragraphe 264.

la console elle-même. Cela a eu pour conséquences d'affecter le fonctionnement de ces manettes et d'impacter négativement l'image de marque ainsi que la réputation de leur fabricants auprès notamment des consommateurs. Cela, combiné à l'existence d'une politique d'octroi de licences opaque et d'un programme de licence OLP rendu particulièrement difficile à comprendre et a fortiori à intégrer en pratique, a entravé l'entrée et le développement sur ce marché des tiers ne disposant pas de licence officielle ».

205. Seront traités successivement la réalité du comportement en cause (a.), les effets qu'il était susceptible d'entraîner (b.), les justifications apportées par Sony (c.) et la conclusion sur ce grief (d.).

a) Sur le comportement reproché à Sony

206. Il est établi – et non contesté par la partie mise en cause – que Sony a mis en place et utilisé un dispositif technique permettant de déconnecter les manettes tierces non licenciées par elle à l'occasion de certaines mises à jour du système d'exploitation de la console PS4¹⁶⁴. Il est également établi que Sony a, sur l'ensemble de la période en cause, réservé l'allocation des puces et des numéros d'identification, seuls à même de permettre d'échapper au dispositif technique de déconnexion, à elle-même et aux seuls membres du programme OLP.

207. Seront traitées successivement, le dispositif de contre-mesures techniques mis en place par Sony (i), les conditions d'accès au programme OLP (ii), et les conséquences résultant de la combinaison de ces deux pratiques (iii).

Les contre-mesures techniques

208. Comme il a été constaté au paragraphe 49 supra, Sony a intégré à chaque manette DualShock 4 et à chaque manette produite par des fabricants sous licence de Sony un numéro d'identification individuel unique crypté, stocké dans un composant électronique. Ce composant électronique permet la reconnaissance de la manette par la console PS4 et contribue à assurer la connexion entre les deux. Le numéro d'identification permet, quant à lui, la détection et l'identification par Sony de toutes les manettes reliées aux consoles PS4.

209. Sony a mis en place, dès le lancement de la console PS4, un dispositif permettant de déconnecter les manettes non dotées de ces numéros, lors de certaines mises à jour, comme par exemple la mise à jour 3.11.

210. Elle a par ailleurs appliqué le dispositif de contre-mesures techniques décrit aux paragraphes 48 à 58 supra qui, par le biais d'instructions ciblées introduites dans certaines mises à jour du système d'exploitation de la console PS4, entraînaient la déconnexion systématique au bout de quelques minutes, des manettes partageant un même numéro d'identification individuel. Sony avait en effet constaté que certains fabricants tiers avaient répliqué la puce d'une manette fabriquée ou approuvée par Sony, et, avec cette puce, le numéro d'identification qui évitait la désactivation de la manette. Présument que les manettes partageant le même numéro à grande échelle étaient contrefaites, elle avait pris des mesures afin que toutes les manettes présentant ces numéros soient également désactivées.

211. Le nombre exact de ces mesures sera discuté plus bas (voir ci-dessous paragraphes 274 à 290 sur la durée de l'infraction), mais Sony ne conteste pas les avoir mises en œuvre à cinq reprises au moins, en visant au moins huit numéros d'identification différents.

¹⁶⁴ Cote 4641.

212. Sony soutient que l'absence de numéro d'identification ou le partage d'un même numéro révèle l'existence de contrefaçons.
213. Mais en premier lieu, l'absence d'un numéro d'identification fourni par Sony est certes une indication que la manette en question n'était ni une manette DualShock 4, ni une manette autorisée dans le cadre du programme OLP. L'absence de licence OLP ne saurait toutefois suffire à établir que les manettes sont des contrefaçons. Sony n'a produit aux débats aucun élément susceptible de démontrer qu'il n'était pas possible, par des actes de rétro-ingénierie (*reverse engineering*), de produire des manettes fonctionnant avec la console PS4 et n'enfreignant pas ses brevets.
214. Il y a lieu à cet égard de souligner que cet état de fait a été admis par Sony elle-même. En effet, à une question du rapporteur, demandant si « [l]a conception et la commercialisation d'accessoires de contrôle compatibles avec la Sony PS4 est (...) soumise à l'obtention préalable d'une autorisation ou d'une licence de Sony ou de l'une de ses filiales ? », sa réponse est claire : « (...) L'obtention d'une licence n'est pas indispensable mais elle traduit une relation de coopération entre les deux parties »¹⁶⁵.
215. En second lieu, Sony prétend que l'utilisation de répliques du composant original permettant la reprise à grande échelle d'un même numéro serait frauduleuse, sans expliquer, ni démontrer en quoi. En particulier, il n'apparaît pas qu'une protection au titre de droits de propriété intellectuelle puisse s'appliquer aux composants répliqués, et moins encore aux numéros en question.
216. Sony considère également que ces manettes, dès lors qu'elles partagent un même numéro d'identification, doivent être considérées comme des manettes contrefaites qui ne peuvent pas être distinguées des manettes originales par les consommateurs, et qui constituent donc des contrefaçons de marque. Or, le fait que le numéro d'identification répliqué ne permette pas à Sony de savoir immédiatement si la manette en question a été fabriquée par elle ou autorisée par elle, ne prouve pas que les utilisateurs eux-mêmes ne distinguent pas de telles manettes de la DualShock 4 de Sony. Il apparaît au contraire qu'il n'existe aucune corrélation entre l'utilisation à grande échelle de ces numéros et la contrefaçon de marque, plusieurs fabricants tiers ayant été amenés à utiliser de tels numéros pour empêcher que leurs manettes soient déconnectées sans pour autant que leurs manettes soient des contrefaçons de marque. Il apparaît de même qu'il n'existe aucune corrélation entre l'utilisation à grande échelle de ces numéros et d'autres violations de droits de propriété intellectuelle de Sony, comme ses brevets.
217. Il est ainsi établi que Sony a pris des mesures de désactivation qui ont touché indifféremment des manettes contrefaisantes et des manettes non licenciées, mais non contrefaisantes.
218. Les mesures techniques prises par Sony ont indûment restreint les conditions d'usage des manettes concernées et ont, par conséquent, nui aux fabricants de ces manettes.

L'octroi de licence par le programme OLP

219. Le seul moyen pour les fabricants de manettes tiers d'échapper aux déconnexions intempestives était d'obtenir une licence OLP.
220. Il n'existe en effet pas à ce jour d'autre possibilité, pour un tiers qui souhaiterait accéder aux numéros d'identification contrôlés par Sony, que d'adhérer au programme OLP¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cote 2782.

¹⁶⁶ Cotes 6524, 6628, 6677 et 6872.

221. Il ressort néanmoins des éléments figurant aux paragraphes 76 à 84 que les critères retenus par Sony pour accorder des licences officielles ne sont pas publics et ne sont pas communiqués aux tiers intéressés. Ainsi, malgré une première demande dès 2017, Subsonic n'avait toujours pas obtenu la communication de l'ensemble des critères en question¹⁶⁷ le jour de la séance. Au cours de l'instruction, Sony a communiqué certains « *critères pertinents* » sans pour autant fournir à l'Autorité une liste exhaustive et précise des critères retenus¹⁶⁸. En toute hypothèse, le flou de ces critères permettait à Sony d'en faire une application discrétionnaire.
222. Comme rappelé plus haut aux paragraphes 76 et suivants, Sony a eu, à l'égard des tiers intéressés, des positions contradictoires, voire trompeuses. Ainsi, alors que le programme OLP a donné lieu à des licences de ses droits de propriété intellectuelle en France dès les mois d'octobre et novembre 2013, Sony affirmait en juillet 2014 à Subsonic qu'elle « *n'a accordé aucune licence pour des manettes et n'a pas l'intention de le faire dans une future proche* »¹⁶⁹. Elle lui répondait encore en avril 2015 que « *[s]'agissant des manettes pour la PS4, il n'est pas possible d'obtenir de licence* »¹⁷⁰, puis que « *[leur] politique reste la même en ce que SCEE n'accorde aucune licence et n'envisage pas d'accorder de licence pour des manettes quelles qu'elles soient pour la Playstation 4* »¹⁷¹. Sony a, par la suite, refusé de répondre à une nouvelle demande formulée par Subsonic en octobre 2017. De même, Proxima Plus n'a pas reçu de réponse à une demande formulée en mai 2017.
223. Sony soutient que la présence de nombreux licenciés et produits dans son programme OLP prouverait que le programme n'est ni opaque ni difficile à comprendre ou à intégrer.
224. Cet argument doit être écarté. Il convient en effet de relativiser le nombre de fournisseurs et produits admis dans le programme OLP. Selon Sony, 8 entreprises ont pu rejoindre ce programme, pour la commercialisation de 22 produits. Mais si on se limite aux manettes de jeux, seuls 6 fabricants de 12 manettes différentes¹⁷² ont été licenciés sur une période de 10 ans.
225. Il ressort de ce qui précède que la politique d'octroi de licence de Sony s'est révélée, au moins pour un certain nombre de concurrents, opaque, difficile à comprendre, et, a fortiori difficile à intégrer en pratique. Des fabricants tiers de manettes conçues pour PS4 se sont retrouvés dans une situation ne leur permettant pas de monter un dossier d'agrément pour rejoindre le programme OLP et bénéficier des avantages auxquels il donnait droit.

Les conséquences résultant de la combinaison des deux pratiques

226. Sony a ainsi, par son comportement, empêché certaines entreprises de bénéficier, non seulement des licences, mais également des numéros d'identification qui permettent aux manettes de rester connectées à la console PS4. Ces entreprises ont par conséquent dû faire face aux déconnexions mises en œuvre par Sony dans le cadre des différentes mises à jour logicielles, toujours sans pouvoir rejoindre le programme OLP. Celles qui ont dupliqué des numéros de manettes DualShock 4 pour permettre malgré tout à leurs manettes de ne pas

¹⁶⁷ Voir cote 4992.

¹⁶⁸ Cote 3697, citée plus haut au paragraphe 74.

¹⁶⁹ Cote 486 (traduction libre).

¹⁷⁰ Cote 493 (traduction libre).

¹⁷¹ Cote 492 (traduction libre).

¹⁷² Voir Rapport, paragraphes 45 à 67.

être désactivées ont vu, par la suite, leurs manettes être touchées par de nouvelles déconnexions résultant des contre-mesures techniques mises en œuvre par Sony contre plusieurs numéros massivement dupliqués. Il ressort ainsi de la combinaison des deux pratiques décrites ci-dessus que le comportement de Sony a entraîné des désactivations de manettes tierces, sans donner aux fabricants de ces manettes la possibilité de rejoindre le programme OLP.

227. Ces pratiques de Sony ont été possibles grâce à la place particulière qu'elle occupe dans l'environnement PlayStation. En effet, Sony contrôle les paramètres, les modalités et la qualité de la connexion entre les manettes de jeux fabriquées par ses concurrents et les consoles PS4. En limitant l'octroi des numéros d'identification à ses propres produits et aux produits licenciés au sein du programme OLP, elle a mis en œuvre des moyens non accessibles aux autres fabricants de manettes, et ne relevant pas de la concurrence par les mérites.
228. Sony conteste le caractère abusif de la pratique en cause.
229. En premier lieu, Sony soutient qu'aucune des deux composantes de la pratique n'est abusive et en déduit « [qu'a] fortiori, *la combinaison de ces deux éléments ne peut pas en l'espèce enfreindre le droit de la concurrence.* »¹⁷³
230. Cet argument doit être écarté. En effet, un abus de position dominante peut être constitué par la combinaison de plusieurs éléments, qui pris isolément, ne seraient pas abusifs¹⁷⁴.
231. En l'espèce, Sony s'est vu notifier un grief composé de la combinaison de deux pratiques : la mise en place du dispositif de contre-mesures techniques et une politique d'octroi de licences opaque. L'Autorité n'a donc pas à se prononcer sur la conformité au droit de la concurrence de chacune de ces composantes. En revanche, leur combinaison est susceptible de constituer un abus de position dominante.
232. En second lieu, Sony soutient que l'adhésion au programme OLP n'est nullement un prérequis pour être présent sur le marché, et qu'en témoigne l'activité d'acteurs comme Subsonic, Proxima Plus ou Suza International, qui vendent des manettes compatibles avec la PS4 sans bénéficier de ce programme. Toutefois, il convient de rappeler que les manettes de tels acteurs sont sujettes aux contre-mesures techniques litigieuses, puisqu'elles ne bénéficient pas du numéro d'identification que leur octroierait une licence. Sony reconnaît elle-même, dans son mémoire en réponse au rapport, que : « *l'octroi d'une licence OLP est le seul moyen légitime pour les tiers d'avoir la garantie qu'ils ne feront pas l'objet d'action juridique ou de mesure technique de la part de Sony* »¹⁷⁵. Cet argument doit, par conséquent, également être écarté.

b) Sur les effets du comportement reproché à Sony sur la structure concurrentielle du marché

233. Comme rappelé ci-dessus, les contre-mesures techniques de Sony visaient à désactiver toutes les manettes de jeux conçues pour la console PS4 qui étaient produites par des tiers non licenciés OLP, alors même l'intégration au programme OLP ne leur était pas accessible.

¹⁷³ Observation de Sony en réponse au Rapport, cote 12708.

¹⁷⁴ Arrêt de la Cour de justice du 30 janvier 2020 Generics (UK), C-307/18, point 137. Voir, dans ce sens, l'arrêt du Tribunal de l'Union du 10 novembre 2021, Google LLC et Alphabet, Inc. c/ Commission, aff. T-612/17, point 369 (cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi).

¹⁷⁵ Observations de Sony en réponse au Rapport, cote 12639.

234. De nombreux éléments recueillis lors de l’instruction démontrent que les contre-mesures techniques étaient susceptibles d’empêcher un certain nombre de fabricants de manettes de faire pleinement concurrence aux manettes de Sony et aux manettes du programme OLP.
235. Ainsi, le comportement de Sony a conduit à compliquer les relations de ces fabricants avec les grossistes et les distributeurs. Le grossiste Inelec Multimédia a, par exemple, indiqué ne pas commercialiser des manettes produites par des tiers ne disposant pas de licence OLP « *pour des questions de fiabilité et de compatibilité totale avec les consoles de jeux* »¹⁷⁶. De même, le distributeur Micromania a choisi de ne pas les commercialiser au motif que « *la compatibilité de ces manettes à la console n’était pas garantie dans la durée. Les mises à jour logicielles de la console étaient susceptibles de rendre inopérantes une manette de ce type, à défaut de mise à jour coordonnée de ladite manette* »¹⁷⁷. Enfin, la plainte d’un client de la place de marché Amazon.com au sujet des difficultés rencontrées à la suite d’une mise à jour du système d’exploitation de la console PS4 a conduit la plateforme à retirer de la vente la manette Pro5 de Subsonic pendant plusieurs jours en août 2016¹⁷⁸.
236. Les pratiques de Sony ont eu aussi des conséquences dommageables pour les fabricants tiers hors programme OLP vis-à-vis de leurs clients. En effet, faute d’être informés au préalable par Sony de la disponibilité des mises à jour du système d’exploitation de la console PS4, de la date prochaine de leur déploiement, de leur contenu et de leur éventuel impact sur le fonctionnement des manettes, ces fabricants n’ont pu que constater a posteriori les conséquences de ces mises à jour, sans jamais pouvoir prévenir à l’avance et en temps utile leurs clients, ni adopter, préalablement ou concomitamment au déploiement des mises à jour concernées, des mesures de nature à préserver le bon fonctionnement de leurs manettes ou, à tout le moins, limiter l’impact des contre-mesures techniques. Ils n’ont pu agir que postérieurement au déploiement des mises à jour concernées, une fois que les contre-mesures techniques avaient désactivé les manettes.
237. Comme constaté *supra* aux paragraphes 66 à 69, faute d’être en mesure de déterminer l’origine des dysfonctionnements rencontrés par leurs manettes, certains utilisateurs des manettes tierces sans licence ont pu raisonnablement estimer que ceux-ci étaient imputables aux fabricants, ce qui a pu porter atteinte à l’image de marque de ces derniers.
238. C’est ainsi que de nombreux utilisateurs de manettes Subsonic ont adressé des messages sur la section du support technique de son site Internet, ont noté négativement ses manettes et témoigné des dysfonctionnements consécutifs à certaines mises à jour du système d’exploitation de la console PS4 ainsi que de leur perception négative de la qualité des produits de Subsonic. Non seulement les utilisateurs mécontents n’ont probablement plus acheté de manettes des fabricants tiers hors licence, mais leurs commentaires ont pu dissuader d’autres utilisateurs, de sorte que ces nouveaux acheteurs ont logiquement dû reporter leur choix sur une manette DualShock 4 ou une manette approuvée par Sony dans le cadre du programme OLP.
239. La « *garantie d’utilisation [de la manette] même en cas de mise à jour* » est à cet égard l’une des raisons avancées par E.Leclerc pour expliquer la grande notoriété dont bénéficie Sony sur le marché des manettes pour PS4¹⁷⁹. Boulanger explique également cette notoriété par le

¹⁷⁶ Cote 6561.

