

REVUE LAMY DE LA CONCURRENCE

DROIT - ÉCONOMIE - RÉGULATION

INCITATIONS À AUGMENTER LES PRIX : LES TESTS UPP/GUPPI NE DOIVENT-ILS ÊTRE QUE DES INSTRUMENTS DE PHASE I ?

Thibaud VERGÉ

37

TRIMESTRIEL

Octobre - Décembre

2013

Éclairages

67 Procédures de clémence et accès
aux documents : de la défiance à la
conciliation ?

Étienne CHASSAING

86 L'inconstitutionnalité du pouvoir de
sanction de l'ARCEP

Pascale IDOUX

Analyse

96 La réduction de l'assiette du montant de
base dans la clémence : une troisième
voie en trompe l'œil ?

Alexandre APEL

Étude

108 Le bras de fer entre le Gouvernement
et l'Autorité de la concurrence sur
l'encadrement de la vente en ligne de
médicaments : quand la réglementation
choisit d'ignorer le droit

Olivier CAVÉZIAN et Marie-Sophie MERCIER

Pratique

136 Rupture brutale d'une relation
contractuellement établie, quelle place
pour l'anticipation des parties ?

Clémence MOULY-GUILLEMAUD



Wolters Kluwer
France

LES
MATINÉES
DÉBATS



de la
Lettre de
Juristes
d'Affaire



Kleos

Le logiciel pour avocat 100 % libre

- **Pas besoin de serveur :**
une connexion Internet et un PC suffisent
- **Pas de temps consacré à des tâches informatiques :**
sauvegarde, maintenance et actualisation sont automatiques
- **Mobilité totale, depuis un PC, un Ipad (Kleos pour Ipad gratuit !)** ou un smartphone (app Kleos mobile gratuite !)
- **Pas d'investissement, pas d'engagement de durée**



Kleos est un logiciel de gestion en mode hébergé, évolutif et hautement performant, vous garantissant une sécurité totale de vos données, intégrant une bible d'actes Lamy. Le tout à un prix d'abonnement très attractif. Plus de 2000 avocats l'ont déjà adopté. Envie d'en savoir plus ? Essayez le gratuitement et sans engagement.

Kleos est labellisé pour le RPVA par le Conseil National des Barreaux et certifié MICROSOFT.

Pour un test gratuit, rendez-vous sur :

www.toutsurkleos.fr

Tél. : 01 76 73 32 30



Wolters Kluwer | Kleos



Par Patrick HUBERT

Avocat, Clifford Chance

L'Autorité de la concurrence et le contrôle des concentrations : l'âge adulte

Le 10 juillet dernier, l'Autorité de la concurrence a publié ses premières vraies lignes directrices sur le contrôle des concentrations. Pourquoi « vraies » ? Les précédentes suivaient de peu le transfert de cette compétence du ministre de l'Économie à l'Autorité et visaient à afficher un souci de continuité. Que nous apprend ce nouveau texte ? La loi n'ayant pas changé, les innovations ne pouvaient pas être radicales – encore qu'elles concernent de nombreux points qu'il n'est pas possible de tous présenter ici – mais elles dessinent un portrait de l'Autorité. Une Autorité consciente des contraintes auxquelles les entreprises sont confrontées dans les fusions-acquisitions, d'où des innovations procédurales bienvenues : les projets de concentration peuvent être pré-notifiés très en amont, ouvrant la voie à un dialogue précoce ; le rapporteur du dossier est nommé dans les cinq jours suivant la pré-notification. La procédure simplifiée « à la française » est officialisée : elle va au-delà de son homologue européenne en prévoyant un délai de traitement très court (quinze jours). Mais, sur le fond, la tendance est plus difficile à cerner. L'essentiel est la place considérable faite aux arguments économiques avec la mise en avant d'une méthode privilégiée pour définir les marchés (le test SSNIP) et la publication simultanée d'un

guide sur la présentation des arguments économiques. C'est à la fois l'invitation à produire des tests économétriques toujours plus précis (avec mention des « tests alternatifs », peu d'années après l'apparition de leur mode aux États-Unis) et l'annonce d'une discussion serrée de leurs résultats. Mais il ne faut pas en déduire que la position de l'Autorité sera ainsi scientifiquement déterminée : les lignes directrices ne renoncent pas aux méthodes pragmatiques (comme les marchés locaux définis par la distance parcourue en voiture pour aller du domicile à un magasin.) Les entreprises doivent donc s'attendre à dépenser toujours plus pour fournir des analyses économiques approfondies mais aussi à les voir écartées, sans trop d'efforts, par le recours à une palette d'arguments rustiques. **Des procédures ouvertes, transparentes et efficaces ; mais des analyses de fond dont la complexité accrue n'augmente pas la prévisibilité.** Ce contraste résume ce qu'est l'Autorité de la concurrence française aujourd'hui : bien plus satisfaisante au plan procédural que la Commission européenne ; comme elle, toujours plus exigeante en termes d'argumentaires techniques ; mais s'attribuant une liberté encore plus grande pour combiner des arguments variés, ce qui rend difficile l'anticipation des décisions dans les cas complexes. ■

↳ ACTUALITÉS

CONCENTRATIONS ÉCONOMIQUES

Frédéric de BURE, Christian MONTET et Antoine WINCKLER

■ ÉCLAIRAGE

- Incitations à augmenter les prix : les tests UPP/GUPPI ne doivent-ils être que des instruments de Phase I ? 09
Thibaud VERGÉ

■ ACTUALITÉS

- Réforme du contrôle des concentrations : la Commission lance une consultation publique sur les participations minoritaires et les mécanismes de renvoi..... 13
- L'Italie retire son recours contre un refus de renvoi de la Commission... et prive le Tribunal d'une occasion de se prononcer sur l'application des critères de l'article 9, paragraphe 2..... 14
- Naissance d'un géant mondial de l'édition 16
- L'Autorité de la concurrence autorise la prise de contrôle de Monoprix par Casino 18

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Véronique SÉLINSKY

■ ÉCLAIRAGE

- La SNCF soupçonnée de profiter de son monopole sur les marchés ferroviaires pour avantager sa filiale de transports terrestres 21
Véronique SÉLINSKY

■ ACTUALITÉS

- Pas de distinction entre la notion d'entreprise et l'imputabilité du comportement de la filiale à sa société mère ... 25
- Réunion avec des concurrents : parfois une preuve de participation à une entente, parfois non 26
- Allo les DROM ? Ici l'Europe..... 28
- Le risque d'un procès en responsabilité civile au États-Unis n'interdit pas de retenir la responsabilité de la société mère américaine pour les infractions d'entente commises par ses filiales dans l'Union..... 30
- Influence limitée de la procédure de concurrence sur l'action indemnitaire..... 33

TRANSPARENCE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Martine BEHAR-TOUCHAIS et Jean-Christophe GRALL

■ ÉCLAIRAGE

- L'utilisation de l'article L. 442-6, 5° du code de commerce en temps de crise : ou comment celui qui peut le moins devient celui qui peut le plus 35
Sylvie GALLAGE-ALWIS et Constance TILLIARD

AIDES D'ÉTAT

Benjamin CHEYNEL, Gwenaél MUGUET-POULLENNEC et Éric PAROCHE

■ ÉCLAIRAGE

- Irrecevabilité manifeste du recours en annulation introduit par celui qui est à l'origine de la déclaration préjudicielle d'invalidité du régime d'aides en cause 39
Gwenaél MUGUET-POULLENNEC

■ ACTUALITÉS

- Adoption de nouvelles règles de procédure en matière d'aides d'État et de nouvelles exemptions par catégorie 42
- La « procédure de marché public » au sens de la jurisprudence *Altmark*..... 44
- Aides d'État et notion d'entreprise..... 45
- Conséquences d'une mise sous séquestre d'une aide illégale par son bénéficiaire 47

DROIT PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE

Éric BARBIER de la SERRE, Benjamin CHEYNEL, Gwenaél MUGUET-POULLENNEC et Cyril NOURISSAT

■ ÉCLAIRAGES

- Arrêt *Schenker* : Précisions importantes sur la portée du principe de confiance légitime et la compétence des autorités nationales de la concurrence en matière d'application du droit de la concurrence de l'Union 63
Cvetelina GEORGIEVA
- Procédures de clémence et accès aux documents : de la défiance à la conciliation ? 67
Étienne CHASSAING
- Le cartel des tuyaux marins au Tribunal : trois annulations partielles, mais une seule réduction d'amende 73
Foad HOSEINIAN

■ ACTUALITÉS

- Infraction complexe et « éléments séparables » 76
- Le double effet de l'insuffisance de motivation 77

CONTENTIEUX DES DOMMAGES CONCURRENTIELS

Nicolas DORANDEU

■ ÉCLAIRAGE

- Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes..... 78
Fayrouze MASMI-DAZI

DÉCISIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE ÉTRANGÈRES

Lorraine DONNEDIEU de VABRES-TRANIÉ

■ ÉCLAIRAGE

- La Cour suprême américaine encadre les exigences probatoires nécessaires à la recevabilité des *class actions* .. 82
Lorraine DONNEDIEU de VABRES-TRANIÉ

■ ACTUALITÉS

- Nouvelle loi belge sur la concurrence : réforme de l'Autorité de la concurrence et amélioration des procédures 85

RÉGULATION

Pascale IDOUX

■ ÉCLAIRAGE

- L'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'ARCEP 86
Pascale IDOUX



■ ACTUALITÉS

- La conformité des enquêtes et contrôles de l'AMF au principe des droits de la défense 90
- L'absence de doute sérieux sur la constitutionnalité du droit répressif des concentrations..... 91

↳ PERSPECTIVES

DIALOGUE AVOCAT-ÉCONOMISTE

- Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, frères ennemis ?..... 93
Hugues CALVET et François LÉVÊQUE

ANALYSE

- La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ? 96
Alexandre APEL

ÉTUDES

- Le bras de fer entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit..... 108
Olivier CAVÉZIAN et Marie-Sophie MERCIER
- Quelles règles applicables à la politique tarifaire des laboratoires pharmaceutiques sur le marché hospitalier (privé et public) ? 118
Sandrine SERPENTIER-LINARES et Karine BIANCONE

- De la difficulté d'appréhender les accords d'appariement : retour sur la décision de l'Autorité de la concurrence Cogent/France Télécom ?..... 127
Philippe GUIBERT et Pauline PATAT

PRATIQUE

- État des lieux du droit de la concurrence dans les outre-mer 131
Rafaële RAYMOND
- Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?..... 136
Clémence MOULY-GUILLEMAUD

COLLOQUE

- Matinée-débats LJA – 28 mai 2013 : les programmes de conformité – enquêtes internes de concurrence 145
Marie-Cécile RAMEAU, Nicolas BOUFFIER et Alexis CONTAMINE

CONCOURS LAMY DE LA CONCURRENCE

- Écritures des équipes finalistes 164

À LIRE

- Livres et revues 177
Sara DARLEY-REYGNER

CONSEIL SCIENTIFIQUE

↳ Véronique SÉLINSKY

Conseiller de la rédaction

↳ Jacques Azéma

Agrégé des Facultés de droit Directeur honoraire du Centre Paul Roubier

↳ Roger Bout

Agrégé des Facultés de droit, Professeur émérite à Aix-Marseille Université

↳ Dominique Brault

Ancien Rapporteur général de la Commission de la concurrence, Président d'honneur de l'AFEC

↳ Guy Canivet

Membre du Conseil constitutionnel

↳ Guillaume Cerruti

PDG de Sotheby's France, Ancien Directeur général de la DGCCRF

↳ Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités à Sciences Po

↳ Olivier Guersent

Chef de Cabinet du Commissaire Michel Barnier – Marché Intérieur et Services – Commission européenne

↳ Marie-Dominique Hagelsteen †

Président-adjoint de la Section du contentieux du Conseil d'État

↳ Frédéric Jenny

Président du Comité de la concurrence de l'OCDE, Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

↳ Bruno Lasserre

Président de l'Autorité de la concurrence

↳ Aristide Lévi

Ancien Directeur du CREDA (Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris)

↳ Christian Montet

Professeur à l'Université de Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier I

↳ Michel Pédamon

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

↳ Jacqueline Riffault-Silk

Conseiller à la Cour de cassation

↳ Stephen C. Salop

Professor of Economics and Law Georgetown, University Law Center

↳ Véronique Sélinsky

Avocat

↳ Kurt Stockmann

Ancien Vice-président a. D. du Bundeskartellamt

↳ Bo Vesterdorf

Ancien Président du Tribunal de première instance des Communautés européennes

REVUE LAMY DE LA CONCURRENCE

DROIT - ÉCONOMIE - RÉGULATION

Éditeur : WOLTERS KLUWER FRANCE
SAS au capital de 300 000 000 €

Siège social : 1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison Cedex
RCS Nanterre 480 081 306

Associé unique : Holding Wolters Kluwer France
Directeur de la publication,
Président Directeur Général de Wolters Kluwer France :
Hubert Chemla

Directrice des éditions :

Bernadette Neyrolles

Directrice de la rédaction :

Julie Vasa

Rédactrice en chef :

Chloé Mathonnière

(01 76 73 31 75 ; cmathonniere@wolters-kluwer.fr)

A participé à ce numéro :

Angélique Farache

Imprimerie : Imprimerie de CHAMPAGNE - ZI Les Franchises
52200 LANGRES

N° Commission paritaire : 1216 T 85786

Dépôt légal : à parution

N° ISSN : 1770-9377

Abonnement annuel : 462 € HT (TVA 2,10 %), 471,70 € TTC

Périodicité : trimestrielle

Prix au numéro : 119 € HT (TVA 2,10 %), 121,50 € TTC

Information et commande :

Tél. : 0 825 08 08 00 • Fax : 01 76 73 48 09 •

Internet : http://www.wkf.fr

Cette revue peut être référencée de la manière suivante :

RLC 2013/37, n° 2388 (année/n° de la revue, n° du commentaire)



une marque Wolters Kluwer

■ **CONCENTRATIONS ÉCONOMIQUES****ÉCLAIRAGE**

CONCENTRATIONS HORIZONTALES – TEST UPP – TEST GUPPI – MISE EN ŒUVRE 2388

ACTUALITÉS

CONCENTRATIONS – PROJET DE RÉFORME – PARTICIPATIONS MINORITAIRES – RENVOIS
Commission Staff Working Document "Towards more effective EU merger control" SWD(2013) 239 final, 25 juin 2013 2389

CONCENTRATION – RENVOI – ARTICLE 9 – DÉSISTEMENT – CRÉDIT AGRICOLE – PRÉFÉRENCE NATIONALE
Trib. UE, 27 mai 2013, aff. T-45/11, Italie c/ Commission 2390

CONCENTRATION – AUTORISATION – SECTEUR DE L'ÉDITION – MARCHÉ PERTINENT – LIVRE NUMÉRIQUE
Déc. Comm. UE n° COMP/M.6789, 5 avr. 2013, Bertelsmann/Pearson/Penguin Random House 2391

CONCENTRATION – DÉFAUT DE NOTIFICATION – SANCTION – PRINCIPE DE LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES
CE, 24 juin 2013, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt 2392

CONCENTRATION – DISTRIBUTION ALIMENTAIRE – PHASE D'EXAMEN APPROFONDI – ENGAGEMENTS
Aut. conc., déc. n° 13-DCC-90, 11 juill. 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon 2393

CONCENTRATION – TÉLÉVISION PAYANTE – INJONCTIONS – AGRÉMENT
Aut. conc., Communiqué, 7 juin 2013 ;
Aut. conc., déc. n° 13-DAG-01, 7 juin 2013 2394

■ **PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES****ÉCLAIRAGE**

MONOPOLE – SERVICE PUBLIC – MARCHÉ CONCURRENTIEL – AVANTAGE CONFÉRÉ À UNE FILIALE
Aut. conc., déc. n° 13-D-16, 27 juin 2013, relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes 2395

ACTUALITÉS

COMPÉTENCE – RÉPARTITION – DÉCISION NÉGATIVE
CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, Bundeswettbewerbshörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG et a. 2396

NOTION D'ENTREPRISE – NOTION D'UNITÉ ÉCONOMIQUE – GROUPE DE SOCIÉTÉS – RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE – IMPUTABILITÉ DU COMPORTEMENT DE LA FILIALE
CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P, Commission c/ Stichting Administratiekantoor Portielje et Gosselin Group NV 2397

ENTENTE HORIZONTALE – PREUVE – RÉUNION
CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-287/110, Commission c/ Aalberts Industries NV et a. ;
Trib. UE, 18 juin 2013, aff. T-406/08, Industries chimiques du fluor (ICF) c/ Commission 2398

EXCLUSIVITÉ – DURÉE – INFRACTION PAR OBJET – BAIL COMMERCIAL – DÉPENDANCE
CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 juill. 2013, n° RG : 11/17158 et 11/17161, Odysseum c/ Le Polygone 2399

COMMERCE ENTRE ÉTATS MEMBRES – AFFECTATION SENSIBLE
CA Paris, pôle 5, ch. 7, 4 juill. 2013, n° RG : 12/05160, Orange Caraïbe, France Télécom et a. c/ Outremer Télécom 2400

ENTENTE – IMPUTABILITÉ – PRÉSUMPTION D'INFLUENCE DÉTERMINANTE – NOTION D'ENTREPRISE
CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-501/11 P, Schindler Holding Ltd et a. c/ Commission 2401

ENTENTE – IMPUTABILITÉ – RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE – CLÉMENCE – DISPENSE DE SANCTION (NON) – ÉGALITÉ DE TRAITEMENT
CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-499/11 P, The Dow Chemical Company et a. c/ Commission 2402

ENTENTE – GROUPE DE SOCIÉTÉS – IMPUTABILITÉ – RENVERSEMENT DE LA PRÉSUMPTION D'INFLUENCE DÉTERMINANTE
CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P, Commission c/ Stichting Administratiekantoor Portielje et Gosselin Group NV 2403

DOM – TRANSPORT – FRET – EXCLUSIVITÉ – ENGAGEMENTS
Aut. conc., déc. n° 13-D-15, 25 juin 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises 2404

PROCÉDURE SIMPLIFIÉE – CONTREVENANT – ORDRE PROFESSIONNEL – SYNDICAT – PROFESSION LIBÉRALE – INFRACTION PAR OBJET
Aut. conc., déc. n° 13-D-14, 11 juin 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations entre des vétérinaires et les sociétés protectrices des animaux (SPA) en région Alsace 2405



http://lamyline.lamy.fr

SOCIÉTÉ MÈRE – FILIALE – ENTREPRISE UNIQUE – RÉITÉRATION
CA Paris, pôle 5, ch. 7, 4 juill. 2013, n° RG : 2012/05160, Orange Caraïbe, France Télécom et a. c/ Outremer Télécom **2406**

EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE – ACTION INDEMNITAIRE – FAUTE CIVILE – PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE – PRIMAUTÉ – PRESCRIPTION
CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 juin 2013, n° RG : 12/04441, JC Bamford (JCB) **2407**

■ TRANSPARENCE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

ÉCLAIRAGE

RELATIONS COMMERCIALES – RUPTURE BRUTALE – DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES – PRÉAVIS **2408**

■ AIDES D'ÉTAT

ÉCLAIRAGE

AIDES D'ÉTAT – RÉGIME D'AIDES MIS À EXÉCUTION – DÉCISION DE NE PAS SOULEVER D'OBJECTIONS – INTÉRÊT À AGIR – ABSENCE
Trib. UE, ord. 14 mai 2013, aff. T-273/11, Régie Networks et NRJ Global c/ Commission **2409**

ACTUALITÉS

AIDES D'ÉTAT – NOUVEAU RÈGLEMENT D'EXEMPTION – NOUVEAU RÈGLEMENT DE PROCÉDURE – MODERNISATION DU CONTRÔLE DES AIDES D'ÉTAT
Règl. (UE) n° 734/2013, 22 juill. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE ;
Règl. (UE) n° 733/2013, 22 juill. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité CE à certaines catégories d'aides d'État horizontales **2410**

AIDES D'ÉTAT – SECTEUR POSTAL – SIEG
Déc. Comm. UE n° SA.31006, 2 mai 2013, Belgique – Compensations versées à bpost pour la fourniture de services publics sur la période 2013-2015 **2411**

AIDES D'ÉTAT – OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC – COMPENSATION – JURISPRUDENCE ALTMARK – CONDITIONS D'APPLICATION
Trib. UE, 12 sept. 2013, aff. T-347/09, Allemagne c/ Commission ;
Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. T-325/10, Iliad et a. c/ Commission **2412**

AIDES D'ÉTAT – NOTION D'ENTREPRISE
Trib. UE, 12 sept. 2013, aff. T-347/09, Allemagne c/ Commission **2413**

AIDES D'ÉTAT – PROCÉDURE FORMELLE – OUVERTURE – DÉCISION DE RECTIFICATION – POSSIBILITÉ D'ADOPTER UNE TELLE DÉCISION
CJUE, 13 juin 2013, aff. jtes. C-630/11 P à C-633/11 P, HGA et a. **2414**

AIDES D'ÉTAT – AIDE VERSÉE – MISE SOUS SÉQUESTRE – DÉCISION D'INCOMPATIBILITÉ – EFFETS
Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. jtes. T-226/09 et T-230/09, British Telecommunications et a. **2415**

AIDES D'ÉTAT – FRANCE – TABLEAU **2416**

AIDES D'ÉTAT – EUROPE **2417**

■ DROIT PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE

ÉCLAIRAGES

PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME – AVIS D'UN CABINET D'AVOCATS – DÉCISION NÉGATIVE – DROIT DE L'UNION – RÉPARTITION DES COMPÉTENCES
CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, Bundeswettbewerbshörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG et a. **2418**

PROCÉDURE DE CLÉMENCE – ACCÈS AUX DOCUMENTS – MISE EN BALANCE DES INTÉRÊTS – PROPOSITION DE DIRECTIVE – CONTENTIEUX INDEMNITAIRE
CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, Bundeswettbewerbshörde c/ Donau Chemie et a. ;
Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013 **2419**

CARTEL – INRACTION CONTINUE OU RÉPÉTÉE – NIVEAU DE PREUVE REQUIS – CONTRÔLE JURIDICTIONNEL
Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR et Parker Hannifin c/ Commission ;
Trib. UE, 17 mai 2013, aff. jtes. T-147/09 et T-148/09, Trelleborg Industrie et a. c/ Commission ;
Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, Manuli Rubber Industries c/ Commission **2420**



ACTUALITÉS

CARTELS – POURVOI – INFRACTION UNIQUE COMPLEXE ET CONTINUE – INFRACTION – PREUVE – DÉCISION D’ANNULATION – PORTÉE
CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-287/11 P, Commission c/ Aalberts Industries NV et a. 2421

CARTEL – CIRCONSTANCE AGGRAVANTE – INSUFFISANCE DE MOTIVATION – EFFETS
CJUE, 8 mai 2013, aff. C-508/11 P, Eni Spa 2422

■ CONTENTIEUX DES DOMMAGES CONCURRENTIELS

ÉCLAIRAGE

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES – CONTENTIEUX INDEMNITAIRE – PROPOSITION DE DIRECTIVE 2423

■ DÉCISIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE ÉTRANGÈRES

ÉCLAIRAGE

ÉTATS-UNIS – CLASS ACTIONS – CONDITIONS DE RECEVABILITÉ
Décision Comcast Corp. et a. v. Behrend et a. n° 11-864, 27 mars 2013 2424

Les numéros renvoient aux articles de la Revue Lamy de la concurrence

ACTUALITÉS

BELGIQUE – AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – PROCÉDURE – RÉFORME
Loi portant insertion du livre IV « Protection de la Concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d’application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1^{er} du Code de droit économique, 3 avr. 2013 2425

■ RÉGULATION

ÉCLAIRAGE

PROCÈS ÉQUITABLE – IMPARTIALITÉ – RÉPRESSION ADMINISTRATIVE – GARANTIE DES DROITS – ARCEP
Cons. const. QPC, 5 juill. 2013, n° 2013-331, Société Numéricable SAS et a. 2426

ACTUALITÉS

AMF – ENQUÊTE PRÉALABLE – CONTRÔLE ADMINISTRATIF – DROITS DE LA DÉFENSE – CONTRADICTOIRE – PROCÈS ÉQUITABLE
CE, 15 mai 2013, n° 356054, Société Alternative Leaders France 2427

LÉGALITÉ DES PEINES – PERSONNALITÉ DES PEINES – CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS – AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – QPC
CE, 24 juin 2013, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt 2428

Les numéros renvoient aux articles de la Revue Lamy de la concurrence



Par Thibaud VERGÉ

Professeur d'économie, CREST/ENSAE
Professeur associé, Norwegian School
of Economics (NHH, Bergen)
Senior Academic Consultant, CRA

→ RLC 2388

Incitations à augmenter les prix : les tests UPP/GUPPI ne doivent-ils être que des instruments de Phase I ?

Depuis quelques années, de nouveaux tests quantitatifs permettant d'analyser les effets unilatéraux dans les concentrations horizontales ont fait leur apparition. Ces tests, moins sophistiqués que des simulations économétriques des effets, permettent de prendre en compte le degré de substituabilité entre les produits et, donc, de mieux évaluer les effets unilatéraux. Par ailleurs, ils n'ont pas seulement vocation à être des filtres en Phase I, mais peuvent aussi présenter un intérêt dans un faisceau d'indices en Phase II.

L'utilisation en contrôle des concentrations de méthodes quantitatives plus sophistiquées que de simples calculs de parts de marché ou d'indices de concentration (HHI) n'est pas récente. Au niveau communautaire, la Commission européenne avait déjà commencé à discuter de méthodes économétriques permettant la simulation des effets unilatéraux en 2000 lors de l'opération Volvo/Scania (Déc. Comm. CE, 14 mars 2000, aff. COMP/M.1672 Volvo/Scania, JOCE 29 mai 2001, n° L 143). Depuis, la simulation des effets unilatéraux est devenu un exercice fréquemment utilisé par la Commission.

Plus récemment sont apparus, notamment à l'occasion des débats sur les projets de modification des lignes directrices relatives aux concentrations horizontales aux États-Unis et au Royaume-Uni, de nouveaux tests quantitatifs relativement simples permettant de prendre en compte la substituabilité entre produits, ce que les parts de marché ne permettent pas de faire. Ces tests, qui « mesurent » essentiellement les incitations de la nouvelle entité à augmenter les prix post-opération, sont ainsi fréquemment mis en œuvre par les autorités britanniques (sous la forme du test IPR – Illustrative Price Rise). Si les méthodes de simulation n'ont à ce stade pas encore été utilisées par l'Autorité de la concurrence, les tests quantitatifs de type UPP/GUPPI ont été mis en œuvre pour la première fois en juillet 2012 dans la décision Castel/Patriarche (Aut. conc., déc. n° 12-DCC-92, 2 juill. 2012, relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS), et plus récemment dans la décision Casino/Monoprix (Aut. conc., déc. n° 13-DCC-90, 11 juill. 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon).

Il a souvent été avancé que les tests d'incitation, type UPP – GUPPI – IPR, étaient essentiellement des tests de Phase I, permettant ainsi à l'autorité de concurrence de décider ou non d'ouvrir une enquête approfondie. Lors de cette seconde phase d'analyse pourraient alors être mises en œuvre des méthodes quantitatives plus sophistiquées nécessitant la collecte de nombreuses données ainsi que plus de temps pour mener à bien ces études économétriques. Les récentes lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., Lignes directrices révisées relatives au contrôle des concentrations, 10 juill. 2013) ne donnent aucune indication quant à l'utilisation de telles méthodes en Phase I ou II. Les deux décisions précitées mentionnant ces tests étaient toutefois des décisions de Phase II, ce qui suggère que l'Autorité n'exclut nullement l'utilisation de ces méthodes comme un indice parmi d'autres lors d'un tel examen approfondi. À ce sujet, les lignes directrices mentionnent clairement que « ces résultats quantitatifs ne peuvent à eux seuls permettre à l'Autorité de conclure sur les effets de l'opération et ne sont pas utilisés de façon mécanique pour exclure ou retenir l'existence de problèmes concurrentiels. Ils peuvent, lorsqu'ils sont utilisés, fournir une indication sur les interactions concurrentielles auxquelles devra faire face l'entité issue de la concentration mais doivent être mis en regard d'autres éléments d'analyse » (Aut. conc., Lignes directrices précitées, § 420).

Dans ce qui suit, nous présentons très brièvement ces nouveaux outils quantitatifs ainsi que leurs qualités et défauts, et expliquons pourquoi nous estimons que ces tests ne sont pas seulement des filtres de Phase I mais bien des outils utiles, y compris en Phase II, et surtout, bien plus pertinents que les seules parts de marché.

Que sont les tests d'incitation ?

Le contrôle des concentrations a souvent été basé sur une analyse des parts de marché des parties en présence (notamment la part de marché de l'entité fusionnée ou l'incrément de part de marché lié à l'opération). Cette analyse ne permet toutefois pas d'appréhender la substituabilité réelle entre produits et, par conséquent, les effets pro- ou anticoncurrentiels attendus de l'opération. Or, la théorie économique suggère que les effets des concentrations horizontales entre entreprises vendant des produits concurrents dépendent en grande partie de la substituabilité entre ces produits. Prenons le cas très simple d'un marché sur lequel opèrent trois entreprises, A, B et C, initialement indépendantes. Lorsqu'elle fixe son prix, l'entreprise A évalue donc comment sa demande (et donc son profit) va varier lorsqu'elle ajuste à la hausse ou à la baisse son prix. Mais elle ne se préoccupe pas de savoir si les consommateurs perdus se détournent plutôt vers B que vers C (ou si les consommateurs attirés ont été gagnés au détriment de B ou de C). Si maintenant, A et B fusionnent, la nouvelle entité, lorsqu'elle décide de modifier le prix du produit A, est intéressée par la répartition des reports puisque les ventes qui se reportent vers B ne sont pas réellement perdues (elles pourraient même être plus profitables si la marge unitaire réalisée sur le produit B est supérieure à celle générée par le produit A). Or la manière dont les ventes perdues par A se reportent sur les produits B et C peut être (et en général le sera) totalement déconnectée des parts de marché. Baser l'essentiel de l'analyse des effets de l'opération sur les parts de marché n'est donc pas pertinent.



Une méthode alternative consiste à estimer économétriquement les effets unilatéraux générés par l'opération.

Dans ce contexte, une méthode alternative consiste à estimer économétriquement les effets unilatéraux générés par l'opération. Cette méthode consiste à définir un cadre théorique qui représente les caractéristiques du modèle concurrentiel du marché concerné (concurrence en prix ou en quantités, hypothèses sur les caractéristiques des produits et de la demande, etc.) et de calibrer ce modèle à partir des données (de prix et volumes notamment) observées pré-fusion. Il est ensuite possible d'utiliser le modèle ainsi calibré pour simuler ce que pourrait être l'équilibre (prix, quantités, surplus des consommateurs, etc.) post-fusion et/ou d'estimer les gains d'efficacité minimaux qui permettraient d'éliminer tout risque d'atteinte à la concurrence (du fait des effets unilatéraux). Toutefois, ces modèles ne sont pas toujours simples à mettre en œuvre et requièrent de disposer d'importantes données (notamment sur les prix et les volumes) concernant les produits des parties à l'opération, mais aussi les produits des concurrents. Il serait donc particulièrement coûteux de généraliser l'utilisation de telles méthodes à l'ensemble des opérations de concentration horizontale.

Utilisant des résultats bien connus de la théorie économique, les économistes ont, depuis quelques années, développé des tests moins ambitieux, mais aussi beaucoup plus simples à mettre en œuvre permettant d'appréhender les effets possibles des opérations. Trois de ces tests sont maintenant couramment utilisés par les autorités de concurrence (nous ne détaillerons pas ici la mécanique de ces tests. Pour cela, nous renvoyons le lecteur à Flochel L., Contrôle des

concentrations horizontales : Les tests UPP, GUPPI et IPR, Concurrences, 1-2011, p. 30-36, ou aux lignes directrices de l'Autorité, § 405 à 420).

Le test UPP (*Upward Pricing Pressure*) développé par Farrell et Shapiro (Farrell J. et Shapiro C. (2010), *Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition*, B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives, 10(1), Article 9) consiste à prendre en compte, d'une part, l'effet de cannibalisation lié à la fusion (lorsque la nouvelle entité modifie le prix de l'un de ces produits, elle affecte aussi les quantités qu'elle vend de ses autres produits, notamment ceux acquis lors de la concentration), et d'autre part, l'effet pro-concurrentiel des gains d'efficacité. Ce test présente l'avantage d'être techniquement simple, facilement adaptable à de nombreux contextes (marchés d'appels d'offres, entreprises multi-produits, etc.) et de ne nécessiter des données que concernant les produits des parties à l'opération. Ces données ne seront pas toujours aisément disponibles, mais lorsqu'elles le sont, elles ne concernent que les taux de diversion (un indice crucial concernant la substituabilité entre produits) entre produits des parties et les marges unitaires. Un autre intérêt réside par ailleurs dans le fait qu'il est parfois possible d'estimer assez précisément les ratios de diversion (c'est-à-dire, la proportion des ventes perdues sur le produit A qui se reportent sur le produit B) sans avoir recours à des méthodes économétriques complexes (dans le cas de concentration sur le marché de la grande distribution (notamment à dominante alimentaire), les autorités britanniques (*Office of Fair Trading and Competition Commission*) ont ainsi pu avoir recours à des sondages menés auprès de consommateurs pour estimer ces ratios).

Ce test a souvent été critiqué, car il ne mesure pas l'intensité des effets unilatéraux, mais se contente – *prima facie* – d'indiquer s'il y a ou non un risque d'effets unilatéraux (éventuellement très faibles) étant donné le niveau des gains d'efficacité supposé. Par ailleurs, il consiste à intégrer dans le calcul un « crédit » de gain d'efficacité sans qu'aucune discussion de ces gains n'ait encore eu lieu. Or, il est possible de faire une autre lecture de ce test : plutôt que d'accorder un crédit de gain d'efficacité arbitraire et de regarder si le test est positif (risque d'effets unilatéraux avéré) ou non, il suffit de chercher à déterminer le niveau minimum de gains d'efficacité permettant d'éviter le risque d'effets unilatéraux. La formule de calcul du test UPP étant très simple, il est aisé de déterminer ce niveau minimum. On peut alors juger si ce niveau paraît ou non raisonnable, soit sur la base de l'expérience s'il s'agit de mener ce test en Phase I, soit en discutant de la réalité de ces gains potentiels avec les parties lors de l'analyse des effets unilatéraux en Phase II (voire même en Phase I si on pense pouvoir conclure rapidement).

Les deux autres tests permettent en partie de répondre à la critique concernant l'ampleur de la hausse des prix attendue, mais aussi de s'abstraire (à ce stade) des discussions concernant les gains d'efficacité.

Le test GUPPI (*Gross Upward Pricing Pressure Index*) ne s'intéresse ainsi qu'à l'effet de cannibalisation lié à l'opération (c'est-à-dire, à l'incitation à augmenter les prix), mais propose un indice qui sera d'autant plus fort que l'ampleur de la hausse de prix attendue sera élevée, et qui pourra, dans certains cas, permettre d'évaluer numériquement cette hausse des prix. Ce test GUPPI se retrouve notamment dans les lignes directrices américaines de 2010 (*Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, août 2010 (section 6.1)) : « *The value of sales diverted to*



a product is equal to the number of units diverted to that product multiplied by the margin between price and incremental cost on that product. (...) If the value of diverted sales is proportionately small, significant unilateral price effects are unlikely. For this purpose, the value of diverted sales is measured in proportion to the lost revenues attributable to the reduction in unit sales resulting from the price increase ». À première vue, ce test n'apporte pas d'amélioration par rapport au test UPP, puisque cet indice GUPPI ne correspond pas directement à l'ampleur de la hausse de prix et qu'il reste donc potentiellement difficile à interpréter. Toutefois, une mesure de la hausse des prix attendue peut être obtenue en multipliant le GUPPI ainsi obtenu par le taux de répercussion des variations de coût (ou taux de *pass-through*). Ce taux peut parfois être obtenu en se basant sur des données historiques pour voir comment les hausses de coût passées ont été répercutées dans les prix. Lorsqu'il est impossible de mesurer ce taux, les autorités devront – par leur pratique décisionnelle – indiquer à partir de quel niveau, elles estiment que le GUPPI devient trop élevé. La récente décision de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire *Casino/Monoprix* suggère qu'en l'absence de données sur le taux de *pass-through*, elle estimera qu'un GUPPI supérieur à 5 % engendre un risque important de hausse significative des prix suite à l'opération.

Les autorités britanniques ont, depuis quelques années, utilisé un autre indicateur, le test IPR (*Illustrative Price Rise*) qui cherche à quantifier explicitement l'ampleur de la hausse de prix attendue en l'absence de gains d'efficacité (le test est par ailleurs aisément adaptable pour prendre en compte les gains d'efficacité). Comme les tests UPP et GUPPI, il ne nécessite pas autant de données qu'une simulation des effets puisque seules des données concernant les parties fusionnantes sont nécessaires. En revanche, s'agissant en fait d'une mini-simulation des effets, cet indicateur impose de faire des hypothèses sur la forme des fonctions de coûts et de demande. Deux formes fonctionnelles permettent de mettre aisément en œuvre ce test, la demande linéaire (supposant des ratios de diversion constants) et les demandes à élasticité constante, mais ces deux formulations peuvent générer des ordres de grandeur très différents. Les critiques de cette méthode reprochent donc souvent aux autorités de choisir (ou d'insister sur) la formulation de demande iso-élastique qui génèrent des hausses de prix sensiblement plus importantes afin de pouvoir plus aisément justifier une intervention.

Faut-il limiter l'utilisation de ces tests à la Phase I ?

Il a souvent été défendu que, du fait des limites inhérentes à ces tests, ils ne pouvaient être que des premiers filtres ayant donc vocation à être utilisés en Phase I afin de déterminer si l'ouverture d'une phase d'examen approfondi et la mise en œuvre de techniques quantitatives plus sophistiquées étaient nécessaires.

Récemment, deux séries de travaux académiques ont essayé d'évaluer les mérites respectifs des tests UPP et des méthodes de simulation des effets unilatéraux (*full merger simulation*). Tout d'abord, Cheung (Cheung L. (2011), *The Upward Pricing Pressure Test for Merger Analysis: An Empirical Examination*, mimeo University of Minnesota) a cherché à évaluer l'efficacité des tests UPP en comparant, dans le cas de la fusion *U.S. Airways/America West*, les résultats d'un test UPP et d'une simulation des effets de la fusion. Les résultats suggèrent que les tests UPP ne fonctionnent pas si mal que cela – dès lors que les ratios de diversion sont correctement

calculés – puisque la corrélation entre le signe de l'effet estimé (positif ou négatif dans le test UPP) et l'effet calculé à partir des simulations est presque parfaite. Plus récemment, Foncel, Ivaldi et Khimich ont cherché à comparer l'efficacité des tests basés sur les parts de marché (HHI) et des tests UPP comparés aux simulations. Là encore, les résultats montrent que si les tests UPP ne sont pas parfaits, ils sont nettement plus efficaces que les tests basés sur des indices de concentration (Foncel J., Ivaldi M. et Khimich A. (2013), *Assessing the accuracy of merger guidelines' screening tools*, mimeo). La principale difficulté de ces travaux réside toutefois dans le fait que les ratios de diversion sont obtenus suite à l'estimation économétrique d'un modèle de demande. Or, le réel intérêt des tests UPP et GUPPI est justement d'éviter d'avoir à mettre en œuvre de telles méthodes.

Tout ceci suggère donc que si les données disponibles permettent d'évaluer correctement les ratios de diversion et les marges, les tests de type UPP et GUPPI peuvent conduire à des résultats utiles. Ils ne suffiront naturellement pas à eux seuls à forcer la décision, mais ils pourront alors faire partie d'un faisceau de preuves aidant l'autorité à prendre une meilleure décision.

Il est certain que des doutes subsisteront toujours sur la précision des calculs et donc des résultats des tests, mais si les données sont adaptées au calcul de ratios de diversion relativement bien estimés, et que les marges sur coûts variables peuvent être correctement évaluées produit par produit, ce type de test sera généralement beaucoup plus informatif que les seules parts de marché. Par ailleurs, les parts de marché ne peuvent représenter une réalité du marché que si elles ont pu être correctement calculées, ce qui ne nécessite pas seulement de disposer de données fiables sur les volumes et/ou les chiffres d'affaires : il faut aussi avoir correctement délimité le marché pertinent. Or, dans certains cas, les questions soulevées lors de l'analyse concurrentielle suggèrent que la délimitation retenue – qui ne résulte que très rarement d'une étude quantitative, mais plus fréquemment de la pratique décisionnelle pouvant remonter à plusieurs années – n'était peut-être tout simplement pas la bonne (et que les parts de marché calculées ne sont donc pas pertinentes).



Si les données disponibles permettent d'évaluer correctement les ratios de diversion et les marges, les tests de type UPP et GUPPI peuvent conduire à des résultats utiles.

La question qui subsiste est donc finalement de savoir si ces tests – dès lors que leur utilité est reconnue – ont uniquement vocation à être des filtres (utilisés en Phase I), les phases d'examen approfondi permettant alors d'aller plus loin dans la sophistication en conduisant des simulations complètes, plus précises. Si la réponse à cette question peut paraître évidente, nous allons maintenant essayer de justifier que cela n'est pas forcément le cas.

Les simulations d'effets unilatéraux sont des exercices complexes qui nécessitent, d'une part, énormément plus de données que les tests UPP ou GUPPI (du moins si les ratios de diversion peuvent être obtenus simplement lors de la mise en œuvre de ces derniers), et d'autre part, de faire des hypothèses très structurantes pour l'estimation du modèle de demande. En effet, les résultats de cette

dernière (c'est-à-dire, le calcul des élasticités-prix et la substituable entre produits) vont sensiblement dépendre des choix de modélisation. Typiquement, les modèles utilisés, vont conduire à classer les produits existants en groupes et sous-groupes, parfois sur plusieurs niveaux de classification (il existe d'autres modèles de demande (notamment les modèles AIDS (*Almost Ideal Demand System*)) qui ne nécessite pas d'opérer une telle classification. Mais ces derniers – bien que présentant l'avantage d'être très flexibles – nécessitent d'estimer un très grand nombre de paramètres, et ne peuvent donc être utilisés que si le nombre de produits (c'est-à-dire, combinaison entre le type de bien et la marque) reste assez faible). Or, dans ces modèles, les produits sont toujours plus proches substitués quand ils appartiennent au même groupe (ou sous-groupe) qu'à des groupes (ou sous-groupes) différents. La manière d'organiser les produits – qui peut parfois être très *ad hoc* – va donc nécessairement affecter les résultats. Il conviendra donc en général de tester plusieurs classifications avant de déterminer laquelle semble le mieux correspondre à la réalité du marché, mais ceci peut être très coûteux (en temps notamment !). Par ailleurs, le choix de complexité du modèle peut lui aussi affecter le résultat. Ainsi, les travaux récents de deux économistes ont montré que les hausses de prix (pour une même fusion) pouvaient varier de 1 % à 20 % selon la spécification retenue (Grigolon L. et Verboven F. (2013), *Nested logit or random coefficient logit? A comparison of alternative discrete choice models of product differentiation*, mimeo University of Leuven).

Les simulations n'auront donc un grand intérêt que lorsqu'elles sont menées avec soin, notamment en testant la robustesse des hypothèses fondamentales du modèle de demande ou du fonctionnement supposé du marché.

À l'inverse, un indice comme le GUPPI ne repose en soi sur aucune hypothèse concernant les fonctions de demande. Par

ailleurs, si des données sont disponibles permettant d'évaluer le taux de répercussion de variations de coût, il sera possible d'utiliser ce test pour estimer de façon relativement simple et précise les hausses de prix attendues suite à l'opération. Dans la mesure où les gains d'efficacité peuvent aussi être pris en compte, on pourra – comme ceci est possible avec les simulations – estimer le niveau minimal de baisse des coûts marginaux qui permettraient de compenser les incitations à la hausse des prix.

En revanche, les simulations présentent l'intérêt de pouvoir aller plus loin que la simple estimation des effets de l'opération sur les prix ou le calcul des gains d'efficacité minimaux permettant de compenser ces hausses. En effet, les simulations permettent parfois de s'intéresser au repositionnement stratégique des produits suite à l'opération (ou au retrait de produits du marché) ou encore aux incitations à innover. Ceci nécessitera toutefois de faire des hypothèses structurantes supplémentaires, et il faudra donc que celles-ci soient compatibles avec les autres documents présents au dossier.

En conclusion, il apparaît que les tests quantitatifs de type UPP/GUPPI peuvent être utiles aussi bien en Phase I qu'en Phase II et peuvent même, dans certaines circonstances, se substituer avantageusement à un exercice plus sophistiqué de simulation des effets unilatéraux. Un tel exercice peut s'avérer utile à condition d'être soigneusement exécuté, mais n'apparaît pas comme étant le seul exercice quantitatif devant être utilisé en Phase II. Quoi qu'il en soit, ces tests quantitatifs restent relativement simples, relativement précis pour peu que les données pertinentes soient disponibles et l'exercice correctement exécuté, et surtout nettement plus pertinents que de simples tests basés sur les parts de marché (niveau des parts de marché ou indices de concentration type HHI). ■



↳ CONCENTRATIONS ÉCONOMIQUES

→ RLC 2389

Réforme du contrôle des concentrations : la Commission lance une consultation publique sur les participations minoritaires et les mécanismes de renvoi

Dans son document de consultation publique du 25 juin 2013, la Commission envisage d'étendre le champ d'application du contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires sans contrôle, et de simplifier les mécanismes de renvoi des affaires entre la Commission et les États membres.

Commission Staff Working Document "Towards more effective EU merger control" SWD(2013) 239 final, 25 juin 2013

Près de dix ans après l'introduction du règlement n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (Règl. Cons. CE n° 139/2004, 20 janv. 2004, ci-après le « *Règlement Concentrations* »), la Commission soumet ses pistes de réflexion pour une réforme du contrôle des concentrations à une consultation publique. La Commission propose à cet effet d'étendre son contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires non-contrôlantes (ou « liens structurels ») et de simplifier les procédures de renvoi des affaires entre la Commission et les États membres. La Commission envisage également de réformer la procédure de notification simplifiée, qui a fait l'objet d'une consultation publique séparée.

La question du contrôle des participations minoritaires s'annonce comme un sujet de controverses majeur. Elle fait directement suite à la saga *Ryanair/Aer Lingus*. Ryanair avait acquis une participation minoritaire de 19,6 % dans le capital d'Aer Lingus, avant de lancer une OPA sur l'intégralité du capital. Par une décision du 27 juin 2007, la Commission avait interdit la prise de contrôle d'Aer Lingus, mais avait refusé, dans une seconde décision du 11 octobre 2007, d'ordonner à Ryanair de se défaire de sa participation non-contrôlante, qui avait alors atteint 29,4 %, au motif qu'elle n'était pas compétente pour ordonner une telle mesure (Déc. Comm. CE n° COMP/M.4439, 27 juin 2007, *Ryanair/Aer Lingus* ; Trib. UE, 6 juill. 2010, aff. T-342/07, *Ryanair Holdings plc c/ Commission* et aff. T-411/07, *Aer Lingus c/ Commission*, RLC 2010/25, n° 1671, obs. de Bure F.).

Or, la théorie économique considère que de tels liens structurels peuvent dans certains cas avoir des effets anticoncurrentiels

significatifs, en particulier en réduisant l'incitation de deux entreprises à se faire concurrence (effets unilatéraux), en facilitant la coordination entre concurrents (effets coordonnés), ou en limitant l'accès des concurrents aux intrants ou aux clients (effets verticaux).

Dans le régime actuel de contrôle des concentrations, la Commission peut simplement contrôler les participations minoritaires qui impliquent elles-mêmes une prise de contrôle, et de façon accessoire, les participations minoritaires existantes dans le cadre de l'examen d'une prise de contrôle, mais elle n'a pas compétence pour enquêter sur les prises de participations minoritaires indépendantes d'une prise de contrôle. En outre, la Commission peut, dans certaines circonstances, avoir recours aux articles 101 ou 102 TFUE pour contrôler les liens structurels ayant des effets anticoncurrentiels. S'agissant de l'article 101 TFUE, la Commission doit être en mesure de montrer que le lien structurel en cause constitue un accord, ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence ; ce qui n'est pas aisé dans le cas d'opérations de marché. S'agissant de l'article 102 TFUE, la Commission doit être en mesure de montrer que l'acquéreur d'une participation minoritaire est en position dominante et que l'acquisition d'une participation sans contrôle est constitutive d'un abus.

La Commission considère donc qu'elle ne dispose pas, en l'état actuel du droit, des outils nécessaires pour intervenir/enquêter sur des participations minoritaires problématiques. La Commission s'interroge néanmoins sur l'ampleur réelle de ce vide juridique, les modalités appropriées du contrôle et les coûts engendrés pour les entreprises.

La Commission envisage trois systèmes possibles : (i) une extension pure et simple du régime de notification *ex-ante* aux participations minoritaires, (ii) un système de contrôle *ex-post* dit d'« *auto-évaluation* », dans lequel les entreprises pourraient librement prendre des participations minoritaires en évaluant elles-mêmes le risque, sous réserve de la possibilité pour la Commission d'ouvrir une procédure à la suite d'une plainte ou d'une auto-saisine, ou (iii) un système de contrôle *ex-post* dit de « *transparence* », dans lequel les participations minoritaires feraient l'objet d'un formulaire d'information sur le fondement duquel la Commission pourrait ensuite décider d'ouvrir une enquête. En cas de contrôle *ex-post*, la Commission s'interroge en outre sur l'opportunité d'offrir, en parallèle, la possibilité aux parties de soumettre une notification volontaire afin de garantir un niveau de sécurité juridique satisfaisant aux entreprises. Dans tous les cas, le champ d'application du contrôle (par exemple, seuil à partir duquel une participation pourrait être contrôlée ou critère de l'« *influence sensible* » comme en Allemagne ou au Royaume-



Uni) et les « zones de sécurité » dont pourraient bénéficier les entreprises restent à définir. Par ailleurs, la Commission ne propose pas de changement quant aux seuils de chiffres d'affaires qui déterminent sa compétence ou au test d'examen au fond de la compatibilité des participations minoritaires avec le marché commun.

La deuxième proposition de réforme concernant les mécanismes de renvoi devrait susciter moins de débats. La Commission propose, tout d'abord, de simplifier les demandes de renvoi en application de l'article 4, 5° du Règlement Concentrations, qui prévoit que les parties peuvent demander le renvoi d'une concentration en dessous des seuils communautaires à la Commission lorsque ladite concentration est notifiable dans au moins trois États membres. La procédure actuelle prévoit que les parties notifiantes déposent une demande de renvoi sur formulaire RS, que les États membres compétents pour examiner la concentration disposent d'un délai de 15 jours ouvrés pour s'y opposer, et qu'en l'absence d'opposition dans ce délai, les parties notifiantes peuvent déposer le formulaire de notification (formulaire CO) à la Commission. Dans son document de consultation, la Commission propose d'accélérer la procédure en supprimant le formulaire RS et en permettant aux parties notifiantes de soumettre directement un formulaire CO à la Commission. La Commission serait par défaut compétente pour examiner la concentration. Si un État membre compétent s'opposait au renvoi dans un délai de 15 jours ouvrés, la Commission renoncerait à sa compétence. Il incomberait alors aux parties notifiantes de déterminer les États membres dans lesquels l'opération est notifiable.

La Commission propose encore de réformer le mécanisme de renvoi des affaires en application de l'article 22 du Règlement Concentrations qui prévoit que les États membres peuvent demander à la Commission d'examiner une concentration en-dessous des seuils communautaires. La Commission a alors uniquement compétence sur les territoires des États membres ayant demandé ou rejoint le renvoi ; les autres États membres éventuellement compétents mais qui n'ont pas demandé le renvoi continuent à examiner l'opération de leur côté. Dans le régime actuel, ce mécanisme de renvoi est essentiellement utilisé lorsque la Commission est l'autorité la mieux placée pour traiter l'affaire, en particulier lorsque la concentration soulève de sérieux problèmes de concurrence et a des effets transfrontaliers. La réforme proposée par la Commission vise à renforcer la logique du guichet unique en passant d'un système d'« opt-in » à un système d'« opt-out ». En cas de renvoi, la Commission aura compétence pour examiner l'opération sur l'ensemble de l'EEE, sauf sur le territoire des États membres s'étant opposés au renvoi de l'affaire à la Commission. La Commission entend également restreindre la possibilité de demander le renvoi aux seuls États membres ayant compétence pour examiner l'opération, afin de limiter le nombre d'affaires renvoyées à la Commission et assurer une plus grande sécurité juridique.

*Frédéric de BURE et Esther BITTON
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP*

→ RLC 2390

L'Italie retire son recours contre un refus de renvoi de la Commission... et prive le Tribunal d'une occasion de se prononcer sur l'application des critères de l'article 9, paragraphe 2

Le 27 mai 2013, le Tribunal de l'Union européenne a rendu une ordonnance prenant acte du désistement de l'Italie de son recours en annulation contre la décision de la Commission refusant de renvoyer à l'autorité italienne de concurrence l'examen de l'opération *Crédit Agricole/Cassa di Risparmio della Spezia/Agenzie Intesa SanPaolo*. Il s'agissait d'une des rares opportunités pour le Tribunal de se prononcer sur l'application par la Commission des critères de l'article 9, paragraphe 2, du Règlement Concentrations.

Trib. UE, 27 mai 2013, aff. T-45/11, Italie c/ Commission

Par ordonnance du 27 mai 2013, le Tribunal de l'Union européenne a constaté le désistement de l'Italie de son recours contre la décision de la Commission du 10 novembre 2010 refusant le renvoi à l'autorité italienne de concurrence de l'examen de l'opération par laquelle le Crédit Agricole a acquis le contrôle exclusif sur deux réseaux italiens d'agences bancaires. Le Tribunal ne se prononcera donc pas sur le fond de l'affaire, à savoir l'appréciation en l'espèce par la Commission des critères de renvoi aux autorités nationales de concurrence tels que posés par l'article 9 du Règlement Concentrations. L'ordonnance, qui intervient après l'audience du 15 novembre 2012 durant laquelle les parties avaient pu exposer leurs arguments, ne fournit aucune information sur les raisons du désistement italien.

Pour mémoire, le 20 septembre 2010, le Crédit Agricole, groupe bancaire français, avait notifié à la Commission le rachat auprès de la banque italienne Intesa SanPaolo de (i) la Cassa di Risparmio (« *Carispe* »), une banque locale principalement active dans la province italienne de la Spezia, et (ii) 96 agences Intesa SanPaolo situées en Lombardie, Toscane, dans le Latium et en Frioul-Vénétie Julienne. Si les cibles réalisaient plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires en Italie, tel n'est pas le cas du Crédit Agricole ; l'opération était donc de dimension communautaire.

Le 7 octobre 2010, la Commission a reçu une demande de renvoi formulée par l'autorité italienne de concurrence en application de l'article 9, paragraphe 2, du Règlement Concentrations. L'article 9, paragraphe 2, dispose que les autorités compétentes des États membres peuvent demander que l'examen d'une opération de concentration notifiée à la Commission leur soit renvoyé en tout ou partie lorsque : a) la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'in-



térieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct, ou b) la concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun. Dans le cas du scénario b), c'est-à-dire en pratique dès lors que le marché en cause est de dimension locale ou éventuellement régionale, la Commission a l'obligation d'accepter la demande de renvoi en application de l'article 9, paragraphe 3, du Règlement Concentrations, à condition évidemment que le marché en cause soit effectivement affecté.

En l'espèce, la demande soumise à la Commission ne précisait ni si l'autorité italienne entendait se fonder sur le a) ou le b) de l'article 9, paragraphe 2, ni si la demande visait au renvoi total ou partiel de l'opération. Le 26 octobre 2010, soit après l'expiration du délai de 15 jours ouvrables prévu par l'article 9 du Règlement Concentrations, l'autorité italienne a précisé sa demande en indiquant qu'elle se fondait sur le b) de l'article 9, paragraphe 2, et en fournissant des éléments complémentaires sur la définition des marchés en cause.

La Commission a rejeté la demande de l'autorité italienne aux motifs que (i) cette demande était insuffisamment motivée, la deuxième partie de la demande étant en outre tardive, et (ii) en tout état de cause, l'autorité italienne ne démontrait pas en quoi les critères de l'article 9, paragraphe 2, seraient remplis en l'espèce. Dans son analyse au regard de l'article 9, paragraphe 2, la Commission note premièrement que l'opération concerne les marchés de la banque de détail, qu'elle considère traditionnellement comme étant de dimension nationale, et que l'autorité italienne ne démontre pas en quoi, en Italie, ces marchés devraient être définis au niveau régional ou provincial. Elle note ensuite qu'en tout état de cause, même au niveau provincial, l'opération n'est pas susceptible d'affecter la concurrence (encore moins de manière significative), dès lors que les additions de parts de marché constatées sont minimes et ce, quelles que soient les définitions de marché retenues. La Commission conserve donc l'examen de l'opération, qu'elle autorise en Phase I sans engagements par décision du même jour.

Sur demande de l'autorité de concurrence italienne, le ministre des Affaires étrangères italien a fait appel de la décision de la Commission portant sur la demande de renvoi. Parmi les différents moyens invoqués, l'Italie soutenait notamment que (i) la Commission aurait dû définir un marché provincial des services bancaires en Italie, (ii) l'augmentation même minime des parts de marché aurait dû être prise en compte dans la mesure où le Crédit Agricole bénéficierait de ces parts de marché grâce à une croissance externe et non grâce à une croissance interne comme l'avait fait Intesa SanPaolo, (iii) il appartenait à la Commission de prendre en compte la procédure d'infraction ouverte par l'autorité italienne contre le Crédit Agricole et Intesa SanPaolo, indiquant qu'en réalité les deux parties étaient liées et non concurrentes, et (iv) la Commission aurait violé le principe de subsidiarité en examinant elle-même une concentration qui ne présentait aucun intérêt communautaire. Lors de l'audience du 15 novembre 2012, la Commission a indiqué en substance que dès lors que l'autorité italienne n'était pas en mesure de démon-

trer l'existence *prima facie* d'un risque probable d'affectation de la concurrence, elle ne saurait se voir accorder le renvoi, quels que soient les arguments invoqués par ailleurs.

Outre l'originalité des arguments avancés par l'Italie, le recours était particulièrement intéressant dans la mesure où il est rare que la Commission refuse une demande de renvoi émanant d'une autorité nationale de concurrence, et plus rare encore que ce refus soit contesté devant le Tribunal. Sous l'empire du règlement n° 139/2004, la Commission n'a refusé que trois fois le renvoi à l'autorité nationale compétente (en comptant l'affaire du Crédit agricole) et l'Italie était la première à introduire un recours contre une telle décision.

En particulier, le recours italien posait la question importante de l'obligation pour la Commission de prendre en compte la pratique décisionnelle de l'autorité nationale – notamment concernant les définitions de marché, mais aussi l'existence de procédures en cours – pour apprécier les critères de l'article 9, paragraphe 2. Une clarification du Tribunal sur ce point aurait été utile aux entreprises, pour qui le recours à la procédure de renvoi présente des incertitudes non négligeables tant en termes de délais qu'en termes de définition de marché et de jurisprudence applicable. Ainsi, dans le domaine des services bancaires, on notera que l'autorité italienne soutenait en l'espèce l'existence de marchés de dimension provinciale, tandis que la Commission raisonne en termes de marchés nationaux et que l'Autorité de la concurrence française, elle, a défini dans sa décision *Caisse d'Épargne/Banque Populaire* (Aut. conc., déc. n° 09-DCC-16, 22 juin 2009) des marchés de dimension purement locale (zones de chalandises). La prise en compte par la Commission européenne des définitions de marché utilisées par les autorités nationales de concurrence aurait donc en l'espèce entraîné l'application du b) de l'article 9, paragraphe 2, qui aboutit de manière générale au renvoi automatique de l'opération concernée à l'autorité nationale. Cette question présentait donc une réelle portée pratique.

En outre, la question de l'application du principe de subsidiarité et la possibilité pour la Commission européenne de refuser le renvoi est essentielle dans des cas comme celui-ci, où une opération de dimension communautaire produit en réalité ses effets dans un seul État membre et où les autorités nationales pourraient être tentées, pour des raisons politiques, de demander le renvoi afin de protéger les entreprises nationales contre une prise de contrôle par un investisseur étranger. En l'espèce, vu la faible addition de parts de marché en jeu, la demande de renvoi italienne peut d'ailleurs surprendre. On se rappellera également de la demande de l'autorité de concurrence belge sur l'opération *EDF/Segebel* (Comm. CE, aff. COMP/M.5549), la Belgique craignant à l'époque une influence trop importante de la France sur les marchés de l'énergie belges. Dans ces conditions, et même si les autorités nationales semblent avoir freiné les demandes de renvoi trop opportunistes (l'acquisition sensible par la banque espagnole Santander de sa concurrente polonaise Zachodni n'a finalement pas fait l'objet d'une demande de renvoi), une décision du Tribunal en la matière n'aurait pas été inutile.

Laurence BARY
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP



→ RLC 2391

Naissance d'un géant mondial de l'édition

Moins vite que la musique... L'édition a entamé son processus de consolidation face au défi du numérique. C'est dans ce contexte que la Commission européenne a autorisé sans condition le rapprochement entre les éditeurs anglo-saxons Penguin et Random House.

Déc. Comm. UE n° COMP/ M.6789, 5 avr. 2013, Bertelsmann/Pearson/Penguin Random House

Par une décision du 5 avril 2013, la Commission européenne a autorisé l'opération de concentration par laquelle Random House, filiale du groupe international de médias Bertelsmann, et Pearson, groupe international d'édition, ont réuni leurs activités d'édition dans une entreprise commune active à tous les niveaux du secteur de l'édition anglophone. L'opération, qui conduit à la création d'un géant mondial du secteur, a été autorisée sans aucune condition. La décision de la Commission succède à celles des régulateurs américain, australien et néo-zélandais.

L'intérêt de la décision réside principalement dans la définition des marchés dans un secteur en forte mutation. La Commission s'appuie sur le cadre d'analyse qu'elle avait établi à l'occasion de son examen de l'acquisition par Lagardère des actifs d'édition de Vivendi Universal Publishing (Déc. Comm. CE n° COMP/M.2978, 7 janv. 2004, Lagardère/Natexis/VUP), sans toutefois aboutir systématiquement aux mêmes conclusions. Dans son analyse de 2004, la Commission avait distingué trois grandes catégories de marchés pertinents dans le secteur de l'édition francophone : (i) les droits d'édition, (ii) les services de diffusion et de distribution à des éditeurs tiers et (iii) la vente de livres aux libraires. La Commission retient ces mêmes grandes catégories pour conduire son analyse sur les marchés anglophones, même si les services de distribution et de diffusion aux éditeurs tiers ne sont pas analysés en détail compte tenu de l'activité limitée des parties.

S'agissant des droits d'édition, la Commission avait, dans l'affaire Lagardère, distingué (i) les droits liés à la première édition d'un ouvrage avec des segmentations supplémentaires en fonction de la langue originale de l'œuvre et de la catégorie de livres (littérature générale, livres pour la jeunesse, bandes dessinées et ouvrages universitaires et professionnels), et (ii) les droits dits « secondaires » cédés soit au format poche soit à des clubs de livres. Dans la présente affaire, les parties défendaient l'existence d'un marché unique de l'acquisition de droits en langue anglaise compte tenu du fait notamment que les droits sont cédés de la même manière quelle que soit la catégorie de livres ou la langue originale de l'œuvre et, contrairement au marché francophone, les droits primaires (*hardback*) et secondaires (*paperback*) sont exploités par le même éditeur. La Commission admet qu'il n'y a pas de raison de distinguer des marchés séparés des droits « secondaires » mais laisse la définition de marché ouverte sur les autres points (une partie des réponses à l'enquête de marché indique que les contrats sont identiques quelle que soit la catégorie de droits alors qu'une autre partie relève des différences

notamment dans le niveau des royalties). La Commission envisage en outre un marché séparé de l'acquisition de droits de best-sellers en raison des différences concernant le niveau des à-valoir (plus ou moins de 500 000 livres sterling). Comme dans la décision Lagardère, la Commission suggère que les marchés des droits sont de dimension mondiale ou, à tout le moins, européenne.

S'agissant de la vente de livres en langue anglaise, l'enquête de marché confirme la pertinence de la distinction effectuée dans l'affaire Lagardère selon (i) le type de revendeurs (librairies, hypermarchés et grossistes) et (ii) les grandes catégories de livres (littérature générale, livres pour enfants, livres d'art, guides et manuels, bandes dessinées, livres universitaires et professionnels, etc.). En revanche, contrairement à ses conclusions concernant les marchés francophones, la Commission estime qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction en fonction du format (*hardback* ou *paperback*) puisque tous les éditeurs exploitent les deux formats. La Commission renonce par ailleurs à identifier un marché séparé pour la vente de *best sellers*, qui d'après l'enquête de marché présentent un certain degré de substituabilité avec les autres ouvrages et ne sont pas des « *must have* » dans les négociations commerciales avec les libraires, même si elle tient compte de ce segment spécifique dans son analyse concurrentielle. La question de savoir si le marché géographique est de dimension européenne ou doit être limité au Royaume-Uni et à l'Irlande est laissée ouverte.

L'examen de l'opération est en outre l'occasion pour la Commission de se pencher sur la question de la substituabilité entre livres numériques et livres papier qui n'avait pas été abordée dans l'affaire Lagardère. Même si elle ne tranche pas définitivement, la Commission suggère qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les droits numériques et les droits papier puisque la très grande majorité des éditeurs (90 % selon les chiffres de l'enquête de marché) acquièrent les deux catégories de droits en même temps. En revanche, la Commission s'oriente vers un marché séparé de la vente de livres numériques compte tenu de leurs caractéristiques particulières en terme de canal de distribution, prix, promotion et mode de consommation, ainsi que du faible degré de substituabilité avec le format papier (la majorité des réponses à l'enquête de marché indique que les libraires ne remplaceraient pas les commandes papier par du numérique, et vice versa, en réaction à une augmentation des prix de 5-10 %).

Sur le fond, l'analyse concurrentielle de la Commission conclut que l'opération – même si elle place la nouvelle entité en position de leader de l'édition anglophone – ne crée aucun problème de concurrence compte tenu des parts de marché limitées des parties (inférieures à 30 %) et de la présence de concurrents significatifs tels que Hachette, HarperCollins et Pan Macmillan. Sur les marchés des droits, la Commission examine si la nouvelle entité serait en mesure d'influer sur le niveau des rémunérations des auteurs et d'attirer plus d'auteurs réputés qu'avant l'opération. Pour calculer les parts de marché, la Commission doit se contenter d'une approximation à partir du marché aval de la vente de livres, faute de données suffisantes pour se fonder sur le niveau des avances reçues par les auteurs des 100 *best sellers* de l'année (comme dans l'affaire Lagardère). Elle conclut néanmoins que



les autres éditeurs seraient toujours en mesure d'attirer des auteurs après l'opération et que les nouvelles possibilités offertes aux auteurs comme le *self-publishing* entretiennent également la concurrence. Sur les marchés de la vente de livres en langue anglaise, la Commission conclut que la nouvelle entité ne serait pas en position d'augmenter les prix en raison notamment de ses parts de marché limitées (même sur le segment des *best sellers* avec une part de marché de plus de 50 %) ou de se coordonner avec ses principaux concurrents en raison du faible degré de transparence qui caractérise le secteur. S'agissant des livres numériques, la Commission note également la relative faiblesse des barrières à l'entrée et le pouvoir de négociation des libraires comme Amazon.

Frédéric de BURE
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

→ RLC 2392

Le Conseil d'État conforte le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence pour défaut de notification d'une opération de concentration

Le Conseil d'État a confirmé la sanction infligée au groupe de distribution belge Colruyt pour manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration, confortant le pouvoir de sanction pour défaut de notification conféré à l'Autorité de la concurrence par l'article L. 430-8, I, du code de commerce.

CE, 24 juin 2013, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt

Par un arrêt du 24 juin 2013, le Conseil d'État a rejeté le recours formé par les sociétés Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt contre la décision du 11 mai 2012 de l'Autorité de la concurrence infligeant une sanction pécuniaire de 392 000 euros à la société Établissements Fr. Colruyt pour défaut de notification d'une opération de concentration (Aut. conc., déc. n° 12-D-12, 11 mai 2012, relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce).

Rappelons que la décision du 11 mai 2012 est la première des deux décisions par lesquelles l'Autorité de la concurrence a, à ce jour, fait application du pouvoir de sanction pour manquement à l'obligation de notification qui lui est conféré par l'article L. 430-8, I, du code de commerce. À l'origine de cette affaire, le groupe Colruyt s'était tardivement aperçu que trois opérations de concentrations réalisées au cours des années 2000 par sa filiale Colruyt France n'avaient pas été notifiées et avait pris l'initiative d'en informer l'Autorité de la concurrence. Notifiées en 2011, ces opérations, qui ne soulevaient aucun problème de concurrence, avaient toutes été autorisées. En parallèle, l'Autorité

s'était autosaisie du défaut de notification de ces opérations, comme le lui permet l'article L. 462-5 du code de commerce. Cette auto-saisine avait abouti à la décision du 11 mai 2012 par laquelle l'Autorité de la concurrence avait estimé, de manière assez audacieuse, que les deux premières opérations non notifiées étaient couvertes par la prescription (*cf.*, notamment, RLC 2012/33, n° 2166, Variation sur la prescription des amendes en matière de concentrations, Barbier de la Serre É.) tout en sanctionnant le groupe Colruyt pour le défaut de notification de la dernière opération. L'amende infligée était d'un montant modéré (392 000 euros, soit 0,05 % du chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée), l'Autorité ayant cherché un équilibre entre la nécessité de sanctionner un « manquement grave à l'ordre public économique » et la prise en compte des circonstances particulières de l'espèce, à savoir que l'infraction avait été spontanément dénoncée par l'entreprise, que celle-ci avait coopéré tout au long de l'instruction, que le manquement ne semblait pas motivé par la volonté de contourner l'obligation de notification et que l'entreprise traversait des difficultés financières.

Cela n'a pas dissuadé le groupe Colruyt de contester la validité de la sanction qui lui avait été infligée, donnant l'occasion au Conseil d'État de se prononcer pour la première fois sur la validité des sanctions pour défaut de notification d'une opération de concentration. Ayant déjà refusé de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité formulées par les requérantes dans un arrêt du 14 décembre 2012 (CE, 14 déc. 2012, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt), il restait à la Haute juridiction à se prononcer sur trois questions relatives, respectivement, à la compatibilité du pouvoir d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une procédure de sanction avec les exigences du droit au procès équitable découlant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, à la compatibilité des sanctions pour défaut de notification avec le principe de légalité des délits et des peines garanti, notamment, par l'article 7 de la même convention et, enfin, au respect du principe de proportionnalité.