¹⁷⁷ Cote 6863.

¹⁷⁸ Cotes 1060 et 1061.

¹⁷⁹ Cote 6667.

fait que la marque de Sony est « *rassurant[e] (...) en terme de fiabilité et de compatibilité avec la console* ».

240. Ainsi, il ressort des éléments du dossier que le comportement de Sony était susceptible d'affecter de façon significative les fabricants tiers qui ne bénéficiaient pas des avantages du programme OLP, en portant atteinte à leur image de marque. Le développement de ces fabricants tiers sur le marché pertinent et leur capacité à faire concurrence aux manettes fabriquées ou approuvées par Sony étaient donc freinés. L'Autorité en conclut que les pratiques reprochées à Sony étaient susceptibles d'engendrer des effets d'éviction pour ces fabricants non licenciés.
241. Sony soulève différents arguments tendant, selon elle, à montrer que son comportement n'a pas eu d'effet anticoncurrentiel, et n'était pas susceptible d'en avoir.
242. Premièrement, Sony soutient que les contre-mesures techniques n'auraient été qu'au nombre de cinq, entre les 9 novembre 2015 et le 8 mars 2018, et qu'elles n'ont visé que huit numéros d'identification massivement répliqués. Sony indique également que toutes les manettes des fabricants tiers sans licence n'ont pas été touchées par ces contre-mesures techniques.
243. Cet argument doit être écarté. En effet, Sony ne conteste pas avoir mis en œuvre des mesures visant à désactiver, à tout le moins temporairement, toutes les manettes qui n'étaient pas fabriquées ou approuvées par elle, ainsi que les manettes qui utilisaient les numéros d'identification dupliqués, lesquelles ont été visées au moins par les cinq contre-mesures techniques invoquées par Sony. Ainsi, il importe peu que la deuxième série de contre-mesures, qui ne visait que huit numéros d'identification massivement dupliqués, n'ait pas pu toucher davantage de manettes. Il ressort en effet des éléments du dossier que les contre-mesures prises ont été suffisantes pour affecter sensiblement l'image de marque des fabricants non admis dans le programme OLP, et ainsi limiter la capacité de ces fabricants à faire concurrence aux manettes fabriquées ou approuvées par Sony.
244. Deuxièmement, Sony indique que, face à la désactivation des manettes, les consommateurs ont pu tout autant imputer ce dysfonctionnement à la console PS4, ce qui a pu nuire à son image. Mais Sony n'avance aucun élément probant au soutien de son argument. À supposer, du reste, que les consommateurs aient attribué à Sony le dysfonctionnement auquel ils étaient confrontés, la stratégie de Sony à l'égard des manettes tierces apparaîtrait irrationnelle. Enfin, les éléments au dossier montrent bien qu'un grand nombre de consommateurs attribuaient bien les dysfonctionnements constatés aux fabricants tiers. Cet argument doit donc être écarté.
245. Troisièmement, Sony soutient que les effets de son comportement n'étaient sensibles que pour les fabricants qui violaient les marques de Sony, dans la mesure où l'acheteur, qui peut avoir pensé de bonne foi avoir acheté une manette Sony, ne peut pas se tourner vers le véritable fabricant de la manette, qui est inconnu. En revanche, Sony minimise l'impact des contre-mesures techniques pour tous les fabricants tiers qui produisent des manettes sans violer les marques de Sony (comme Subonic, Proxima Plus, Suza International, etc.). En effet, les utilisateurs de telles manettes peuvent contacter les fabricants concernés, après avoir constaté que les manettes en question ont été désactivées. Les fabricants peuvent alors proposer des « *patches* » correctifs décrits plus haut aux paragraphes 60 et suivants pour corriger les effets de la mesure technique. Il suffirait ainsi d'être en contact avec l'utilisateur, et de permettre à celui-ci de mettre à jour sa manette, typiquement à partir d'une connexion avec un PC, éventuellement en substituant le numéro d'identification qui figure dans le composant électronique de la manette par un autre numéro d'identification, lequel peut lui aussi résulter d'une autre réplique à grande échelle d'un numéro utilisé par Sony ou fourni par celle-ci aux fabricants sous licence. Sony soutient dès lors que l'Autorité ne saurait lui

reprocher l'incapacité de tels ou tels fabricants à mettre à disposition de tels patches. Au soutien de son argument, Sony relève que, sur 330 plaintes d'utilisateurs, versées au dossier par Subsonic, une moitié (soit environ 165 plaintes) concerne la déconnexion de la manette, mais l'autre moitié concerne la difficulté à installer le patch correctif.

246. Toutefois, il ressort des éléments du dossier que cette manœuvre présente un certain nombre de difficultés importantes. Tout d'abord, les fabricants concernés ne sont pas nécessairement en contact avec les utilisateurs de leurs manettes, et seulement une partie de ceux-ci prendront l'initiative de les contacter – les autres se contentant d'en conclure que ce fabricant commercialise des manettes qui ne fonctionnent pas. Par ailleurs, l'élaboration d'un patch correctif peut prendre du temps, de sorte que la manette en question peut être inutilisable pendant un ou deux jours. L'installation de ce patch correctif n'est pas toujours possible (par exemple s'il n'est pas possible de connecter la manette à un PC), et demande quoi qu'il en soit à l'utilisateur de réaliser certaines démarches relativement longues¹⁸⁰. En outre, ces démarches ne permettent pas de garantir le bon fonctionnement sur le long terme, puisque la mise à jour suivante de la console reste susceptible d'affecter à nouveau la connexion de la manette¹⁸¹. Enfin, comme cela est développé *supra* aux paragraphes 233 à 240, ces pratiques portent une atteinte significative à l'image de marque des fournisseurs touchés par les contre-mesures techniques. Au regard de ces éléments, il est donc erroné de considérer que les contre-mesures techniques n'ont pas eu d'effets significatifs sur les fabricants qui n'enfreignent pas les marques de Sony.
247. Par ailleurs, Sony est malvenue de critiquer la capacité de ces fabricants à proposer rapidement des solutions à des déconnexions qu'elle a elle-même provoquées, et ce sans en informer préalablement les acteurs du marché.
248. Quatrièmement, Sony prétend que SIEE a admis de nombreux licenciés et produits dans son programme OLP, ce qui permettrait, selon elle, l'exercice d'une pleine concurrence sur le marché. Mais comme rappelé plus haut au paragraphe 224, il convient de relativiser la dimension du programme OLP, qui ne couvrait, à la date du rapport, que six fabricants pour douze manettes de jeux. De plus, ces fabricants ont pour certains rejoint le programme OLP de manière plus ou moins tardive. Par exemple, parmi les 12 manettes du programme OLP, on compte la manette « C40 TR » de Logitech, dont la commercialisation a débuté en France en novembre 2019¹⁸².
249. Par ailleurs, Sony ne saurait alléguer une « *pleine concurrence sur le marché* » si certains fabricants tiers ont subi les effets d'éviction résultant de son comportement. Comme l'a déjà souligné la Cour de justice à plusieurs reprises, il n'appartient pas à l'entreprise dominante de déterminer le nombre de concurrents autorisés à la concurrencer¹⁸³. Au contraire, le libre jeu de la concurrence suppose que les clients déterminent librement leurs choix.
250. Ainsi, on ne peut pas déduire de l'existence du programme OLP et du nombre d'entreprises admises au sein de ce programme que le comportement de Sony n'a pas eu d'effet anticoncurrentiel.

¹⁸⁰ Cote VC 1487 – VNC 5694.

¹⁸¹ Cote 3689.

¹⁸² Cote 12253.

¹⁸³ Arrêt de la Cour de justice du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, point 161 ; voir aussi arrêt du 19 avril 2012, Tomra Systems SAS et al. c/ Commission, C-549/10 P, point 42.

251. Cinquièmement, Sony soutient que les effets d'éviction n'ont touché que des produits qui ont fait l'objet de dégradations volontaires de la part de leur fabricant, dans le but de diminuer leur exposition au risque de violation des droits de propriété intellectuelle de Sony. Selon Sony, ces dégradations affectent l'expérience de jeu du consommateur, et diminuent par conséquent son bien-être. Sony prend l'exemple de la manette « PR04 Controller » de Subsonic, dépourvue de la « *fonction lumière utilisateur* », qui permet l'identification des joueurs grâce à des couleurs, et qui est couverte par le dépôt d'un brevet Sony¹⁸⁴. De même, la manette PR04 Controller n'offre aucun système de vibration, Sony se prévalant aussi d'un brevet sur cette fonction. Pour Sony, ces dégradations volontaires annihilent la concurrence par l'innovation et la qualité des produits, et ces manettes dégradées ne sont pas légitimes à revendiquer la protection du droit de la concurrence. Sony invoque à cet égard l'arrêt du 6 septembre 2017, Intel Corporation c/ Commission, dans lequel la Cour de justice a écrit que « *la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation* »¹⁸⁵.
252. Cet argument doit être rejeté. À titre liminaire, Sony semble ici reprocher aux concurrents qui ont été affectés par ces mesures d'avoir fait les efforts nécessaires pour ne pas enfreindre ses droits de propriété intellectuelle. De plus, même si les manettes tierces ne sont pas dotées des mêmes fonctions, c'est aux utilisateurs d'arbitrer entre manettes concurrentes, en fonction de leurs préférences. Enfin, il n'est pas reproché à Sony d'avoir, par ses mérites, conduit à la marginalisation de certains de ses concurrents, mais de l'avoir fait par des moyens qui ne relèvent pas de cette concurrence par les mérites. Il apparaît à cet égard que les effets d'éviction susceptibles d'affecter les fabricants non licenciés ne résultaient pas d'un désintérêt des consommateurs pour les manettes en question, mais des pratiques mises en œuvre par Sony grâce au contrôle qu'elle est la seule à exercer sur l'environnement PlayStation.
253. Il convient par conséquent de conclure de l'ensemble de ces éléments que le comportement reproché à Sony était bien susceptible de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché.

c) Sur les justifications apportées par Sony

254. Sony soutient que les mesures techniques visées par la notification des griefs n'avaient pas d'objet anticoncurrentiel, et qu'elles étaient justifiées par la nécessité de lutter contre la contrefaçon s'agissant des manettes pour PS4.
255. Il ressort d'une jurisprudence constante que, pour justifier d'agissements susceptibles d'enfreindre l'article 102 du TFUE, une entreprise en position dominante peut démontrer, soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit que l'effet qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs¹⁸⁶. Quand l'entreprise dominante invoque des avantages en termes d'efficacité, elle doit démontrer que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement et que ce dernier est indispensable à la réalisation

¹⁸⁴ Il s'agissait du brevet EP 1 331974, qui a expiré le 1^{er} août 2021.

¹⁸⁵ Arrêt de la Cour de justice du 6 septembre 2017, Intel c/ Commission, C-413/14 P, point 134.

¹⁸⁶ Arrêt de la Cour de justice du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, point 41.

de ceux-ci¹⁸⁷. Il ne doit ainsi pas exister d'autres pratiques moins anticoncurrentielles que le comportement considéré, capables de produire les mêmes gains d'efficacité¹⁸⁸.

256. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, une entreprise en position dominante conserve le droit de préserver ses propres intérêts commerciaux lorsque ceux-ci sont attaqués, et elle conserve, dans une mesure raisonnable la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de les protéger. Toutefois, toujours selon la Cour de justice, on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser, et « *même si on peut admettre la possibilité d'une riposte, encore faut-il que celle-ci soit proportionnée à la menace, compte tenu de la puissance économique des entreprises en présence* »¹⁸⁹.
257. Sony soutient que les mesures techniques avaient pour objectif de lutter contre la contrefaçon et étaient proportionnées à cet objectif.
258. Sony met d'abord en avant qu'il existe un grand nombre de manettes contrefaites, que ces contrefaçons sont des contrefaçons de marque ou des contrefaçons de brevets et que les fournisseurs tiers sans licence violent nécessairement ses droits de propriété intellectuelle en vendant des manettes concurrentes, compte tenu du très grand nombre de brevets qui protègent ses manettes pour PS4.
259. Sony précise que dans sa lutte contre la contrefaçon, elle utilise les voies juridiques, mais que, celles-ci étant longues et complexes, elle met également en place des mesures techniques pour atteindre les contrefaçons. Ces mesures techniques visent toutes les manettes qui ne disposent pas d'un numéro d'identification fourni par Sony, mais également certaines manettes qui utilisent un numéro d'identification copié et cloné sur un numéro fourni par Sony, cette manœuvre étant qualifiée par Sony de frauduleuse.
260. Sony soutient que les mesures prises sont proportionnées dans la mesure où elles ont un effet plus sensible sur les contrefaçons de marque que sur les contrefaçons de brevets. En effet, elle considère que les fabricants qui ne violent pas ses marques peuvent mettre à disposition de leurs utilisateurs des mises à jour (les « patches ») qui leur permettent de contourner les mesures techniques, au besoin en remplaçant le numéro d'identification cloné par un autre numéro d'identification cloné.
261. L'Autorité considère que Sony, en prenant des mesures permettant de lutter contre les contrefaçons qui menacent ses intérêts commerciaux, poursuit un objectif légitime. Il convient par conséquent d'examiner si, au regard des éléments avancés par Sony, les moyens qu'elle a mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont appropriés et proportionnés.
262. À cet égard, Sony prétend que ces mesures techniques touchent des manettes qui ne sont pas légitimement sur le marché, soit parce qu'elles sont des contrefaçons de ses brevets ou de ses marques, soit parce qu'elles sont, à tout le moins, frauduleuses parce qu'elles utilisent un numéro d'identification qui a été copié ou cloné à partir d'une manette fabriquée ou approuvée par Sony.
263. Toutefois, pour ce qui est des manettes qui n'enfreignent pas les marques de Sony, comme les manettes commercialisées par Subsonic, Proxima Plus ou Suza International, Sony ne

¹⁸⁷ *Ibid.*, point 42.

¹⁸⁸ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24.2.2009, pp. 7-20, paragraphe 30.

¹⁸⁹ Arrêt de la Cour de justice du 14 février 1978, *United Brands*, 27/76, points 189-190.

démontre pas qu'elles enfreignent ses brevets, l'absence de licence OLP ne pouvant apporter cette démonstration.