S'agissant de la compatibilité du pouvoir d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, le Conseil d'État confirme, sans surprise, la solution rendue dans l'affaire *Canal Plus* (CE, 21 déc. 2012, n° 353856, Groupe Canal Plus) suivant laquelle ni la possibilité d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence en tant que telle, ni la circonstance que l'acte d'auto-saisine a été adopté par le président et trois des vice-présidents du collège qui ont ensuite participé au délibéré de la sanction ne constituent des manquements à l'obligation d'impartialité.

S'agissant du principe de légalité des délits et des peines, alors qu'il avait déjà jugé dans le cadre de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité que la procédure de sanction pour défaut de notification ne méconnaît pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, le Conseil d'État fait cette fois application du principe de légalité des délits et des peines tel que garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Ce faisant, le Conseil d'État précise que ce principe, appliqué à des sanctions non pénales, « ne s'oppose pas à ce que les infractions soient définies par ré-



férence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient, ou de l'institution dont elle relève ». Il considère, dès lors, que les dispositions combinées des articles L. 430-3 et L. 430-1 du code de commerce sont suffisamment claires et précises pour permettre aux professionnels de déterminer si l'opération à laquelle ils sont parties est une opération de concentration soumise à obligation de notification et d'identifier la ou les parties sur lesquelles pèse l'obligation de notification. Il juge ainsi que la sanction imposée au groupe Colruyt pour défaut de notification respecte le principe conventionnel de légalité des délits et des peines.

Enfin, le Conseil d'État se prononce sur le caractère proportionné de la sanction infligée. Comme l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 11 mai 2012 et comme les juridictions de l'Union européenne (cf., not., Trib. UE, 12 déc. 2012, aff. T-332/09, Electrabel), il souligne d'abord que le manquement à l'obligation de notification a, en tant que tel et quelle que soit l'importance des effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration sur le marché, un caractère grave dès lors qu'il fait obstacle au contrôle des concentrations. Il relève qu'au cas d'espèce, la sanction infligée par l'Autorité représentait 0,05 % du chiffre d'affaires de la requérante et 1 % du montant maximal encouru (qui était de 5 % du chiffre d'affaires) et que l'Autorité a tenu compte des différentes circonstances et des difficultés financières invoquées par la requérante. Dans ce contexte, l'amende infligée ne méconnaît pas le principe de proportionnalité. Relevons au passage que, dans ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à systématiser l'approche suivie s'agissant du groupe Colruyt, c'est-à-dire à prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce et la situation individuelle de l'entreprise sanctionnée dans toute procédure de sanction sur le fondement de l'article L. 430-8, I, du code de commerce.

Séverine **SCHRAMMECK**
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir également dans cette revue, RLC 2013/37, n° 2428.

→ **RLC 2393**

L'Autorité de la concurrence autorise la prise de contrôle de Monoprix par Casino

L'Autorité de la concurrence autorise, en Phase II, le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif du groupe Casino sur Monoprix, apportant des précisions sur les conditions dans lesquelles le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif peut avoir un effet sur la concurrence ainsi

que sur la délimitation des marchés de la distribution à dominante alimentaire à Paris.

Aut. conc., déc. n° 13-DCC-90, 11 juill. 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon

Par une décision du 11 juillet 2013, rendue après une phase d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence a autorisé, sous réserve d'engagements, la prise de contrôle exclusif de Monoprix par le groupe Casino. L'ouverture d'une phase d'examen approfondi, la sixième de l'Autorité de la concurrence, alors même que l'opération concernait, non une prise de contrôle, mais seulement le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif, témoigne de l'attention portée par l'Autorité à cette opération qui impliquait le leader de la distribution alimentaire à Paris et l'un de ses principaux concurrents. Comme on le sait, le secteur concerné par l'opération avait récemment fait l'objet d'un avis de l'Autorité, qui avait souligné son caractère particulièrement concentré et avait fait état des fortes parts de marché, souvent supérieures à 50 %, détenues par Casino à Paris (Aut. conc., avis n° 12-A-01, 11 janv. 2012, relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris).

Au cas présent, les parties notifiantes soutenaient que, compte tenu de ce que Casino détenait déjà un contrôle sur Monoprix avant l'opération, cette dernière n'aurait aucun effet sur les conditions d'exercice de la concurrence. Si ce type d'argumentation peut souvent convaincre les autorités de concurrence, l'Autorité n'a, cette fois, pas repris à son compte cette analyse. Examinant en détail l'organisation et le gouvernement d'entreprise de Monoprix, les procédures de contrôle du groupe Casino et les procédures d'adoption des décisions de Monoprix relatives aux facteurs déterminants de la concurrence, elle constate en effet que Casino ne pouvait, avant l'opération, déterminer la stratégie commerciale et tarifaire de Monoprix et relève en outre que les groupes Casino et Monoprix se positionnaient comme des concurrents. Elle en conclut que l'opération, « en privant Monoprix de l'autonomie commerciale dont elle jouissait antérieurement vis-à-vis de Casino, entraînera donc une modification réelle dans la structure de la concurrence des marchés concernés » (pt. 174).

S'attachant par ailleurs à définir les marchés de produits pertinents, l'Autorité distingue, classiquement, le marché amont de l'approvisionnement du marché aval du commerce de détail à dominante alimentaire. Concernant ce marché aval, elle considère, eu égard aux spécificités du territoire et des comportements des consommateurs parisiens, que la situation des commerces situés en province n'est pas assimilable à celle des commerces situés à Paris. S'agissant de Paris, principale ville concernée par l'opération, elle maintient sa pratique décisionnelle antérieure suivant laquelle les offres des magasins « populaires » (c'est-à-dire comprenant une partie non alimentaire plus développée, tels que Monoprix), magasins maxi-discount, supérettes et supermarchés d'une part, et celles des autres formes de commerce alimentaire (petits commerces de bouche, commerces spécialisés dans le surgelé, ou marchés de plein air) d'autre part, ne sont pas substituables, eu égard aux différences entre les produits disponibles, les comportements des consommateurs

et les niveaux de prix pratiqués dans ces différentes formes de commerces. Concernant enfin le commerce en ligne, l'Autorité écarte le « drive » du marché pertinent à Paris et, même si elle laisse la question ouverte, laisse entendre que les ventes en ligne livrées à domicile pourraient elles aussi en être exclues, ces deux formes de commerce constituant des services complémentaires des formes de commerce alimentaire traditionnelles.

S'agissant de la délimitation des marchés géographiques, l'Autorité différencie cette fois la situation de Paris, celle de la proche banlieue et celle des commerces situés en dehors de Paris. En dehors de Paris, conformément à sa pratique antérieure, l'Autorité distingue un premier marché où se rencontrent la demande des consommateurs d'une zone et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès en moins de 30 minutes en voiture, et un deuxième marché où se rencontrent la demande de consommateurs et l'offre des supermarchés situés à moins de 15 minutes de trajet en voiture (pt. 96). À Paris, l'analyse de l'Autorité retient « des zones correspondant à un rayon de 300 mètres autour d'un point de vente cible lorsque celui-ci dispose d'une surface inférieure à 400 m² et 500 mètres lorsque celui-ci dispose d'une surface supérieure à 400 m² » (pt. 109). Enfin, en petite couronne, l'Autorité estime que l'analyse doit être réalisée sur « des zones correspondant à un trajet en voiture de 10 minutes autour des magasins cibles » (pt. 112).

Sur la base de ces définitions de marché et des caractéristiques des activités des parties, l'Autorité de la concurrence relève que l'opération n'est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels que sur le marché aval du commerce de détail à dominante alimentaire. Afin d'identifier les zones de chalandise potentiellement problématiques, elle innove en ajoutant un nouveau critère aux deux critères utilisés traditionnellement. Jusque-là, la pratique décisionnelle française considérait que les zones où l'entité résultant de l'opération, premièrement, détient moins de 60 % des surfaces de vente et, deuxièmement, fait face à au moins 3 groupes concurrents, détenant au moins la moitié des magasins concernés (toutes surfaces confondues), ne sont pas susceptibles d'être concernées par des problèmes de concurrence (cf., not., Aut. conc., déc. n° 13-DCC-90, 10 mai 2013, relative à la prise de contrôle exclusif par la société Franprix Leader Price Holding [groupe Casino] de la société NFL Distribution SAS). Dans sa décision du 11 juillet 2013, l'Autorité ajoute un « filet de sécurité », consistant à ne pas écarter le risque d'une atteinte à la concurrence pour les zones où Casino détient déjà un magasin de type supermarché et où l'opération implique l'acquisition d'un magasin Monoprix alors qu'aucun supermarché concurrent n'est présent (cf., not., pt. 274).

Sur la base de ces critères, l'Autorité identifie, à Paris, 47 zones de chalandise dans lesquelles l'opération pouvait soulever des problèmes de concurrence et écarte les risques d'atteinte à la concurrence pour 35 autres zones dans lesquelles soit les parts de marché cumulées des parties sont inférieures à 45 %, soit ces parts de marché cumulées sont supérieures à 45 % mais inférieures à 60 % et l'entité résultant de l'opération reste confrontée à au moins trois groupes de concurrents importants. Comme elle l'avait déjà souligné dans son avis de janvier 2012, l'Autorité relève en outre que les situations de forte position concurren-

tielle de la nouvelle entité risquent d'être d'autant plus problématiques que le secteur de la distribution alimentaire à Paris est caractérisé par d'importantes barrières à l'entrée résultant d'une accumulation de contraintes urbanistiques, financières et de superficie. Elle complète ces considérations par une analyse quantitative des effets unilatéraux de l'opération, en se reposant à la fois sur une estimation du taux de report de la demande en cas de hausse de prix et sur le calcul d'indices GUPPI – outil qui devrait avoir tendance à se généraliser puisque les nouvelles lignes directrices de l'Autorité y font désormais référence (cf. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relative au contrôle des concentrations, not. pt. 413).

En dehors de Paris, l'Autorité identifie 3 zones de chalandise (une dans le département du Var et deux en Corse) dans lesquelles l'opération est susceptible de soulever des problèmes de concurrence.

Pour mettre fin aux préoccupations de l'Autorité, Casino est conduite à s'engager à céder ou à renoncer (en résiliant les contrats le liant à des commerçants affiliés) à 55 magasins à Paris et 3 en province. Ces engagements, pris pour une durée de dix ans pendant lesquels Casino ne pourra réacquiescer les magasins cédés ni acquiescer sur eux une influence directe ou indirecte, permettent à l'Autorité d'autoriser l'opération.

Séverine SCHRAMECK

OBSERVATIONS. Sur l'utilisation par les autorités de concurrence des tests GUPPI ou UPP, voir dans cette revue l'éclairage de Thibaud Vergé, Incitations à augmenter les prix : les tests UPP/GUPPI ne doivent-ils être que des instruments de Phase I ?, RLC 2013/37, n° 2388.

→ RLC 2394

Canal Plus/TPS : Canal Plus exécute les injonctions de l'Autorité de la concurrence

Le 7 juin 2013, l'Autorité de la concurrence a approuvé les propositions de Canal Plus concernant la mise en œuvre des injonctions prononcées dans le cadre de l'autorisation du regroupement des activités de télévision payante de TPS et de Canal Plus. Les injonctions visaient à garantir l'accès des chaînes indépendantes au bouquet CanalSat et l'accès des distributeurs de bouquets concurrents aux chaînes de cinéma éditées par Canal Plus.

Communiqué Aut. conc., 7 juin 2013 ; Aut. conc., déc. n° 13-DAG-01, 7 juin 2013

Dans sa décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence avait conditionné l'autorisation de l'acquisition de TPS par Vivendi Universal et Canal Plus au respect de



33 injonctions de nature à rétablir une concurrence effective sur les marchés de l'édition de chaînes de télévision et sur les marchés de la distribution de bouquets de chaînes. Les injonctions prévoyaient notamment que Canal Plus devait soumettre à l'approbation de l'Autorité trois « offres de référence » à destination des éditeurs de chaînes indépendantes et des distributeurs de bouquets concurrents concernant (i) les conditions de reprise des chaînes indépendantes au sein du bouquet CanalSat, (ii) les prestations de transport des chaînes indépendantes et (iii) les conditions d'accès par les distributeurs de bouquets concurrents aux chaînes Ciné+. Les propositions de Canal Plus ont été soumises à une consultation publique le 4 mars 2013 au terme de laquelle l'Autorité a imposé certaines modifications, puis approuvé les trois « offres de référence » en question le 7 juin dernier.

Premièrement, l'Autorité avait enjoint à Canal Plus de reprendre dans l'offre CanalSat une proportion minimale (55 %) de chaînes indépendantes et de communiquer aux éditeurs de chaînes des conditions de reprise techniques, commerciales et tarifaires qu'elle aurait préalablement agréées. Cette condition essentielle de la décision d'autorisation devait stimuler la concurrence sur le marché de l'édition de chaînes en limitant la situation de dépendance économique des éditeurs indépendants vis-à-vis de Canal Plus. L'objectif était également de permettre aux concurrents de CanalSat d'attirer les chaînes indépendantes aux contenus attractifs et de renforcer ainsi la concurrence sur le marché aval de la distribution de bouquets de chaînes.

Canal Plus a donc défini une « offre de référence » pour la reprise des chaînes indépendantes, qui servira de base à la négociation avec les éditeurs de chaînes. Canal Plus s'est d'abord engagée à traiter toutes les chaînes indépendantes de façon non discriminatoire qu'elles appartiennent ou non au Groupe Canal Plus et sur la base de critères transparents et objectifs. En particulier, Canal Plus établira la rémunération des chaînes indépendantes sur la base de critères tels que l'existence d'une exclusivité, la durée de la distribution, le pouvoir « recrutant » de la chaîne, son pouvoir fidélisant ou encore sa notoriété ou son soutien à l'activité marketing de CanalSat. Ces critères seront pris en compte sur la base d'études réalisées par des instituts de sondages indépendants dont la méthodologie et les résultats seront communiqués aux éditeurs de chaînes.

Par ailleurs, l'« offre de référence » prévoit que Canal Plus ne pourra pas proposer aux chaînes indépendantes d'exclusivité globale couvrant différentes plateformes. En effet, auparavant, Canal Plus offrait des exclusivités globales que les distributeurs de bouquets concurrents qui ne disposaient que d'une seule plateforme (par exemple, les fournisseurs d'accès à Internet) ne

pouvaient pas concurrencer, et s'assurait ainsi la distribution exclusive des meilleures chaînes. Désormais, Canal Plus proposera des exclusivités valorisées de manière distincte pour chaque plateforme de plus de 500 000 abonnés, ce qui devrait permettre aux fournisseurs d'accès à Internet d'offrir des exclusivités concurrentielles aux chaînes indépendantes. Par ailleurs, pour chaque plateforme, Canal Plus communiquera le montant de la décote de rémunération en cas de passage d'une distribution exclusive à une distribution non-exclusive.

Deuxièmement, l'Autorité avait enjoint à Canal Plus de communiquer aux éditeurs de chaînes indépendantes les conditions de transport associées à la reprise des chaînes indépendantes. L'objectif était double : (i) garantir aux chaînes indépendantes distribuées au sein du bouquet CanalSat la possibilité de choisir entre Canal Plus Distribution (filiale du Groupe Canal Plus) et un opérateur tiers pour la diffusion de son signal au sein des bouquets CanalSat, et (ii) garantir un traitement équivalent aux chaînes éditées par Canal Plus lorsque les chaînes indépendantes choisissent Canal Plus Distribution. Ainsi, Canal Plus a défini une seconde « offre de référence » dans laquelle elle s'engage à laisser les chaînes indépendantes choisir de faire assurer les prestations de transport par un tiers et à établir une grille tarifaire commune à tous les éditeurs qu'ils soient ou non membres du Groupe Canal Plus.

Troisièmement, l'Autorité avait enjoint à Canal Plus de communiquer aux distributeurs les conditions de mise à disposition des chaînes de cinéma éditées par Canal Plus (Ciné+ Premier, Ciné+ Frisson, Ciné+ Émotion, Ciné+ Famiz, Ciné+ Classic, Ciné+ Club, Ciné+ Star). L'objectif était de garantir aux concurrents de Canal Plus sur le marché de la distribution de bouquets de chaînes l'accès à des chaînes aux contenus attractifs afin de concurrencer l'offre de CanalSat. La troisième « offre de référence » de Canal Plus propose donc de mettre ces chaînes à disposition de tous les distributeurs, soit à l'unité soit par lot. Deux grilles tarifaires seront proposées, soit une facturation basée sur le taux de pénétration des chaînes, soit une facturation basée sur le nombre d'abonnés. Les distributeurs pourront choisir la grille tarifaire qui leur semble la plus attractive et passer de l'une à l'autre à leur convenance. L'Autorité approuve les propositions de Canal Plus, mais veillera néanmoins à ce que cette offre soit mise en œuvre dans des conditions non discriminatoires qui n'entraînent pas de ciseau tarifaire.

*Frédéric de BURE et Victor LEVY
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP*



Par Véronique SÉLINSKY

Avocat à la Cour

→ RLC 2395

La SNCF soupçonnée de profiter de son monopole sur les marchés ferroviaires pour avantager sa filiale de transports terrestres

Une entreprise dominante, assurant un service public, qui avantagerait sa filiale sur un marché concurrentiel, fausserait le jeu normal de la concurrence.

Aut. conc., déc. n° 13-D-16, 27 juin 2013, relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes

1. Dans un monde de grande circulation des personnes et des marchandises, le secteur des transports occupe une place fondamentale dans les économies modernes. En France, il doit s'inscrire dans le contexte du développement durable et répondre à de nouveaux enjeux : ouverture à la concurrence du monopole des transports par rail (marchandises puis, à terme, voyageurs), développement du transport combiné rail-route, prise en compte de l'intermodalité, c'est-à-dire de « la capacité des opérateurs de transport à assurer des prestations permettant d'assurer une continuité entre différents modes de transport et de rendre fluide et prévisible le trajet de l'utilisateur ou des marchandises » (cf. Aut.conc., avis n° 09-A-55, 4 nov. 2009, sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, et Aut. conc., avis n° 10-A-04, 22 févr. 2010, relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français). Dans un tel contexte, il est fréquent que les collectivités locales et leurs émanations demandent aux acteurs opérant sur le marché des transports de leur apporter conseil et assistance, soit sur des sujets techniques (billettique, intermodalité, tarification, etc.), soit pour l'obtention des meilleures conditions d'achat de matériel. C'est à la suite d'un appel d'offres lancé en 2012 par la ville de Strasbourg, perdu par l'entreprise en place jusqu'alors et gagné par un groupement SNCF-Partenariat/Keolis, que l'entreprise perdante a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires. Le concurrent évincé observait que le groupement attributaire était une pure émanation de la SNCF, composé de Keolis, « opérateur majeur du transport public de voyageurs en France, en Europe et dans le monde » (filiale de la SNCF via SNCF Participations), alliée avec une société nouvellement créée, SNCF Partenariat (dont l'associé unique est SNCF Participations) : tout cela sentait un

peu le « faux nez ». Elle demandait donc, notamment, la suspension de la participation de SNCF Partenariat à l'appel d'offres en cours, estimant que, par l'utilisation du nom (SNCF) ou par les relations entre la SNCF et ses filiales, ces comportements introduisaient, vis-à-vis du public et des clients, une confusion entre les activités de la SNCF liées à son monopole (transport ferroviaire national et gestion des gares ferroviaires) et ses activités concurrentielles.

2. La demande de mesures conservatoires a été refusée parce que les conditions justifiant des mesures d'urgence n'étaient pas réunies en l'absence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur, à l'intérêt des consommateurs, ni à l'entreprise plaignante : plus particulièrement, l'existence, le maintien sur le marché ou le développement de l'entreprise saisissante ne paraissaient pas menacés à court terme, car elle détient « une position conséquente tant dans le secteur des transports urbains dans son ensemble que dans le sous-ensemble de l'assistance technique ». Néanmoins, l'Autorité a jugé important de poursuivre l'instruction au fond au terme d'une décision particulièrement intéressante, en ce qu'elle s'est particulièrement avancée, affirmant que « le groupe SNCF a ainsi mobilisé au soutien de KEOLIS des moyens humains, techniques, matériels et immatériels importants, qui apparaissent de nature à pouvoir avantager KEOLIS » et que « de telles pratiques, consistant à chercher à évincer, discipliner ou décourager les concurrents, par des procédés ne relevant pas de la compétition par les mérites, de la part d'entreprises qui mobiliseraient des moyens issus de marchés en monopole (transports ferroviaires) sur des marchés ouverts à la concurrence (marché de l'assistance technique aux exploitants de transports urbains), sont susceptibles de constituer un abus de position dominante et né-

cessitent un examen approfondi » (Aut. conc., Communiqué de presse, 27 juin 2013). Même si l'instruction doit se poursuivre, plusieurs points sont d'ores et déjà tranchés. Ainsi la décision se prononce-t-elle sur la délimitation des marchés et la position des acteurs (I) et, surtout, clarifie la question essentielle de savoir s'il est possible à un opérateur monopolistique sur un marché de transport, le rendant détenteur d'informations non publiques, de conclure un partenariat privilégié avec l'une de ses filiales sur un marché connexe où ces informations confèrent un avantage concurrentiel (II).

I. – LES MARCHÉS CONCERNÉS PAR LES PRATIQUES ET LA POSITION DES ACTEURS SUR CES MARCHÉS

3. Les différents marchés de transports.– Les transports sont très réglementés tant en France qu'en Europe, le transport ferroviaire constituant un mode central. En l'espèce, seul le transport de voyageurs était concerné : il s'agit d'un marché clairement identifié par les autorités de concurrence tant française qu'européenne (Déc. Comm. CE. n° 94/210/CE, 29 mars 1994, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE (IV/33.941 - HOV-SVZ / MCN), § 115-139). Les transports internationaux de voyageurs par rail sont ouverts à la concurrence depuis 2009, mais la SNCF détient encore un monopole public du transport ferroviaire national de voyageurs en France et de la gestion des gares ferroviaires qui présentent le caractère d'infrastructures essentielles (sur ces points, cf. Aut. conc., avis n° 09-A-55, précité, § 16-21 et 80-85). Aux termes de l'article 18 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI), elle a toute latitude pour « exploiter, selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire de voyageurs sur le réseau ferré national ». La position dominante de la SNCF sur le marché intérieur des transports de voyageurs par rail résulte de son monopole, ce point n'étant pas contesté (Aut. conc., déc. commentée, § 123), mais elle perdure également sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif malgré l'ouverture à la concurrence (cf. Aut. conc., déc. n° 12-D-25, 18 déc. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, cf. Sélinsky V, L'Autorité de concurrence remet la SNF sur les rails, RLC 2013/35, n° 2258).

4. L'intermodalité.– Si, en France, le transport ferroviaire est central, « au propre comme au figuré » (Aut. conc., avis précité, § 137-138), il est nécessaire de le connecter aux autres modes de transports, qu'il s'agisse des transports urbains caractérisés par une certaine substituabilité entre les différents modes (autobus, tramway et métro) (cf. Aut. conc., déc. commentée, § 52) ou des transports interurbains, qui constituent un marché spécifique, notamment le transport par autocars. Celui-ci est d'ailleurs sous représenté en France, et constitue pour l'Autorité de concurrence une « priorité » justifiant une enquête sectorielle en 2013 (Aut. conc., déc. n° 13-SOA-02, 26 févr. 2013, relative à une saisine d'office pour avis concernant le fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar). Sur les marchés des transports terrestres non ferroviaires interurbains et urbains, la partie saisissante (Véolia Transdev) est l'un des leaders mondiaux du transport public, concurrent du groupe Keolis, offrant des prestations sur l'ensemble des modes de transport (bus, cars, train, métro, tram, vélos, navettes maritimes,...), mais aussi sur les nœuds d'interconnexion que sont les gares en France et hors de France. Les deux opérateurs sont donc très puissants tous les deux et intéressés, autant l'un que l'autre, à l'articulation des réseaux de transports urbains et interurbains avec le réseau ferroviaire. C'est cette articulation qui porte le nom d'inter-

modalité : il s'agit d'une « conception qui a émergé progressivement depuis plus d'une décennie et qui consiste, via notamment une coordination des différents modes de transports et des services liés à ces transports, en la mise en œuvre optimisée de formes de mobilités multimodales » et qui signifie, outre la rapidité, la fluidité et la prévisibilité du trajet pour l'usager, une utilisation optimale des réseaux de transports publics. La question est primordiale puisqu'une intermodalité réussie est « nécessaire du point de vue des collectivités afin de ne pas freiner le développement des centres urbains et des territoires, mais aussi d'optimiser les différents réseaux de transport mis en place dans le cadre de la mission de service public qui leur a été confiée » (Aut. conc., avis précité, § 141). On conçoit donc facilement que les collectivités locales ayant à exploiter ou organiser des services de transports aient de plus en plus besoin d'être assistées par des experts aptes à leur prodiguer les meilleurs conseils. La décision sous étude affine encore la réflexion sur l'intermodalité en affirmant qu'il ne s'agit pas d'un marché en soi, mais d'un critère important, conduisant à distinguer plusieurs problématiques au sein même de la notion : d'une part, en effet, l'intermodalité peut recouvrir des questions telles que l'information des clients ou la billettique (un seul billet pouvant couvrir les différents modes de transport successifs), mais, d'autre part, elle peut présenter un caractère plus sophistiqué concernant la maîtrise de l'ensemble des éléments nécessaires à l'interfaçage des différents modes de transports (Aut. conc., déc. commentée, § 134).

5. Le marché « accessoire » de l'assistance technique aux exploitants de transports.– La réalité d'un tel marché, dont l'offre porte sur les prestations de conseil et d'assistance technique que les groupes privés de transports peuvent fournir aux demandeurs, principalement des collectivités locales gérant les transports publics sur leur territoire, a déjà été identifiée par l'Autorité de concurrence dans la décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations, rendue sur renvoi de la Commission européenne. L'Autorité de concurrence n'en avait toutefois pas délimité clairement les contours, notamment géographiques.

6. Dans la présente affaire, les entreprises du groupe SNCF estimaient que la recevabilité de la plainte était subordonnée à plusieurs préalables : d'abord, elles estimaient indispensable de considérer le marché pertinent comme étant celui de l'assistance technique aux seules sociétés d'économie mixte, marché sur lequel Transdev aurait été elle-même en position dominante. À ce stade de l'instruction, l'Autorité de la concurrence n'a pas jugé indispensable de se prononcer sur ce point, l'analyse exigeant un examen approfondi dans le cadre de l'instruction au fond. Les entreprises visées, SNCF et Keolis, soutenaient ensuite que la plainte ne pouvait prospérer dans la mesure où, pour être recevable, il eût fallu que la SNCF, dominante sur le marché du transport par rail de voyageurs en France, soit également en position de force, au moins « prééminente », sur le marché connexe : or, elles considéraient que la saisissante, Transdev, était dominante sur ce marché accessoire. Cet argument est rejeté par l'Autorité de concurrence comme inopérant : en effet, lorsqu'une entreprise dominante est soupçonnée d'un abus sur un marché connexe au marché dominé, il n'est nullement exigé qu'elle soit également en position de force sur ce second marché pour pouvoir apprécier la régularité de ses comportements au droit de la concurrence : « la pratique décisionnelle ne définit pas un tel standard ». Inspirée de la jurisprudence européenne *Tetra Pak*, la règle est « qu'une entreprise dominante sur un marché



donné peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et ceux sur lesquels l'abus déploie ses effets sont suffisamment connexes » (Aut. conc., déc. commentée, § 150 et s.).

II. – LA POSSIBILITÉ POUR UN OPÉRATEUR MONOPOLISTIQUE SUR UN MARCHÉ, LE RENDANT DÉTENTEUR D'INFORMATIONS NON PUBLIQUES, DE CONCLURE UN PARTENARIAT PRIVILÉGIÉ AVEC L'UNE DE SES FILIALES SUR UN MARCHÉ CONNEXE

7. La question posée à l'Autorité de concurrence en l'espèce est particulièrement intéressante. En effet, en créant une filiale spécifique susceptible d'offrir des prestations intellectuelles à une autre de ses filiales, la SNCF estimait ne rien faire d'autre que mettre en œuvre une stratégie de diversification. Pour l'entreprise saisissante, au contraire, il s'agissait plutôt d'une manœuvre du géant du rail destinée à favoriser sa filiale de transports non ferroviaires. C'est l'occasion pour l'Autorité de rappeler que la diversification d'un monopole historique doit obéir à des conditions précises pour être conforme au droit de la concurrence (A). En toute hypothèse, qu'il s'agisse ou pas de diversification, la détention par une entreprise dominante un marché d'un avantage non répliquable ne peut être l'occasion d'une discrimination entre les acteurs opérant sur les marchés connexes (B).

A. – Les conditions pour que la diversification des activités d'une entreprise détenant un monopole public soit conforme aux règles de concurrence

8. Pour la SNCF, qui a déjà perdu le monopole des transports de marchandises par rail et souhaite anticiper sur la perte annoncée de celui des transports nationaux de voyageurs, la création d'une filiale pouvant rendre des services d'assistance aux collectivités publiques soucieuses d'optimiser les transports sur leurs territoire ne constitue qu'une diversification, autorisée par les autorités de concurrence. Comme l'admet la décision, il peut être souhaitable en effet de voir des marchés investis par de nouveaux acteurs. Néanmoins, la prudence est de mise lorsqu'une telle stratégie est mise en œuvre par un acteur conservant un monopole de certaines activités qui, de surcroît, ont un caractère de service public. En pareil cas, les menaces pour la concurrence résultent de circonstances bien identifiées telles que le manque de transparence, la confusion entre les activités relevant du monopole et les activités concurrencées, les subventions croisées : en l'espèce, la décision observe que la création d'une filiale dédiée à la nouvelle activité ne dissipait pas les soupçons de confusion entre la nouvelle entité et l'EPIC, née déjà de son nom (se référant explicitement à la SNCF), de l'identité de dirigeants, de l'utilisation des ressources en personnel de l'opérateur historique, et de la mise à disposition d'un ensemble de moyens. Or, l'Autorité de concurrence rappelle que « la diversification d'anciens monopoles publics, conservant une activité de service public, comporte un certain nombre de risques qui appellent donc des précautions particulières afin de préserver une compétition effective et équitable sur les différents marchés concernés » (Aut. conc., déc. commentée, § 140). Au titre de ces précautions, on rangera la séparation claire entre les activités

relevant du métier initial et celles liées à la diversification, l'affectation à la nouvelle structure de moyens propres en équipement et en personnel, de préférence recruté à l'extérieur, de sorte qu'il ne s'agisse pas d'une coquille vide ou d'un leurre (cf. Aut. conc., déc. n° 12-DCC-129, 5 sept. 2012). Mais, en l'espèce, l'Autorité de concurrence est clairement dubitative sur la « diversification » annoncée, démentie par les propres propos du dirigeant de la filiale chargée du partenariat (« il ne s'agit pas tant d'une diversification », Aut. conc., déc. commentée, § 99), dont la création semble avoir eu pour objectif de faire profiter la filiale de transports terrestres non ferroviaires de la SNCF de l'expertise de sa société mère.

B. – La qualification d'abus anticoncurrentiel d'éviction de concurrents par l'octroi d'avantages à la filiale d'une entreprise dominante

9. La diversification (pour autant que l'on se situe dans ce cadre) n'étant pas interdite, quels sont les cas dans lesquels il est possible de qualifier d'abus de position dominante le comportement d'une entreprise intervenant sur des marchés qu'elle ne domine pas ? L'opérateur historique du rail avait, sur ce point, déjà été alerté par l'Autorité de concurrence justement dans une décision relative au projet de prise de contrôle de Kéolis par la SNCF. Son attention était attirée sur l'avantage immatériel qui pourrait résulter de sa nouvelle situation « la faisant bénéficier de l'image associée au statut d'opérateur ferroviaire de référence de la SNCF », lui conférant « un statut d'interlocuteur privilégié en matière d'interconnexion des transports urbains avec le mode ferroviaire », bref générant une distorsion de concurrence avec les autres acteurs sur le marché. C'est bien ce que reprochait ici l'entreprise saisissante à laquelle la décision répond en deux temps. La première interrogation consiste à rechercher si la création et l'utilisation de la filiale SNCF-Partenariat pouvait constituer pour Kéolis un « avantage non répliquable ». Dans l'affirmative, il faudra rechercher les critères d'un éventuel abus.

1) Caractère non répliquable de l'avantage

10. L'entreprise saisissante dénonçait un avantage indû accordé au groupement attributaire grâce à l'intervention et à l'appui de la filiale SNCF-Partenariat : elle faisait observer que l'intermodalité ne faisait pas partie des exigences du cahier des charges (elle avait donc construit son offre en conséquence), mais que pourtant c'était bien l'expertise en intermodalité du groupe SNCF qui avait permis d'emporter le marché. Cet argument a porté : en effet, la décision remarque que le cahier des charges émis par la CTS ne mentionnait pas l'intermodalité parmi les critères de choix de l'offre (Aut. conc., déc. commentée, § 103). En revanche, tant l'offre proposée par le groupement vainqueur que le contrat finalement signé s'y réfèrent explicitement, de même qu'étaient mises en avant la mobilisation « des cadres et des savoir-faire liés au service ferroviaire ainsi qu'aux gares de voyageurs » (§ 105), l'élaboration d'un plan d'action sur l'intermodalité établi en concertation avec la SNCF (§ 106), la mise à disposition de cadres issus de la SNCF (§ 107). À supposer, toutefois, que le critère d'intermodalité ait été clairement indiqué dans le cahier des charges et que Transdev ait formulé une offre pertinente de ce point de vue, la question ne serait pas résolue tant que l'on n'a pas déterminé si le savoir-faire de SNCF-Partenariat était répliquable. Était-il possible, par exemple, pour les concurrents de disposer des mêmes moyens et savoirs que ceux du groupe SNCF, comme le soutenait les entreprises mises en cause ? L'Autorité de la concurrence en doute fortement en raison du monopole de la SNCF sur les services ferroviaires

(grande vitesse, TER, TET), de son savoir-faire technique et commercial en ces matières, de sa maîtrise du réseau ferroviaire notamment dans sa dimension locale (« l'étoile ferroviaire » de Strasbourg), et sur les gares de voyageurs, pôles d'échange multimodaux, détenues par la SNCF. De ce fait, « il ne peut être exclu que la SNCF dispose d'un avantage tangible, (...) de nature à pouvoir avantager KEOLIS, et ce dès le stade de l'étude, dans une mesure qu'il semble impossible de répliquer pour un concurrent n'appartenant pas au groupe SNCF » (§ 136-137). Même si la formulation reste prudente, on voit mal comment on pourrait douter de l'existence d'un avantage concurrentiel inégalable. La décision se réfère à la pratique décisionnelle de l'Autorité, exposée dans l'avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif aux problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence. Dès cette époque avaient été soulignés les avantages résultant d'« effets d'expérience » définis comme la « connaissance des processus de négociation avec les collectivités locales », ainsi que la « force de l'image », en d'autres termes la notoriété et la réputation de l'entreprise en monopole. Tout cela génère : « un avantage immatériel important pour les filiales qui leur sont rattachées puisque souvent cette bonne notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d'universalité et de continuité ». Il ne saurait être question de dénoncer ces atouts, seulement d'observer que l'utilisation de cet argument d'appartenance à un groupe de cette envergure peut être de nature à fausser le jeu de la concurrence. Il pourrait en aller autrement si cette filiale « SNCF-Partenariat » mettait son savoir-faire dans le secteur de l'intermodalité à la disposition de tous les acteurs exprimant un besoin dans ce domaine : dans le cas contraire, le déséquilibre entre les concurrents est choquant.

2) Conditions cumulatives pour caractériser un éventuel abus

11. Condition tenant au lien de connexité étroite entre le marché dominé et le marché sur lequel sont observées les pratiques.— Une entreprise dominante sur un marché peut être convaincue d'abus sur un marché connexe (qu'elle ne domine pas) à la condition qu'il y ait entre les deux marchés un lien de connexité suffisamment étroit pour permettre l'abus. Cette condition est classique et bien connue. Elle a été maintes fois affirmée en droit européen et interne. (CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94 P, Tetra Pak c/ Commission, pt. 31). Sur ce point particulier, la décision analyse : « l'existence d'un lien de connexité entre les marchés ferroviaires en monopole et le marché de l'assistance technique aux exploitants de réseaux de transport urbain semble résulter des besoins d'intermodalité dans les offres de transport urbain ainsi que de la pratique des entités adjudicatrices ou délégantes de formuler des appels d'offres visant la fourniture de prestations sur l'ensemble du réseau couvrant l'agglomération et concernant l'ensemble des modes » (Aut. conc., déc. commentée, § 153). Pour l'Autorité, la connexité étroite des marchés est également démontrée par le comportement de la SNCF qui a, justement, mobilisé son expertise ferroviaire pour

répondre aux demandes des collectivités. En revanche, cette condition, nécessaire, n'est pas suffisante pour caractériser un abus. Encore faut-il vérifier que les comportements adoptés sur le marché connexe sont anormaux et non représentatifs d'une concurrence « par les mérites ».

12. Condition tenant à la discrimination entre les acteurs opérant sur le marché connexe.— La décision rappelle que l'abus, visé par les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE, pourrait résulter de toutes pratiques consistant à chercher à évincer, discipliner ou décourager les concurrents, par des procédés ne relevant pas de la compétition par les mérites. La preuve en serait faite dès lors qu'il serait démontré que les entreprises mises en cause ont mobilisé des moyens issus de marchés en monopole sur des marchés ouverts à la concurrence.

13. La décision ne se prononce pas, renvoyant l'affaire à l'instruction. Le lecteur de la décision ne peut manquer, pour sa part, de se souvenir de précédents montrant que l'opérateur historique n'est pas nécessairement en phase avec les autorités s'agissant de la concurrence « par les mérites ». Tel était le cas du partenariat entre le groupe SNCF et Expedia qui avait avantagé la filiale commune au détriment des agences de voyages concurrentes, en lui permettant de bénéficier de la clientèle de la SNCF sur Internet. L'Autorité de la concurrence observait : « un tel accord, consistant à prendre appui sur un monopole légal pour développer une activité sur un marché concurrentiel connexe, est anticoncurrentiel dans la mesure où il a pour objet de réserver un avantage déterminant à la filiale commune et ainsi de fausser la concurrence par les mérites » (Aut. conc., déc. n° 09-D-06, 5 févr. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne ; cf. également Cons. conc., avis n° 95-A-18, 17 oct. 1995, concernant le Sernam). Des comportements anticoncurrentiels ont également été sanctionnés dans le secteur des transports de marchandises (Aut. conc., déc. précitée). L'avenir dira ce qu'il en est.

14. En toute hypothèse, l'opérateur historique est fortement encouragé à ne pas totalement tenir compte des avertissements des autorités de régulation (Autorité de la concurrence, Autorité de régulation des activités ferroviaires, voire Commission européenne) dans la mesure où les pouvoirs publics français, pour des raisons essentiellement politiques et sociales, ont choisi de ne pas donner la priorité aux approches concurrentielles dans le secteur ferroviaire. Dans ces conditions, face à la « tentation » qui pousse les opérateurs ferroviaires à « utiliser les leviers qui restent à leur disposition et sont susceptibles de leur permettre d'évincer des concurrents » (Aut. conc., Entrée libre n° 15, avr. 2013, p. 9), on doit se féliciter que les concurrents puissent justement compter sur les efforts conjugués de ces différentes autorités pour assurer, autant que faire se peut, une régulation du secteur. Car c'est en soutenant la concurrence (et pas le contraire) que la gestion de la crise économique actuelle peut être plus efficace. ■



↳ PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

COMPÉTENCE

→ RLC 2396

Les limites de la décision d'une autorité nationale de concurrence

Une autorité nationale de concurrence n'a pas la faculté de constater qu'un comportement n'enfreint pas le droit européen de la concurrence.

CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG et a.

Plusieurs entreprises de transport autrichiennes s'étaient regroupées dans une structure sociétale dénommée SSK, laquelle avait été considérée en 1995 comme étant une « entente mineure » au sens de la loi autrichienne par l'autorité nationale de concurrence. Elle pouvait donc être mise en œuvre sans autorisation. Un cabinet d'avocats avait confirmé cette qualification. La Commission ayant « fait savoir » qu'elle avait des raisons de considérer que les membres de SSK avaient enfreint l'article 101 TFUE interdisant et sanctionnant les ententes, l'autorité fédérale de concurrence avait été saisie, en 2007, d'une demande aux fins de constat de l'infraction et d'une demande de sanction des sociétés concernées. Ces demandes furent rejetées et, à l'occasion d'un recours en appel, la Cour de justice de l'Union fut saisie à titre préjudiciel de la question de savoir si une entreprise ayant enfreint l'article 101 devait subir une peine d'amende alors que l'infraction avait pour origine une erreur de cette entreprise sur la licéité de son comportement en raison de l'avis juridique d'un avocat ou de la décision de l'autorité nationale de concurrence.

La Cour affirme clairement que l'autorité nationale n'est pas compétente pour prendre une décision négative et conclure à l'absence de violation de l'article 101 TFUE (pt. 42). Dès lors, une décision de l'autorité nationale ne peut pas faire naître dans le chef de l'entreprise une confiance légitime de ce que son comportement n'enfreint pas ce texte. Ainsi, la peine d'amende est bien fondée.

Catherine ROBIN
Avocat à la Cour
ALERION Avocats

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir dans cette revue l'éclairage de Cvetelina Georgieva, Arrêt *Schenker* : précisions importantes sur la portée du principe de confiance légitime et la compétence

des autorités nationales de concurrence en matière d'application du droit de la concurrence de l'Union, RLC 2013/37, n° 2418.

→ RLC 2397

Pas de distinction entre la notion d'entreprise et l'imputabilité du comportement de la filiale à sa société mère

Une fondation qui n'a pas d'activité économique peut former avec sa filiale à 100 % une entreprise soumise au droit des ententes.

CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P, Commission c/ Stichting Administratiekantoor Portielje et Gosselin Group NV

Le Tribunal avait jugé qu'une fondation, dénommée Portjiele, n'était pas une entreprise au sens du droit de la concurrence. Faute de relation société mère / filiale, le recours à la notion d'unité économique n'aurait pas permis de pallier l'absence de qualité d'entreprise. Selon le Tribunal, il était nécessaire de distinguer la notion d'entreprise de celle d'imputation du comportement d'une filiale à sa société mère (Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-209/08, Gosselin Group NV, Stichting Administratiekantoor Portielje c/ Commission, RLC 2011/29, n° 1904).

Saisie par la Commission, la Cour réfute le raisonnement du Tribunal et affirme très clairement que la notion d'entreprise n'a pas à être appréhendée de façon distincte de la notion d'imputation de l'auteur du comportement à son entité faitière (pt. 45).

Se fondant sur la jurisprudence antérieure (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 P, Akzo Nobel et a. c/ Commission ; CJCE, 7 janv. 2004, aff. jtes. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Aalborg Portland et a. c/ Commission), elle rappelle que la notion d'entreprise comprend toute entité, constituée de plusieurs personnes physiques ou morales exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (CJCE, 28 juin 2005, aff. jtes. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. CJCE, I, p. 5425, Dansk Rørindustri et a. c/ Commission). La théorie de l'imputabilité de l'infraction, quant à elle, tient à ce que la filiale ne détermine pas son comportement de façon autonome sur le marché mais subit l'influence de sa société mère, constituant avec elle une entité économique. C'est l'exercice effectif de cette influence qui importe pour pouvoir imputer la responsabilité de l'entente à cette entité faitière.

Catherine ROBIN

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir également dans cette rubrique, RLC 2013/37, n° 2403 ; voir également l'éclairage de Linda Arcelin, Approche combinée des notions d'entreprises et d'imputation de l'infraction, RLDA 2013/85, n° 4721.

ENTENTES HORIZONTALES – CARTELS

→ RLC 2398

Réunion avec des concurrents : parfois une preuve de participation à une entente, parfois non

La CJUE confirme l'arrêt annulant la décision de condamnation de la société Aquatis pour participation à une entente unique, complexe et continue à défaut pour elle d'avoir eu conscience de contribuer par son comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des parties. En revanche, la participation d'ICF à une réunion avec ses concurrents constitue bien une preuve d'entente.

CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-287/11, Commission c/ Aalberts Industries NV et a. ;

Trib. UE, 18 juin 2013, aff. T-406/08, Industries chimiques du fluor (ICF) c/ Commission

La Commission avait condamné la société COMAP, anciennement Aquatis France, avec sa société mère, Aalberts Industries, et sa société sœur, Simplex, pour entente de prix, répartition de marchés, échanges d'informations et participation à des réunions (Déc. Comm. CE n° C (2006) 4180, 20 sept. 2006, COMP/F 1/38.121 – *Raccords*, JOCE 27 oct. 2007, n° L 283). Le Tribunal de l'Union européenne avait annulé la décision de condamnation (Trib. UE, 24 mars 2011, aff. T-385/06, Aalberts Industries NV et a. c/ Commission). La Commission, considérant que le Tribunal avait commis des erreurs de droit, demandait la réformation de l'arrêt.

La Cour refuse de retenir une quelconque erreur dans l'annulation totale de la condamnation de la société Comap (ex Aquatis). Elle rappelle que l'entente reprochée en l'espèce, infraction unique, complexe et continue, était constituée de trois volets : a) des contacts bilatéraux, b) des contacts pris lors d'une foire commerciale, et c) des contacts pris lors de réunions de la fédération professionnelle (FNAS) afin de coordonner les prix. Or, la société a uniquement participé à ces réunions, et non aux deux autres volets de l'infraction. De plus, il n'était pas établi « qu'Aquatis avait eu connaissance du fait que, par son comportement, elle avait adhéré à une entente constituée par différents volets ayant un but commun, ni même à l'entente à laquelle elle avait déjà participé avant le mois de mars 2001 et qui se poursuivait » (pt. 62).

Or, selon la jurisprudence, pour que cette participation aux réunions puisse être considérée comme une partie d'une infraction unique, complexe et continue, « il aurait dû être établi que cette

entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements infractionnels ou envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à accepter le risque » (CJUE, 6 déc. 2012, aff. C 441/11 P, Commission c/ Verhuizingen Coppens, pt. 42). En l'espèce, le Tribunal a fait des constatations qui excluent cette éventualité.

Tel n'était pas le cas dans la deuxième affaire. Impliquée dans une entente de prix et condamnée par la Commission (Déc. Comm. CE n° C (2008) 3043, 25 juin 2008, COMP/39.180 – Fluorure d'aluminium), ICF prétendait que les faits qui lui étaient reprochés ne constituaient pas une infraction d'entente, mais tout au plus des contacts ou des échanges d'informations dont l'objet ou l'effet anticoncurrentiel n'était pas établi. Le Tribunal reprend donc les éléments de preuve invoqués par la Commission.

Ainsi, il ressort « clairement » du compte rendu d'une réunion tenue à Milan entre ICF et ses concurrents, corroboré par les notes prises par les participants et des documents écrits postérieurs, que les participants à cette réunion étaient convenus d'une augmentation de prix, qu'ils ont échangé des informations sur la production et les volumes de ventes passés et prévisionnels ainsi que des informations sur les producteurs et les clients et qu'ils ont pratiqué un contrôle mutuel des niveaux de prix. En outre, comme l'a correctement indiqué la Commission, les prix correspondaient aux résultats des négociations menées lors de la réunion de Milan.

Pour la Cour, la Commission a prouvé l'existence d'un accord de fixation des prix au sens de l'article 101 TFUE et a établi son objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit besoin de démontrer qu'il a produit des effets.

Catherine ROBIN

OBSERVATIONS. Sur l'arrêt *Aalberts Industries*, voir également dans cette revue, RLC 2013/37, n° 2421.

ENTENTE VERTICALE

→ RLC 2399

Clause d'exclusivité dans les baux commerciaux conclus entre des enseignes et un centre commercial

Sur le marché de la location d'emplacements commerciaux, les clauses par lesquelles un centre commercial s'assure de l'exclusivité de certaines enseignes ne sont pas, par elles-mêmes, contraires à la libre concurrence et leur effet doit être apprécié *in concreto*.



CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 juill. 2013, n° RG : 11/17158 et 11/17161, Odysseum c/ Le Polygone

1. Tout habitant de Montpellier a pu suivre les luttes microchoclines qui ont présidé à la création de deux centres commerciaux, le premier (Polygone), inauguré par un ancien maire en 1975, et honni par les commerçants du centre ville, le second (Odysseum, années 2000) faisant partie des grands travaux initiés par feu Georges Frêche pour déplacer le cœur de ville vers le sud. La création d'Odysseum a donné lieu à de multiples procédures pour empêcher ou retarder la réalisation, les commerçants du « centre ville » traditionnel se liguant alors avec ceux du Polygone. La disparition du « père » d'Odysseum a changé la donne, provoquant la stagnation des projets qui devaient compléter la zone commerciale et de loisir située au sud-est de la cité : du « village des marques » aux hôtels de luxe, tout est en *stand-by*, compromettant l'essor attendu, malgré la proximité de la nouvelle mairie griffée Jean Nouvel. C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente procédure. Elle a été déclenchée par Odysseum contre les bailleurs du Polygone qui ont cherché à obtenir l'exclusivité des enseignes en faisant figurer dans les contrats de bail des clauses dont la durée s'étend à celle du bail et de ses renouvellements. La portée territoriale était différente selon que l'activité similaire dans un second établissement devait s'effectuer dans un centre commercial (5 km) ou en dehors (1 km). Pour le centre commercial nouveau venu, il en résultait une atteinte à sa capacité d'attraction de nouveaux commerces contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et suivants du code de commerce. La mise en cause de de la licéité des clauses d'exclusivité sur un tel fondement a obligé à délocaliser le procès pour le tenir devant l'une des huit juridictions spécialisées, en l'occurrence le tribunal de grande instance de Marseille, puis à exercer l'appel devant la cour de Paris qui a confirmé le jugement déboutant le demandeur. On relèvera dans la décision plusieurs points intéressants.

2. **Absence d'illicéité de principe.**— Réfutant l'analyse du demandeur qui invoquait une illicéité « par objet » des clauses litigieuses, la cour de Paris souligne, en tout premier lieu, l'absence d'interdiction « *per se* » des clauses d'exclusivité, malgré le fait qu'elles restreignent par nature (et non par objet) la concurrence dans leur périmètre d'efficacité. En effet, il est admis que ces clauses peuvent être utiles en garantissant la réalisation d'objectifs licites. Une certaine protection du bénéficiaire de la clause sera donc tolérée pour permettre, par exemple, un retour sur investissement. L'important est qu'elles soient proportionnées. Dans ces conditions, « *l'analyse revient à vérifier que les clauses d'exclusivité et le cas échéant les autres clauses des contrats n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs* ». L'appréciation de la conformité de ces clauses aux règles de concurrence doit s'effectuer *in concreto*. Le raisonnement de la cour a consisté à délimiter d'abord un marché pertinent et à examiner ensuite si les clauses pouvaient entraîner un effet de forclusion.

3. **Marché pertinent.**— Pour l'application de l'article L. 420-1, la délimitation préalable d'un marché pertinent n'est – en principe – pas un préalable nécessaire. Néanmoins, la cour en a jugé

autrement en l'espèce puisqu'il fallait apprécier la situation de la concurrence entre les deux centres commerciaux rivaux et que « *la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* » (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 9 déc. 1997, JOCE 9 déc. 1997, n° C 372, pt. 2.). En l'espèce, l'arrêt considère que le marché pertinent est le marché de la location d'emplacements commerciaux, sans sous-distinctions selon que ces emplacements sont ou non dans des centres commerciaux. La cour s'est appuyée sur deux études : d'une part, un rapport de la DGCCRF dont il résultait qu'une « *certaine concurrence existe entre bailleurs de toute catégorie pour attirer les commerces de détail susceptibles de s'installer dans l'agglomération montpelliéraine* », ce que confirme la guerre acharnée, rappelée plus haut, qui oppose depuis des années les commerçants de la ville ; d'autre part, les éléments contenus dans la décision d'autorisation de Odysseum 2 estimant que les zones de chalandise sont généralement substituables dès lors que le trajet du consommateur s'établit à 30/35 minutes de déplacement en voiture.

4. **Critères d'appréciation des effets des clauses.**— La recherche d'éventuels effets de forclusion suppose un examen attentif de nombreux paramètres tels que le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée et la combinaison des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs sur le marché en cause. Sur la durée, on s'étonnera un peu que la cour n'ait pas relevé la longueur très inhabituelle du lien, sachant que Le Polygone existe depuis plus de 35 ans et que l'exclusivité perdure pendant les renouvellements successifs ; sans doute, la force du lien était-elle diminuée par la possibilité accordée au commerçant de rompre le contrat à l'expiration de chaque période triennale, la sortie anticipée n'apparaissant ni difficile ni coûteuse. Sur le périmètre géographique, la modulation des distances selon que le second point de vente est, ou non, dans un autre centre commercial a semblé suffisamment souple. Au demeurant, certaines enseignes ont manifestement pu s'implanter dans les deux centres commerciaux sans mesures de rétorsion. Au final, « *la galerie a pu très rapidement et sans subir de retards d'ouverture, se constituer une gamme complète d'enseignes, tous les emplacements étant pourvus à l'ouverture du centre* ». On accordera une attention particulière au rejet d'un argument, pourtant astucieux, des demandeurs qui consistait à prétendre que, comme pour les « bouquets » offerts dans le secteur de la télévision payante, la concurrence suppose de présenter des enseignes variées et attractives, ce qui n'est pas contesté par la cour. Mais elle ajoute : « *les enseignes nationales disponibles existaient en nombre suffisant pour permettre au nouveau centre commercial de constituer son offre et, ainsi, de fonctionner dans des conditions de « commercialité » raisonnables et concurrencer les centres existants, à la différence du secteur de la télévision payante où les chaînes de télévision constituent une ressource rare* ». Le raisonnement ne convainc pas tout à fait par sa généralité : le droit de la concurrence admet depuis longtemps qu'il peut exister une dépendance pour cause d'assortiment chaque fois qu'il apparaît qu'un distributeur doit obligatoirement proposer le(s) bien(s) ou le(s) service(s) d'un fournisseur en raison de l'image ou de la réputation dont il dispose



aux yeux des consommateurs qui crée une « dépendance d'assortiment » (Cons. conc., avis n° 97-A-04, 21 janv. 1997, relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution). Il existe des marques et des enseignes incontournables. Sephora en est probablement une, mais en l'espèce, c'est justement une enseigne qui a trouvé le moyen d'être présente dans les deux centres commerciaux. Ne pourrait-il exister des situations de dépendance à l'égard d'un bailleur au même titre qu'il en existe à l'égard d'un fournisseur ? En l'espèce, cependant, la cour de Paris n'en a pas jugé ainsi, relevant que Odysseum pouvait se targuer d'enseignes prestigieuses exploitant des marques très attractives non présentes au Polygone (Apple, H&M, pour ne citer que celles-là), et représentant une gamme diversifiée de produits, ce qui permettait une vive concurrence intermarques. Or, d'après la cour, « la concurrence intermarques est à juste titre considérée comme plus bénéfique pour le consommateur que la concurrence intra-marque où les différents franchisés de la même enseigne ont tendance à s'aligner sur les prix de la tête de réseau, qu'il s'agisse d'un alignement sur des prix proposés, pratique licite en droit de la concurrence, ou d'ententes anticoncurrentielles ».

5. Pour toutes ces raisons, au terme d'un raisonnement très technique mais aussi très étayé factuellement, la cour de Paris a considéré que les clauses critiquées n'étaient pas anticoncurrentielles. On approuvera la décision, car la duplication des enseignes les plus connues dans deux centres commerciaux *intra-muros* qui drainent la grande majorité des consommateurs de la ville aurait probablement fait basculer la clientèle vers Odysseum qui est aussi une zone de loisirs, accentuant la désertification commerciale du centre et accélérant indirectement la disparition des enseignes moins connues. Le droit de la concurrence à la rescousse des petits commerçants ?

Véronique SÉLINSKY
Avocat à la Cour

ABUS DE POSITION DOMINANTE

➔ RLC 2400

Allo les DROM ? Ici l'Europe

En matière de services de télécommunications, le droit européen de la concurrence a vocation à s'appliquer même lorsque la pratique est commise dans un département d'outre-mer.

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 4 juill. 2013, n° RG : 12/05160, Orange Caraïbe, France Télécom et a. c/ Outremer Télécom

1. Orange Caraïbe et France Telecom avaient été condamnées, par la décision n° 09-D-36 de l'Autorité de la concurrence en date du 9 décembre 2009, pour des pratiques mises en œuvre sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane. Cette décision avait été précédée d'une décision en 2004 prononçant à leur égard des mesures conservatoires (Cons. conc., déc. n° 04-MC-02, 9 déc. 2004, réformée partiellement par

CA Paris, 28 janv. 2005, n° RG : 2004/23525). En 2009, pas moins de 8 griefs avaient été retenus contre les deux opérateurs de téléphonie visant aussi bien des infractions au droit des ententes que des pratiques d'abus de position dominante, justifiant au total une sanction de 63 millions d'euros (Aut. conc., déc. n° 09-D-36, 9 déc. 2009, RLC 2011/26, n° 1725, obs. Robin C.).

2. Le 23 septembre 2009, la cour d'appel de Paris avait annulé cette décision en ce qu'elle était fondée, à tort, sur le droit européen de la concurrence (TFUE, art. 101 et 102) dès lors que, selon elle, le critère de l'affectation du commerce entre États membres n'était pas établi. Évoquant l'affaire, la cour avait considéré que les pratiques retenues par l'Autorité étaient, pour plusieurs d'entre elles, constituées en application du seul droit national et avait condamné les deux sociétés aux mêmes sanctions pécuniaires que celles prononcées par l'Autorité (CA Paris, pôle 5, ch. 7, 23 sept. 2010, n° RG : 2010/00163, RLC 2011/26, n° 1725, obs. Robin C. et Précisions sur la preuve de la pratique de ciseau tarifaire, RLC 2011/26, n° 1730, obs. Robin C.).

3. Le 31 janvier 2012, la Haute juridiction avait cassé et annulé cet arrêt en toutes ses dispositions rappelant, au regard des observations de la Commission européenne intervenue préalablement en tant qu'*amicus curiae*, différents principes relatifs à l'application du droit européen aux pratiques commises dans un État membre : d'abord, le critère de l'affectation du commerce entre États membres n'exige pas la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire ; ensuite, lorsque la pratique est commise sur une partie seulement d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation précitée résulte d'un ensemble d'éléments autres que le seul rapport entre le volume des ventes concerné par la pratique et le volume des ventes national (la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause). Par ailleurs, la Haute juridiction ajoutait que, à supposer même que le droit européen ne s'appliquait pas en l'espèce, la décision de l'Autorité était valide en ce qu'elle se fondait sur le droit français (Cass. com., 31 janv. 2012, n°s 10-25.772, 10-25.775 et 10-25.882, Bull. civ. IV, n° 16).

4. Prenant acte des termes de l'arrêt de la Cour de cassation, et revenant par conséquent sur l'appréciation de sa précédente formation, la cour de Paris autrement composée a finalement approuvé l'Autorité de la concurrence d'avoir appliqué le droit de l'Union européenne. Pour ce faire, elle se fonde sur la jurisprudence européenne, sur les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JOUE 27 avr. 2004, n° C 101) et sur les observations de la Commission européenne présentées devant la Cour de cassation.

5. La cour admet que les pratiques analysées par l'Autorité étaient « susceptibles d'affecter » le commerce entre États membres dès lors, notamment, que les services de téléphonie permettent des échanges transfrontaliers à destination ou en provenance de l'Union et font l'objet d'accords entre opérateurs établis dans ces États membres. La cour ajoute que les pratiques, ayant consisté essentiellement à élever des barrières à l'entrée sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, avaient la « capacité d'affecter » le commerce entre États membres, même si en réalité elles n'ont pas eu un réel effet à défaut de volonté d'autres opérateurs de télépho-



nie mobile de s'implanter sur le marché géographique considéré. Enfin, s'agissant de pratiques mises en œuvre sur une partie seulement d'un État membre, en l'espèce la zone Antilles-Guyane, la cour approuve l'analyse multicritères sur laquelle s'était appuyée l'Autorité de la concurrence pour retenir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres. Avait notamment été prise en compte la nature de l'activité en cause, en l'espèce les services de communications électroniques, considérés comme étant « par leur nature même, (...) susceptibles d'être pour partie transfrontaliers ». On se souvient que, aux termes de précédents décisionnels (rappelés d'ailleurs dans la décision n° 09-D-36), le Conseil de la concurrence avait déjà eu l'occasion de retenir l'application du droit européen à des pratiques commises sur une partie du territoire français, à savoir dans les Départements et Régions d'Outre-mer, concernant les activités de transport et de télécommunication (Cons. conc., déc. n° 08-D-30, 4 déc. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion, RLC 2009/18, n° 1280, obs. Sélinsky V., Barbier de la Serre É., Paris-Londres aller-retour via Saint-Denis de la Réunion : première décision du Conseil fondée sur des preuves obtenues en son nom par une autre autorité nationale de concurrence, RLC 2009/19, n° 1361, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 56 ; CA Paris, pôle 5, ch. 7, 24 nov. 2009, n° RG : 2009/00315, Chevron Products Compagny et a., RLC 2010/23, n° 1602, Barbier de la Serre É., Decocq G., Où l'affectation du commerce entre États membres est caractérisée, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 16, confirmée par Cass. com., 1^{er} mars 2011, n°s 09-72.655 et 09-72.657, Bull. civ. IV, n° 29 ; Aut. conc., déc. n° 09-D-24, 28 juill. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM).

6. Aux termes de son arrêt, la cour annule toutefois la décision de l'Autorité, en ce qu'elle a retenu à l'égard de France Télécom le grief n° 8, consistant en des pratiques de ciseau tarifaire, en se contentant de renvoyer aux constatations du rapporteur chargé d'instruire le dossier sans procéder à sa propre qualification. Sa sanction passe donc de 10,5 millions d'euros à 7,5 millions d'euros.

Sylvie CHOLET
Avocat à la Cour

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir également dans cette rubrique, RLC 2013/37, n° 2406.

IMPUTABILITÉ

→ RLC 2401

Le bien-fondé de la présomption d'influence déterminante de la société-mère sur ses filiales à 100 % et le particularisme du droit de la concurrence

Les contestations de Schindler Holding relatives à sa responsabilité dans l'entente des ascenseurs sont rejetées.

CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-501/11 P, Schindler Holding Ltd et a. c/ Commission

Dans « l'entente des ascenseurs » (Déc. Comm. CE n° C(2007) 512 final, 21 févr. 2007, COMP/E-1/38.823, ascenseurs et escaliers mécaniques, JOCE 26 mars 2008, n° C 75 ; Trib. UE, 13 juill. 2011, aff. T-138/07, Schindler Holding et a. c/ Commission), Schindler Holding a été tenue pour solidairement responsable avec ses filiales nationales et condamnée à une amende de plus de 143 millions d'euros.

La Cour répond longuement aux arguments avancés par la société et ses filiales pour contester le principe de co-responsabilité. Les concepts et la jurisprudence sont clairement expliqués, même lorsque les moyens avancés sont irrecevables. La Cour entend probablement montrer qu'elle ne refuse pas le débat et que sa position, comme celle de la Commission, est solidement ancrée dans les principes constitutionnels et le droit primaire de l'Union.

Le lecteur trouvera donc, exposées dans cet arrêt, les raisons pour lesquelles il n'est pas pertinent de contester la présomption selon laquelle, dès lors qu'elle détient (directement ou indirectement) la quasi-totalité de leur capital social, une société mère est supposée exercer une influence déterminante sur ses filiales et constituer avec elles une entreprise unique, lorsque cette contestation s'appuie sur le principe de la séparation des responsabilités en droit des sociétés. En effet, l'appréciation de la responsabilité d'une entreprise en droit des ententes ne s'attache pas au formalisme mais à la réalité économique, quel que soit le mécanisme juridique choisi par les personnes qui se trouvent derrière l'entreprise. Ce faisant, il n'est pas porté atteinte aux compétences des États membres. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les textes qui l'ont précédé ainsi que le règlement 1/2003 consacrent la compétence de l'Union pour retenir la responsabilité conjointe des sociétés mères et leurs filiales à 100 % des infractions en droit de la concurrence. En effet, « la notion d'entreprise est elle-même consacrée en tant que telle par le droit primaire de l'Union et jouit donc d'un rang constitutionnel au sein de l'ordre juridique de l'Union (voir notamment articles 81, 82, 86 et 87 CE devenus articles 101, 102, 106 et 107 TFUE). La détermination de son contenu et de sa portée par interprétation fait partie de l'essence même des tâches incombant à la Cour de justice de l'Union européenne, à qui il revient d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (article 19, paragraphe 1, deuxième phrase, de l'article 103 TUE) » (Concl. av. gén. CJUE, pt. 75). Par sa nature constitutionnelle et son caractère autonome, la notion d'entreprise de laquelle découle la notion de coresponsabilité ne porte pas atteinte à « la réserve d'essentialité » énoncée depuis le traité de Lisbonne à l'article 290, paragraphe 1, TFUE.

La Cour précise également que l'existence d'un « compliance programme » ou « programme de mise en conformité » au sein d'un groupe de sociétés, s'il est évidemment utile pour prévenir les infractions en droit des ententes (et plus généralement toutes les violations du droit) ne saurait suffire pour exonérer une socié-



té mère. Le principe de coresponsabilité ne se rattache pas à une faute d'organisation, ni à un défaut de vigilance ou de diligence mais procède de l'influence déterminante que la société mère exerce sur la filiale à la date de l'infraction. Avec beaucoup de bon sens, la Cour remarque que le « *compliance programme* » mis en place par Schindler Holding n'a pas été en mesure d'empêcher efficacement les infractions graves et de longue durée reprochées.

La Cour revient ensuite sur la nécessité pour les sociétés qui souhaitent renverser la présomption d'influence déterminante d'expliquer de façon exhaustive leurs relations avec leurs filiales, à l'aide d'« *indices concrets, tirés de la vie quotidienne de l'entreprise* », sur la notion de « *politique commerciale* » qui prend en compte les liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent les sociétés du groupe.

Elle rejette les griefs tirés d'une atteinte au « *principe de culpabilité* » et ceux tirés de ce que la « *présomption 100 %* » aboutirait à une responsabilité sans faute.

Catherine ROBIN

→ RLC 2402

Le risque d'un procès en responsabilité civile aux États-Unis n'interdit pas de retenir la responsabilité de la société mère américaine pour les infractions d'entente commises par ses filiales dans l'Union

La Cour rejette le pourvoi de Dow Chemical contre l'arrêt lui imputant la responsabilité de l'entente dans le cartel du caoutchouc butadiène et du caoutchouc styrène-butadiène.

CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-499/11 P, *The Dow Chemical Company et a. c/ Commission*

Parmi les arguments invoqués pour contester sa condamnation solidaire avec ses filiales, Dow Chemical faisait valoir que la Commission n'avait pas tenu compte du fait qu'elle l'exposait à un risque de procès en responsabilité civile injustifié aux États-Unis ce qui, compte tenu de la qualité de demandeur de clémence de Dow Chemical, n'aurait pas été conforme à la politique de clémence de la Commission, car ayant pour effet de dissuader les sociétés à demander à bénéficier dudit programme de clémence. Son argument est rejeté.

La Cour rappelle que :

- a) d'une part, Dow Chemical ne remplissait pas les conditions pour échapper à la peine d'amende : « *la Commission, quand elle décide, exceptionnellement, de ne pas infliger une amende à une entreprise bien que celle-ci ait commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union européenne,*

doit fonder cette décision sur des raisons objectives, susceptibles de justifier une telle dérogation aux principes énoncés à l'article 101 TFUE. Est de nature à constituer une telle raison objective, notamment, la circonstance que la Commission n'est pas, dans un cas concret, en mesure de prouver à suffisance de droit que la société mère a exercé une influence déterminante sur sa filiale, celle-ci étant immédiatement impliquée dans l'infraction, preuve qui est d'ailleurs considérablement facilitée, selon une jurisprudence constante, dans le cas où la société mère détiendrait la totalité du capital de sa filiale (voir en ce sens, notamment, arrêt du 10 septembre 2009, Akzo Nobel et a. c/ Commission, C-97/08 P, Rec. p. I 8237, point 60 ainsi que la jurisprudence citée) » (pt. 47) ;

- b) d'autre part, la Commission ne pouvait pas faire bénéficier Dow Chemical d'un régime de faveur en la dispensant de sanction financière, sauf à enfreindre le principe d'égalité de traitement, dans la mesure où le risque de procès civil est encouru de la même façon par tous les membres de l'entente.

Catherine ROBIN

→ RLC 2403

Les efforts du Tribunal pour accepter le renversement de la présomption d'influence déterminante de la société mère sur la filiale anéantis !

Une fondation peut être condamnée solidairement avec sa fille à 100 % dès lors que, exerçant une influence déterminante sur elle, les deux constituent une seule entité économique.

CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P, *Commission c/ Stichting Administratiekantoor Portielje et Gosselin Group NV*

Certes, il s'agissait d'un arrêt d'espèce, mais il aurait pu être un exemple de ce qu'il était possible de renverser la présomption d'influence déterminante, puisque le Tribunal avait jugé que Portielje avait démontré, preuves à l'appui, qu'elle n'exerçait pas d'influence déterminante sur Gosselin et ne pouvait donc se voir imputer la responsabilité de l'entente commise par cette dernière (Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-209/08, *Stichting Administratiekantoor Portielje c/ Commission*, RLC 2011/29, n° 1904).

Las !... La Commission a introduit un pourvoi et la Cour lui donne raison en annulant l'arrêt dans son intégralité.

La Cour précise tout d'abord que, contrairement à ce qu'avait jugé le Tribunal, les principes d'imputabilité de la sanction à une personne qui n'est pas l'auteur de l'infraction sont applicables à Portielje, même si elle est une fondation qui détient les actions de Gosselin à titre de fiduciaire et même si elle n'exerce pas directement d'activité économique. Selon la Cour, ce qui importe est que Portielje forme une seule entreprise avec Gosselin et exerce sur celle-ci une influence déterminante (pts. 29 à 45). « (...) Le fait



que l'entité détenant la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une autre entité ou contrôlant la totalité ou la quasi-totalité des parts sociales de cette autre entité (ci-après l'entité faitière) est constituée sous la forme juridique d'une fondation plutôt que d'une société n'est pas pertinent » (pt. 42), et « (...) la question de savoir si chacune des entités juridiques qui constituent cette entreprise a une activité économique propre et répond dès lors, prise isolément, à la notion d'entreprise rappelée au point 36 du présent arrêt est également sans incidence » (pt. 43). « C'est l'exercice effectif par l'entité faitière d'une influence déterminante sur l'auteur de l'infraction » (pt. 44) qui importe pour lui faire endosser la responsabilité de l'entente. Il n'y a donc pas lieu de faire une appréciation de la notion d'entreprise spécifique pour appliquer la notion d'imputation de l'entente à cette entité faitière.