264. Sony se contente d'affirmer que Subsonic commercialise en France des manettes contrefaites, en se fondant uniquement sur deux jugements rendus en Allemagne. Comme indiqué précédemment aux paragraphes 189 et 190, le premier a été rendu par le tribunal régional de Munich le 9 août 2016, et a ordonné, en s'appuyant sur un examen des preuves *prima facie* au terme d'une procédure non-contradictoire, une interdiction temporaire de la commercialisation en Allemagne des manettes Pro 5 de Subsonic, en raison d'une violation de la partie allemande du brevet européen EP 1 331 974 B1¹⁹⁰. Le deuxième est un jugement du tribunal régional de Düsseldorf rendu le 15 août 2016, lequel s'appuie également sur un examen des preuves *prima facie* et interdit, au terme d'une procédure non-contradictoire, la commercialisation en Allemagne des manettes Pro 5 en raison d'une violation de la partie allemande du brevet européen EP 0 867 212 B1¹⁹¹.
265. Ces arrêts ne permettent toutefois pas de démontrer que toutes les manettes qui ne bénéficient pas des licences octroyées par le programme OLP sont contrefaisantes. Tout d'abord, ils ne concernent que les manettes Pro 5, et non les autres manettes de Subsonic (Gator Claw, Pro 4, etc.). De plus, ils concernent uniquement la partie allemande des brevets européens invoqués, et ils ne démontrent nullement que Sony dispose de droits de propriété intellectuelle en France qui seraient enfreints par Subsonic. Sony Interactive Entertainment Inc, Sony Interactive Entertainment Europe Limited, S.A. Sony Sony Interactive Entertainment France ont assigné Subsonic devant le Tribunal judiciaire de Paris en invoquant la contrefaçon, par les manettes Pro 5, de la partie française de trois brevets européens, les brevets EP 1 331 974 B1 et EP 0 867 212 B1 mentionnés plus haut, et le brevet EP 0 834 338. Au terme d'une procédure contradictoire, le tribunal judiciaire de Paris a débouté Sony de l'intégralité de ses demandes en considérant que les actes de contrefaçon n'étaient pas caractérisés¹⁹². La cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement, en relevant que les appelantes n'ayant pas procédé à certaines formalités d'inscription des brevets invoqués au Registre National des Brevets tenu par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, elles n'étaient pas recevables à agir en contrefaçon¹⁹³.
266. On relèvera enfin que les brevets invoqués, même à supposer qu'ils soient valables et que Sony puisse s'en prévaloir en France, ont tous les trois expiré, deux d'entre eux ayant expiré dès 2017 (le 11 avril 2017 pour le brevet EP 0 867 212, le 30 septembre 2017 pour le brevet EP 0 834 338), le troisième brevet (n° 1 331 974) ayant expiré le 1^{er} août 2021. Or il n'apparaît pas que les mesures en cause aient été conçues pour cesser une fois l'invention entrée dans le domaine public avec l'expiration du brevet.
267. Il résulte de ce qui précède qu'à supposer même que les manettes Pro 5 de Subsonic aient enfreint des brevets de Sony, le dispositif mis en place excède ces seules manettes et affecte sans distinction la totalité des manettes pour PS4 non couvertes par une licence OLP. Par ailleurs, s'agissant des manettes Pro 5, le dispositif avait un champ temporel excédant la durée légale de protection des droits de propriété intellectuelle de Sony.

¹⁹⁰ Cotes 1219 à 1231.

¹⁹¹ Cotes 1232 à 1236.

¹⁹² Jugement du tribunal judiciaire de Paris du 4 septembre 2020, Sony Interactive Entertainment Inc. *et al.*, n° 17/01825.

¹⁹³ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 septembre 2022, Sony Interactive Entertainment Inc. *et al.*, n° 20/12901 (cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi).

268. Par ailleurs, Sony n'apporte à sa démonstration aucun élément qui permettrait de conclure que la duplication des numéros d'identification utilisés pour distinguer les manettes épargnées et les manettes atteintes par les mesures techniques soit, comme elle l'affirme, frauduleuse. Elle prend d'ailleurs acte de cette possibilité d'utiliser de tels numéros quand il s'agit de soutenir que les fabricants qui n'enfreignent pas les droits des marques de Sony ne sont que raisonnablement touchés par les mesures techniques, ayant la capacité de proposer à leurs utilisateurs d'autres numéros dupliqués.
269. Il est donc établi que les pratiques de Sony affectent non seulement des manettes contrefaisantes, mais également des manettes dont elle n'est pas capable de démontrer le caractère contrefaisant ou frauduleux.
270. Enfin, Sony n'apporte aucun élément qui permettrait d'établir qu'il n'existait aucun autre moyen, moins attentatoire à la concurrence, qui permettrait d'atteindre le même objectif. L'Autorité relève en particulier que Sony s'en est toujours tenue à réserver l'octroi des numéros d'identification qui permettent de ne pas être touché par les mesures techniques aux manettes qui bénéficient d'une licence OLP. Cette limitation ne semble pas découler d'une autre motivation que celle, contredite plus haut, selon laquelle les manettes qui ne bénéficient pas de licence sont nécessairement contrefaisantes.
271. En conclusion, les moyens mis en œuvre en l'espèce par Sony pour atteindre l'objectif de protection de ses droits de propriété intellectuelle sont à tout le moins disproportionnés, voire inadaptés. Les pratiques abusives ne sauraient dès lors être considérées comme justifiées.

d) Conclusion sur la qualification des pratiques

272. Il résulte de ce qui précède que le comportement reproché à Sony constitue un abus de position dominante au sens des articles 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce.

3. DUREE DES PRATIQUES

273. Afin de déterminer la durée de l'infraction, seront successivement examinés la période de mise en œuvre des contre-mesures techniques par Sony puis les arguments de Sony relatifs à l'encadrement dans le temps des « *prétendus défauts* »¹⁹⁴ de son programme OLP.

a) S'agissant de la mise en œuvre des contre-mesures techniques par Sony

274. Il ressort de l'instruction qu'au moins neuf mises à jour du système d'exploitation de la console PS4 ont affecté le fonctionnement de manettes de jeux conçues pour cette console et produites par des tiers ne disposant pas de licence, ainsi que l'ont corroboré, pour chacune d'entre elles, au moins deux acteurs présents dans le secteur concerné (dont Sony pour cinq de ces neuf mises à jour¹⁹⁵). Il s'agit des mises à jour déployées aux dates suivantes :

- le 9 novembre 2015 ;
- le 13 janvier 2016 ;
- le 6 avril 2016 ;

¹⁹⁴ Cote 11303.

¹⁹⁵ Cote 6967.

- le 21 juillet 2016 ;
- le 12 avril 2017 ;
- le 30 avril 2017 ;
- le 8 mars 2018 ;
- le 13 décembre 2018 ; et
- le 17 avril 2020.

275. Sony conteste toutefois l'inclusion de plusieurs mises à jour dans cette liste.

La prise en compte des mises à jour des 13 janvier 2016 et 12 avril 2017

276. Sony soutient que les mises à jour des 13 janvier 2016 et 12 avril 2017 doivent être écartées de la liste. Elle fait valoir à cet effet que l'existence alléguée de contre-mesures techniques associées à ces deux mises à jour ne repose, pour chacune d'entre elles, que sur une déclaration unique d'un fournisseur, « *corroborée par l'affirmation infondée de Proxima que "toutes les mises à jour sont bloquantes" »*¹⁹⁶.
277. Toutefois cet argument manque en fait. L'existence de contre-mesures techniques associées à la mise à jour du 13 janvier 2016 est corroborée, d'une part, par une déclaration de Subsonic¹⁹⁷, d'autre part, par une capture d'écran, du 20 septembre 2016, du site web de Proxima Plus¹⁹⁸. L'existence de contre-mesures techniques associées à la mise à jour du 12 avril 2017 est corroborée, d'une part, par une déclaration de Suza¹⁹⁹, d'autre part, par une réponse de Proxima Plus²⁰⁰ du 7 juin 2017 à une demande d'informations ainsi que par un courriel du 23 mai 2017 adressé à Sony²⁰¹.
278. Il est donc établi que les mises à jour des 13 janvier 2016 et 12 avril 2017 ont impacté le fonctionnement de manettes de jeux conçues pour la console PS4 par des fabricants sans licence.

La prise en compte des mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020

279. Sony soutient que les mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020 doivent être écartées de la liste.
280. Elle souvient, en premier lieu, que la déclaration de Proxima Plus, selon laquelle « [t]outes les mises à jour sont bloquantes ; nous ne sommes malheureusement pas en mesure de toutes les énumérer »²⁰² aurait dû être « *totaletement écartée des débats* », car elle est trompeuse. Elle ne pourrait dès lors corroborer les déclarations de Suza concernant les mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020²⁰³.

¹⁹⁶ Cote 12691.

¹⁹⁷ Cotes 6629 et 6630.

¹⁹⁸ Cote 1122 et cote VNC 1468.

¹⁹⁹ Cote 3684.

²⁰⁰ Cote 3684.

²⁰¹ Cote 12316.

²⁰² Cote 6789.

²⁰³ Cotes 12717 et 12718.

281. Toutefois, la circonstance que les services d’instruction n’aient pas retenu les 21 mises à jour énumérées par Proxima comme indices de pratiques abusives n’atteste en rien du caractère trompeur de sa déclaration, mais résulte de leur appréciation de leur valeur probatoire. Par suite, l’existence de contre-mesures associées aux mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020 peut être retenue au regard de cette déclaration de Proxima Plus, corroborée par celle de Suza.
282. En deuxième lieu, Sony estime que les déclarations de Suza International, sur lesquelles se sont notamment appuyés les services d’instruction pour retenir ces deux dates, ne pouvaient être retenues.
283. Ces arguments ne seront pas retenus. Si Sony fait valoir, d’une part, que Suza International aurait remédié aux difficultés découlant des mises à jour, les déclarations de Suza International dont se prévaut Sony ne font pas référence aux mises à jour déployées les 13 décembre 2018 et 17 avril 2020, mais à une mise à jour déployée en avril 2017²⁰⁴. En tout état de cause, la circonstance, à la supposer vérifiée, que Suza International ait pu remédier *a posteriori* aux contre-mesures techniques ne remet pas en cause l’impact négatif des deux mises à jour concernées, lesquelles « *ont engendré un dysfonctionnement de [leurs] manettes compatibles en provoquant des déconnexions intempestives* »²⁰⁵.
284. Sony fait valoir, d’autre part, que les déclarations de Suza International figurant dans la cote 6677 ne sont ni corroborées par d’autres éléments du dossier, ni étayées par des éléments produits par Suza International. Toutefois l’argument manque en fait : ces déclarations sont corroborées par celle de Proxima, ainsi qu’il vient d’être exposé au paragraphe 281, et appuyées par plusieurs éléments communiqués par Suza International aux services d’instruction le 20 octobre 2022.
285. S’agissant de l’impact de la mise à jour du système d’exploitation de la console PS4 déployée *via* Internet le 13 décembre 2018 sur les manettes de Suza International conçues pour cette console, Suza a ainsi communiqué aux services d’instruction :
- un premier formulaire de contact adressé le 22 décembre 2018 à Suza International dans lequel un consommateur, ayant acheté en France le 15 décembre 2018 une manette de Suza International conçue pour la console PS4, indique que « *[l]a ps4 ne reconnaît pas la manette. Impossible donc d’utiliser la manette* »²⁰⁶ ;
 - un courriel, adressé par un représentant de Suza International le 7 janvier 2019 à un autre représentant de Suza International, dans lequel le premier indique au second : « *Lida, Nos manettes PS4 ne fonctionne plus ! Tu peux demander à Target une mise à jour pour nos manettes car Sony à modifier son Firmware Bonne réception Fabien* »²⁰⁷ ;
 - un second formulaire de contact adressé le 18 janvier 2019 à Suza International dans lequel un consommateur, ayant acheté en France le 18 janvier 2019 une manette de Suza International conçue pour la console PS4, indique : « *Vous n’avez pas de port*

²⁰⁴ Cote 3684.

²⁰⁵ Cote 6677.

²⁰⁶ Cote 12958.

²⁰⁷ Cote 13000.

jack pour une manette PS4 c'est déjà honteux en 2019 et en plus votre manette ne fonctionne pas correctement »²⁰⁸.

286. S'agissant de l'impact de la mise à jour du système d'exploitation de la console PS4 déployée via Internet le 17 avril 2020 sur les manettes de Suza International conçues pour cette console, Suza a communiqué aux services d'instruction le 20 octobre 2022 :

- un courriel, adressé par un représentant de Suza International le 4 mai 2020 à un autre représentant de Suza International, dans lequel le premier indique au second : « *Peng, Il faut voir avec l'usine, en effet la manette ce déconnecte de la console toute les 5 minutes déjà beaucoup de clients se plaignent depuis 1 semaine. On a déjà eu ce problème avec d'autres manettes et une mise à jour à corrigée cette erreur. La problématique initiale provenait d'une mise à jour de SONY. Sylvain »²⁰⁹ ;*
- un second formulaire de contact adressé le 29 mai 2020 à Suza International dans lequel un représentant du magasin Cash Converters situé dans la rue Lepante à Nice indique : « *Bonjour ; Nous vous contactons à la suite de plaintes de plusieurs clients suite à la déconnexion intempestive de la manette PGP Wired compatible pas4 pas3 Pc. Nous avons essayé de faire les mises à jour comme indiqué sur votre site mais au moment de brancher la manette en restant appuyé sur les boutons demandés, rien ne se passe. Donc nous avons plusieurs manettes qui sont inutilisables. Avez-vous d'autres moyens de solutionner ceci ? cordialement Cash converters Nice Lépante »²¹⁰ ;*
- un courriel adressé par un consommateur à Suza International le 29 mai 2020 dans lequel le consommateur indique : « *Bonjour, j'ai acheté votre manette PGP Wired pour PS4 et elle se déconnecte toutes les 10 minutes. J'ai essayé d'installer les pilotes sur votre site mais il m'est impossible de commencer l'installation car la manipulation « Right and L3 while connecting the USB » ne fonctionne pas. Merci de votre aide »²¹¹.*

287. Sony entend enfin se prévaloir de ce que Suza International ne se serait jamais rapprochée de SIEE pour essayer d'obtenir une licence officielle²¹². Toutefois cette circonstance est sans incidence sur la détermination de la durée des pratiques en cause. En effet, au 17 avril 2020, date de la dernière mise à jour via Internet du système d'exploitation de la console PS4 ayant impacté le fonctionnement de manettes de jeux, la politique d'octroi de licences de Sony était toujours opaque et son programme de licence OLP toujours hermétique, ainsi qu'il a été exposé ci-avant aux paragraphes 219 à 225. Dans ce contexte, l'absence de demande, de la part de Suza International, d'accès au programme de licence OLP de Sony ne saurait faire obstacle à ce que ses déclarations soient retenues pour inclure les mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020 dans la liste de celles ayant mises en œuvre des contre-mesures techniques.

²⁰⁸ Cote 12972.

²⁰⁹ Cote 13005.

²¹⁰ Cote 12991.

²¹¹ Cote 12993.

²¹² Cote 11301.

288. En dernier lieu, si Sony affirme enfin que les mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020 n'ont pas pu affecter le fonctionnement des manettes sans licence conçues pour la console PS4²¹³, elle n'apporte aucun élément tangible à l'appui de ses allégations.
289. Il est ainsi pertinent d'inclure les mises à jour des 13 décembre 2018 et 17 avril 2020 parmi celles ayant impacté le fonctionnement de manettes de jeux conçues pour cette console et produites par des tiers ne disposant pas de licence officielle.
290. Il résulte de ce qui précède que Sony doit être regardée comme ayant mis en œuvre des contre-mesures techniques lors de chacune des mises à jour énumérées au paragraphe 274, soit du 9 novembre 2015 au 17 avril 2020.

b) S'agissant du programme de licence OLP

291. En premier lieu, Sony fait valoir que l'existence de « *prétendus défauts* »²¹⁴ du programme OLP ne saurait être retenue avant l'intervention de la première demande de licence, et que la date précise de commencement de ces défauts n'est pas établie²¹⁵.
292. Toutefois, au regard des éléments exposés au paragraphe 222 *supra*, il doit être retenu que, dès le lancement en France en 2013 du programme de licence OLP pour ce qui relève de l'écosystème PS4²¹⁶, la politique de Sony d'octroi de licences était opaque et son programme de licence OLP particulièrement difficile à comprendre et *a fortiori* à intégrer en pratique. Ce constat reste valable indépendamment de la date à laquelle est intervenue la première demande de licence officielle, étant entendu que le caractère opaque du programme de licence OLP a précisément eu un effet dissuasif sur les tiers ne disposant pas de licence officielle.
293. Sony n'apporte pas d'éléments probants permettant de démontrer que, postérieurement au lancement en France de son programme OLP en 2013, elle aurait précisé et rendu publics les critères d'octroi des licences et facilité l'adhésion de tiers. À titre d'exemple, Subsonic n'a jamais eu accès, malgré ses échanges avec Sony entre décembre 2014²¹⁷ et novembre 2017²¹⁸, à la liste exhaustive des critères retenus par Sony pour accorder des licences officielles OLP, ainsi qu'il ressort des paragraphes 77 et suivants ci-dessus. En outre, comme indiqué au paragraphe 84 Proxima Plus s'est heurtée, depuis mai 2017, à l'absence de réponse des services compétents de Sony s'agissant de son souhait d'adhérer au programme de licence OLP.
294. En second lieu, s'agissant de la date de fin des « *défauts* » du programme OLP²¹⁹, Sony fait valoir que celle-ci ne pourrait pas être postérieure au 5 juillet 2018, date à laquelle elle a adressé au rapporteur de l'Autorité « *une première note présentant les engagements relatifs à son programme de licence OLP qu'elle pourrait envisager si une telle procédure devait*

²¹³ Cote 12716.

²¹⁴ Cote 11303.

²¹⁵ Cote 11303.

²¹⁶ Cote VNC 6871.

²¹⁷ Cotes 484 et 485.

²¹⁸ Cote 11294.

²¹⁹ Cote 11303.

être décidée par l'Autorité »²²⁰. Sony considère à cet égard, « [qu'] à partir du moment où des négociations d'engagements ont été entamées entre SIEE et l'Autorité et que ces discussions portaient précisément sur le programme de licence OLP de SIEE, il était légitime pour SIEE d'attendre que la procédure d'engagements sur ce programme OLP aille à son terme pour traiter les (rares) demandes formulées »²²¹.

295. Toutefois ces arguments ne sauraient faire obstacle à ce que la date de fin des « "défauts" du programme OLP »²²² puisse être postérieure au 5 juillet 2018. Les discussions avec l'Autorité au sujet de possibles engagements ne dispensaient pas Sony d'indiquer à Subsonic et à Proxima Plus, à tout le moins, que leurs demandes ne pouvaient être traitées, selon elle, avant l'issue de la procédure d'engagements en cours devant l'Autorité. En tout état de cause, il est constant que si Sony a proposé de prendre des engagements concernant son programme OLP, elle n'a pas, dans le même temps, modifié son comportement. Ainsi, après la décision du 23 octobre 2020 par laquelle l'Autorité a renvoyé le dossier à l'instruction, Sony n'a pas communiqué de réponse au souhait de Proxima Plus d'adhérer au programme de licence OLP et n'a pas davantage communiqué à Subsonic la liste exhaustive des critères retenus pour accorder une licence.
296. Sur ce dernier point, Sony fait valoir en vain qu'elle a communiqué à Subsonic, dans un courriel du 8 novembre 2017, un premier critère d'adhésion au programme OLP, à savoir celui de « l'innovation ». Le caractère tardif de ce courriel illustre en tout état de cause les efforts de Sony pour retarder au maximum la communication d'un premier critère d'adhésion à Subsonic, ainsi que l'indique la chronologie des faits exposée aux paragraphes 80 à 84 *supra*. En outre, ce courriel confirme l'opacité et le flou des critères d'adhésion au programme OLP. Subsonic y était en effet invitée à démontrer en quoi son produit conçu pour la console PS4 était conforme aux « valeurs de la marque [Sony] » ou bien encore « reflète la réputation en matière d'innovation », sans aucune indication quant aux autres critères devant être remplis ni quant aux étapes procédurales suivantes.

c) Conclusion

297. Il résulte de ce qui précède qu'il convient de retenir le 9 novembre 2015 comme date de début des pratiques reprochées à Sony. À cette date, Sony a déployé, *via* Internet, la première mise à jour du système d'exploitation de la console PS4 ayant impacté le fonctionnement de manettes de jeux sans licence, comme mentionné au paragraphe 274 de la présente décision. Par ailleurs, à cette même date, la politique d'octroi de licences de Sony était déjà opaque et son programme de licence OLP particulièrement difficile à intégrer en pratique, ainsi qu'indiqué aux paragraphes 291 à 293 de la présente décision.
298. S'agissant de la date de fin des pratiques reprochées à Sony, celle-ci correspond à la date du 17 avril 2020, pour les raisons invoquées *supra*.

²²⁰ Cote 11303.

²²¹ Cote 11304.

²²² Cote 11303.

H. SUR L'IMPUTABILITE DES PRATIQUES

1. RAPPEL DES PRINCIPES

299. Il résulte d'une jurisprudence constante que les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que les articles 101 et 102 du TFUE visent les infractions commises par des entreprises. La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique ce droit.
300. À cet égard, les juridictions ont précisé que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle a enfreint le droit de la concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle²²³.
301. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques²²⁴.
302. Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale.
303. La jurisprudence de l'Union a retenu que cette détention capitalistique se suffisait à elle-même, « *pour qu'il puisse être présumé que [la société mère] exerce effectivement une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale* »²²⁵.
304. Ainsi, il n'est pas exigé, pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale, de prouver que la société mère ait été directement impliquée dans les pratiques, ou ait eu connaissance des comportements incriminés. Ainsi que le relève le juge de l'Union, « *ce n'est donc pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 CE qui permet à la Commission d'adresser une décision imposant des amendes à la société mère* »²²⁶.

²²³ Voir notamment les arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, paragraphe 56, du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, paragraphe 95, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, page 18.

²²⁴ Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, paragraphe 58.

²²⁵ Arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a. / Commission, précité, paragraphes 62 et 63, et du 19 juillet 2012, Alliance One International et Standard Commercial Tobacco/Commission et Commission / Alliance One International e.a., C-628/10 P, paragraphe 47.

²²⁶ Arrêt du Tribunal de l'Union du 27 octobre 2010, Alliance One International Inc. e.a./Commission, T-24/05, paragraphe 169 ; voir également l'arrêt du Tribunal de l'Union du 12 décembre 2007, Akzo Nobel NV e.a./Commission, T-112/05, paragraphe 59.

305. En revanche, comme récemment rappelé par la cour d'appel de Paris, lorsqu'une société mère avance des arguments aux fins, selon elle, de renverser cette présomption, il revient à l'Autorité, afin de correctement motiver sa décision, de se livrer à une application concrète des principes exposés, et d'analyser, même sommairement, les éléments invoqués par les requérantes²²⁷.
306. Dans ce même arrêt, la cour d'appel de Paris a également précisé que « [l]es éléments pertinents relatifs aux liens qui unissent la filiale à la société mère, étant susceptibles de varier selon les cas, ils ne peuvent faire l'objet d'une énumération exhaustive, ni d'une démonstration a contrario automatique »²²⁸ et que « l'organisation capitaliste relève du choix de [la mise en cause] et ne saurait mettre en échec, sous le couvert d'une structuration stratégique, l'effectivité du droit de la concurrence et l'objectif de dissuasion nécessaires à la prévention de la commission des infractions »²²⁹.
307. En conséquence, si la présomption n'est pas renversée par la société mère, l'Autorité sera en mesure de tenir la société mère solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale²³⁰.
308. Les règles d'imputabilité découlant de la notion d'unité économique ne sauraient se limiter à une responsabilité dite « ascendante ». Ainsi, la jurisprudence de l'Union a mis en exergue une responsabilité dite « descendante », donnant la possibilité d'imputer à une filiale les pratiques anticoncurrentielles commises par sa société mère. Dans un arrêt *Sumal*, la Cour de justice a précisé que la responsabilité de la filiale ne reposait pas sur un régime de présomption mais sur la démonstration que « eu égard, d'une part, aux liens économiques, organisationnels et juridiques (...) et, d'autre part, à l'existence d'un lien concret entre l'activité économique de cette société filiale et l'objet de l'infraction dont la société mère a été tenue responsable, ladite filiale constituait avec sa société mère une unité économique »²³¹.
309. La Cour de justice reprend donc dans l'arrêt *Sumal*, les principes précédemment dégagés par la jurisprudence concernant la théorie de l'unité économique pour conclure qu'il découle de la notion d'entreprise, la possibilité d'imputer l'infraction commise par une société mère à sa filiale dont l'activité est en lien avec l'objet de l'infraction²³².

2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE

310. Le grief d'abus de position dominante a été notifié aux sociétés suivantes :

- SIEKK (filiale à 100% de Sony Group Corporation), en qualité d'auteure ;

²²⁷ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 mars 2023, Santerne Nord Tertiaire S.A.S, RG n° 21/06028, paragraphe 174 (un pourvoi a été formé contre cet arrêt).

²²⁸ *Ibid.*, paragraphe 177.

²²⁹ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 mars 2023, Santerne Nord Tertiaire S.A.S, RG n° 21/06028, paragraphe 178 (un pourvoi a été formé contre cet arrêt).

²³⁰ Arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, paragraphe 61, du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité, paragraphe 98, de la Cour de cassation du 6 janvier 2015, Oranges Caraïbes, n° 13-22.477 et 13-21.305 ; et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., précité, page 19.

²³¹ Arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2021, Sumal SL, C-882/19, paragraphe 51.

²³² *Ibid.*, paragraphes 37 et 38.

- SIEE (filiale à 100% de Sony Group Corporation jusqu’au 2 août 2017 puis filiale à 100% de SIEKK), en qualité d’auteure ;
- Sony Group Corporation, en qualité de société mère ayant exercé une influence déterminante sur SIEE et SIEKK ;
- SIEF (filiale détenue à 100% par SIEE), en qualité de société dont l’activité a été objectivement nécessaire à la réalisation par SIEKK et SIEE des pratiques concernées.

311. D’une part, il y a lieu d’imputer les pratiques constatées au titre du grief notifié aux sociétés SIEKK et SIEE en tant qu’auteurs des pratiques. En effet, comme précédemment indiqué aux paragraphes 42 à 44, au sein du groupe Sony, SIEKK a notamment la charge du déploiement mondial des mises à jour du système d’exploitation de la console PS4, et est à l’origine de la création du programme OLP, pendant que SIEE est chargée de la gestion du programme OLP en Europe.
312. D’autre part, il y a lieu d’examiner l’imputabilité des pratiques constatées aux sociétés Sony Group Corporation (a) et SIEF (b).

a) S’agissant de l’imputabilité des pratiques à Sony Group Corporation

313. En application des principes cités aux paragraphes 302 à 307 ci-dessus, dans le cas où une société mère détient, directement ou indirectement, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, et peut donc se voir imputer l’amende infligée à sa filiale.
314. En l’espèce, Sony Group Corporation détenait 100 % de SIEE jusqu’au 2 août 2017 (cette filiale étant depuis cette date détenue à 100 % par SIEKK) et détient 100 % de SIEKK depuis 2013.
315. Pour contester l’imputabilité des agissements de SIEKK et SIEE à Sony Group Corporation, Sony invoque deux séries d’arguments.
316. En premier lieu, Sony fait valoir que les liens de détention capitalistiques ne suffisent pas à caractériser une influence déterminante de Sony Group Corporation sur ses filiales SIEKK et SIEE, dès lors que celles-ci se sont comportées de façon autonome sur le marché.
317. Toutefois, ainsi que rappelé aux paragraphes 302 et 303, la détention directe ou indirecte par une société mère de la totalité du capital de ses filiales, comme en l’espèce, suffit à présumer l’exercice d’une influence déterminante sur celles-ci. L’argument invoqué par Sony doit par suite être rejeté.
318. En second lieu, Sony fait valoir que la présomption d’exercice par Sony Group Corporation d’une influence déterminante sur ses filiales doit être regardée comme renversée. Elle soutient, en ce sens, que Sony Group Corporation n’intervient pas dans le cours normal des activités de ses filiales SIEKK et SIEE, qu’elle n’approuve pas leurs budgets respectifs, qu’elle ne bénéficie pas de reporting d’informations de leur part, et qu’elle ne partage pas de membres de son personnel avec elles. Elle affirme enfin que les services d’instruction reconnaîtraient eux-mêmes l’autonomie de SIEE en indiquant que la filiale prend de manière autonome, pour l’Europe, les décisions d’accorder ou non des licences officielles.
319. Toutefois ces différents éléments, même examinés de manière combinée, ne suffisent pas à démontrer que Sony Group Corporation n’exercerait aucune influence déterminante sur ses filiales SIEE et SIEKK. En particulier, ainsi que l’a rappelé la Cour de justice, la circonstance

qu'une société mère n'intervienne pas dans le secteur d'activité où opère sa filiale n'est pas de nature à inverser la présomption d'exercice d'une influence déterminante²³³. L'absence de personnels communs aux sociétés mentionnées ne constitue pas non plus une preuve permettant de renverser la présomption d'influence déterminante²³⁴.

320. La Cour de justice a également eu l'occasion d'écarter les arguments selon lesquels la société mère « *n'aurait pas disposé d'éléments d'information sur les plans stratégiques et commerciaux ni sur leur mise en œuvre, et qu'elle n'aurait nullement été impliquée dans les processus décisionnels de définition des plans stratégiques et commerciaux ainsi que des volumes de ventes annuels et des prix, dans la mesure où ils ne se rapportent qu'aux activités opérationnelles dans le secteur* » concerné²³⁵. L'absence d'approbation des budgets de SIEKK et SIEE par Sony ne permet pas davantage de renverser la présomption d'influence déterminante. *À contrario*, Sony Group Corporation reconnaît l'existence d'une remontée d'informations consolidées de la part de ses filiales, ainsi que de données budgétaires agrégées, lui permettant d'assurer l'unité de direction du groupe.
321. Enfin, la capacité de SIEE d'accorder ou non des licences de manière autonome pour l'Europe ne convainc pas davantage, l'autonomie laissée par une mère à une filiale dans la détermination de sa politique commerciale ne constituant pas une preuve de l'absence d'exercice effectif d'une influence déterminante²³⁶.
322. En conséquence, la présomption d'exercice par Sony Group Corporation d'une influence déterminante sur ses filiales ne peut être regardée comme renversée. Dès lors, il y a lieu d'imputer les pratiques mises en œuvre par SIEKK et SIEE à Sony Group Corporation, en qualité de société mère.

b) S'agissant de l'imputabilité des pratiques à Sony Interactive Entertainment France

323. L'arrêt *Sumal* mentionné aux paragraphes 308 et 309 ci-dessus dégage deux conditions permettant d'imputer l'infraction d'une société mère à sa filiale, à savoir, d'une part, l'existence de « *liens économiques, organisationnels et juridiques* » entre les deux entités, d'autre part, « *l'existence d'un lien concret entre l'activité économique de cette société filiale et l'objet de l'infraction dont la société mère a été tenue responsable* ».
324. Pour ce qui concerne le premier critère, la Cour de justice considère qu'en matière de responsabilité descendante, les liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la filiale à sa société mère sont les mêmes que ceux unissant une société mère à sa filiale lorsqu'il est question de responsabilité ascendante²³⁷. Selon l'arrêt *Sumal* précité, l'unité économique est caractérisée lorsque la filiale ne se détermine pas de manière autonome sur le marché mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère eu égard aux liens qui les unissent²³⁸.

²³³ Arrêt de la Cour de justice du 8 mai 2013, Eni, C-508/11 P, point 65.

²³⁴ Arrêt de la Cour de justice du 8 mai 2013, Eni, C-508/11 P, point 65.

²³⁵ Arrêt de la Cour de justice du 8 mai 2013, Eni, C-508/11 P, point 66.

²³⁶ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal de l'Union du 7 juin 2011, Arkema, T-217/06, points 108 et suivants.

²³⁷ *Ibid*, paragraphe 51.

²³⁸ *Ibid*, paragraphe 43.