Cela étant posé, la Cour considère que c'est à tort que le Tribunal a conclu à l'absence d'exercice effectif d'une influence déterminante de Portjiele sur Gosselin. En effet, le Tribunal aurait dû « prendre en considération l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent cet auteur à son entité faitière et, ainsi, de tenir compte de la réalité économique » (pt. 66). La seule absence d'adoption d'une décision formelle de gestion par Portjiele était insuffisante. En outre, le Tribunal s'est limité à analyser les liens entre les deux entités du seul point de vue du droit des sociétés et aurait dû prendre en considération l'ensemble des éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques (pt. 67).

Enfin, les éléments mis en avant par Portjiele pour renverser la présomption d'influence déterminante l'exonérant de responsabilité « ne sont, en principe et sauf circonstances particulières, pas suffisants pour établir que la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante est renversée » (pt. 83). C'est donc sur cette considération radicale que sont rejetés les éléments de preuve retenus en première instance (Portjiele avait fait usage de ses droits de vote après la fin de l'infraction ; seuls trois membres de la direction de Portielje sur les six qui la composaient, étaient présents au conseil d'administration de Gosselin ; ils étaient, de plus, déjà administrateurs de cette société avant que Portielje ait obtenu les actions de Gosselin à titre fiduciaire et comptaient parmi les propriétaires de Portielje, laquelle n'était qu'un instrument pour exercer des droits de propriété). La présomption d'influence déterminante, même réfragable, a encore un bel avenir devant elle !

Catherine ROBIN

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir dans cette rubrique, RLC 2013/37, n° 2397 ; voir également l'éclairage de Linda Arcelin, Approche combinée des notions d'entreprises et d'imputation de l'infraction, RLDA 2013/85, n° 4721.

→ RLC 2404

Engagements des compagnies maritimes pour réduire le prix

des produits de grande consommation importés

Les compagnies maritimes assurant le transport de marchandises entre l'Europe du Nord et les Antilles prennent des engagements dont l'objectif est de réduire le coût d'importation des produits de grande consommation dans les DOM et par conséquent leur prix.

Aut. conc., déc. n° 13-D-15, 25 juin 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises

L'Autorité de la concurrence, particulièrement sensible aux conditions de concurrence dans le secteur du transport d'une manière générale, qu'il concerne les marchandises ou les voyageurs (cf. dernièrement, concernant spécifiquement le transport ferroviaire et l'intermodalité, Aut. conc., déc. n° 13-D-16, 27 juin 2013, relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes, sur cette décision, voir dans cette revue l'éclairage de Véronique Sélinsky, RLC 2013/37, n° 2395 ; Aut. conc., déc. n° 12-D-25, 18 déc. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, RLC 2013/35, n° 2258, obs. Sélinsky V. ; cf. aussi Aut. conc., Rapp. pour 2011, Étude thématique : concurrence et transport de voyageurs) s'était saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport de fret maritime entre l'Europe du Nord et les Antilles (Aut. conc., déc. n° 09-SO-02, 3 nov. 2009). En l'espèce, la préoccupation de l'Autorité résidait spécifiquement dans l'amélioration de la concurrence sur les liaisons maritimes empruntées pour importer dans les départements d'outre-mer des produits de grande consommation, dont le prix de vente est déterminé à hauteur de 15 % par le coût du fret (cf. Aut. conc., avis n° 09-A-45, 8 sept. 2009, relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer). Après avoir été destinataires, fin 2012, d'une évaluation préliminaire émanant des services d'instruction de l'Autorité, quatre compagnies maritimes, CMA-CGM, Maersk, Marfret et WEC Lines, ont transmis une proposition commune d'engagements, mise en ligne le 13 février 2013 pour les besoins du test de marché. Les discussions ont permis d'aboutir à une liste d'engagements approuvée par l'Autorité, visant à remédier à l'inertie du marché résultant notamment de la pratique de CMA-CGM, qui assure 90 % des liaisons maritimes, d'inclure dans ses contrats de location de capacité aux autres compagnies un ensemble de clauses très restrictives dont le jeu cumulé impactait les prix du fret à la hausse. Les engagements retenus, mettant fin à la procédure, consistent notamment à supprimer des contrats susvisés toute clause d'exclusivité, à permettre la revente de capacités (après faculté pour CMA-CGM d'exercer un droit de préemption sous le contrôle d'un mandataire indépendant et, à défaut, d'agréer le choix du cessionnaire), à limiter la durée des contrats à deux ans avec possibilité de dénonciation et de renégociation à tout moment.

Sylvie CHOLET



→ RLC 2405

Détermination de la sanction pour un ordre professionnel

L'Autorité sanctionne par de très faibles amendes une entente tarifaire organisée au sein d'un Ordre professionnel de vétérinaires et d'un syndicat de vétérinaires, et un partage du marché des soins apportés aux animaux abrités dans un refuge de la SPA.

Aut. conc., déc. n° 13-D-14, 11 juin 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations entre des vétérinaires et les sociétés protectrices des animaux (SPA) en région Alsace

1. Le Conseil régional de l'Ordre des vétérinaires (CROV) d'Alsace et le syndicat national des vétérinaires d'exercice libéral – Section du Bas-Rhin (SNVEL 67) avaient mis en place une « charte » définissant, pour ses signataires (la quasi-totalité des vétérinaires de Strasbourg), les prix des soins et actes rendus aux animaux abrités dans le refuge de la société protectrice des animaux (SPA) de Strasbourg et facturés à celle-ci. La charte organisait aussi un « tour de rôle » des vétérinaires qui devaient intervenir auprès de la SPA, selon un calendrier annuel établi par avance. L'Autorité admet que l'accord tarifaire a été établi à la demande de la SPA, pour lui permettre d'obtenir des prix inférieurs aux prix du marché, les vétérinaires se sentant tenu par une obligation morale, mais ces circonstances sont indifférentes pour la qualification de la pratique au regard du droit de la concurrence. Au surplus, ces pratiques, anticoncurrentielles par objet, ont duré plus de 17 ans, entre 1991 et 2008, et ont « particulièrement affecté la SPA de Strasbourg » (Aut. conc., communiqué de presse, 11 juin 2013), association reconnue d'utilité publique en droit local, sans but lucratif, dont les ressources proviennent principalement de dons et de legs de particuliers et dont les frais vétérinaires représentent environ la moitié de son budget. Le CROV et le SNVEL 67 ont, en outre, tenté avec le syndicat départemental des vétérinaires d'exercice libéral du Haut-Rhin (SNVEL 68) d'étendre l'accord tarifaire à l'ensemble des SPA d'Alsace.

2. Les contrevenants n'étaient pas des entreprises et figuraient donc dans la catégorie des « organismes » visés par l'article L. 464-2 du code de commerce. Dans le cadre de la procédure simplifiée, la sanction pouvait atteindre jusqu'à 750 000 euros. Bien que les pratiques aient pris fin en 2008, l'Autorité a annoncé appliquer les critères légaux fixés dans le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Malgré les éléments précités, et l'existence de circonstances aggravantes (autorité morale de la CROV d'Alsace et rôle moteur dans la conception et la mise en œuvre d'une partie des pratiques), les sanctions paraissent étonnamment faibles en valeur : 25 000 euros pour la CROV d'Alsace, 5 000 euros pour la SNVEL 67 et 1 000 euros pour la SNVEL 68. Il faut dire que, à défaut de chiffre d'affaires ou de valeur des ventes, l'Autorité a retenu, comme assiette de la sanction, les montants des cotisations professionnelles perçues au titre de la défense des intérêts des vétérinaires membres. Rapportées

à leurs ressources, les amendes paraissent finalement moins négligeables puisqu'elles représentent respectivement 79,7 %, 416 % et 74, 5%, sanctions auxquelles s'ajoute une obligation de publicité de la condamnation dans la presse locale et spécialisée. Plus tôt dans l'année, l'Autorité a également sanctionné un ordre professionnel, en l'occurrence le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables, et de la même manière a pris en compte comme assiette de la sanction le montant des cotisations professionnelles perçues annuellement par cet ordre au titre de la défense des intérêts de ses membres (Aut. conc., déc. n° 13-D-06, 28 févr. 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, RLC 2013/35, n° 2268, obs. Sélinisky V.). Et, dans les deux cas, on s'aperçoit que, à défaut pour l'Autorité de pouvoir appliquer la méthode préconisée dans sa communication du 16 mai 2011 pour déterminer le montant de base de la sanction, ce dernier est établi sans repère mathématique et d'une manière semble-t-il favorable à l'ordre professionnel. Notamment, l'Autorité ne prend pas en considération la durée de la pratique de la même façon que si le montant de base de la sanction était déterminé à partir de la valeur des ventes. Dans ce dernier cas, en effet, elle retient un pourcentage de cette valeur au titre de la gravité des faits et du dommage à l'économie (de 15 à 30 % pour les pratiques les plus graves) auquel elle applique un coefficient multiplicateur, proportionnel à la durée individuelle de participation aux pratiques. Cette méthode peut, en cas d'infractions très longues, conduire à retenir un montant de base de la sanction supérieur à la valeur des ventes (par exemple, aux termes de sa décision n° 12-D-06, l'Autorité a retenu un montant de base de la sanction représentant 150 fois la valeur des ventes pour une entente sur appel d'offres ayant duré presque 18 ans, cf. Aut. conc. déc. n° 12-D-06, 26 janv. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, RLC 2012/31, n° 2025, obs. Venayre F.). En définitive, la décision n° 13-D-14 permet de se convaincre que malgré l'adoption d'un communiqué spécifique destiné à améliorer la prévisibilité des sanctions, il existe des cas où les modalités exactes de prise en compte des critères de détermination de la sanction restent mystérieuses.

Sylvie CHOLET

RÉITÉRATION

→ RLC 2406

Prise en compte des précédentes condamnations de la mère pour déterminer la sanction de sa filiale

Les condamnations de France Télécom alourdissent la sanction de sa filiale Orange Caraïbe.

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 4 juill. 2013, n° RG : 2012/05160, Orange Caraïbe, France Télécom et a. c/ Outremer Télécom



1. L'arrêt de la cour de Paris en date du 23 septembre 2010 ayant été cassé en toutes ses dispositions (CA Paris, pôle 5, ch. 7, 23 sept. 2010, n° RG : 2010/00163, RLC 2011/26, n° 1725, obs. Robin C., et Précisions sur la preuve de la pratique de ciseau tarifaire, RLC 2011/26, n° 1730, obs. Robin C. ; Cass. com., 31 janv. 2012, n°s 10-25.772, 10-25.775 et 10-25.882, Bull. civ. IV, n° 16), la cour de renvoi devait se prononcer à nouveau sur la décision n° 09-D-36 ayant condamné les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom pour des pratiques d'entente et d'abus de position dominante.

2. Les opérateurs de téléphonie contestaient notamment la décision de l'Autorité de la concurrence en ce qu'elle avait retenu à l'encontre de la filiale Orange Caraïbe, comme circonstance aggravant au titre de la réitération, les précédentes condamnations de sa mère France Télécom, majorant par conséquent la sanction de 50 %. Pour parvenir à cette solution, l'Autorité, qui avait décidé d'appliquer le droit européen aux pratiques (voir dans cette rubrique, RLC 2013/37, n° 2400), avait mis en œuvre la jurisprudence européenne relative à la présomption d'influence déterminante de la mère sur sa filiale détenue à 100 % (TPICE, 14 mai 1998, aff. T-354/94, *Stora Kopparbergs Bergslags c/ Commission*, confirmé par la suite par CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c/ Commission*, dit « Carton » ; TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-330/01, *Akzo Nobel*, pt. 87 ; CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-280/06, *Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*, RLC 2008/14, n° 978, obs. Arcelin-Lécuyer L. ; TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05, *Akzo Nobel NV et a., Krenzer A.*, Présomption de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles, RLC 2008/15, n° 1116 ; TPICE, 31 mars 2009, aff. T-405/06, *ArcelorMittal Luxembourg, ArcelorMittal Belval & Differdange, ArcelorMittal International c/ Commission, Arcelin-Lécuyer L.*, Imputation de l'infraction et prescription : les enjeux de la notion d'entreprise en droit de la concurrence, RLC 2009/20, n° 1395), confirmée quelques jours avant la séance par le fameux arrêt *Akzo* de la Cour de l'Union (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel NV c/ Commission*), et avait considéré les deux entreprises comme formant une unité économique unique. Adoptant l'analyse de l'Autorité, la cour de Paris rappelle que les règles en matière de réitération doivent suivre celles appliquées en matière d'imputabilité (règle déjà énoncée dans la décision n° 08-D-32, 16 déc. 2008, et adoptée également par les juridictions européennes : TPICE, 30 sept. 2009, aff. T-161/05, *Hoechst c/ Commission*). Elle précise que la prise en compte des précédentes condamnations de la mère pour déterminer la sanction de la filiale ne porte pas atteinte au principe de personnalité des peines, dès lors qu'elles sont considérées comme formant ensemble une unité économique unique (à défaut d'avoir pu démontrer l'autonomie de la filiale par rapport à sa mère, eu égard à leurs liens économiques, organisationnels et juridiques).

3. Les opérateurs de téléphonie contestaient ensuite les précédents retenus au titre de la réitération. Sur ce point, la pratique décisionnelle de l'Autorité avait dégagé quatre critères : (i) la constatation d'une précédente infraction au droit de la concurrence, avant la commission des nouvelles pratiques ; (ii) l'identité ou la similitude entre l'infraction précédemment constatées et les nouvelles pratiques ; (iii) le caractère définitif du précédent constat d'infraction ; (iv) le délai entre ce dernier et la commission des nouvelles pratiques, afin d'appeler une réponse pro-

portionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence (cf. Aut. conc., déc. n° 08-D-32, 16 déc. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce de produits sidérurgiques, § 419, et déc. n° 09-D-05, 2 févr. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire). En l'espèce, l'Autorité avait opposé à France Télécom et Orange Caraïbe cinq précédents constats d'infractions dont quatre étaient antérieurs au début des pratiques nouvelles faisant l'objet de la décision n° 09-D-36 (qui s'étaient étalées entre 2000 et 2004 pour se terminer en 2005) et un avait fait l'objet d'une décision deux mois avant la fin de la pratique visée au grief n° 7 (sur les 8 griefs retenus). Une sixième décision de condamnation avait été avancée par le rapporteur mais n'avait pas été retenue car postérieure de deux ans à la fin des pratiques nouvelles. Alors que les marchés affectés par les pratiques précédemment constatées n'étaient pas les mêmes, la cour énonce que cette considération est indifférente. La similitude des précédents constats d'infraction retenus avec les nouvelles pratiques résultait de leur identité d'objet ou d'effet anticoncurrentiel, à savoir empêcher, entraver ou freiner l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, et « rendre artificiellement plus difficile l'exercice d'une pression concurrentielle de nouveaux opérateurs sur des marchés directement ou indirectement dominés par France Télécom ». Enfin, la cour rejette l'argument de l'antériorité des précédents par rapport à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001 ayant introduit la réitération comme facteur aggravant la sanction. En effet, et cela méritait semble-t-il d'être précisé, « le facteur d'aggravation n'est pas celui de la commission de pratiques antérieures, mais celui de la mise en œuvre de pratiques du même type que les précédentes postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE ».

Sylvie CHOLET

ACTIONS INDEMNITAIRES

→ RLC 2407

Influence limitée de la procédure de concurrence sur l'action indemnitaire

Si l'existence d'une procédure de concurrence préalable menée par la Commission européenne a une incidence sur l'action indemnitaire au niveau de la qualification de la faute, il n'en est pas de même pour la prescription.

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 juin 2013, n° RG : 12/04441, JC Bamford (JCB)

L'affaire ayant donné lieu à cet arrêt a débuté le 15 février 1996, lorsque CENTRAL PARTS, société française ayant pour objet l'importation et la distribution d'engins et de pièces détachées pour travaux publics a saisi la Commission européenne d'une plainte contre « JCB Grande Bretagne » dénonçant des pra-



tiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la société de droit anglais JCB SERVICE LTD, holding d'un groupe de fabrication et de commercialisation d'engins et équipements de chantiers, après que les concessionnaires anglais et irlandais du réseau de distribution de cette dernière ait refusé de lui vendre des produits. Le 21 décembre 2000, la Commission européenne a condamné la société JCB SERVICE au titre de l'article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE) pour avoir interdit à ses concessionnaires établis au Royaume-Uni, en Irlande, en France et en Italie et bénéficiant d'une exclusivité territoriale, les ventes passives auprès des revendeurs non agréés, des utilisateurs finals, ou des concessionnaires établis en dehors des territoires exclusifs (Déc. Comm. CE n° C(2000) 3887, 21 déc. 2000, COMP.F.1/35.918 – JCB, confirmée par TPICE, 13 janv 2004, aff. T-67/01 et CJCE, 21 sept. 2006, aff. C-167/04 P). Les 4 mars 2004 et 12 avril 2005, CENTRAL PARTS a introduit une action indemnitaire devant le tribunal de commerce d'Orléans et, en vertu d'un jugement rendu le 4 juin 2008, a obtenu la condamnation du « groupe JCB SERVICE » au paiement de 600 000 euros à titre de dommages et intérêts. En appel, la cour de Paris a, le 1^{er} avril 2010, confirmé partiellement le jugement et ordonné une expertise pour déterminer le préjudice de la victime au titre des surcoûts occasionnés par les difficultés d'approvisionnement. Le 15 novembre 2011, cet arrêt a été cassé et annulé au double motif que la cour avait confirmé la condamnation du « groupe » JCB, alors qu'il s'agit d'un groupe de sociétés sans personnalité morale, et qu'elle n'a pas précisé, comme elle y était invitée, quelle avait été la participation dans la commission des faits sanctionnés des sociétés JCB Sales et JC Bramford Excavators, filiales de JCB SERVICE non condamnées par la Commission européenne. Le 26 juin 2013, la cour de renvoi s'est prononcée sur les moyens d'appel soulevés par les sociétés anglaises qui invoquaient notamment l'absence de lien entre les pratiques condamnées par les instances européennes et le préjudice de CENTRAL PARTS.

Prescription de l'action.— Répondant à CENTRAL PARTS qui faisait valoir que la prescription n'avait pu commencer à courir qu'à compter de la reconnaissance de sa créance indemnitaire par les juridictions communautaires, la cour a rappelé qu'en vertu de l'ancien article 2270-1 du code civil applicable en la cause, la prescription court à compter de la manifestation du dommage et non de sa constatation juridictionnelle. L'instance devant les juridictions communautaires n'avait pas pu suspendre le cours de la prescription dès lors que son « objet est de déterminer les infractions à la législation communautaire, de les sanctionner et non de réparer le préjudice qui peut résulter de la commission de ces infractions ». L'article 2233 du code civil ne pouvait pas non plus être invoqué dans la mesure où la créance de la victime n'est pas conditionnelle. Dès lors, pour se faire indemniser de ses préjudices antérieurs au 15 avril 1995, il appartenait à la victime de saisir avant le 15 avril 2005 la juridiction nationale qui pouvait surseoir à statuer dans l'attente du résultat de la procédure communautaire (le délai de prescription, à l'époque de 10 ans, a été ramené à 5 ans par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008).

Les règles de prescription applicables dans de nombreux États membres constituent souvent un obstacle au succès des actions en réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles. Pour les surmonter, une proposition de directive européenne prévoit que, dans le cas où une autorité de concurrence engage une procédure concernant une infraction présumée, le délai de prescription applicable pour l'introduction d'une action en dommages et intérêts pour cette infraction sera « *suspendu et ne recommence[ra] à courir qu'au terme d'une période minimale d'un an à compter de la décision finale de l'autorité de concurrence ou de la clôture de sa procédure selon d'autres modalités* » (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil n° COM(2013) 404 final/2013/0185 (COD), relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, art. 10 du projet).

Infraction anticoncurrentielle et faute civile génératrice d'obligation de réparer.— Pour la cour, la faute civile est constituée par la pratique anticoncurrentielle établie définitivement par la CJUE. S'appuyant sur l'article 16 du règlement CE n° 1/2003 du Conseil en date du 16 décembre 2002, la cour affirme en effet que « *les infractions à la législation communautaire constituent des fautes civiles selon le droit civil* ». Cette règle qui résulte du principe de primauté du droit européen ne s'applique pas lorsque la pratique anticoncurrentielle est qualifiée par l'Autorité de la concurrence dont les décisions ne lient pas les juridictions nationales même si généralement elles en tiennent « *le plus grand compte* » (cf. Chagny M., Le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles : du nouveau sur la réparation du préjudice ?, Comm. com. électr. 2011, comm. 76). À l'inverse, l'absence de toute condamnation préalable, comme cela était le cas pour les filiales de JCB SERVICE, « *n'interdit pas à la juridiction nationale d'apprécier au regard des éléments qui lui sont soumis les éléments de leur comportement constitutifs d'une faute* ». Cela étant précisé, la cour confirme le jugement du tribunal d'Orléans en ce qu'il a « *parfaitement interprété les décisions communautaires ; que les trois sociétés appelantes ont par les décisions prises par l'une, par l'exécution par les autres de ces décisions commis des fautes qui ont concouru à la réalisation du préjudice subi par CENTRAL PARTS, que la Cour condamnera in solidum à réparer celui-ci* ».

Lien entre la faute et le préjudice.— Enfin, concernant le préjudice et le lien de causalité, la cour estime que les pratiques anticoncurrentielles condamnées « *ont nécessairement causé un trouble commercial à [CENTRAL PARTS qui] a pu engager des frais pour se fournir en produits JCB, en raison de difficultés qu'elle rencontrait et souffrir d'un manque à gagner* », dont elle confie le chiffrage à un expert. Bien que l'on puisse s'étonner de la rapidité du raisonnement ainsi adopté concernant l'existence du dommage et du lien de causalité avec les fautes constatées, il faut ici considérer qu'en vertu du précédent arrêt de la cour d'appel – certes annulé – un pré-rapport d'expertise avait été rendu, dont se prévalait la société française et qui établissait le préjudice.

Sylvie CHOLET



Par Sylvie GALLAGE-ALWIS

Avocat à la Cour / Solicitor in England & Wales
Hogan Lovells (LLP) Paris



Et Constance TILLIARD

Avocat à la Cour
Hogan Lovells (LLP) Paris

→ RLC 2408

L'utilisation de l'article L. 442-6, 5° du code de commerce en temps de crise : ou comment celui qui peut le moins devient celui qui peut le plus

L'interprétation stricte traditionnelle de l'article L. 442-6, 5° du code de commerce conduisait jusqu'ici les juridictions à refuser de qualifier de force majeure les circonstances économiques impactant une entreprise et à toujours exiger le respect d'un préavis. Deux arrêts récemment rendus par la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris annoncent cependant une prise de conscience par les juges du contexte économique actuel et des difficultés en découlant pour les entreprises. Afin de prendre en compte cette évolution, la recherche de nouvelles solutions juridiques semble amorcée.

Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-11.709, D ; CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 avr. 2013, n° RG : 10/02735, SAS Établissements DARTY & Fils c/ SARL MBCO

Si la liberté de contracter est totale, le droit français encadre largement les conditions dans lesquelles un contrat peut se rompre. En effet, l'article L. 442-6, 5° du code de commerce sanctionne le fait de « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ».

Cet article, perçu par certains comme une bouée de secours et par d'autres comme un handicap, a toujours été appliqué de façon stricte par les juridictions qui considèrent de façon systématique que la partie à laquelle la rupture est imposée est seule victime. Reflet de la volonté de protéger au maximum ce cocontractant « victime », les tribunaux ont longtemps jugé que même lorsqu'elle est justifiée par des difficultés financières, toute baisse de commandes équivaut à une rupture des relations commerciales et non à un cas de force majeure.

Or, l'application littérale de ces principes en cas de crise généralisée et persistante peut mettre en péril la survie même de l'entreprise à laquelle un préavis, parfois de plusieurs années, est imposé. Se pose alors la question de savoir qui est véritablement la victime du système en place.

Face à cette complexification des rapports entre sociétés, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 février 2013 (Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-11.709) et une décision de la cour d'appel de Paris du 4 avril 2013 (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 avr. 2013, n° RG : 10/02735, SAS Établissements DARTY & Fils c/ SARL MBCO) (dont la compétence est exclusive depuis l'introduction de l'article D. 442-3 au sein du code de commerce par le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 pour juger en appel de tous les dossiers ayant trait à la rupture de relations commerciales) tendent à laisser penser que les juges prennent désormais en compte les circonstances économiques actuelles avant d'octroyer une indemnité compensatrice d'une baisse brutale de commandes.

I. – LE PRINCIPE : LA BAISSÉ DE COMMANDES SANS PRÉAVIS EST CONSTITUTIVE D'UNE RUPTURE BRUTALE MÊME EN PRÉSENCE DE DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES

A. – L'impossibilité de diminuer le nombre de commandes sans préavis suffisant

La jurisprudence considère de manière constante qu'une baisse de commandes est constitutive d'une rupture partielle dont le caractère brutal doit être sanctionné (rappelons ici à toutes fins utiles que la rupture partielle de relations commerciales avait été à l'origine prévue pour

L'utilisation de l'article L. 442-6, 5° du code de commerce en temps de crise : ou comment celui qui peut le moins devient celui qui peut le plus

<http://lamyline.lamy.fr>

sanctionner le déréférencement partiel par un distributeur des produits de son fournisseur afin d'obtenir de ce dernier des avantages supplémentaires. La jurisprudence a cependant rapidement étendu l'application de ce texte à l'ensemble des relations commerciales. Voir sur ce point le rapport n° 2327 de M. Éric Besson fait au nom de la commission des Finances et déposé le 6 avril 2010 lors du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques). La diminution du volume de commandes ne peut à l'évidence en aucun cas constituer un préavis implicite à une rupture totale de relations commerciales (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 21 mars 2013, n° RG : 10/20543, SARL Offset Impression c/ SEITA).

Ainsi, par un arrêt du 9 octobre 2012, la Cour de cassation a rappelé qu'était constitutif d'une rupture brutale le fait, pour un fabricant d'appareils électroménagers qui avait confié la distribution de ses marchandises dans trois marchés régionaux différents à un grossiste, de modifier l'affectation de ce périmètre et décider en conséquence de ne plus faire appel à ce prestataire pour les livraisons effectuées dans l'un de ces trois marchés. La Cour de cassation précise que ni le fait que les produits destinés au marché en cause ne représentent pas une part significative de la relation commerciale, ni l'absence d'accord d'exclusivité ne doivent être pris en compte dans la détermination du caractère brutal de la rupture (Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-23.549). La cour d'appel de Paris a adopté une solution identique, jugeant le 16 janvier 2013 que le fait de réduire unilatéralement le périmètre des prestations d'une société en charge de la livraison de bagages était constitutif d'une rupture des relations commerciales, même en l'absence d'exclusivité territoriale et de volume minimum de livraisons (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 16 janv. 2013, n° RG : 10/09965, SAS JAP Transports c/ SA IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPANA). La réduction du périmètre entraîne en effet une baisse du volume d'affaires du prestataire.

Le 11 septembre 2012, la Cour de cassation avait également réaffirmé son souhait de sanctionner toute baisse de commandes sans préavis en rejetant le pourvoi d'une centrale d'achat qui arguait que la simple diminution de commandes découlant de la fermeture de deux entrepôts ne caractérisait pas une rupture brutale de relations commerciales dans la mesure où cette décision n'avait pas d'impact significatif sur le chiffre d'affaires global réalisé dans le cadre de cette relation et que les commandes afférentes aux autres entrepôts de la même société augmentaient (Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-14.620).

À ce titre, rappelons qu'outre l'allocation de dommages-intérêts, les juges peuvent décider d'ordonner la poursuite de la relation commerciale et déterminer le rythme mensuel des commandes à effectuer afin de remédier à toute diminution de commandes (cf. not. Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-18.337, pour une espèce où la diminution avait eu lieu au cours de la période de préavis initial).

B. – La force majeure : exception rarement admise par les juridictions même en cas de crise économique

L'article L. 442-6, 5° du code de commerce précise que la nécessité d'adresser un préavis avant toute rupture n'est pas requise en cas de force majeure.

Les décisions de jurisprudence illustrant l'admission par les juridictions d'un cas de force majeure sont toutefois peu nombreuses. La tendance est en effet à une interprétation très stricte des circonstances pouvant caractériser un tel événement.

À titre illustratif, la cour d'appel de Paris a indiqué par un arrêt du 17 avril 2013 que « si l'incendie [d'une usine de fabrication] est constitutif de force majeure, étant à la fois imprévisible et irrésistible, la délocalisation de la production qui s'en [suit] n'est pas constitutive d'une telle circonstance ». La cour d'appel avait été saisie d'une demande d'indemnisation par un transporteur qui prétendait qu'un fabricant avait mis fin brutalement à leur relation commerciale, en cessant de lui confier l'acheminement de marchandises à la suite de l'incendie de son usine de fabrication. Le fabricant avait en effet délocalisé sa production à la suite de cet événement dans le nord de la France, ce qui empêchait le transporteur, situé à Cavaillon, d'assurer ses prestations à un coût raisonnable. Dans la mesure où la délocalisation de la production n'est pas, selon la cour d'appel, constitutive de force majeure, celle-ci s'attache à vérifier que le fabricant a bien respecté un préavis suffisant avant d'y procéder (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 avr. 2013, n° RG : 10/04855, SAS La Flèche c/ SAS Sibell).

Par un arrêt du 9 octobre 2007, la Cour de cassation avait également admis qu'une grève de salariés, bloquant la production d'une usine, devait être considérée comme présentant les caractères de la force majeure ayant empêché une entreprise de respecter le délai de préavis qu'elle avait fixé à son cocontractant avant la fin de leur relation commerciale (Cass. com., 9 oct. 2007, n° 06-16.744). Toutefois, il est à noter que la grève était liée au refus d'un plan social par les salariés mis en œuvre à la suite de la dissolution anticipée de cette entreprise due aux difficultés financières insurmontables qu'elle rencontrait.

La qualification des difficultés économiques affectant un secteur déterminé de force majeure est également traditionnellement rejetée. En effet, les difficultés économiques sont souvent considérées comme étant prévisibles et non irrésistibles.

Ainsi, la liquidation des biens d'une entreprise ne constitue pas un cas de force majeure (Cass. soc., 19 déc. 1990, n° 87-45.843, Bull. civ. V, n° 699). La Cour de cassation a également indiqué que les graves difficultés financières rencontrées par une entreprise menacée de cessation de paiements à la suite de la destruction de ses infrastructures par un cyclone ne présentaient pas non plus ce caractère (Cass. soc., 12 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 50). De manière plus générale, il est de jurisprudence constante qu'entre professionnels, la perte de tout intérêt économique d'un contrat ne peut s'analyser en un cas de force majeure et autoriser l'une des parties à ne pas exécuter ses engagements (Cass. com., 23 janv. 1968, Bull. civ. IV, n° 39).

En matière de rupture de relation commerciale, la cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 5 décembre 2002, avait refusé de considérer qu'une baisse constante du volume de l'application de peinture en poudre sur des cadres pour enfants pouvait constituer un cas de force majeure, autorisant un donneur d'ordre positionné sur ce marché à s'affranchir de la nécessité d'adresser un préavis à son cocontractant avant de mettre un terme à leur relation (CA Douai, ch. 2, sect. 1, 5 déc. 2002, n° RG : 02/05070).

De manière plus didactique, la cour d'appel de Chambéry refusait également le 8 juillet 2010 de qualifier la crise économique mondiale s'étant installée progressivement depuis 2007 de cas de force majeure, faute pour cette crise d'avoir été imprévisible du fait de son caractère progressif. Par ailleurs, la cour d'appel précisait que les annulations de commandes dont se prévalait l'auteur de la rupture provenaient non pas tant de la crise en elle-même que de dé-



cisions internes et anticipatives du groupe auquel elle appartenait. Dès lors, en l'espèce, l'extériorité faisait également défaut. Cette juridiction prenait cependant en compte la détérioration des conditions économiques afin d'évaluer à la baisse l'indemnité allouée à la victime de la rupture brutale, assembleur de machines destinées à l'exploitation minière latino-américaine (CA Chambéry, 8 juill. 2010, n° RG : 09/01911, SAS Sandvik Mining & Construction Lyon c/ SA Akros).

II. – EN TEMPS DE CRISE PERSISTANTE, VERS UNE MODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE

Semblant réaliser le poids que le respect d'un préavis, parfois long de plusieurs années, peut devenir pour l'entreprise qui doit baisser son niveau de commandes, la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris semblent opérer un revirement, accueillant la crise économique comme un motif valable de baisse de commandes sans préavis.

Ainsi, dans une première affaire qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 février 2013 (arrêt précité), une société s'était vue confier la réalisation de travaux de maintenance sur une ligne de production de trains de roulement d'un fabricant d'engins de construction. Cette relation commerciale, datant de 1985, avait été formalisée au sein d'un contrat-cadre à durée déterminée et renouvelable par tacite reconduction au cours de l'année 2000, sans qu'aucun engagement d'exclusivité ni aucun volume minimum de commandes ne soit stipulé.

Par un second contrat-cadre de 2005, ce sous-traitant s'était également vu confier la réalisation de travaux de peintures sur des composants de produits fabriqués par une société sœur de sa première donneuse d'ordre, également spécialisée dans le domaine des engins nécessaires aux travaux publics.

La société sous-traitante reproche à ses donneuses d'ordres une baisse significative des commandes à compter de 2008, ce qui n'était pas contesté par les parties au litige. Elle les assigne ainsi notamment sur le fondement de l'article L. 442-6, 5° du code de commerce invoquant une rupture partielle de relations commerciales au caractère brutal.

Dans un arrêt du 10 novembre 2011 (CA Grenoble, ch. com., 10 nov. 2011, n° RG : 11/00250, SAS Caterpillar France c/ SAS CMI et a.), la cour d'appel de Grenoble a refusé de faire droit à sa demande d'indemnisation. Elle indiquait que si la chute de commandes était incontestable, celle-ci n'était pas la conséquence d'un recours à un autre sous-traitant ou à une réorganisation interne des donneuses d'ordre, mais à la crise touchant les secteurs de la construction et des travaux publics ainsi qu'à une augmentation de la concurrence touchant ces activités. La cour d'appel précisait que la baisse « n'est donc pas consécutive à un choix imputable [aux donneuses d'ordre] mais s'explique par la diminution des propres commandes de ces dernières », celles-ci justifiant d'une diminution de leur activité de 70 % entre 2007 et 2008.

La cour d'appel concluait en conséquence à l'absence de rupture des relations commerciales établies, les baisses des commandes étant non délibérées.

Le sous-traitant se pourvoit en cassation, rappelant que selon la jurisprudence, la chute brutale du chiffre d'affaires réalisé par un sous-traitant et résultant de la diminution sans préavis des commandes lui étant confiées par son donneur d'ordre, constitue une

brusque rupture, peu important le motif de cette rupture. La seconde branche de son premier moyen était par ailleurs fondée sur le fait que l'exception d'inexécution n'est autorisée par le Code de commerce qu'en cas de force majeure, situation non caractérisée par les juges du fond en l'espèce faute d'avoir constaté le caractère imprévisible et irrésistible de la crise en question.

Par un arrêt du 12 février 2013, la Cour de cassation rejette les prétentions du sous-traitant. Elle indique en effet que les juges du fond, qui avaient constaté que la baisse des commandes des donneuses d'ordre ne leur était pas imputable, ont légalement justifié leur décision. La Cour de cassation ne se prononce pas sur la qualification de cas de force majeure de la crise évoquée par la seconde branche du moyen, le rejet de la première rendant la seconde sans objet (l'arrêt est cependant cassé au visa des articles 1134 et 1147 du code civil sur la première branche du second moyen ne faisant pas l'objet de cet article).

Dès lors, la baisse de commandes liée aux circonstances économiques n'est pas constitutive d'une rupture de relation commerciale.



(...) la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris semblent opérer un revirement, accueillant la crise économique comme un motif valable de baisse des commandes sans préavis.

Le 4 avril 2013, la cour d'appel de Paris a également eu à s'interroger sur les conséquences d'une baisse de commandes dues à des difficultés économiques.

Par un contrat d'entreprise à durée indéterminée, un distributeur bien connu d'équipements électroménagers et autres appareils informatiques avait confié à un transporteur, tant le transport que la livraison et l'installation de certaines de ses marchandises. Comme dans l'espèce précédente, aucun engagement d'exclusivité, ni nombre minimal de commandes, ni limitation de zone territoriale n'était stipulé.

À compter du mois d'avril 2009, à la suite d'une baisse d'activité sur l'un des sites du distributeur, le responsable de cette plateforme rencontrait le dirigeant de la société de transport afin d'envisager l'élargissement de la zone de livraison de ce dernier à une autre plateforme et d'envisager la réaffectation de ses zones de livraison. Un mois plus tard, le transporteur reprochant à son cocontractant d'avoir mis fin brutalement à leur relation commerciale, cessait d'exécuter ses engagements puis l'assignait aux fins de le voir condamné au paiement de dommages-intérêts. La cour d'appel de Paris refuse de faire droit à la demande du transporteur. Pour ce faire, elle constate premièrement que des variations de livraisons s'étaient déjà produites par le passé. Elle ajoute que la baisse significative a eu lieu moins de deux semaines uniquement avant la prise d'acte de la rupture brutale. Elle indique au surplus que les autres prestataires du distributeur certifiaient avoir été réaffectés au départ d'une autre plateforme de ce dernier à la même période.

La cour d'appel conclut ainsi que la défenderesse « n'avait pas l'intention de rompre sa relation commerciale avec [la demanderesse] mais s'était simplement trouvée contrainte par des raisons économiques, à savoir une baisse des commandes de ses clients, d'envisager un déploiement des livraisons sur une autre zone sur laquelle l'activité était maintenue (...) ». La cour d'appel ajoute par

ailleurs qu'« une baisse d'activité pendant une durée d'une dizaine de jours ne permet pas de caractériser une rupture brutale des relations commerciales imputables [au distributeur] ».

Si les circonstances économiques avaient d'ores et déjà été prises en compte par certaines juridictions pour apprécier le caractère brutal ou non de la rupture, les deux arrêts précités innovent en se situant en amont et en indiquant qu'une telle baisse n'est pas constitutive d'une rupture.

Ainsi, par un arrêt du 31 janvier 2008, la cour d'appel de Nîmes avait pris en considération la crise viticole française découlant d'une production excessive de vins de table français par rapport à la consommation dans l'Union européenne afin de conclure à l'absence de caractère brutal d'une rupture des relations commerciales portant sur la fourniture de vins de table. Toutefois, dans cette espèce, la baisse de commandes était également liée à la volonté commune des parties d'une réduction du volume d'achat (CA Nîmes, ch. com., 31 janv. 2008, n° RG : 07/02343, SAS Compagnie des vins du Sud c/ SAS Chais Beaucairois).

De même, la cour d'appel de Versailles avait dès 2006 pris en compte le retournement du marché aéronautique et la conjoncture défavorable de ce secteur au cours de l'année 2001 afin de s'assurer que la baisse de commandes par un équipementier spécialisé dans le domaine aéronautique et spatial auprès de son cocontractant, fabriquant de harnais de moteurs d'avions, était suffisamment anticipée afin de lui permettre de réorganiser son activité et n'était donc pas constitutive d'une rupture brutale. Toutefois, cet élément n'intervenait que comme l'un des facteurs pris en considération dans l'évaluation de la situation, le cocontractant ayant également manqué à ses obligations et sollicité de lui-même d'être déchargé d'une partie des éléments qu'il fabriquait.

À l'inverse des arrêts rendus au cours du premier trimestre 2013, la cour d'appel de Versailles ne remettait ainsi pas en cause la rupture sur le fondement de la crise, mais constatait uniquement son absence de caractère brutal, un délai de préavis suffisant ayant été imparti (CA Versailles, 12^e ch., 18 mai 2006, n° RG : 05/03952, SARL GIPEA c/ SA HISPANO SUIZA).

III. – APPRÉCIATION

L'utilisation nouvelle des termes d'« imputabilité » et de « contrainte » par la Cour de cassation et les juges parisiens ne

peut que rappeler les conditions nécessaires à la qualification d'un évènement comme étant un cas de force majeure.

En effet, le caractère extérieur d'un évènement, requis par le droit commun de la force majeure, tend à se confondre avec son absence d'imputabilité au défendeur. Or, comme indiqué précédemment, la jurisprudence considère que les difficultés économiques rencontrées par une entreprise ne sont pas constitutives de force majeure.

Dès lors, on comprend l'intérêt de recourir au terme d'« imputabilité » et de passer outre le trio des caractères requis pour qualifier un évènement de cas de force majeure.

La prise en considération de l'état financier et économique des entreprises est évidemment la bienvenue. Dans le contexte économique actuel, imposer de plus amples obligations aux entreprises reviendrait à anéantir complètement toute initiative entrepreneuriale. Il s'agit ici d'une prise de conscience très importante par les juridictions que la partie qui doit être protégée n'est plus nécessairement la partie à laquelle une rupture partielle ou totale est imposée.

Toutefois, il conviendra de surveiller l'ampleur que cette jurisprudence pourrait prendre.

Le concept de « crise » est ainsi difficilement définissable : conviendra-t-il de prendre en compte l'ensemble de l'économie française ou le secteur d'intervention de l'entreprise considérée ? Une baisse passagère de rentabilité d'un secteur sera-t-elle suffisante ou des difficultés prolongées seront-elles requises ?

Par ailleurs, en présence d'un cas de force majeure, le contrat est traditionnellement suspendu de manière temporaire. À l'inverse, la relation commerciale est ici maintenue. Il sera intéressant de prendre connaissance de la position des juridictions en cas de baisse particulièrement importante, voire totale des commandes. La relation commerciale resterait-elle alors également maintenue ?

En tout état de cause, il semble désormais que les entreprises résistant le moins bien à la crise, deviennent celles qui peuvent le plus, étant seules autorisées à échapper à l'obligation de préavis de l'article L. 442-6, 5° du code du commerce dont l'application stricte était jusqu'ici inébranlable. ■



Par Gwenaël
MUGUET-POULLENNEC (*)

Référéndaire au Tribunal de l'Union
européenne

→ RLC 2409

Irrecevabilité manifeste du recours en annulation introduit par celui qui est à l'origine de la déclaration préjudicielle d'invalidité du régime d'aides en cause

Le fait, pour une entreprise devant payer une taxe parafiscale destinée à financer un régime d'aides, d'avoir été impliquée dans l'affaire qui a donné lieu à une déclaration d'invalidité par la Cour de la décision de la Commission autorisant ce régime n'a pas d'incidence sur la recevabilité du recours introduit par cette même entreprise à l'encontre de la décision adoptée par la suite par la Commission pour tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour, cette nouvelle décision ne pouvant ici avoir pour effet de valider rétroactivement la perception de la taxe litigieuse.

Trib. UE, ord. 14 mai 2013, aff. T-273/11, Régie Networks et NRJ Global c/ Commission

Par ordonnance du 14 mai 2013, le Tribunal a déclaré irrecevable le recours en annulation déposé par les régies publicitaires de la radio NRJ (« NRJ ») à l'encontre de la décision de la Commission du 29 septembre 2010 concernant le régime d'aides mis en place par la France en faveur de l'expression radiophonique pour une période de cinq ans, de 1998 à 2002 (Déc. Comm. UE, 29 sept. 2010, concernant le régime d'aides C 4/09 (ex N 679/97), JOUE 8 mars 2011, n° L 61). Si la solution consacrée par le Tribunal se doit d'être simple, en raison du caractère manifestement irrecevable du recours introduit par NRJ, le cadre juridique et factuel dans lequel elle s'insère n'en reste pas moins complexe.

Antécédents du litige.— Ce régime d'aides, qui avait été notifié par la France en 1997, n'avait initialement pas donné lieu à la moindre objection de la part de la Commission (Déc. Comm. CE, 10 nov. 1997, relative au régime d'aides n° 679/97, JO 1^{er} mai 1999, n° C 120, ci-après la « décision initiale »). En l'occurrence, il s'agissait pour l'État français d'encourager les stations de radio locales dont les ressources publicitaires ne constituaient qu'une faible partie du chiffre d'affaires. La perception d'une taxe parafiscale sur les régies publicitaires devait ainsi permettre de subventionner l'installation, l'équipement et le fonctionnement de telles stations. La décision initiale n'avait

pas fait l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal dans le délai prévu à cet effet. Ce ne sera que bien plus tard, en 2007, que cette décision fut mise en cause devant la Cour de justice, à l'occasion d'une question préjudicielle en appréciation de validité posée par la cour administrative d'appel de Lyon dans le cadre d'un litige opposant NRJ à l'administration fiscale à propos de la taxe précitée.

À cette occasion, la Cour avait invalidé la décision initiale, dans la mesure où la Commission, pour apprécier la conformité du régime d'aides en cause avec les règles du traité en matière d'aides d'État, n'avait pas pris en considération le mode de financement de ces aides, alors que celui-ci faisait partie intégrante de ce régime. Cependant, la Cour avait suspendu les effets de son constat d'invalidité jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision par la Commission en vertu de l'article 88 CE (devenu article 108 TFUE). Une telle suspension était toutefois exclue pour les entreprises qui avaient introduit avant la date du prononcé de l'arrêt de la Cour un recours en justice ou une réclamation équivalente quant à la perception de la taxe litigieuse (CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-333/07, Régie Networks, RLC 2009/19, n°s 1344 à 1346, obs. Cheynel B., ci-après l'« arrêt de la Cour » ; cf. également, Barbier de la Serre É. et Balthazar T., Rev. aff. eur., années 2007-2008 réunies, p. 631).

À la suite de l'arrêt de la Cour et après avoir engagé une procédure formelle d'examen, la Commission a adopté une nouvelle décision pour se prononcer sur le régime d'aides mis à exécution par

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas le Tribunal de l'Union européenne.

Irrecevabilité manifeste du recours en annulation introduit par celui qui est à l'origine de la déclaration préjudicielle d'invalidité du régime d'aides en cause

<http://lamyline.lamy.fr>

la France pour la période en cause (Déc Comm. UE n° C (2010) 6483, 29 sept. 2010, concernant le régime d'aide C 4/2009 (ex N 679/97) mis à exécution par la France en faveur de l'expression radiophonique et déclarant ledit régime compatible avec le marché intérieur, sous réserve du respect de certaines conditions, ci-après la « décision attaquée »). Dans cette décision, la Commission a dissocié le régime des aides et son mode de financement. Ainsi, elle a considéré que le régime des aides était compatible avec le marché intérieur, notamment à l'aune des critères énoncés à l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE. En revanche, la Commission n'a pas approuvé le mode de financement dudit régime. Elle demande, à cet égard, à la France de supprimer la discrimination subie par les diffuseurs radiophoniques étrangers qui ont payé durant la période 1997-2002 la taxe sur les régies publicitaires sans pouvoir bénéficier du régime d'aides financé.

Pour NRJ, la décision attaquée devrait être annulée. En substance, NRJ faisait valoir que la Commission n'avait pas correctement tiré les conséquences de l'arrêt de la Cour. NRJ considérait également que, la taxe sur les régies publicitaires étant contraire au principe général selon lequel les produits et services importés doivent être exonérés de toute taxe parafiscale destinée à financer un régime d'aides dont seules bénéficient les entreprises nationales, ce vice ne saurait être purgé rétroactivement par une décision visant à permettre aux seuls diffuseurs radiophoniques étrangers d'être remboursés de la taxe illégalement perçue. La violation des règles du traité relatives à la libre prestation de services devrait normalement avoir pour conséquence d'entraîner l'incompatibilité avec le marché intérieur de la totalité du régime d'aides en cause.

Raisonnement du Tribunal.— Le litige posait ainsi l'épineux problème de l'articulation qu'il convient de donner au principe de libre circulation des services et aux règles applicables aux aides d'État sur les plans tant matériel que procédural (cf. sur les difficultés rencontrées à ce propos, Dony M., Aides d'État, concurrence et libre circulation, Rev. aff. eur. 2005, n° 3, p. 411). Le Tribunal n'aura toutefois pas l'occasion d'aborder cette question, puisqu'il déclare par ordonnance le recours de NRJ à l'encontre de la décision attaquée manifestement irrecevable.

Pour expliquer cette décision, le Tribunal relève, tout d'abord, que ni l'arrêt de la Cour, ni la décision attaquée, ne concernent la période postérieure aux modifications apportées au régime d'aide en 2003 (pt. 14). À cette date, en effet, la Commission a indiqué à l'État français que la perception de la taxe auprès des régies publicitaires implantées dans d'autres États pouvait être considérée comme une violation des règles applicables à la libre prestation de services. La France a alors décidé de modifier en conséquence le financement de son régime d'aides en remplaçant la taxe perçue sur les messages publicitaires émis à destination du territoire français par une taxe perçue sur les messages publicitaires diffusés à partir du territoire français. La Commission, par une décision du 28 juillet 2003 relative à la mesure d'aide NN 42/03, n'a pas soulevé d'objections au projet de loi visant à modifier le régime d'aides à l'expression radiophonique ayant été précédemment approuvé. Le litige se trouve donc strictement cantonné à la période 1997-2002.

Ensuite, au titre de l'examen de l'intérêt de NRJ à demander l'annulation de la décision attaquée, le Tribunal relève que celle-ci n'est pas concernée par la suspension des effets de la déclaration

d'invalidité qui résulte de l'arrêt de la Cour, dès lors que ses deux régies publicitaires avaient, avant la date de prononcé de cet arrêt, introduit un recours en justice (pts. 27 et 28).

Ce constat entraîne plusieurs conséquences pour le Tribunal. (pt. 29). Pour commencer, celui-ci indique que, « pour autant que les requérantes aient été concernées, la perception de la taxe litigieuse par la République française pour la période 1997-2002 était censée avoir été effectuée avant que la procédure d'examen de l'aide litigieuse ait abouti à une décision finale de la Commission, puisque la décision du 10 novembre 1997, qui constituait une telle décision finale, a été déclarée invalide par la Cour ». Dès lors, le Tribunal relève que, du fait de l'obligation de *standstill* définie par l'article 108, paragraphe 3, TFUE, qui empêche les États membres de mettre à exécution les mesures d'aides projetées avant que la procédure d'examen de ces mesures par la Commission ait abouti à une décision finale, la décision attaquée n'a pas pour conséquence de régulariser, *a posteriori*, les actes d'exécution qui étaient invalides du fait qu'ils avaient été pris en méconnaissance de l'obligation précitée (cf. CJCE, 21 oct. 2003, aff. C-261/01 et C-262/01, van Calster et a., pts. 73 à 77, et CJCE, 12 févr. 2008, aff. C-199/06, CELF et ministre de la Culture et de la Communication, pt. 40, Cheynel B., Arrêt CELF : une victoire à la Pyrrhus pour la Commission ?, RLC 2008/15, n° 1077). En conclusion sur ce point, le Tribunal considère que la décision attaquée ne peut pas avoir pour effet l'approbation rétroactive de taxes destinées à financer une mesure d'aide et perçues avant l'adoption de cette décision.



Le litige posait (...) l'épineux problème de l'articulation qu'il convient de donner au principe de libre circulation des services et aux règles applicables aux aides d'État sur les plans tant matériel que procédural.

Ces observations paraîtront certainement utiles aux requérantes puisqu'elles répondent à l'une de leurs principales préoccupations. NRJ se demandera toutefois certainement quelle portée pratique il convient de donner à ces observations, dans la mesure où il ressort également de la jurisprudence de la Cour que si, effectivement, il est de principe que la décision finale de la Commission sur la compatibilité de l'aide n'a pas pour conséquence de régulariser *a posteriori* les actes d'exécution invalidés par la méconnaissance de l'obligation de *standstill* prévue par l'article 108, paragraphe 3, TFUE, dans une telle situation, et même en l'absence de circonstances exceptionnelles, le droit de l'Union n'impose toutefois pas au juge national une obligation de récupération intégrale de l'aide illégale. Dans l'arrêt CELF, la Cour a ainsi précisé que, selon ce qui est prévu par le droit national, le juge « peut » ordonner la récupération de l'aide illégale, sans préjudice du droit de l'État membre de mettre celle-ci à nouveau à exécution ultérieurement. Le juge national « peut » aussi être amené à accueillir des demandes d'indemnisation résultant du caractère illégal de l'aide (cf. arrêt CELF précité, pts. 46 à 53). De telles questions ne sont pas du ressort du Tribunal au titre du contentieux direct de l'annulation. Le cas échéant, il appartiendra peut-être à la Cour de se prononcer sur cela en réponse à une question préjudicielle qui pourrait lui être posée à ce propos.



Enfin, pour clore son raisonnement sur l'absence d'intérêt à agir des requérantes, le Tribunal relève que, sans que ceci ne vienne contester la conclusion qui précède selon laquelle la décision attaquée n'a pas eu et ne pouvait pas avoir pour effet de valider rétroactivement la perception des taxes destinées à financer le régime d'aides en cause dont les requérantes se sont acquittées durant la période 1997-2002, les requérantes ont déjà pu, au terme des procédures engagées au niveau national obtenir le remboursement des sommes prélevées pour les années 2001 et 2002. S'agissant des années antérieures, les requérantes ont indiqué au Tribunal être confrontées, nonobstant l'arrêt de la Cour, aux règles nationales de prescription, lesquelles pourraient faire échec à leur tentative de remboursement des sommes indûment prélevées.

Cet argument n'arrêtera pas le Tribunal qui rappelle le principe suivant lequel, en l'absence de règles harmonisées régissant le remboursement de taxes imposées en violation du droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à la sauvegarde des droits des justiciables (pt. 32). Dès lors, si ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles régissant des recours similaires en droit interne et si elles ne sont pas aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice de droit que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder, il n'y a pas lieu de considérer que le droit de l'Union s'oppose à l'application des règles nationales de prescription à des actions en recouvrement de sommes indûment payées, destinées à financer une mesure d'aide dont la mise en œuvre n'était pas compatible avec le droit de l'Union. Ici encore, il appartiendra le cas échéant à la Cour de statuer, en application de l'article 267 TFUE et sur demande de la juridiction nationale compétente, sur la conformité des règles nationales de prescription que les requérantes se voient

opposer avec lesdits principes et, plus généralement, avec le droit de l'Union. En l'espèce, toutefois le Tribunal souligne que la décision attaquée ne comporte aucune référence à cette question et ne se prononce pas sur celle-ci (pts. 35 et 36).

Dans ce contexte, le Tribunal juge que le recours est manifestement irrecevable en l'absence d'intérêt à agir des requérantes qui n'ont pas établi quels bénéfices elles pouvaient retirer de l'annulation de la décision attaquée. Cette décision se comprend aisément, dès lors que la cour avait expressément refusé de limiter dans le temps les effets de sa déclaration d'invalidité de la décision initiale en ce qui concerne toutes les entreprises qui, comme NRJ, avaient introduit un recours avant qu'elle ne se prononce sur la question préjudicielle posée par la Cour administrative d'appel de Lyon. Il semble néanmoins possible de se demander ce qu'il pourrait en être pour tous ceux qui n'avaient pas initié une telle action à ce moment-là. Ceux-ci ne risqueraient-ils pas de se voir opposer la décision attaquée comme élément permettant d'établir la validité *a posteriori*, au moins partielle, du régime qui faisait l'objet de la décision initiale ? Une telle question reste ouverte et illustre la difficulté qu'il peut y avoir à définir avec précision les conséquences d'une déclaration d'invalidité d'une décision qui a autorisé la mise en œuvre d'un régime d'aides financé par la perception d'une taxe perçue auprès de certaines entreprises.

En tout état de cause, en ce qui concerne NRJ, il ne devrait pas pouvoir lui être reprochée à l'avenir d'avoir été « sans aucun doute » recevable à saisir le Tribunal d'un recours en annulation contre la décision concernée, ce qui, le cas échéant, lui ouvre toute grande la porte d'une demande préjudicielle en appréciation de validité dirigée contre la décision attaquée (*cf.*, par exemple, CJCE, 2 juill. 2009, aff. C-343/07, *Bavaria et Bavaria Italia*, pt. 40, appliquant la jurisprudence TWD, CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*). ■

↳ AIDES D'ÉTAT

→ RLC 2410

Adoption de nouvelles règles de procédure en matière d'aides d'État et de nouvelles exemptions par catégorie

Dans le cadre de l'initiative de modernisation du contrôle des aides d'État, le Conseil des ministres de l'Union européenne a adopté deux règlements portant, d'une part, sur les règles de procédure en matière d'aide d'État et, d'autre part, sur les exemptions par catégorie. Ces textes visent essentiellement à doter la Commission d'outils plus efficaces pour l'examen des aides d'État et à lui permettre d'adopter ses décisions dans un délai plus court.

Règl. (UE) n° 734/2013, 22 juill. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE ;

Règl. (UE) n° 733/2013, 22 juill. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité CE à certaines catégories d'aides d'État horizontales

Le 22 juillet 2013, le Conseil a adopté, après consultation publique, les deux propositions de règlements de la Commission portant respectivement sur les règles de procédure en matière d'État et sur les règles d'exemption de certaines catégories d'aides (cf., Paroche É., Procédure aides d'État : une réforme timorée, RLC 2013/34, n° 2210). L'adoption de ces deux nouveaux règlements, qui s'inscrit dans le cadre de l'initiative de modernisation du contrôle des aides d'État lancée par la Commission le 8 mai 2012, était attendue de longue date.

En matière de procédure, plusieurs textes avaient été adoptés ces dernières années pour refléter l'évolution de la pratique de la Commission (cf., not., Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État, JOUE 16 juin 2009, n° C 136), sans que cela ne suffise à mettre fin aux critiques formulées au cours des différents processus de consultation et récemment exprimées par la Cour des comptes européenne (cf. Rapport spécial n° 15/2011, Les procédures de la Commission permettent-elles de garantir une gestion efficace du contrôle des aides d'État ?). Sans révolutionner l'ancienne procédure d'examen, le nouveau règlement vise à améliorer le traitement des plaintes qui sont adressées à la Commission et à renforcer les pouvoirs de cette dernière lors de la

collecte d'informations auprès, notamment, des bénéficiaires des aides. On se bornera ici à examiner les principaux changements.

S'agissant d'abord du traitement des plaintes, la Commission était jusqu'alors tenue d'examiner toutes les plaintes qui lui sont adressées par des tiers, même lorsque les éléments apportés au soutien de ces plaintes n'étaient pas suffisants pour lui permettre d'enquêter sur l'aide alléguée. Dans le cadre du nouveau règlement, après avoir invité le plaignant à présenter ses observations, elle peut désormais classer les plaintes pour lesquelles l'intérêt du plaignant ou les faits ne sont pas suffisamment étayés (nouvel article 20, paragraphe 2).

Par ailleurs, le nouveau règlement de procédure permet à la Commission de s'adresser directement au destinataire de l'aide ou à ses concurrents, voire à d'autres tiers, par la voie d'une demande de renseignements, formulée le cas échéant sous forme de décision obligatoire, afin de solliciter les informations nécessaires à l'examen de l'aide (nouvel article 6 bis). Afin de garantir la fiabilité des informations reçues, la Commission dispose d'un pouvoir de sanction. Elle est ainsi en mesure d'imposer aux entreprises et associations professionnelles des amendes d'un montant correspondant à 1 % de leur chiffre d'affaires dans les cas où ces dernières soit fournissent des informations inexacts ou dénaturées, soit s'abstiennent de répondre ou ne répondent que de manière incomplète à une demande de renseignements quand cette dernière prend la forme d'une décision. Elle peut également infliger des astreintes aux entreprises n'ayant pas fourni, de façon complète et exacte, les renseignements demandés par la Commission par voie de décision (nouvel article 6 ter).

Le nouveau règlement de procédure permet également aux juridictions nationales de solliciter des informations ou un avis de la part de la Commission sur les mesures d'aides qu'elles pourraient être conduites à examiner. La Commission peut également jouer le rôle d'*amicus curiae* en soumettant, de sa propre initiative, des observations écrites devant les juridictions nationales, voire en présentant, avec l'autorisation de la juridiction concernée, des observations orales (nouvel article 23 bis).

Enfin, comme c'est déjà le cas en matière de pratiques anti-concurrentielles, la Commission peut désormais procéder à des enquêtes par secteur économique et par instrument d'aide « lorsque les informations disponibles donnent des motifs raisonnables de penser que des mesures d'aides d'État dans un secteur particulier ou reposant sur un instrument d'aide particulier sont susceptibles de restreindre ou de fausser sensiblement la concurrence (...) » (nouvel article 20 bis).

Quant au nouveau règlement d'exemption, il étend la liste des secteurs dans lesquels la Commission est autorisée à adopter de futurs règlements d'exemption par catégorie. La Commission



avait déjà été autorisée par le Conseil à adopter des règlements exemptant de notification les aides d'État en faveur des PME, de la R&D, de l'environnement, de l'emploi, de la formation et des aides régionales. Elle est désormais autorisée à adopter de nouveaux règlements d'exemption dans les secteurs de la culture, du sport amateur, de l'innovation, des infrastructures internet à haut débit, du transport pour les habitants des régions périphériques ou encore l'agriculture, la sylviculture, la pêche ou enfin en cas de calamités naturelles, ce qui devrait lui permettre de se concentrer sur les aides considérées comme étant les plus susceptibles de fausser le jeu de la concurrence.

Il est à noter que les droits procéduraux des États membres, des bénéficiaires des aides et des tiers n'ont pas été clarifiés et les délais d'examen, pourtant principale lacune de la procédure d'aides d'État, n'ont pas été précisés. Deux lacunes importantes pourtant relevées par de nombreuses réponses reçues à la consultation menée par la Commission et qui rendent la procédure d'aides d'État encore perfectible.

*Séverine SCHRAMECK
Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton*

→ RLC 2411

La Commission valide le contrat de gestion conclu entre les autorités belges et la poste belge pour la période 2013-2015

Par une décision du 2 mai 2013, la Commission a autorisé l'octroi de compensations à l'opérateur postal historique belge, bpost, pour la prestation d'une série d'obligations de service public pour la période 2013-2015.

Déc. Comm. UE n° SA.31006, 2 mai 2013, Belgique – Compensations versées à bpost pour la fourniture de services publics sur la période 2013-2015

Bpost, l'opérateur postal historique belge, a récemment fait l'objet d'une introduction en bourse et son capital est désormais détenu à hauteur de 50 % par l'État belge, de 20 % par le fond d'investissement CVC Capital Partners et de 30 % par un actionnariat flottant. Depuis 1992, bpost (anciennement De Post – La Poste) a conclu cinq contrats de gestion avec l'État belge, confiant à bpost la prestation du service postal universel ainsi que d'autres services d'intérêt économique général (SIEG), tels que la distribution de journaux et périodiques, le paiement à domicile des retraites, ou encore le maintien d'un réseau élargi.

Les relations financières entre les autorités belges et bpost font l'objet de procédures d'examen devant la Commission depuis plus de dix ans. En 2003, la Commission avait autorisé, à l'issue d'une enquête préliminaire, une augmentation de capital à hauteur de 297,5 millions d'euros ainsi que d'autres mesures en faveur de bpost notifiées par l'État belge (Déc. Comm. CE, 23 juill. 2003, N763/02 – Augmentation de capital de 297,5 millions d'euros de

La Poste SA/NV). La Commission avait alors estimé que les aides financières octroyées à bpost n'avaient pas excédé les surcoûts supportés par l'entreprise dans l'exécution de ses missions de service public entre 1992 et 2002. Cette décision a fait l'objet d'un recours introduit par Deutsche Post et sa filiale DHL International devant le Tribunal, qui a annulé la décision de la Commission, en considérant qu'elle aurait dû ouvrir une procédure formelle d'examen compte tenu des difficultés sérieuses soulevées par l'examen des mesures notifiées (TPICE, 10 févr. 2009, aff. T-388/03, Deutsche Post et a. c/ Commission, Cheynel B., Du contrôle du Tribunal sur les décisions de la Commission adoptées à l'issue de la procédure préliminaire d'examen, RLC 2009/19, n° 1343, confirmé par CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-148/09 P, Belgique c/ Deutsche Post et a., Cheynel B., Recours contre les décisions de ne pas soulever d'objections : inflexion et illustrations, RLC 2012/31, n° 2063).

En 2005, plusieurs distributeurs de presse ont également déposé une plainte contre l'accord entre l'État belge et bpost, confiant à cette dernière la distribution de la presse dans toute la Belgique et fixant les tarifs ainsi que la compensation versée à bpost pour l'exécution de ce service. Après un premier rejet de la plainte, la Commission a ouvert une procédure d'office en 2007 sur le contrat de gestion de 2005, qui n'avait pas été notifié.

Compte tenu de l'annulation de sa décision du 23 juillet 2003, et des premières informations obtenues des autorités belges dans le cadre de la procédure d'office ouverte en 2007, la Commission a décidé d'ouvrir une procédure formelle d'examen concernant les quatre premiers contrats de gestion conclus entre les autorités belges et bpost. Au terme d'un examen approfondi, la Commission a ordonné à la Belgique de récupérer auprès de bpost 417 millions d'euros, correspondant au montant des aides incompatibles résultant des surcompensations de services publics versées à bpost entre 1992 et 2010 (Déc. Comm. UE, 25 janv. 2012, SA.14588 – Mesure mise à exécution en faveur de De Post – La Poste (à présent bpost)).

Quelques mois plus tard, par une décision du 2 mai 2013, la Commission a cette fois autorisé l'octroi de compensations pour la prestation d'une série d'obligations de service public entre 2013 et 2015, telles que prévues dans le cinquième contrat de gestion conclu entre les autorités belges et bpost, contrat qui avait cette fois fait l'objet d'une notification à la Commission (cf. Communiqué Comm. UE n° IP/13/390, 2 mai 2013).

La Commission a considéré que les mesures notifiées par les autorités belges dans le cadre du cinquième contrat de gestion étaient conformes au nouveau paquet SIEG de la Commission, qui définit les conditions de la compatibilité avec le marché intérieur des compensations de service public constituant des aides d'état (cf. Comm. UE, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, JOUE 11 janv. 2012, n° C 8).

La Commission a relevé que les autorités belges avaient notamment organisé une consultation publique afin de prouver qu'elles ont dûment pris en considération les besoins en matière de services publics et que les services en cause sont de véritables SIEG (pt. 14 de l'Encadrement).



Les autorités belges se sont également attachées à démontrer que le montant des compensations attribuées à bpost, qui s'élèvent à environ 300 millions d'euros par an, ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir le coût net de l'exécution des obligations de service public, ainsi qu'un bénéfice raisonnable. À cette fin, les autorités belges ont suivi la méthode de calcul du coût net évité, qui consiste à déterminer la différence entre le coût net supporté par le prestataire, lorsqu'il exécute les obligations de service public, et le coût ou bénéfice net du même prestataire, dans l'hypothèse théorique où il ne les exécute pas (pt. 25 de l'Encadrement). En outre, les autorités belges ont prévu des mesures incitatives pour améliorer l'efficacité et la qualité des services publics fournis par bpost (pts. 39 à 43 de l'Encadrement). La Commission en a conclu que les compensations versées ne dépassaient pas le coût net des missions de service public confiées à bpost.

En outre, lorsqu'elles confieront le service de la distribution de journaux et périodiques en Belgique, les autorités belges se sont engagées à respecter les règles des marchés publics (pt. 19 de l'Encadrement), en organisant un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire, et en accordant une concession à l'opérateur retenu pour assurer ce service à partir du 1^{er} janvier 2016.

Enfin, pour la période 2010-2012, pendant laquelle le quatrième contrat de gestion – qui a fait l'objet de la décision d'incompatibilité du 25 janvier 2012 – a été prolongé, les autorités belges se sont engagées à récupérer rapidement le montant de la surcompensation de 119 millions d'euros (plus les intérêts) perçue par bpost.

Esther BITTON
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

→ RLC 2412

La « procédure de marché public » au sens de la jurisprudence *Altmark*

Une procédure même publique, ouverte et transparente peut ne pas suffire à satisfaire la quatrième condition fixée par la jurisprudence *Altmark* si elle ne permet pas d'assurer le choix de l'offre de « moindre coût pour la collectivité ».

Trib. UE, 12 sept. 2013, aff. T-347/09, Allemagne c/ Commission ;

Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. T-325/10, Iliad et a. c/ Commission

Que ce soit dans le cadre de la procédure administrative menée par la Commission ou devant les juridictions nationales (cf. not. CE, 13 juill. 2012, n° 347073, concernant les Aéroports du Grand Ouest ; CE, 13 juill. 2012, n° 355616, concernant l'affaire SNCM/CMN ; CE, 23 juill. 2012, n° 343440), les États dispensateurs de soutiens aux entreprises peuvent échapper à la qualification d'aide d'État s'ils sont en mesure de démontrer que de tels soutiens constituent des compensations d'obligation de service public, excluant de ce fait tout avantage pour l'entreprise bénéficiaire.

En ce sens, la jurisprudence *Altmark* prévoit que l'exclusion de la qualification d'aide d'État suppose la réunion de quatre conditions cumulatives : (i) l'entreprise bénéficiaire d'une telle compensation doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligation de service public et ces obligations doivent être clairement définies ; (ii) les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de manière objective et transparente ; (iii) la compensation accordée ne saurait excéder ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; (iv) lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée expose afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises (CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, pts. 89 à 93 ; cf. également les précisions apportées par la communication relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JOUE 11 janv. 2012, n° C 8).

Cette dernière exigence offre aux autorités dispensatrices une alternative entre soit une présomption de « moindre coût pour la collectivité » découlant des modalités de la procédure de sélection de l'entreprise en charge du SIEG, soit la démonstration *in concreto* de l'adéquation du niveau de la compensation aux coûts d'une entreprise « normale ».

La première branche de cette dernière exigence, donne lieu à d'intéressantes précisions dans l'arrêt T-347/09. Plus particulièrement, le Tribunal est conduit y à préciser ce qu'il convient d'entendre par « procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité ».

À cet égard, on se souvient que la Commission avait déjà eu l'occasion de préciser que la procédure négociée avec publication préalable (Dir. Parl. et Cons. CE n° 2004/18/CE, 31 mars 2004, art. 30) ne peut satisfaire à la première option de la quatrième condition de l'arrêt *Altmark* que dans des circonstances exceptionnelles (cf. Déc. Comm. CE n° C (2004) 4343 fin, relative à l'aide d'État n° N 381/04, 16 nov. 2004, Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques, et Déc. Comm. CE n° C (2005) 1170 fin, 3 mai 2005, relative à l'aide d'État n° N 382/04, Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)), dès lors que cette procédure suppose des négociations avec les prestataires potentiels du SIEG et confère donc une marge d'appréciation trop large à l'autorité publique et peut aussi restreindre la participation des prestataires potentiels intéressés. Pour des raisons similaires, le « dialogue compétitif » (Dir. n° 2004/18, précitée, art. 29) ainsi que la « procédure négociée sans publication d'un avis de marché » (Dir. n° 2004/18, précitée, art. 31) ne constituent pas des procédures suffisamment concurrentielles (Communication Comm. CE précitée, pt. 66).



Dans l'arrêt T-347/09, le Tribunal vient mettre en évidence une autre hypothèse dans laquelle le recours à des procédures pour tant ouvertes est insuffisant pour que les modalités d'octroi de la gestion d'un SIEG – pouvant pourtant satisfaire aux autres exigences fixées par l'arrêt *Altmark* – puissent bénéficier de la présomption de « *moindre coût pour la collectivité* ». Dans cet arrêt traitant, entre autres, des modalités du transfert à titre gratuit par l'Allemagne de certaines zones du patrimoine naturel national à des organisations de protection de l'environnement en contrepartie notamment d'obligations d'entretien, le Tribunal a constaté que, si la procédure de sélection des organisations était « *publique, ouverte et transparente* », la sélection des projets n'en demeurerait pas moins effectuée, essentiellement, selon des critères techniques de protection de l'environnement et non selon le rapport qualité prix (arrêt commenté, pts. 82 ; TPICE, 12 févr. 2008, aff. T-289/03, BUPA et a. c/ Commission, pt. 160). En l'espèce, le critère du coût, s'il pouvait guider le choix, ne devait intervenir que, dans le cas (exceptionnel) où des organisations proposeraient le même projet. Ce faisant, par les critères de choix retenus, une procédure de ce type n'était pas à même de garantir la sélection du coût le plus bas pour la collectivité, seul étalon du quatrième critère posé par l'arrêt *Altmark*. À cet égard, si le Tribunal admet que l'appréciation de ce critère doit, dans certaines circonstances, s'effectuer avec souplesse (arrêt commenté, pt. 81 ; TPICE, 12 févr. 2008, précité, pt. 160), cette souplesse ne saurait toutefois dénaturer l'objet même de cette condition.

Face à une telle procédure ne permettant pas à la collectivité publique dispensatrice de pouvoir prétendre au bénéfice de la présomption susvisée, il lui appartient de s'assurer que la mesure en cause satisfait bien aux exigences de la seconde option de la quatrième condition *Altmark*, à savoir que le niveau de la compensation n'excède pas le niveau des coûts exposés par une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public concernées, « *compte tenu des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* » (arrêt *Altmark*, précité, pt. 93).

À titre de conclusion, il convient de rappeler que le recours à une procédure satisfaisant, en principe, le niveau d'exigence de la quatrième condition (notamment les « *procédures ouvertes* » telles que celle prévue par les articles 1^{er}, paragraphe 11, sous a), de la directive n° 2004/18 et 1^{er}, paragraphe 9, sous a), de la directive n° 2004/17 ; « *procédure restreinte* » telles que celle prévue par les articles 1^{er}, paragraphe 11, sous b), de la directive n° 2004/18 et 1^{er}, paragraphe 9, sous b), de la directive n° 2004/17) n'est pas un gage absolu de sécurité, s'il s'avère que celle-ci n'a, en pratique, pas assuré une concurrence ouverte et réelle suffisante, comme cela peut être le cas notamment lorsqu'une seule offre est présentée (Communication Comm. CE précitée, pt. 68).

Pour autant, là encore, le fait qu'une seule offre ait été déposée n'emporte pas automatiquement exclusion du bénéfice de la présomption de « *moindre coût pour la collectivité* » et, partant l'obligation d'établir *in concreto* l'adéquation du niveau de la compensation.

C'est ce qu'illustre l'arrêt T-325/10 relatif au projet de réseau de communication électronique à très haut débit dans le départe-

ment des Hauts-de-Seine que la Commission a considéré comme ne recelant aucune aide d'État en raison de la satisfaction des quatre conditions *Altmark* (Déc. Comm. CE n° C (2009) 7426 final, 30 sept. 2009). Dans cet arrêt, le Tribunal a confirmé notamment le bénéfice de la présomption de « *moindre coût pour la collectivité* » retenue par la Commission, en relevant que, si seul un candidat avait été en mesure de déposer une offre complète dans le cadre de l'attribution de cette délégation, la procédure l'ayant désigné avait, dans son ensemble, permis de sélectionner un candidat capable de fournir le service en cause au moindre coût pour la collectivité. Au soutien de ce constat, il relève que la procédure s'était déroulée en deux étapes. La première avait donné lieu à des études de faisabilité ainsi qu'à des consultations publiques ayant conduit le département des Hauts-de-Seine à fixer un montant maximal de subvention. La seconde avait donné lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence entre les six candidats ayant pris part au programme de consultation mais dont uniquement un seul avait pu présenter une offre complète qui par la suite avait fait l'objet d'une analyse approfondie.

Benjamin CHEYNEL^(*)

Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

Éléments bibliographiques. Le récent *Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général*, SGAE, août 2013 (<www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/03_Autorites_FR_et_UE/Autres-positions/Guide_SIEG.pdf>) ; Commission, Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « *marchés publics* » et de « *marché intérieur* », SWD(2013) 53 final/2, 18 févr. 2013.

→ RLC 2413

Aides d'État et notion d'entreprise

Les activités économiques accessoires d'une entité principalement en charge d'une activité non économique (de préservation de l'environnement) imposent, en principe, aux États membres soutenant ces entités de notifier à la Commission leur soutien dans le cadre du contrôle des aides d'État.

Trib. UE, 12 sept. 2013, aff. T-347/09, Allemagne c/ Commission

La notion d'entreprise constitue, en tant que critère d'applicabilité du droit de la concurrence, un pilier de ce corps de règles. L'affirmation relève de l'évidence s'agissant du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, mais elle vaut tout autant – et c'est souvent méconnu – s'agissant du contrôle des aides d'État. En effet, il convient de ne pas oublier que les articles 107 et suivants

^(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.



TFUE n'ont vocation à s'appliquer que si le bénéficiaire de la mesure susceptible d'être qualifiée d'aide est une entreprise.

La jurisprudence de ces dernières années a révélé l'existence de vifs débats autour de cette notion, intimement liée à celle d'activité économique ainsi que le rappelle itérativement la jurisprudence (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser, pt. 21). Il suffit à cet égard de renvoyer aux arrêts *FENIN* (CJCE, 11 juill. 2006, aff. C-205/03 P), *MOTOE* (CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. C-49/07), *SELEX* (CJCE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P), *Compass-Datenbank* (CJUE, 12 juill. 2012, aff. C-138/11) ou encore *Stichting Administratiekantoor Portielje et Gosselin Group NV* (CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P).

L'arrêt sous commentaire porte le débat sur le terrain des activités de protection de l'environnement, problématique à ce jour encore peu explorée mais néanmoins très sensible ainsi que l'atteste les interventions des gouvernements français, néerlandais et finlandais au soutien de l'Allemagne. Dans cette affaire, faisait l'objet d'un recours en annulation la décision de la Commission aux termes de laquelle elle considérait que constituait des aides d'État certaines mesures du gouvernement allemand en faveur de l'environnement (Déc. Comm. CE, 2 juill. 2009, C (2009) 5080 final, JOUE 24 sept. 2009, n° C 230). La première avait pour objet de transférer, à titre gratuit, certaines zones du patrimoine naturel à des fondations et autres organisations de protection de la nature afin de libérer l'État de ses charges d'entretien et de développement de ces zones. En contrepartie de ce transfert, étaient mis à la charge des entités concernées des obligations contractuelles ainsi que l'obligation, en cas d'excédents de recettes par rapport aux dépenses effectives, de reverser ces sommes à l'État fédéral ou de les réinvestir dans la conservation du patrimoine. La seconde mesure sur des mesures de subventionnement de grands projets de protection de l'environnement que les entités chargées de la gestion du projet (entités étatique ou organisation de protection de l'environnement) de ces projets pouvaient en partie financer au moyen des recettes tirées des terrains qu'elles gérait (baux de chasse et de pêche, vente de bois, tourisme), sous réserve toutefois que tout excédent de recettes devait être remboursé à l'État fédéral.

L'Allemagne contestait fermement la qualification d'aide d'État au motif que les mesures en cause ne bénéficiaient pas à des entreprises au sens du droit de la concurrence dès lors que l'activité de protection de l'environnement devait se voir reconnaître un caractère exclusivement social, nonobstant la possibilité laissée à ces entités de se procurer – certes très marginalement – des recettes. Assez naturellement, le Tribunal refuse de suivre cette voie. Il est en effet de jurisprudence que constitue une activité économique – cœur de la notion d'entreprise – « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, AG2R, pt. 42). Or, les activités accessoires susvisées de ces entités – aussi marginales puissent-elles être pour celles-ci – n'en répondent pas moins incontestablement à cette définition. À cet égard, le Tribunal ajoute que le fait que ces activités soient rendues moins compétitives sur le marché en raison du statut des organisations en cause et des exigences s'imposant à elles est dépourvu de pertinence (arrêt commenté, pt. 44). Par ailleurs, il vient s'assurer que ces activités – incontestablement économiques – ne sont pas rendues obli-

gatoires par l'activité principale et non économique des entités en cause, s'appuyant à cet effet sur la jurisprudence *SELEX* (arrêt commenté, pts. 29 et 41). Ce faisant, le Tribunal semble admettre que des activités accessoires de nature économique puissent perdre cette nature du fait de l'intensité du lien qui les unit à une activité non économique.

Si la qualification des organisations concernées en tant qu'entreprises était relativement prévisible au regard de la jurisprudence, l'arrêt présente toutefois l'intérêt de mettre en évidence la problématique que constitue cette qualification dans le champ spécifique du contrôle des aides d'État. Contrairement aux pratiques anticoncurrentielles qui font l'objet d'un contrôle *a posteriori* où l'appréciation d'existence d'une activité économique se fait, s'il on peut dire, « sur pièce », il convient de rappeler que le contrôle des aides d'État, tout du moins lorsque les États ont respecté leurs obligations procédurales de notification préalable et de *standstill*, s'effectue *a priori*. Il impose donc aux États membres des contraintes supplémentaires que révèle de manière évidente la présente affaire tenant au caractère prospectif de l'autorisation à venir de la Commission mais également au fait que celle autorise le versement d'une aide des entités qui peuvent avoir une activité pour partie économique et pour partie non économique.

Ainsi, si les États entendent mettre en place des mécanismes de soutiens financiers à destination d'activités non économiques, ils doivent, pour éviter d'entrer dans le champ des articles 107 et suivants TFUE, attentivement veiller à ce que les bénéficiaires de ces soutiens à venir ne puissent pas, même (très) marginalement, intervenir sur des marchés concurrentiels en employant les avantages procurés par le soutien étatique.

En ce sens et concernant des avantages tels que ceux en cause (transfert à titre gratuit de terrains, subventionnement de programme assortis de droits de gestion sur des terrains), l'arrêt sous commentaire est très clair ; il appartient à l'État membre notamment de fournir des garanties permettant d'exclure que les entités concernées se livrent à des activités économiques (arrêt commenté, pts. 33 et 36). À cet égard, ne sont pas de nature à offrir de telles garanties et donc à affranchir les États de leurs obligations découlant de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase (obligations de notification préalable et de *standstill*) des mesures telles que confier l'activité en cause à une entité à but non lucratif ou d'utilité publique (CJCE, 16 nov. 2015, aff. C-244/94, FFSA, pt. 21), prévoir un mécanisme d'affectation des recettes aux activités non-économiques poursuivies (en l'occurrence, la protection de l'environnement) ou encore prévoir un mécanisme de transfert à l'État des recettes excédentaires rendant, de ce fait, l'exercice d'activités sur un concurrentiel non rentable (CJCE, 10 janv. 2006, aff. C-222/04, pt. 123). En effet, si elles sont à même d'empêcher ces organisations de tirer profit de ces activités accessoires à leur activité non économique, elles ne permettent en rien d'éviter que les activités économiques accessoires n'aient un impact sur le marché. Or, l'objet même de la réglementation en matière d'aide d'État est justement de maîtriser les effets sur le marché des interventions étatiques.

Pour autant, il ne nous semble pas découler du présent arrêt que l'octroi par des collectivités publiques d'avantages (et en particulier de subventions) à des entités exerçant à titre principal des



activités non économiques mais également à titre accessoire – voire marginal – des activités économiques tombe nécessairement dans le champ des articles 107 et suivants TFUE, dès lors qu'une étanchéité parfaite est garantie entre les deux types d'activités et qu'en particulier aucun subventionnement croisé n'est possible. Toutefois, dans un tel contexte, il importe que l'État offre à la Commission des garanties solides de cette étanchéité.

Benjamin CHEYNEL (*)

→ RLC 2414

Rectification par la Commission d'une décision d'ouverture de la procédure formelle

Il ne saurait être reproché à la Commission d'avoir, même sans base juridique expresse, procédé à la rectification d'une décision d'ouverture de la procédure formelle.

CJUE, 13 juin 2013, aff. jtes. C-630/11 P à C-633/11 P, HGA et a.

Il est constant que le règlement n° 659/1999 est silencieux quant à la possibilité pour la Commission de procéder à la rectification d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen (Règl. Cons. CE n° 659/1999, art. 6) ainsi qu'à l'extension d'une procédure pendante. C'est en s'appuyant sur ce silence que les requérants dans la présente affaire ont tenté d'obtenir l'annulation de la décision d'incompatibilité adoptée par la Commission (Déc. Comm. CE, 2 juill. 2008, n° 2008/854, relative au régime d'aides « Loi régionale n° 9 de 1998 – application abusive de l'aide N 272/98 », JOUE 13 nov. 2008, n° L 302), faisant valoir en substance que, lorsque la Commission entendait modifier ou étendre une procédure, elle devait nécessairement clore la procédure ouverte pour ensuite en rouvrir une nouvelle.

C'est sans grande surprise que la Cour confirme le raisonnement du Tribunal (Trib. UE, 20 déc. 2011, aff. T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, pts. 71 à 73) par lequel celui-ci avait considéré que, lorsque la Commission s'aperçoit qu'une décision d'ouverture de la procédure formelle repose sur des faits incomplets (manquait en l'occurrence la référence à la délibération de la *Regione autonoma della Sardegna* servant de fondement aux aides litigieuses) ou sur une qualification juridique erronée de ces faits (en l'occurrence le passage d'une procédure pour application abusive d'un régime approuvé à une procédure d'aide nouvelle), la Commission peut adopter une simple décision de rectification dont la nature doit être assimilée à celle d'une décision d'ouverture de la procédure formelle. Une telle conclusion découle d'évidentes considérations d'économie de procédure et du principe de bonne administration.

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.

La Cour insiste toutefois sur le fait qu'une rectification de décision d'ouverture de la procédure formelle ou l'extension d'une telle procédure ne doit pas porter atteinte aux droits procéduraux des parties intéressées. Cela implique, de la part de la Commission, qu'elle procède, ainsi que ce fut le cas en l'espèce, à une (nouvelle) publication au *Journal Officiel* de la décision en cause ainsi que de l'invitation à présenter des observations.

L'arrêt sous commentaire permet également d'apporter des précisions quant aux éléments que la Commission peut utiliser pour procéder à la rectification d'une décision d'ouverture de procédure formelle. Alors que les requérants soutenaient que la Commission pouvait précéder à une telle rectification uniquement sur la base d'éléments qu'elle ne possédait pas à date de la décision initiale, la Cour a considéré que l'appréciation juridique initialement retenue pouvait être corrigée non seulement à la suite de la découverte d'un élément de fait antérieurement inconnu mais également à l'issue d'une étude plus approfondie des éléments se trouvant déjà dans la possession de la Commission (arrêt commenté, pt. 58).

Benjamin CHEYNEL (*)

→ RLC 2415

Conséquences d'une mise sous séquestre d'une aide illégale par son bénéficiaire

La mise sous séquestre par son bénéficiaire d'une aide versée par un État membre avant une décision finale de la Commission ne saurait permettre d'écarter le constat d'illégalité de cette aide, mais devrait néanmoins exclure le recouvrement d'intérêts sur les sommes concernées.

Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. jtes. T-226/09 et T-230/09, *British Telecommunications et a.*

Saisi d'un recours contre la décision de la Commission ayant déclaré incompatible avec le marché intérieur une exemption de cotisation à un fond d'indemnisation des membres de régimes de retraite dont les employeurs sont devenus insolubles accordée par une législation britannique à British Telecom en raison d'une garantie publique dont elle bénéficie (Déc. Comm. CE, 11 févr. 2009, concernant l'aide d'État C 55/2007 mise en œuvre par le Royaume-Uni – garantie publique en faveur de BT), le Tribunal était, pour la première fois, confronté à un moyen par lequel un des requérants, à savoir BTPS Trustees, faisait valoir que la mise sous séquestre des sommes constitutives de l'aide déclarée incompatible interdisait sa récupération au motif que cette mesure conservatoire faisait obstacle au constat du caractère illégal de l'aide en cause, dont il convient rappeler qu'il constitue le seul

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.



fondement de l'obligation de récupération, qu'elle soit imposée par une juridiction nationale ou la Commission.

Au soutien de son moyen, BTPS Trustees faisait essentiellement valoir que la convention de séquestre conclue par British Telecom la conduisant à verser sur un compte de séquestre les sommes qui auraient été dues au fonds d'indemnisation ainsi que des intérêts correspondants avait pour conséquence que British Telecom n'avait bénéficié d'aucun avantage.

Le Tribunal a refusé de faire droit à cette argumentation en relevant que la récupération d'une aide d'État, y compris à titre provisoire, notamment par le biais d'un compte de séquestre doit être distinguée d'une absence de mise en œuvre de l'aide d'État. Un tel constat est en parfaite adéquation avec la nature même du contrôle des aides d'État qui a pour objet, dans le cadre d'une procédure engagée entre la Commission et un État membre dispensateur, d'apprécier, en principe *a priori*, la compatibilité d'une mesure d'État avec les règles du traité et dans le cadre de laquelle les entreprises – bénéficiaires comme concurrentes – n'ont qu'un droit à être associés « *dans une mesure adéquate* » (CJCE, 8 mai 2008, aff. C-49/09 P, Ferriere Nord, pt. 69). C'est d'ailleurs certainement ce constat qui avait fondé la jurisprudence aux termes de laquelle une aide peut être considérée comme octroyée même si son montant n'a pas encore été versé à son bénéficiaire (Trib. UE, 1^{er} juill. 2010, aff. T-64/08, Nuova Terni Industrie Chimiche c/ Commission, pt. 234). Par ailleurs, il serait fort peu conforme à l'esprit de la procédure de considérer que l'effet – ou en l'occurrence l'absence d'effet – d'une mesure serait à même de couvrir l'illégalité d'un mécanisme d'aide (arrêt *Nuova Terni Industrie Chimiche*, précité, pt. 236) qui, d'ailleurs n'aurait pas dû être mis en œuvre par l'État avant l'obtention d'une décision finale favorable de la Commission (art. 108, § 3, TFUE). Ainsi dès lors qu'un mécanisme d'aide élaboré par l'État est fonctionnel et inconditionnel (le Tribunal semble toutefois réserver les cas de mécanismes exigeant une demande préalable du bénéficiaire ou une autorisation préalable), il doit être considéré comme illégal, sans que ses effets n'importent.

Si une mesure de séquestre n'est donc pas à même de faire obstacle au constat d'illégalité d'une aide accordée par un État membre en violation de la dernière phrase de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, il est loisible de s'interroger sur l'impact qu'une telle mesure conservatoire peut avoir sur l'obligation d'assortir le remboursement des aides illégales et incompatibles versées d'intérêts. Il ressort en effet de l'article 14, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999 (mis en application par le règlement n° 794/2004, art. 9) que, si l'aide à récupérer en vertu d'une décision de récupération comprend des intérêts qui sont calculés sur la base d'un taux approprié fixé par la Commission, ces intérêts courent néanmoins à compter de la date à laquelle l'aide illégale a été mise à la disposition du bénéficiaire jusqu'à celle de sa récupération. Or, s'il s'avère que les sommes mises sous séquestre l'ont été immédiatement, qu'elles correspondent exactement aux sommes qualifiées d'aides incompatible par la Commission et qu'elles ne produisent pas d'intérêt au profit de l'entreprise concerné, il est difficilement contestable qu'elles n'ont pas été – au moins économiquement – mises à disposition du bénéficiaire. Va également en ce sens le fait que le recouvrement d'intérêts sur les

sommes octroyées illégalement a pour objet d'éliminer les avantages financiers accessoires aux aides illégales provenant de la mise à disposition gratuite du capital en cause pour une certaine période (TPICE, 8 juin 1995, aff. T-459/93, Siemens c/ Commission, pts. 97-101 ; Communication - Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun, JOCE 15 nov. 2007, n° C 272, pt. 14).

Dans une telle situation, il ne serait donc pas déraisonnable de soutenir que l'imposition par la Commission d'intérêts sur des sommes à rembourser ayant été mises sous séquestre n'est pas justifiée. C'est d'ailleurs ce que laisse présumer le point 275 de l'arrêt sous commentaire aux termes duquel le recours à un compte de séquestre peut affecter les modalités de récupération de l'aide. Toutefois, l'imposition de ces intérêts étant comprise dans la décision d'incompatibilité et de récupération, il tombe sous le sens que l'ensemble des éléments à même de démontrer que les sommes en cause n'ont jamais été à la disposition du bénéficiaire doit être porté à la connaissance de la Commission dès la procédure administrative (par l'État membre ou l'entreprise concernée) et ne saurait être invoqué pour la première fois ultérieurement que soit devant les juridictions nationales en raison de la forclusion née de la jurisprudence TWD (CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf) ou au stade du recours en annulation, la légalité d'une décision en matière d'aides d'État devant être appréciée en fonction des éléments d'information dont la Commission pouvait disposer au moment où elle l'a arrêtée (notamment, CJUE, 2 sept. 2010, aff. C-290/07 P, Commission c/ Scott, pt. 91). Par ailleurs, dans le cadre des recours en annulation introduit par les entreprises ayant eu recours à ce type de mécanisme, les avocats doivent prendre grand soin de s'assurer que le grief fondé sur l'imposition d'intérêts « indus » fait l'objet d'un moyen autonome et clairement identifié, ce qui ne semble pas avoir été le cas dans l'affaire sous commentaire (*cf.*, arrêt commenté, pt. 262 ; à cet égard, *cf.*, Barennes M., Hecker P., *Strategic and efficient brief writing before the General Court of the European Union: Practical suggestions regarding the application and the reply in competition law cases*, Concurrences, 4-2012).

Benjamin CHEYNEL^(*)

^(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.



→ RLC 2416

Tableau de bord des aides d'État françaises (30 mai 2013 – 20 septembre 2013)

Benjamin CHEYNEL (*)

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
17 sept. 2013 (17 juill. 2013)	SA.27543	Droits de propriété sur les infrastructures de télécommunications	<ul style="list-style-type: none"> * Publication de la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen (date limite : 17 octobre 2013). * Décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen (Date limite : 17 octobre 2013). 	<ul style="list-style-type: none"> * JOUE 19 sept. 2013, n° C 268 * Communiqué Comm. UE n° IP/13/707, 17 juill. 2013 	Procédure faisant suite à une plainte anonyme alléguant la octroi d'une aide d'État aux câblo-opérateurs détenus par la société Numéricable, par un transfert gratuit de droits de propriété sur les réseaux câblés et d'infrastructures de génie civil appartenant auparavant aux collectivités territoriales, ces transferts ayant été opérés entre 2003 et 2006 lors de la transformation des conventions de délégation de service public conclues initialement par les opérateurs avec les communes en conventions d'occupation du domaine public relatives à des réseaux câblés.
17 sept. 2009	SA.36163	Création d'un crédit d'impôt innovation (1 ^{er} janv. – 31 déc. 2013) Base juridique : L. n° 2012-1509, 29 déc. 2012, art. 71 (JO 30 déc.).	Renseignements communiqués par la France sur les aides d'État accordées conformément au règlement CE n° 800/2008 du 6 août 2008 (RGEC) (art. 31 paragraphe 2 sous c), 33, 34).	JOUE 17 sept. 2009, n° C 268	Crédit d'impôt spécifique pour les dépenses d'innovation engagées par les petites et moyennes entreprises satisfaisant à la définition des micro, petites et moyennes entreprises.
16 sept. 2013	T-325/10, T-258/10, T-79/10 (N 331/2008)	Compensation de charges pour une délégation de service public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine (10 oct. 2009 – 10 oct. 2015) Base juridique : CGCT, art. L. 1425-1.	Jugement du Tribunal de l'Union européenne rejetant les recours en annulation de liad et a., Orange et COLT Télécommunications France contre la décision du 30 septembre 2009 (JOUE 23 sept. 2010, n° C 256), la Commission a considéré que le mécanisme en cause n'était pas constitutif d'une aide.		
7 sept. 2013	SA.37217	Aide aux investissements collectifs en coopératives d'utilisation de matériel agricole (CUMA) dans le département du Gers Base juridique : CGCT, art. L. 1511-1 s. et L. 4211-1 ; délibération du Conseil général du 28 juin 2013.	Renseignements communiqués par la France sur les aides d'État accordées conformément au règlement CE n° 1857/2006 (PME agricoles) (Rég. Comm. CE n° 1857/2006, 15 déc. 2006, art. 4 – Investissements dans les exploitations agricoles).	JOUE 7 sept. 2013, n° C 259	Présentation complète : < http://www.gers-applications.fr/changes/Deliberation_aide_aux_CUMA-juin_2013.pdf >

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
31 août 2013 (29 août 2013) (17 août 2013) (12 juill. 2013)	SA.22843	<p>Délégation de service public 2007-2013 à la SNCM, à l'exclusion des mesures de restructuration et de privatisation</p> <p>Base juridique : Convention de délégation de service public signée entre la Collectivité territoriale de Corse et l'Office des transports de Corse, d'une part, et la SNCM et la CMN, d'autre part, conclue le 7 juin 2007.</p>	<p>* Publication du recours dans l'affaire T-366/13 (31 août 2013).</p> <p>* Rejet de la demande de sursis exécution (29 août 2013).</p> <p>* Publication de la décision négative assortie d'un ordre de récupération (17 août 2013).</p> <p>* Introduction du recours et d'une demande de sursis à l'exécution de la décision (T-366/13 ; 12 juillet 2013).</p> <p>* Décision C (2013) 1926 final de la Commission, du 2 mai 2013 :</p> <ul style="list-style-type: none"> - de compatibilité concernant les compensations de service public reçues depuis le 1^{er} juillet 2007 par la SNCM et la CMN pour la desserte maritime dite « de base » entre la Corse et Marseille, afin d'assurer la continuité territoriale ; - d'incompatibilité assorti d'un ordre de récupération (environ 230 millions d'euros) concernant les aides perçues par la SNCM pour un service dit « complémentaire » destiné à couvrir les périodes de pointe pendant la saison touristique. 	<p>* JOUE 31 août 2013, n° C 252</p> <p>* JOUE 17 août 2013, n° L 220</p> <p>* Communiqué Comm. UE n° IP/13/393, 2 mai 2013</p>	<p>* À lier à CE, 15 déc. 2006, n° 298618, Corsica Ferries ; CE, 13 juill. 2012, n°s 355616, 355622, 358396, CMN, SNCM.</p> <p>* À lier à la décision de la Commission du 8 juillet 2008 autorisant la restructuration de la SNCM sous réserve d'engagements (JOCE 27 août 2009, n° L 225).</p>



DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
14 août 2013 (14 mai 2013)	SA.37075	Aide au sauvetage en faveur du Crédit Immobilier de France – Prolongation de la garantie temporaire et augmentation de son plafond maximal (durée étendue jusqu'au 28 novembre 2013 ; plafond augmenté de 1 milliard d'euros à 19 milliards)	* Décision d'autorisation temporaire jusqu'à l'adoption par la Commission d'une décision finale sur le plan de résolution ordonnée du Crédit Immobilier de France que les autorités françaises se sont engagées à présenter au plus tard le 28 novembre 2013. À défaut, la mesure est approuvée jusqu'au 28 novembre 2013. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous b).		À lier à la décision du 21 février 2013 de la Commission dans l'affaire SA.35389 (JOUE, 14 mai 2013, n° C 134 ; Communiqué Comm. UE n° IP/13/148, 21 fév. 2013) par laquelle elle a décidé d'autoriser temporairement l'aide au sauvetage du CIF en la subordonnant à la présentation d'un plan de restructuration ou de résolution ordonnée, dans un délai de six mois ainsi qu'à l'Engagement de la France de faire respecter, notamment, les interdictions d'acquisition et de verser des coupons ou des dividendes, d'augmenter son volume d'affaires et obligation d'appliquer des conditions plus strictes à l'octroi de nouveaux prêts.
13 août 2013 (2 juill. 2013)	SA.36251	Crédit d'impôt pour les œuvres cinématographiques étrangères - modifications pour l'année 2013 (i) inclusion des dépenses d'hébergement au titre des dépenses éligibles ; (ii) inclusion des dépenses d'hébergement au titre des dépenses éligibles, plafonnées à un certain montant par nuitée fixé par décret Base juridique : L. fin. rect. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 34 ; CGI, art. 220 quaterdecies, 220 Z et CGI, ann. III, art. 46 quater-0 ZY bis à 46 quater-0 ZY septies.	* Publication de la décision. * Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous d).	JOUE 13 août 2013, n° C 234	Le crédit d'impôt a été autorisé initialement par une décision de la Commission du 2 juillet 2009 (Déc. Comm. CE n° C (2009) 5084 final, 2 juill. 2009, concernant l'aide d'État n° N 106/2009). Par sa décision du 11 janvier 2013 (Déc. Comm. UE n° C (2013) 74 final, 11 janv. 2013, concernant l'aide d'État n° SA.35633 (2012/N)), la Commission a approuvé une prolongation du régime jusqu'au 31 décembre 2017. La mesure concernée sera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013. À partir du 1 ^{er} janvier 2014, la mesure initiale, telle qu'approuvée en dernier lieu par la décision du 11 janvier 2013, continuera à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2017.

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
3 août 2013 (18 avr. 2013)	C-368/12 (SA.1365 (ex C-57/2002 ; ex NN 7/2002)	<p>* Affaire Adiamix</p> <p>* Exonération fiscale pour les sociétés créées en vue de reprendre les activités d'entreprises industrielles en difficulté de l'impôt sur les sociétés pour une période de deux ans.</p> <p>* Base juridique : CGI, art. 44 septies, introduit par L. fin. n° 88-1149, 23 déc. 1988, art. 14 A.</p>	<p>* Publication de l'ordonnance.</p> <p>* Ordonnance d'irrecevabilité manifeste (insuffisance d'informations) de la demande de décision préjudicielle en appréciation de validité de la décision n° 2004/343/CE de la Commission du 16 décembre 2003 concernant le régime d'aide mis à exécution par la France.</p>	<p>JOUE 3 août 2013, n° C 225</p>	<p>* Décision n° 2004/343/CE déclarant incompatible le régime d'aide en cause, à l'exception de certaines parties non qualifiées d'aides ou déclarés compatibles (Communiqué Comm. CE n° IP/03/1738, 16 déc. 2003).</p> <p>* Arrêt de renvoi : CAA Nantes, 26 juill. 2012, n° 12NT00026, Adiamix c/ Ministre de l'Économie et des Finances (affaire dans le cadre de laquelle est contestée la déclaration d'invalidité et l'ordre de récupération du régime en vue de remettre en cause les ordres de récupération).</p> <p>* À lier à C.JCE, 13 nov. 2008, aff. C 214/07, Commission c/ République Française (constat de manquement pour défaut d'exécution de la décision n° 2004/343/CE).</p> <p>* À lier aux affaires T-273/04 et T-275/04 contestant la validité de la décision n° 2004/343/CE, respectivement rayées du registre et radiées.</p>
2 août 2013 (15 mai 2013)	SA 35437	<p>Fonds de garantie en faveur de l'agriculture et de la pêche – aspects agricoles et forestiers (jusqu'au 31 décembre 2020)</p> <p>Base juridique : L. fin. n° 2009-1673, 30 déc. 2009, art. 68 ; art. 35 relatif à la mission « outre-mer » de l'amendement au projet de loi de finances pour 2010 voté à l'Assemblée nationale le 13 novembre 2009 ; projet de circulaire relative à la mise en œuvre du FOGAP ; Projet de convention de gestion du FOGAP entre l'État (ministère des Outre-mer) et l'AFD.</p>	<p>* Publication de la décision.</p> <p>* Décision de ne pas soulever d'objections.</p> <p>* Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous a).</p>	<p>JOUE 2 août 2013, n° C 222</p>	



DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
30 juill. 2013	SA.35611	<p>Aide à la restructuration du groupe PSA (i) garantie d'État d'un montant de 5,8 milliards d'euros pour sécuriser des émissions obligataires supplémentaires de la Banque PSA Finance, ce qui porte le montant total des garanties accordées à 7 milliards d'euros / (ii) versement de 85,9 millions d'euros au groupe PSA à titre de soutien au projet de recherche et développement « 50CO2CARS » (le montant total de l'aide à la restructuration s'élève donc à 571,9 millions d'euros)</p> <p>* Base juridique : L. fin. rect. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 85</p>	<p>* décision d'autorisation à l'issue de la procédure formelle</p> <ul style="list-style-type: none"> * compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous b) * décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen (2 mai 2013) et invitation à présenter des observations (16 mai 2013) * les autorités françaises s'engagent à augmenter le prix de la garantie payé par PSA (actuellement 260 points de base par an sur les montants émis) en fonction du « taux de pénétration » de Banque PSA Finance (pouvant aller jusqu'à 491 points de base, correspondant au prix de marché estimé par la Commission). En outre, le groupe PSA s'est engagé à maintenir le niveau de marge des financements accordés par Banque PSA Finance aux concessionnaires et à s'abstenir de procéder à des acquisitions importantes pendant la durée de son plan de restructuration. Enfin, les subventions de 24,5 millions d'euros initialement prévues en faveur de « 50CO2Cars » seront transformées en avances récupérables. 	<ul style="list-style-type: none"> * Communiqué Comm. UE n° IP/13/757, 30 juill. 2013 * Communiqué Comm. UE n° IP/13/392, 2 mai 2013 * JOUE 16 mai 2013, n° C 137 	<ul style="list-style-type: none"> * À lier à la décision de la Commission du 11 février 2013 autorisant temporairement la France à octroyer une aide au sauvetage à la Banque PSA Finance sous forme de garantie de 1,2 milliard d'euros visant à sécuriser ses émissions obligataires, conditionnée à la présentation à la présentation d'un plan de restructuration (JOUE 15 mai 2013, n° C 136, voir ci-dessous).

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
27 juill. 2013 (5 juin 2013)	SA.35443	<p>Fonds de garantie pêche des DOM (du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2020)</p> <p>Base juridique : L. fin. n° 2009-1673, 30 déc. 2009, art. 68 ; art. 35 relatif à la mission « outre-mer » de l'amendement au projet de loi de finances pour 2010 voté à l'Assemblée nationale le 13 novembre 2009 ; projet de circulaire relative à la mise en œuvre du FOGAP ; projet de convention de gestion du FOGAP entre l'État (Ministère des outre-mer) et l'AFD.</p>	<p>* Publication de la décision.</p> <p>* Décision de ne pas soulever d'objections.</p> <p>* Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous a).</p>	<p>JOUE 27 juill. 2013, n° C 214</p>	
27 juill. 2013 (15 mai 2013)	SA.34876	<p>Aide de l'ANR au projet « GENESYS » de l'IEED P.I.V.E.R.T (Picardie Innovations Végétales, Enseignements et Recherches Technologiques)</p> <p>(aide de 39,8 millions d'euros sous la forme d'une subvention et d'un apport en capital à la SAS PIVERT) start-up constituée pour gérer le partenariat public-privé (IEED PIVERT et détenue pour moitié par le secteur public et pour moitié par six partenaires industriels des secteurs de la chimie, de l'agroalimentaire ou de l'ingénierie (1^{er} nov. 2012 – 31 déc. 2019), notifiée le 23 mai 2012)</p>	<p>* Publication de la décision.</p> <p>* Décision de ne pas soulever d'objections.</p> <p>* Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c).</p>	<p>* JOUE 27 juill. 2013, n° C 214</p> <p>* Communiqué Comm. UE n° IP/13/433, 15 mai 2013</p>	<p>Le projet GENESYS a pour objectif de développer une 3^e génération de bio-raffineries « zéro déchet à énergie positive » utilisant de la biomasse oléagineuse et ligno-cellulosique (résidus agricoles et forestiers, déchets urbains) pour produire des énergies propres (électricité, chaleur), ainsi que des produits alimentaires et chimiques. Le projet vise une centaine de publications scientifiques par an et le dépôt d'environ 40 brevets sur les oléagineux et les lipides sur les 10 prochaines années (pool de brevets).</p>



DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
18 juill. 2013	C272/12 P (T-56/06 RENV) (C89/08 P) (T-56/06) (C-79/2001)	<ul style="list-style-type: none"> * Affaire France c/ Commission * Exonérations des droits d'accise sur les huiles minérales lourdes utilisées dans la production d'alumine * Base juridique : L. fin. rect. n° 97-1239, 29 déc. 1997, art. 6 (JO 30 déc.). 	<ul style="list-style-type: none"> * Conclusions de l'avocat général Bot par lesquelles il propose d'annuler notamment l'arrêt T-56/06 RENV en tant que celui-ci a annulé la décision n° 2006/323 de la Commission, du 7 décembre 2005, concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne Et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal de l'Union européenne. 		<ul style="list-style-type: none"> * La décision n° 2006/323 de la Commission du 7 décembre 2005 a qualifié d'aides d'État incompatibles avec le marché commun des exonérations de droits d'accise sur les huiles minérales pratiquées notamment par la France et en ordonnant la récupération à compter de l'ouverture de la procédure formelle d'examen. * Cette décision a été annulée par deux fois par le Tribunal (TPICE, aff. T-56/06 et T-56/06 RENV). * Dans l'arrêt T-56/06 RENV faisant l'objet du présent pourvoi, le Tribunal a considéré que la décision du Conseil du 12 mars 2001 relative aux taux réduits et aux exonérations de droits d'accise sur certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques (JO 23 mars 2001, n° L 84), autorisant les exonérations concernées, faisait, en principe, obstacle à ce que la Commission puisse imputer la France les exonérations litigieuses et, partant, à ce qu'elle puisse les qualifier d'aides d'État et en ordonner la récupération partielle.
17 juill. 2013	SA 34666	Aide à l'équipement Valeo pour le Projet Essencyele visant à développer un nouveau système d'hybridation pour véhicules à essence de type intermédiaire.	<ul style="list-style-type: none"> * Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c). 	Communiqué Comm. UE n° IP/13/703, 17 juill. 2013	<ul style="list-style-type: none"> Valeo recevra un montant de 24,2 millions d'euros d'aides d'État décomposé en 8,3 millions d'euros de subventions, 5,3 millions d'euros d'avances récupérables pour la recherche industrielle et 10,6 millions d'euros d'avances récupérables pour le développement expérimental.
12 juill. 2013 (5 juin 2013)	SA 35139	Prolongation et actualisation du Plan d'Aides à la Modernisation et à l'Innovation (PAMI) de la flotte fluviale (Déc. Comm. UE n° C (2008) 3048 final, 2 juill. 2008, concernant l'aide d'État n° N 651/07 pour la période 2013-2017 Base juridique : D. n° 60-1441, 26 déc. 1960, portant statut de Voies navigables de France, art. 3, modifié par D. n° 2008-1321, 16 déc. 2008, art. 2.	<ul style="list-style-type: none"> * Publication de la décision. * Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c). 	JOUE 12 juill. 2013, n° C 200	<ul style="list-style-type: none"> Le PAMI prolonge et actualise le Plan d'aide aux transporteurs de marchandises par voies navigables (PAM) pour la période 2008-2012, approuvé par la Commission le 2 juillet 2008 (JOUE 23 août 2008, n° C 216) et pour la période 2004-2007, approuvé par la Commission le 8 septembre 2004 (Déc. Comm. CE n° C (2004) 3362 fin, 8 sept. 2004, concernant l'aide d'État n° N 38/2004). Attention : les aides ne pourront être cumulées avec d'autres mesures d'aides octroyées dans le cadre du Plan d'aide au report modal vers le transport par voies navigables pour la période 2013-2017 qui a été autorisé par la Commission par sa décision du 20 mars 2013 (Déc. Comm. UE n° C (2013) 1523 final, 20 mars 2013, concernant l'aide d'État n° SA.35575, JOUE 19 avr. 2013, n° C 112).

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
11 juill. 2013	C-262/12	<p>* Affaire Vent de Colère et a.</p> <p>* Mode de financement de la compensation des surcoûts imposés aux distributeurs d'électricité d'origine éolienne en France en raison de l'obligation d'achat de cette électricité à un prix supérieur à celui du marché</p> <p>* Base juridique : L. n° 2000108, 10 févr. 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JO 11 févr.) ; D. n° 2001-410, 10 mai 2001, relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiaires de l'obligation d'achat (JO 12 mai) ; Arr. min. 17 nov. 2008, NOR : DEVE0826217A, fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, complété par Arr. min. 23 déc. 2008, NOR : DEVE0831106A.</p>	<p>Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen par lesquelles il propose de répondre qu'« un mécanisme de financement de l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, qui repose sur une taxe prélevée sur tous les consommateurs finals d'électricité sur le territoire national, tel que celui résultant de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, telle que modifiée, relève de la notion d'intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE ».</p>	<p>Communiqué CJUE n° 91/13, 11 juill. 2013</p>	<p>Question préjudicielle du Conseil d'État (CE, 15 mai 2012, n° 324852) : « Compte tenu du changement de nature du mode de financement de la compensation intégrale des surcoûts imposés à l'électricité de France et aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, à raison de l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur au prix de marché de cette électricité, résultant de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, ce mécanisme doit-il désormais être regardé comme une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État au sens et pour l'application des stipulations de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne ? ».</p>
10 juill. 2013	SA.37031 (2013/XA)	<p>Aides du département de l'Allier en faveur d'un programme sanitaire dans les élevages (1^{er} oct. 2013 – 31 déc. 2018)</p> <p>Base juridique : CGCT, art. 1511-1 et s.</p>	<p>* Renseignements communiqués par la France sur les aides d'État accordées conformément au règlement CE n° 1857/2006 (Règl. Comm. CE n° 1857/2006, prédicté, art. 10 – maladies animales)</p>	<p>Présentation de l'aide : <http://www.allier.fr/1981-programme.htm></p>	
2 juill. 2013	SA.36148	<p>Crédits d'impôt et audiovisuel – modifications pour l'année 2013</p>	<p>* Décision de ne pas soulever d'objections.</p> <p>* Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous d).</p>	<p>Décision non encore publiée</p>	<p>À lier à l'affaire SA.33370 ayant donné lieu à la décision par laquelle la Commission a décidé de ne pas soulever d'objections à l'encontre de la prolongation jusqu'au 31 décembre 2017 des régimes d'aides au cinéma et à l'audiovisuel (NN84/2004 et N95/2004, JOUE 14 janv. 2012, n° C 12, voir <i>infra</i>).</p>



DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
29 juin 2013 (14 mai 2013)	T-273/11 (SA.9332)	Prolongation du régime d'aides à l'expression radiophonique Base juridique : L. n° 86-1067, 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 80, tel que modifié par L. n° 89-25, 17 janv. 1989, art. 25 et L. n° 90-1170, 29 déc. 1990, art. 27 ; D. n° 97-1263, 29 déc. 1997, portant création d'une taxe parafiscale au profit d'un fonds de soutien à l'expression radiophonique (JO 30 déc.).	<ul style="list-style-type: none"> * Publication de l'ordonnance au JOUE. * Ordonnance du Tribunal du 14 mai 2013 déclarant irrecevable le recours introduit par NRJ Global pour défaut d'intérêt à agir. * Publication de la décision au JOUE. * Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c). 	* JOUE 29 juin 2013, n° C 189	<ul style="list-style-type: none"> * Décision précédente de ne pas soulever d'objection quant au régime d'aide à l'expression radiophonique (Déc. Comm. CE n° C (2003) 2828, 23 juill. 2003), préalablement approuvé en 1990, 1992, 1997 et 2003. * Saisie d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, la Cour a invalidé la décision de 1997, dans la mesure où la Commission, pour apprécier la conformité du régime d'aides en cause avec les règles du traité en matière d'aides d'État, n'avait pas pris en considération le mode de financement de ces aides, alors que celui-ci faisait partie intégrante de ce régime (CJUE, 22 déc. 2008, aff. C333/07, Régie Networks). * Adoption d'une nouvelle décision du 29 septembre 2010 (Déc. Comm. CE n° C (2010) 6483 final, 29 sept. 2010, concernant l'aide d'État n° C 4/09 (ex N 679/97)) déclarant l'aide compatible sous conditions et faisant l'objet du présent recours. * Trib. UE, aff. T-273/11 (JOUE 30 juill. 2011, n° C 226).
28 juin 2013 (2 mai 2013)	C 25/2003 (ex C 68/2002)	Le non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés sur la partie des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du Réseau d'Alimentation Générale, correspondant aux 14,119 milliards de francs de droits du concédant redassés en dotations en capital Base juridique : L. n° 97-1026, 10 nov. 1997, portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, art. 4, I et II.	<ul style="list-style-type: none"> * Publication de la décision. * Décision d'étendre la procédure (date limite : 29 juillet 2013). 	JOUE 28 juin 2013, n° C 186	<ul style="list-style-type: none"> * CJUE, 5 juin 2012, aff. C-124/10 P, Commission c/ EDF, rejetant le pourvoi de la Commission contre l'arrêt du Tribunal. * Trib. UE, 15 déc. 2009, aff. T-156/04, Rec. CJUE, II, p. 4503, EDF c/ Commission, annulant les articles 3 et 4 de la décision n° 2005/145. * Décision n° 2005/145 de la Commission du 16 décembre 2003, relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières (JOCE 22 févr. 2005, n° L 49) déclarant incompatible la mesure d'aide en cause (art. 3) et ordonnant sa récupération.

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
19 juin 2013	SA.30753 (C.34/2010) (ex N 140/2010)	Amélioration de l'espèce équine et promotion de l'élevage (taxe parafiscale sur les paris hippiques en ligne pour financer les sociétés de courses hippiques) (1 ^{er} juin 2010 – 31 mai 2020)	<p>* Publication de la version publiée de la décision de compatibilité.</p> <p>* Décision de compatibilité à l'issue de la procédure formelle.</p> <p>* Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c), sous réserve d'engagements :</p> <p>(i) engagements spécifiques des autorités françaises visant à garantir qu'il n'y ait pas de dérive dans l'évolution des coûts d'intérêt communs et que la contribution des paris en dur du PMU au financement des courses hippiques soit au moins équivalente à celle demandée aux opérateurs de paris en ligne ;</p> <p>(ii) rapport de mise en œuvre à la Commission deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau dispositif prévu le 1^{er} janvier 2014.</p>	<p>* Déc. Comm. UE n° C (2013) 3554 final, 19 juin 2013</p> <p>* Communiqué Comm. UE n° IP/13/568, 19 juin 2013</p>	<p>À lier à l'ouverture de la procédure formelle d'examen en 2010 concernant le projet initial notifié le 13 avril 2010 (Déc. Comm. UE, 17 nov. 2010, JOUE 14 janv. 2011, n° C 10) modifié par la suite.</p> <p>Mesures transitoires dans l'attente de la décision de la Commission :</p> <ul style="list-style-type: none"> - taxe de 8 % sur les paris hippiques en ligne (affecté non aux sociétés de courses mais au budget général de l'État) avec effet rétroactif au 3 août 2010 ; - réduction de fiscalité de droit commun sur l'ensemble des paris hippiques en dur et en ligne (de 5,7 % à 4,6 % des mises).
18 juin 2013 (25 juill. 2012)	SA.23839 (C.44/2007, ex N 460/2007)	Aide à la restructuration de FagorBrandt (dotation de 31 millions d'euros du ministère français de l'Économie, des Finances et de l'Emploi)	<p>* Publication de la décision du 25 juillet 2012.</p> <p>* Décision autorisant l'aide à l'issue de la procédure formelle.</p> <p>* Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c) sous conditions.</p>	<p>JOUE 18 juin 2013, n° L 166</p>	<p>Par une décision du 21 octobre 2008, la Commission a déclaré compatible l'aide à FagorBrandt (JOCE 23 sept. 2009, n° L 160).</p> <p>Cette décision a été annulée par l'arrêt du Tribunal du 14 février 2012, Electrolux et Whirlpool Europe c/ Commission (Trib. UE, 14 févr. 2012, aff. T-115/09 et T-116/09).</p> <p>La Commission a donc adopté une nouvelle décision, le 25 juillet 2012, autorisant sous conditions l'aide concernée.</p>



DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
13 juin 2013 (15 mai 2013)	SA.36009	Aide à la cessation d'activité laitière (jusqu'au 31 mars 2014) Base juridique : C. rur., art. D. 654-88-1 à D. 654-88-8 ; Arr. min. 26 août 2010, NOR : AGRT1016075A, relatif à l'octroi d'une indemnité à l'abandon total ou partiel de la production laitière et à la mise en œuvre d'un dispositif spécifique de transfert de quotas laitiers pour les campagnes 2010-2011 à 2013-2014 ; Arr. min. 30 mars 2011, NOR : AGRT1100849A, modifiant l'arrêté du 26 août 2010 relatif à l'octroi d'une indemnité à l'abandon total ou partiel de la production laitière et à la mise en œuvre d'un dispositif spécifique de transfert de quotas laitiers pour les campagnes 2010-2011 à 2013-2014.	* Publication de la décision. * Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous c).	JOUE 13 juin 2013, n° C 167	
13 juin 2013	SA.33370 (NN84/2004 et N95/2004)	Prolongation jusqu'au 31 décembre 2017 des régimes d'aides au cinéma et à l'audiovisuel	* Corrigendum de la décision du 20 décembre 2011 (JOUE 14 janv. 2012, n° C 12). * Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous d).		Par sa décision du 20 décembre 2011, la Commission a décidé de ne pas soulever d'objections à l'encontre de la prolongation jusqu'au 31 décembre 2017 des régimes d'aides au cinéma et à l'audiovisuel (NN84/2004 et N95/20043).
30 mai 2013 (2 mars 2011)	SA.33490	Fonds pour l'innovation audiovisuelle - volet développement (jusqu'au 31 déc. 2017) Base juridique : C. cin. et im. an., art. L. 111-2 ; D. n° 2005-1396, 10 nov. 2005 ; arrêté d'application du même jour ; Arr. min. 10 nov. 2005, NOR : MCCCK0500403A.	* Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous d).	JOUE 30 mai 2013, n° C 151	Le mécanisme est un régime approuvé en 2005 qui a été mis en application entre 2005 et 2008 (JOCE 18 févr. 2006, n° C 42). Après l'expiration de ce régime le 30 juin 2008, a France placé le dispositif concernant l'innovation audiovisuelle sous le régime de minimis.

DATE	RÉFÉRENCE	NATURE DE L'AIDE	ACTUALITÉ	PUBLICATION	REMARQUES
30 mai 2013 (21 mars 2012)	SA.33489	Plan de numérisation d'œuvres cinématographiques de patrimoine (1.10.2011-31.12.2017) Base juridique : C. cin. et im. an., art. L. 111-2.	* Décision de ne pas soulever d'objections. * Compatibilité (TFUE, art. 107, § 3, sous d).	* JOUE 30 mai 2013, n° C 151 * Communiqué Comm. UE n° IP/12/262, 21 mars 2012	Seront éligibles les œuvres de courts-métrages et longs métrages produits jusqu'en 1999 et présentant un intérêt particulier sur le plan patrimonial, ainsi que le cinéma muet de patrimoine.
30 mai 2013	C-677/11	Cotisation volontaire obligatoire aux interprofessions agricoles Base juridique : L. n° 75-600, 10 juill. 1975, relative à l'organisation interprofessionnelle agricole, qui a été par la suite codifiée dans le livre VI de la partie législative du code rural et de la pêche maritime (art. L. 611-1, L. 632-1, L. 632-2-I, L. 632-2-II, L. 632-3, L. 632-4, L. 632-6, L. 632-8-I).	* Prononcé de l'arrêt. * Réponse : L'article 107, paragraphe 1, du TFUE doit être interprété en ce sens que la décision d'une autorité nationale étendant à l'ensemble des professionnels d'une filière agricole un accord qui, comme l'accord interprofessionnel en cause au principal, institue une cotisation dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue par l'autorité nationale et la rend ainsi obligatoire en vue de permettre la mise en œuvre de relations extérieures, d'assurance qualité, de recherche, de défense des intérêts du secteur, ainsi que l'acquisition d'études et de panels de consommateurs, est, eu égard à la nature des actions en cause, aux modalités de leur financement et aux conditions de leur mise en œuvre, relative à une aide d'État ? ».		* Question préjudicielle du Conseil d'État (CE, 28 nov. 2011, n°s 334183, 334215, SNC Doux élevage et Coopérative agricole UKL-Arrée) : « L'article 107 du TFUE, lu à la lumière de l'arrêt du 15 juillet 2004 <i>Pearle BV</i> e. a. (C-345/02), doit-il être interprété en ce sens que la décision d'une autorité nationale étendant à l'ensemble des professionnels d'une filière un accord qui, comme l'accord conclu au sein du comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF), institue une cotisation dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue par l'autorité nationale et la rend ainsi obligatoire, en vue de permettre la mise en œuvre d'actions de communication, de promotion, de relations extérieures, d'assurance qualité, de recherche, de défense des intérêts du secteur, ainsi que l'acquisition d'études et de panels de consommateurs, est, eu égard à la nature des actions en cause, aux modalités de leur financement et aux conditions de leur mise en œuvre, relative à une aide d'État ? ». * A lier à Cons. const. QPC n° 2011-221, 17 févr. 2012.

→ RLC 2417

Actualités européenne des aides d'État (1^{er} juin 2013 – 20 septembre 2013)Par Benjamin CHEYNEL^(*)**COMMUNICATIONS ET LIGNES DIRECTRICES**

- Communication de la Commission concernant l'application, à partir du 1^{er} août 2013, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière (Communication Comm. UE n° IP/13/672, 10 juill. 2013, JOUE 30 juill. 2013, n° C 216, « *Communication concernant le secteur bancaire* »).

- Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2014-2020 (Communication Comm. UE n° IP/12/458, 19 juin 2013, JOUE 23 juill. 2013, n° C 209).

- Taux de swap applicable pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2013, dont l'usage est prévu par l'article 5, paragraphe 7, de la décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ainsi que par les points 36 et 38 de la communication de la Commission « *Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public* » (Communication Comm. UE, 20 déc. 2011, JOUE 11 janv. 2012, n° C 8/15 ; <http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/swap_rates_en.html>).

- Communication de la Commission concernant les taux d'intérêt applicables à la récupération des aides d'État et les taux de référence et d'actualisation pour 28 États membres, en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2013 : communication publiée conformément à l'article 10 du règlement n° 794/2004 (Règl. Comm. CE n° 794/2004, 21 avr. 2004 ; Communication Comm. UE, JOUE 20 sept. 2013, n° C 272).

- Communication de la Commission concernant les taux d'intérêt applicables à la récupération des aides d'État et les taux de référence et d'actualisation pour 28 États membres, en vigueur à compter du 1^{er} août 2013 : communication publiée conformément à l'article 10 du règlement n° 794/2004 (Règl. Comm. CE n° 794/2004, précité ; Communication Comm. UE, JOUE 24 juill. 2013, n° C 210).

- Communication de la Commission concernant les taux d'intérêt applicables à la récupération des aides d'État et les taux de référence et d'actualisation pour 28 États membres, en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2013 : communication publiée conformément à l'article 10 du règlement n° 794/2004 (Règl. Comm. CE n° 794/2004, précité ; Communication Comm. UE, JOUE 29 juin 2013, n° C 187).

PROPOSITIONS LÉGISLATIVES ET PROCÉDURE LÉGISLATIVE

- Résolution législative du Parlement européen du 2 juillet 2013 sur la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement CE n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité instituant la Communauté européenne (Prop. Règl. Cons. UE n° COM(2012) 725 final, 5 déc. 2012).

- Résolution législative du Parlement européen du 2 juillet 2013 sur la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement CE n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales et le règlement CE n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (Prop. Règl. Cons. UE n° COM(2012) 730 final, 5 déc. 2012).

AVIS ET AUTRES DOCUMENTS CONSULTATIFS

- Résolution du Parlement européen du 10 mai 2012 sur l'avenir des aéroports et des services aériens régionaux dans l'Union européenne (Résolution PE n° 2011/2196(INI), 10 mai 2012, JOUE 10 sept. 2013, n° C 261 E).

- Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne (Résolution PE n° 2011/2094(INI), 2 févr. 2012, JOUE 20 août 2013, n° C 239 E).

- Avis du Comité économique et social européen sur « *Le marché intérieur et les aides d'État à finalité régionale* » (avis d'initiative) (JOUE 6 juin 2013, n° C 161).

CONSULTATIONS EN COURS ET PASSÉES

- Commission, Consultation sur le projet de Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes (du 3 juillet 2013 au 25 septembre 2013) (<http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_aviation_guidelines/index_en.html> ; projet : <<http://ec.europa.eu>>).

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.



[eu/competition/consultations/2013_aviation_guidelines/aviation_guidelines_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_aviation_guidelines/aviation_guidelines_fr.pdf)). Cette consultation fait suite à une première consultation menée en 2011 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_aviation_guidelines/index_en.html).

- Commission, *Consultation on the draft Union guidelines on State aid to promote risk finance investments* (du 24 juillet 2013 au 18 septembre 2013) (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_risk_capital/index_en.html ; projet : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_risk_capital/risk_capital_draft_guidelines_fr.pdf). Cette consultation fait suite à une première consultation menée en 2012 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_risk_capital/index_en.html) et ayant donné lieu à la publication par la Commission d'un *Issue Paper* (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/risk_capital_issues_paper_en.pdf, 22 nov. 2012) suivi, le 11 décembre 2012, d'un *workshop* (dont les actes sont consultables à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/horizontal.html).

- Commission, *Consultation sur l'inclusion de catégories d'aide supplémentaires dans le règlement général d'exemption par catégorie (« RGEC – partie II ») révisé* (du 24 juillet 2013 au 10 septembre 2013) (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_gber/index_en.html ; Communiqué Comm. UE n° IP/13/736, 24 juill. 2013 ; memorandum explicatif : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_gber/explanatory_memo_fr.pdf ; projet : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_gber/draft_regulation_fr.pdf). Cette consultation fait suite à deux précédentes consultations fin 2012 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_gber/index_en.html) et mi-2013 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_gber/index_en.html) et à des *Advisory Meetings* en juillet 2013 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_gber/first_advisory_meeting_en.pdf) et septembre 2013 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_gber/first_advisory_meeting_gber_II_en.pdf).

- Commission, deuxième consultation sur le deuxième projet de règlement de *minimis* (du 17 juillet 2013 au 9 septembre 2013) (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_de_minimis/index_en.html ; projet : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_de_minimis/draft_regulation_fr.pdf ; JOUE 8 août 2013, n° C 229). Cette consultation fait suite à une précédente consultation menée au début de l'année 2013 sur le premier projet de règlement (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis/index_en.html), à la suite d'une première consultation par questionnaire à l'été 2012 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_de_minimis/index_en.html).

- Commission, Invitation à présenter des observations sur le projet de règlement de la Commission modifiant le règlement CE n° 1857/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 en ce qui concerne sa durée d'application (JOUE 6 août 2013, n° C 227) (du 6 août 2013 au 6 septembre 2013).

- Commission, Invitation à présenter des observations sur le projet de règlement de la Commission concernant l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de *minimis* dans le secteur de l'agriculture (JOUE 6 août 2013, n° C 227) (du 6 août 2013 au 6 septembre 2013).

- Commission, Consultation sur les futures règles applicables aux aides à la création cinématographique (du 30 avril 2013 au 28 mai 2013 puis 28 juin 2013) (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_films/index_en.html) en vue de l'adoption d'une nouvelle communication (Communiqué Comm. UE n° IP/13/388, 30 avr. 2013), faisant suite à la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles du 26 septembre 2001 (JOCE 16 févr. 2002, n° C 43) prorogée en 2004, 2007 et 2009 (Communication Comm. CE concernant les critères d'évaluation des aides d'état fixés par la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, JOCE 7 févr. 2009, n° C 31). Voir la proposition de communication de la Commission (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_films/draft_communication_fr.pdf), ainsi que les documents issus de la première consultation de 2011-2012 (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_state_aid_films/index_en.html).

- Consultation sur les instruments juridiques applicables aux aides d'État dans le secteur de la pêche (du 25 mars 2013 au 17 juin 2013) en vue de la révision (i) du règlement CE n° 875/2007 de la Commission du 24 juillet 2007 relatif à l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides de *minimis* dans le secteur de la pêche et modifiant le règlement CE n° 1860/2004 de la Commission du 6 octobre 2004 ainsi que (ii) du règlement CE n° 736/2008 de la Commission du 22 juillet 2008 relatif à l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production, la transformation et la commercialisation de produits de la pêche (http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/consultations/state-aid/index_fr.htm).

NOMINATIONS

- Linsey McCallum a été nommée Directeur « *Markets & Cases II : Information, Communication and Media* » à la DG Concurrence, à compter du 1^{er} juillet 2013.

- Massimo Motta a été nommé *Chief Competition Economist* à la DG Concurrence, à compter, au plus tard, du 1^{er} octobre 2013.



Par Cvetelina GEORGIEVA^(*)

Administrateur, Commission européenne,
DG Concurrence

→ RLC 2418

Arrêt *Schenker* : précisions importantes sur la portée du principe de confiance légitime et la compétence des autorités nationales de concurrence en matière d'application du droit de la concurrence de l'Union

L'avis juridique d'un cabinet d'avocats ou la décision d'une autorité nationale de concurrence n'exonèrent pas une entreprise d'une condamnation pour son comportement anticoncurrentiel ou de l'imposition d'une amende. Tel est le message clé que la Cour de justice de l'Union européenne a voulu faire passer dans l'arrêt *Schenker* dans le cadre d'un renvoi préjudiciel initié par une juridiction autrichienne.

CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG et a.

Les faits à l'origine de cette affaire sont longs et relativement complexes, mais conduisent la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour » ou « la CJUE ») à déboucher sur des solutions simples et claires.

La société Schenker et 30 autres sociétés membres de la conférence autrichienne des transporteurs de colis groupés (ci-après « la SSK ») sont poursuivies par l'autorité autrichienne de concurrence pour avoir violé les dispositions de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « le TFUE ») et les dispositions correspondantes du droit autrichien de la concurrence. Les sociétés en question ont participé à une entente de fixation de prix, entre 1994 et novembre 2007, s'agissant du transport autoroutier et ferroviaire de colis groupés. Elles ont notamment conclu des accords portant sur le tarif applicable au transport des colis groupés en Autriche.

Afin de s'assurer de la licéité de leur comportement, les transporteurs avaient introduit deux demandes auprès du *Kartellgericht* (la juridiction autrichienne compétente en matière du droit des en-

tentes). La première, introduite en juin 1994, visait à obtenir l'autorisation pour la SSK d'exercer ses activités sous forme « d'entente conventionnelle », la deuxième, introduite en février 1995, la qualification de la SSK par le *Kartellgericht* comme entente mineure. La première demande a été rejetée par le *Kartellgericht* qui a précisé dans un rapport provisoire que le droit européen de la concurrence n'était pas applicable en l'espèce puisque l'entente ne mettait pas en cause le commerce interétatique. Quant à la deuxième demande, le *Kartellgericht* a constaté par une ordonnance en date du 6 février 1996 que la SSK constituait une entente mineure au regard du droit autrichien de la concurrence et qu'elle pouvait être mise en œuvre sans autorisation.

Entre 1996 et 2006, un délégué de la SSK a fait appel aux services d'un cabinet d'avocats spécialisé en droit de la concurrence afin de s'assurer de la licéité du comportement en question. L'avocat a qualifié ce comportement d'entente mineure au sens du droit autrichien de la concurrence et comme étant compatible avec ce dernier sous certaines conditions.

En 2007, la *Bundeswettbewerbsbehörde* (ci-après « la BWB »), l'autorité autrichienne de la concurrence, a engagé des poursuites contre les entreprises membres de la SSK pour violation du droit autrichien et européen de la concurrence. La BWB a saisi la juridiction autrichienne de première instance compétente en matière d'ententes, l'*Oberlandesgericht* (le tribunal

^(*) Les vues exprimées dans cet article sont celles de son auteur et ne peuvent être considérées comme une position officielle de la Commission européenne.

Arrêt Schenker : précisions importantes sur la portée du principe de confiance légitime et la compétence des autorités nationales de concurrence en matière d'application du droit de la concurrence de l'Union

<http://lamyline.lamy.fr>

régional supérieur de Vienne), afin d'imposer une amende aux membres de la SSK, à l'exception de ceux qui avaient demandé une immunité dans le cadre du programme de clémence autrichien. Concernant ces derniers, la BWB s'est limitée à exiger la constatation de l'infraction au sens de l'article 101 TFUE et de l'article 1^{er} du KartG 2005 (la loi *antitrust* autrichienne), sans l'imposition de sanction financière.

L'*Oberlandesgericht* de Vienne a rejeté la demande de la BWB en 2011 au motif que les membres de l'entente n'avaient pas commis de faute dès lors qu'ils avaient reçu l'ordonnance de 1996, qualifiant leur comportement d'entente mineure conformément au droit autrichien de la concurrence, et qu'ils avaient suivi l'avis juridique d'un cabinet d'avocats sur la même question. Cependant, l'*Oberlandesgericht* est resté muet quant à la qualification juridique des faits au regard du droit de l'Union. Par ailleurs, en ce qui concerne les demandeurs à l'immunité, l'*Oberlandesgericht* a également conclu que les dispositions de l'article 5 du règlement CE n° 1/2003 du Conseil (Règl. Cons. CE n° 1/2003, 16 déc. 2002, JOUE 4 janv. 2003, n° L 1, ci-après le « règlement 1/2003 ») l'empêchaient de constater une infraction sans imposer une amende faute d'indication expresse à cet égard.

La BWB et l'Agent fédéral des ententes (*Bundeskartellanwalt*) ont introduit un recours contre cette ordonnance devant l'*Oberster Gerichtshof*, statuant en qualité de juridiction d'appel en matière d'ententes. C'est dans ce contexte que la CJUE a été saisie par l'*Oberster Gerichtshof* moyennant un renvoi préjudiciel portant essentiellement sur deux questions, à savoir : (i) une entreprise ayant enfreint l'article 101 TFUE peut-elle échapper à une sanction pécuniaire dans la mesure où l'infraction a été commise à la suite d'une erreur sur la licéité de son comportement liée à un avis juridique d'un avocat ou à la suite d'une décision prise par une autorité nationale de la concurrence ; (ii) et les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales chargées d'appliquer les dispositions de l'article 101 TFUE sont-elles autorisées à constater une infraction sans imposer d'amende dans le cadre du régime de clémence national.

Les solutions de principe dégagées par la Cour dans l'arrêt commenté sont indéniablement d'importance. D'une part, la CJUE rejette la possibilité d'inclure un élément subjectif dans l'appréciation des conditions d'application de l'article 101 TFUE (I) et, d'autre part, elle écarte la possibilité qu'un avis juridique ou une décision émanant d'une autorité nationale de concurrence puissent donner naissance à une confiance légitime (II). De surcroît, la CJUE apporte des précisions importantes quant au partage des compétences entre les autorités nationales et les institutions de l'Union européenne dans le cadre de l'application de l'article 101 TFUE (III).

I. – L'ABSENCE D'EXONÉRATION DE L'ERREUR SUR LA LICÉITÉ D'UN COMPORTEMENT ANTICONCURRENTIEL

Dans le cadre de l'arrêt commenté, la CJUE confirme (pts. 33-39) que la qualification d'un comportement comme anticoncurrentiel est appréciée de manière générale compte tenu des éléments objectifs. Elle accorde néanmoins la possibilité de prendre en considération des éléments de nature subjective, seulement à titre exceptionnel. En conséquence, la Cour apporte une précision très claire sur ce que l'erreur sur la licéité d'une pratique n'ait pas d'ef-

fet disculpant, de sorte à mettre son auteur à l'abri d'une sanction financière. En d'autres termes, la bonne foi d'une entreprise qui commet une infraction aux règles du droit de la concurrence n'a pas d'impact réel sur la qualification juridique des faits. Cette solution nous renvoie à l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ».

La CJUE adopte cependant une approche subtile quant à la lecture combinée des articles 23(2) et 5 du règlement 1/2003 et des termes « *de propos délibéré ou par négligence* ». Tout d'abord, la Cour rappelle que le principe consiste en une approche objective concernant l'appréciation des conditions constitutives d'une infraction en droit de la concurrence européen, en adoptant une lecture stricte desdites dispositions. Ensuite, elle admet exceptionnellement une marge d'appréciation dont disposent les juridictions de l'Union européenne pour prendre en considération des éléments de nature subjective lors de l'application des articles 101 et 102 TFUE, dans les limites du respect de l'efficacité du droit et de l'intérêt général de l'Union. Nonobstant sa rigidité, cette solution semble justifiée dans la mesure où l'introduction de critères d'appréciation subjectifs de manière générale aurait pour conséquence de restreindre le champ d'application des articles 101 et 102 TFUE à certains types d'infractions, ce qui serait contraire aussi bien au texte du droit primaire qu'à celui du règlement 1/2003. De surcroît, l'introduction des éléments subjectifs dans la qualification juridique des faits rendrait particulièrement complexe l'application des articles 101 et 102 TFUE.

Cela étant dit, l'introduction d'éléments subjectifs d'appréciation pourrait avoir pour résultat des solutions plus adaptées dans certaines affaires, notamment des cas portant sur des infractions par effet ou des abus de position dominante.

Afin de limiter la possibilité d'introduction d'éléments subjectifs dans la qualification juridique des faits, la Cour se réfère à sa jurisprudence constante (CJCE, 8 nov. 1983, aff. jtes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, IAZ International Belgium et a. c/ Commission, pt. 45 ; CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission, pt. 107 ; ou CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08 P, Deutsche Telekom c/ Commission, pt. 124) conformément à laquelle dès lors qu'une entreprise ne peut ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement, l'infraction, délibérée ou par négligence, est constituée même en l'absence de conscience d'enfreindre les règles de la concurrence applicables dans l'Union européenne (arrêt commenté, pt. 37).