325. En l'espèce, SIEF est détenue à 100 % depuis 2013 par SIEE, société auteure des pratiques concernées. De plus, SIEKK, seconde société auteure des pratiques, est considérée avoir exercé indirectement une influence déterminante sur SIEF entre 2017 et 2020 dans la mesure où le capital de SIEE était à cette période-là totalement détenu par SIEKK²³⁹. Ces liens capitalistiques permettent de retenir l'existence d'une unité économique entre SIEF, SIEE et SIEKK.
326. Par suite, la première condition dégagée par l'arrêt *Sumal* pour pouvoir imputer l'infraction de la société mère à sa filiale doit être regardée comme remplie.
327. Pour ce qui concerne le second critère, tenant à l'existence d'un lien concret entre l'activité économique de la filiale et l'objet de l'infraction, la Cour de justice a considéré que cette condition supposait « [d']établir, en principe, que l'accord anticoncurrentiel conclu par la société mère pour lequel celle-ci a été condamnée concerne les mêmes produits que ceux que commercialise la société filiale »²⁴⁰.
328. En l'espèce, SIEF a pour activité la vente des produits Sony sur le marché national. Elle opère dans le même secteur des consoles PS4 et des manettes de jeux conçus pour cette console que SIEKK et SIEE, auteures des pratiques. En outre, comme l'affirme clairement Sony, les contre-mesures techniques ont pour objectif de lutter contre la contrefaçon des produits Sony, ce qui comprend nécessairement les produits vendus par SIEF. De même, le programme de licence OLP mis en œuvre par SIEE vise à octroyer des licences à certaines manettes pour PS4 – et non à d'autres – alors que SIEF est chargée de la commercialisation des manettes DualShock 4 sur le territoire français.
329. Par suite, la seconde condition dégagée par l'arrêt *Sumal* pour pouvoir imputer l'infraction de la société mère à sa filiale doit être regardée comme remplie.
330. Pour contester l'imputabilité des agissements de SIEKK et SIEE à SIEF, Sony invoque plusieurs séries d'arguments, auxquels il sera répondu ci-après.
331. En premier lieu, Sony fait valoir que la solution dégagée par l'arrêt *Sumal* n'est pas applicable dès lors que cet arrêt intervient dans le contexte d'une action en responsabilité civile et n'est pas relatif à l'imputabilité de l'infraction dans le cadre d'une procédure de sanction. Sony relève aussi qu'il était question, dans cet arrêt, de savoir si une société pouvait être tenue pour responsable alors qu'elle n'avait pas été désignée dans la décision de la Commission comme ayant commis l'infraction.
332. Toutefois ces circonstances ne font pas obstacle à l'application au cas d'espèce des principes dégagés dans l'arrêt *Sumal*, rappelés aux paragraphes 308 et 309. Celui-ci indique au contraire que l'action en responsabilité civile et les règles d'imputabilité, ascendante comme descendante, reposent toutes deux sur la notion commune d'entreprise. Ainsi, selon la Cour de justice, il découle de cette notion d'entreprise que, « au même titre que la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union par les autorités publiques (public enforcement), les actions en dommages et intérêts pour violation de ces règles (private enforcement) font partie intégrante du système de mise en œuvre desdites règles, qui vise à réprimer les comportements anticoncurrentiels des entreprises et à dissuader celles-ci de se livrer à de tels comportements »²⁴¹. En conséquence, « la notion d'entreprise, au sens de l'article 101

²³⁹ Voir schéma de la structure du groupe Sony, paragraphe 45 de la présente décision.

²⁴⁰ Arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2021, *Sumal* SL, C-882/19, paragraphe 52.

²⁴¹ Arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2021, *Sumal* SL, C-882/19, paragraphe 37.

TFUE, qui constitue une notion autonome du droit de l'Union, ne saurait avoir une portée différente dans le contexte de l'imposition, par la Commission, d'amendes au titre de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 et dans celui des actions en dommages et intérêts pour violation des règles de concurrence de l'Union »²⁴². C'est donc à tort que Sony soutient que l'arrêt *Sumal* ne pourrait pas servir de fondement à l'imputabilité de l'infraction à SIEF.

333. En deuxième lieu, selon Sony, la jurisprudence de la Cour de justice fait obstacle à ce que l'infraction d'une société mère soit imputée à sa filiale, dès lors que celle-ci n'exerce pas de contrôle sur sa mère et n'a donc eu aucune influence sur ses agissements. Sony affirme qu'en tout état de cause, seules la société auteure de l'infraction, en application de la théorie de l'unité économique, et la société mère (ou, dans certains cas, sœur) qui détient un pouvoir de contrôle sur l'entité auteure, pourraient être tenues responsables d'une infraction par une autorité de concurrence.
334. Toutefois l'application des principes dégagés par la Cour de justice dans l'arrêt *Sumal* permet au contraire d'imputer une infraction commise par une société mère à sa filiale dans l'hypothèse où il existe, d'une part, une unité économique matérialisée par des liens économiques, organisationnels et juridiques, d'autre part, un lien concret entre l'activité économique de cette filiale et l'objet de l'infraction²⁴³, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus. L'arrêt précise en ce sens que « *le droit de la concurrence de l'Union, en visant les activités des entreprises, consacre comme critère décisif l'existence d'une unité de comportement sur le marché, sans que la séparation formelle entre diverses sociétés résultant de leur personnalité juridique distincte puisse s'opposer à une telle unité aux fins de l'application des règles de concurrence* »²⁴⁴.
335. En troisième lieu, Sony soutient qu'une responsabilité descendante ne peut être retenue en l'absence de preuve de l'influence déterminante exercée par SIEKK et SIEE sur SIEF. L'imputabilité de l'infraction à la filiale ne pourrait alors être retenue dans la mesure où l'influence déterminante n'a pas été exercée concomitamment par les deux sociétés auteures de l'infraction, SIEKK et SIEE, au cours de la période des pratiques. Sony affirme encore qu'il n'existe pas de lien concret entre l'activité économique de la filiale et l'objet de l'infraction en arguant de ce que les contre-mesures techniques auraient été mises en œuvre indépendamment de l'activité de SIEF, et que celle-ci n'aurait joué aucun rôle dans leur réalisation.
336. Toutefois, et d'une part, les liens capitalistiques entre SIEKK, SIEE et SIEF, rappelés au paragraphe 314 et suivants, permettent bien de présumer l'existence d'une unité économique entre ces sociétés, et donc d'une influence déterminante exercée par SIEKK et SIEE sur SIEF. À ce titre, il importe peu que cette influence déterminante n'ait pas été exercée de manière concomitante par les deux sociétés auteures sur toute la période concernée – SIEF ayant d'abord été détenue à 100 % par SIEKK puis, à compter du 2 août 2017, par SIEE, filiale à 100 % de SIEKK.
337. D'autre part, pour les motifs indiqués au paragraphe 328, l'existence d'un lien concret entre l'activité économique de la SIEF et l'objet de l'infraction doit être regardée comme établie. À cet égard, contrairement à ce qu'affirme Sony, la circonstance selon laquelle SIEF n'aurait pas joué un rôle actif dans l'infraction ne fait pas obstacle à ce que celle-ci lui soit imputée.

²⁴² *Ibid*, paragraphe 38.

²⁴³ *Ibid*, paragraphe 52.

²⁴⁴ Arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2021, *Sumal* SL, C-882/19, paragraphe 41.

Ainsi, sont inopérants les arguments par lesquels Sony affirme que « *SIEF n'a absolument aucune implication dans ces mesures* », que « *les cinq Mesures Techniques ont été mises en œuvre indépendamment de l'activité de SIEF* » et que « *ces mesures combinées auraient eu lieu de la même manière avec ou sans SIEF, qui n'a eu aucun rôle (ni a fortiori un rôle nécessaire) dans leur réalisation* ».

338. En quatrième lieu, Sony fait valoir que les règles d'imputabilité descendante ne sont pas compatibles avec la nature pénale de la sanction et se heurteraient notamment aux principes de responsabilité personnelle, de personnalité des délits et des peines et de présomption d'innocence. En effet, le principe de responsabilité personnelle impliquerait, selon Sony, que « *les destinataires de la décision et les entités solidaires du paiement de l'amende sont non pas l'entreprise, mais bel et bien les sociétés personnes morales qui ont enfreint le droit de la concurrence* ».
339. Toutefois ce moyen doit être écarté. Il est de jurisprudence constante qu'il incombe à l'entreprise, qui représente l'unité économique ayant enfreint le droit de la concurrence, de répondre de cette infraction²⁴⁵, et non aux sociétés personnes morales comme le soutient Sony. Ainsi que la Cour de justice l'a rappelé dans l'arrêt *Sumal*, « *la notion d'"entreprise" et, à travers elle, celle d'"unité économique" entraînent de plein droit une responsabilité solidaire entre les entités qui composent l'unité économique au moment de la commission de l'infraction* »²⁴⁶. Sony ne précise pas en quoi les règles d'imputabilité descendante dégagées par la Cour de justice dans l'arrêt *Sumal* enfreindraient les autres principes invoqués.
340. En dernier lieu, Sony conteste, au titre du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, l'utilisation de l'arrêt *Sumal* comme fondement d'une responsabilité descendante, du fait de son caractère préjudiciel, nouveau et postérieur à la notification des griefs. Elle fait valoir que les critères retenus par cet arrêt auraient été imprévisibles pour les sociétés du groupe Sony.
341. Toutefois c'est à tort que Sony soutient que l'arrêt *Sumal* présenterait un caractère de nouveauté et marquerait une rupture brutale avec le régime existant en matière d'imputabilité. En effet, la solution dégagée par la Cour de justice ne modifie pas le régime juridique applicable à l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles mais se borne à expliciter la portée de la notion d'unité économique.
342. En conséquence, il convient donc de retenir une responsabilité solidaire au titre des griefs notifiés, pour la période du 12 décembre 2013 au 17 avril 2020, de :
- la société Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha), en tant qu'auteure ;
 - la société Sony Interactive Entertainment Europe Limited, en tant qu'auteure ; et
 - la société Sony Interactive Entertainment France, en qualité de société dont l'activité a été nécessaire à la réalisation des pratiques par les auteures.

²⁴⁵ Voir notamment les arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a./Commission*, C-97/08 P, paragraphe 56, du 29 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a.*, C-201/09 P et C-216/09 P, paragraphe 95, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, *Lacroix Signalisation e.a.*, n° 2011/01228, page 18.

²⁴⁶ Arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2021, *Sumal SL*, C-882/19, paragraphe 44.

I. SUR LA SANCTION PECUNIAIRE

343. Seront successivement abordés :

- les principes relatifs à la détermination des sanctions ;
- la détermination du montant de base de la sanction ;
- l’individualisation de la sanction ;
- le montant final de la sanction.

1. LES PRINCIPES RELATIFS A LA DETERMINATION DES SANCTIONS

a) Le droit applicable

344. Les dispositions du I de l’article L. 464-2 du code de commerce et de l’article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002²⁴⁷ habilite l’Autorité à infliger une sanction pécuniaire aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-2 du code de commerce, ainsi que par l’article 102 du TFUE.
345. Le troisième alinéa du I de l’article L. 464-2 du code de commerce, dans sa version applicable à la présente espèce²⁴⁸, prévoit que « [l]es sanctions pécuniaires sont appréciées au regard de la gravité et de la durée de l’infraction, de la situation de l’association d’entreprises ou de l’entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l’entreprise appartient et de l’éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »
346. Aux termes du quatrième alinéa du I de l’article L. 464-2 du code de commerce, « le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d’affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d’un des exercices clos depuis l’exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l’entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d’affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l’entreprise consolidante ou combinante. »
347. L’Autorité apprécie les critères légaux rappelés ci-avant selon les modalités décrites dans son communiqué du 30 juillet 2021 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, mis à jour le 15 novembre 2021 (ci-après « le communiqué sanctions »), à moins

²⁴⁷ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, 2003, L1, p.1.

²⁴⁸ Le 3° du XVIII de l’article 2 de l’ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 a modifié le troisième alinéa du I de l’article L. 464-2 du code de commerce (JORF n° 0121 du 27 mai 2021, texte n° 11). Aux termes du second alinéa de l’article 6 de l’ordonnance, ces modifications « sont applicables [...] aux procédures pour lesquelles des griefs sont notifiés, en application de l’article L. 463-2 du code de commerce, après l’entrée en vigueur de la présente ordonnance ». La notification de griefs a été adressée aux parties le 15 juillet 2021, soit après l’entrée en vigueur de l’ordonnance précitée. Ainsi, la modification est applicable en l’espèce.

que l'Autorité, « après une analyse globale des circonstances particulières de l'espèce, notamment au regard des caractéristiques des pratiques en cause, de l'activité des parties concernées et du contexte économique et juridique de l'affaire, ou pour des raisons d'intérêt général, [ne décide] de s'en écarter, en motivant ce choix »²⁴⁹.

b) Sur l'application du communiqué sanctions du 30 juillet 2021

348. Sony, pour sa part, conteste l'application du communiqué sanctions de 2021, au regard du principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, d'une part, et des principes de confiance légitime et de sécurité juridique, d'autre part. Elle soutient à ce titre que l'Autorité devrait appliquer le communiqué sanctions de 2011.
349. Sony soutient que les sanctions des infractions du droit de la concurrence relèvent de la matière pénale et sont donc soumises au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Soulignant que les faits qui font l'objet des griefs notifiés ont pris fin le 17 avril 2020, elle invoque ce principe pour demander à l'Autorité de ne pas faire application du communiqué sanctions de 2021, qui selon elle « *aggrave notoirement le montant de l'amende encourue* ».
350. Sony rappelle en premier lieu que le communiqué sanctions de 2021 prend désormais en compte la durée de l'infraction, en prévoyant que le montant de base de la sanction pécuniaire est multiplié par le nombre (entier) d'années de durée de commission des pratiques, soit un coefficient de 1 pour chaque année, alors que le communiqué sanctions de 2011 prenait en compte cette durée par l'application d'un facteur multiplicateur de 1 pour la première année pleine, complétée par un coefficient de 0,5 pour les années suivantes. Elle estime qu'en raison de ce coefficient de durée, « *le Communiqué Sanctions de 2021 modifie très explicitement, en l'aggravant pour les Sociétés Sony, l'Ancien Communiqué Sanctions.* »
351. Sony indique en deuxième lieu que le communiqué sanctions dépasse en sévérité celui auquel il s'est substitué, en ce qu'il « *permet à l'Autorité, dans certains cas, d'augmenter l'amende par application d'une majoration dite "droit d'entrée", consistant à ajouter "une somme comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes", afin de dissuader les entreprises de participer à certaines pratiques* ».
352. Sony soutient enfin que l'aggravation qui résulte du communiqué sanctions n'était pas prévisible au moment où les pratiques auraient été mises en œuvre. Elle estime donc que les principes de confiance légitime et de sécurité juridique s'opposent à son application.
353. Sony justifie ce caractère imprévisible en affirmant que le nouveau calcul du coefficient de durée n'a pas été discuté pendant les travaux parlementaires préparatoires à l'adoption de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (dite « loi DDADUE »), que la consultation publique sur la révision du communiqué sanctions n'a été ouverte par l'Autorité que du 11 au 25 juin 2021, et qu'en tout état de cause, l'aggravation était d'autant plus imprévisible que, selon la jurisprudence, le caractère « *raisonnablement prévisible* » de toute aggravation doit être apprécié « *à l'époque où les infractions ont été commises* ». Enfin, Sony affirme qu'elle n'entend pas subir la mise en œuvre d'un nouveau communiqué de procédure sur les sanctions alors que, selon elle, la publication de ce communiqué

²⁴⁹ Communiqué sanctions, paragraphe 6.

n'intervient qu'à la fin d'une procédure dont la longueur, en raison de l'échec de la procédure d'engagements, ne lui est pas imputable.