Il est donc légitime de se poser la question de savoir à quel moment une entreprise aurait pu ignorer le fait qu'elle a commis une faute au regard du droit de la concurrence de l'Union. L'arrêt commenté met en avant le fait que cette hypothèse exclut l'erreur sur la licéité du comportement concernant la participation à un cartel. La CJUE précise à cet égard qu'une entreprise participant à un cartel de fixation de prix ne peut pas ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement, même si en l'occurrence les sociétés croyaient que leur comportement anticoncurrentiel échappait à l'application du droit de la concurrence de l'Union et qu'il était parfaitement licite au regard du droit autrichien de la concurrence. Il s'ensuit que la Cour attache une importance toute particulière à la nature de l'infraction afin de prendre en considération « *l'ignorance* » de l'entreprise comme une justification possible d'un comportement anticoncurrentiel. S'il s'agissait, à titre d'exemple, d'une infraction ayant un effet anticoncurrentiel ou d'une infraction basée



sur une analyse économique complexe telles que les infractions à l'article 102 TFUE, il semblerait qu'une justification portant sur l'ignorance du caractère anticoncurrentiel aurait certaines chances de réussite.

À cet égard, il convient de noter que la bonne foi d'une entreprise quant à une infraction en droit de la concurrence semble trouver sa place davantage dans la personnalisation de la peine, notamment au stade de l'imposition de l'amende.

Dans ce contexte, il est également intéressant de noter que le concept objectif de l'infraction repose sur l'interprétation des dispositions de l'article 23(2) du règlement 1/2003 qui ne vise pas uniquement des décisions portant sur la violation des articles 101 et 102 TFUE (mais également d'autres infractions telles que la violation des mesures provisoires ou d'engagements visée aux articles 8 et 9 du règlement 1/2003). Certes, la Cour se réfère explicitement au premier alinéa de cet article. Néanmoins, cet alinéa englobe également les cas de non-respect d'une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8 ou le non-respect d'un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9 du règlement 1/2003. Il est donc envisageable de transposer cette approche objective dans l'appréciation de la faute au sens des articles 101 et 102 TFUE à d'autres types d'infractions que celles visées à l'article 23(2), premier alinéa, du règlement 1/2003.

Après avoir passé en revue l'interprétation restrictive quant à l'exonération d'une infraction aux dispositions des articles 101 et 102 TFUE, la Cour livre également sa vision restrictive concernant la confiance légitime.

II. – VALEUR ET PORTÉE DU PRINCIPE DE PROTECTION DE LA CONFIANCE LÉGITIME

Dès sa genèse, le principe de confiance légitime, émanation du principe de sécurité juridique, prévoit que les particuliers sont protégés contre une modification sans préavis d'une législation ou tout autre acte et qu'ils peuvent opposer à une autorité ou une juridiction les espérances qu'elles auraient pu faire naître quant au maintien en vigueur de cet acte. La Cour a apporté un certain nombre de précisions quant au caractère de l'acte qui fait naître une espérance fondée chez les particuliers afin qu'ils soient protégés. Tout d'abord, la Cour négligeant la forme de l'acte souligne néanmoins l'importance du caractère des informations communiquées qui doivent donner un certain degré d'assurance aux particuliers quant à la légalité de leurs actes. Conformément aux arrêts récents, les assurances susceptibles de donner naissance à de telles espérances doivent être précises, inconditionnelles, concordantes, et de surcroît, doivent émaner d'une source autorisée et fiable (CJUE, 17 mars 2011, aff. C-221/09, AJD Tuna, pt. 72 ; CJUE, 14 mars 2013, aff. C-545/11, Agrargenossenschaft Neuzelle, pt. 25 ; CJUE, 16 déc. 2010, aff. C-537/08 P, Kahla Thüringen Porzellan c/ Commission, pt. 63). L'arrêt commenté apporte des précisions importantes quant à l'interprétation des termes « source autorisée et fiable ».

Sans surprise, la Cour réfute l'idée que l'avis juridique d'un avocat puisse fonder une assurance satisfaisante au regard des conditions d'application du principe de confiance légitime et exclut toute possibilité de protéger les entreprises, au seul motif qu'elles ont suivi les conseils d'un avocat concernant leur comportement sur

le marché (arrêt commenté, pts. 40-42). Cette approche s'inscrit dans la jurisprudence constante de la Cour marquée par une sorte de réticence à accepter des justifications concernant un comportement infractionnel basé sur l'avis juridique d'un avocat. En effet, dans un autre cas (CJCE, 1^{er} févr. 1978, aff. 19/77, Miller c/ Commission), à titre d'exemple, elle a déjà été amenée à rejeter la justification d'une atteinte portée à l'article 101 TFUE (à l'époque des faits à l'article 85 du traité CEE) consistant à restreindre les exportations, basée sur le fait que la requérante n'avait pas agi de manière délibérée et qu'elle avait eu des avis juridiques d'un avocat n'ayant pas fait référence à une infraction au droit européen. À cet égard, la Cour avait conclu que « le silence du conseiller juridique sur la compatibilité » de la pratique avec le droit européen ne suffisait pas « pour transformer la connaissance générale positive d'une interdiction en une erreur non fautive ». Cette approche a été par la suite confirmée dans une autre affaire (CJCE, 12 juill. 1979, aff. 32/78, BMW Belgium SA c/ Commission), portant également sur une restriction à la revente.



La Cour réfute l'idée que l'avis juridique d'un avocat puisse fonder une assurance satisfaisante au regard des conditions d'application du principe de confiance légitime (...).

Ainsi, nul ne peut valablement invoquer le principe de la protection de confiance légitime en l'absence d'une assurance précise que lui aurait fourni une administration compétente, ce qui exclut précisément la possibilité que le seul avis d'un conseil juridique privé puisse être qualifié de « source autorisée et fiable ». Il reste cependant surprenant que la Cour rejette la possibilité que l'avis d'une autorité nationale de concurrence puisse faire naître une assurance de nature à conférer une protection par le principe de confiance légitime. Il est vrai qu'en l'espèce, l'ordonnance de l'*Oberlandesgericht* n'était pas susceptible de faire naître une confiance légitime concernant la violation du droit de l'Union européenne puisque l'autorité ne s'était pas prononcée sur la question ; il n'y avait donc pas d'assurance précise quant à la licéité de l'entente.

Ceci étant, la Cour va plus loin puisqu'elle rejette d'emblée la possibilité que les autorités nationales de concurrence puissent être considérées comme des « administrations compétentes » au regard des critères du principe de la confiance légitime. En effet, la Cour se base sur l'article 5 du règlement 1/2003 qui interdit implicitement aux autorités nationales de concurrence de constater l'absence d'une violation des dispositions des articles 101 et 102 TFUE. La Cour raisonne par analogie en se fondant sur sa jurisprudence récente (CJUE, 3 mai 2011, aff. C-375/09, Tele2 Polska), en vertu de laquelle l'article 5 du règlement 1/2003 dresse une liste exhaustive des compétences octroyées aux autorités nationales en matière de concurrence et par voie de conséquence les habilite à adopter uniquement une décision constatant que les articles 101 et 102 TFUE ne sont pas applicables. Les autorités nationales ne disposent pas de compétence pour adopter des décisions concluant à l'absence de violation de ces dispositions. Cette jurisprudence rappelle que seule la Commission européenne est revêtue du pouvoir de prendre des décisions négatives, en d'autres termes, attestant l'absence de violation des règles du TFUE. Dans l'arrêt commenté, la Cour reprend ce raisonnement par analogie en aboutissant à la

conclusion selon laquelle les autorités nationales de concurrence ne sont pas en mesure de faire naître une confiance légitime sur l'absence de violation desdites règles.

Dans l'affaire *Tele2 Polska*, la Cour a justifié son approche de rejet de la compétence des autorités nationales de délivrer des attestations négatives, notamment dans un souci de protéger le système de coopération instauré par le règlement 1/2003 qui octroie une compétence exclusive en la matière à la Commission européenne (Règl. Cons. CE n° 1/2003, précité, art. 10), ce qui *in fine* a pour but de garantir une application uniforme du droit de l'Union (arrêt *Tele2 Polska*, précité, pts. 8, 15 et 26 à 30).

III. – QUELLES SONT LES LIMITES DE LA COMPÉTENCE DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE EN MATIÈRE D'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE ?

En traitant la question relative à la portée du principe de confiance légitime, la Cour s'est également attardée sur les limites de la compétence des autorités nationales de concurrence en matière d'application du droit de la concurrence de l'Union (arrêt commenté, pts. 44-50).

La portée et les limites de la compétence des autorités nationales de concurrence a fait l'objet d'une réponse claire dans l'arrêt commenté, dans sa partie consacrée à la deuxième question du renvoi préjudiciel. La Cour admet en substance la possibilité pour les autorités nationales de concurrence de constater l'existence d'une infraction, sans imposer une amende compte tenu du fait que cette possibilité n'est pas explicitement exclue par l'article 5 du règlement 1/2003. Cependant, cette pratique doit s'exercer à titre exceptionnel et dans le strict respect des principes d'équivalence et d'effectivité du droit de l'Union.

L'instauration du système d'exception légale par le règlement 1/2003 a certes consacré plus de pouvoirs importants aux autorités nationales de concurrence et aux juridictions des États membres ; cependant, leur exercice se trouve strictement encadré. Ainsi, au-delà de l'interdiction déjà examinée de constater l'absence d'une violation aux articles 101 et 102 TFUE, qui ressort de

la lecture combinée des articles 5 et 10 du règlement 1/2003, les autorités nationales de concurrence sont tenues d'informer la Commission de leurs projets de décisions en application des articles 101 et 102 TFUE et le cas échéant suivre les observations formulées par la Commission (Règl. Cons. CE n° 1/2003, art. 11, § 4, dans l'objectif de garantir l'application uniforme du droit de l'Union européenne).

Le seul domaine où les autorités nationales de concurrence restent libres concerne la procédure de mise en œuvre du droit de l'Union. En effet, l'article 3 du règlement 1/2003 incorpore le principe de l'autonomie procédurale dont disposent les États membres en consacrant explicitement la possibilité d'appliquer les dispositions des articles 101 et 102 TFUE en vertu des règles procédurales nationales. Par voie de conséquence, les autorités nationales disposent du pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires ou d'appliquer la procédure de clémence conformément à leur droit national. Il s'ensuit qu'elles sont autorisées à ne pas infliger d'amende et ce, même en cas d'infraction aux règles de la concurrence en vertu de leur propre programme de clémence national. La Cour limite néanmoins ce pouvoir en rappelant que la mise en œuvre du programme de clémence national ne doit pas porter atteinte aux exigences d'application efficace et uniforme de l'article 101 TFUE. Elle précise à cet effet qu'une exonération du paiement de l'amende au titre du programme de clémence national ne peut être accordée que si la condition de base, à savoir la coopération d'une entreprise, a été déterminante pour la détection et la répression effective de l'entente. Or, en l'occurrence, la raison d'envisager l'application de la clémence réside dans l'erreur sur la licéité du comportement en cause, ce que la Cour n'accepte pas comme une raison valable octroyant le droit à une immunité de sanction pécuniaire.

CONCLUSION

La Cour consacre un certain nombre de principes clairs relatifs à la répartition des compétences entre la Commission européenne et les États membres en matière d'application des articles 101 et 102 TFUE et du règlement 1/2003. Compte tenu de la clarté des principes dégagés ainsi que du sens de responsabilité avec lequel la Cour a procédé, l'arrêt commenté mérite d'être signalé et salué. ■



Par Étienne CHASSAING

Avocat
Jones Day

→ RLC 2419

Procédures de clémence et accès aux documents : de la défiance à la conciliation ?

En présence d'une demande d'accès à des documents obtenus par le biais d'un programme de clémence, le juge doit opérer une mise en balance des intérêts, ainsi que le rappelle la Cour de justice dans l'arrêt *Donau Chemie*. Cette approche d'équilibre semble toutefois remise en cause par la proposition de directive introduite par la Commission, qui opte pour une exclusion de tout accès aux déclarations de clémence.

CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie et a. ;

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013

Le temps est au *private enforcement* : le récent vote du projet de loi sur la consommation, instituant une action de groupe, en est l'illustration la plus récente (Projet de loi relatif à la consommation, adopté le 13 sept. 2013, <www.senat.fr/petite-loi-ameli/2012-2013/810.html>). Ce mouvement vers un contentieux « privé » n'a cessé de prendre de l'ampleur ces dernières années, encouragé notamment par la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle ces actions contribuent à l'effectivité du droit de la concurrence (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage c/ Crehan*, pts. 26-27).

Loin de se substituer au *public enforcement*, le *private enforcement* le complète le plus souvent, sous la forme d'actions de « *follow-on* », où les requérants tentent de s'appuyer sur une sanction infligée par une autorité de concurrence. Or, les victimes de pratiques anticoncurrentielles sont confrontées à une forte asymétrie d'information, dans la mesure où les éléments qui leur permettraient d'assoir leur plainte se trouvent le plus souvent dans le dossier de l'autorité... dont ils n'ont en principe pas connaissance.

De manière générale, les victimes disposent de plusieurs moyens pour se procurer les éléments du dossier de l'autorité ayant rendu la décision en cause (pour une étude détaillée, cf. Idot L. et Zivy F., L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : état des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer*, *Concurrences*, 3-2013, p. 34-53). Elles peuvent premièrement s'appuyer sur les règles générales d'accès au dossier. Deuxièmement, les victimes peuvent se fonder

sur les règles d'accès du public aux documents. Troisièmement, elles peuvent demander au juge qu'il contraigne des autorités de concurrence à la communication de certaines pièces. Le présent commentaire n'abordera que ce dernier point, et plus précisément les demandes d'accès aux documents des autorités nationales de concurrence portées devant les juges nationaux. La question de l'accès du public aux documents de la Commission européenne (et des institutions européennes en général), pour intéressante qu'elle soit, ne sera pas abordée ici, en raison de l'abondance de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal sur le règlement (CE) n° 1049/2001 (Règl. Parl. et Cons. CE n° 1049/2001, 30 mai 2001, JOCE 31 mai 2001, n° L 145, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission).

Le bonheur des uns faisant parfois le malheur des autres, l'accès à ces documents peut porter sur des informations fournies par des entreprises aux fins d'obtenir la clémence devant une autorité. Les demandeurs à la clémence risquent donc de se trouver dans une situation pour le moins paradoxale, si les informations qu'elles avaient fournies aux fins d'obtenir une réduction d'amende contribuent finalement à aggraver leur responsabilité au civil. L'incitation des entreprises à demander la clémence pourrait se trouver amoindrie si celles-ci avaient à craindre que les documents en cause se trouvent divulgués aux victimes dans le cadre d'actions de suivi. En ricochet, c'est le *public enforcement* qui pourrait s'en trouver affecté : les programmes de clémence constituent en effet un outil de détection important, à tel point que certaines autorités comme

la Commission européenne s'appuie à présent quasi-exclusivement dessus pour détecter les cartels.

Appelée à arbitrer entre ces deux objectifs apparemment contradictoires, la Cour a opté pour une position d'équilibre (I), en laissant au juge national le soin d'effectuer une délicate mise en balance (II), suscitant ainsi un début de réponse du législateur européen (III).

I. – EN L'ABSENCE DE RÈGLES HARMONISÉES, UNE EXIGENCE DE MISE EN BALANCE DES INTÉRÊTS

A. – *Pfleiderer* : le principe de mise en balance

La Cour de justice a posé dans l'affaire *Pfleiderer* un principe directeur de mise en balance des intérêts (CJUE, 14 juin 2011, aff. C-360/09, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt, Barbier de La Serre É. et Quilès S., Conjugaison du private enforcement et des programmes de clémence* : que le législateur de l'Union tranche, RLC 2011/29, n° 1937).

Dans cette affaire, à la suite d'une décision du Bundeskartellamt (autorité de concurrence allemande) condamnant des producteurs de papier pour cartel, les clients de ces entreprises avaient introduit une action devant le juge allemand et demandé à avoir accès à certains documents du dossier du Bundeskartellamt, dont des documents obtenus dans le cadre de programmes de clémence. Face au refus du Bundeskartellamt de fournir ces documents, le juge allemand avait saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle afin de déterminer si le droit européen s'opposait à la divulgation des documents obtenus par le biais de la clémence.

Dans ses conclusions, l'avocat général Mazák proposa de distinguer deux catégories de documents : d'une part, les documents auto-incriminants volontairement communiqués par des candidats à la clémence, dont le refus d'accès est justifié par la nécessité de sauvegarder l'attractivité de ce mode de détection des cartels ; et, d'autre part, les autres documents préexistants présentés par un candidat à la clémence, qui peuvent aider des parties lésées à établir, aux fins d'obtenir réparation, l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité entre le dommage et la violation, et auxquels l'accès pourrait être accordé (*Pfleiderer*, concl. av. gén., 16 déc. 2010, pts. 45 à 47).

La Cour, ne retenant pas cette distinction, estima qu'« en l'absence d'une réglementation contraignante du droit de l'Union en la matière » (*Pfleiderer*, pt. 23), il appartenait aux juridictions nationales, en vertu du principe d'autonomie procédurale, de résoudre elles-mêmes, sur la base de leur droit national, la question de l'accès aux documents produits en vue d'une demande de clémence. Il leur appartenait aussi de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité, qui sont les limites classiques au principe d'autonomie procédurale, notamment en mettant en balance, d'une part, « les intérêts justifiant la communication des informations » – en substance le droit à réparation – et, d'autre part, « la protection de celles-ci fournies volontairement par le demandeur de clémence » (*Pfleiderer*, pts. 24 et 30).

La Cour semblait parfaitement consciente de la difficulté de la tâche, puisqu'elle évoqua les tendances contradictoires qui agitaient le droit sur ce point. La Cour jugea ainsi que les programmes de clémence constituent des outils « utiles » dans la lutte contre les comportements anticoncurrentiels et servent l'objectif d'ap-

plication effective du droit de la concurrence (*Pfleiderer*, pt. 25). Elle s'inquiéta toutefois de la possibilité que « l'efficacité de ces programmes [soit] affectée par la communication des documents concernés aux personnes désirant tenter une action en dommages et intérêts » (*Pfleiderer*, pt. 26). En effet, « il paraît raisonnable de considérer qu'une personne impliquée dans une violation du droit de la concurrence, face à l'éventualité d'une telle communication, serait dissuadée d'utiliser la possibilité offerte par de tels programmes de clémence, notamment vu que les informations volontairement fournies par cette personne peuvent faire l'objet d'échanges entre la Commission et les autorités nationales de concurrence en vertu des articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003 » (*Pfleiderer*, pt. 27). En d'autres termes donc, les programmes de clémence devaient faire l'objet d'une certaine protection.

Toutefois, et c'est là le nœud du problème, l'effectivité du droit de la concurrence est également promue par le droit qu'a toute personne de demander réparation pour le dommage né d'une violation des règles de concurrence (*Pfleiderer*, pt. 29 ; CJUE, 20 sept. 2001, *Courage et Crehan*, précité, pts. 24 à 26), de sorte qu'une demande d'accès devra être examinée aussi à la lumière de ce droit.

La Cour choisit... de ne pas choisir : face à cette tension entre deux outils qui concourent au même objectif, l'accès aux documents soumis dans le cadre de la clémence dépendra d'une mise en balance entre « les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de celles-ci fournies volontairement par le demandeur de clémence » (*Pfleiderer*, pt. 30). Pour la Cour, une telle opération ne pouvait être réalisée par les juridictions nationales qu'au cas par cas, dans le cadre du droit national, et en prenant en compte tous les éléments pertinents de l'affaire (*Pfleiderer*, pt. 31).

B. – *Donau Chemie* : une confirmation et quelques précisions

Ceux qui espéraient que l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Donau Chemie* apporte des clarifications décisives sur cette épineuse question en seront pour leurs frais. L'arrêt n'en comporte pas moins d'intéressants développements sur les implications de l'exigence de mise en balance.

Par une décision du 26 mars 2010, l'*Oberlandesgericht Wien* (cour d'appel de Vienne), siégeant en tant que *Kartellgericht* (tribunal de concurrence) a infligé des amendes à plusieurs entreprises pour la violation, notamment, de l'article 101 TFUE sur le marché de gros des produits chimiques pour l'imprimerie. Cette condamnation avait été sollicitée par le *Bundeswettbewerbsbehörde* (ci-après le « BWB »), autorité autrichienne de concurrence, laquelle ne peut pas infliger d'amendes elle-même. Cette décision a ensuite été confirmée en appel par l'*Oberster Gerichtshof* (cour suprême).

Le *Verband Druck & Medientechnik* (ci-après le « VDMT »), union d'entreprises du secteur de l'imprimerie, a demandé à l'*Oberlandesgericht Wien* l'accès au dossier afférent à la procédure judiciaire opposant le BWB aux entreprises sanctionnées. Or, le droit autrichien prévoyait que les tiers à la procédure ne pouvaient accéder au dossier de l'*Oberlandesgericht Wien* que si l'ensemble des parties à la procédure y consentaient (*Kartellgesetz*, art. 39, § 2). En l'espèce, toutes les parties à la procédure judiciaire à l'exception du BWB ont refusé de consentir à ce que le VDMT soit autorisé à accéder au dossier. L'application des règles précitées rendait donc impossible l'accès au dossier par VDMT,



sans que le juge ait la moindre possibilité de procéder à la mise en balance des intérêts exigée dans *Pfleiderer*. L'*Oberlandesgericht Wien* a alors interrogé la Cour de justice quant à la compatibilité des règles autrichiennes avec le droit de l'Union, en particulier parce que le jeu des règles précitées semblait interdire au juge toute mise en balance.

La Cour de justice rappelle sans surprise qu'il est nécessaire que les juridictions nationales « *mettent en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de celles-ci* » (Donau Chemie, pt. 30, citant *Pfleiderer* pt. 30). Elle en tire des conséquences précises : « *toute règle rigide, tant dans le sens d'un refus absolu d'accès aux documents en question, que dans celui d'un accès généralisé à ces documents, est susceptible de porter atteinte à l'application effective, notamment, de l'article 101 TFUE et des droits que cette disposition confère aux particuliers* » (Donau Chemie, pt. 31).

Si la Cour estime que le refus absolu d'accès au dossier est susceptible de nuire à l'effectivité de l'application effective du droit de la concurrence, elle précise que tel est le cas lorsque le demandeur ne dispose « *d'aucune autre possibilité de se procurer ces éléments de preuve* » (Donau Chemie, pt. 32). *A contrario*, pourrait-on supposer, si le demandeur peut se procurer des éléments de preuve par d'autres moyens, il n'a pas besoin d'avoir accès aux documents relatifs à la demande de clémence des entreprises en cause.

De la même manière, une règle qui ouvrirait l'accès à tout document présenterait des inconvénients notables (Donau Chemie, pt. 33). Tout d'abord, une telle règle d'accès généralisé ne serait pas nécessaire aux fins d'assurer l'effectivité du droit à réparation, car il est peu probable que l'action en réparation se fonde sur l'intégralité des éléments du dossier (Donau Chemie, pt. 33). Une telle règle pourrait en outre violer d'autres droits conférés par le droit de l'Union, tels que la protection du secret professionnel, du secret des affaires, ou des données personnelles (Donau Chemie, pt. 33). Enfin, un accès généralisé pourrait dissuader les entreprises de coopérer avec les autorités de concurrence (Donau Chemie, pt. 33). En d'autres termes, une règle qui permettrait un accès total au dossier serait, selon la Cour, disproportionnée, illégale et contre-productive.

La Cour revient alors sur l'exigence de mise en balance, pour préciser que si celle-ci doit être effectuée dans le cadre du droit national, « *ce droit ne saurait être aménagé de manière à exclure toute possibilité, pour les juridictions nationales, d'effectuer ladite mise en balance au cas par cas* » (Donau Chemie, pt. 35). Or tel est bien l'effet des règles autrichiennes en cause, qui ne permettent l'accès au dossier qu'à condition qu'aucune des parties à la procédure ne s'y oppose, et empêchent ce faisant les juridictions nationales de mettre en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union (pts. 36-37). Qui plus est, les règles autrichiennes n'obligent pas les parties à justifier leur refus à la demande d'accès, ce qui laisse subsister, en pratique, un risque de rejet systématique de toute demande d'accès (Donau Chemie, pt. 38). Conclusion : les règles autrichiennes sont, selon la Cour, contraires au principe d'effectivité (Donau Chemie, pt. 39).

La Cour en vient, enfin, au véritable enjeu de l'arrêt: *quid* des documents communiqués par les entreprises dans le cadre des programmes de clémence? Le gouvernement autrichien soutenait

que les règles en cause étaient notamment nécessaires afin d'assurer l'efficacité des programmes de clémence.

On retrouve tout d'abord les considérations déjà exprimées dans l'arrêt *Pfleiderer* : les programmes de clémence constituent des « *outils utiles* » dont l'efficacité pourrait être affectée par la communication de documents aux personnes désirant tenter une action en dommages et intérêts; cela ne nécessite pas pour autant que l'accès aux documents doive être « *systématiquement refusé* », toute demande devant faire l'objet d'une appréciation au cas par cas (Donau Chemie, pts. 42-43).



Un accès généralisé pourrait dissuader les entreprises de coopérer avec les autorités de concurrence. En d'autres termes, une règle qui permettrait un accès total au dossier serait, selon la Cour, disproportionnée, illégale et contre-productive.

La Cour invite ensuite les juges nationaux à prendre en considération « *les conséquences réellement préjudiciables* » d'un tel accès, au regard d'intérêts publics ou d'intérêts légitimes d'autres personnes (Donau Chemie, pt. 45). Les juges du Kirchberg estiment ainsi que la « *simple invocation* » d'un risque d'affectation de l'efficacité d'un programme de clémence ne saurait suffire à justifier un refus d'accès (Donau Chemie, pt. 46). Tout refus d'accès devra être fondé sur « *des raisons impérieuses tenant à la protection de l'intérêt invoqué et applicables à chaque document dont l'accès est refusé* » (Donau Chemie, pt. 47). Un refus ne sera justifié que si la divulgation d'un document précis porterait « *concrètement* » atteinte à l'intérêt public tenant à l'efficacité du programme national de clémence (Donau Chemie, pt. 48).

La Cour place ainsi la charge de la preuve sur celui qui entend empêcher la divulgation, sur qui pèse une obligation d'examen individuel et concret faisant écho à celle qui est théoriquement exigée du détenteur des documents dans le cadre du règlement (CE) n° 1049/2001 – bien que dans le cadre de ce règlement, la jurisprudence reconnaisse aux institutions le droit de raisonner par « *présomptions générales s'appliquant à certaines catégories de documents* » (CJUE, 29 juin 2010, aff. C-139/07 P, *Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau*, pts. 54-55, *Muguet-Poullennec G.*, Vers la fin de la transparence dans les procédures administratives ?, RLC 2010/25, n° 1692). L'inverse eût d'ailleurs été peu concevable, car on imagine mal comment une personne qui n'a pas eu accès au dossier pourrait démontrer qu'une pièce qui s'y trouve contient des éléments utiles pour son action en réparation.

En pratique, la mise en balance attendue du juge national s'apparente à un exercice d'équilibriste. Selon la Cour, les deux intérêts en présence semblent en effet se valoir et aucune hiérarchie ne pouvoir être établie entre eux *in abstracto* (*Komninos A., Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari*, 23 juin 2011, SSRN : <<http://ssrn.com/abstract=1870723>>). Ce sont donc les circonstances de l'espèce qui doivent guider les juridictions nationales dans leur décision. Or les juridictions nationales sont-elles vraiment à même d'opérer un tel choix de façon suffisamment informée et cohérente ?

II. – DES ÉTATS MEMBRES AVANÇANT EN ORDRE DISPERSÉ

A. – Les exemples allemand et britannique

En l'absence d'harmonisation des règles nationales, les juridictions nationales ont, sans surprise, avancé en ordre dispersé. Les exemples allemand et britannique illustrent toutefois une certaine prudence des juges nationaux face aux demandes d'accès à des documents relatifs à la clémence.

Tout d'abord, l'*Amtsgericht Bonn*, juridiction de renvoi dans *Pfleiderer*, a exclu la communication des documents obtenus par le biais de la clémence, estimant qu'une telle divulgation représenterait une menace pour l'objectif de l'enquête (ainsi que le rapporte le communiqué de presse publié en anglais par le Bundeskartellamt, disponible sur <www.bundeskartellamt.de/w/Englisch/download/pdf/Presse/2012/2012-01-30_PR_Pfleiderer_E.pdf>).

Dans une autre affaire, une juridiction allemande a également rejeté une telle divulgation, estimant qu'elle irait à l'encontre de la confiance légitime des demandeurs de clémence et que la publication de la décision du *Bundeskartellamt* serait d'ores et déjà suffisante pour permettre aux victimes d'introduire une action en dommages-intérêts (MLex, 27 août 2012, Court ruling protects whistleblower evidence, German regulator says).

Pour sa part, la *High Court* britannique, dans l'affaire *National Grid*, a effectué une mise en balance approfondie avant de décider de donner accès à certains passages confidentiels de la décision de la Commission européenne, dont certains concernaient des déclarations obtenues par le biais de la clémence (English High Court, 4 April 2012, Case N°HC08C03243, *National Grid Electricity Transmission plc v ABB and others*, [2012] EWHC 869 (Ch)).

La France est un cas particulier, dans la mesure où l'action du législateur y a précédé celle du juge.

B. – L'initiative du législateur français

Avant la réforme survenue fin 2012, les règles procédurales françaises permettaient aux parties d'accéder ou de produire des documents devant le juge de plusieurs manières. Nous les exposerons succinctement ci-après (cf. pour plus de détails : Idot L. et Zivy F., précité ; Roskis D. et Dorémus C.-M., L'accès aux dossiers de l'Autorité de la concurrence dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : enjeux et apports de la loi du 20 novembre 2012, RLC 2013/36, n° 2378).

Premièrement, lorsque les demandeurs possèdent déjà des documents du dossier de l'Autorité (tel est par exemple le cas d'un plaignant), ils ne peuvent en principe pas les produire, car le code de commerce leur interdit d'utiliser ces pièces à d'autres fins que celles de la procédure administrative (C. com., art. L. 463-6). La Cour de cassation a cependant admis la production de ces pièces devant le juge, si cela est nécessaire pour garantir l'exercice des droits de la défense (Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-19.761, Bull. civ. IV, n° 8, RLC 2010/23, n° 1612, obs. Barbier de la Serre É.). Depuis, le tribunal de commerce de Paris a fait application de cette jurisprudence pour accepter la production par le demandeur de certaines pièces issues d'une procédure d'engagements devant l'Autorité (T. com. Paris, 15^e ch., 24 août 2011, n° 2011/014911, SAS Ma Liste de

Courses ; T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012, n° 2011/023307, DKT ; RLC 2012/32, n° 2125, obs. Lavedan M.).

Deuxièmement, lorsque les demandeurs ne possèdent pas de documents issus du dossier de l'Autorité, ils peuvent demander au juge qu'il enjoigne à celle-ci de communiquer ces pièces, sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile, l'Autorité ne pouvant refuser la communication qu'en invoquant un « *empêchement légitime* » (CPC, art. 141). Le tribunal de commerce a utilisé ce pouvoir en 2011 (T. com. Paris, 24 août 2011, précité, RLC 2012/30, n° 2007, obs. Fabre G.).

À notre connaissance, le juge français n'a cependant pas eu à traiter, à ce jour, de la question de l'accès aux documents obtenus par le biais de la clémence, qui sont vraisemblablement des documents auxquels les demandeurs n'ont pas accès. Le législateur a pris les devants, dans la loi dite « *outré-mer* » n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, qui a ajouté à l'article L. 462-3 du code de commerce un deuxième alinéa rédigé comme suit : « ([l']*Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance* ». Or le IV de l'article L. 464-2 du code de commerce concerne précisément la procédure de clémence.

La loi « *outré-mer* » vient donc, en apparence, fermer l'accès judiciaire aux documents issus des procédures de clémence. Ces documents ne sont en effet plus accessibles par le biais des règles d'accès du public aux documents, car depuis la loi du 17 mai 2011, les citoyens ne peuvent plus exercer leur droit d'accès aux documents concernant les « *documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision* » (L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO 18 mai).

Il est permis de s'interroger sur la compatibilité de l'exclusion générale opérée par la loi « *outré-mer* » avec l'exigence de mise en balance rappelée par la Cour dans *Donau Chemie*. Certains auteurs estiment que le juge demeure libre d'enjoindre à l'Autorité de communiquer des documents, à charge de l'Autorité de faire état d'un empêchement légitime, et au juge de mettre en balance les intérêts (Idot L. et Zivy F., précité). D'autres auteurs semblent plus dubitatifs à cet égard (Chagny M., L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la concurrence, D. 2013, pp. 851-854). Gageons que des praticiens tenteront de soulever cette question devant les juridictions.

Quoi qu'il en soit, l'Autorité de la concurrence devrait faire des vœux au sein des membres du réseau européen de concurrence, lequel n'a pu que publier un communiqué commun dans lequel elle appelait à protéger l'efficacité des programmes de clémence (Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012, « *Protection of leniency material in the context of civil damages actions* », <http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf>).

En tout état de cause, la proposition de directive de la Commission européenne pourrait rebattre les cartes.



III. – LES PRÉMISSSES D'UNE HARMONISATION

A. – Un principe de divulgation tempéré par des exclusions absolues ou temporaires

Dans *Pfleiderer*, la Cour avait invité le juge national à prendre en compte l'impact qu'une divulgation de documents pourrait avoir sur l'application des programmes de clémence (*Pfleiderer*, pt. 26). Sans surprise, ces préoccupations ont trouvé un écho favorable auprès de la Commission, à travers le projet de directive publié par celle-ci quelques jours après le prononcé de l'arrêt *Donau Chemie*.

La proposition de directive a pour objet de « faire en sorte que toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction à l'article 101 ou 102 du traité ou au droit national de la concurrence puisse exercer effectivement son droit à la réparation intégrale de ce préjudice » (proposition de directive, art. 1). Elle pose ainsi le principe du droit à réparation intégrale (proposition de directive, art. 2) et le respect des principes d'effectivité et d'équivalence (proposition de directive, art. 3).

Preuve de son importance, la question de la divulgation est abordée dès le deuxième chapitre de la proposition de directive, sous la forme d'un principe de divulgation proportionnée assorti d'exceptions absolues ou temporaires.

1) Un principe de divulgation proportionnée

L'article 5 de la proposition de directive vise à poser les conditions dans lesquelles le juge peut ordonner la divulgation.

Tout d'abord, le demandeur doit avoir effectué un travail préalable pour présenter des « données factuelles et des preuves raisonnablement accessibles » indiquant qu'il a subi un possible préjudice (proposition de directive, art. 5, § 1). Il doit également avoir identifié des « éléments de preuve ou des catégories aussi précises et restreintes que possible » des preuves dont il demande la divulgation (proposition de directive, art. 5, § 2). La Commission semble soucieuse d'éviter autant que possible l'introduction d'actions abusives ou vexatoires.

Le juge doit ensuite limiter la divulgation à ce qui est proportionné. Pour ce faire, il est invité à tenir compte des « intérêts légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés », ce qui fait écho à l'exigence jurisprudentielle de mise en balance. Le juge est en particulier appelé à prendre en considération divers éléments (proposition de directive, art. 5, § 3). Premièrement, la probabilité que l'infraction présumée au droit de la concurrence ait bien été commise. Deuxièmement, l'ampleur et le coût de la divulgation. Troisièmement, la possible présence d'informations confidentielles dans les preuves à divulguer. Quatrièmement, le caractère plus ou moins spécifique de la demande.

Les États membres sont également appelés à « protéger, autant que possible, les informations confidentielles contre toute utilisation inappropriée », tout en veillant à l'accessibilité de ces informations (proposition de directive, art. 5, § 4).

La Commission, consciente du caractère imprévisible de l'exercice et soucieuse de limiter l'accès à certains types de documents, a cependant assorti cet exercice de mise en balance de certaines limites.

2) Des limites absolues ou temporaires à la divulgation

La proposition de directive limite la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence. Une limite très ferme est posée: les juridictions nationales ne pourront « à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de divulguer les preuves relevant des catégories suivantes : (a) les déclarations d'entreprises effectuées en vue d'obtenir la clémence ; et (b) les propositions de transaction » (proposition de directive, art. 6, § 1).

Les procédures de clémence et de transaction ont ceci en commun qu'elles amènent les entreprises à s'auto-incriminer, ce qui appelle une protection renforcée de celles-ci. En outre, la Commission a intérêt à maintenir le caractère attractif de ces procédures pour les entreprises : comme elle le reconnaît elle-même dans l'étude d'impact jointe à la proposition de directive, la plupart des cartels sont aujourd'hui découverts par le biais de la clémence, et les procédures de transaction se font toujours plus nombreuses (Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report – Damages actions for breach of the EU antitrust rules, SWD(2013) 203 final, pts. 57 et 59).



Preuve de son importance, la question de la divulgation est abordée dès le deuxième chapitre de la proposition de directive, sous la forme d'un principe de divulgation proportionnée assorti d'exceptions absolues ou temporaires.

Pour ce qui concerne la clémence, la Commission semble faire sienne l'approche suggérée par l'avocat général Mazák dans *Pfleiderer*, approche qui consiste à distinguer, d'une part, les documents établis par l'entreprise dans l'optique d'obtenir la clémence, et d'autre part, les documents préexistants à la demande de clémence, et qui auraient pu être saisis par une autorité. La solution suggérée par l'avocat général Mazák tenait notamment à ce que, selon lui, le *private enforcement* tenait une place secondaire dans l'application du droit de la concurrence, et que le *public enforcement* avait une importance quantitative bien plus grande (*Pfleiderer*, concl. av. gén., pt. 40). De manière générale, ses conclusions insistaient sur le besoin de protéger l'attractivité des programmes de clémence, lesquels bénéficiaient selon lui également aux victimes des ententes (*Pfleiderer*, concl. av. gén., pts. 41-42). La classification proposée par l'avocat général pourrait avoir été influencée par ces données quantitatives. Dans quelle mesure l'accroissement du nombre d'actions privées serait-il susceptible de remettre en cause cette classification ? La Commission ne semble pas s'en inquiéter, et propose peu ou prou la distinction qu'elle avait déjà défendue devant la Cour dans l'affaire *Pfleiderer*.

Notons que la proposition de directive n'interdit pas au juge national de protéger également d'autres documents obtenus par l'autorité dans le cadre d'une procédure de clémence. Simplement, elle n'accorde pas à ces documents le même degré de protection.

La proposition de directive protège également de la divulgation les informations constituées par une personne physique ou morale expressément aux fins de la procédure devant l'auto-

rité, ainsi que les informations établies par l'autorité au cours de sa procédure, tant que la procédure n'est pas close devant l'autorité de concurrence, ou que celle-ci n'a pas adopté une des décisions énumérées à l'article 5 ou au chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003. Les autres documents peuvent en revanche être divulgués à tout moment (proposition de directive, art. 6, § 2).

Les limites exposées plus haut pour l'accès aux documents valent également pour l'utilisation de ceux-ci. Ainsi, les documents déjà en possession des parties obéissent aux mêmes règles de protection et ne peuvent être produits devant le juge que s'ils remplissent les conditions posées à l'article 6 (proposition de directive, art. 7). Ce faisant, la Commission tente de prendre en compte la diversité des règles procédurales existant dans l'Union européenne, et la diversité des scénarios contentieux dans ce domaine encore neuf.

B. – Perspectives

Certains commentateurs de la proposition de directive ont souligné sa possible incompatibilité avec le principe de mise en balance (Peyer S., *Disclosure of Leniency Documents in the United Kingdom: Is the Draft Directive Creating Barriers?*, CPI Antitrust Chronicle, August 2013). Il nous semble que la question ne se pose pas en ces termes. La Cour précise bien dans *Pfleiderer* et *Donau Chemie* que les principes qu'elle pose s'appliquent « en l'absence d'harmonisation » des règles nationales (*Pfleiderer*, pt. 23 ; *Donau Chemie*, pt. 25). Le législateur de l'Union, qui n'est pas tenu par la jurisprudence de la Cour, est parfaitement libre de faire d'autres choix. Si la proposition de directive débouche sur un texte contraignant, ce texte devra être appliqué dans les États membres, et la question soulevée dans *Pfleiderer* ne se posera plus – du moins si l'article 6, § 1 de la proposition de directive reste en l'état.

Si la proposition de directive était adoptée en l'état, les victimes de cartels pourraient, de prime abord, s'inquiéter quant

à la pérennité de leurs actions en dommages et intérêts. Une telle crainte mérite toutefois d'être nuancée. En effet, comme le faisait remarquer la Cour dans *Donau Chemie*, un refus absolu d'accès ne pose réellement problème que lorsque le demandeur ne dispose d'aucun autre moyen d'accéder aux éléments de preuve permettant de fonder une action en réparation (*Donau Chemie*, pts. 32, 38 et 39). Or, la proposition de directive exclut certes l'accès à la déclaration de clémence, mais ne ferme nullement l'accès aux autres documents fournis par les entreprises dans le cadre de la clémence ou hors de celui-ci. Ces documents sont, en eux-mêmes, susceptibles de contenir des informations très utiles. En outre, la décision de l'autorité nationale de concurrence en cause a, selon la proposition de directive, valeur obligatoire pour les juridictions, lesquelles pourront s'appuyer sur un certain nombre d'informations y figurant (proposition de directive, art. 9).

On note encore que la proposition de directive ne vise que les documents produits par ou pour des « autorités de concurrence » : cela couvrirait-il la situation en cause de *Donau Chemie*, où les documents étaient demandés au *Kartellgericht*, juridiction faisant office d'autorité chargée d'appliquer les amendes ?

Enfin, cette proposition de directive a de grandes chances d'être fortement amendée lors de son passage devant le Parlement européen. Comme on a pu l'observer par le passé, et notamment lors de la réforme sans cesse ajournée du règlement n° 1049/2001, les divergences entre institutions peuvent être très marquées, ce qui rend très difficile toute spéculation sur le résultat final. Il ne faut donc voir dans la proposition de directive qu'une ébauche de réflexion visant à stimuler le débat sur une base plus restreinte que les projets antérieurs. Cette technique des « petits pas » semble appropriée à la relation ambiguë entre *private* et *public enforcement*, qui reste encore largement à définir. ■



Par Foad HOSEINIAN^(*)

Principal Associate
Freshfields Bruckhaus Deringer
Bruxelles

→ RLC 2420

Le cartel des tuyaux marins au Tribunal : trois annulations partielles, mais une seule réduction d'amende

Si les trois requérants dans l'affaire du cartel des tuyaux marins obtiennent une annulation partielle de la décision attaquée de la part du Tribunal, un seul d'entre eux se voit accorder le bénéfice d'une réduction de l'amende octroyée.

Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR et Parker-Hannifin c/ Commission ;

Trib. UE, 17 mai 2013, aff. jtes. T-147/09 et T-148/09, Trelleborg Industrie et a. c/ Commission ;

Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, Manuli Rubber Industries c/ Commission

En 2009, la Commission a imposé des amendes pour un montant total de 131 millions d'euros à cinq groupes de sociétés. Trois d'entre eux ont intenté un recours à l'encontre de cette décision et tous ont eu partiellement gain de cause devant le Tribunal. Cependant, un seul de ces requérants a pu obtenir une réduction de l'amende qui lui avait été infligée. En effet, le Tribunal considère que si, d'une part, la Commission s'est trompée quand elle a appliqué le droit, celle-ci a, d'autre part, été trop indulgente quand elle a calculé le montant de l'amende.

I. – CONTEXTE

A. – Manuli (T-154/09)

Dans sa décision, la Commission a considéré que Manuli avait participé pendant plusieurs années avec d'autres producteurs de tuyaux marins à des accords ou pratiques collusoires concernant, entre autres, la répartition des marchés et la fixation des prix. Selon la Commission, Manuli avait commis une infraction unique pendant deux périodes distinctes : d'abord de 1986 à 1992 et ensuite de 1996 à 2007. Pour déterminer le montant de l'amende, la Commission, au titre de son « pouvoir discrétionnaire », a toutefois pris en considération deux autres périodes, plus courtes, à savoir de septembre 1996 à mai 1997 et de mai 2000 à mai 2007. La participation de Manuli à l'entente de 1986 à 1992 ou de mai

1997 à avril 2000 n'a donc pas été sanctionnée par la Commission (cf. Déc. Comm. CE n° C (2009) 428 final, 28 janv. 2009, COMP/39406, relative à une procédure d'application de l'article 81 [CE] et de l'article 53 de l'accord EEE [Affaire Tuyaux marins], consid. 412, 447 et 448), qui justifie une telle indulgence en indiquant que puisque Manuli n'a pas participé à l'entente de 1992 à 1996, les agissements antérieurs à 1992 ne pouvaient potentiellement plus être sanctionnés du fait de la règle de prescription définie par l'article 25 du règlement n° 1/2003 (Règl. Cons. CE n° 1/2003, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité), et que les preuves relatives à la participation de Manuli à l'entente de mai 1997 à mai 2000 étaient assez limitées.

En réponse à une demande de Manuli présentée au titre de la communication sur la coopération, la Commission décida de lui accorder une réduction de 30 % du montant de l'amende infligée, qui s'éleva ainsi à 4,9 millions d'euros. Devant le Tribunal, Manuli alléguait que la Commission s'était trompée en ne lui accordant pas une réduction plus importante. Après un examen détaillé du dossier administratif et en considération du stade précoce où la coopération de Manuli est intervenue, le Tribunal a considéré qu'une réduction de 30 % du montant de l'amende ne correspondait pas à la valeur d'une telle coopération (Manuli, pts. 325 à 342). Pour le Tribunal, le taux de réduction de l'amende aurait dû être de 40 % (Manuli, pts. 356 à 358).

Pour autant, le Tribunal n'a pas réduit l'amende infligée à Manuli. Au titre de sa compétence de pleine juridiction, le Tribunal décide en effet d'infliger à cette entreprise une amende de 4,9 millions

^(*) Les opinions exprimées sont strictement personnelles. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : foad.hoseinian@freshfields.com.

Le cartel des tuyaux marins au Tribunal : trois annulations partielles, mais une seule réduction d'amende

 <http://lamyline.lamy.fr>

d'euros, ce qui laisse implicitement entendre que la Commission avait fait preuve de trop d'indulgence dans son appréciation d'autres éléments pris en considération pour apprécier le montant de l'amende. Premièrement, et contrairement à ce que suggère la Commission dans la décision attaquée, le Tribunal indique que la participation de Manuli à l'entente de 1986 à 1992 pouvait bien être sanctionnée sans porter atteinte à la règle de prescription définie par l'article 25 du règlement n° 1/2003. À cet égard, le Tribunal souligne que Manuli avait participé à une infraction de 1986 jusqu'en 1992 et, de nouveau, de 1996 à 2007, sans que la période d'interruption de sa participation n'excède cinq ans (Manuli, pts. 190 à 213 et 355). Deuxièmement, le Tribunal note que Manuli, et en particulier l'un de ses employés, avait activement cherché à relancer l'entente pendant la période où celle-ci était moins active (Manuli, pts. 176 à 180).

En ce qui concerne le comportement de Manuli pour relancer le cartel pendant sa période d'inactivité, une légère incohérence pourrait être relevée dans le raisonnement du Tribunal. En effet, les preuves relatives aux actions menées par cette entreprise lors de la période comprise entre 1997 et 2000 sur lesquelles se fonde le Tribunal pour maintenir l'amende à 4,9 millions d'euros nous semblent avoir pour principale origine la demande de clémence présentée par Manuli (Manuli, pt. 333). Or, en d'autres endroits de l'arrêt, le Tribunal souligne qu'il ressort du principe de confiance légitime et de la communication de la Commission sur la coopération que la Commission ne peut imposer une amende à une entreprise sur la seule base des éléments de preuve qu'elle a, elle-même, fournis à la Commission (Manuli, pts. 115 à 122).

L'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Manuli* nous rappelle de douloureux souvenirs. Certains d'entre nous ont pu connaître, par le passé, des examinateurs qui, en réponse à une demande de réexamen et après avoir été informés de l'existence d'une erreur d'appréciation, ont finalement décidé qu'il n'était pas justifié de modifier la note attribuée.

B. – Trelleborg Industrie c/ Commission (T-147/09 et T-148/09)

Cette affaire a permis au Tribunal de rappeler à la Commission comment il convient de définir l'existence d'une infraction continue (Trelleborg, pts. 57 à 70). Dans la décision, la Commission avait considéré que Trelleborg était responsable de l'infraction du début jusqu'à la fin de l'entente, soit de 1986 à 2007, même si elle n'était pas à même de prouver l'existence de contacts illicites entre Trelleborg et ses concurrents de mai 1997 à juin 1999 au moment où l'entente traversait une période de crise et avait une activité plus limitée (la « période contestée »). La Commission faisait valoir que, en considération de la jurisprudence pertinente (CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49/92 P, *Commission c/ Anic Partecipazioni*), Trelleborg pouvait toujours être considérée en tant que membre de l'entente faute de s'en être distanciée publiquement auprès de ses concurrents qui maintenaient des contacts en vue de relancer l'entente. La Commission n'alla toutefois pas jusqu'au bout de son raisonnement puisqu'elle décida de ne pas imposer d'amende à Trelleborg en ce qui concerne sa participation à l'entente lors de la période contestée.

Le Tribunal n'a pas accepté cette approche et il a jugé qu'il était légalement erroné de présumer qu'une entreprise continue de parti-

ciper à une infraction quand il n'existe pas d'éléments permettant de prouver que cette entreprise a eu des contacts illicites avec ses concurrents pendant plus de deux ans, d'autant plus que, à ce moment-là, l'entente n'avait guère d'activités (Trelleborg, pts. 64 à 69). Le Tribunal relève également que la Commission n'était même pas à même d'établir que Trelleborg savait ou était en mesure de savoir que ses concurrents communiquaient toujours entre eux au cours de la période contestée en vue de relancer l'entente (sur cette question, cf. également Trib. UE, 13 sept. 2010, aff. T-26/06, *Trioplast*, pts. 46 à 51). Cependant, étant donné que la Commission n'avait pas imposé d'amende en ce qui concerne la participation alléguée de Trelleborg à l'entente lors de la période contestée, et comme l'interruption de la participation de cette entreprise à l'entente était inférieure à cinq ans, le Tribunal n'a pas à tirer les conséquences de l'annulation partielle qu'il prononce sur le niveau de l'amende infligée à Trelleborg.

C. – Parker ITR et Parker-Hannifin c/ Commission (T-146/09)

L'arrêt du Tribunal dans cette affaire concerne essentiellement la question de l'imputabilité du comportement infractionnel en cas de succession d'entreprises.

La Commission avait décidé qu'une filiale du groupe Parker, Parker ITR, était responsable pour la totalité de la période de l'entente. Parker ITR contestait toutefois, entre autres choses, sa responsabilité directe pour l'infraction en ce qui concerne la période antérieure à 2002. En effet, le 31 janvier 2002, le groupe Parker avait acquis Parker ITR auprès du groupe Saiag. Avant cette date, l'activité relative aux tuyaux marins détenue par Parker ITR était menée par ITR, une filiale du groupe Saiag, laquelle était impliquée dans l'entente depuis 1986. C'est pour les besoins de la vente au groupe Parker que Saiag a créé Parker ITR, une société à laquelle il a transféré le 1^{er} janvier 2002 les actifs relatifs aux tuyaux marins. En d'autres mots, Parker ITR n'avait pas, en tant qu'entité juridique, été impliquée dans l'entente avant le 1^{er} janvier 2002 même si cette société est entrée en possession des actifs visés par l'entente.



L'affaire Trelleborg Industrie a permis au Tribunal de rappeler à la Commission comment il convient de définir l'existence d'une infraction continue.

En application du principe de la responsabilité individuelle, le Tribunal a relevé que Parker ITR ne pouvait pas être désignée comme responsable de l'infraction pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2002. Il a considéré que le critère de la continuité économique invoqué par la Commission ne trouve à s'appliquer pour déroger au principe de la responsabilité individuelle que si, premièrement, l'entité juridique qui a participé à l'infraction n'existe plus (ce qui n'était pas le cas en l'espèce étant donné que ITR et Saiag existaient toujours quand la Commission a adopté la décision) ; deuxièmement, s'il existe des liens structurels entre les entités en question (ce qui n'était pas, ici encore, le cas en l'espèce étant donné que le vendeur et l'acheteur des actifs visés par l'entente appartenaient à deux groupes différents) ; et, troisièmement, si la vente peut être considérée comme abusive dans l'intention



d'échapper aux sanctions prévues par le droit des ententes (ce qui n'était même pas allégué par la Commission). En conséquence, le Tribunal a décidé d'annuler partiellement la décision attaquée et de n'imputer l'infraction à Parker ITR qu'à compter du 1^{er} janvier 2002. Le montant de l'amende fut réduit en conséquence de 25,6 à 6,4 millions d'euros.

Il est intéressant de noter que le Tribunal n'a pas été impressionné par les arguments de la Commission visant à faire valoir qu'étant donné que ses pouvoirs de sanction à l'encontre d'ITR et de Saiag étaient prescrits, il devait être par conséquent nécessaire de sanctionner Parker ITR pour toute la durée de l'entente afin d'assurer le caractère dissuasif du droit de la concurrence.

II. – SIGNIFICATION PRATIQUE

Sur le plan du contrôle de légalité, les arrêts du Tribunal dans ces affaires mettent en question l'un des arguments préférés de la Commission, aux termes duquel la mise en œuvre effective du droit de la concurrence nécessiterait de ne pas appliquer de manière trop rigoureuse le principe de la responsabilité personnelle. Il n'est donc guère surprenant que la Commission vienne d'introduire un pourvoi (C-434/13 P) à l'encontre de l'arrêt du Tribunal prononcé dans l'affaire *Parker*.

Ces affaires remettent également en cause l'approche de la Commission en ce qui concerne le niveau de preuve requis pour établir l'existence d'une infraction continue. Ainsi qu'il ressort des affaires *Manuli* et *Trelleborg* (*Trelleborg*, pts. 72 à 94 ; *Manuli*, pt. 213), l'infraction « unique et continue » établie par la Commission peut être requalifiée en vitesse par le Tribunal comme une infraction « unique et répétée ». Cette requalification, qui permet au Tribunal d'éviter de constater la prescription de l'infraction pour la période antérieure à l'interruption, pourrait en pratique rendre inapplicable la prescription pour des membres des ententes. En effet, le rai-

sonnement du Tribunal implique que deux ententes intervenues à des périodes différentes peuvent être considérées comme constituant une seule infraction (unique et répétée). Cela serait le cas lorsqu'il existe « un plan d'ensemble » (*Manuli*, pt. 213), c'est-à-dire « un objectif unique poursuivi (...) avant et après l'interruption, ce qui peut être déduit de l'identité des objectifs des pratiques en cause, des produits concernés, des entreprises qui ont pris part à la collusion, des modalités principales de sa mise en œuvre, des personnes physiques impliquées pour le compte des entreprises et, enfin, du champ d'application géographique desdites pratiques » (*Trelleborg*, pt. 88).

Vu que les ententes dans un marché pertinent regroupent normalement les mêmes entreprises et fonctionnent essentiellement d'une même manière, il nous semble que les affaires commentées précisent que dans la panoplie dont la Commission dispose au sein de la notion d'« infraction unique » existe également un atout de nature procédurale : l'inapplicabilité de la prescription pour une entente abandonnée et/ou terminée mais qui a néanmoins eu des caractéristiques similaires à celle d'une entente découverte plus récemment.

Quand il s'agit d'apprécier le montant des amendes infligées par la Commission, ces affaires, et tout particulièrement l'affaire *Manuli*, montrent l'appétit parfois manifesté par le Tribunal pour mettre effectivement en œuvre la compétence de pleine juridiction qui lui a été conférée. L'arrêt *Manuli* illustre toutefois la tendance exposée par certaines personnes en doctrine qui estiment que, quand il exerce cette compétence, la réformation effectuée par le Tribunal n'aboutira que rarement à une diminution de l'amende en comparaison de celle décidée par la Commission (*cf.*, par exemple, Barbier de La Serre É. et Lagathu E., *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, No.4, p. 342-344). ■

DROIT PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE

→ RLC 2421

Infraction complexe et « éléments séparables »

Quelques mois après l'arrêt *Coppens* et ses précisions sur la portée d'une annulation concernant l'étendue de la participation d'une entreprise à une infraction complexe, la Cour rappelle qu'en l'absence d'éléments permettant d'identifier différentes infractions au sein de cette infraction, le Tribunal est habilité à annuler intégralement et non seulement partiellement la décision attaquée en ce qui concerne cette entreprise.

CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-287/11 P, Commission c/ Aalberts Industries et a.

Par arrêt du 4 juillet 2013, la Cour a rejeté le pourvoi introduit par la Commission à l'encontre de l'arrêt du Tribunal qui avait annulé les amendes infligées à trois sociétés, Aalberts Industries, en tant que société mère, et ses filiales, Aquatis et Simplex, pour leur participation à une entente sur le marché des raccords en cuivre durant la période comprise en juin 2003 et avril 2004 (Trib. UE, 24 mars 2011, aff. T-385/06, Aalberts Industries et a. / Commission et Déc. Comm. CE n° C(2006)4180, 20 sept. 2006, relative à une procédure d'application de l'article 81 [CE] et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/F-1/38.121 – Raccords)). Dans son arrêt, le Tribunal avait estimé que la Commission avait commis une erreur en considérant que ces entreprises avaient participé à l'entente pendant la période retenue par la Commission. En conséquence, la décision de la Commission sanctionnant ces sociétés avait été annulée par le Tribunal, ce que confirme *in fine* l'arrêt de la Cour qui rejette l'essentiel des arguments de la Commission. Deux de ces arguments peuvent être mis en exergue en ce qu'ils concernent les règles de preuve de la participation à un cartel.

Nécessité d'apprécier les preuves au niveau de l'entreprise. – En premier lieu, la Commission faisait valoir que le Tribunal avait dénaturé les éléments de preuve en sa possession en ne les examinant pas globalement au niveau de l'entité économique qui serait impliquée dans l'infraction, Aalberts Industries, mais séparément et individuellement au niveau de chacune des filiales mises en cause, à savoir, d'une part, Aquatis et, d'autre part, Simplex. Pour la Cour, il peut être fait reproche au Tribunal sur ce point de ne pas avoir examiné dans son arrêt, sans doute par économie de procédure, la question de savoir si Aalberts Industries, Aquatis et Simplex pouvaient être considérées comme une seule et même entreprise au sens de l'article 101 TFUE.

En limitant son examen au seul examen des éléments de preuve invoqués par la Commission pour établir la participation d'Aquatis et de Simplex à l'infraction, chacune pour ce qui la concerne, le Tribunal a commis une erreur de droit (pts. 27 à 28). Cette précision relève du champ des principes. Le Tribunal ne pouvait limiter son examen des éléments en cause au seul niveau de la filiale, il lui fallait également vérifier si les conclusions auxquelles il arrivait étaient toujours valables au niveau de l'« entreprise », le sujet protéiforme du droit de la concurrence.

Pour autant, après s'être demandée quelle aurait pu être l'incidence sur la solution du litige de la réponse susceptible d'être donnée à la question de savoir si Aalberts Industries, Aquatis et Simplex constituaient une seule et même entreprise, la Cour arrive logiquement à la conclusion qu'il n'existait pas ici d'éléments à même d'établir que l'un des membres de ce « groupe » a adhéré à l'entente qui lui est reproché. L'erreur précitée ne saurait conduire la Cour à annuler l'arrêt attaqué (pts. 31 à 45).

Quelques précisions sur la notion d'« éléments séparables ». – En deuxième lieu, l'arrêt *Aalberts* revient sur la notion d'éléments séparables, dont l'arrêt *Coppens* a récemment montré l'importance (CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-441/11 P, Commission c/ Verhuizingen Coppens, Muguet-Poullennec G. et Barbier de la Serre É, Portée de l'annulation constatant une participation limitée à une infraction complexe : vues croisées sur l'arrêt *Coppens*, RLC 2013/35, n° 2293).

En l'espèce, la Cour considère qu'il ne lui est pas possible de déduire – comme l'y incitait la Commission – la participation à une infraction à l'article 101 TFUE de la seule participation d'Aquatis aux réunions d'une organisation professionnelle. Ce seul élément ne saurait de plus suffire pour établir la participation à l'infraction unique, complexe et continue définie par la Commission, étant donné que celle-ci n'est pas en mesure de rapporter la preuve que l'entreprise en cause entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissances des comportements infractionnels ou envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à accepter le risque. La Cour relève ainsi que la Commission, elle-même, avait considéré qu'il était artificiel de subdiviser en plusieurs infractions distinctes le comportement des différentes entreprises impliquées dans l'entente. Pour la Cour, « *dans ces conditions, à supposer que les réunions [de l'organisation professionnelle] aient eu un objet ou des effets anticoncurrentiels, ledit élément constitutif de l'infraction unique, complexe et continue n'aurait pas été séparable du reste de l'acte au sens de la jurisprudence [Coppens]* » (pts. 60 à 66). Si les mêmes principes s'appliquent, la solution n'en est pas moins différente dans son résultat (annulation intégrale pour Aalberts, annulation partielle pour Coppens),



ce qui est d'autant plus significatif que la Cour n'a pas suivi sur ce point les conclusions présentées à ce propos par M. l'avocat général Mengozzi (cf. concl. av. gén. M. Paolo Mengozzi, présentées le 28 fév. 2013, pts. 105 à 120).

Gwenaël MUGUET-POULLENNEC (*)

Référendaire au Tribunal de l'Union européenne

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir également dans cette revue, RLC 2013/37, n° 2398.

→ RLC 2422

Le double effet de l'insuffisance de motivation

Le constat de l'insuffisance de motivation d'une circonstance aggravante par la Commission expose celle-ci à la réduction du montant de l'amende imposée, mais la prive également et ce, sans porter atteinte au principe du contradictoire, de la possibilité de compléter la motivation défaillante ou insuffisante.

CJUE, 8 mai 2013, aff. C-508/11 P, Eni Spa

Dans l'affaire du cartel du caoutchouc, ENI, solidairement avec sa filiale Versalis, s'est vu infliger une amende s'élevant à 272,25 millions d'euros justifiée, notamment, par un constat de double récidive (en lien avec les affaires *Polypropylène et PVC II*) ayant conduit à la Commission à augmenter de 50 % le montant de base de son amende. Dans le cadre du recours en annulation introduit par Eni, le Tribunal a écarté cette circonstance aggravante pour défaut de motivation de la décision sur ce point et réduit l'amende en conséquence à 181,5 millions d'euros (Trib. UE, 13 juill. 2011, aff. T-39/07, *Eni c/ Commission*). En particulier, il a relevé que, lorsque la Commission entend invoquer la notion d'entreprise aux fins de l'application de la circonstance aggravante de récidive, elle doit apporter des éléments circonstanciés et précis au soutien de son assertion (arrêt du Tribunal précité, pt. 166). Or, le Tribunal est d'avis que, dans sa décision, la Commission n'a pas identifié avec suffisamment de précision les contours du groupe en question et les sociétés en raison des comportements antérieurs desquelles Eni pouvait être considérée en état de récidive (arrêt du Tribunal précité, pts. 167-171).

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas le Tribunal de l'Union européenne.

Dans le cadre de son pourvoi incident au pourvoi introduit par Eni, la Commission contestait la réduction d'amende accordée par le Tribunal à Eni au motif, notamment, qu'elle avait été effectuée en violation du principe du contradictoire, engendrant ainsi une violation de ses droits de la défense (arrêt commenté, pt. 134). En particulier, la Commission faisait grief au Tribunal, s'agissant de son appréciation de la récidive, de ne pas avoir adressé des questions écrites aux parties et de ne pas lui avoir demandé des éclaircissements sur les faits lors de l'audience.

La Cour, très sèchement, refuse de faire droit à cette argumentation en retenant une motivation en deux temps. En premier lieu, elle relève qu'Eni avait soulevé le grief d'une insuffisance de motivation dans son recours en annulation et que la Commission a donc eu le loisir de prendre intégralement position sur ce grief dans son mémoire en défense ainsi qu'à l'audience (arrêt commenté, pt. 134). En second lieu, elle insiste sur le fait que la Commission est tenue de fournir une motivation suffisante dès l'adoption de sa décision (arrêt commenté, pt. 135).

C'est certainement ce second volet de la motivation qui présente le plus d'intérêt. La Cour vient y préciser que, dans l'exercice de son contrôle de légalité, en l'occurrence sur l'existence d'une circonstance aggravante; le Tribunal, qui constaterait un défaut de motivation de la décision sur ce point, n'est nullement tenu, soit de fournir à la Commission la possibilité de présenter des éléments de faits à même de confirmer un constat insuffisamment motivé, soit d'adopter des mesures d'organisation de la procédure à cet effet.

Ce faisant, la Cour vient mettre en évidence l'importance que revêt l'obligation de motivation pesant sur la Commission qui, en cas de motivation insuffisante, encourt non seulement la censure du Tribunal mais également le risque d'une réappréciation de la situation au regard des seuls éléments factuels pouvant être déduits de la décision elle-même, quand bien même ne reflèteraient-ils pas la réalité. Mais en définitive, elle ne vient que tirer les conséquences de la nature même du recours en annulation dans le cadre duquel l'analyse par le juge de l'Union des moyens soulevés n'a ni pour objet ni pour effet de remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre d'une procédure administrative (CJUE, 2 sept. 2010, aff. C-399/08 P, *Commission c/ Deutsche Post*, pt. 84).

Benjamin CHEYNEL (*)

Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

(*) Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas la Cour de justice de l'Union européenne.



Par Fayrouze MASMI-DAZI

Avocat à la Cour
DLA Piper UK LLP

→ RLC 2423

Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes

Le 11 juin 2013, la Commission européenne a publié une double proposition de paquet normatif encadrant les contentieux indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles. Ce paquet intervient à la suite des nombreuses incertitudes nées de la casuistique prônée par la Cour de justice dans l'arrêt *Pfleiderer* alors que les actions en réparation se multiplient dans plusieurs États membres.

La Commission européenne a publié le 11 juin 2013 une double proposition de paquet normatif visant à encadrer les actions en réparation de dommages subis du fait de pratiques anticoncurrentielles et à permettre l'introduction de mécanismes de recours collectifs dans chaque État membre. Cette démarche, amorcée depuis plusieurs années, a été rendue impérieuse à la suite de l'arrêt de la Cour de justice (ci-après, la « CJUE ») dans l'affaire *Pfleiderer* (CJUE, 14 juin 2011, aff. C-360/09, *Pfleiderer*) et des nombreuses incertitudes qui ont émergé eu égard notamment à l'accès des tiers aux documents fournis dans le cadre d'une demande de clémence (cf. Roseau M. et Masmi-Dazi F., L'arrêt *Pfleiderer* ou la mise en balance des intérêts protégés par la clémence avec le droit des victimes à réparation, RLC 2012/30, n° 2017). Le paquet comporte deux volets complémentaires relevant d'une approche horizontale pour ce qui est des recours collectifs, et verticale pour les actions proprement liées au droit de la concurrence. Il est actuellement en cours d'examen par la Commission des affaires économiques et financières du Parlement européen qui devrait se prononcer le 5 décembre prochain pour un vote prévu en séance plénière du Parlement européen le 11 mars 2014. Les débats actuels entre États membres laissent présager que le texte actuel subira des modifications, notamment liées aux difficultés de mise en œuvre des procédures au niveau national.

I. – LA PRÉSERVATION DE L'ATTRACTIVITÉ DES PROGRAMMES DE CLÉMENCE

A. – Des inégalités nées de la casuistique prônée par la CJUE dans l'affaire *Pfleiderer*

Dans son arrêt *Pfleiderer*, tout en rappelant le droit des victimes à obtenir réparation et l'importance des programmes de clémence dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles les plus graves, la CJUE avait considéré qu'en l'absence de disposition communautaire contraignante permettant de trancher les demandes d'accès aux documents fournis dans le cadre des programmes de clémence, il appartenait aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès pouvait être autorisé ou refusé en procédant à une mise en balance des intérêts protégés par le droit de l'Union. Cette méthode avait cependant soulevé plus de difficultés qu'elle n'en avait résolu tant l'hétérogénéité des règles nationales laissait la part belle aux risques de contrariété et de contournement.

Faisant une première application de la méthode prônée par la CJUE au niveau national dans l'affaire *Pfleiderer*, le tribunal admi-



nistratif de Bonn a ainsi décidé de refuser l'accès aux documents en s'appuyant sur la menace qu'une telle divulgation ferait peser sur l'efficacité des programmes de clémence (*Amstgericht Bonn*, 30 janv. 2012). Dans une autre affaire intervenue en Allemagne en 2012, relative à une demande de réparation de préjudices subis du fait de pratiques mises en œuvre par des torréfacteurs de café, la cour régionale de Düsseldorf a également refusé l'accès de tiers à des documents fournis dans le cadre de programmes de clémence, ceci afin de préserver également l'efficacité de ceux-ci (*Oberlandsgerricht Düsseldorf*, 22 août 2012).

Saisie d'une nouvelle question préjudicielle relative à l'article 39, paragraphe 2, de la loi autrichienne relative aux ententes qui énonçait que « les personnes qui ne sont pas parties à la procédure ne peuvent accéder au dossier du tribunal de la concurrence qu'avec l'accord des parties », ce qui excluait de facto la possibilité pour les tiers d'accéder aux documents, la CJUE a considéré que les juridictions nationales devant statuer sur une demande d'accès à ce dossier ne disposaient d'aucune possibilité de mettre en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union (CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie* et a.). En effet, par ces dispositions, les juridictions étaient seulement habilitées à prendre acte de l'accord ou du refus exprimé par les parties à la procédure et la CJUE en a logiquement déduit que le principe d'effectivité s'oppose à une disposition nationale subordonnant la divulgation de documents à l'accord des parties.

Rappelons à cet égard que le droit français, tel qu'il résulte de la modification introduite dans la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs (L. n° 78-753, 17 juill. 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal) par l'article 50 de la loi de simplification et d'amélioration du droit du 17 mai 2011 (L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit), exclut totalement du champ du droit d'accès aux documents administratifs « les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision ». De telles dispositions paraissent en contradiction avec le droit de l'Union tel qu'interprété dans l'arrêt de la Cour *Donau Chemie* (CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, précité), dans la mesure où elles excluent totalement l'accès à de tels documents sans laisser aucune marge de manœuvre aux juridictions nationales pour procéder à l'exercice de mise en balance des intérêts protégés par l'Union.

Outre les risques de contrariété entre le droit de l'Union et les dispositions nationales mis à jour par la jurisprudence récente, la situation actuelle a donné lieu à un véritable *forum shopping* entre les juridictions des différents États membres, lequel a engendré des conflits de lois, voire de véritables conflits de souveraineté.

La question des contournements possibles des droits nationaux s'est ainsi posée avec une particulière acuité dans une affaire désormais connue sous le nom de son demandeur, National Grid, devant les juridictions britanniques. Pour mémoire, plusieurs demandes d'accès avaient été présentées dans le cadre d'une instance pendante devant la *High Court*. Deux des codéfendeurs, Areva et Alstom, avaient refusé de communiquer des documents demandés sur la base des dispositions de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des

personnes physiques ou morales étrangères. Ni cette loi, dont les dispositions ont été interprétées par le juge britannique, ni les sollicitations des entreprises auprès de leurs services diplomatiques n'ont permis de faire obstacle à la décision du juge d'ordonner la communication de ces documents.