354. Les arguments de Sony seront rejetés.
355. Dans sa pratique décisionnelle récente²⁵⁰, l'Autorité a exposé les raisons qui la conduisent à considérer que le communiqué sanctions de 2021 est applicable, quand bien même les pratiques anticoncurrentielles auraient pris fin avant sa publication. Elle a, ce faisant, rejeté les arguments des parties tirés de la méconnaissance des principes de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, de confiance légitime et de sécurité juridique.
356. À titre liminaire, il convient de rappeler que la loi confère à l'Autorité un large pouvoir d'appréciation lui permettant de déterminer au cas par cas, en vertu de l'exigence légale d'individualisation et conformément au principe de proportionnalité, les sanctions pécuniaires qu'elle prononce en application des critères prévus, conformément au principe de légalité des délits et des peines, par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce. La loi encadre ce pouvoir en prévoyant un montant maximal de sanction. Depuis la loi du 15 mai 2001²⁵¹, ce plafond est établi, pour une entreprise, à « 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ». Ce plafond n'a pas évolué depuis la date des pratiques.
357. L'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 a conduit à la modification de certains critères légaux prévus par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce²⁵². Ainsi, le critère de la durée de l'infraction a été explicitement introduit, tandis que celui relatif à l'importance du dommage à l'économie a été supprimé. En revanche, le plafond de 10 % du chiffre d'affaires n'a pas été modifié. Dans ces conditions, et les nouveaux critères légaux n'étant pas plus sévères que les anciens, l'article 6 de l'ordonnance a pu prévoir que ces modifications sont applicables aux procédures pour lesquelles des griefs ont été notifiés, en application de l'article L. 463-2 du code de commerce, après l'entrée en vigueur de l'ordonnance²⁵³.
358. La mise en œuvre de l'article L. 464-2 du code de commerce conduit l'Autorité à faire état, dans ses décisions imposant des sanctions, des principaux éléments pris en considération pour les déterminer, ce qui contribue à assurer la transparence sur la façon dont l'Autorité exerce son pouvoir d'appréciation au cas par cas. Cette motivation est nécessairement liée au contexte et aux faits propres à chaque espèce, et ne saurait préjuger de la façon dont l'Autorité peut être conduite à déterminer les sanctions pécuniaires dans d'autres affaires²⁵⁴.
359. Dans ce contexte, et afin de préciser la façon dont elle exerce son pouvoir de sanction en application des critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n° 2021-649, l'Autorité a adopté, le 30 juillet 2021, le

²⁵⁰ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 23-D-08 du 7 septembre 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations de services d'ingénierie, de maintenance, de démantèlement et de traitement des déchets pour des sites nucléaires, paragraphes 514 à 528.

²⁵¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁵² Voir le 3° du XVIII de l'article 2 de l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021.

²⁵³ Le même article 6 a en revanche prévu que les modifications en question n'étaient pas applicables aux procédures pour lesquelles des griefs ont été notifiés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

²⁵⁴ Communiqué sanctions, paragraphe 11.

communiqué sanctions, en remplacement de l'ancien communiqué du 6 mai 2011, ce dernier étant devenu sans objet du fait de la suppression dans la loi des critères dont il explicitait l'application (notamment le critère relatif à l'importance du dommage à l'économie). L'Autorité a ainsi logiquement appliqué le nouveau communiqué sanctions aux affaires dans lesquelles les nouveaux critères légaux étaient applicables, à savoir les affaires dans lesquelles les griefs ont été notifiés après l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2021-649²⁵⁵.

360. Par ailleurs, il convient de relever que les communiqués sanctions adoptés par l'Autorité ne peuvent pas être considérés comme des textes à valeur normative et donc comme une loi pénale. Dans le nouveau communiqué sanctions, l'Autorité indique à cet égard que celui-ci revêt le caractère de lignes directrices au sens de la jurisprudence administrative²⁵⁶. En effet, le communiqué sanctions de 2021, comme celui de 2011, se borne, dans un souci de transparence, à préciser par avance, et sous réserve de l'examen concret des circonstances propres à chaque cas d'espèce, les modalités concrètes selon lesquelles l'Autorité entend faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui a été confié par la loi pour déterminer, en vertu des dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, sous le contrôle des juridictions, les sanctions qu'elle impose²⁵⁷.
361. Toutefois, l'Autorité rappelle que les différentes étapes de cette méthode structurent la façon dont elle exerce son pouvoir d'appréciation, sans se substituer à l'examen spécifique auquel elle procède dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci et conformément à l'exigence légale d'individualisation. Si le communiqué sanctions permet, entre autres, à tous les acteurs économiques d'anticiper les risques financiers associés à la commission d'infractions, il n'est ni possible, ni souhaitable, tant du point de vue de l'Autorité que dans l'intérêt des entreprises et des associations d'entreprises concernées, de concevoir un barème automatique permettant de prévoir par avance le montant précis des sanctions encourues. Le montant applicable à chaque espèce donne lieu à une décision

²⁵⁵ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 22-D-17 du 11 octobre 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Gaz de Bordeaux dans le secteur du gaz, n° 23-D-02 du 8 mars 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation du champagne Canard-Duchêne aux Antilles et en Guyane, n° 23-D-03 du 20 mars 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la sécurisation des débits de tabac dans les régions Hauts-de-France et Île-de-France, n° 23-D-04 du 12 avril 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente d'abonnements à des produits d'intelligence économique (business intelligence) et d'information d'entreprise, ou la décision de l'Autorité de la concurrence n° 23-D-06 du 14 juin 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la rénovation et de la restauration de couvertures et de charpentes pour les bâtiments du patrimoine public ou privé dans la région des Hauts-de-France et n° 22-D-08 du 3 mars 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la gestion des déchets en Haute-Savoie.

²⁵⁶ Communiqué sanctions, paragraphe 12.

²⁵⁷ Voir, dans ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2015, Royal Canin n° 285-F-D. Voir également l'arrêt de la Cour de justice du 18 juillet 2013, C-501/11 P, Schindler, dans lequel la Cour a considéré que les lignes directrices adoptées par la Commission « ne constituent ni une législation, ni une législation déléguée au sens de l'article 290, paragraphe 1, TFUE, ni la base légale des amendes infligées en matière de concurrence, lesquelles sont adoptées sur le seul fondement de l'article 23 du règlement n° 1/2003 » (point 66), et qu'elles « énoncent une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont l'administration ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement (...), et se limitent à décrire la méthode d'examen de l'infraction suivie par la Commission et les critères que celle-ci s'oblige à prendre en considération pour fixer le montant de l'amende » (point 67).

spécifique, qui tient compte de l'ensemble des motifs pertinents de la décision concernée et du contexte de l'affaire en cause²⁵⁸.

362. De plus, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne s'oppose pas à ce que l'Autorité adapte sa méthode de calcul de sanction à une évolution législative ou aux besoins de l'application efficace des règles de concurrence²⁵⁹. Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 2019, la cour d'appel de Paris a décrit la finalité du communiqué sanctions en ces termes :

« Le communiqué sanctions, qui vise à accroître la transparence, en faisant connaître par avance la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, a notamment pour finalité de donner de la prévisibilité aux sanctions encourues par les entreprises et, ainsi, de renforcer leur caractère dissuasif, mais (...) il n'instaure aucun montant particulier ou aucune fourchette de sanction. »

« Or, ainsi que l'ont jugé la Cour de justice, dans son arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, point 228), et le Tribunal de l'Union, dans l'arrêt Archer Daniels Midland/Commission (point 48), les entreprises impliquées dans une procédure administrative pouvant donner lieu à une amende ne sauraient acquérir une confiance légitime dans le fait que la Commission ne dépassera pas le niveau des amendes pratiqué antérieurement ni dans une méthode de calcul de ces dernières. »

« Il s'ensuit que l'application par l'Autorité, dans la décision attaquée, des règles d'analyse énoncées par le communiqué sanctions ne constitue pas une violation du principe de non-rétroactivité des sanctions punitives et que les moyens sont rejetés. »²⁶⁰

363. Il résulte de ce qui précède que l'application du nouveau communiqué sanctions ne saurait porter atteinte aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime, ni constituer une modification de l'exercice du pouvoir de sanction de l'Autorité qui ne serait pas raisonnablement prévisible.

364. En tout état de cause, l'adoption du nouveau communiqué sanctions ne constitue pas une rupture brutale et imprévisible de la pratique antérieure, ni de la politique générale de concurrence de l'Autorité en matière d'amendes. Au contraire, il importe de souligner la continuité évidente, malgré la modification des critères légaux de la sanction (suppression du dommage à l'économie, introduction explicite du critère de durée), entre la méthodologie du communiqué sanctions de 2011 et celui de 2021, cette méthodologie reposant sur les mêmes grandes étapes : calcul d'un montant de base qui est une proportion de la valeur des ventes en lien avec l'infraction, application à ce montant d'un coefficient tenant compte de la gravité et de la durée des pratiques, appréciation d'éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes et des autres éléments d'individualisation, prise en compte de la réitération, et ajustements finaux. Ainsi, comme la Cour de cassation l'a déjà jugé, dans la mesure où le nouveau communiqué ne marque pas une rupture brutale et imprévisible avec la pratique antérieure, les moyens tirés de la violation de la légalité des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne sauraient être fondés²⁶¹.

²⁵⁸ Communiqué sanctions, paragraphe 13.

²⁵⁹ Voir, dans ce sens, le raisonnement du Tribunal de l'Union, confirmé par la Cour de justice, dans l'affaire Schindler (arrêt du Tribunal de l'Union du 13 juillet 2011, T-138/07, Schindler, points 118 à 129).

²⁶⁰ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 2019, Société Goodmills Deutschland et al., n° 16/23609, paragraphes 464-466.

²⁶¹ Arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2015, Royal Canin, n° 285 F-D.

365. Il convient en outre de relever que le communiqué sanctions du 16 mai 2011²⁶², comme le communiqué sanctions actuel²⁶³, prévoit la possibilité pour l'Autorité de s'écarter de la méthode exposée, au regard des circonstances spécifiques de l'espèce, en motivant ce choix. Les méthodes de calcul préconisées par ces communiqués ne sont dès lors pas d'application systématique, et l'adoption du communiqué sanctions ne saurait constituer une rupture dans la politique de sanctions conduite par l'Autorité.
366. Dans ce contexte, Sony savait qu'elle encourait une sanction pouvant aller jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires mondial consolidé pour s'être rendue coupable d'une pratique anticoncurrentielle. Les évolutions du communiqué sanctions intervenues par la suite n'ont pas conduit à remettre en cause ce plafond consacré par le législateur, tant au niveau national qu'europpéen.
367. Il en résulte que l'application du nouveau communiqué sanctions n'est pas susceptible de porter atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ni aux principes de confiance légitime et de sécurité juridique.
368. Il convient donc d'apprécier les critères mentionnés au I de l'article L. 464-2 du code de commerce selon les modalités pratiques décrites dans le communiqué sanctions de 2021.
369. Conformément au point 19 de ce nouveau communiqué, seront donc successivement abordés la détermination du montant de base de la sanction pécuniaire, les éléments d'individualisation de ce montant, ainsi que ses ajustements finaux.

2. DETERMINATION DU MONTANT DE BASE

370. Seront successivement abordés :

- la valeur des ventes ;
- la gravité des pratiques ;
- la durée des pratiques.

a) La détermination de la valeur des ventes

371. Aux termes du communiqué sanctions, « *la valeur des ventes constitue une référence appropriée et objective pour déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire, dans la mesure où elle permet d'en proportionner l'assiette à l'ampleur économique des infractions en cause, d'une part, et au poids relatif, sur les secteurs ou marchés concernés, de chaque entreprise ou association d'entreprises concernée, d'autre part* »²⁶⁴.
372. L'Autorité retient comme assiette du montant de base pour le calcul de la sanction « *la valeur de l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation directe ou indirecte avec l'infraction, ou s'il y a lieu avec les infractions, vendues par l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée durant son dernier exercice comptable complet de participation à*

²⁶² Paragraphe 7 du communiqué sanctions de 2011.

²⁶³ Paragraphe 6 du communiqué sanctions de 2021.

²⁶⁴ Communiqué sanctions, point 21.

celle(s)-ci »²⁶⁵. Ces catégories de produits ou services sont déterminées par la qualification de l'infraction effectuée par l'Autorité au regard de son objet ou de ses effets anticoncurrentiels²⁶⁶.

373. Dans son arrêt rendu dans l'affaire dite des « Messageries », la cour d'appel de Paris a considéré que « *dès l'instant où une catégorie de produits ou de services est "en relation avec l'infraction", la valeur des ventes de cette catégorie de produits ou de services doit être prise en compte. [...] Il n'est, en revanche, fait aucune référence à une nécessaire affectation des ventes de ces catégories de produits ou services par l'infraction pour pouvoir prendre en compte leur vente* »²⁶⁷. Ce raisonnement a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 septembre 2021²⁶⁸.
374. Selon le point 23 du communiqué sanctions, les ventes à prendre en compte sont « *toutes celles réalisées en France. Leur valeur correspond au chiffre d'affaires relatif aux produits ou services en cause* »²⁶⁹.
375. En l'espèce, Sony a exploité de manière abusive la position dominante qu'elle détient sur le marché national amont de l'approvisionnement en manettes de jeux conçues pour la console PS4 en élevant artificiellement les barrières à l'entrée et à l'expansion sur ce marché, grâce à la combinaison de deux comportements. Le premier a consisté à mettre en place un dispositif de contre-mesures techniques intégrées dans certaines mises à jour du système d'exploitation de la console PS4 rendant inutilisables les manettes d'autres fabricants dépourvues de licence. Le second a consisté en une politique d'octroi de licences opaque et un programme de licence OLP particulièrement difficile à comprendre et à intégrer en pratique.
376. Il ressort de la pratique décisionnelle qu'au regard de la qualification de l'infraction et de l'objectif poursuivi par l'entreprise en position dominante, l'Autorité peut considérer, au titre de la prise en compte de la valeur des ventes, que l'assiette pertinente du montant de base de la sanction pécuniaire doit être composée de revenus issus de produits ou services de natures distinctes.
377. Ainsi, dans la décision n° 14-D-02 du 20 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive, l'Autorité a estimé que la pratique d'éviction mise en œuvre par l'entreprise dominante avait pour objectif de préserver la

²⁶⁵ Communiqué sanctions, point 22.

²⁶⁶ Communiqué sanctions, point 22.

²⁶⁷ Arrêt de la cour d'appel de Paris, 19 juillet 2018, RG n° 16/01270, paragraphe 859.

²⁶⁸ La Cour de cassation a considéré « [a]yant ainsi à bon droit énoncé que les ventes en relation avec l'infraction, au sens du communiqué, sont les ventes réalisées sur le marché sur lequel les pratiques en cause, constituées d'échanges d'informations sur des taux de hausse de tarif portant de façon générale sur les prestations réalisées par les entreprises participant à ces échanges, et qualifiées de pratiques anticoncurrentielles par objet, ont été établies, affectant ainsi le fonctionnement de la concurrence sur ce marché, sans qu'il y ait lieu ni d'établir les effets des pratiques retenues sur ces prestations ni de retirer de la valeur des ventes ainsi définies des éléments constitutifs du prix final facturé aux clients, la cour d'appel, qui a fait l'exacte interprétation des termes du communiqué et de leur portée visant à prendre en considération l'ampleur économique de l'infraction, qui n'avait ni à délimiter un autre marché que celui sur lequel les pratiques ayant eu pour objet de fausser la concurrence avaient été commises, qui était le marché affecté par les pratiques (...) a, (...), légalement justifié sa décision » (arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 septembre 2021, Chronopost e.a., n° pourvoi 18-21.436, pages 49 et 50).

²⁶⁹ Communiqué sanctions, point 23.

position dominante qu'elle détenant, à travers un de ses titres, sur le marché de la presse quotidienne nationale d'information sportive et donc de préserver l'ensemble des revenus générés par ce titre. Aussi l'Autorité a-t-elle retenu comme valeur des ventes en relation avec l'infraction aussi bien les revenus publicitaires du titre que les revenus issus de sa diffusion payée²⁷⁰.