Si cette décision laisse présager que les demandes de déclassification ne souffriront pas des obstacles érigés par le droit national des défendeurs pour leur protection, elle souligne que la situation actuelle est une source continue de contradictions, de divergences et de conflits qui menacent la sécurité juridique.



S'agissant de l'accès aux documents, la Commission propose de retenir trois niveaux de déclassification.

B. – Une réplique graduée visant à préserver l'efficacité de l'action publique

Pour ne pas compromettre l'efficacité de l'action publique en réduisant l'intérêt des programmes de clémence, la Commission propose de répondre à l'hétérogénéité des règles autour de trois principaux axes : une déclassification graduée des documents issus des programmes de clémence, une exception au principe de responsabilité conjointe et solidaire au bénéfice du demandeur de clémence de premier rang et la possibilité d'une action indemnitaire uniquement à compter d'une décision définitive d'une autorité de concurrence.

S'agissant de l'accès aux documents, la Commission propose de retenir trois niveaux de déclassification :

- Une liste noire : les documents appartenant à cette catégorie ne peuvent en aucun cas être divulgués – il s'agit des déclarations d'entreprises et des propositions de transaction.
- Une liste grise : les documents bénéficieront d'une protection temporaire puisqu'ils ne pourront être divulgués qu'après que l'autorité de concurrence aura clos sa procédure – il s'agit des documents que les parties ont établis spécifiquement pour les besoins d'une procédure (les réponses d'une partie à une demande de renseignements) ou que l'autorité de concurrence a établis au cours de sa procédure (une communication des griefs).
- Une liste blanche : les documents peuvent être divulgués à n'importe quel moment – il s'agit d'informations préexistantes, c'est-à-dire d'informations indépendantes de l'enquête des autorités de concurrence.

Si la démarche graduée prônée par la Commission permet d'identifier clairement mais de manière limitative les documents bénéficiant d'une protection absolue, la deuxième catégorie de documents donnera probablement lieu à plus de débats. Qu'en est-il par exemple des inventaires ou des tables des matières établis par une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure et qui permettraient aux victimes de demander la communication de catégories de documents ? Cette question qui avait été abordée dans le cadre de l'affaire *Cartel Damage Claims* (Trib. UE, 15 déc. 2011, aff. T-437/08, *Cartel Damage Claims – Hydrogène Peroxyde c/ Commission*), avait permis au Tribunal de censurer le refus opposé par la Commission européenne de communiquer la table des matières

Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes

<http://lamyline.lamy.fr>

du dossier de la procédure postérieurement à sa clôture. Aussi, contrairement à la position qu'elle avait adoptée dans cette affaire, il faut croire que la Commission considère désormais que de tels documents devraient faire l'objet d'une divulgation. De même, il n'est pas certain que les catégories ainsi déterminées conviennent à l'ensemble des États membres, particulièrement ceux dont les dispositions sont les plus strictes.

Dans la continuité de sa démarche visant à préserver l'efficacité de l'action publique et tout en rappelant le principe de responsabilité solidaire des entreprises participant à une infraction, la Commission a en outre introduit une exception au bénéfice des demandeurs de clémence s'étant vu octroyer une immunité de premier rang. L'entreprise de premier rang ne serait ainsi tenue qu'à la réparation du préjudice de ses propres clients. Elle ne sera tenue solidairement responsable du paiement des dommages et intérêts réclamés par d'autres victimes que si ces dernières ne peuvent obtenir de réparation intégrale de leur préjudice de la part des autres participants.

Or, cette limitation de responsabilité du demandeur de clémence de premier rang crée une nouvelle forme d'exonération qui n'existait notamment pas en droit français, car la responsabilité demeure, de même que l'obligation de réparation à l'égard de ses clients, voire également à l'égard des autres victimes si celles-ci n'ont pu obtenir réparation. Il s'agirait donc d'introduire un objet juridiquement non identifié et hybride puisqu'à géométrie variable au sein du droit français de la responsabilité civile pour permettre à l'action publique de préserver son efficacité.

Enfin, la Commission propose de ne permettre une réclamation qu'à compter d'une décision définitive. La question se pose néanmoins de savoir ce que recouvre cette notion et en l'absence de précisions dans la proposition de directive, ceci devrait probablement relever de l'autonomie procédurale des États membres, ce qui laisse présager de nouvelles incertitudes et risques de contrariété. De tels risques de contrariété pourraient en effet se manifester dans le cadre d'actions multiples dont la coordination paraît difficile à mettre en œuvre en pratique.

II. – L'ACCÈS DES VICTIMES À DES MÉCANISMES DE RÉPARATION PLUS EFFICACES

Si la proposition de directive ne vise que les actions en réparation de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles, à l'exclusion des injonctions, le champ d'application de cette proposition est étendu à de nombreux aspects substantiels et procéduraux des actions en réparation qui vont bien au-delà de la simple harmonisation des règles d'accès aux documents fournis dans le cadre des programmes de clémence. Ceci explique d'ailleurs pourquoi la Commission a fondé la proposition de directive sur une double base juridique prise dans les articles 103 et 114 TFUE.

La proposition de directive ne vise ainsi pas uniquement les actions en réparation de dommages concurrentiels fondées sur une violation du droit de l'Union européenne mais également celles applicables aux violations parallèles des règles de concurrence nationales. Si une telle approche vise indiscutablement à harmoniser plus largement de telles actions, le domaine des actions purement nationales reposant sur une violation du seul droit national restera régi par des dispositions non harmonisées.

A. – Un renforcement substantiel des droits des victimes

La proposition contient de nombreuses mesures facilitant la mise en œuvre des actions en réparation de dommages concurrentiels. Si une action ne peut être mise en œuvre qu'à compter d'une décision définitive reconnaissant la responsabilité d'une entreprise du fait de sa participation à une infraction, elle propose d'étendre le bénéfice de l'effet contraignant attaché aux décisions de la Commission européenne par l'article 16 du règlement n° 1/2003 aux décisions des autorités nationales de concurrence. Ceci, afin de permettre aux demandeurs de ne pas établir la responsabilité des défendeurs autrement qu'en s'appuyant sur une décision.

Pour faciliter l'accès aux preuves, la Commission propose de permettre aux victimes de demander non seulement la communication de documents identifiés mais également de catégories de documents. L'exercice de cette faculté restera néanmoins encadré par les classifications des différents documents retenues par la Commission sous les réserves exposées *supra*.

Parallèlement au projet de directive, la Commission a publié une communication et un guide relatifs à la quantification des dommages et intérêts afin d'aider les juridictions nationales et les parties en leur fournissant des indications sur les principales méthodes et techniques de quantification des dommages concurrentiels. Dans ces documents, la Commission propose de créer une présomption d'existence d'un dommage au bénéfice de la victime. La Commission prend donc le parti de considérer qu'une pratique anticoncurrentielle cause nécessairement un dommage, tout en laissant ouverte la question de sa quantification sur la base des orientations fournies par les études et analyses économiques.

De la même manière, la Commission répond à la question de la répercussion des surcoûts à des niveaux intermédiaires de la chaîne de valeur en introduisant une présomption réfragable de répercussion. La Commission a néanmoins choisi de ne pas introduire de présomption selon laquelle les surcoûts auraient été répercutés à 100 % et s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond pour établir le poids du surcoût ainsi répercuté.

La question de la prescription est encore évoquée dans un sens favorable aux victimes puisque la Commission propose de fixer son point de départ non seulement au moment où la victime prend connaissance du comportement infractionnel, mais également de sa qualification juridique, du fait que cela a causé un dommage et du nom des entreprises ayant participé à l'infraction. Le point de départ ne pourrait en tout état de cause pas être fixé avant la cessation de l'infraction. Il s'agit par-là de préserver au maximum la possibilité pour des victimes potentielles de faire valoir le préjudice qu'elles auraient subi le plus longtemps possible. Tandis que le délai de prescription varie entre cinq et dix ans d'un État membre à l'autre, la Commission propose de fixer ce délai à cinq ans et d'en permettre la suspension pendant l'enquête d'une autorité de concurrence.

Enfin, afin d'inciter les opérateurs économiques à faire appel aux modes alternatifs de règlement des litiges, la Commission propose de permettre une suspension de la prescription pendant la période d'utilisation de ces voies procédurales afin de ne pas faire perdre aux victimes le droit de réclamer une réparation de leur préjudice auprès des juridictions, ainsi que la possibilité de règlement partiel du litige qui ne concernerait pas toutes les entreprises



condamnées. Les entreprises signataires de l'accord transactionnel ne seraient pas tenues au paiement des dommages et intérêts payés par les autres participants au cartel non signataires. Une telle exception risque pourtant là encore de soulever des difficultés du point de vue du droit de la responsabilité délictuelle.

B. – Une intervention symbolique et consensuelle en matière de recours collectifs

En matière de recours collectifs, si longtemps et fermement débattus, la recommandation et la communication de la Commission apparaissent comme une surprise relative car si le Commissaire européen à la concurrence avait déclaré exclure de telles mesures de son paquet normatif, les débats entamés depuis 2009 avec le Parlement européen et d'autres services de la Commission européenne laissaient présager une intervention de la Commission en ce domaine. L'approche sectorielle spécifiquement dédiée au droit de la concurrence avait été écartée dès la fin du mandat de Mme Nelly Kroes en tant que Commissaire européen à la concurrence dans un contexte de renouvellement du mandat de la Commission, de débat houleux avec le Parlement européen et de divergences de vue entre différents services de la Commission européenne.

La publication de ces deux documents apparaît dès lors comme une première prise de position de la Commission européenne dans ce domaine après des années de débats. En ce sens, elle revêt une portée symbolique. Compte tenu de la nature juridique de ces documents, il paraît difficile (ou regrettable diront certains) de leur attribuer une valeur et une portée juridique plus étendue.

La difficulté de l'exercice ne tient d'ailleurs pas qu'aux divergences de vue ou d'agenda entre les institutions européennes. En effet, outre la question du fondement juridique d'une intervention de l'Union européenne dans un domaine relevant de l'autonomie procédurale des États membres, c'est surtout l'hétérogénéité des systèmes et des traditions juridiques communautaires sur des aspects

aussi importants que le caractère représentatif de l'action, l'*opt-in* ou l'*opt-out*, la possibilité de faire financer par des tiers les actions collectives pour remédier aux difficultés de financement qui posent problème. Les représentants d'entreprises et de consommateurs s'accordent à exclure un système « à l'américaine ». Ceci étant dit, la question se pose de savoir comment construire un modèle de recours collectif équilibré à partir d'une myriade de systèmes différents et d'intérêts si ouvertement opposés.



En matière de recours collectifs, si longtemps et fermement débattus, la recommandation et la communication de la Commission apparaissent comme une surprise relative (...).

La Commission a fait le choix d'une démarche consensuelle, non contraignante, pour livrer sa vision des contours d'une action collective européenne. D'aucuns déplorent la nature non contraignante de ces instruments. À l'inverse, on peut également considérer qu'il s'agit d'une première pierre à la construction d'un édifice communautaire.

La vision de la Commission est consensuelle, car elle repose sur les terrains d'action les plus convergents, c'est-à-dire un modèle d'*opt-in* qui pourrait souffrir d'exceptions, la promotion des actions de suivi, l'interdiction des dommages et intérêts punitifs, le principe selon lequel la partie qui succombe supporte les frais et dépens ou encore l'encadrement des entités représentatives et l'utilisation de modes alternatifs de règlement des litiges.

Ce faisant, la Commission invite les États membres à se doter et à encadrer de telles actions pour atteindre à plus long terme une situation plus homogène, dans laquelle il ne peut être exclu qu'elle intervienne de façon plus intrusive. ■



Par Loraine DONNEDIEU
de VABRES-TRANIÉ

Avocat à la Cour
Jeantet Associés

→ RLC 2424

La Cour suprême américaine encadre les exigences probatoires nécessaires à la recevabilité des *class actions*

La Cour suprême américaine rejette la certification d'une *class action* en raison d'un manque d'homogénéité des membres qui la composent et contraint les juges du fond à caractériser, dès le stade de la certification des actions intentées, le lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice subi pour chacune des victimes.

Décision Comcast Corp. et a. v. Behrend et a. n° 11-864, 27 mars 2013

A lors que les actions collectives connaissent un succès dans certaines législations européennes (cf. not. l'introduction de l'action de groupe en droit français prévue dans le projet de loi sur la consommation et la volonté du gouvernement britannique de passer à un modèle d'*opt out* pour sa *class action* – cf. *Private actions in Competition Law: A consultation on options for reform – government response*, January 2013 – Department of Business Innovation & Skills –), la Cour suprême américaine confirme la tendance, déjà constatée outre-Atlantique (cf. not. US courts « increasingly hostile » to class actions while Europe seeks consistency, Oglethorpe K., *Global Competition Review*, 2 oct. 2012), à circonscrire leur admissibilité, comme en témoigne entre autres la saga judiciaire ayant donné lieu au fameux arrêt *Empagran* (F. Hoffmann-La Roche Ltd. et a. v. Empagran S.A. et a., 124 S. Ct. 2359 (2004)). En l'espèce, la Haute juridiction a considéré que l'action de groupe intentée contre la pratique de la société Comcast (ci-après Comcast), premier opérateur américain de télévision par câble, devait être rejetée dès le stade de la certification (lors de la procédure dite de « certification »), faute de lien suffisant entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice subi par l'ensemble de ses membres (I). Ce faisant, la Cour suprême américaine restreint d'avantage les règles probatoires d'admissibilité de la *class action* (II).

I. – LES FAITS ET LA PROCÉDURE

En l'espèce, la pratique dénoncée était la stratégie mise en place par Comcast depuis 1998 qui consistait à acquérir des groupes de câblo-opérateurs dans la région de Philadelphie en contrepartie de l'abandon de ses réseaux dans d'autres régions. De telles pra-

tiques auraient conduit Comcast à détenir une position monopolistique sur le marché géographique concerné (les parts de marché de Comcast sur le marché de Philadelphie seraient ainsi passées de 23,9 % à 69,5 % de 1998 à 2007).

Les abonnés de Comcast ont alors intenté une *class action* en 2003 lorsque ses parts de marché avoisinaient 75 %. Ces derniers reprochaient au leader américain d'avoir enfreint les paragraphes 1 et 2 du *Sherman Act* (Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, <http://en.wikisource.org/wiki/Page:United_States_Statutes_at_Large_Volume_26.djvu/263>), en profitant de sa position monopolistique sur le marché de Philadelphie pour augmenter ses tarifs d'abonnements à la télévision par câble.

Lors de la procédure de certification et pour démontrer le dommage causé aux membres de la classe, l'expert désigné par cette dernière a présenté un rapport devant la *District Court for the Eastern District of Pennsylvania* dans lequel il établissait, au moyen de quatre théories, les effets anticoncurrentiels causés par la pratique de Comcast. Selon l'expert, le préjudice total s'élevait à plus de 875 millions de dollars.

Une seule de ces quatre théories a toutefois été acceptée par la *District Court*, qui a considéré que la stratégie de Comcast avait seulement eu pour effet de limiter la concurrence des opérateurs de télévision par câble installant de nouveaux câbles, désignés dans l'arrêt comme les « *overbuilders* ».

Selon Comcast, la *class action* n'avait pas été suffisamment définie et ne pouvait donc pas être homologuée pour deux raisons



principales. Les conditions de concurrence étaient en effet trop divergentes, les membres de la classe ne disposant pas d'une homogénéité suffisante compte tenu de l'étendue géographique concernée (les abonnés de Comcast concernés vivaient dans 679 zones de franchise réparties dans trois états différents : Pennsylvanie, New Jersey et Delaware). Par ailleurs, Comcast considérait que le rapport d'expert ne démontrait pas un lien de causalité suffisant entre l'effet anticoncurrentiel allégué et le préjudice subi par l'ensemble de la classe.

À l'instar de la *District Court*, la *United States Court of Appeals for the Third Circuit* (*Behrend v. Comcast Corp.*, 655 F.3d 182 (3rd Cir. 2011)) a également rejeté ce moyen en considérant qu'au stade de la certification de la classe, les demandeurs n'avaient pas à démontrer l'impact de l'effet anticoncurrentiel sur l'évaluation précise du préjudice pour chacun de ses membres. En effet, selon ces cours fédérales, l'analyse des arguments au fond ne pouvait intervenir au stade de la certification de la *class action*, mais uniquement lors de la procédure au fond.

Comcast a alors déposé un recours extraordinaire (*certiorari*) contre la requête de certification devant la Cour suprême afin de déterminer si une *District Court* pouvait homologuer une *class action* sans se prononcer sur le bien fondé de la démonstration d'un éventuel préjudice causé à l'ensemble des membres adhérents de la classe.

II. – LA DÉMONSTRATION DU LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE ET LE PRÉJUDICE SUBI PAR L'ENSEMBLE DE LA CLASSE COMME CONDITION ESSENTIELLE DE LA CERTIFICATION DE LA CLASS ACTION

Le 27 mars 2013, la Cour suprême a décidé par une courte majorité (5 voix contre 4) que les éléments présentés devant les juges du fond n'établissaient pas le lien de causalité entre le préjudice et l'effet anticoncurrentiel occasionné par la pratique de Comcast.

Plus précisément, la Haute juridiction considère que les juridictions du fond ne peuvent se limiter au seul dommage causé aux *over-builders* pour homologuer une *class action*. En d'autres termes, pour qu'une *class action* soit recevable, il est nécessaire qu'un modèle économique qui permette de déterminer les préjudices effectivement subis par l'ensemble des membres de la classe soit établi.

Ainsi, alors que la procédure de certification de la *class action* était auparavant sujette à des questions essentiellement procédurales, les juges fédéraux devront dorénavant se prononcer sur le bien fondé des preuves qui leur seront soumises afin de déterminer si la classe dispose d'une homogénéité suffisamment représentative.

En effet, aux termes des Règles fédérales de procédure civile (Rule 23(b)(3) of the Federal Rules of Civil Procedure: « *the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy* »), une *class action* est recevable lorsqu'il est établi que « *les questions de droit ou de fait communes aux membres de la classe prévalent sur les questions affectant les seuls intérêts individuels, et que la class action prime sur toute autre méthode permettant de régler le litige de manière loyale et efficace* ».

La Cour suprême américaine avait déjà précisé la procédure de certification afin de limiter les *class actions* abusives lors du rejet de la plus grande *class action* jamais menée (*Wal-Mart Stores, Inc. vs Dukes et al.*, 603 F. 3d 571 (2011)) ; cf. pour un commentaire de cette décision, Le Gallou C., La Cour suprême américaine freine la plus grande *class action* jamais menée !, Cour suprême américaine, 20 juin 2011, *Wal-Mart Stores, Inc. vs Dukes et al.*, n° 10-277, D. 2011, p. 2284). Il incombait alors à la classe de démontrer, dès la procédure de certification, qu'un préjudice commun avait été subi par l'ensemble des membres de la classe, et que ce préjudice résultait d'une même faute. Toutefois, l'évaluation précise du préjudice était considérée comme devant être analysée lors de la procédure au fond.

Avec l'arrêt *Behrend*, la Cour suprême indique ainsi aux juridictions du fond qu'il leur appartient d'examiner de manière approfondie les arguments de fond relatif à la démonstration de l'homogénéité de la classe dès le stade de la certification. Elle ouvre par conséquent une nouvelle brèche dans la lutte contre les recours abusifs à l'action de groupe.

Deux jours seulement après la publication de la décision *Comcast Corp v Behrend* (*Comcast Corp. v. Behrend*, 655 F.3d 182 (2013) – arrêt objet du présent article rendu par la Cour suprême des États-Unis –), la société Intel, dans un litige pendant devant la *District Court* de l'État du Delaware, a soutenu que la *class action* conduite par Phil Paul était irrecevable en ce que les plaignants n'avaient pas présenté d'éléments suffisants pour d'établir le préjudice qu'ils prétendaient avoir subi.

C'est donc avec impatience qu'est attendue la décision *Intel* en ce qu'elle est susceptible de confirmer la jurisprudence *Behrend*.

En dépit de la spécificité de la procédure américaine dédiée à la *class action*, les enseignements de l'arrêt *Behrend* auront probablement des répercussions au niveau européen et notamment sur l'action de groupe en France.

En effet, le projet de loi sur la consommation prévoit l'introduction de l'action de groupe en France (cf. à ce sujet Picot T. et Bombardier J., *Projet de loi « Hamon » sur la consommation : introduction de l'action de groupe en droit de la consommation et en droit de la concurrence*, *Option finance* 2013, n° 1224, p. 30). Dans sa version adoptée par l'Assemblée nationale le 4 juillet 2013, le projet de loi prévoit que le juge, d'une part définit « *le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement* », et d'autre part, détermine « *le montant des préjudices pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices* » (C. consom., art. L. 423-3, tel que créé par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la consommation déposé au Sénat le 4 juillet 2013).

Le juge français sera dès lors très certainement confronté à des problématiques similaires relatives à la détermination du préjudice subi par les consommateurs et à l'homogénéité du groupe.

Ainsi, les critères définis par la Cour suprême américaine, et leur application future par les *District Courts*, fourniront des méthodes d'analyses susceptibles de servir de sources d'inspiration à d'autres ordres juridiques et devront ainsi faire l'objet d'une attention particulière de la part des praticiens du droit de la concurrence et de la consommation. ■

↳ DÉCISIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE ÉTRANGÈRES

→ RLC 2425

Nouvelle loi belge sur la concurrence : réforme de l'Autorité de la concurrence et amélioration des procédures

Votée en avril dernier, la Loi sur la concurrence (ci-après « la Loi ») a pour ambition affichée de renforcer l'effectivité du droit de la concurrence en Belgique. La nouvelle loi réforme ainsi l'Autorité de la concurrence et améliore significativement l'efficacité des procédures devant l'Autorité. Outre la mise en place de nouvelles procédures, la Loi introduit de nouvelles dispositions sur la détermination du prix des biens. L'entrée en vigueur de la Loi est attendue pour la fin de l'année 2013⁽¹⁾.

Loi portant insertion du livre IV « Protection de la Concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du code de droit économique, 3 avr. 2013⁽²⁾

Parmi les principales mesures envisagées, figurent la création d'une Autorité de la concurrence indépendante qui succèdera à l'actuel Conseil de la concurrence et à la Direction générale de la concurrence du ministère de l'Économie (Communiqué de presse, 20 juill. 2012, Delafortrie S., Springael C., Davantage de concurrence et des prix plus corrects, <www.presscenter.org/fr/pressrelease/20120720/davantage-de-concurrence-et-des-prix-plus-corrects>). L'Autorité sera notamment composée d'un président et de son service, d'un auditorat (l'auditorat a pour mission principale de recevoir les plaintes

et les demandes de mesures provisoires, d'ouvrir d'office des dossiers d'instruction et de diligenter des enquêtes), ainsi que d'un collège de la concurrence qui rendra les décisions sur la base des rapports établis par l'auditorat en collaboration avec le service de la concurrence (cf. Loi sur la concurrence, chap. 1^{er}, et not. Loi sur la concurrence, art. IV.16).

Le rôle du président de l'Autorité de la concurrence est également renforcé puisqu'il sera désormais habilité à représenter la Belgique devant les organisations européennes et internationales de concurrence (Loi sur la concurrence, art. IV.20, § 1), et pourra représenter l'Autorité devant la cour d'appel de Bruxelles (Loi sur la concurrence, art. IV.20, § 1 ; Raes S., Belgium: Competition Council, in *The European Antitrust Review 2014*, Section 3: Country chapters).

La réforme améliore par ailleurs l'efficacité des procédures devant l'autorité de la concurrence. Au-delà des délais qu'elle instaure dans le cadre de la procédure devant le collège de la concurrence (Ysewyn J., Belgium, in *European Competition Law Review* 2013, 34, issue 7, p. N-98, N-99), la Loi innove surtout en mettant en place une procédure de transaction (conformément aux articles IV.51 et suivants, « l'auditorat peut, à tout moment de la procédure mais avant le dépôt du projet de décision (...) fixer un délai à l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée dont l'activité fait l'objet de l'instruction pour qu'elle indique par écrit qu'elle est disposée à mener des discussions en vue de parvenir à une transaction (...) quand il apparaît à l'auditorat qu'après discussions ultérieures une transaction est possible (...) l'auditorat peut fixer un délai endéans lequel l'entreprise ou l'association d'entreprises peut s'engager à fournir une déclaration de transaction. Dans cette déclaration, elles doivent reconnaître leur participation à l'infraction citée et leur responsabilité et accepter la sanction présentée ») qui devrait permettre d'accélérer le traitement des dossiers, et par là même l'efficacité de l'autorité de la concurrence. L'entreprise qui reconnaîtra sa responsabilité et acceptera la sanction proposée par l'auditorat pourra alors bénéficier d'une réduction de 10 % de la sanction encourue (conformément à l'article IV.54 de la Loi sur la concurrence : « pour le calcul du montant de l'amende conformément aux lignes directrices de l'autorité belge de la concurrence, et à défaut de celles-ci de la Commission européenne, sur le calcul des amendes, l'auditorat peut appliquer une réduction de 10 % et prendre également en considération l'engagement de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernée de s'acquitter du paiement de dommages et intérêts »). Cette procédure est largement inspirée du droit européen où la transaction en matière d'ententes a été introduite en 2008 (cf. Règl. Comm. CE n° 622/2008, 30 juin 2008, modifiant Règl. Comm. CE n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées et introduisant un nouvel article 10 bis intitulé « procédure de transaction dans les affaires d'entente », JOCE 1^{er} juill. 2008, n° L 171). Différence notable avec le régime européen, cette procédure s'applique également aux abus de position dominante (conformément à l'ar-

(1) Certaines dispositions techniques sont toutefois entrées en vigueur le 28 mai 2013. Il s'agit principalement des dispositions relatives aux modalités de désignation du président de l'Autorité de la concurrence et des membres du collège de la concurrence. Cf. Arrêté royal relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du Livre IV « Protection de la concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du code de droit économique en date du 21 mai 2013.

(2) <www.juridat.be/tribunal_commerce/verviere/images/123999.pdf>

L'actualité juridique de la régulation est dominée par la mise en cause du pouvoir de sanction des autorités de régulation au regard des exigences du procès équitable, que ce soit dans leur version constitutionnelle ou dans leur acception conventionnelle mise en œuvre devant les juridictions ordinaires. Si le pouvoir de sanction de l'ARCEP est jugé non conforme avec l'exigence constitutionnelle d'impartialité par le Conseil constitutionnel, la légalité du processus répressif applicable devant l'Autorité des marchés financiers et devant l'Autorité de la concurrence est en revanche confortée par les décisions récentes du Conseil d'État.

Pascale IDOUX



Par Pascale IDOUX

Professeur de droit public à l'Université Montpellier I, CREAM
Membre junior de l'Institut universitaire de France

→ RLC 2426

L'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'ARCEP

Par une décision instructive sur l'encadrement juridique de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré l'organisation actuelle du pouvoir de sanction de l'ARCEP contraire à la Constitution en raison d'une insuffisante séparation entre les fonctions de poursuite et de décision.

Cons. const. QPC, 5 juill. 2013, n° 2013-331, Société Numéricable SAS et a. (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)

INTRODUCTION

À l'image de plusieurs autres autorités de régulation, l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) qui a succédé en 2005 à l'Autorité de régulation des télécommunications (L. n° 2005-516, 20 mai 2005, relative à la régulation des activités postales) a été dotée dès sa création par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 d'un pouvoir de sanction, dont l'encadrement juridique (C. P et CE, art. L. 36-11) a plusieurs fois été retouché par le législateur, en particulier en 2004 (L. n° 2004-669, 9 juill. 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, art. 17), en 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie, art. 112), en 2011 (Ord. n° 2011-1012, 24 août 2011, relative aux communications électroniques) ainsi que, de façon plus anecdotique, en 2012 (L. n° 2012-1270, 20 nov. 2012, relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer).

Le Conseil constitutionnel avait explicitement reconnu la constitutionnalité de ce pouvoir de sanction dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi du 26 juillet 1996 (Cons. const., 23 juill. 1996, déc. n° 96-378, consid. 13 à 18 relatifs à l'article L. 36-11 du code des postes

et télécommunications). L'on aurait dès lors pu croire la contestation *a posteriori* de ce pouvoir de sanction vouée à l'irrecevabilité. Il n'en a pourtant rien été : des opérateurs entre lesquels un litige avait été réglé par l'ARCEP sur le fondement de l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques avaient ensuite fait l'objet d'une sanction administrative en raison du retard pris dans l'exécution de leurs obligations (ARCEP, déc. n° 2011-1469, 20 déc. 2011). À l'occasion d'un recours porté devant le Conseil d'État par les sociétés Numéricable SAS et NC Numéricable, une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques a été soulevée et transmise au Conseil constitutionnel (CE, 29 avr. 2013, n° 356976). Au terme d'une décision instructive sur le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (I), le Conseil constitutionnel a fait droit à l'un des griefs formulés par les requérants, relatif à la méconnaissance de l'exigence d'impartialité du fait d'une insuffisante séparation des fonctions de poursuite et de décision devant cette autorité administrative (II). L'inconstitutionnalité des douze premiers alinéas de la disposition contestée a dès lors été déclarée, avec effet immédiat.



I. – UNE DÉCISION INSTRUCTIVE SUR LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ A POSTERIORI

La décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 est instructive sur l'encadrement juridique de la question prioritaire de constitutionnalité. Compte tenu de la stratification des réformes apportées à l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques depuis 1996, le Conseil constitutionnel devait préciser l'étendue de la question dont il était saisi et apprécier l'existence d'un changement de circonstances justifiant le cas échéant un réexamen de la conformité à la Constitution du pouvoir de sanction de l'ARCEP.

A. – L'appréciation de l'étendue de la saisine

1) La prise en considération de dispositions non législatives non séparables du texte contrôlé

L'empilement des modifications récemment apportées à la rédaction initiale de la disposition contestée impliquait que le Conseil constitutionnel précise de quelle version du texte il s'estimait saisi. La difficulté résultait du fait qu'à la date de la décision de l'ARCEP à l'origine du procès (le 20 décembre 2011), les dispositions de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques en vigueur résultaient en dernier lieu de modifications apportées par l'article 18 de l'ordonnance du 24 août 2011. Celle-ci n'ayant pas été ratifiée et l'article 38 de la Constitution excluant depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 la ratification implicite, la décision du Conseil constitutionnel souligne dans son 2^e considérant que « *par suite, les modifications apportées par cette ordonnance ne sont pas de nature législative* ». En vertu du libellé de l'article 61-1 de la Constitution, ceci aurait dû faire obstacle à leur inclusion dans le texte soumis au contrôle (cf. par exemple Cons. const. QPC, 10 févr. 2012, n° 2011-219, M. Patrick E., consid. 3). Il en est toutefois allé autrement en l'espèce compte tenu du fait que ces dispositions étaient inséparables du texte législatif mis en cause. En effet, les dispositions issues de l'ordonnance remplaçaient d'abord le terme « *directeur des services* » par celui de « *directeur général* » en précisant qu'il lui revenait de préciser le délai de la mise en demeure et en supprimant la durée minimale d'un mois en la matière, introduisaient ensuite une nouvelle sanction en cas de non conformation à une mise en demeure et prévoyaient la durée des mesures conservatoires susceptibles d'être ordonnées par l'ARCEP. Ainsi s'explique la rédaction du 3^e considérant de la décision du 5 juillet 2013, selon lequel « *considérant, toutefois, que le Conseil constitutionnel ne saurait statuer que sur les seules dispositions de nature législative applicables au litige qui lui sont renvoyées ; que, lorsqu'il est saisi de dispositions législatives partiellement modifiées par une ordonnance non ratifiée et que ces modifications ne sont pas séparables des autres dispositions, il revient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur celles de ces dispositions qui revêtent une nature législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution, en prenant en compte l'ensemble des dispositions qui lui sont renvoyées* ».

2) La délimitation des griefs

Selon le 5^e considérant de la décision, deux griefs étaient formulés par les sociétés requérantes à l'encontre des douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques dans leur rédaction issue de l'ordonnance

du 24 août 2011 (et antérieure à celle du 20 novembre 2012, purement rédactionnelle), tenant à la méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 du fait d'une part de l'absence alléguée de garantie de la séparation des pouvoirs de poursuite et d'instruction et des pouvoirs de sanction au sein de l'ARCEP et d'autre part de l'exercice successif par la même formation du pouvoir de régler les différends prévu par l'article L. 36-8 et du pouvoir de sanction prévu par l'article L. 36-11, l'auto-saisine de l'autorité préjugant selon les sociétés requérantes de l'issue de la procédure répressive.



En principe, une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel n'est pas susceptible de faire l'objet d'un nouvel examen. Il en va toutefois différemment en cas de changement de circonstance.

L'on remarque toutefois qu'il n'est explicitement répondu qu'au premier grief, dans la mesure où le Conseil constitutionnel pratique une forme d'économie de moyens le conduisant à déclarer contraires à la Constitution les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11, en raison de l'absence de séparation des fonctions de poursuite-instruction avec celle de jugement (comprendre « *décision* »), sans répondre à l'éventuelle contrariété avec la Constitution de l'exercice successif par la même formation des fonctions de règlement des litiges et de sanction. La solution est toutefois implicite, dans la mesure où la séparation des fonctions requise devrait désormais empêcher cet exercice successif par la même formation. Comme le souligne le commentaire officiel de la décision du 5 juillet 2013, cette délimitation plus étroite de la QPC n'est pas inédite dans la pratique du Conseil constitutionnel (pour un précédent : Cons. const. QPC, 21 juin 2013, n° 2013-327, SA Assistance Sécurité et Gardiennage [Taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises – Validation législative], consid. 3).

B. – L'appréciation du changement de circonstances justifiant un nouvel examen de constitutionnalité

En principe, une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel n'est pas susceptible de faire l'objet d'un nouvel examen. Il en va toutefois différemment en cas de changement de circonstance. En l'espèce, deux circonstances nouvelles ont été retenues à l'appui de la recevabilité de la QPC.

1) L'évidence des changements textuels

La décision du 5 juillet 2013 retient en premier lieu l'importance, au regard des griefs formulés, des changements de textes intervenus depuis l'examen spécifique des dispositions de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications ayant conduit le Conseil à les déclarer conformes à la Constitution dans sa décision du 23 juillet 1996. En particulier, selon les termes du 8^e considérant, « *d'une part, depuis cette déclaration de conformité à la Constitution, l'article L. 36-11 a été modifié à plusieurs reprises ; qu'en particulier la loi du 9 juillet 2004 susvisée a confié au directeur des services de*

l'Autorité le soin de mettre en demeure l'exploitant ou le fournisseur de services méconnaissant l'une de ses obligations, a modifié le régime des sanctions de suspension pouvant être prononcées par l'Autorité, a prévu les conditions dans lesquelles la personne mise en cause est mise à même de consulter le résultat des enquêtes ou expertises conduites par l'Autorité ; que la loi du 4 août 2008 susvisée a introduit la possibilité d'assortir une mise en demeure d'obligations de se conformer à des étapes intermédiaires, l'absence de respect de ces étapes pouvant également conduire au prononcé d'une sanction pécuniaire ou de suspension ». Compte tenu du grief d'inconstitutionnalité invoqué, lié à l'identification du directeur des services de l'Autorité comme autorité de poursuite, il n'est pas contestable en effet que les changements introduits par la loi depuis 1996 justifiaient un nouvel examen.

2) L'appréciation des évolutions jurisprudentielles

Le deuxième changement de circonstances retenu par le 8^e considérant de la décision du 5 juillet 2013 prête davantage à discussion. Selon le Conseil constitutionnel en effet, « d'autre part, dans la décision du 12 octobre 2012 susvisée, le Conseil constitutionnel a jugé que, lorsqu'elles prononcent des sanctions ayant le caractère d'une punition, les autorités administratives indépendantes doivent respecter notamment le principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Alors que l'évolution des textes aurait suffi à justifier un nouvel examen, le Conseil constitutionnel insiste en indiquant *in fine* que « chacune de ces modifications constitue un changement de circonstances de droit justifiant, en l'espèce, le réexamen des dispositions de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques ».

Il est vrai que le considérant de principe antérieurement applicable, rappelé par le 15^e considérant de la décision du 23 juillet 1996, ne mentionnait pas explicitement le principe d'impartialité : « considérant que la loi peut sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante de pouvoirs de sanctions dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ; qu'il appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale ». Cette évolution s'explique par le fait que les préoccupations de l'époque étaient alors moins dominées par l'exigence d'impartialité qu'aujourd'hui, où le Conseil constitutionnel adopte une lecture constructive de l'article 16 de la Constitution intégrant en substance un droit à un procès équitable équivalant à celui que garantit l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il serait inexact toutefois de prétendre que l'impartialité des autorités administratives n'était pas dès 1996 au nombre des obligations reconnues par la jurisprudence constitutionnelle. En effet, dès 1989, dans une décision intéressant une autre autorité administrative indépendante, la Commission des opérations de bourse (devenue Autorité des marchés financiers), le Conseil constitutionnel avait souligné à l'appui de la constitutionnalité du pouvoir de sanction reconnu à cette autorité que cette dernière « est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité » (Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, consid. 10). Si changement de circonstances il y a, celui-ci ne résulte donc pas de l'iden-

tification de la garantie d'impartialité mais de son interprétation, devenue plus exigeante sous l'influence du droit européen comme en témoigne le fond de la décision.

II. – UNE DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ FONDÉE SUR L'EXIGENCE D'IMPARTIALITÉ

A. – L'insuffisante séparation entre les fonctions de poursuite-instruction et de décision

1) Une obligation constitutionnelle établie

L'obligation constitutionnelle de séparation des fonctions de poursuite/instruction et de décision a initialement été formulée en matière de procédure pénale : « en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle » (Cons. const., 2 févr. 1995, n° 95-360, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, consid. 5). Elle est plus récemment désormais devenue familière dans la jurisprudence constitutionnelle intéressant l'ensemble du pouvoir répressif, qu'il soit confié à une juridiction administrative spécialisée ou à une autorité administrative indépendante. La procédure applicable devant l'ancienne Commission bancaire a été censurée sur ce fondement « considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution » (Cons. const. QPC, 2 déc. 2011, n° 2011-200, Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire], consid. 8), tandis que l'examen de la procédure de sanction applicable devant l'Autorité de la concurrence a conduit le Conseil constitutionnel à souligner que cette exigence vaut même devant les autorités non juridictionnelles : « considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelles, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à en assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, n° 2012-280, Société Groupe Canal Plus et a. [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], consid. 16). Cette interprétation extensive des implications de la garantie des droits imposée par le texte de 1789 rejoint en substance la jurisprudence européenne relative au droit à un procès équitable (CEDH, 11 juin 2009, aff. 5242/04, Société Dubus c/ France, estimant la procédure disciplinaire suivie devant la Commission bancaire contraire à l'exigence



d'impartialité), dont il s'agit en réalité pour le Conseil constitutionnel d'assurer une protection constitutionnelle équivalente.

2) Une inconstitutionnalité inédite s'agissant d'une autorité administrative

Par la décision du 5 juillet 2013, le Conseil constitutionnel a prononcé la première inconstitutionnalité à ce titre d'une procédure administrative. Le précédent de l'affaire *Banque populaire Côte d'Azur*, mentionné ci-dessus, intéressait en effet une autorité qualifiée de juridiction administrative spécialisée par la loi dans le cadre de ses missions disciplinaires. Au contraire, l'ARCEP est bien une autorité administrative, y compris dans le cadre de ses fonctions répressives, à l'image notamment de l'Autorité de la concurrence, de la Commission de régulation de l'énergie ou encore de l'Autorité des marchés financiers.

Ayant reproduit le considérant de principe issu de la décision *Canal Plus* précitée du 12 octobre 2012 (Cons. const. QPC, 5 juill. 2013, précité, consid. 10), le Conseil constitutionnel a en effet constaté qu'hormis une hypothèse, la procédure de sanction devant l'ARCEP est initiée par une mise en demeure adressée à l'exploitant ou au fournisseur concerné par le directeur général de l'Autorité, qui fixe le délai imparti à l'opérateur pour s'y conformer. Il en est déduit qu'« ainsi ces dispositions confient au directeur général l'exercice des poursuites devant cette autorité » (consid. 11). Or le directeur général n'est pas indépendant de l'autorité chargée du pouvoir de décision en aval du processus répressif. En effet, le pouvoir de décision appartient à l'Autorité de régulation, c'est-à-dire à son collège y compris son président. Or ce dernier nomme le directeur général, qui est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité. Il y a là une différence importante avec la situation du rapporteur général devant l'Autorité de la concurrence, nommé par arrêté du ministre de l'Économie après avis du collège et dont l'indépendance à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions est, selon la décision du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012, garantie par les textes (Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, précitée, consid. 18). Aussi le défaut d'indépendance du directeur général de l'ARCEP justifie-t-il que les dispositions contestées de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, « qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité » et doivent être déclarées contraires à la Constitution.

B. – Les implications limitées de la décision

1) À l'égard de l'ARCEP

Si cette déclaration d'inconstitutionnalité, immédiatement applicable devant l'ensemble des procédures en cours devant l'ARCEP ainsi qu'à toutes les instances non définitivement jugées à la date de la décision du 5 juillet 2013 (consid. 13) fragilise momentanément le pouvoir de sanction de cette autorité, le réaménagement induit par la décision du Conseil constitutionnel est d'une ampleur limitée : il suffit en effet d'assurer l'indépendance du directeur général et de ses services vis-à-vis du collège et du président en particulier,

pour que le texte redevienne compatible avec l'exigence constitutionnelle d'impartialité au titre de la séparation des fonctions.



Même si la décision du 5 juillet 2013 constitue une première, l'alerte pour les autres autorités de régulation n'est pas aussi grave qu'il pourrait y paraître.

À ce jour en effet, la séparation organique entre une commission des sanctions et le collège de l'Autorité, qui a été choisie devant l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de contrôle prudentiel et l'HADOPI, ainsi que, par le passé, devant la CRE, n'est exigée ni par la Constitution, qui se satisfait d'une séparation fonctionnelle effective, comme l'a illustré le cas de l'Autorité de la concurrence (Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, précité, consid. 17 à 19), ni par la jurisprudence européenne, dont le silence sur ce point vaut à ce jour permission. Par ailleurs, le pouvoir de l'ARCEP de se saisir d'office, implicitement contesté on l'a vu par les sociétés requérantes, n'est pas mis en cause en tant que tel. Rappelons que, dans la lignée de la jurisprudence européenne (CEDH, 11 juin 2009, aff. 5242/04, *Société Dubus c/ France*, § 57-58), le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont indiqué, à l'occasion de l'affaire *Canal Plus*, qu'un tel pouvoir n'était pas en soi contraire ni à l'exigence d'indépendance et d'impartialité (Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, précité, consid. 20-21), ni à l'exigence d'équité du procès (CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi*), dès lors que des garanties appropriées sont prévues par les textes et que la décision d'auto-saisine ne préjuge pas de la décision répressive). La séparation des fonctions exigée par la décision du 5 juillet 2013 suffira dès lors vraisemblablement à éviter une inconstitutionnalité sur ce point. Enfin, ni l'impartialité personnelle des membres de l'Autorité, ni les garanties d'indépendance de l'Autorité ne sont mises en cause.

2) À l'égard des autres autorités indépendantes investies de pouvoirs répressifs

Même si la décision du 5 juillet 2013 constitue une première, l'alerte pour les autres autorités de régulation n'est pas aussi grave qu'il pourrait y paraître.

Certes, se trouve confirmée l'hypothèse, déjà en germe dans la décision *Canal Plus* du 12 octobre 2012, de l'inconstitutionnalité de toutes les procédures répressives dans lesquelles la séparation au moins fonctionnelle des poursuites et de la décision n'est pas suffisamment garantie et l'activité répressive de plusieurs autorités administratives indépendantes s'en trouve fragilisée, alors même qu'il n'est pas certain que le droit européen impose une ligne si exigeante.

Cependant, les signes annonciateurs européens et nationaux étaient suffisamment nombreux et manifestes depuis plusieurs années pour que les pouvoirs publics s'en prémunissent, à l'image de ce qui a été fait pour les autorités récemment créées ou encore pour l'Autorité de la concurrence. L'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'ARCEP n'est donc pas un coup de tonnerre mais un simple aboutissement logique du mouvement jurisprudentiel bien connu de diffusion de la conception européenne maximaliste du procès équitable. ■

↳ RÉGULATION

→ RLC 2427

La conformité des enquêtes et contrôles de l'AMF au principe des droits de la défense

Le régime juridique des enquêtes devant l'AMF est conforté par le Conseil d'État, qui estime que les droits de la défense ne sont pas applicables durant cette phase de la procédure, dont le déroulement ne compromet pas irrémédiablement leur exercice ultérieur.

CE, 15 mai 2013, n° 356054, Société Alternative Leaders France

Introduction

Alors que le pouvoir répressif de l'ARCEP vient d'être déclaré contraire à la Constitution dans la mesure où la loi ne garantit pas suffisamment l'impartialité de la décision (Cons. const. QPC, 5 juill. 2013, n° 2013-331, Société Numéricable SAS et a. [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]), celui d'une autre autorité indépendante, l'Autorité des marchés financiers, se trouve au contraire conforté par la jurisprudence récente du Conseil d'État, quelques mois seulement après l'affaire *Canal Plus* qui a permis auparavant de lever certains doutes quant à la constitutionnalité et à la conventionalité de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence (Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, n° 2012-280, Société Groupe Canal Plus et a. [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]). Dans cette affaire jugée le 15 mai 2013, la société Alternative Leaders France avait fait l'objet d'une sanction pécuniaire de 150 000 euros prononcée par la Commission des sanctions de l'AMF et assortie d'une décision de publication, au motif qu'elle avait fait preuve d'un défaut de diligence et de professionnalisme dans le contrôle des risques liés aux investissements dans deux fonds sous-jacents et pour n'avoir pas respecté les conditions auxquelles était subordonnée la délivrance de son agrément. L'un des moyens soulevés à l'encontre de la décision tendait à faire constater un vice de procédure lié à l'absence de contradiction et à la violation des droits de la défense pendant la phase de l'enquête, située en amont de la procédure de sanction ouverte par la communication des griefs. L'occasion d'une mise au point quant au point de départ de l'application des garanties du procès équitable dans le processus répressif était ainsi offerte au Conseil d'État, qui rappelle que cette phase amont n'est pas soumise au contradictoire et que ses conditions d'organisation devant l'AMF ne compromettent pas irrémédiablement le respect des droits de la défense en aval.

1) Le contradictoire et les droits de la défense ne sont pas applicables durant la phase de l'enquête

Après avoir rappelé la teneur des textes organisant les contrôles et enquêtes devant l'Autorité des marchés financiers (C. mon. fin., art. L. 621-9), le Conseil d'État rappelle que si la procédure répressive suivie devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers est soumise aux garanties d'un procès équitable, notamment au contradictoire (Conv. EDH, art. 6, § 1) et à certaines des garanties des droits de la défense (Conv. EDH, art. 6, § 3), ces exigences ne sont pas applicables en amont de la notification des griefs qui marque l'ouverture de cette phase répressive. Ainsi que le souligne le 4^e considérant de l'arrêt du 15 mai 2013, « *si, lorsqu'elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par le Code monétaire et financier, la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations de l'article 6, § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le principe des droits de la défense, rappelé tant par l'article 6, § 1 de cette convention et précisé par son article 6, § 3 que par l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, s'applique seulement à la procédure de sanction ouverte par la notification de griefs par le collège de l'Autorité des marchés financiers et par la saisine de la commission des sanctions, et non à la phase préalable des enquêtes réalisées par les agents de l'Autorité des marchés financiers* ».

Il s'agit d'une solution établie, tant pour ce qui concerne l'applicabilité des articles 6, § 1 et 6, § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme devant l'Autorité des marchés financiers (respectivement : CE, ass., 3 déc. 1999, n° 207434, Didier, Rec. CE 1999, p. 399 ; CE, 4 févr. 2005, n° 269001, Société GSD Gestion et a. ; CE, sect., 26 oct. 2006, n° 276069, M. B. et M. A.) que pour ce qui concerne l'absence de caractère contradictoire de l'enquête préalable (dans le même sens, à propos de l'AMF : Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-11.564 : « *le respect du principe de la contradiction, qui s'impose pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction et non de l'enquête, laquelle doit seulement être loyale afin de ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense* » ; à propos de l'ARCEP : CE, 4 juill. 2012, n° 334062, Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications [AFORST] ; à propos de l'Autorité de la concurrence : CA Paris, 29 mars 2012, n° RG : 2011/01228, « *Aximum* » [relatif à Aut. conc., déc. n° 10-D-39, 22 déc. 2012]).

Il convient néanmoins de remarquer que la procédure d'enquête applicable devant l'AMF a récemment été améliorée afin qu'une discussion sommaire puisse être engagée à l'issue de l'enquête, ce qui est remarqué par les observateurs comme « *un premier pas vers le contradictoire* » (Jaïs P., Enquête AMF. – La lettre circonstanciée dans la procédure d'enquête AMF : un premier pas vers le contra-



dictoire ?, JCP G 2013, doct. 660). Désormais, le règlement général de l'AMF prévoit dans son article 144-2-1, à l'issue de la phase d'enquête, l'envoi à toute personne mise en cause d'une « lettre circonstanciée relatant les éléments de fait et de droit recueillis par les enquêteurs ».

2) Le déroulement de l'enquête ne doit pas compromettre irrémédiablement le respect ultérieur des droits de la défense

La jurisprudence antérieure du Conseil d'État a plusieurs fois eu l'occasion de développer la logique de gradation des exigences du procès équitable au fil du processus répressif administratif et juridictionnel. En particulier, il résulte de l'arrêt précité du 26 octobre 2006 que le respect des droits de la défense au sens de l'article 6, § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'impose dans la plupart de ses éléments dès la phase administrative de la procédure, alors même que, compte tenu du fait que les décisions susceptibles d'être prises par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers sont soumises au contrôle de pleine juridiction du Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant eux ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6, § 3 n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable. En effet, la nécessité de disposer de temps pour se défendre, le droit de se défendre soi-même ou de recourir à l'assistance d'un tiers, l'égalité des droits pour l'audition des témoins et la possibilité de se faire gratuitement assister d'un interprète « sont requis pour garantir dès l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats », à la différence du droit à l'assistance gratuite d'un avocat, propre aux procédures juridictionnelles (CE, sect., 26 oct. 2006, n° 276069, M. B. et M. A.).

La même logique conduit à considérer qu'alors même qu'elle n'est pas assujettie en tant que telle à l'exigence de contradiction, la phase de l'enquête conditionne le respect ultérieur du caractère équitable de la procédure. Dès lors, son déroulement ne doit pas porter irrémédiablement atteinte aux droits de la défense.

Cette formule devenue familière devant la Cour de cassation. Selon son arrêt précité du 6 septembre 2011 en effet (Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-11.564) : « le respect du principe de la contradiction, qui s'impose pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction et non de l'enquête, laquelle doit seulement être loyale afin de ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense ». L'on rappellera à cet égard que la loyauté de l'enquête, imposée par la jurisprudence comme par la Charte des enquêtes dont s'est dotée l'AMF, concentre précisément les critiques des personnes poursuivies par l'AMF, en raison de l'existence d'une possibilité légale offerte aux enquêteurs de sélectionner les pièces (CA Paris, pôle 5, ch. 7, 5 janv. 2010, n° RG : 2009/06017 ; Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-13.911 ; Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-13.591 ; Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-13.878 : Dr. sociétés déc. 2011, comm. 211, par Torck S.).

L'arrêt du Conseil d'État du 15 mai 2013 s'inscrit dans la même logique, en vérifiant point par point, à la demande des requérants, si les droits de la défense applicables en aval ont été irrémédiablement viciés à l'occasion du contrôle administratif ou de l'enquête. Cette logique est rattachée par la motivation de l'arrêt non au droit européen à un procès équitable mais à l'ensemble des dispositions du Code monétaire et financier et du règlement général de l'AMF pertinentes en matière d'enquête. Selon les termes de l'arrêt, si le principe des droits de la défense n'est pas applicable à la phase préalable des enquêtes, « cependant, il résulte de l'ensemble des dispositions [pertinentes du CMF et du règlement général] que les enquêtes réalisées par les agents de l'Autorité des marchés financiers ou de toute personne habilitée par elle, doivent se dérouler dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés. Dans ces conditions et dès lors que la personne contrôlée peut, dans le cadre de la procédure disciplinaire ouverte par la notification des griefs, consulter l'entier dossier de la procédure et faire valoir ses observations en réponse, le moyen tiré de ce que la procédure suivie a méconnu le principe du respect des droits de la défense ne peut qu'être écarté » (consid. 4). De même, « il ne résulte pas de l'instruction que le caractère inopiné du contrôle aurait porté à la société en cause une atteinte irrémédiable aux droits de la défense dont elle a bénéficié à compter de la notification des griefs retenus contre elle » (consid. 5).

Pascale IDOUX

→ RLC 2428

L'absence de doute sérieux sur la constitutionnalité du droit répressif des concentrations

Le Conseil d'État refuse la transmission d'une QPC tendant à mettre en cause la sanction de l'obligation de notification des opérations de concentration au regard, notamment, des principes d'impartialité et d'indépendance d'une part, et des principes de légalité et de personnalité des peines d'autre part.

CE, 24 juin 2013, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt

Dans une affaire jugée le 24 juin 2013, le Conseil d'État était une nouvelle fois invité à provoquer le renvoi devant le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant les attributions répressives de l'Autorité de la concurrence, quelques mois seulement après l'épilogue de l'affaire *Canal Plus*.

Il s'agissait ici d'une sanction prononcée à l'encontre de la société mère d'un groupe (la société de droit belge Établissements Colruyt) dont l'un des protagonistes (la société Colruyt France) avait réalisé trois opérations de concentration sans notification préalable.

Après avoir rappelé qu'il résulte des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-5) que la QPC ne doit être transmise qu'« à la triple condition que la



disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux», le Conseil d'État a refusé le renvoi, évitant ainsi l'ouverture d'une nouvelle période d'insécurité juridique concernant les attributions répressives de l'Autorité de la concurrence.

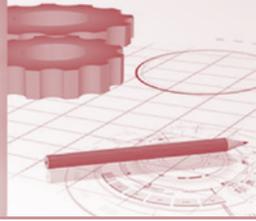
Le sort des griefs adressés par les requérants à la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence ne suscitait guère de difficultés : la plupart des dispositions contestées avait en effet été déclarée conforme à la Constitution par la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, et si les requérantes tentaient de contester le cumul de fonctions au sein des l'Autorité de la concurrence par le biais d'autres dispositions, le moyen a été facilement écarté, faute de lien entre l'article invoqué (C. com., art. L. 430-8) et la conformité de l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence avec les principes invoqués d'indépendance et d'impartialité.

L'argument des requérantes concernant l'éventuelle non-conformité de ce pouvoir répressif avec les principes de légalité des délits et des peines et le principe de personnalité des peines découlant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pouvait en revanche sembler plus fécond. Les sociétés requérantes estimaient que l'article L. 430-8, I du code de commerce prévoyant l'éventualité d'une sanction des « personnes auxquelles incombait la charge de la notification » d'un projet de concentration, lu en combinaison avec l'article

L. 430-3 imposant la notification préalable des projets de concentrations aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement, ne permettait pas d'identifier avec suffisamment de précision la personne susceptible d'être sanctionnée, dans la mesure où une hésitation était permise en l'espèce entre la société Colruyt France, directement protagoniste de l'opération et sa société mère, la société Établissements Colruyt. Au terme d'une argumentation elliptique, le Conseil d'État a toutefois considéré que les dispositions mises en cause « désignent de façon suffisamment claire l'auteur du manquement, qui est également la personne physique ou morale susceptible d'être sanctionnée ». L'on ferait fausse route, toutefois, en croyant que le débat relatif à l'encadrement du pouvoir répressif de l'Autorité de la concurrence trouve ici une conclusion définitive. En effet, le 5^e considérant de l'arrêt du 24 juin 2013 prend le soin de préciser que « par suite, tel qu'il est formulé par les sociétés requérantes, le moyen tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et du principe de personnalité des peines qui découlent des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, doit être écarté ». Il est ainsi permis d'imaginer qu'une formulation plus habile aurait pu s'avérer plus féconde pour les sociétés requérantes...

Pascale IDOUX

OBSERVATIONS. Sur cet arrêt, voir également dans cette revue, RLC 2013/37, n° 2392.



Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, frères ennemis ?

Le droit de la propriété intellectuelle est souvent perçu comme conférant à leurs détenteurs des monopoles. Le droit de la concurrence dédie quant à lui ses forces à limiter les effets négatifs des monopoles. Tout semble donc les opposer et les autorités de concurrence sont de plus souvent conduites à remettre en cause les droits de propriété intellectuelle. Regards croisés.



Hugues CALVET

Avocat à la Cour
Bredin Prat



Et François LÉVÊQUE

Professeur d'économie
Associé fondateur de Microéconomix

→ RLC 2429

Revue Lamy de la concurrence : N'y a-t-il pas un risque pour la concurrence à accorder aux biens immatériels une protection particulière susceptible de créer des monopoles ?

François Lévêque : Le fondement économique de l'octroi des droits de propriété intellectuelle est d'inciter la création et l'innovation. Sans ce droit, le créateur et l'inventeur se verraient copier par des imitateurs et ils verraient ainsi s'évanouir la possibilité de recouper leurs dépenses de R&D et leurs efforts de conception. Mais ce gain de long terme pour la société s'accompagne d'une perte de court terme : les inventions et les créations sont vendues au-dessus de leur coût marginal, ce qui freine leur diffusion. Pour réduire cet inconvénient, le droit d'auteur et le brevet sont limités dans le temps, ce sont des droits exclusifs temporaires. Cette durée limitée instaure un compromis entre incitation et diffusion.

Mais assimiler droit de propriété intellectuelle et monopole est d'autant plus dénué de pertinence que la plupart des droits n'ont aucune valeur. La très grande majorité des brevets ne débouchent sur aucune commercialisation, leurs propriétaires s'apercevant que l'invention à laquelle ils croyaient n'a finalement pas débouché. Une molécule pharmaceutique prometteuse brevetée se révélera par exemple sans effet sur l'homme contrairement aux premières expériences de laboratoires ou bien encore elle sera associée à des effets secondaires trop sévères. De même, la plupart des livres et chansons ne connaissent aucun succès et leur licence ne trouverait aucun acquéreur. Même sans protection juridique, aucun imitateur ne se serait manifesté !

Les créations et les inventions qui débouchent sur un succès bénéficient bien sûr d'un pouvoir de marché. Mais la puissance publique ne doit à aucun moment chercher à l'éroder, car c'est justement cette possibilité de fixer un prix au-dessus du coût marginal qui délivre l'incitation à innover et à créer. Un système de propriété intellectuelle qui accorderait un pouvoir de marché sur les inven-

tions et les créations ratées et le supprimerait après coup en cas de succès ne produirait aucun effet économique bénéfique en termes de progrès technique ou culturel.

Hugues Calvet : Le Professeur Lévêque a raison de souligner l'abus de langage fréquent lorsque l'on parle des droits de propriété intellectuelle. En effet, ils sont désignés comme un « monopole » par un très grand nombre de gens dans la communauté « antitrust ». Or, il ne viendrait à personne l'idée de désigner de « monopole » un droit de propriété physique ! Le droit de propriété sur une invention n'est pas un monopole mais un droit exclusif comme tout droit de propriété. Il en va de même pour le droit d'auteur. Il y a quelques années, j'ai eu à défendre EMI MUSIC contre une entreprise qui soutenait que les Beatles...constituaient en soi une position dominante sur le marché...des Beatles en raison du droit exclusif ! La cour d'appel de Paris confirmée par la Cour de cassation a remis les choses en place en jugeant qu'une œuvre ou un artiste ne pouvaient jamais constituer un marché pertinent.

Outre son caractère temporaire, le droit de propriété intellectuelle se distingue par rapport au droit physique par sa fragilité. L'usage des droits physiques est facile à contrôler : si vous ne payez pas votre facture d'eau, l'eau est coupée. Pour les droits de propriété intellectuelle, l'usage illicite est particulièrement aisé. À chaque minute, il y a des dizaines de milliers d'usages illicites des droits de propriété intellectuelle (cf. Internet). Et les titulaires des droits n'ont comme ressources que d'engager des procédures longues, coûteuses, voire même sont complètement démunis.

Or, paradoxalement, le droit antitrust a tendance à traiter le droit de propriété intellectuelle avec plus de rigueur que le droit de propriété physique. En témoigne le fait que l'une des très rares affaires de prix excessifs en droit de la concurrence a précisément visé un droit de propriété intellectuelle (affaire SACEM, CJCE, 13 juill. 1989, aff. jtes. 110/88, 241/88 et 242/88).

En réalité, il flotte une suspicion sur les droits de propriété intellectuelle. En sourdine, plane l'idée selon laquelle les droits de propriété intellectuelle sont « moins » légitimes que les droits de propriété physique. Il est à vrai dire surprenant que la consécration par le législateur d'un droit de propriété protégeant la recherche, l'innovation ou la création soit traitée avec une sévérité certaine par les autorités de concurrence.

Paradoxalement, le droit de propriété intellectuelle, naturellement « vulnérable », est une cible privilégiée par le droit de la concurrence.

À cet égard, la question des licences obligatoires imposées par les autorités de concurrence est centrale car il s'agit purement et simplement de remettre en cause un droit de propriété. Il s'agit d'une question de principe essentielle. La Cour de justice l'avait d'ailleurs parfaitement perçu dans l'affaire *Magill* (CJCE, 6 avr. 1995, aff. jtes. C-241/91 P et C-242/91 P), cas d'espèce très particulier, où elle avait souligné les circonstances exceptionnelles de cette affaire en posant des conditions très strictes à l'octroi de licences obligatoires. Il fallait notamment que le refus de licence empêche l'apparition d'un produit nouveau correspondant à la demande des consommateurs.

Mais au fur et à mesure, ces conditions se sont tellement assouplies qu'il règne aujourd'hui une incertitude totale. Depuis l'affaire *Microsoft*, il suffit que la licence permette un « meilleur » produit pour que des licences obligatoires soient possibles. C'est poser les autorités de concurrence en « évaluateurs » de l'innovation et ce n'est pas leur rôle.

Ainsi le droit *antitrust* est-il devenu un champ de bataille où la propriété intellectuelle occupe le rôle de l'assiégé.

F.L. : Je tempèrerais le propos de Maître Calvet en ajoutant une seconde différence entre le droit de propriété physique et le droit de propriété intellectuelle : il est plus difficile de cerner le contour d'un titre de propriété immatérielle. On s'aperçoit en général facilement que l'on est en train d'entrer dans le jardin ou dans la maison du voisin. En tout cas, le juge ne rencontrera pas trop de difficultés, en particulier grâce au cadastre, à établir que Monsieur Dupont a construit un mur ou un bâtiment qui mord sur la parcelle de Monsieur Durand. Le contour d'un brevet sur une innovation ou d'un droit d'auteur sur un récit est beaucoup plus flou et sujet à controverse. Du coup, dans un régime très favorable aux détenteurs de brevets, comme celui qui prévaut aux États-Unis, peuvent passer pour contrefacteurs des entreprises qui en toute bonne foi n'avaient pas du tout le sentiment d'empiéter chez le voisin. Ajoutez à cela que le nombre de brevets pris par un inventeur autour d'une technologie se compte par dizaines ou par centaines. Le risque de contrefaçon involontaire est alors multiplié. Le propriétaire de la grappe de brevets bénéficie alors d'un rapport de force favorable vis-à-vis d'innovateurs en second qui améliorent pourtant significativement la technologie initiale. Ces derniers peuvent craindre qu'à tout instant une mine leur explose à la figure sous la forme d'un procès pour contrefaçon. La parade consiste à se constituer son propre matelas de brevets : il permettra de menacer pour contrefaçon celui qui voudrait vous intenter un procès pour contrefaçon. Le dépôt de brevets devient alors un instrument de défense et perd de son pouvoir d'incitation à l'innovation. En d'autres termes, la fragilité n'est pas toujours du côté du détenteur d'un droit de propriété intellectuelle.

RLC : *Les détenteurs de brevets ne peuvent-ils utiliser les droits de propriété intellectuelle à des fins anticoncurrentielles, par exemple dans le cadre de l'élaboration de standards technologiques ?*

H.C. : Les organisations de standardisation (SSO – *Standard settings organisations*) soulèvent des questions passionnantes. Schématiquement, de nombreux secteurs économiques (et notamment les technologies de la communication) supposent une interopérabilité. Pour faire simple, si vous utilisez un téléphone de marque A, il faut pouvoir joindre votre correspondant avec un téléphone de marque B. Ceci suppose donc une standardisation pour assurer cette interopérabilité. Tel est le rôle des SSO qui est essentiel pour la diffusion du progrès technologique et de l'innovation. Le fonctionnement des SSO est le suivant : une fois que le standard est défini, les titulaires de brevets « essentiels » pour le standard doivent d'abord le déclarer (pour éviter un « *hold-up* »). Et ils s'engagent à licencier le brevet sur des bases dites FRAND (*Fair Reasonable and Non-Discriminatory*). Le système est donc logique et cohérent. Toutefois, il est mis en œuvre dans un contexte où ce sont les concurrents les plus acharnés (et notamment les géants de la téléphonie mobile) qui sont respectivement bénéficiaires et souscripteurs de l'engagement FRAND.

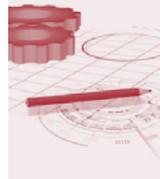
Aujourd'hui, le cœur du débat est de savoir si l'entreprise qui a pris un engagement FRAND peut faire interdire l'utilisation du brevet concerné. De ce point de vue, il ne fait aucun doute que c'est son droit le plus strict : l'engagement d'accorder une licence sur des bases FRAND contraint l'entreprise à négocier de bonne foi. C'est ce que l'on appelle une obligation de moyen. S'il n'y a pas d'accord, il n'y a pas de licence. Ceci est évident mais j'ai participé à un contentieux à Washington devant l'International Trade Commission où d'éminents experts soutenaient que l'engagement de licencier sur une base FRAND valait contrat de licence par le seul fait que les autres entreprises utilisaient le brevet ! Cette thèse est aberrante en droit et elle conduit à des incohérences graves.

Elle permet en effet à l'utilisateur du brevet non autorisé d'agir à sa guise. Le titulaire pendant ce temps le poursuivra en justice pendant des années pour peut-être obtenir un jour une redevance de la part d'un tribunal ! Et les autorités de concurrence risquent de parvenir exactement au même résultat.

En effet, la Commission européenne entend interdire « dans certains cas » au titulaire d'un brevet soumis à un engagement FRAND de demander des injonctions aux tribunaux compétents pour faire cesser l'utilisation du brevet non licencié. On ne voit pas très bien à quel titre les autorités de concurrence estiment intervenir. La Commission semble vouloir viser les cas où il s'agit d'un utilisateur de « bonne foi » prêt à discuter les termes d'une licence. Mais ce genre d'appréciation des négociations contractuelles relève naturellement des tribunaux.

Et, là encore, on affaiblit le droit de propriété intellectuelle : l'utilisateur du brevet peut licitement l'incorporer et le titulaire du droit, lui, « court après », si vous me permettez l'expression.

Pour autant, il est évident que détenir un droit de propriété intellectuelle, ce n'est pas être immunisé face au droit de la concurrence. Par exemple, le fait d'incorporer sciemment des brevets concurrents dans un « *pool* » de brevets tombe manifestement sous le coup des règles relatives aux ententes. Je pense ici à l'affaire *Summit Technology* aux États-Unis où, au lieu de se faire



concurrence, deux entreprises avaient placé leurs brevets respectifs et substituables dans un pool de brevets et de ce fait partageaient les redevances quel que soit le brevet utilisé.

S'agissant des abus de position dominante, il existe de multiples hypothèses où l'intervention des autorités de concurrence est absolument fondée.

L'exemple le plus logique est celui d'une entreprise dominante sur un marché grâce aux brevets qu'elle détient et qui se livre à des pratiques d'éviction (prix prédateurs par exemple) à l'encontre d'un concurrent. Il n'y a aucune raison ici de traiter ces abus différemment des abus de droit de propriété physique.

Le point central est d'examiner si oui ou non l'entreprise est dominante sur un marché. Que ce soit grâce à un brevet ou grâce à l'efficacité de sa politique commerciale est indifférent.

F.L. : Réduire le risque de hold-up est fondamental. Si vous avez investi autour d'une norme technologique, par exemple dans la conception de votre téléphone, et qu'ensuite le détenteur d'un brevet indispensable au standard vous réclame des redevances exorbitantes, vous ne recouvrirez jamais votre investissement. Vous n'avez pas d'autres choix que de payer la rançon. Le hold-up est pernicieux d'un point de vue économique, car les investisseurs anticipant un risque de hold-up ne vont pas investir, ou vont investir moins. Dans le cas des normes technologiques, cela veut dire une moindre adoption des standards, ce qui limite l'interopérabilité, et donc se traduit par une moindre commodité d'usage pour les consommateurs.

Toute la question est bien sûr de déterminer le montant raisonnable d'une licence. À partir de quel niveau le prix de la licence demandé par le détenteur d'un brevet essentiel est-il déraisonnable ? D'un point de vue économique, le problème est uniquement d'ordre pratique. L'équation théorique de la valeur optimale de la licence est connue. Elle contient notamment un terme clef : la valeur du brevet essentiel substitut, c'est-à-dire celui qui serait introduit dans le standard si le brevet qui protège la technologie un peu meilleure n'existait pas. Malheureusement, la valeur de ce terme, comme celles des autres membres de l'équation, est rarement connue.

Il n'y a pas bien sûr de raison d'accorder une immunité *antitrust* à la propriété intellectuelle. Il y a toutefois une difficulté dans le choix et la mise en œuvre du remède. Dès lors que l'autorité de concurrence exige une licence obligatoire, se pose inévitablement la question de la détermination de son montant. À première vue, il n'y a pas de différence avec l'accès forcé à une infrastructure essentielle. Il est toujours délicat pour l'autorité de concurrence de fixer le montant du péage que les concurrents devront verser au propriétaire de la facilité pour proposer à leur tour des services qui l'exploite. En fait, je crois qu'il y a une différence clef. Dans le cas des infrastructures physiques, il existe des méthodes et des éléments comptables qui permettent de s'approcher d'un niveau de péage qui ne soit pas complètement arbitraire et n'introduise pas trop d'effets pervers. Rien de tel pour les biens immatériels. Il n'existe pas de régulateur sectoriel familiers des tarifs administrés.