378. De la même manière, la position dominante de Sony sur le marché amont de l'approvisionnement en manettes de jeux conçues pour la console PS4 se caractérise par l'existence de revenus de sources différentes, à savoir la vente des manettes conçues par Sony même et la perception d'une rémunération des licences qu'elle accorde à d'autres fabricants pour la production de manettes concurrentes sur ce même marché. Les revenus issus de ces deux sources sont ceux que les pratiques complémentaires de Sony avaient précisément pour objectif de préserver et sont par conséquent en relation avec l'infraction, au sens du communiqué sanctions.
379. Dès lors, et au regard des principes rappelés ci-dessus, il convient de retenir en l'espèce comme valeur des ventes :
- le chiffre d'affaires, plus précisément le chiffre d'affaires « double net », lié à l'ensemble des ventes de manettes de jeux conçues pour la console PS4 et vendues séparément de cette console, réalisées en France par SIEF, société à laquelle les pratiques ont été imputées ; et
 - les redevances en euros perçues par Sony Interactive Entertainment Europe Limited, à qui les pratiques ont été imputées, dans le cadre du programme de licence OLP ou de toute autre licence accordée par Sony à des tiers, établis ou non en France, pour la fabrication et la commercialisation de manettes de jeux conçues pour la console PS4 et destinées à être vendues en France.
380. Le dernier exercice comptable complet de participation au comportement reproché est celui qui a pris fin le 31 mars 2020. Pour cet exercice, le chiffre d'affaires double net lié aux ventes en France de manettes était de [CONFIDENTIEL] euros, alors que les redevances perçues au titre du programme de licence OLP s'élevaient à [CONFIDENTIEL] euros.²⁷¹
381. Sony considère que l'Autorité ne peut tenir compte des ventes réalisées en France par SIEF. Elle se prévaut d'une jurisprudence de la cour d'appel de Paris²⁷² qui énonce les conditions dans lesquelles l'Autorité peut, par exception, prendre en compte pour déterminer l'assiette de la sanction les ventes d'une filiale d'un groupe à laquelle le grief n'a pas été notifié, soulignant que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.
382. Eu égard aux motifs exposés aux paragraphes 323 à 342 sur l'imputation des pratiques à la SIEF, et compte tenu, de surcroît, du fait que le grief a été notifié à cette société, l'argument de Sony sur ce point sera écarté.

²⁷⁰ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-02 du 20 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive, paragraphes 349 à 351.

²⁷¹ Cotes 11209 et 10651.

²⁷² Cour d'appel de Paris, 18 juin 2020, RG n° 19/08826, pages 13 et 14.

383. Au surplus, il convient de relever que dans une précédente affaire²⁷³, selon une méthode approuvée par la cour d'appel de Paris²⁷⁴ et par la Cour de cassation²⁷⁵, l'Autorité a retenu une valeur des ventes constituée de l'ensemble des ventes de prestations de services aux particuliers réalisées par deux filiales, alors que seule la société mère avait été destinataire du grief. Or Sony n'apporte aucun élément de nature à démontrer que l'approche suivie par l'Autorité dans cette décision ne pourrait pas être suivie dans le cas d'espèce, étant précisé que, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, le comportement mis en œuvre par Sony Interactive Entertainment Europe Limited et Sony Interactive Entertainment Inc. K.K., a eu des effets sur les ventes réalisées en France par SIEF.
384. Par conséquent, la valeur à prendre en compte correspond à celle des ventes de manettes de jeux conçues pour la console PS4 et vendues séparément de cette console réalisées en France par SIEF.

Sur le chiffre d'affaires « double net » de SIEF

385. Sony soutient que le chiffre d'affaires « double net » de ventes des manettes ne reflète pas la réalité économique des ventes de SIEF en relation avec l'infraction et que l'Autorité ne devrait par conséquent pas s'y référer pour déterminer le montant de base de la sanction. Elle fait valoir, d'une part, que ces chiffres ne comprennent pas les coûts de coopération commerciale qui se déduisent du prix perçu par SIEF et, d'autre part, que c'est le chiffre d'affaires « triple net », comprenant les ristournes et coûts de coopération commerciale, qui est pris en compte dans le cadre de la consolidation des comptes de SIEF, selon les normes US GAAP auxquelles la société est soumise.
386. Toutefois, il convient de rappeler que l'article L. 464-2 du code de commerce fait expressément référence au chiffre d'affaires pour la détermination de la sanction imposée à une entreprise et que, selon le point 23 du communiqué sanctions, « *les ventes en cause sont celles réalisées en France, leur valeur correspond au chiffre d'affaires relatif aux produits ou services en cause.* » Le communiqué sanctions poursuit, au point 26, en précisant que « *[cette] méthode [...] peut être adaptée dans les cas particuliers où l'Autorité estime que la référence à la valeur des ventes, ou ses modalités de prise en compte, aboutiraient à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou association d'entreprises qui y a pris part.* »
387. Ainsi, le chiffre d'affaires, c'est-à-dire le chiffre d'affaires « double net », est précisément la donnée qui s'inscrit dans la méthode décrite dans le communiqué sanctions et approuvée par la cour d'appel de Paris, dans une affaire où la prise en compte de cette donnée, par opposition au chiffre d'affaires « triple net », était contestée par les parties.
388. Dans l'arrêt du 27 octobre 2016 rendu dans l'affaire des « Produits d'hygiène et d'entretien », la cour d'appel de Paris a jugé que « *l'Autorité a, ce faisant, appliqué la jurisprudence des juridictions et suivi la pratique décisionnelle habituelle des autorités de concurrence en la matière, selon lesquelles la valeur des ventes en relation avec l'infraction*

²⁷³ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, paragraphe 563.

²⁷⁴ Cour d'appel de Paris, arrêt du 21 mai 2015, RG n° 2014/02694, page 22.

²⁷⁵ Cour de cassation, arrêt du 27 septembre 2017, n° U 15-20.087 et n° R 15-20.291 (aff. jointes), page 43.

est celle des ventes réalisées sur le marché pertinent, à savoir celui concerné par l'infraction. [...] Bien qu'imparfaite, cette donnée (le chiffre d'affaires provenant des marchandises faisant l'objet de l'infraction)²⁷⁶ est considérée comme un critère adéquat pour apprécier la taille et le pouvoir économique des entreprises concernées, lorsque ce sont des entreprises de produits. » La Cour poursuit en précisant que « la jurisprudence n'a jamais admis la déduction des coûts du chiffre d'affaires servant de base de calcul des sanctions. [...] La valeur des ventes reflète le prix tel qu'il est facturé au client, sans déduction pour les coûts ou autres frais qui sont intégrés dans le prix et font partie intégrante de la vente du produit »²⁷⁷.

389. De même, dans un arrêt rendu dans la même affaire, sur renvoi de la Cour de cassation, la cour d'appel de Paris a réaffirmé en substance cette position, énonçant que « *si le chiffre d'affaires dit "triple net", en ce qu'il exclut le coût des services de coopération commerciale [...], reflète la valeur économique réelle des ventes [que les entreprises] ont réalisées pendant la période de l'infraction, davantage que ne le fait le chiffre d'affaires "double net", ce que d'ailleurs l'Autorité ne conteste pas, il convient de rappeler que [...] la sanction ne doit pas refléter la valeur économique réelle des ventes réalisées par l'entreprise en cause, mais l'ampleur économique de l'infraction qui a été commise »²⁷⁸. L'arrêt a été confirmé sur ce point par la Cour de cassation par un arrêt du 18 octobre 2023²⁷⁹.*
390. S'agissant de l'ampleur économique de l'infraction, la pratique a restreint l'offre des tiers qui ne disposaient pas de licence OLP sur le marché amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4, marché sur lequel Sony occupe une position dominante. Ce comportement est de nature à affecter les ventes de manettes aux consommateurs, notamment en ce qu'il est susceptible de conduire les consommateurs à reporter leur achat sur des manettes produites par Sony ou par des fabricants qui se sont acquittés du prix de la licence OLP. Ainsi, le chiffre d'affaires « double net » reflète de manière adéquate l'ampleur économique de l'infraction.
391. S'agissant, au demeurant, des normes comptables qui s'imposeraient à SIEF, il est avéré que cette société est immatriculée en France et se trouve dès lors soumise aux normes comptables françaises pour l'établissement de ses comptes sociaux. Or, comme la cour d'appel de Paris l'a déjà souligné dans l'affaire précitée²⁸⁰, les normes françaises sont seules à s'imposer à l'ensemble des opérateurs qui exercent une activité économique en France et garantissent donc le caractère vérifiable des données relatives à la valeur des ventes. Par ailleurs, le chiffre d'affaires retenu est celui qui figure dans les liasses fiscales, qui constituent les documents de référence pour les entreprises dans leurs relations avec les administrations.
392. Dans ces conditions, l'Autorité aura recours au chiffre d'affaires « double net » pour apprécier l'ampleur de l'infraction pour les besoins du calcul de l'assiette de la sanction.

²⁷⁶ Précision ajoutée.

²⁷⁷ Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 octobre 2016, RG n° 15/01673, paragraphes 187-189, confirmé par la Cour de cassation par un arrêt du 27 mars 2019, pourvois n° E 16-26.472, X 16-25.936, C 16-26.470, D 16-26.471, F 16-26.473, G 16-26.475, N 16-26.479, P 16-26.480, N 16-26.502, B 16-26.515 et D 16-26.586 (aff. jointes).

²⁷⁸ Cour d'appel de Paris, arrêt du 18 juin 2020, n° RG 19/08826, paragraphe 53 (soulignement ajouté).

²⁷⁹ Arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 2023, pourvoi n° 20-17.092, page 10.

²⁸⁰ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 octobre 2016 précité, paragraphe 186.

Conclusion sur la valeur des ventes

393. Pour les raisons exposées ci-avant, la valeur des ventes à retenir s'élève donc à [25-30 millions d'] euros.

b) La gravité des pratiques

394. Aux termes du communiqué sanctions, l'Autorité apprécie la gravité des faits « *de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce* »²⁸¹. Pour ce faire, l'Autorité peut notamment tenir compte, en fonction de leur pertinence, des éléments énumérés au point 28 du communiqué sanctions, parmi lesquels figurent « *la nature de l'infraction ou des infractions en cause et des faits retenus pour la ou les caractériser, ainsi que la nature du ou des paramètres de la concurrence concernés* », et « *la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause* ».
395. En considération de la gravité des faits ainsi appréciée, le communiqué sanctions prévoit que l'Autorité retient au cas par cas une proportion de la valeur des ventes réalisées comprise entre 0 et 30 %. Il ajoute que dans les affaires d'abus de position dominante, l'Autorité peut en outre, à des fins de dissuasion, augmenter le montant précédemment défini d'une somme comprise entre 15 et 25 % de la valeur des ventes²⁸².

Sur la nature du comportement reproché à Sony

396. Les pratiques abusives reprochées aux sociétés destinataires du grief consistent à avoir élevé artificiellement les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché national amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4, par la combinaison de mesures techniques et d'une politique difficilement intelligible d'octroi de licences.
397. Or dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité considère que « *les pratiques qui tendent à élever artificiellement les barrières à l'entrée sont d'une particulière gravité en ce qu'elles empêchent les concurrents de se développer sur le marché en dépit de leurs mérites propres* »²⁸³. Dans le cas d'espèce, le comportement de Sony a freiné l'entrée et le développement de fabricants tiers qui subissaient les contre-mesures techniques et n'étaient pas mis en mesure de disposer d'une licence officielle, et a donc porté atteinte à la diversité de l'offre. Ce faisant, Sony a élevé artificiellement les barrières à l'entrée sur le marché national amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4. Il s'ensuit que les pratiques de Sony doivent être regardées comme particulièrement graves.
398. Dans son mémoire en réponse au rapport, Sony avance que les faits qui ont donné lieu au grief ont initialement fait l'objet d'une procédure d'engagements devant l'Autorité et que, dès lors, l'Autorité ne pourrait, sans contredire les termes du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements, considérer les pratiques de l'espèce comme particulièrement graves. Sony soutient que pour cette raison, le prononcé d'une sanction pécuniaire ne serait pas justifié.
399. Selon les termes du communiqué précité, rappelés par Sony, la procédure d'engagements est un outil dont l'Autorité peut faire usage lorsqu'elle apparaît de nature à lui assurer une

²⁸¹ Communiqué sanctions, point 27.

²⁸² Communiqué sanctions, points 30 et 31.

²⁸³ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-10 du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel, paragraphe 770.

économie de ressources dans l'exercice de ses missions. Aux termes du point 9 du communiqué, la procédure permet en effet « *d'accélérer la résolution des affaires ne portant pas sur des pratiques dont la nature ou les effets sont tels qu'ils appellent a priori le prononcé d'une sanction, de privilégier le maintien ou le rétablissement volontaire de la concurrence sur le marché dans les cas qui s'y prêtent, et [...] de libérer, par conséquent, davantage de moyens pour l'examen des infractions les plus graves* ». Ainsi, il ressort du communiqué que la procédure d'engagements est particulièrement adaptée aux affaires pour lesquelles une solution à des préoccupations de concurrence peut manifestement être trouvée sans le prononcé d'une sanction. Il ne s'en déduit pas, cependant, que cette procédure soit par essence inadaptée lorsque l'affaire n'appartient pas *a priori* à cette catégorie. Dès lors, considérer que les pratiques établies à l'encontre de Sony revêtent un certain caractère de gravité, nonobstant la mise en œuvre inaboutie d'une procédure d'engagement, ne contredit nullement le communiqué.

400. Ce même communiqué indique au point 11 que l'Autorité n'applique pas la procédure d'engagements « *dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important* ». Sony en déduit que le seul fait que la procédure d'engagements ait été mise en œuvre dans la présente affaire d'abus de position dominante, quand bien même elle n'aurait pas abouti à l'acceptation d'engagements, démontre que les pratiques qui lui sont reprochées sont, par hypothèse, d'une gravité modérée.
401. Toutefois, le choix procédural offert à l'Autorité se fonde sur une appréciation de la gravité qui est réalisée à un certain stade de l'examen de l'affaire, au regard des seules préoccupations de concurrence vérifiables, et qui peut pour cette raison être différente de l'appréciation de la gravité réalisée à un stade ultérieur.
402. Un tel raisonnement a notamment conduit le Tribunal de l'Union à approuver la Commission d'avoir infligé une sanction pécuniaire à Google, après avoir entrepris une procédure d'acceptation d'engagements. Le Tribunal de l'Union a, à cet égard, jugé que « *le fait que la Commission, à un certain stade de l'instruction d'un cas de possible infraction aux articles 101 et 102 TFUE, entreprenne une procédure d'acceptation d'engagements traduit seulement une option procédurale préliminaire et non définitive [et qu'un] tel choix procédural ne saurait constituer une assurance précise que la Commission ne reviendra pas à la procédure classique de constat d'infraction et qu'elle n'infligera pas une sanction* »²⁸⁴.
403. Enfin, les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, qui définissent le pouvoir de sanction de l'Autorité, ne précisent pas la typologie des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements. Elles laissent au contraire un large pouvoir d'appréciation à l'Autorité pour déterminer la voie procédurale la plus adaptée aux pratiques soumises à son examen et pour opter notamment, au regard des circonstances du cas d'espèce, entre la procédure d'acceptation d'engagements et la procédure de sanction²⁸⁵. Ainsi que le communiqué précité l'indique expressément au point 40, « *l'Autorité n'est*

²⁸⁴ Tribunal de l'Union, arrêt du 10 novembre 2021, aff. T-612/17, paragraphes 637 à 639.

²⁸⁵ Voir en ce sens les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-17 du 5 juillet 2021 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux (prélèvement, titre interbancaire de paiement, télévirement, virement et lettre de change), paragraphe 284 et n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie, paragraphe 106.

jamais tenue de décider de rendre obligatoires des engagements plutôt que d'agir par voie de sanction ou d'injonction à l'encontre des entreprises. »

404. Par conséquent, la circonstance qu'une procédure d'engagements a été entreprise et conduite jusqu'à la tenue d'une séance devant le collège ne saurait préjuger, comme le suggère Sony, du degré de gravité des pratiques, lequel relève de l'appréciation de l'Autorité. L'argument de Sony sur ce point sera donc rejeté.
405. Sony soutient par ailleurs, pour justifier la faible gravité des pratiques dont il lui est fait grief, que l'existence de vingt-deux manettes de fabricants tiers disposant d'une licence officielle contredit l'affirmation selon laquelle son comportement aurait porté atteinte à la diversité de l'offre.
406. Or le comportement reproché à Sony ne tendait pas à affecter les fournisseurs disposant d'une licence officielle, ce que Sony ne conteste pas, mais ceux qui auraient pu prétendre à une telle licence mais en ont été empêchés par la mise en œuvre des mesures décrites ci-avant. Sony ne saurait donc se prévaloir de la présence d'un nombre déterminé de manettes licenciées sur le marché afin de démontrer l'absence d'impact de son comportement sur la diversité de l'offre. De surcroît, la gravité du comportement devant être appréciée tant au regard de la concurrence réelle que de la concurrence potentielle, il importe de souligner que celui-ci a été de nature à décourager l'entrée de concurrents potentiels et a donc nui à la diversité de l'offre sur le marché.

Sur la nature du marché en cause

407. La console PS4 a été lancée par Sony en novembre 2013 et ce n'est qu'en 2015 que, s'agissant de la vente de manettes de jeux conçues pour cette console, les premiers concurrents ont commencé à pénétrer le marché national amont de l'approvisionnement en manettes. Or selon les faits constatés et qualifiés ci-dessus, c'est à cette période que le comportement reproché à Sony a commencé.
408. Ainsi, après avoir bénéficié, entre novembre 2013 et 2015, d'une maîtrise complète de l'écosystème PS4, analogue à une situation de monopole sur le marché national amont de l'approvisionnement en manettes de jeux conçues pour la console PS4, Sony a mis en place les mesures constitutives de l'infraction à un moment où ce marché s'ouvrait à la concurrence, y compris pour les fabricants tiers qui ne disposaient pas d'une licence officielle, et les a poursuivies pendant toute la période au cours de laquelle ce marché pouvait permettre précisément l'essor de concurrents²⁸⁶.
409. Cette dernière circonstance, celle des prémices d'une ouverture d'un marché à la concurrence, a déjà été retenue par l'Autorité comme contribuant à aggraver le comportement mis en place par une entreprise qui détenait une position dominante sur ce marché, notamment dans le cas d'un marché autrefois soumis au monopole légal d'un opérateur²⁸⁷, ou d'un « *marché encore émergent et en forte croissance* », sur lequel les pratiques ont pu affecter la capacité des concurrents à innover et à se développer²⁸⁸.

²⁸⁶ La PS5 est en effet sortie en Europe en novembre 2020, quelques mois seulement après la date de fin des pratiques.

²⁸⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, paragraphe 90.

²⁸⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 21-D-11 du 7 juin 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet, paragraphe 452.

410. En l'espèce, la connaissance parfaite et la maîtrise totale que Sony avait de l'écosystème PS4 est un élément qui lui conférait une responsabilité particulière. Or il ressort de l'instruction qu'en particulier, Sony a opposé aux sollicitations de Subsonic, à tout le moins entre le 1^{er} avril 2014 et le 23 avril 2015, qu'elle n'envisageait pas d'accorder de licence officielle pour la fabrication de manettes conçues pour la PS4 en dépit de l'existence d'un programme OLP applicable en France dès 2013 pour ce qui concerne l'écosystème PS4. Cette position trompeuse a contribué à retarder la mise en place d'une stratégie concurrentielle pour les entreprises désireuses d'entrer sur le marché. Il en résulte que le comportement abusif de Sony doit être regardé comme particulièrement grave.

Sur la nature des personnes susceptibles d'être affectées par le comportement reproché à Sony

411. Comme il a été exposé ci-dessus, le comportement reproché à Sony a affecté des fabricants tiers sans licence officielle. Bien qu'il ne soit pas possible d'affirmer que ces derniers aient largement contribué à l'innovation dans la fabrication des manettes, il n'en demeure pas moins qu'en mettant à la disposition des consommateurs des manettes moins chères que les manettes DualShock 4 de Sony ou les manettes bénéficiant de la licence OLP, ils ont contribué à animer la concurrence. L'appartenance des fabricants affectés à la catégorie des petites et moyennes entreprises peut également être relevée, tandis qu'à l'inverse, le groupe Sony se distingue par sa notoriété, son envergure internationale et son éventail d'activités considérable²⁸⁹.

Sur les caractéristiques objectives du comportement reproché à Sony

412. Il ressort de la pratique décisionnelle que, lorsque des comportements anticoncurrentiels ont été mis en œuvre en même temps, cette circonstance peut être prise en compte au titre de la gravité des faits²⁹⁰. En particulier, l'Autorité considère que la gravité intrinsèque de pratiques anticoncurrentielles se trouve accrue lorsque ces dernières affectent des paramètres de concurrence distincts, tout en poursuivant le même objectif anticoncurrentiel²⁹¹.

413. En l'espèce, comme il a été démontré ci-avant, les comportements abusifs de Sony ont pris la forme de deux types de mesures complémentaires : d'une part, la mise en place d'une politique opaque de licences, tendant à faire obstacle à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché en cause, qui a affecté la diversité de l'offre sur ce marché ; d'autre part, le dispositif de contre-mesures techniques, qui a affecté la capacité de fabricants concurrents déjà présents sur le marché à animer la concurrence. Dès lors, en raison de la combinaison

²⁸⁹ Le moteur de recherche, disponible sur le site web de l'Institut national de la statistique et des études économiques et permettant de déterminer la catégorie à laquelle une entreprise appartient, classe, à titre d'exemple, Subsonic, Suza International France et Proxima Plus comme des petites ou moyennes entreprises (<https://www.insee.fr/fr/information/1730869>).

²⁹⁰ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-D-36 du 09 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphe 449, et n° 13-D-06 du 28 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale, paragraphe 235.

²⁹¹ Voir par exemple les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, paragraphe 251 et n° 21-D-26 du 8 novembre 2021 relative à des pratiques mises en œuvre au sein du réseau de distribution des produits de marque Mobotix, paragraphe 328.

de ces pratiques il y a lieu de considérer que le comportement anticoncurrentiel de Sony est d'une particulière gravité.

Conclusion sur la gravité des faits

414. En raison de la nature de l'infraction, de la nature du marché sur lequel elle a été constatée et des caractéristiques objectives du comportement par lequel elle s'est manifestée, les pratiques dont il est fait grief à Sony sont d'une particulière gravité. Cela justifie de retenir, pour la détermination du montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes de 8 %.

c) La durée des pratiques

415. Ainsi que l'indique le communiqué sanctions, il importe que « *l'amende reflète [...] le nombre d'années pendant lesquelles l'entreprise a participé à l'infraction* »²⁹². À cet égard, « *la combinaison de la valeur des ventes en relation avec l'infraction et de la durée reflète l'importance économique de l'infraction, ainsi que le poids relatif de chaque entreprise participant à l'infraction* »²⁹³.
416. Dès lors, pour prendre pleinement en compte la durée de participation de l'entreprise à l'infraction dans le calcul du montant de base de la sanction, l'Autorité multiplie le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes par le nombre d'années de participation, les durées de moins d'une année étant prises en compte au *pro rata temporis* de la durée de participation.²⁹⁴
417. Comme il ressort des paragraphes 297 et 298, l'infraction établie à l'encontre de Sony a été mise en œuvre entre le 9 novembre 2015 et le 17 avril 2020, soit pendant une durée de 4 ans, 5 mois et 8 jours.

d) Conclusion sur le montant de base de la sanction pécuniaire

418. Il résulte des considérations qui précèdent que le montant de base de la sanction pécuniaire s'élève à [9-10 millions d'] euros.

3. INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION

419. Selon les points 35 et suivants du communiqué sanctions, l'Autorité adapte le montant de base retenu reflétant la valeur des ventes, la gravité de l'infraction et la durée de celle-ci au regard du critère légal tenant à la situation individuelle de l'entreprise. À cette fin, et en fonction des éléments propres à chaque cas d'espèce, elle peut prendre en considération différentes circonstances atténuantes et aggravantes caractérisant le comportement de l'entreprise mise en cause dans la commission des infractions, ainsi que d'autres éléments objectifs pertinents relatifs à sa situation individuelle. Cette prise en compte peut conduire à ajuster le montant de la sanction tant à la baisse qu'à la hausse.

²⁹² Communiqué sanctions, paragraphe 32.

²⁹³ Communiqué sanctions, paragraphe 33.

²⁹⁴ Communiqué sanctions, paragraphe 34.

a) Les circonstances atténuantes ou aggravantes

420. Sony fait valoir que, précédemment au renvoi du dossier à l'instruction, SIEE a proposé plusieurs engagements sérieux et plusieurs fois améliorés afin de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par les services d'instruction. Sony se fonde en cela sur un arrêt du Tribunal de l'Union, dans lequel ce dernier a considéré que, « *s'il s'avérait que Google, après que la Commission avait entrepris de résoudre le cas par la voie de l'acceptation d'engagements, avait effectivement proposé des engagements sérieux qui pouvaient mettre fin aux problèmes de concurrence identifiés par la Commission, cela pourrait constituer une circonstance atténuante* »²⁹⁵.
421. Or il convient de rappeler que dans la jurisprudence invoquée par Sony, le Tribunal de l'Union a au contraire considéré que les engagements proposés par Google ne permettaient pas de retenir de circonstance atténuante à son profit, parce que ces engagements « *différait sensiblement de ce qu'il avait fallu mettre en œuvre pour appliquer la décision attaquée* »²⁹⁶.
422. Dans le cas d'espèce, comme il a été relevé au paragraphe 6, c'est précisément parce que l'Autorité a considéré que les engagements proposés par Sony ne permettaient pas de répondre de façon pertinente aux préoccupations de concurrence identifiées par les services d'instruction qu'elle ne les a pas acceptés. Sony ne saurait donc valablement tirer argument de la jurisprudence précitée.
423. Au surplus, même si Sony a proposé des mesures correctives au cours de la procédure d'engagements, afin d'être dispensée de sanction pécuniaire, l'entreprise n'a pas pour autant corrigé son comportement après le refus pour l'Autorité d'accepter ses engagements. À ce titre, il ressort du dossier que les critères d'adhésion au programme OLP sont toujours entourés de la même incertitude. En raison de la persistance de cette opacité, il est d'autant moins justifié de retenir la circonstance atténuante invoquée par Sony.
424. Par conséquent, aucune circonstance atténuante ne peut être retenue au bénéfice de Sony au regard des engagements préalablement proposés. En outre, aucune circonstance aggravante ne sera non plus retenue.

b) Les autres éléments d'individualisation de la sanction

425. Le point 39 du communiqué sanctions prévoit qu'après l'ajustement appliqué en tenant compte des circonstances atténuantes ou aggravantes, l'Autorité peut, afin d'assurer à la sanction pécuniaire un caractère à la fois dissuasif et proportionné, adapter le montant obtenu à la hausse ou à la baisse « *en prenant en considération d'autres éléments objectifs propres à la situation de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées* ».
426. L'Autorité peut notamment adapter la sanction au regard de la taille, de la puissance économique et des ressources globales de l'entreprise ou du groupe auquel appartient l'entreprise auteure des pratiques, ce dernier élément « *étant pris en compte en particulier, dans le cas où l'infraction est également imputable à la société qui contrôle l'entreprise concernée au sein du groupe* »²⁹⁷.

²⁹⁵ Tribunal de l'Union, affaire T-612/17, *Google et Alphabet / Commission (Google Shopping)* [2021] ECLI:EU:T:2021:763, paragraphe 693.

²⁹⁶ *Ibid.* paragraphe 694.

²⁹⁷ Communiqué sanctions, point 41.

427. En l'espèce, l'infraction en cause a été imputée aux sociétés Sony Interactive Entertainment Europe Limited et Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha), en tant qu'auteurs, à la société Sony Interactive Entertainment France, en tant que société dont l'activité a été objectivement nécessaire à la réalisation par les deux sociétés auteurs des pratiques dénoncées, et à la société Sony Group Corporation, en tant que société mère ayant exercé une influence déterminante sur les deux sociétés auteurs. Ces quatre sociétés constituent, prises ensemble, une seule et même entreprise au sens du droit de la concurrence.
428. En premier lieu, pour apprécier la taille, la puissance économique et les ressources du groupe Sony, il convient de noter que celui-ci dispose d'une envergure internationale notable, étant présent, à travers les filiales de la société Sony Group Corporation, au Japon, aux États-Unis, dans la zone Asie-Pacifique, dans l'Union européenne et en Chine²⁹⁸.
429. En deuxième lieu, il ressort du rapport annuel 2021 de la société Sony Group Corporation que le groupe déploie ses activités bien au-delà des seuls produits en cause dans la présente affaire, puisqu'elles s'étendent également aux secteurs des services de jeux et de réseaux, de la musique, de la photographie, des produits et solutions électroniques, des solutions d'imagerie et de détection ainsi que des services financiers²⁹⁹.
430. En troisième lieu, la puissance économique du groupe auquel appartiennent les sociétés auteurs est reflétée tout particulièrement par le chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé de Sony Group Corporation, qui s'est élevé à 67,92 milliards d'euros en 2020 et à 73,15 milliards d'euros en 2021³⁰⁰.
431. Au regard des données publiquement disponibles, il apparaît que la valeur des ventes retenue comme assiette de la sanction représente environ 0,03 % du chiffre d'affaires total du groupe.
432. Compte tenu de ces éléments, et dès lors que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles suppose que la sanction soit effectivement dissuasive, il convient de tenir compte de la taille, de la puissance économique et des ressources du groupe Sony. Le montant de la sanction pécuniaire infligée sera par conséquent notablement augmenté.

c) Conclusion sur l'individualisation de la sanction

433. Pour les raisons exposées ci-dessus, il n'y a pas lieu de retenir de circonstance aggravante ou atténuante au titre du comportement individuel de Sony. En revanche, le montant de la sanction pécuniaire sera augmenté de 50 % afin de tenir compte de l'envergure, de la puissance économique et des ressources du groupe.
434. Au vu des considérations qui précèdent, la sanction encourue s'élève à [13-14 millions d'] euros.

4. LE MONTANT FINAL DE LA SANCTION

435. Le sixième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce dispose que, pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est « *de 10 % du montant du chiffre d'affaires*

²⁹⁸ <https://www.sony.com/en/SonyInfo/CorporateInfo/Subsidiaries/>.

²⁹⁹ https://www.sony.com/en/SonyInfo/IR/library/corporatereport/CorporateReport2021_E.pdf, pages 40-57.

³⁰⁰ Cote 7239.

mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. »

436. Si le montant de la sanction déterminé selon la méthode décrite par le communiqué sanctions excède ce maximum, la sanction pécuniaire est ramenée à ce chiffre³⁰¹.
437. En l'espèce, la date de fin de de l'infraction ayant été fixée au 17 avril 2020, le dernier exercice comptable complet pouvant être pris en compte est celui qui a pris fin le 31 mars 2020, au cours duquel Sony Group Corporation a enregistré un chiffre d'affaires mondial hors taxes de 67 921 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est donc de 6 792 100 000 euros.
438. La sanction encourue par Sony est donc inférieure au plafond légal.
439. Compte tenu de ce qui précède, eu égard à la gravité des faits, à leur durée, à la situation individuelle et à la puissance économique de l'entreprise en cause, il y a lieu d'infliger à Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha) et Sony Interactive Entertainment Europe Limited, sociétés auteurs, solidairement avec Sony Interactive Entertainment France, en qualité de société dont l'activité a été nécessaire à la réalisation des pratiques par les auteurs, et avec la société Sony Group Corporation, en qualité de société mère, une sanction pécuniaire d'un montant de [13-14 millions d'] euros, arrondi à 13 527 000 euros.

³⁰¹ Communiqué sanctions, point 52.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Sony Interactive Entertainment Europe Limited, en tant qu'auteur, Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha), en tant qu'auteur, Sony Interactive Entertainment France, en qualité de société dont l'activité a été objectivement nécessaire à la réalisation de l'infraction, Sony Group Corporation, en tant que société mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE.

Article 2 : Il est infligé conjointement et solidairement une sanction pécuniaire de 13 527 000 euros aux sociétés Sony Interactive Entertainment Europe Limited, Sony Interactive Entertainment Inc. K.K. (Kabushiki Kaisha), Sony Interactive Entertainment France et Sony Group Corporation.

Délibéré sur le rapport oral de M. Pablo Gonzalez Perez et M. Grégoire Colmet-Daâge, rapporteurs, et l'intervention de Mme Lauriane Lépine, rapporteure générale adjointe, par Mme Irène Luc, vice-présidente, présidente de séance, Mme Catherine Prieto et M. Jérôme Pouyet, membres.

La chargée de séance,

La présidente de séance,

Caroline Orsel

Irène Luc

© Autorité de la concurrence