Les données de coûts sur la R&D et les efforts de création ainsi que leur chance de succès sont peu précises. Cette différence me conduit à recommander aux autorités de la concurrence d'être encore moins enclines à forcer l'accès à un titre de propriété intellectuelle qu'à rendre obligatoire l'accès à une infrastructure physique.

RLC : *Quel serait alors l'équilibre à trouver entre la protection accordée par le droit de la propriété intellectuelle et l'intervention du droit de la concurrence ?*

H.C. : En conclusion, je souhaiterais souligner deux points.

Premièrement, en matière technologique notamment, on évoque la « prolifération » des brevets de « mauvaise qualité ». À cet égard, il faut être clair : c'est au législateur d'intervenir, et non aux autorités de concurrence qui n'ont aucun titre pour « contrôler » la « valeur » des droits de propriété intellectuelle.

On constate en ce moment aux États-Unis une prise de conscience croissante par les autorités fédérales du besoin de réexaminer le système global d'octroi des brevets. Si les agences *antitrust* ont naturellement vocation à exprimer leur point de vue, d'éventuelles modifications du régime de la propriété intellectuelle ne relèvent pas de leur mandat.



Le hold-up est pernicieux d'un point de vue économique, car les investisseurs anticipant un risque de hold-up ne vont pas investir, ou vont investir moins.

Deuxièmement, apparaissent les prémices d'une nouvelle approche des droits de propriété intellectuelle de la part des juges européens.

Dans une décision *CISAC* (Déc. Comm. CE n° C(2008) 3435 final, 16 juill. 2008), la Commission avait accusé les sociétés d'auteurs de se répartir par des pratiques concertées les territoires nationaux par les licences concernant la musique en ligne. Or, le Tribunal de l'Union européenne vient d'annuler purement et simplement cette décision en lui reprochant de ne pas avoir tenu compte des spécificités de la recherche des utilisateurs non autorisés qui supposent qu'une seule société soit le modèle le plus efficace pour faire cette recherche et qu'aucune concertation anticoncurrentielle ne peut être évidemment tirée de cet état de fait (Trib. UE, 12 avr. 2013, aff. T-442/08). Cet arrêt pourrait bien être un « *tipping point* » marquant une nouvelle ère dans les rapports tumultueux entre propriété intellectuelle et droit *antitrust*. C'est le vœu que je forme.

F.L. : Je voudrais en conclusion insister sur la différence d'approche entre les États-Unis et l'Union européenne. À Washington, la propriété intellectuelle est presque sacrée et le droit de la concurrence a toutes les peines du monde à condamner des tentatives de monopolisation qui s'appuient sur des brevets. À Bruxelles, comme l'a souligné Maître Calvet, l'excès est inverse. Le vœu que je forme à mon tour est que les deux positions se rapprochent. Ni immunité *antitrust*, ni sévérité accrue pour la propriété intellectuelle. ■

*Propos recueillis par Chloé MATHONNIÈRE
Rédactrice en chef*

La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ?

Une entreprise, membre d'un cartel, a-t-elle toujours intérêt à coopérer avec la Commission afin d'obtenir une diminution du montant de son amende ? La coopération, dans le cadre de la procédure de clémence, n'est pas sans risque pour une entreprise. Tel est le cas lorsque les informations dévoilées à la Commission lui permettent de constater une infraction encore plus grave que celle initialement décelée. Ne souhaitant pas pénaliser les entreprises désireuses de coopérer, la Commission a prévu une réduction d'amende supplémentaire pour certaines d'entre elles qui pourraient être perdantes suite au recours à la clémence.



Par Alexandre APEL

Assistant à l'Université libre de Bruxelles (ULB)

→ RLC 2430

1. Né aux États-Unis en 1978, au cours d'une conférence de presse organisée par l'*Attorney General* du *Department of Justice*, le programme de clémence américain a largement contribué au développement de la répression des cartels aux États-Unis. La Communauté européenne, face au succès américain, s'est, elle aussi, dotée d'un premier programme de clémence en 1996 (Communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE 18 juill. 1996, n° C 207), révisé par un deuxième en 2002 (Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE 19 févr. 2002, n° C 45) et par un troisième en 2006, actuellement en vigueur (Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE 8 déc. 2006, n° C 298).

2. Pour la première fois, la Commission européenne (ci-après « la Commission ») mettait ainsi en place, derrière une terminologie complaisante (politique de « clémence » en français, *leniency program* en anglais), un système qui offrait aux membres d'une entente illicite l'immunité totale ou une importante réduction d'amende en échange d'une totale coopération et de la divulgation d'éléments de preuves de l'infraction inconnus de la Commission.

3. Le programme de clémence, ou plutôt de coopération, de la Commission présente toutefois des différences avec le modèle américain. Si, comme dans le programme américain, les communications de la Commission prévoient d'accorder le bénéfice de l'immunité à une seule entreprise, soit une réduction finale de 100 %, elles ont également pour originalité de proposer des réductions

finales – établies en pourcentages – aux autres entreprises qui souhaiteraient coopérer avec la Commission, lesquelles peuvent atteindre jusqu'à 50 % de l'amende infligée.

4. Par ailleurs, la pratique décisionnelle de la Commission recèle une troisième forme de réduction. Moins connue des entreprises, celle-ci n'en présente pas moins d'évidents attraits pécuniaires au vu des réductions accordées par la Commission. En témoigne une première analyse de la pratique décisionnelle de la Commission. Ainsi, 40 millions d'euros ont été accordés à Outokumpu dans l'affaire des *Tubes sanitaires en cuivre* (Déc. Comm. CE, 3 sept. 2004, Tubes sanitaires en cuivre, consid. 759), 94,5 millions d'euros à Atochem dans la décision relative aux *Peroxydes organiques* (Déc. Comm. CE, 10 déc. 2003, Peroxydes organiques, consid. 493 à 496) et, plus récemment, 267 millions à Tessengerlo dans l'affaire des *Phosphates pour l'alimentation animale* (Déc. Comm. UE, 20 juill. 2010, Phosphates pour l'alimentation animale, consid. 330 à 333, 348, 352 et 353).

5. Ce constat d'emblée attrayant invite, tout d'abord, à identifier cette réduction de l'assiette du montant de base, créée par la Commission pour faire face aux effets néfastes de la réduction finale au titre de la clémence (I), avant de s'interroger sur les conditions de son octroi et sur sa mise en œuvre, qui ont évolué au gré des communications et lignes directrices applicables. Si les conditions de son octroi sont devenues, à regret, progressivement confuses (II), il n'en est rien, *a priori*, quant à sa mise en œuvre. En effet, la Commission a souvent appliqué la réduction de l'assiette du montant de base, au stade du calcul de l'amende, de façon convaincante et rigoureuse (III).



I. – UNE RÉDUCTION DESTINÉE À REMÉDIER AUX EFFETS NÉFASTES DE LA RÉDUCTION FINALE

6. La Commission s’est rapidement aperçue que les entreprises, autres que la demanderesse à l’immunité, n’avaient pas forcément intérêt à rentrer dans la course à la clémence. En effet, l’apport d’éléments de preuves, en contrepartie d’une réduction finale au titre de la clémence, pouvait dans certaines situations pénaliser les entreprises. Or, la Commission a pu appliquer une troisième réduction agissant sur l’assiette du montant de base en vue de remédier à ces potentiels effets néfastes pour les entreprises. Ainsi, il convient de déterminer les limites de la réduction finale au titre de la clémence (A) à l’origine de la réduction de l’assiette du montant de base, avant de s’interroger sur la dénomination d’un tel concept (B).

A. – Une réduction originelle partiellement sécurisante

7. Lorsqu’une entreprise est condamnée dans le cadre d’une infraction à l’article 101 TFUE, l’amende qui va lui être infligée est calculée en fonction des lignes directrices de 2006 (lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l’article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JOCE 1^{er} sept. 2006, n° C 210). Ces dernières prévoient, préalablement, de déterminer un montant de base (pt. 10). À cette fin, la Commission applique généralement un pourcentage sur « la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l’entreprise, en relation directe ou indirecte avec l’infraction », ce montant dit de départ est ensuite « multiplié par le nombre d’années de participation à l’infraction » (pts. 13, 21 et 24). À ce montant, la Commission peut encore ajouter une somme comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes, au titre du droit d’entrée (entry fee) et ce, afin de dissuader les entreprises de participer à des ententes illégales (pt. 25).

8. Le montant de base de l’amende obtenu est ajusté, le cas échéant, par des pourcentages au titre des circonstances aggravantes et des circonstances atténuantes (pts. 28 et 29), par la prise en compte de la situation économique de l’entreprise (pts. 30 et 31), dans la limite du plafond de 10 % de son chiffre d’affaires (pts. 32 et 33) et, enfin, par les réductions classiques au titre de la clémence (pt. 34) et de la transaction.

9. Or, une entreprise, candidate à la réduction au titre de la clémence, sait pertinemment que les éléments qu’elle va fournir vont pouvoir être utilisés contre elle par la Commission aux fins d’établir encore mieux l’infraction. Ce risque est la contrepartie même de la clémence. Toutefois, du fait de la pleine coopération de l’entreprise, il peut arriver que la Commission soit informée de nouveaux éléments, jusqu’alors inconnus, lui permettant de constater une infraction d’une plus grande ampleur, en d’autres termes plus grave que celle initialement constatée. Dans ce dernier cas, l’infraction, dans l’ensemble aggravée par les éléments apportés par une entreprise, peut avoir des répercussions sur le montant de l’amende calculée en application des lignes directrices de 2006 de la Commission.

10. Au stade du calcul du montant de l’amende, les éléments de preuve apportés, dans le cadre de la réduction au titre de la clémence, peuvent avoir une incidence pécuniaire sur le montant de base de l’amende, qu’il s’agisse de la gravité (un volume de va-

leur de ventes plus important) comme de la durée de l’infraction (un plus grand nombre d’années de l’infraction). Autrement dit, les éléments de preuve apportés par l’entreprise elle-même sont susceptibles de conduire, en application des lignes directrices de 2006, à la majoration du montant de son amende.

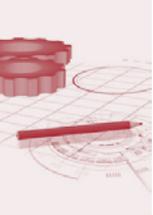
11. Toutefois, aussi intéressant soit le pourcentage de la réduction finale au titre de la clémence du point de vue de l’entreprise, les gains obtenus par cette dernière – au stade du montant final – peuvent être annihilés si des éléments de preuves apportés aggravent préalablement et considérablement le montant de son amende. De simples projections de calculs d’amendes, figurant dans le tableau ci-dessous, permettent de s’en convaincre.

MONTANT DE L’AMENDE POUR UNE ENTREPRISE						
Lignes directrices de 2006						
<i>Absence de demande de réduction au titre de la communication sur la clémence de 2006</i>						
valeur des ventes (M €)	taux (15 %)	durée de l’infraction (1 an)	montant de base	montant ajusté	réduction au titre de la clémence	montant final
100	15	x 1	15	15	0	15
<i>Demande de réduction au titre de la communication sur la clémence de 2006 et apports d’éléments nouveaux relatifs à la durée de l’infraction</i>						
valeur des ventes (M €)	taux (15 %)	durée de l’infraction (4 ans)	montant de base	montant ajusté	réduction au titre de la clémence	montant final
100	15	x 4	60	60	- 50 %	30

12. Dans cet exemple, sans les preuves apportées par l’entreprise, la Commission n’aurait pu estimer à 4 ans la durée de l’infraction, mais seulement à une année. Ceci se traduit, lors du calcul du montant de base, par un coefficient multiplicateur de 4. Au stade de l’amende finale et ce, malgré le gain d’une réduction – même maximale de 50 % – obtenue au titre de la clémence, l’entreprise devrait alors payer 30 millions d’euros d’amende, soit deux fois plus que ce qu’elle aurait eu à verser en l’absence de sa coopération ! Ce sont là des effets néfastes d’une demande de réduction qui ôteraient tout effet utile au programme de clémence de la Commission.

13. En effet, le succès du programme de clémence n’est dû qu’au respect du principe du « donnant-donnant », Commission et entreprise doivent être tous les deux gagnantes pour qu’il fonctionne correctement. Une entreprise n’a bien évidemment plus intérêt à coopérer avec la Commission, dès lors que sa coopération n’est récompensée par aucune contrepartie pécuniaire, ou pire, est susceptible de s’accompagner d’une amende plus élevée qu’en l’absence de toute collaboration. Plus important encore, si des entreprises s’aperçoivent que l’application de la clémence a pu jouer négativement sur les montants d’amendes précédemment infligées à d’autres entreprises, celles-ci pourraient être plus réticentes, voire estimer plus prudent de ne pas recourir à la clémence, ce qui est l’effet inverse de celui recherché par le programme de clémence.

14. Certes, il ne faut pas commettre l’erreur de s’en tenir à une approche purement mathématique lorsque l’on traite de la clémence, cette dernière étant volontairement imprévisible. Ain-



La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ?

<http://lamyline.lamy.fr>

si qu'il a été récemment estimé par le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « le Tribunal »), « en matière de clémence, tout demandeur communique des informations à la Commission sans avoir connaissance de celles dont celle-ci dispose déjà et il ne saurait dès lors entretenir une quelconque attente légitime quant au montant de la réduction dont il pourra bénéficier » (Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-370/06, Kuwait Petroleum et a. c/ Commission, pt. 38). En outre, il convient de préciser qu'une entreprise, à la suite des demandes de renseignements et/ou de la réception d'une communication des griefs, ne peut en principe déterminer précisément le montant de l'amende qui pourrait lui être infligée (TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-43/02, Jungbunzlauer c/ Commission, pts. 84 et 90), de sorte qu'elle n'aurait pas de réelle visibilité sur cette possible réduction et que la Commission procéderait de facto de sa seule bonne conscience. C'est sans doute aussi en raison de ce manque de visibilité que les entreprises ont moins demandé l'application de cette réduction plutôt qu'une autre.

15. Cependant, il a déjà été observé, dans plusieurs décisions, que des entreprises ont réclamé l'octroi de cette réduction durant la procédure administrative (Déc. Comm. CE, 21 févr. 2007, Ascenseurs et escaliers mécaniques, consid. 764 ; Déc. Comm. CE, 1^{er} oct. 2008, Cirex de bougie, consid. 742 et 743 ; Déc. Comm. CE, 28 janv. 2009, Tuyaux marins, consid. 487 ; Déc. Comm. UE, 30 juin 2010, Acier de précontrainte, consid. 1089). Si les entreprises n'ont pas une visibilité parfaite sur cette réduction, elles peuvent dans certaines conditions disposer d'éléments suffisants leur permettant de discuter l'application de ladite réduction devant la Commission et, le cas échéant, devant le juge de l'Union.

16. Quoi qu'il en soit, la Commission, qui s'est rapidement rendu compte de ces effets néfastes, a voulu éviter de pénaliser certaines entreprises pour leur coopération, en déduisant du montant de l'amende infligée à ces dernières, le montant de l'amende supplémentaire dû à l'apport d'éléments de preuve aggravant l'infraction. En revanche, l'octroi de la réduction finale de l'amende a été maintenu, ce qui est totalement bénéfique pour l'entreprise (Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, Manuli Rubber Industries SpA (MRI) c/ Commission, pt. 119).

B. – Le concept de la réduction de l'assiette du montant de base de l'amende

17. Cette réduction a pu être assimilée à une immunité dite « partielle » (Trib. UE, 13 juill. 2011, aff. T-141/07, T-142/07, T-145/07 et T-146/07, General Technic-Otis et a. c/ Commission, pt. 314 ; Trib. UE, 5 oct. 2011, aff. T-19/06, Mindo Srl c/ Commission, pt. 68 ; Déc. Comm. CE, 20 sept. 2006, Raccords, consid. 826 ; Déc. Comm. CE, 11 juin 2008, Chlorate de sodium, consid. 595), bien qu'il semble erroné de parler ici d'immunité, partielle ou non, car les conditions et la mise en œuvre de cette réduction sont différentes de celles de l'immunité d'amende. Aux termes d'immunité partielle, nous préférons ceux de « réduction de l'assiette du montant de base » de l'amende, certes plus longs, mais aussi plus fidèles aux caractéristiques qu'elle revêt.

18. La réduction diminuant la gravité ou la durée de l'infraction, il est d'ores et déjà important de préciser que la réduction joue en pratique sur « le montant de base » et non directement sur le montant ajusté de l'amende. En effet, nous verrons plus loin qu'afin de bénéficier de cette réduction, la divulgation d'élé-

ments de preuve par une entreprise doit engendrer l'augmentation du montant de l'amende de toutes les entreprises concernées par l'infraction (Déc. Comm. CE, 12 nov. 2008, Verre automobile, consid. 725).

19. Or, une fois le montant de base déterminé, un certain nombre de facteurs peuvent encore venir moduler ce montant à la hausse, mais ces derniers sont propres à chacune des entreprises ayant participé à l'infraction (Trib. UE, 3 mars 2011, aff. T-117/07 et T-121/07, Areva et a. et Alstom c/ Commission, pt. 279 ; Trib. UE, 25 oct. 2011, aff. T-348/08, Aragonesas Industrias y Energía, SAU c/ Commission, pt. 287). Partant, seuls des éléments relatifs à la gravité ou à la durée de l'infraction, éléments du montant de base communs à chaque entreprise impliquée dans le cartel, peuvent être pris en compte aux fins de la réduction. Par exception, on constate que la Commission peut accorder cette réduction lors de l'ajustement du montant de base, dans le cadre de la circonstance atténuante tirée de la coopération en dehors de la clémence (lignes directrices de 2006, pt. 29).

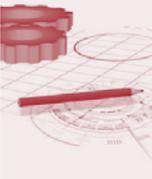
20. Par ailleurs, la réduction ne s'exprime pas, en principe, sous forme de pourcentages agissant sur le montant de base (comme une circonstance atténuante classique ou la réduction finale au titre de la clémence), mais sur les éléments mêmes à prendre en compte dans le calcul de ce montant intermédiaire. Elle influe donc – subtilement – sur l'« assiette » du montant de base, c'est-à-dire, dans le cadre des lignes directrices, sur la valeur des ventes retenue (pt. 13) ou sur le nombre d'années à prendre en compte au titre de la durée (pt. 24).

21. Enfin, le terme de « réduction » semble contestable, en ce qu'il ne s'agirait pas de réduire le montant de l'amende mais plutôt de ne pas tenir compte de certains éléments lors du calcul de l'amende. Toutefois, il nous semble préférable de maintenir l'utilisation du terme de « réduction », ne serait-ce que parce que ces mêmes éléments de preuves pourraient être avancés par une autre entreprise membre de l'infraction, ce qui aurait pour effet de condamner toutes les autres à une amende majorée. En d'autres termes, l'entreprise bénéficie d'une grâce sur une infraction aggravée que la Commission aurait, en tout état de cause, pu prouver au moyen de la coopération d'une autre entreprise membre de l'infraction.

II. – LES CONDITIONS CONFUSES DE LA RÉDUCTION DE L'ASSIETTE DU MONTANT DE BASE DE L'AMENDE

22. La réduction au titre de l'assiette de l'amende a été énoncée pour la première fois au sein de la communication de 2002, bien que, nous le verrons plus loin, cet ajout n'ait été que la codification de la pratique décisionnelle de la Commission fondée sur la communication de 1996. À cet égard, son point 23, dernier paragraphe, prévoyait que « si une entreprise fournit des éléments de preuve de faits précédemment ignorés de la Commission qui ont une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'entente présumée, la Commission ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis ».

23. Ce libellé a d'ailleurs été repris, en substance, par la communication de 2006. Le point 26, dernier alinéa, énonce que « [s]i une entreprise qui sollicite une réduction d'amende est la première à



fournir des preuves déterminantes, au sens du point (25), que la Commission utilise pour établir des éléments de fait supplémentaires qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction, la Commission ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis ».

24. Toutefois, cette révision n'est pas sans conséquence et pourrait bien faire regretter le libellé de la communication de 2002 relatif à cette réduction. En effet, les conditions de la réduction sont devenues confuses, il est difficile de distinguer les conditions et l'utilité de cette réduction par rapport à celles de la réduction finale au titre de la clémence.

25. Quoi qu'il en soit, il semble ressortir du point 26, dernier paragraphe de la communication de 2006, plusieurs conditions à remplir pour qu'une entreprise puisse obtenir ladite réduction. En effet, l'entreprise doit présenter des éléments de preuves déterminantes ayant une valeur ajoutée significative (A). Elle doit être, en tout état de cause, la première (B), à apporter ces éléments de preuves qui seront utilisées par la Commission pour établir des éléments de fait supplémentaires (C), ces derniers renforçant la gravité ou la durée de l'infraction (D) dans son ensemble (E).

A. – L'apport de preuves déterminantes

26. Il ne suffit pas que l'entreprise apporte des preuves dans la perspective du bénéfice d'une réduction de l'assiette du montant de base, encore faut-il que ces dernières soient « déterminantes, au sens du point 25 [de la communication de 2006] » (pt. 26). En d'autres termes, les preuves doivent apporter une valeur ajoutée significative et n'ont pas besoin, de surcroît, d'être corroborées en cas de contestation par d'autres entreprises (Trib. UE, 13 juill. 2011, aff. T-141/07, T-142/07, T-145/07 et T-146/07, General Technic-Otis et a. c/ Commission, pt. 315 ; Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, MRI c/ Commission, pt. 117). Il y a lieu de souligner, à cet égard, l'importance du renvoi à la notion de valeur ajoutée des preuves apportées par l'entreprise, car il s'agit de l'une des conditions de fond à remplir pour toute entreprise souhaitant obtenir une réduction finale au titre de la clémence. Pour cette réduction, la communication de 2006 conçoit la valeur ajoutée comme « la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée » (pt. 25).

27. De manière générale, si une demande de clémence expose un récit des faits particulièrement détaillé et utile à la compréhension de l'infraction, étayée par des documents fournis par l'entreprise, ces éléments peuvent être d'autant plus considérés comme apportant une valeur ajoutée significative à la Commission (Déc. Comm. CE, 31 mai 2006, Méthacrylates, consid. 412). À cet égard, les éléments de preuves d'une entreprise peuvent être d'une valeur ajoutée significative même si les faits étaient connus de la Commission (Déc. Comm. CE, 20 oct. 2005, Tabac brut italien, consid. 497 ; Déc. Comm. UE, 20 juill. 2010, Phosphates pour l'alimentation animale, consid. 352). Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'entreprise fournisse toutes les preuves relatives à l'ensemble de l'infraction (Déc. Comm. CE, 23 janv. 2008, Caoutchouc butadiène-nitrile, consid. 196 et 197). En revanche, la demande de l'entreprise doit permettre à la Commission de renforcer de façon significative sa capacité de prouver les faits pertinents de l'infraction (Déc. Comm. CE, 24 janv. 2007, Appareillages de

commutation à isolation gazeuse, consid. 531 ; cf. Trib. UE, 3 mars 2011, aff. T-117/07 et T-121/07, Areva et a. et Alstom c/ Commission, pt. 343).

28. S'agissant toujours de la valeur ajoutée, les éléments apportés par l'entreprise doivent présenter une utilité certaine pour la Commission. En effet, la Commission a déjà pu considérer, en se référant à l'arrêt dit « Tokai II » (TPICE, 15 juin 2005, aff. T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, Tokai et a. c/ Commission, pt. 368), qu'une entreprise ne peut prétendre avoir fourni des éléments de preuve d'une valeur ajoutée significative si ces derniers ne sont pas utilisés pour établir l'infraction (Déc. Comm. CE, 25 juin 2008, Fluorure d'aluminium, consid. 263). Il en ressort que des éléments liés à une période de l'infraction atteinte par la prescription ne sont d'aucune valeur ajoutée pour la Commission (Déc. Comm. CE, 28 janv. 2009, Tuyaux marins, consid. 491 et 492 ; cf. Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR et Parker-Hannifin c/ Commission, pt. 240).

29. La valeur ajoutée des éléments de preuve, dans le cadre de la réduction finale au titre de la clémence, est évaluée au regard du dossier de la Commission au moment même où l'entreprise présente ses éléments de preuves (Déc. Comm. CE, 13 sept. 2006, Bitume néerlandais, consid. 392). En d'autres termes, la réduction finale au titre de la clémence a ainsi pour objectif de « facilit[er] la tâche de la Commission » par le renforcement – qualitatif et quantitatif – de son dossier (Trib. UE, 3 mars 2011, aff. T-117/07 et T-121/07, Areva et a. et Alstom c/ Commission, pt. 343). Contrairement à cette réduction, aucun renvoi n'est fait à l'évaluation de la valeur ajoutée, pour la réduction de l'assiette du montant de base, par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission (communication de 2006, pt. 24).



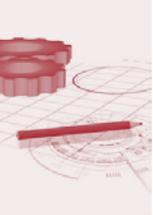
(...) la demande de l'entreprise doit permettre à la Commission de renforcer de façon significative sa capacité de prouver les faits pertinents de l'infraction.

30. Enfin, les preuves avancées par l'entreprise doivent être « déterminantes », c'est-à-dire qu'elles n'ont pas besoin d'être corroborées en cas de contestation par d'autres entreprises. Il ressort donc de cette qualification un standard de preuve relativement élevé pour les entreprises désireuses de se voir accorder la réduction de l'assiette du montant de base de l'amende.

B. – La condition d'antériorité des éléments fournis

31. Si cette condition d'antériorité a été consacrée au sein de la communication de 2006, son importance a été récemment soulignée dans un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour »), pour qui « seule [peut] bénéficier [r] d'une non-imposition d'amende ou d'une réduction très importante de son montant l'entreprise qui est la première à fournir des éléments déterminants pour prouver l'existence de l'entente » (CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-272/09 P, KME Germany AG, KME France SAS et KME Italy SpA c/ Commission, pt. 78).

32. Or, la condition d'antériorité était déjà sous-entendue et appliquée dans le cadre de la communication de 2002 (Déc. Comm. CE, 19 sept. 2007, PO/Articles de mercerie métalliques et plastiques: fermetures, consid. 655 et 656 ; Déc. Comm. CE, 3 mai 2006, Peroxyde d'hydrogène et perborate de sodium, consid. 508 ; Déc. Comm. UE, 23 juin



La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ?

<http://lamyline.lamy.fr>

2010, Installations sanitaires pour salles de bains, consid. 16 du résumé). En outre, cette condition relevait du bon sens, car une entreprise ne pouvait prétendre apporter des éléments, qualifiés de « nouveaux » par la Commission dans la communication de 2002, si une autre entreprise les avait déjà présentés à la Commission, ou bien encore si cette dernière en disposait déjà dans son dossier. Cette réduction n'était donc accordée qu'à « la première entreprise » qui a dévoilé à la Commission des éléments qui lui étaient inconnus (Trib. UE, 5 oct. 2011, aff. T-39/06, Transcatlab c/ Commission, pt. 382 ; Déc. Comm. UE, 19 mai 2010, DRAM, consid. 118) et ce, avant même l'application de la communication de 2002 (Déc. Comm. CE, 20 sept. 2006, Raccords, consid. 825 et 826).

33. Ainsi, dans l'affaire des *Cires de bougie*, alors que Sasol avait demandé à bénéficier des dispositions relatives à la réduction de l'assiette du montant de base, la Commission a fait remarquer « que les premiers éléments de preuve en relation avec des faits jusqu'alors inconnus d'elle, pesant directement sur la durée de l'entente, n'ont pas été fournis par Sasol mais ont été découverts pendant les inspections (...) et étaient contenus dans la demande d'immunité de Shell » (Déc. Comm. CE, 1^{er} oct. 2008, *Cires de bougie*, consid. 743).

34. En d'autres termes, tous les éléments fournis dans la demande d'immunité ou dans une autre demande de réduction par les entreprises, ainsi que, plus généralement, tous les autres éléments déjà à la disposition de la Commission, ne pouvaient plus être utilement invoqués au titre du point 23, *in fine*, de la communication de 2002.

35. En revanche, il convient de préciser que le point 26, *in fine*, de la communication de 2006 n'a pas repris expressément le critère d'éléments de preuve de faits « précédemment ignorés de la Commission », tel qu'édicté au point 23 de la communication de 2002. Désormais, la communication de 2006 fait référence à « des éléments de fait supplémentaires qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction ».

36. Or, ce libellé pourrait sous-entendre que la Commission ait pu être au courant de ces éléments ou d'une partie d'entre eux, ce qu'elle a déjà expressément reconnu (Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, MRI c/ Commission, pt. 96). Mais si la Commission dispose déjà – partiellement ou non – d'éléments de preuve qu'une entreprise est la première à lui présenter, aux fins d'obtenir la réduction de l'assiette du montant de base, il s'ensuit une première source de confusion avec la réduction finale au titre de la clémence, cette dernière étant elle-même accordée « par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission » (communication de 2006, pt. 24).

37. Cette dernière considération a été différemment interprétée par le Tribunal suivant la communication applicable. Concernant la communication de 2002, le Tribunal a jugé que la réduction « ne concerne pas les cas dans lesquels une entreprise a simplement présenté des éléments de preuve nouveaux ou plus complets au regard de faits dont la Commission [était] déjà au courant » (Trib. UE, 5 oct. 2011, aff. T-39/06, Transcatlab c/ Commission, pt. 382). Concernant la réduction prévue dans la communication de 2006, le Tribunal a estimé, en revanche, que les éléments de preuves doivent être analysés par rapport aux « éléments du faisceau d'indices retenus par la Commission » (Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, MRI c/ Commission, pt. 127).

38. Enfin, la réduction au titre de l'assiette du montant de base est accordée à la première entreprise apportant des éléments de preuves qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction mais ce, indépendamment de son rang en tant que demandeur à la réduction finale. Sur ce dernier point, c'est également l'application qui en avait été faite par la Commission sous l'empire de la communication de 2002 (Déc. Comm. CE, 31 mai 2006, Méthacrylates, consid. 411 à 415 ; Déc. Comm. CE, 23 janv. 2008, Caoutchouc butadiène-nitrile, consid. 197 et 216 à 221).

C. – L'apport d'éléments de preuves supplémentaires

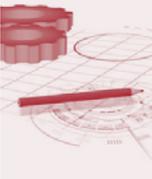
39. Si l'entreprise doit être la première à avancer des preuves, d'une valeur ajoutée significative et déterminantes, afin de solliciter l'octroi d'une réduction de l'assiette du montant de base, il est indispensable que les preuves soient utilisées par la Commission « pour établir des éléments de fait supplémentaires qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction » (communication de 2006, pt. 26).

40. Comme précédemment dit, l'adjectif « supplémentaire » dans la désignation des faits supposerait que la Commission ait pu être au courant de ces éléments de preuves ou d'une partie d'entre eux. Or, l'examen des éléments de preuves, au regard du dossier existant, pourrait être une source de confusion. Ceci pourrait avoir contribué à jeter le trouble entre des éléments de preuve qui « renforcent (...) la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée » (pt. 25) et des preuves permettant d'« établir des éléments de fait supplémentaires qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction » (pt. 26).

41. En effet, afin de bénéficier de la réduction finale, rappelons qu'une entreprise doit apporter des éléments de preuves qui permettent à la Commission d'établir l'infraction présumée (pt. 24). Or, les éléments de preuves pourraient renforcer la capacité de la Commission à établir l'existence de l'entente présumée, mais également concerner plus particulièrement la gravité et/ou la durée de celle-ci (Déc. Comm. CE, 28 janv. 2009, Tuyaux marins, consid. 491 et 492 ; cf. Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, MRI c/ Commission, pt. 335 ; Déc. Comm. UE, 7 déc. 2011, Compresseurs frigorifiques, consid. 90). Dans cette hypothèse, il est possible que l'entreprise ne se contente pas du bénéfice de la réduction finale. Elle pourrait être en droit de réclamer, en outre, la réduction de l'assiette, au titre des éléments de preuves concernant la gravité ou la durée de l'infraction.

42. Ce risque de confusion n'existait pas sous l'empire de la communication de 2002. Les termes de cette dernière évoquaient des éléments de preuves « précédemment ignorés de la Commission qui ont une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'entente présumée » (pt. 23). Ainsi, cette ancienne disposition sous-entendait qu'uniquement des éléments de preuves inconnus de la Commission pouvaient relever de la réduction de l'assiette du montant de base.

43. La communication de 2002 opérait une différence entre les éléments de preuves qui figuraient dans le dossier et ceux qui n'y figuraient pas. Concrètement, les éléments qui corroboraient les preuves de la Commission concernant l'infraction étaient pris en compte dans le cadre de la réduction finale au titre de la clémence. *A contrario*, les éléments de preuves inconnus de la Commission, qui ne figuraient pas dans son dossier, étaient pour leur part envisagés dans le cadre de la réduction de l'assiette du montant de base de l'amende.



44. Certes, cette distinction a pu s'avérer rigide – dans certaines situations – s'agissant des éléments de preuves qui relevaient soit de la réduction finale au titre de la clémence, soit de la réduction de l'assiette du montant de base. Néanmoins, cette réduction avait le mérite d'éviter toute confusion entre les deux réductions. Surtout, les entreprises disposaient d'une meilleure visibilité sur la disponibilité de la réduction de l'assiette au titre de la précédente communication.

45. Par ailleurs, ce risque de confusion a été indirectement identifié par le Tribunal dans l'arrêt *Kuwait Petroleum et a. c/ Commission*, bien que la communication de 2002 ait été appliquée. En l'espèce, la requérante estimait que seules les informations qu'elle avait fournies avaient pu permettre à la Commission d'établir l'existence de l'infraction de 1994 à 2002 (pt. 27). À ce titre, elle réclamait le bénéfice de la réduction de l'assiette du montant de base, nonobstant le fait que la Commission connaissait déjà la période d'infraction (pt. 40). Sur ce point, le Tribunal a estimé « qu'il convient de retenir une interprétation restrictive d[e] cette réduction, en la limitant aux cas où une société partie à une entente fournit une information nouvelle à la Commission, relative à la gravité ou à la durée de l'infraction, et en excluant les cas où la société n'a fait que fournir des éléments permettant de renforcer les preuves relatives à l'existence de l'infraction » (Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-370/06, *Kuwait Petroleum et a. c/ Commission*, pts. 32 et 33).

46. Par cette interprétation, le Tribunal a établi une stricte distinction entre ces deux réductions en limitant la réduction au titre de l'assiette aux éléments « nouveaux ». Ainsi, le Tribunal permet d'éviter, en l'espèce, une possible confusion entre des éléments qui corroborent le dossier de la Commission, déjà récompensés par une réduction finale, mais qui pourraient être également invoqués par cette entreprise au titre de la réduction de l'assiette (pt. 32). En effet, une interprétation plus large du Tribunal aurait semblé-t-il permis à l'entreprise de réunir toutes les conditions nécessaires à l'octroi de la réduction.

47. À cet égard, à l'occasion de l'arrêt *MRI c/ Commission*, la Commission a été récemment confrontée à cette réduction dans sa version de la communication de 2006. En l'espèce, la requérante reprochait à la Commission de ne pas avoir tenu compte de ses éléments de preuves « supplémentaires », qui lui auraient permis, selon elle, de se voir accorder la réduction de l'assiette. En réponse, la Commission a justifié son refus d'accorder ladite réduction à l'entreprise en invoquant les termes de sa précédente communication de 2002. En effet, la Commission a estimé que les éléments de preuves apportés par l'entreprise n'étaient pas « nouveaux » (Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, *MRI c/ Commission*, pts. 123 et 124).

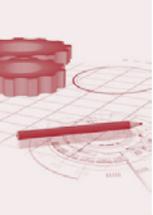
48. Pourtant, sur la base de la communication de 2006, il ne s'agit plus pour une entreprise d'apporter des éléments « nouveaux » mais des éléments de faits supplémentaires. Certes, dans le cas de l'arrêt *MRI c/ Commission*, ceci fut sans conséquence pour la Commission. Dans cet arrêt, le Tribunal a estimé, après une démonstration minutieuse et détaillée, que « [l]es documents fournis par MRI ne lui étaient dès lors pas nécessaires pour arriver à une telle conclusion » (pt. 148). Ainsi, par rapport aux éléments de preuves de la Commission, à l'exclusion des preuves apportées par la requérante, cette dernière n'a pas permis « de constater une durée plus longue ou une gravité renforcée de l'infraction » (pt. 149).

49. Au-delà de l'analyse des éléments de preuves liés ou non au dossier et de ses enjeux, le Tribunal a été confronté à une situation inédite dans l'arrêt *Kuwait Petroleum et a. c/ Commission*. En l'espèce, la requérante prétendait que la durée entière de l'infraction avait pu être démontrée uniquement sur la base des éléments de preuves qu'elle avait apportés. Par conséquent, elle soutenait que la Commission aurait dû lui accorder la réduction de l'assiette, de sorte qu'aucune amende ne devait lui être infligée. Plus précisément, la réduction de l'assiette prévoit effectivement de ne pas tenir compte des faits supplémentaires pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis. Or, la requérante soutenait qu'elle avait apporté des éléments de faits supplémentaires pour toute la période de l'infraction. Si l'on suit à la lettre les lignes directrices de 2006, relatives à la méthode de calcul d'une amende, cela nous conduirait à retenir – au stade du montant de base – un facteur multiplicateur de zéro au titre de la durée et reviendrait, en dernière analyse, à infliger à cette entreprise une amende nulle. Sur ce point, le Tribunal a notamment estimé qu'une telle interprétation conduirait à priver d'effet la distinction entre l'unique entreprise pouvant bénéficier d'une immunité d'amende et celles ne pouvant prétendre qu'à une réduction (pt. 36).



(...) la Commission accorde généralement l'immunité d'amende à une entreprise en contrepartie d'un minimum d'informations relatives à la gravité et à la durée de l'infraction, avant même d'étudier les demandes de réduction des autres entreprises.

50. Il s'agit là potentiellement d'un autre effet néfaste de cette réduction. Cet effet pourrait d'ailleurs être amplifié du fait du nouveau libellé de la réduction au sein de la communication de 2006. La rédaction du point 26, *in fine*, de la communication permet, dans l'absolu, à une entreprise candidate à la réduction d'obtenir une amende égale à zéro. Concrètement, la Commission pourrait être confrontée de nouveau à la situation de l'entreprise, candidate à la réduction, mais qui apporte pour la première fois toutes les preuves relatives à la durée totale de l'infraction. Or, si la Commission était au courant de la durée de celle-ci, elle n'aurait pas les preuves nécessaires pour l'établir, si bien qu'elle aurait encore besoin d'éléments de preuves « supplémentaires ». Dans cette situation, il serait contestable que la Commission n'accorde pas la réduction de l'assiette à la première entreprise qui lui apporte ces éléments supplémentaires. L'ancienne rédaction de cette réduction, au sein de la communication de 2002, aurait sans doute permis à la Commission de se retrancher derrière le caractère « inconnu » des éléments de preuves qui doivent lui être présentés. En effet, la Commission accorde généralement l'immunité d'amende à une entreprise en contrepartie d'un minimum d'informations relatives à la gravité et à la durée de l'infraction, avant même d'étudier les demandes de réduction des autres entreprises. Pour sa part, la communication de 2006 ne semble pas permettre, à première vue, une approche aussi restrictive s'agissant de la réduction de l'assiette du montant de base, si ce n'est à en dénaturer les termes de son libellé.



La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ?

<http://lamyline.lamy.fr>

D. – L'apport d'éléments de preuves renforçant la gravité ou la durée de l'infraction

51. Une autre condition constante, aux fins de bénéficier de la réduction, est d'apporter des éléments « renforçant la gravité ou la durée de l'infraction » (pt. 26). Il s'agit de la gravité et de la durée de l'infraction telles qu'envisagées au sein des lignes directrices de 2006.

52. Pour ce qui est des éléments de preuve sur la gravité, il peut s'agir, dans une interprétation restrictive, de la fourniture d'éléments de preuves sur l'étendue géographique ou les produits en cause (pts. 13 et 21). En d'autres termes, les éléments de preuves relatifs à la gravité de l'infraction doivent permettre de majorer le montant de départ, c'est-à-dire d'augmenter le volume de la valeur des ventes (Déc. Comm. UE, 19 mai 2010, DRAM, consid. 95, 101, 104, 106, 107, 112, 117 et 118).

53. En revanche, tout élément de preuve, s'il renforce la gravité intrinsèque de l'infraction, n'a pas forcément une incidence, en application des lignes directrices de 2006, sur le calcul du montant de base de l'amende. Il en est ainsi, à première vue, des éléments de preuves qui se limitent à certaines particularités ou composantes de l'infraction. Dans l'affaire du *Tabac brut italien*, l'entreprise Dimon avait apporté de nouveaux éléments relatifs à des échanges d'informations entre les parties et à des manipulations d'appels d'offre. Toutefois, la Commission a estimé que « l'impact sur la gravité et la durée de l'infraction est cependant négligeable puisqu'il n'a constitué qu'un aspect d'une infraction très grave » (Déc. Comm. CE, 20 oct. 2005, *Tabac brut italien*, consid. 496). Cette position demeure contestable si l'on procède à une analyse *a contrario* d'un arrêt rendu par le Tribunal, lequel a estimé que l'annulation de la participation d'une entreprise à une composante de l'infraction avait pour conséquence de réformer, à la baisse, le montant de base de son amende (Trib. UE, 19 mai 2010, aff. T-21/05, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission*, pts. 105 à 113 et 182 et 185 ; cf. CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission*, pts. 94 à 97).

54. Pour ce qui est de l'apport d'éléments nouveaux concernant la durée de l'infraction, il peut s'agir de démontrer que l'infraction a débuté avant la période suspectée par la Commission ou qu'elle s'est prolongée au-delà de celle-ci (lignes directrices de 2006, pt. 24). Autrement dit, la durée de l'infraction est plus longue que prévue pour la Commission. En conséquence, le coefficient multiplicateur appliqué au titre de la durée est plus élevé (Déc. Comm. CE, 23 janv. 2008, *Caoutchouc butadiène-nitrile*, consid. 177 ; Déc. Comm. CE, 11 mars 2008, *Services de déménagements internationaux*, consid. 614 et 615 ; Déc. Comm. UE, 8 déc. 2010, *LCD*, consid. 463 à 465).

55. Cependant, tous les éléments de preuves relatifs à une durée plus longue ne sont pas acceptés par la Commission. Il en est ainsi d'éléments de preuves concernant les activités du cartel au cours d'une période qui n'a pas été retenue dans la communication des griefs par la Commission (Déc. Comm. CE, 3 déc. 2003, *Produits à base de carbone et de graphite pour applications électriques et mécaniques*, consid. 314 et 315 ; cf. TPICE, 9 juill. 2003, aff. T-224/00, *Archer Daniels Midland Company c/ Commission*, pt. 301). Puisque ladite période n'est pas comprise dans les griefs de la Commission, elle n'a, de facto, aucune incidence sur le coefficient multiplicateur au titre de la durée.

56. De manière générale, il doit être rappelé que la communication de 2002 énonçait des éléments ayant une « incidence directe sur la gravité ou la durée de l'entente présumée » (pt. 23). Dans sa version révisée de 2006, elle prévoit désormais cette récompense pour les éléments « renforçant la gravité ou la durée de l'infraction » (pt. 26).

57. Partant, il est devenu extrêmement difficile de prédire, à supposer que cela doive être prévisible, l'impact des éléments apportés sur le montant de l'amende. Si l'aggravation du montant de l'amende était une condition constante lors de la communication de 2002, elle pourrait s'en trouver remise en cause dans le cadre de la communication de 2006. Cette dernière énonce des éléments de preuves « renforçant » la gravité ou la durée de l'infraction, ces éléments n'ont donc pas nécessairement pour effet de majorer le montant de l'amende. Dans l'arrêt *MRI c/ Commission*, nul doute pour le Tribunal que l'entreprise doit apporter à la Commission des faits supplémentaires « permettant d'accroître la durée ou la gravité de l'infraction » (pt. 124). En effet, la logique même de cette réduction est de ne pas tenir compte de conséquences pécuniaires aggravées à l'encontre de l'entreprise coopérante.

58. À cet égard, il pourrait être opposé que « renforçant » signifie que la Commission n'était pas en mesure de tenir compte des informations déjà en sa possession, en l'état, au stade de la condamnation et de la détermination du montant de l'amende. En d'autres termes, les preuves détenues par la Commission ne lui étaient pas suffisantes, au moment où l'entreprise a donné des éléments renforçant la gravité ou à la durée, pour condamner les entreprises à une amende plus élevée.

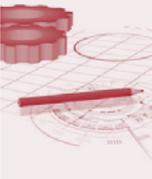
59. Toutefois, le terme « renforçant » ferait alors écho au renforcement de l'entente présumée. La nouvelle finalité attendue de cette réduction ferait ainsi « double emploi » avec l'apport de valeur ajoutée par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission, pour laquelle la Commission accorde déjà une réduction finale au titre de la clémence.

E. – L'apport d'éléments de preuves relatives à l'ensemble de l'infraction

60. Condition constante qui n'apparaît pas clairement au sein des communications de 2002 et de 2006, les éléments de preuves présentés par une entreprise doivent concerner toutes les entreprises et non une ou plusieurs entreprises participantes prises isolément. Dans la décision *Verre automobile*, la Commission a considéré que les éléments de preuves versés au dossier doivent avoir une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'infraction, précisant toutefois qu'ils ne doivent « pas seulement [se limiter] sur la participation du demandeur à l'entente » (Déc. Comm. CE, 12 nov. 2008, *Verre automobile*, consid. 725).

61. Hormis le caractère général des informations demandées, ces éléments doivent obligatoirement ajuster, à la hausse, le montant de l'amende de la demanderesse, ainsi que celui de toutes les entreprises concernées par l'infraction (Déc. Comm. CE, 7 juin 2000, *Acides aminés*, consid. 404 ; cf. TPICE, 9 juill. 2003, aff. T-224/00, *Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd c/ Commission*, pt. 295).

62. En revanche, l'apport par une entreprise d'éléments nouveaux relatifs à sa participation plus longue ou celle d'une autre



ne semble pas être suffisant pour que la Commission accorde une réduction à l'entreprise qui apporte ces informations (Déc. Comm. CE, 24 janv. 2007, Appareillages de commutation à isolation gazeuse, consid. 530 à 532 ; Déc. Comm. CE, 28 janv. 2009, Tuyaux marins, consid. 487).

63. En raison de circonstances particulières, la Commission a pu accorder, par exception, cette réduction à une entreprise pour avoir dénoncé la participation d'un autre membre de l'infraction. Dans la décision *Acide monochloracétique*, la Commission a récompensé la coopération d'Akzo pour lui avoir permis d'établir que la société Eka avait débuté plus tôt sa participation aux accords, avant que cette dernière ne soit rachetée par Akzo au cours de l'infraction (Déc. Comm. CE, 19 janv. 2005, Acide monochloroacétique, consid. 269 et 318). Dans l'affaire des *Phosphates pour l'alimentation animale*, Tessenderlo s'est également vu accorder une réduction pour avoir prouvé qu'une autre entreprise avait débuté l'infraction avant la période préalablement retenue par la Commission. Toutefois, Tessenderlo et cette entreprise étaient les deux seules à participer à l'infraction et à se voir infliger une amende pour cette période. Partant, la Commission a pu considérer que les preuves relatives à l'ensemble de l'infraction étaient remplies pour ladite période (Déc. Comm. UE, 20 juill. 2010, Phosphates pour l'alimentation animale, consid. 330, 331, 352 et 353).

64. La condition de preuve de l'infraction, concernant toutes les entreprises impliquées, demeure en soi contestable. Certes, il est évident qu'une entreprise, dans le cadre d'une demande de clémence, est plus ou moins concrètement dans l'obligation d'amener des éléments de preuves à l'encontre des autres membres de l'infraction. Cependant, une demande de clémence reste, d'une part, individuelle. En effet, le candidat n'est pas forcément en mesure d'apporter toutes les preuves nécessaires à l'encontre de toutes les entreprises, *a fortiori* lorsque l'entente concerne un nombre important de participants. D'autre part, il y a lieu de rappeler que ces preuves doivent être « déterminantes », ce qui atteste d'un standard de preuve relativement élevé.

65. Toutefois, il ne faudrait pas se tromper de finalité. L'objectif de cette réduction n'est pas, à notre sens, de permettre à la Commission de condamner plus lourdement les entreprises et d'encourager la première d'entre elles à donner ces informations. Il s'agit plutôt de récompenser l'entreprise qui pourrait être désavantagée et désintéressée, sur le plan pécuniaire, en coopérant avec la Commission. En d'autres termes, la réduction de l'assiette du montant de base devrait, en priorité, préserver l'intérêt supérieur des entreprises à coopérer avec la Commission. Cette dernière pourrait assouplir les exigences de cette cinquième et dernière condition. Par exemple, il pourrait être suffisant pour une entreprise de donner des éléments de preuves supplémentaires à son encontre et de permettre à la Commission de demander, si besoin, de nouvelles informations relatives aux autres entreprises impliquées.

66. En toute dernière analyse, l'assouplissement des principales conditions d'octroi de la réduction de l'assiette a, de notre point de vue, rendu cette dernière moins claire par rapport à la réduction finale au titre de la réduction. Les deux réductions nettement complémentaires de la communication de 2002 ont muté, sous l'emprise de la communication de 2006, en mécanismes dont les conditions et la finalité pèchent par leur confusion.

67. Il en résulte que les entreprises ne peuvent pas, « les yeux fermés », fournir des preuves potentiellement aggravantes lors du dépôt d'une demande de clémence. Pour résumer, une entreprise est dans l'obligation de donner la première des éléments qui renforcent, *ad minima*, la gravité ou la durée de l'infraction à l'égard de tous les membres de l'infraction (du moins de ceux du segment additionnel rapporté). Elle doit s'assurer, en outre, que ses éléments ont une incidence suffisante sur le montant de l'amende de toutes ces entreprises.

68. Or, au vu de cette faible visibilité et de cette confusion apparente entre ces deux réductions, les entreprises pourraient, dans le doute, soit renoncer à s'engager dans la procédure de clémence, soit demander systématiquement l'octroi de ces deux réductions et déclencher un large contentieux...

III. – LA MISE EN ŒUVRE RIGOUREUSE DE LA RÉDUCTION DE L'ASSIETTE DE L'AMENDE

69. Lorsqu'une entreprise remplit toutes les conditions précitées, la communication de 2006 prévoit que « la Commission ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis » (pt. 26). Toutefois, la mise en œuvre de cette réduction n'a pas manqué de susciter le doute au sein de la doctrine la plus autorisée. En particulier, elle s'est interrogée sur la façon de procéder au calcul définitif de l'amende dès lors que les deux piliers traditionnels de son calcul, à savoir la gravité et la durée, venaient à potentiellement disparaître par cette nouvelle réduction (Voillemot D., *Gérer la clémence*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 39).



La condition de preuve de l'infraction, concernant toutes les entreprises impliquées, demeure en soi contestable.

70. Mais la Commission est restée fidèle à sa méthode de calcul énoncée au sein des lignes directrices de 1998 et de 2006, notwithstanding l'application de cette réduction. Plus précisément, cette dernière a eu seulement pour effet de ne pas tenir compte – lors du calcul du montant de base – d'une partie supplémentaire du volume de valeur des ventes (pt. 13) ou d'une partie de la durée de l'infraction (pt. 24) que les éléments de preuves apportés par l'entreprise ont permis de démontrer.

71. Par ailleurs, si la réduction de l'assiette du montant de base et la réduction finale du montant de l'amende résultent, au départ, de deux logiques différentes, elles n'en sont pas moins complémentaires lors du calcul du montant de l'amende. En effet, la Commission peut cumuler, sans difficulté, ces deux régimes de réductions à une entreprise au sein d'une même décision.

72. En pratique, la Commission fixe, dans un premier temps, le montant de base de l'amende, ajusté par la réduction de l'assiette. Dans un second temps, la Commission applique une réduction finale au titre de la clémence sur le montant de base ainsi calculé et ajusté au titre des circonstances de l'infraction (pts. 28 et 29), de la situation économique de l'entreprise (pts. 30 et 31), et du plafond de 10 % du chiffre d'affaires (pts. 32 et 33).

La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ?

<http://lamyline.lamy.fr>

73. Cependant, comme expliqué précédemment, la communication de 1996 n'avait pas prévu de réduction de l'assiette du montant de base de l'amende. Déjà consciente de ce problème lors de son premier programme de clémence, la Commission avait alors procédé à une réduction, dans le cadre de l'ajustement du montant de base, au titre d'une circonstance atténuante tirée de « la coopération en dehors de la clémence ». Il s'avère que la mise en œuvre de la réduction de l'assiette – ou la répercussion de l'assiette de l'amende – sur la détermination du montant de base a, ensuite, été codifiée dans les communications de 2002 et de 2006 au titre desquelles la Commission a pu retenir une réduction de l'assiette du montant de base pour les entreprises.

74. Ainsi, convient-t-il de distinguer les deux variables d'ajustement dont dispose la Commission afin de mettre en œuvre cette réduction : soit au stade du calcul du montant de base (B), soit dans le cadre de son ajustement, au titre de la coopération en dehors de la clémence (A).

A. – La réduction au titre de la coopération en dehors de la communication

75. Si, en raison du silence de la communication de 1996 sur ce point, la Commission n'a pu dans le passé récompenser des entreprises qu'au titre de leur coopération en dehors de la clémence (Déc. Comm. CE, 19 sept. 2007, PO/Articles de mercerie métalliques et plastiques: fermetures, consid. 585, 655 et 656 ; Déc. Comm. CE, 3 sept. 2004, Tubes sanitaires en cuivre, consid. 712 et 757 à 761), cette pratique, ajustant le montant de base au titre des circonstances atténuantes, connaît encore des applications sous l'empire des communications de 2002 et de 2006.

76. En premier lieu, la défalcation d'éléments de preuves relatifs à la gravité sur le montant de l'amende se révélait délicate car les lignes directrices appliquées étaient, pour la plus grande partie des affaires en cause, celles de 1998 (lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA, JOCE 14 janv. 1998, n° C 9). Au sein de ces premières lignes directrices, l'approche du montant de départ était forfaitaire, selon la nature de l'infraction (I, A). Contrairement aux lignes directrices de 2006, le montant de départ n'était donc pas basé, en principe, sur le chiffre d'affaires des entreprises sur le marché en cause. Or, si l'estimation du montant de départ, sur la base des premières lignes directrices, procédait d'une approche non arithmétique, la défalcation de certains éléments liés à la gravité de l'infraction demeurerait imprécise. L'affaire des *Tubes sanitaires en cuivre* l'illustre.

77. Dans cette affaire, ce n'est que par une estimation, de l'aveu même de la Commission, que cette dernière a pu déduire les éléments de preuves nouveaux présentés par l'entreprise KME. En effet, la Commission a considéré que « [l]a référence à retenir pour cette réduction est l'importance relative du secteur des tubes gainés par rapport aux tubes sanitaires en cuivre nus. Sur la base de ce critère, et sans procéder à un calcul mathématique précis, le montant de base de l'amende doit être réduit d'une somme forfaitaire de 7,93 millions d'euros » (Déc. Comm. CE, 3 sept. 2004, Tubes sanitaires en cuivre, consid. 761).

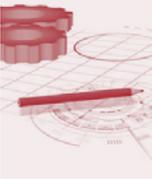
78. Si les lignes directrices de 2006 permettent désormais d'exclure du calcul du montant de départ des produits ou des marchés relatifs à l'infraction, elles ne garantissent pas non plus que tout élément de preuves supplémentaires puisse être parfaitement défalqué du montant de base. Il en serait ainsi d'une entreprise apportant des nouveaux éléments relatifs à une composante de l'infraction en cause, ce que la Commission refuse pour l'heure de récompenser (Déc. Comm. CE, 20 oct. 2005, Tabac brut italien, consid. 496). Or, au sens des lignes directrices de 2006, si la valeur des ventes n'est pas impactée par ces éléments (pt. 13), il pourrait être proposé de récompenser l'entreprise par une proportion, appliquée sur la valeur de ses ventes, moindre que celles des autres entreprises impliquées (*contra.*, Av. gén. Kokott sous CJUE, 24 mai 2012, aff. C-441/11 P, Commission c/ Verhuizingen Coppens NV, pt. 66).

79. En deuxième lieu, la défalcation d'une partie de la durée totale de l'infraction de l'amende infligée à l'entreprise ne semble pas présenter de difficulté majeure. En vertu des lignes directrices de 1998, le montant de départ était généralement augmenté de 10 % par année d'infraction (I, B), alors que celles de 2006 prévoient que le montant de départ doit être multiplié par le nombre d'années d'infractions (pt. 24). En effet, bien que l'élément temporel de l'infraction soit différemment pris en compte par les lignes directrices de 1998 et celles de 2006, la prise en compte de la durée, et, le cas échéant, sa défalcation, procède en principe d'un calcul purement mathématique.

80. La défalcation d'éléments liés à la durée a bien fonctionné lors de l'application de la circonstance atténuante de la coopération en dehors de la clémence. Ainsi, dans la décision *Acide monochloracétique*, sous prétexte du principe d'équité, la Commission a accordé à Akzo cette circonstance atténuante. Mais cette dernière a eu, pour effet, de réduire le montant de l'amende qui aurait dû être infligée pour la période de huit mois concernée « à zéro » (Déc. Comm. CE, 19 janv. 2005, Acide monochloracétique, consid. 318). De même, dans la décision *Raccords*, la Commission a récompensé Frabo par la réduction d'un montant forfaitaire de 1,6 millions d'euros pour coopération effective en dehors du champ d'application de la communication de 1996. Cette somme correspond – d'après les estimations ci-dessous – au montant hypothétique de l'amende qui lui aurait été infligée au titre d'une infraction d'une durée de trois ans (Déc. Comm. CE, 20 sept. 2006, *Raccords*, consid. 825 et 826).

AFFAIRE RACCORDS				
Frabo				
Application de la réduction en dehors de la communication				
montant de départ (M €)	durée + 10 %/an (7,5 ans)	montant de base	coopération en dehors de la clémence	montant ajusté
5,5	+ 75 %	9,6	- 1,6	8
5,5	(4,5 ans)	8		8
	+ 45 %			

81. Encore, dans l'affaire des *Peroxydes organiques*, au lieu de 6 ans et demi, c'est une durée de 29 ans que la coopération d'Atochem a permis de faire constater. Or, le tableau ci-dessous permet de constater d'emblée qu'en l'absence de la réduction sur l'assiette (90,56), l'entreprise aurait été *in fine* théoriquement gagnante à ne pas demander la réduction finale au titre de la



clémence (86,63). De surcroît, ces informations lui ont valu une large réduction de 94,19 millions d'euros, qui représente quasiment la majoration de l'amende au titre de la durée rectifiée (Déc. Comm. CE, 10 déc. 2003, Peroxydes organiques, consid. 493 à 496). En outre, la réduction a pris en compte la majoration au titre de la récidive, retenue au stade de l'ajustement du montant de base, de sorte que la récidive ne soit réellement appliquée qu'au montant de base, tel que rectifié.

AFFAIRE PEROXYDES ORGANIQUES							
Atochem							
Absence de demande de réduction au titre de la communication sur la clémence							
montant de départ (M €)	majoration dissuasive (+ 100 %)	durée (6,5 ans)	montant de base	montant ajusté (+ 50 %)			montant final
17,5	35	+ 65 %	57,75	86,63			86,63
Demande de réduction et inapplication de la réduction en dehors de la communication							
montant de départ (M €)	majoration dissuasive (+ 100 %)	durée (29 ans)	montant de base	montant ajusté (+ 50 %)		réduction clémence	montant final
17,5	35	+ 245 %	120,75	181,13		- 50 %	90,56
Demande de réduction et application de la réduction en dehors de la communication							
montant de départ (M €)	majoration dissuasive (+ 100 %)	durée (29 ans)	montant de base	montant ajusté (+ 50 %)	coopération en dehors de la clémence	réduction clémence	montant final
17,5	35	+ 245 %	120,75	181,13	- 94,19	- 50 %	43,47
17,5	35	(6,5 ans)	57,75	86,63			
		+ 65 %					

82. Aussi est-il clair que, si la Commission n'a pas reconnu la réduction de l'assiette au sein de la communication de 1996, elle l'a néanmoins admise dans plusieurs décisions dans le cadre d'une circonstance atténuante tirée de la coopération en dehors de la clémence. Cette récompense apporte *in fine* la même satisfaction aux entreprises.

83. S'agissant de la circonstance de la coopération effective en dehors du champ d'application de la communication de 1996, la Commission a apporté des précisions sur son application. À cet égard, elle considère qu'« *il est de jurisprudence constante qu'elle ne peut entrer en ligne de compte que dans les situations où, pour l'une ou l'autre raison, la communication sur la clémence n'est pas applicable mais* [citant CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-297/98 P, SCA Holding c/ Commission, pt. 36] *que le comportement de l'entreprise en cause a permis à la Commission de constater l'existence d'une infraction avec moins de difficulté et, le cas échéant, d'y mettre fin* » (Déc. Comm. CE, 3 déc. 2003, Produits à base de carbone et de graphite pour applications électriques et mécaniques, consid. 315).

84. En d'autres termes, c'est en raison de l'absence de disposition au sein de la communication de 1996 que des réductions ont pu être accordées au titre de la coopération effective en dehors du champ d'application de la communication. Or, si la réduction de l'assiette du montant de base a été prévue au sein des communications de 2002 ou de 2006, la Commission n'a pas pour autant mis totalement fin à sa pratique antérieure. En particulier, une entreprise s'est vu accorder une réduction pour sa coopération en dehors de la clémence au lieu, selon elle, d'une réduction de l'assiette du montant de base (Déc. Comm. UE,

30 juin 2010, Acier de précontrainte, consid. 1011 et 1012 ; Recours, 14 sept. 2010, aff. T-399/10, ArcelorMittal España c/ Commission). La même forme de récompense a été attribuée à une autre entreprise pour avoir donné à la Commission des éléments permettant de retenir une durée supplémentaire (Déc. Comm. UE, 7 déc. 2011, Compresseurs frigorifiques, consid. 85). En l'absence de données disponibles, il est difficile de comprendre, dans ces deux affaires, la raison pour laquelle la Commission a mystérieusement considéré que ces éléments, qui pourtant renforceraient la durée ou la gravité de l'infraction, ne renaient pas dans le champ de la réduction de l'assiette du montant de base.

85. Enfin, contrairement aux réductions accordées au titre des circonstances atténuantes en dehors de la communication de 1996, ces deux récentes réductions ont été exprimées en pourcentages. Or, ces réductions, plus précisément de l'ordre de 15 % (Déc. Comm. UE, 30 juin 2010, Acier de précontrainte, consid. 1011 et 1012) et de 18 % (Déc. Comm. UE, 19 oct. 2011, Verres pour tubes cathodiques, consid. 91 ; Déc. Comm. UE, 7 déc. 2011, Compresseurs frigorifiques, consid. 85), ne semblent pas représenter pour ces entreprises la défalcation de l'aggravation réelle de l'amende du fait de leurs apports d'éléments nouveaux, à leur avantage ou non.

B. – La réduction dans le cadre de la communication sur la clémence

86. Forte des enseignements tirés des décisions *Peroxydes organiques*, *Acide monochloracétique* et *Raccords*, la Commission a procédé à la « codification » de la réduction de l'assiette dans le cadre de la communication de 2002. En 2006, cette réduction a été révisée par la Commission lors de sa troisième communication, en son point 26, dernier paragraphe.

87. Il faut relever, en premier lieu, que l'on recense moins de décisions qui appliquent des réductions pour des éléments liés à la gravité de l'infraction que pour la durée de celle-ci et ce, quelle que soit la communication ou les lignes directrices applicables. Ainsi, dans l'affaire *DRAM*, Samsung a reçu une amende dans laquelle la valeur des ventes retenue a été réduite aux produits dont la Commission avait connaissance. En d'autres termes, elle a exclu les produits qu'elle n'avait pu constater qu'au moyen des informations fournies par l'entreprise (Déc. Comm. UE, 19 mai 2010, *DRAM*, consid. 118). Par ailleurs, dans la décision *Installations sanitaires pour salles de bains*, ont été soustrait de la valeur des ventes d'une entreprise, aux fins de la réduction de l'assiette de l'amende, des faits concernant des articles vendus dans certains pays ou certains produits inconnus de la Commission (Déc. Comm. UE, 23 juin 2010, *Installations sanitaires pour salles de bains*, consid. 16 du résumé).

88. Dans la décision *DRAM*, il est impossible d'évaluer précisément le gain retiré par Samsung, en l'absence de données relatives aux chiffres d'affaires des entreprises, lesquelles sont partiellement confidentielles. Les informations disponibles, c'est-à-dire la fourchette de la valeur des ventes des produits *RAMBUS*, nous permettent d'évaluer – dans le tableau ci-dessous – que cet ajustement a pu permettre à Samsung d'échapper à une amende supplémentaire allant jusqu'à environ 23 millions d'euros (Déc. Comm. UE, 19 mai 2010, *DRAM*, consid. 95, 101, 104, 106, 107, 112, 117 et 118).

La réduction de l'assiette du montant de base dans la clémence : une troisième voie en trompe l'œil ?

AFFAIRE DRAM							
Samsung							
Demande de réduction et inapplication de la réduction sur l'assiette							
valeur des ventes DRAM (M €)	taux (16 %)	durée (x 3,92)	droit d'entrée (16 %)	montant de base	montant ajusté (+ 10 %)	réduction clémence et transaction	montant final
215,409	34,47	135,11	34,46	169,57	[215,17-234,27]	- 28 %	[154,9-168,67]
+ RAMBUS (M €)	[12-20]	durée (x 1,17)	[12-20]	[26,04-43,4]			
[75-125]		[14,04-23,4]					
Demande de réduction et application de la réduction sur l'assiette							
valeur des ventes DRAM (M €)	taux (16 %)	durée (x 3,92)	droit d'entrée (16 %)	montant de base	montant ajusté (+ 10 %)	réduction clémence et transaction	montant final
215,409	34,47	135,11	34,46	169,57	186,53	- 28 %	145,72

89. Malgré le faible nombre de décisions évoquant la réduction de l'assiette du montant de base relative à la gravité de l'infraction, l'intérêt de cette réduction n'en demeure pas moins. Tout d'abord, la valeur des ventes, au sens des lignes directrices de 2006, est le point de départ de la Commission. C'est sur cette valeur des ventes qu'elle s'appuie pour affiner le montant de l'amende infligée à une entreprise. Cette réduction diminuant le montant de départ, elle peut avoir des conséquences considérables sur le montant final infligé. Ensuite, contrairement à la réduction au titre de la durée, il est permis de penser, en l'absence de données disponibles, que la prise en compte de la réduction au titre de la gravité peut être double. En effet, cette réduction agit sur la valeur des ventes pour le montant de départ et, le cas échéant, sur la valeur des ventes retenue pour le droit d'entrée.

90. En second lieu, la Commission a appliqué, à plusieurs reprises, la réduction de l'assiette au titre de la durée. Dans l'affaire du *Caoutchouc butadiène-nitrile*, la Commission a accordé à LPL une réduction au titre de l'assiette du montant de base, en abaissant le coefficient multiplicateur de son infraction au titre de la durée de 2 à 0,5. Il en résulte, selon nos estimations, que cette diminution de l'assiette de l'amende a permis à l'entreprise d'économiser au total 5,37 millions d'euros.

AFFAIRE CAOUTCHOUC BUTADIÈNE-NITRILE						
Zeon						
Demande de réduction et inapplication de la réduction sur l'assiette						
valeur des ventes (M €)	taux (16 %)	durée (x 2)	droit d'entrée (16 %)	montant de base	réduction clémence (- 20 %)	total
28	4,48	8,96	4,48	13,44	- 2,69	10,73
Demande de réduction et application de la réduction de l'assiette						
valeur des ventes (M €)	taux (16 %)	durée (x 0,5)	droit d'entrée (16 %)	montant de base	réduction clémence (- 20 %)	total
28	4,48	2,24	4,48	6,7	- 1,34	5,36

91. De même, dans l'affaire LCD, la Commission a considéré que LPL avait fourni des informations sur la durée de l'infraction, in-

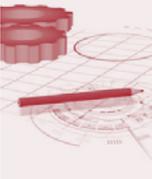
connues de ses services, lesquelles pouvaient jouer négativement sur le montant de son amende (Déc. Comm. UE, 8 déc. 2010, LCD, consid. 418, 464 à 468). Selon nos estimations issues de cette décision partiellement confidentielle, le montant de la réduction s'élève à 8 millions d'euros pour une durée supplémentaire de seulement un mois.

AFFAIRE LCD				
LPL				
Inapplication de la réduction sur l'assiette				
valeur des ventes (M €)	taux (16 %)	durée (x 4,25)	droit d'entrée (16 %)	montant de base
521	83,4	354,6	83,4	438
Application de la réduction de l'assiette				
valeur des ventes (M €)	taux (16 %)	durée (x 4,16)	droit d'entrée (16 %)	montant de base
521	83,4	346,6	83,4	430

92. En application des lignes directrices de 2006, il n'est guère difficile d'imaginer les conséquences pécuniaires pour des durées extrêmement longues, comme cela a été le cas dans la décision *Phosphates pour l'alimentation animale* (Déc. Comm. UE, 20 juill. 2010, Phosphates pour l'alimentation animale, consid. 330 à 333, 348, 352 et 353). Dans cette affaire, Tessengerlo avait donné des éléments de preuves permettant à la Commission d'établir que l'entente avait débuté 20 ans plus tôt. Pour avoir fourni ces éléments, la Commission a récompensé l'entreprise par une réduction d'environ 267 millions d'euros.

AFFAIRE PHOSPHATES POUR L'ALIMENTATION ANIMALE				
Tessengerlo				
Inapplication de la réduction sur l'assiette				
valeur des ventes (M €)	taux (17 %)	durée (x 35)	droit d'entrée (17 %)	montant de base
77,805	13,23	463,05	13,23	476,28
Application de la réduction de l'assiette				
valeur des ventes (M €)	taux (17 %)	durée (x 14,83)	droit d'entrée (17 %)	montant de base
77,805	13,23	196,15	13,23	209,38

93. Ainsi qu'il a été précédemment démontré, la réduction de l'assiette sur la durée de l'infraction peut, même à l'échelle d'un seul mois, avoir une répercussion très importante sur le calcul de l'amende. Or, le critère de la durée, affiné au mois dans le cadre de la réduction de l'assiette du montant de base, est interprété beaucoup plus largement dans le cadre des lignes directrices. Si la réduction de l'assiette de la durée est inférieure à six mois ou à une année, il est possible, en application des lignes directrices de 2006, que la Commission arrondisse à une demi-année ou à une année complète (pt. 24). Partant, le bénéfice de la réduction de l'assiette pourrait, dans certains cas, être diminué ou annihilé par une prise en compte stricte de la durée au titre des lignes direc-



trices de 2006. Force est de constater que la réduction de l'assiette nécessite, aux fins de sa bonne application, une prise en compte de la durée au mois, et non au semestre ou à l'année, comme dans les lignes directrices de 2006.

94. En revanche, la réduction de l'assiette relative à la durée de l'infraction ne semble pas jouer sur la prise en compte du montant additionnel résultant du droit d'entrée (pt. 25). En effet, la Commission a très clairement indiqué que ce montant additionnel est indépendant de la durée de l'infraction (Déc. Comm. CE, 23 janv. 2008, Caoutchouc butadiène-nitrile, consid. 221).

95. Enfin, il faut observer, d'une part, que les entreprises qui apportent des éléments de preuve justifiant une réduction de l'assiette sont, généralement, les premiers demandeurs « à fournir une valeur ajoutée significative » dans le cadre de la réduction finale au titre de la clémence (communication de 2006, pts. 24 et 26). En d'autres termes, la réduction de l'assiette du montant de base est souvent accordée à l'entreprise bénéficiaire de la première fourchette de réduction du montant de base ajusté (pt. 26), ce qui est logique du point de vue de la condition d'antériorité.

96. Dans ce cumul de réductions, il y a lieu de relever, d'autre part, que les entreprises obtiennent généralement le maximum du taux de réduction finale, à l'intérieur de la première fourchette de réduction (pour des réductions maximales de 50 %, Déc. Comm. CE, 11 mars 2008, Services de déménagements internationaux, consid. 611, 614 à 616 ; Déc. Comm. UE, 20 juill. 2010, Phosphates pour l'alimentation animale, consid. 352 et 353 ; Déc. Comm. UE, 8 déc. 2010, LCD, consid. 463 ; Déc. Comm. UE, 28 mars 2012, Transit, consid. 27 et 29 du résumé). Toutefois, les entreprises de la deuxième ou troisième fourchette ne bénéficient pas forcément du maximum du taux de réduction finale (pour une réduction minimale dans le cadre de la deuxième fourchette, Déc. Comm. CE, 23 janv. 2008, Caoutchouc butadiène-nitrile, consid. 214 et 217 ; pour une réduction inférieure à 20 % dans le cadre de la troisième fourchette, Déc. Comm. UE, 19 mai 2010, DRAM, consid. 117 et 118). Enfin doit-on préciser qu'en application de cette méthodologie, l'effet de la réduction finale au titre de la clémence devient moins intéressant pour les entreprises, en ce que cette réduction établie en pourcentages s'applique à un montant diminué par la réduction de l'assiette du montant de base.

CONCLUSION

97. Moins connue que la réduction finale de l'amende au titre de la clémence, la réduction de l'assiette du montant de base est pourtant d'une grande importance afin de garantir le succès du programme de clémence de la Commission.

98. Pour la Commission, cette réduction permet de toujours maintenir un intérêt à la clémence pour les entreprises au stade de la réduction, donc de requérir le maximum d'éléments de preuves et, potentiellement, de procéder à un calcul de l'amende plus juste. Pour l'entreprise, c'est l'opportunité d'être récompensée de l'apport d'éléments précieux, d'éviter que le choix de la clémence ne la place dans une situation plus délicate qu'en l'absence de coopération et de moins hésiter, le cas échéant, à présenter tous

les éléments en sa possession (Déc. Comm. CE, 19 janv. 2005, Acide monochloroacétique, consid. 418).

99. En outre, la pratique décisionnelle de la Commission concernant la réduction de l'assiette de l'amende, retenue dans plus d'une quinzaine de décisions, est désormais bien établie. Certes, cette réduction n'a été jusqu'ici que peu discutée devant les juridictions de l'Union. Celles-ci ont néanmoins validé son principe.

100. Par ailleurs, la réduction de l'assiette de l'amende semble encore présenter des difficultés dans ses conditions et dans son application. À cet égard, la modification du libellé de cette réduction dans la communication de 2006 n'apportera pas, à notre sens, la clarté et la prévisibilité attendues. Dans un arrêt, nous avons mentionné le contrôle strict du Tribunal relatif aux conditions de la réduction et souhaitons que cette position soit maintenue dans son contrôle de la communication de 2006 (*contra.*, Barbier de la Serre É, Amendes : lorsque faute avouée n'est pas pardonnée, obs. sous Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-370/06, Kuwait Petroleum et a. c/ Commission, RLC 2013/34, n° 2231).

101. Concernant la mise en œuvre de la réduction, la Commission a pu continuer d'accorder des réductions mais ce, en dehors de la communication de la clémence. Il pourrait s'agir d'une forme d'aveu de la part de la Commission, parfois dans l'impossibilité de corriger le montant de base de l'entreprise. À cet égard, la révision de la réduction au point 26 de la communication de 2006 confère une acuité renouvelée à la question de la récompense de l'entreprise, candidate à la réduction au titre de la clémence, qui permettrait à la Commission de démontrer la durée totale de l'infraction.

102. Il est cependant permis de se demander si – animée par la volonté de récompenser le moindre élément nouveau apporté par une entreprise – la Commission ne va pas un peu trop loin. En d'autres termes, au lieu de récompenser par une réduction de l'assiette de l'amende certaines entreprises, la Commission ne pourrait-elle pas se montrer plus exigeante envers les demandeurs à l'immunité ?

103. Ceci aurait pu être le cas dans la décision relative aux *Phosphates pour l'alimentation animale*. Dans cette affaire, Tessengerlo a bénéficié d'une réduction substantielle de l'assiette de l'amende et ce, pour avoir avoué à la Commission qu'elle avait précédemment démarré l'infraction avec Yara Phosphates. Or, cette dernière entreprise s'est vu préalablement accorder l'immunité totale d'amende. Mais puisque la bénéficiaire de l'immunité disposait vraisemblablement des preuves relatives à la période en question, la Commission n'aurait-elle pas pu directement les lui demander ?

104. Certes, Yara Phosphates a obtenu l'immunité du seul fait d'avoir permis à la Commission « d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée » (communication de 2002, pt. 8, a)), mais non pour avoir fait « constater » l'infraction (pt. 8, b)). Il est clair que la Commission ne souhaite pas être trop exigeante envers les demandeurs à l'immunité, d'où la possibilité moins contraignante pour celles-ci d'obtenir l'immunité en vertu du point 8, a) de la communication. L'objectif premier du programme de clémence réside moins dans la collecte de preuves relatives à l'entente que dans la détection de l'entente elle-même. ■

Le bras de fer entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit

L'autorisation de la vente en ligne de médicaments a donné lieu à une singulière confrontation entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence. En optant pour une ouverture extrêmement contraignante pour les pharmaciens et peu avantageuse pour les consommateurs, malgré les recommandations et un avis défavorable de l'Autorité, le Gouvernement a pris le risque d'une remise en cause au contentieux de son dispositif réglementaire et ouvert la voie à une réflexion d'ampleur sur une refonte de la distribution de médicaments en France.



Par Olivier CAVÉZIAN

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Chevalier Péricard Connesson
& Associés



Et Marie-Sophie MERCIER

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Chevalier Péricard Connesson
& Associés

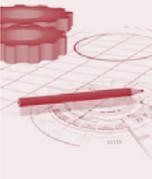
→ RLC 2431

Au cours des dernières années, la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a été marquée par deux sujets d'importance : le développement du commerce électronique et l'application des règles de concurrence au secteur pharmaceutique. Ces deux thématiques, jusqu'à récemment indépendantes, ont fini par se croiser à l'occasion de deux consultations pour avis de l'Autorité par le Gouvernement sur des projets de textes réglementaires ayant notamment pour objet d'encadrer l'introduction d'un dispositif réglementaire autorisant la vente en ligne de médicaments d'automédication en France.

Les textes concernés étaient un projet d'ordonnance (le *Projet d'ordonnance*) et un projet de décret (le *Projet de décret*) visant à transposer en droit français la directive n° 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive n° 2011/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (la *Directive n° 2011/62/UE*), ainsi qu'un projet d'arrêté de la ministre des affaires sociales et de la santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique (le *Projet d'arrêté*). L'article L. 462-2 du code de commerce obligeant le Gouvernement à consulter l'Autorité sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un mar-

ché à des restrictions quantitatives, ces trois textes ont été soumis à l'Autorité avant leur adoption définitive.

L'Autorité a analysé le *Projet d'ordonnance* et le *Projet de décret* dans son avis n° 12-A-23 du 13 décembre 2012 (l'*Avis n° 12-A-23*), dans lequel elle a formulé un certain nombre de recommandations dont le Gouvernement a fait peu de cas pour l'élaboration de la version définitive de ces deux textes, adoptés dans les deux semaines qui suivirent l'*Avis*. Le *Projet d'arrêté* a quant à lui été analysé par l'Autorité dans son avis n° 13-A-12 du 10 avril 2013 (l'*Avis n° 13-A-12*). Chose relativement exceptionnelle, l'Autorité a rendu un avis défavorable sur le *Projet d'arrêté*, celui-ci contenant un ensemble de dispositions particulièrement restrictives dont l'accumulation conduisait à créer un cadre extrêmement contraignant et limitatif. Pour l'Autorité, l'accumulation de ces restrictions avait pour conséquence de brider toute initiative commerciale pour la vente en ligne de médicaments. Si le Gouvernement a finalement tenu compte des principales préoccupations exprimées par l'Autorité à cet égard, certaines dispositions considérées par l'Autorité comme des obstacles à la mise en œuvre de l'ouverture de la vente en ligne de médicaments d'automédication ont néanmoins été conservées dans l'*arrêté* du 20 juin 2013.



L'examen et l'adoption du nouveau dispositif réglementaire ont donc occasionné une singulière partie de bras de fer sur fond d'ouverture à une plus grande concurrence de la distribution de médicaments en France, le volontarisme de l'Autorité pour le développement de la vente en ligne se heurtant invariablement à la détermination du Gouvernement à n'ouvrir qu'au minimum ce mode de distribution.

Ainsi, dans ses deux avis, l'Autorité a confirmé l'approche traditionnellement retenue en matière de vente en ligne, ses recommandations pour la suppression des obstacles au développement du commerce en ligne de médicaments se fondant sur une rigoureuse interprétation du droit positif (I). Pour sa part, le Gouvernement a fait le pari d'une ouverture du commerce en ligne de médicaments manifestement trop stricte, ce qui lui a déjà valu un premier recadrage de la part du Conseil d'État (II). L'Autorité, loin de baisser les armes, a lancé concomitamment une réflexion sur une refonte du système de distribution au détail de médicaments en France, incluant notamment la suppression du monopole officiel (III).

I – LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ POUR LA SUPPRESSION DES OBSTACLES AU DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE EN LIGNE DE MÉDICAMENTS SE FONDENT SUR UNE STRICTE INTERPRÉTATION DU DROIT POSITIF

Dans ses Avis n^{os} 12-A-23 et 13-A-12, l'Autorité a examiné les projets de texte qui lui étaient soumis en retenant, dans son analyse, une approche parfaitement orthodoxe (A). À cette occasion, l'Autorité donne un nouvel élan aux principes énoncés à l'occasion de l'affaire *Pierre Fabre* à propos de la vente en ligne de produits cosmétiques (B).

A. – L'Autorité a mené une analyse tout à fait classique des projets de textes sur lesquels elle était consultée

Loin d'opérer une révolution copernicienne qui aurait pu expliquer la frilosité du Gouvernement à suivre ses recommandations, l'Autorité s'est contentée d'examiner les conditions d'ouverture du commerce en ligne de médicaments à l'aune du droit positif. En pratique, dans son Avis n^o 12-A-23 relatif au Projet d'ordonnance et au Projet de décret, l'Autorité a analysé les restrictions relatives à l'accès et au champ du commerce en ligne de médicaments (1) pour ensuite, à l'occasion de l'examen du Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques, étudier dans son Avis n^o 13-A-12 les modalités concrètes de la vente en ligne de médicaments (2).

1) L'examen des restrictions relatives à l'accès et au champ du commerce en ligne (Avis n^o 12-A-23)

Dans son Avis n^o 12-A-23, l'Autorité analyse le modèle retenu par le Gouvernement avant d'identifier d'importantes restrictions de concurrence dans les projets de textes sur lesquels elle était consultée.

- Le modèle « *click and mortar* » retenu par le Gouvernement

Avant d'analyser les principales restrictions de concurrence qu'elle a pu identifier, l'Autorité s'attache, dans une partie intitulée « *Remarques générales* », à examiner le modèle retenu par le Gouver-

nement pour l'ouverture de la vente de médicaments au commerce en ligne.

Le Projet d'ordonnance disposait que la vente en ligne ne pourrait intervenir qu'à partir du site Internet d'une officine existante. Ce principe, qui repose sur une conception d'Internet comme le prolongement virtuel de l'officine physique, équivaut à interdire les « *pure players* », en faveur du modèle dit « *click and mortar* ».

En approuvant dans son Avis n^o 12-A-23 ce système de « *click and mortar* » pour la distribution des médicaments non soumis à prescription, l'Autorité a appliqué à ces dispositions réglementaires les principes érigés en matière contractuelle dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne (les *Lignes directrices*). En effet, les Lignes directrices admettent la limitation de l'accès des opérateurs à la vente en ligne par l'interdiction des « *pure players* », un fournisseur pouvant exiger la présence d'un point de vente physique, notamment dans le cadre d'un réseau de distribution sélective (*Lignes directrices*, pts. 52 et s.).

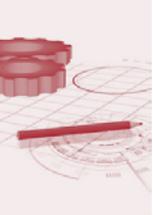
Les dispositions réglementaires imposant aux pharmaciens qui souhaitent proposer des médicaments à la vente en ligne de disposer d'une officine physique, sont donc logiquement admises par l'Autorité. Cependant, pour cette dernière, en choisissant ce modèle dual du site Internet comme extension d'une officine, le Gouvernement garantit d'ores et déjà la prise en compte des considérations de santé publique et de sécurité sanitaire propres au secteur pharmaceutique. En conséquence, toutes les restrictions supplémentaires imposées aux pharmaciens ne seront pas justifiées au regard de ces objectifs.

On notera également que pour admettre le modèle « *click and mortar* » pour la vente de médicaments, l'Autorité est notamment partie du postulat que si les pharmaciens n'auront pas la possibilité de profiter des économies de coûts attendus des modèles dits « *pure players* », ils pourront néanmoins obtenir des économies de coûts par d'autres moyens, notamment en proposant des prix plus bas en ligne que dans les officines physiques (Avis n^o 12-A-23, pt. 61). Toutefois, le Projet d'arrêté, dont l'Autorité sera saisie pour avis quelques mois plus tard, infirmera ce postulat en imposant aux pharmaciens de nombreuses contraintes qui ne leur permettront pas de baisser les prix des médicaments vendus sur Internet (voir *infra*).

- L'obligation d'opérer à partir d'une officine autorisée en France

L'Autorité a rappelé qu'afin d'être conforme au droit communautaire, la réglementation française ne pouvait avoir pour effet de réserver la vente en ligne de médicaments sur le territoire français aux seules officines françaises, mais devait être ouverte aux opérateurs légalement installés dans d'autres États membres. En effet, la réglementation européenne réserve déjà la vente en ligne des médicaments aux personnes qui sont autorisées à vendre des produits pharmaceutiques au public dans leur État membre d'établissement.

Or, les Projets d'ordonnance et de décret ne précisaient pas les modalités selon lesquelles les opérateurs légalement installés dans d'autres États membres pourraient vendre en ligne des produits à des patients résidents en France. L'Autorité a donc invité le Gouvernement à s'assurer que ces opérateurs pourront accéder à la vente en ligne des médicaments vers le territoire français.



Le bras de fer entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit

<http://lamyline.lamy.fr>

- **La limitation de la vente en ligne aux seuls médicaments de médication officinale est excessive et injustifiée**

L'Autorité a critiqué la limitation du champ des médicaments qui peuvent faire l'objet d'une vente par Internet envisagée par le Gouvernement. En effet, le Projet d'ordonnance limitait la vente en ligne aux seuls médicaments dits « *de médication officinale* », à savoir les médicaments en libre accès dans l'officine, ce qui excluait du champ de la vente sur Internet l'ensemble des médicaments situés derrière le comptoir de l'officine.

À cet égard, l'Autorité a relevé qu'une telle limitation n'était pas conforme à l'article 85 de la Directive 2011/62/UE qui n'impose pas de distinction entre les médicaments en libre accès et ceux situés derrière le comptoir de l'officine. Cela constitue donc une restriction supplémentaire par rapport au droit communautaire.

L'Autorité a noté en outre que la limitation aux seuls médicaments de médication officinale donnait *in fine* un certain contrôle aux laboratoires pharmaceutiques sur ceux de leurs médicaments pouvant être vendus sur Internet. En effet, les médicaments en libre accès dans les officines sont listés par le directeur de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), qui procède à leur inscription suite à la demande du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché, à savoir le laboratoire producteur du médicament.

La position restrictive du Gouvernement a donc été logiquement critiquée par l'Autorité qui a recommandé que la distinction entre médicaments de médication officinale et médicaments en libre accès soit supprimée, afin que l'ensemble des médicaments non soumis à prescription puissent être commercialisés en ligne, tout en réservant la possibilité aux autorités sanitaires d'interdire au cas par cas la vente en ligne de certains médicaments précisément désignés pour des raisons objectives de santé publique. Cette recommandation n'a pas été suivie par le Gouvernement dans le texte finalement adopté.

- **Les interrogations de l'Autorité quant à l'obligation pour les pharmaciens de respecter des bonnes pratiques spécifiques à la vente en ligne**

Dans son Avis n° 12-A-23, l'Autorité a enfin relevé que le Gouvernement envisageait d'adopter par voie d'arrêté des bonnes pratiques auxquelles seront soumis les pharmaciens souhaitant vendre leurs produits en ligne. Anticipant sur les restrictions que le Gouvernement pourrait imposer aux pharmaciens par le biais de ces bonnes pratiques, l'Autorité a formulé des recommandations à cet égard et demandé à la ministre des Affaires sociales et de la Santé de la saisir sur le futur projet d'arrêté. L'Autorité a ainsi exprimé dans son Avis la crainte que les bonnes pratiques ne brident les avantages du commerce en ligne d'une manière excessive.

Rappelant que la liberté commerciale des pharmaciens est déjà limitée par les dispositions du Code de déontologie auquel ils sont soumis dans le cadre de leur activité, l'Autorité a tout d'abord précisé qu'une interprétation trop restrictive de ces dispositions dans le cadre du commerce en ligne défavoriserait les pharmacies françaises par rapport à leurs homologues européens, susceptibles d'atteindre par ce nouveau mode de commercialisation des résidents français, dans la mesure où les pharmaciens installés dans les autres États membres ne seront pas soumis à la réglementation française.

L'Autorité a ensuite indiqué qu'« *il est difficile d'anticiper ce que pourrait être la valeur ajoutée apportée par le futur arrêté ministériel* » (Avis n° 12-A-23, pt. 99) et recommandé que les bonnes pratiques n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la stricte transposition à la vente en ligne des dispositions du Code de déontologie des pharmaciens et, surtout, ne limitent pas la concurrence par les prix entre les différents sites de vente en ligne.

2) *L'examen des restrictions relatives aux modalités de vente en ligne (Avis n° 13-A-12)*

La porte relativement étroite ouverte au commerce en ligne par le Gouvernement en décembre 2012 va se refermer un peu plus avec le Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques sur lequel l'Autorité a rendu un avis défavorable.

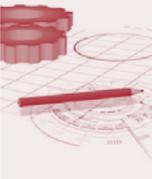
Le Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques prévoyait plusieurs mesures contraignantes pour les pharmaciens, de type tarifaire, administratif et logistique. En substance, il s'agissait de : (i) l'identité entre le prix en officine physique et le prix en ligne hors frais de livraison, (ii) une obligation d'autorisation du site Internet par l'ANSM, (iii) la création de deux sites distincts pour séparer la vente des médicaments de celle des produits cosmétiques, (iv) l'obligation pour le pharmacien d'utiliser les mêmes locaux de stockage des médicaments pour la vente en ligne et la vente physique et de préparer les commandes issues de la vente en ligne dans un espace dédié dans les locaux de l'officine uniquement, (v) l'obligation de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par les ventes en ligne concernant le nombre de pharmaciens devant être embauchés dans l'officine, (vi) l'interdiction de sous-traiter tout ou partie de l'activité de vente en ligne à un tiers, (vii) l'exclusion de tout lieu de livraison autre que le domicile du patient, (viii) la limitation des quantités achetées en ligne.

Pour l'Autorité, de telles contraintes sont de nature à limiter le développement du commerce en ligne par les officines et sont jugées excessives au regard de l'objectif de protection de la sécurité et de la santé publique poursuivi par le Projet d'arrêté.

Pour en arriver à cette conclusion, l'Autorité a là encore repris le raisonnement des Lignes directrices sur les restrictions verticales, en examinant les bonnes pratiques instaurées par le Projet d'arrêté au regard du principe d'équivalence. À cet égard, s'il est admissible d'imposer la présence d'un point de vente physique comme condition préalable à la vente en ligne, les modalités de vente en ligne doivent, elles, être équivalentes à celles requises pour la vente en dur, donc en officine. Cette exigence doit être appréciée au regard des principes de proportionnalité et de nécessité qui imposent que toute différence de conditions pour la vente en ligne par rapport à la vente en dur soit justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

L'Autorité a ainsi examiné les bonnes pratiques de dispensation de médicaments par voie électronique au regard du principe d'équivalence, estimant que le même degré de sécurité et de qualité devait être assuré entre commerce en ligne et officine physique, principe qui, pour l'Autorité, n'était pas satisfait en l'espèce.

À titre principal, et sans revenir dans le détail sur l'ensemble des restrictions analysées dans son Avis n° 13-A-12 (voir encadré), l'Autorité a rappelé que les règles applicables à la vente en officine s'appliquent déjà et de manière automatique à la vente en ligne



et qu'il n'est pas utile d'adopter des règles plus restrictives pour le commerce en ligne, la sécurité recherchée étant déjà atteinte. Partant, les nombreuses restrictions et obligations imposées aux pharmaciens pour la vente en ligne de médicaments constituent

autant d'entraves au développement du commerce en ligne de médicaments, dont la plupart ne sont pas justifiées par des exigences en matière de santé publique ou du moins ne sont pas proportionnées aux objectifs recherchés.

Avis n° 13-A-12 du 10 avril 2013

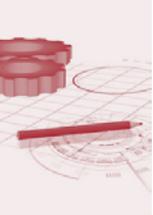
L'Autorité rend un avis défavorable sur le projet d'arrêté ministériel qui lui est soumis. Considérant qu'il n'est pas nécessaire que les règles imposées à la vente en ligne soient plus sévères que celles qui existent pour la vente en officine, l'Autorité condamne plusieurs dispositions du projet.

- **Sur l'organisation et le contenu des sites de vente en ligne :** l'Autorité condamne l'obligation de vendre médicaments et produits cosmétiques via deux sites distincts, ainsi notamment que l'interdiction des newsletters, de l'ouverture de forums, de référencement payant par des moteurs de recherche, du financement par un tiers de tout ou partie du site Internet.
- **Sur le prix :** l'Autorité condamne l'identité imposée entre le prix en officine physique et le prix en ligne hors frais de livraison, en ce qu'elle constitue une restriction contraire à la conception d'Internet comme un vecteur de concurrence par les prix.
- **Sur les médicaments pouvant faire l'objet du commerce électronique :** l'Autorité rappelle que la limitation du champ des médicaments ouverts à la vente en ligne constitue une restriction non justifiée et a fait l'objet d'une suspension par le Conseil d'État.
- **Sur le stockage :** l'obligation imposée aux pharmaciens d'utiliser les mêmes locaux de stockage pour la vente en officine et pour la vente en ligne est de nature à limiter le développement des pharmacies en ligne.
- **Sur la sous-traitance :** il convient de permettre aux acteurs de la chaîne d'approvisionnement d'effectuer certaines prestations de logistique en amont, qui peuvent déjà être effectuées par d'autres personnes que les pharmaciens.
- **Sur l'équipe officinale :** l'obligation de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par les ventes en ligne concernant le nombre de pharmaciens devant être embauché dans l'officine peut contraindre les pharmaciens à adapter de manière disproportionnée leur point de vente physique et engendrer des coûts élevés.
- **Sur le conseil pharmaceutique :** l'obligation pour le consommateur de remplir un questionnaire à chaque commande est excessive et inutile.
- **Sur les quantités maximales :** les limitations quantitatives concernant la délivrance de médicaments doivent être les mêmes en ligne qu'en officine.
- **Sur la livraison :** la limitation du lieu de livraison au domicile du patient est excessive et il convient de permettre la livraison en d'autres lieux.

Parmi les restrictions identifiées, certaines prennent d'ailleurs le contrepied des recommandations qui avaient été formulées en amont par l'Autorité dans son Avis n° 12-A-23. En effet, le Projet d'ordonnance prévoyait un système de déclaration préalable du site Internet, système qui a été pleinement approuvé par l'Autorité dans son Avis n° 12-A-23. L'Autorité a pourtant constaté, dans son Avis n° 13-A-12 sur le Projet d'arrêté, que le Gouvernement était revenu, dans les bonnes pratiques, sur le modèle initial en instaurant un système d'autorisation préalable du site Internet, ajoutant ainsi une restriction supplémentaire par rapport au Projet d'ordonnance sur lequel elle s'était prononcée. De la même manière, le Projet d'arrêté imposait une identité pour un même médicament entre le prix proposé en officine physique et le prix proposé sur le site Internet, hors les frais de livraisons. L'Autorité avait pourtant pris le soin, dans son précédent Avis, d'avertir le Gouvernement que le modèle de « *click and mortar* » retenu ne serait satisfaisant que dans la mesure où les pharmaciens pourraient réaliser des économies d'échelle, notamment en proposant des prix en ligne inférieurs à ceux affichés dans les officines (Avis n° 12-A-23, pt. 61). Aussi, l'identité de prix imposée par le Projet d'arrêté

réduit à néant les économies de coût qui auraient pu résulter du commerce en ligne des médicaments. Dans son Avis n° 13-A-12, l'Autorité a donc logiquement considéré cette limitation à la liberté tarifaire des pharmaciens comme excessive et injustifiée et relevé qu'elle n'était pas proportionnée à l'objectif de santé publique poursuivi, la surconsommation de médicaments pouvant être évitée par d'autres moyens.

En plus de ces dispositions diamétralement opposées aux recommandations qu'elle avait faites dans son premier Avis, l'Autorité a identifié dans le Projet d'arrêté de nombreuses autres restrictions de concurrence (obligation d'utiliser les mêmes locaux de stockage ; obligation de vendre médicaments et cosmétiques via deux sites distincts ; interdiction de la sous-traitance, notamment pour les activités logistiques...), auxquelles s'ajoutaient certaines contraintes excessives pour le consommateur (absence de droit de rétractation ; obligation de remplir un questionnaire préalable à chaque nouvelle commande...). C'est donc tout à fait logiquement que l'Autorité a rendu un avis défavorable sur le Projet d'arrêté encadrant les modalités de la vente en ligne de médicaments.



Le bras de fer entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit

<http://lamyline.lamy.fr>

B. – L'Autorité reprend pour la vente en ligne de médicaments la logique de libre circulation retenue dans l'affaire *Pierre Fabre* pour la vente en ligne de produits cosmétiques

En condamnant les restrictions de concurrence identifiées dans les textes régissant la vente en ligne de médicaments, l'Autorité a donné un nouvel élan aux solutions retenues dans l'affaire *Pierre Fabre*, dont les tenants étaient sous certains aspects relativement similaires (1). Ce faisant, l'Autorité a confirmé par ses deux Avis le lien étroit entre politique de concurrence et libertés de circulation qu'elle avait établi à l'occasion de l'affaire *Pierre Fabre* (2).

1) Les jalons posés par les autorités françaises et européennes dans l'affaire *Pierre Fabre*

Au regard de la pratique décisionnelle antérieure, les recommandations formulées par l'Autorité dans ses Avis n°s 12-A-23 et 13-A-12 semblaient inéluctables.

Les autorités françaises et européennes en avaient en effet déjà posé les jalons dans l'affaire *Pierre Fabre*, à propos de la vente de produits cosmétiques sur conseils d'un pharmacien, en érigeant le principe désormais bien établi selon lequel il est interdit pour un fournisseur d'interdire la vente en ligne à ses distributeurs.

Tandis que l'affaire *Pierre Fabre* concernait des dispositions contractuelles par lesquelles le fabricant interdisait à ses distributeurs, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, de vendre ses produits par Internet, les deux Avis de l'Autorité concernent des dispositions réglementaires visant à interdire aux pharmaciens la vente en ligne des médicaments non soumis à prescription mais situés derrière le comptoir de l'officine.

Dans les deux cas, l'Autorité a constaté dans un premier temps que la limitation ou interdiction au commerce en ligne constituait une restriction de concurrence par objet, avant de refuser dans un second temps de justifier la restriction par la nature du produit.

Dans son Avis n° 12-A-23, l'Autorité a ainsi rappelé le principe posé dans l'affaire *Pierre Fabre* par le Conseil de la concurrence à l'époque puis par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle dans cette même affaire, selon lequel l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs de vendre, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, ses produits en ligne constitue une restriction de concurrence par objet (Cons. conc., déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques ; CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques SAS*). C'est cette solution qu'a retenue la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 31 janvier 2013 (CA Paris, 31 janv. 2013, n° RG : 2008/23812, *Pierre Fabre*).

L'Autorité assimile ensuite la limitation du commerce en ligne aux seuls médicaments de médication officinale prévue par le Gouvernement à une restriction de concurrence par objet. L'Autorité considère en effet qu'en donnant aux producteurs le pouvoir d'empêcher le commerce en ligne en ne demandant pas l'inscription de leur produit sur la liste des médicaments en libre accès cette limitation réglementaire aurait finalement le « même effet qu'une interdiction contractuelle » (Avis n° 12-A-23, pt. 87).

À l'instar des solutions retenues dans l'affaire *Pierre Fabre* concernant les produits cosmétiques, dans ses deux Avis l'Autorité a refusé de voir dans la nature particulière des médicaments non soumis à prescription une justification suffisante pour l'interdiction de leur commercialisation en ligne.

L'Autorité a ainsi considéré que la limitation du champ des médicaments qui peuvent être vendus en ligne introduisait un « risque sérieux d'atteinte concurrentielle » dans le secteur pharmaceutique, en faisant dépendre le champ des médicaments ouverts à la vente en ligne aux producteurs ; une telle limitation n'étant pas justifiée au regard des impératifs de sécurité et de santé publique (Avis n° 12-A-23, pt. 88).

En outre, l'Autorité a considéré qu'une limitation au commerce en ligne pourrait être justifiée par les caractéristiques des produits vendus (Avis n° 13-A-12, pt. 86) et reconnu volontiers que les médicaments étaient des « produits particuliers » (Avis n° 13-A-12, pt. 99). Pourtant, la nature particulière des médicaments ne suffit pas à justifier la limitation du commerce en ligne aux seuls médicaments de médication officinale. En effet, pour l'Autorité, la limitation de l'activité de vente en ligne aux seuls pharmaciens déjà titulaires d'une officine et la délivrance des produits sous le contrôle d'un pharmacien garantissent déjà la sécurité des produits et la protection de la santé publique.

Dans ses deux Avis, l'Autorité a ainsi aligné le régime des médicaments non soumis à prescription sur celui des cosmétiques vendus sur conseil d'un pharmacien : qu'il s'agisse de produits cosmétiques ou de médicaments d'automédication (donc sans ordonnance), la nature du produit ne justifie pas la restriction par objet que constitue l'interdiction de vente en ligne.

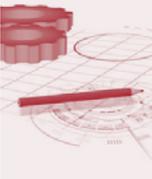
2) L'Autorité réaffirme le lien étroit entre politique de concurrence et libertés de circulation

L'analyse adoptée par l'Autorité dans les Avis commentés illustre le lien étroit entre le droit de la concurrence et le principe de liberté de circulation des marchandises prévu par les traités européens.

En effet, l'Autorité a examiné les restrictions de concurrence introduites par le Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation de médicaments par voie électronique au regard des tests de proportionnalité et de nécessité, qui sont ceux classiquement utilisés pour l'examen des entraves aux libertés de circulation.

En outre, dans le cadre de l'analyse concurrentielle des mesures introduites par le Gouvernement dans les différents projets concernés, l'Autorité a fait référence aux principes établis par la jurisprudence de la CJUE en matière de libertés de circulation. Par exemple, à propos de la vente par Internet de médicaments non soumis à prescription, la CJUE avait déjà eu l'occasion de rejeter les arguments tenant à la nature spécifique du produit au regard des libertés de circulation (CJCE, 11 déc. 2003, aff. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*). De même, dans l'affaire *Pierre Fabre* évoquée ci-dessus, la CJUE avait rejeté, au regard des libertés de circulation, les arguments tenant à la nécessité de préserver la qualité et assurer le bon usage des produits cosmétiques (CJUE, arrêt *Pierre Fabre* précité, pts. 41 à 44).

Cette approche consistant à analyser des restrictions de concurrence à l'aune des libertés de circulation est ainsi confirmée par l'Autorité dans les Avis n°s 12-A-23 et 13-A-12, ce qui n'est pas sur-



prenant dans la mesure où politique de concurrence et libertés de circulation poursuivent des objectifs communs, au premier rang desquels le renforcement de la compétitivité des entreprises.

En effet, comme l'a relevé l'Autorité dans son Avis n° 13-A-12, l'ensemble des mesures envisagées par le Gouvernement dans son Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques imposait aux officines un cadre beaucoup trop restrictif, ne leur permettant pas de concurrencer efficacement leurs concurrents européens et partant, constituait un frein à la compétitivité des pharmacies françaises dans le marché européen.

Ce lien étroit entre politique de concurrence et liberté de circulation régulièrement affirmé par les autorités de concurrence souligne le contraste avec l'approche choisie par le Gouvernement pour rédiger les textes transposant la Directive 2011/62/UE, dont les dispositions viennent finalement brider le développement de la vente des médicaments par Internet et, ce faisant, restreignent la compétitivité des pharmacies françaises.

II. – LE PARI RISQUÉ DU GOUVERNEMENT D'UNE OUVERTURE DU COMMERCE EN LIGNE DE MÉDICAMENTS TROP STRICTEMENT ENCADRÉE

Si l'analyse de l'Autorité est marquée par une ouverture plutôt libérale du commerce en ligne des médicaments d'automédication, l'approche finalement retenue par le Gouvernement pour transposer en droit français la Directive 2011/62/UE est nettement plus frileuse. Or, en choisissant d'ignorer nombre des recommandations faites par l'Autorité à l'issue des deux consultations, le Gouvernement fait courir un risque sérieux au système mis en place, risque qui s'est déjà manifesté à l'occasion d'un premier recadrage par le Conseil d'État (A). La légalité de ce système est également menacée par le fait qu'il contient en germe une rupture de l'égalité entre les pharmaciens français et leurs concurrents d'autres États membres, ces derniers apparaissant paradoxalement plus favorisés par le nouveau régime que les opérateurs nationaux (B).

A. – Le choix du Gouvernement de ne pas tenir compte des recommandations de l'Autorité a déjà conduit à un premier recadrage par le Conseil d'État

L'ordonnance du 19 décembre 2012 (Ord. n° 2012-1427, 19 déc. 2012, relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet et à la lutte contre la falsification de médicaments, JO 21 déc.), le décret du 31 décembre 2012 (D. n° 2012-1562, 31 déc. 2012, relatif au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet, JO 1^{er} janv. 2013) et l'arrêté du 20 juin 2013 (Arr. 20 juin 2013, relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, JO 23 juin) n'ouvrent qu'une porte étroite à la vente en ligne des médicaments d'automédication, le Gouvernement ayant choisi de ne pas tenir compte des recommandations formulées par l'Autorité (1). Les conséquences de ce double choix d'une ouverture à minima du commerce en ligne de médicaments et d'une émancipation par rapport aux résultats de consultations imposées par le Code de commerce n'ont pas tardé : en juillet 2013, le Conseil d'État a annulé certaines des dispositions qui avaient été introduites dans le Code de la santé publique par l'ordonnance du 19 décembre 2012 (2).

1) Le refus délibéré de suivre les recommandations de l'Autorité

Au vu des textes finalement adoptés par le Gouvernement, on peut se demander si ce dernier n'a pas consulté l'Autorité uniquement parce qu'il avait l'obligation légale de le faire au titre de l'article L. 462-2 du code de commerce, sans avoir l'intention de suivre les recommandations formulées par celle-ci.



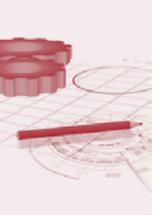
Si l'analyse de l'Autorité est marquée par une ouverture plutôt libérale du commerce en ligne des médicaments d'automédication, l'approche finalement retenue par le Gouvernement (...) est nettement plus frileuse.

La réticence du Gouvernement à prendre en compte les recommandations émises par l'Autorité dans son Avis n° 12-A-23 est d'une part illustrée par l'adoption de l'ordonnance autorisant le commerce en ligne de médicaments moins d'une semaine après que l'Autorité a rendu son avis, dans lequel cette dernière s'était d'ailleurs étonnée d'avoir été saisie si tardivement par rapport à la date butoir prévue par la Directive 2011/62/UE.

En effet, officiellement saisie le 4 décembre 2012 pour donner son avis sur deux textes devant impérativement transposer les dispositions de la Directive 2011/62/UE dans l'ordre juridique français avant le 2 janvier 2013, l'Autorité a rendu son Avis n° 12-A-23 moins de dix jours après sa saisine. Elle termine d'ailleurs son Avis en indiquant « qu'elle n'a été saisie que très tardivement de la demande d'avis concernant les deux projets de texte qui viennent d'être analysés » et prend le soin de préciser à cet égard que « dans ce contexte, elle n'a pas eu la possibilité de conduire une étude plus précise du secteur concerné » (Avis n° 12-A-23, pt. 107). Une fois l'Avis rendu, le gouvernement s'est quant à lui empressé d'adopter le texte final de l'ordonnance le 19 décembre 2012, suivi par celui du décret le 31 décembre 2012.

D'autre part, dans l'Avis n° 12-A-23, l'Autorité avait formulé à propos du Projet d'ordonnance plusieurs recommandations à l'attention du Gouvernement sur les futures bonnes pratiques devant préciser les modalités de la vente des médicaments par Internet. Elle avait d'ailleurs expressément demandé à être consultée sur le projet de texte qui les instaurerait. Pourtant, la lecture du Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques soumis pour avis à l'Autorité démontre que ses recommandations n'ont pas été prises en compte. Ainsi, comme cela a été développé précédemment, le régime d'autorisation du site Internet finalement retenu et le principe d'identité des prix en officine et sur Internet entrent en contradiction avec les précédentes recommandations de l'Autorité.

L'indifférence du Gouvernement, qui n'a pas jugé utile de suivre les recommandations de l'Autorité, tourne presque à la provocation à l'égard de cette dernière, le Projet d'arrêté interdisant la prise en charge des commandes passées sur le site d'une officine à un tiers en obligeant les pharmaciens à vendre leurs produits en ligne à partir du stock de leur officine uniquement. En effet, si les Projets d'ordonnance et de décret n'imposaient pas une telle restriction aux pharmaciens, le Projet d'arrêté est venu ajouter cette interdiction.



Le bras de fer entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit

<http://lamyline.lamy.fr>

tion, alors que l'Autorité avait considéré, dans son Avis n° 12-A-23, que la possibilité ouverte aux pharmaciens de déléguer par voie contractuelle la prise en charge des livraisons à des tiers tels que les grossistes, constituait un « *élément important d'animation de la concurrence* » (Avis n° 12-A-23, pt. 62). L'arrêté adopté le 20 juin 2013 maintient donc, pour le pharmacien souhaitant vendre des médicaments en ligne, des obligations logistiques contraignantes.

Aussi, aux termes de la réglementation aujourd'hui en vigueur, la préparation des commandes passées sur Internet ne peut se faire qu'au sein de l'officine, dans un espace dédié à cet effet, et le médicament doit être envoyé par l'officine elle-même, sous la responsabilité du pharmacien. Ces contraintes logistiques, couplées aux obligations administratives liées à la gestion des relations avec le cyber-patient, favorisent nécessairement les établissements les plus importants en termes de taille et de ressources par apport aux plus petites pharmacies qui se voient ainsi quasi-automatiquement privées de la possibilité de vendre sur Internet.

2) *L'annulation de certaines des dispositions qui avaient été introduites dans le Code de la santé publique par l'ordonnance du 19 décembre 2012*

Négligence du Gouvernement ou indifférence volontaire aux recommandations de l'Autorité, l'ouverture restreinte du commerce en ligne des médicaments a déjà été partiellement sanctionnée par le Conseil d'État.

En effet, saisi par un pharmacien d'une requête en référé-suspension, le Conseil d'État a, dans une ordonnance rendue le 14 février 2013, suspendu l'exécution de l'article L. 5125-34 du code de la santé publique limitant le champ des médicaments pouvant être vendus en ligne aux seuls médicaments de médication officinale, au motif de son incompatibilité au regard de la Directive 2011/62/UE (CE, ord., 14 févr. 2013, n° 365459). L'arrêt rendu au fond le 17 juillet 2013 a confirmé cette solution et ordonné la suppression de cette disposition (CE, 17 juill. 2013, n° 365317).

Dans son arrêt, le Conseil d'État rappelle l'état du droit de l'Union européenne qui ne retient que la distinction entre médicaments soumis à prescription et médicaments non soumis à prescription, posée par la jurisprudence *Doc Morris* de la Cour de justice (CJCE, 11 déc. 2003, aff. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*) et reprise dans la Directive 2011/62/UE. Le Conseil d'État en conclut logiquement que l'article L. 5125-34 du code de la santé publique, qui assure la transposition de cette Directive, n'est pas conforme au droit de l'Union européenne en ce qu'il introduit une distinction supplémentaire, au sein des médicaments non soumis à prescription, entre les médicaments de médication officinale et les médicaments situés derrière le comptoir de l'officine. Partant, le Conseil d'État ordonne la suppression de la limitation du champ du commerce en ligne intégrée dans le Code de la santé publique, permettant ainsi l'ouverture à la vente en ligne l'ensemble des médicaments non soumis à prescription.

Toutefois, dans cette affaire, le Conseil d'État n'a pas suivi jusqu'au bout le raisonnement qu'avait développé l'Autorité dans ses deux Avis et a rejeté certaines objections aux nouvelles dispositions du Code de la santé publique qui étaient également soulevées par le pharmacien requérant. La Haute juridiction administrative a notamment validé le régime d'autorisation préalable nécessaire pour

la création d'un site Internet, rejetant les moyens invoqués à propos du régime de déclaration préalable qui avait été recommandé par l'Autorité. De même, le Conseil d'État a également jugé que l'impossibilité de créer un site commun à plusieurs officines n'était pas incompatible avec les dispositions de la Directive 2011/62/UE.

Depuis ce premier arrêt, le Conseil d'État a été saisi d'un nouveau recours contre cette fois l'arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques, un pharmacien demandant la suppression des restrictions à la vente en ligne qu'il contient, et notamment l'impossibilité faite aux pharmaciens de se regrouper pour vendre en ligne et commercialiser leurs produits via une plate-forme commune (*Les Échos, Médicaments : une requête contre l'arrêté sur la vente en ligne devant le Conseil d'État*, 29 juill. 2013).

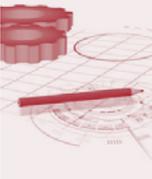
Le fait est que de nombreux obstacles au commerce en ligne des médicaments non soumis à prescription demeurent dans le dispositif réglementaire mis en place. Dans sa récente consultation publique sur la distribution du médicament en ville, qu'elle a publiée dans le cadre de son enquête sectorielle pour analyser le fonctionnement de la concurrence sur l'ensemble de la chaîne de distribution du médicament, l'Autorité relève d'ailleurs explicitement que l'arrêté du 20 juin 2013 introduit pour le cyber-pharmacien des obligations logistiques contraignantes avant de poser la question suivante aux opérateurs intéressés : « *Les contraintes administratives et logistiques issues des « bonnes pratiques », qui semblent peser plus lourdement sur les officines de petite taille ne constituent-elles pas une entrave à l'accès de ces officines au commerce en ligne et une limitation au développement du commerce en ligne ?* » (« *Comment dynamiser la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville ?* », Aut. conc., 10 juill. 2013, question 41 ; ci-après, le *Document de consultation publique*).

B. – Les risques de discrimination à rebours induits par la réglementation française

Si les principales recommandations émises par l'Autorité dans son Avis n° 13-A-12 sur les bonnes pratiques de dispensation des médicaments ont été suivies par le Gouvernement, ce dernier n'est pas allé aussi loin que l'Autorité et des restrictions demeurent dans l'arrêté du 20 juin 2013, mettant les officines françaises dans une situation défavorable par rapport aux officines des autres États membres.

Ainsi, dès son Avis n° 12-A-23 l'Autorité avertissait le Gouvernement de la nécessité de ne pas imposer aux pharmaciens de règles conduisant « à défavoriser les pharmaciens implantés sur le territoire national au profit des sites de commerce en ligne des médicaments légalement implantés dans l'Union européenne » (Avis n° 12-A-23, pt. 97). Ce risque de discrimination à rebours induit par des règles trop restrictives imposées aux pharmaciens a d'ailleurs été de nouveau souligné par l'Autorité dans son Avis n° 13-A-12 sur le Projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques (Avis n° 13-A-12, pt. 113).

Néanmoins, force est de constater que, dans l'arrêté du 20 juin 2013, le Gouvernement a conservé, malgré l'avis défavorable de l'Autorité, (i) l'interdiction de sous-traiter certaines activités liées à l'approvisionnement des produits, (ii) l'obligation de préparer les commandes dans un espace dédié de l'officine, (iii) l'obligation pour le pharmacien de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé en ligne pour l'application des règles relatives au nombre de pharmaciens devant être embauchés dans l'officine, (iv) l'absence



de droit de rétractation pour le consommateur, et (v) l'interdiction du référencement payant des sites Internet d'officines par des moteurs de recherche ou par des comparateurs.

Or, ces contraintes administratives et logistiques importantes auxquelles sont soumis les pharmaciens qui ont fait le choix de vendre leurs produits sur Internet peuvent non seulement constituer un frein au développement de ce nouveau mode de commercialisation en empêchant la réalisation d'économies d'échelle qui sont habituellement le principal levier de développement de la vente en ligne, mais aussi une discrimination par rapport aux pharmaciens établis dans les autres États membres, lesquels, en fonction de leur réglementation nationale, ne se verront pas imposer de telles contraintes.

En effet, au terme de l'article L. 5125-40 du code de la santé publique, les opérateurs légalement installés dans les autres États membres de l'Union européenne peuvent vendre par Internet les médicaments non soumis à prescription à des clients résidents en France. N'étant pas soumis aux contraintes contenues dans les bonnes pratiques qui s'imposent aux seules officines françaises, ces opérateurs sont en mesure de proposer des prix plus compétitifs. Les pharmacies établies en France qui souhaitent vendre par Internet à des résidents français risquent ainsi d'être victimes de discriminations à rebours, puisqu'elles subiront des contraintes plus strictes que les officines établies hors de France qui souhaitent atteindre les mêmes clients.

À l'inverse, soumises aux contraintes de la réglementation française, les officines françaises qui souhaitent, par la vente en ligne, atteindre des clients domiciliés dans d'autres États membres ne seront pas en mesure d'être compétitives par rapport aux officines locales. À cet égard, l'Autorité a relevé par exemple que certaines officines établies dans d'autres États membres vendent déjà des médicaments d'automédication à des résidents français et sont en mesure, contrairement aux officines françaises, de proposer des offres promotionnelles et/ou de livrer les produits en dehors du domicile du patient et sans frais de livraison (Avis n° 13-A-12, pt. 38).

 **Les officines françaises ne sont (...) pas favorisées par leur réglementation nationale alors que le développement d'Internet devrait être un moyen pour elles d'accroître leur compétitivité et d'atteindre de nouveaux marchés géographiques.**

De même, selon l'Autorité, l'interdiction des référencements payants par des moteurs de recherche ou par des comparateurs de prix défavorise la compétitivité des officines françaises par rapport à leurs concurrents européens qui peuvent utiliser ces services comme moyen de promotion et de publicité de leur site (Avis n° 13-A-12, pt. 130).

Les officines françaises ne sont donc pas favorisées par leur réglementation nationale alors que le développement d'Internet devrait être un moyen pour elles d'accroître leur compétitivité et d'atteindre de nouveaux marchés géographiques.

Ainsi, toutes les mesures identifiées par l'Autorité comme trop contraignantes et non justifiées par des raisons de protection de

la santé publique, qui ont été malgré cela conservées dans l'arrêt adopté le 20 juin 2013, pourraient être contestées par la voie contentieuse comme discriminatoires. La contestation de ces dispositions sur le terrain des libertés de circulation prévues par les traités européens pourrait donc s'avérer un levier efficace pour les pharmaciens dans le but d'élargir le régime trop restreint mis en place par le Gouvernement.

III. – LA CONTRE-ATTAQUE DE L'AUTORITÉ AVEC LE LANCEMENT D'UNE RÉFLEXION SUR LA SUPPRESSION DU MONOPOLE OFFICINAL

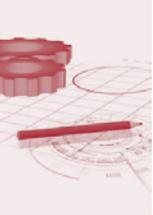
Au-delà du risque contentieux généré par son choix d'une marge de manœuvre étroite pour les pharmaciens souhaitant vendre en ligne des médicaments d'automédication, l'opposition du Gouvernement et de l'Autorité va vraisemblablement connaître un nouveau rebondissement sur le terrain d'une plus grande ouverture du secteur pharmaceutique à la concurrence.

En effet, à l'occasion de son enquête sectorielle sur le fonctionnement concurrentiel du secteur pharmaceutique, lancée en février 2013, l'Autorité s'est clairement positionnée en faveur d'une diversification des canaux de distribution du médicament (A). Aussi, sans préjuger des résultats de l'enquête sectorielle actuellement en cours, on peut légitimement s'attendre à ce que l'Autorité milite pour une réorganisation de la distribution pharmaceutique en France qui ira bien au-delà du simple élargissement du champ de la vente en ligne de médicaments (B).

A. – L'initiative de l'Autorité en faveur de la diversification des modes de distribution du médicament en France

L'initiative de l'Autorité vers une réorganisation du système de distribution des médicaments a débuté par le lancement d'une enquête sectorielle le 25 février dernier suite à une saisine d'office pour avis de l'Autorité (Aut. conc., déc. n° 13-SOA-01, 25 févr. 2013, relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur de la distribution pharmaceutique). Dans sa décision de saisine, l'Autorité a d'ores et déjà indiqué qu'elle se penchera sur la question de la libéralisation de la distribution au détail de médicaments, précisant que le champ de son enquête porte notamment sur « les mesures qui ont été introduites dans d'autres États membres de l'Union européenne en vue de stimuler la concurrence par les prix des médicaments non-remboursables (et notamment la question de la vente en supermarché) » (Aut. conc., déc. n° 13-SOA-01, précitée, pt. 24).

Cette enquête sectorielle s'est poursuivie par le lancement par l'Autorité d'une consultation publique le 10 juillet 2013, qui a vocation à interroger les acteurs du secteur sur le fonctionnement de la concurrence dans l'ensemble du secteur de la distribution du médicament en ville. Dans le Document de consultation publique, l'Autorité aborde la question de l'ouverture à la concurrence de la vente au détail des médicaments et invite l'ensemble des acteurs du secteur pharmaceutique à s'exprimer notamment sur la suppression du monopole des officines pour les médicaments d'automédication. Si aujourd'hui seules les officines peuvent vendre l'ensemble des médicaments, qu'ils soient soumis à prescription ou non, l'Autorité s'interroge dans ce document sur une nécessaire ouverture de la vente des médicaments non soumis à prescription



Le bras de fer entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit

<http://lamyline.lamy.fr>

à d'autres distributeurs, tels que les grandes et moyennes surfaces notamment.

La question toutefois n'est pas nouvelle, le rapport *Beigbeder* de 2007 évoquait déjà cette possibilité en avertissant le Gouvernement de l'époque du fait que « le monopole sur les médicaments sans ordonnance limite l'entrée d'opérateurs efficaces et la baisse des prix » (*Le « low cost » : un levier pour le pouvoir d'achat*, remis le 12 décembre 2007 par Charles Beigbeder à Luc Chatel, p. 154). Le rapport Attali de janvier 2008 préconisait lui aussi cette mesure comme facteur de croissance, notamment du fait de la baisse des prix à la consommation qu'elle générerait (*Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française* sous la présidence de Jacques Attali, 24 janvier 2008, Décision 212).

Aucun gouvernement ne s'est depuis saisi de cette question et l'Autorité pallie aujourd'hui cette carence en prenant l'initiative – audacieuse – de proposer, dans son Document de consultation publique, la suppression du monopole des officines pour les médicaments d'automédication et certains « produits frontières » (tests de grossesse, tests de glycémie...). Pour ce faire, l'Autorité se fonde dans un premier temps sur la pratique des États membres qui ont libéralisé la distribution au détail des médicaments d'automédication, dans lesquels elle constate que la suppression du monopole officinal a conduit à une baisse des prix en faveur du consommateur (Document de consultation publique, pt. 632). L'Autorité reprend à cet égard dans une large mesure les constats et préconisations de l'UFC Que Choisir, qui voit dans la suppression du monopole officinal un facteur de concurrence qui conduira les officines à se recentrer sur les médicaments remboursables et diversifier leur offre sur des marchés à plus forte marge (*Automédication : Contre les maux diagnostiqués, l'UFC-Que Choisir propose son antidote*, rapport de mars 2012). Dans un second temps, l'Autorité apprécie les effets attendus en France d'une telle suppression. Prenant en compte la nature particulière des médicaments, l'Autorité indique que la dispensation de médicaments en dehors des officines devra toutefois intervenir sous les conseils d'un pharmacien diplômé dans un espace dédié (Document de consultation publique, pt. 635).

C'est donc le monopole officinal qui est critiqué, celui des pharmaciens n'étant pas remis en cause par l'Autorité. Toutefois, si une telle mesure devait aboutir, elle ne serait pas sans impact sur l'encadrement actuel de la vente en ligne de médicaments. En effet, l'obligation pour le cyber-pharmacien d'opérer depuis une officine, prévue par les textes en vigueur, n'aurait alors plus de justification objective. Dans ces conditions, au-delà de la grande distribution, la suppression du monopole officinal permettrait l'arrivée des *pure players* sur le segment de la vente en ligne de médicaments, dont la réglementation actuelle empêche le déploiement en France.

B. – Vers une prochaine réorganisation de la distribution pharmaceutique ?

La proposition de l'Autorité pour la libéralisation de la distribution au détail de médicaments d'automédication intervient dans la suite logique de l'ouverture du secteur à la vente en ligne et, eu égard aux recommandations formulées dans ses Avis n°s 12-A-23 et 13-A-12, il n'est pas surprenant qu'elle ait décidé de consulter les acteurs du secteur pharmaceutique sur ce point.

En effet, dans la mesure où l'Autorité a refusé dans ses Avis d'admettre que la nature particulière du médicament puisse justifier

des restrictions excessives à sa commercialisation par Internet, on perçoit mal les raisons de refuser sa commercialisation via d'autres canaux que les officines de pharmacie.

Pour l'Autorité, les médicaments sont certes des « produits nécessitant une vigilance particulière » (Document de consultation publique, pt. 635), mais la seule exigence d'un espace dédié dans lequel le consommateur pourra bénéficier des conseils d'un pharmacien semble de nature à garantir la protection de la santé publique, sans que cet espace ne soit nécessairement une officine de pharmacie. Ainsi, lorsqu'il s'agit de médicaments d'automédication, l'acheteur n'est plus vu comme un patient mais comme un consommateur qui doit disposer du libre choix du circuit de distribution.

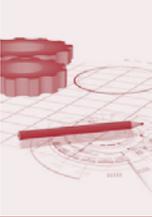
Dans ce contexte, et dans l'hypothèse où le monopole officinal serait à terme supprimé, il serait avisé de la part des pharmaciens d'officine de profiter de l'ouverture de leur profession à la vente en ligne pour asseoir leur position sur ce segment avant l'entrée des grandes et moyennes surfaces sur le marché du médicament. D'ailleurs, pour rester sur le terrain de la vente en ligne, on peut légitimement s'attendre à ce que le moment venu les grandes et moyennes surfaces, déjà aguerries aux techniques de la vente par Internet, investiront largement ce créneau, à côté de la distribution en dur, pour se développer sur ce nouveau marché.

Toutefois, la réticence du Gouvernement à prendre en compte les recommandations formulées par l'Autorité pour ce qui concerne la vente en ligne de médicaments laisse penser qu'une éventuelle proposition de suppression du monopole officinal à l'issue de l'enquête sectorielle ne trouvera pas nécessairement beaucoup d'écho au sein de l'exécutif. En outre, l'Ordre des pharmaciens, l'Union des syndicats de pharmacies d'officine et la Fédération des syndicats de pharmacies de France se sont d'ores et déjà soulevés contre la remise en cause du monopole officinal. Reste à espérer que face à la grande distribution favorable à l'émergence de ce nouveau marché, les perspectives relatives à cette question ne soient pas réduites à une lutte entre groupes de pression, mais que les initiatives de l'Autorité permettront de parvenir à une réorganisation du système de distribution au détail de médicaments en vue d'une concurrence renforcée.

Quoiqu'il en soit, la remise en cause du monopole officinal ne constitue qu'un nouvel aspect de la lutte contre les obstacles au développement de la concurrence dans la filière pharmaceutique, la consultation publique faisant état d'autres moyens pour parvenir à un fonctionnement véritablement concurrentiel du secteur, tels que la lutte contre les pratiques mises en œuvre par certains laboratoires susceptibles de constituer un frein à la baisse des prix des médicaments. La partie de bras de fer entre Gouvernement et Autorité entamée en décembre 2012 à propos du commerce en ligne des médicaments risque donc de s'étendre à d'autres problématiques elles aussi extrêmement sensibles.

Les acteurs du secteur avaient jusqu'au 16 septembre dernier pour réagir aux conclusions et préconisations développées par l'Autorité dans son Document de consultation publique et, le cas échéant, se prononcer sur ces différents sujets. Pour sa part, l'Autorité a annoncé adopter ses conclusions définitives à la fin de l'année 2013.

C'est donc à une étonnante partie de bras de fer entre l'Autorité et le Gouvernement sur la question de la vente en ligne de médicaments à laquelle on assiste depuis la fin de l'année 2012. Pour l'ins-



tant, le Gouvernement est sorti vainqueur des deux précédentes manches, en ne retenant des préconisations de l'Autorité que ce qu'il voulait bien admettre.

Ceci étant, on peut légitimement s'attendre à un prochain renversement des rôles, notamment lorsque ce bas de fer se déplacera sur le terrain du contentieux. Le volontarisme du Gouvernement, visiblement déterminé à avancer en fonction de ses seules préoccupations, apparaît en effet aujourd'hui tout aussi fragile qu'il était hier audacieux. Non seulement parce que le droit européen est sans équivoque sur la question des restrictions au commerce en ligne et qu'en ne suivant pas les recommandations de l'Autorité, le Gouvernement a choisi de s'affranchir de certains des principes

fondamentaux du droit de la concurrence en la matière, pourtant réaffirmés à de nombreuses et récentes occasions par les juridictions françaises et européennes. Mais aussi et surtout parce que l'Autorité n'a vraisemblablement pas dit son dernier mot sur la question, les éléments développés dans son récent Document de consultation publique laissant présager une invitation à une refonte majeure de la distribution pharmaceutique.

Malgré ses deux récents revers, la bataille est donc loin d'être terminée pour l'Autorité et la suite du combat s'annonce passionnante. Même si (ou peut-être parce que), en droit, l'issue en est finalement relativement prévisible. ■

VENTE EN LIGNE DE MÉDICAMENTS – RAPPEL CHRONOLOGIQUE

4 décembre 2012	Saisine de l'Autorité pour avis sur un projet d'ordonnance et un projet de décret transposant la Directive n° 2011/62/UE
13 décembre 2012	Avis n° 12-A-23 de l'Autorité relatif au projet d'ordonnance et au projet de décret
19 décembre 2012	Ordonnance n° 2012-1427 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur Internet et à la lutte contre la falsification de médicaments
31 décembre 2012	Décret n° 2012-1562 relatif au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et à l'encadrement de la vente sur Internet
2 janvier 2013	Date imposée aux États membres pour la transposition de la Directive n° 2011/62/UE
14 février 2013	Ordonnance de référé du Conseil d'État suspendant l'application de l'article L. 5125-34 du code de la santé publique
20 février 2013	Saisine de l'Autorité pour avis sur un projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique
25 février 2013	Ouverture par l'Autorité d'une enquête sectorielle sur la distribution du médicament en ville
10 avril 2013	Avis n° 13-A-12 de l'Autorité relatif au projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique
20 juin 2013	Arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique
10 juillet 2013	Document de consultation publique de l'Autorité sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville : comment dynamiser la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville ?
17 juillet 2013	Arrêt du Conseil d'État rendu sur le fond (annulation de l'article L. 5125-34 du code de la santé publique)

Quelles règles applicables à la politique tarifaire des laboratoires pharmaceutiques sur le marché hospitalier (privé et public) ?

La baisse des coûts des dépenses de santé est un objectif affiché des pouvoirs publics. Si la commercialisation des produits de santé (médicaments et/ou dispositifs médicaux) auprès des hôpitaux et des cliniques se caractérise par la liberté des prix pratiqués, toutefois, les règles relatives au droit de la concurrence, et spécifiques aux marchés publics, encadrent les conditions auxquelles les laboratoires sont en mesure de fixer leurs prix et d'accorder des remises, rabais, ristournes ou escomptes à destination de leurs clients, sous l'œil vigilant des autorités de contrôle.



Par Sandrine SERPENTIER-LINARES

Docteur en Droit public
Avocate
Spécialisée en Droit Public
Cabinet SSL



Et Karine BIANCONE

Avocate associée
Cabinet KLYB
www.klybavocats.fr

➔ RLC 2432

Le secteur pharmaceutique se caractérise par une innovation permanente et par des coûts de R&D et d'obtention d'autorisation de mise sur le marché (coûts fixes) très importants, en particulier sur le marché du médicament. La protection des innovations par les droits de propriété intellectuelle, le droit des brevets et d'autres mécanismes (CCP – certificats complémentaires de protection –, système d'exclusivité des données), octroie aux laboratoires innovants un monopole légal ayant pour objet d'amortir leurs coûts de R&D sur la durée légale de protection (compte tenu de la spécificité des médicaments, il a été admis que le coût de la recherche et du développement pouvait justifier des pratiques de prix différenciés en vue de « récupérer le coût de la R&D auprès des consommateurs finals qui sont prêts à la payer », TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-168/01, GlaxoSmithKline c/ Commission).

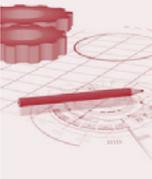
En France (dans beaucoup d'autres états de l'Union européenne, le prix des médicaments vendus à l'hôpital est fixé administrativement en fonction du service rendu), depuis la loi n° 87-588 du 31 juillet 1987, les prix des médicaments et dispositifs médicaux achetés par les établissements de santé publics et privés sont libres, contrairement aux mêmes produits dans le secteur officinal de ville, lorsqu'ils sont remboursables par l'organisme d'assurance-maladie (CSS, art. L. 162-16-4 : prix fixés par les pouvoirs publics selon l'amélioration du service médical rendu [ASMR]).

Bien que le prix fixé sur le marché réglementé ne soit pas sans influence sur le prix déterminé par le laboratoire sur le marché

libre (eu égard à l'« effet source » généré par l'obtention de marchés hospitaliers se prolongeant par une prescription sur le marché de l'officine de ville), l'entreprise pharmaceutique construit, vis-à-vis des hôpitaux, cliniques et groupements ou centrales d'achats, sa politique tarifaire en tenant compte de ses coûts de revient et de la situation spécifique à son marché. Sur le marché des médicaments, lorsque le brevet arrive à expiration, l'arrivée des génériques fait basculer le paysage concurrentiel d'une situation de monopole à une situation de concurrence par les prix.

Dans ce cadre, l'acheteur public ou privé dispose du droit de négocier les conditions tarifaires qui lui sont proposées dans le cadre de négociations commerciales pour les établissements privés de santé (bénéficiant souvent d'une centrale d'achat constituée à cet effet), soit dans le cadre de marchés publics pour les établissements de santé publics ou les établissements privés se soumettant volontairement au Code des marchés publics ou participant au service public hospitalier.

L'entreprise pharmaceutique doit construire sa politique tarifaire vis-à-vis des hôpitaux et cliniques en tenant compte des contraintes imposées par le Code des marchés publics et le Code de la santé publique (I) et celles relatives au respect des règles de concurrence contenues dans le Code de commerce (abus de position dominante et ententes anticoncurrentielles) (II).



I. – LES CONTRAINTES DE L’OFFRE TARIFAIRE AU REGARD DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Le secteur du médicament et des dispositifs médicaux représente un enjeu en termes non seulement de santé publique et de sécurité, mais aussi en terme économique (eu égard au volume des achats annuels) qui conduit les pouvoirs publics non seulement à mettre en place des politiques d’échanges particulières de nature à favoriser et stimuler l’innovation (CSS, art. L. 162-22-7 : dispositif de la « liste en sus » : « *L’État fixe la liste des spécialités pharmaceutiques bénéficiant d’une autorisation de mise sur le marché dispensées aux patients hospitalisés dans les établissements de santé mentionnés à l’article L. 162-22-6 qui peuvent être prises en charge, sur présentation des factures, par les régimes obligatoires d’assurance maladie en sus des prestations d’hospitalisation mentionnées au 1° du même article, ainsi que les conditions dans lesquelles certains produits et prestations mentionnés à l’article L. 165-1 peuvent faire l’objet d’une prise en charge en sus des prestations d’hospitalisation susmentionnées* » ; médicaments bénéficiant d’ATU nominative ou d’ATU de cohorte [autorisation temporaire d’utilisation] ; D. n° 2011-1000, 25 août 2011, modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, qui permet au candidat de proposer une variante sans l’offre de base facilitant ainsi les propositions innovantes), mais également à optimiser et sécuriser le circuit du médicament en milieu hospitalier et à garantir la continuité d’approvisionnement des produits pharmaceutiques à usage humain (en ce sens : D. n° 2012-1096, 28 sept. 2012, relatif à l’approvisionnement en médicaments à usage humain ; Ord. n° 2012-1427, 19 déc. 2012, relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d’approvisionnement des médicaments, à l’encadrement de la vente de médicaments sur Internet et à la lutte contre la falsification de médicaments, prise en application de Dir. Parl. et Cons. UE n° 2011/62/UE, 8 juin 2011). Ces politiques s’inscrivent dans un cadre institutionnel communautaire (Dir. Parl. et Cons. CE n° 2004/27/UE, 31 mars 2004 modifiant Dir. Parl. et Cons. CE n° 2001/83/UE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ; Règl. Parl. et Cons. CE n° 726/2004, 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l’autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire) et national (L. n° 2007-248, 26 févr. 2007, portant diverses dispositions d’adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament) contraint par les principes de libre concurrence, de transparence mais aussi d’égal accès à la commande publique.

Si la liberté de fixation des prix existe pour les médicaments hospitaliers, l’achat hospitalier est quant à lui régi par le Code de la santé publique (CSP) et par le Code des marchés publics (CMP). La négociation se fait de façon réglementée par appels d’offres, marchés négociés : en privilégiant le recours aux marchés à procédure adaptée (MAPA), que ce soit dans le cadre des médicaments innovants ou des médicaments d’usage courant.

Le taux de croissance du marché hospitalier annuel est d’environ 8,4 % depuis 1999 (Rapp. AFSSAPS, 11^e éd., juill. 2011 : « *Analyse des ventes de médicaments aux officines et aux hôpitaux en France 1999-2009* »). La maîtrise des dépenses et des coûts dans un contexte budgétaire contraint a conduit à l’élaboration et à la mise en place par la Direction générale de l’offre de soins (DGOS) d’un programme national en octobre 2011 : « *Performance hospitalière pour des achats responsables* » : PHARE (<<http://www.sante.gouv.fr/achats-hospitaliers-le-programme-phare.html>>), principalement à destination des hôpitaux.

Dans ce contexte, la question des prix (... mais aussi des marges) représente un enjeu majeur qui doit se traduire par une politique tarifaire prenant en compte les contraintes institutionnelles propres au fonctionnement des établissements de santé soumis aux règles de la commande publique.

Cette politique tarifaire va non seulement avoir une influence au stade de la définition et de l’évaluation du besoin de l’acheteur public mais également à l’étape de l’évaluation des offres et de l’attribution du marché (A), ainsi que tout au long de son exécution et de sa durée (B).



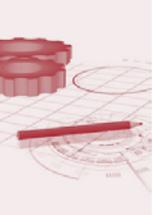
Le secteur du médicament et des dispositifs médicaux représente un enjeu en termes non seulement de santé publique et de sécurité, mais aussi en terme économique.

L’importance du critère prix dans les marchés publics (et dans la commande publique en général) est une des préoccupations essentielles des acheteurs. Ce point sera donc abordé préalablement aux questions portant sur la définition du prix au regard des règles de la concurrence, s’agissant plus précisément des prix bas et/ou prix prédateurs (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France ; Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, Bull. civ. IV, n° 39) et de la détection des offres anormalement basses. Il s’agira de mettre en exergue l’enjeu du prix et des pratiques tarifaires à différents stades de la procédure contractuelle publique.

A. – Le critère prix dans la définition du besoin et l’évaluation de l’offre

Préalable à toute passation de marché public, l’acheteur public ou l’établissement soumis au CMP va procéder à la définition du besoin en produits de santé, en lien étroit avec les utilisateurs, en recherchant un maximum de consensus pour permettre une certaine « massification » (association des pharmaciens, des ingénieurs biomédicaux, des personnels soignants, des praticiens, participation de tout organe représentatif des disciplines concernées par un type d’achat). Cette définition préalable des besoins prescrite à l’article 5 du CMP va relever d’une analyse des consommations spécifiques à l’établissement afin de répondre exclusivement à ses besoins. L’évaluation du besoin comporte des classifications en fonction de la nature du besoin à satisfaire (régulier/occasionnel ; urgent/non urgent ; prévisible/imprévisible) et des produits (médicaments classification Anatomic, Therapeutic, Chemical (ATC), Classification CLADIMED pour les dispositifs médicaux).

Le besoin quantitatif et qualitatif ainsi établi, l’acheteur va établir le coût du ou des produits en définissant un prix d’objectif. L’établissement de ce prix d’objectif relève d’une alchimie délicate et souvent secrète. À l’instar de la définition du besoin, la définition du prix d’objectif n’échappe donc pas en pratique à une analyse du marché qui tient compte des prix « pratiqués » en vue de la fixation d’un prix d’objectif : prix catalogues, prix remisés au regard des pratiques habituelles des fournisseurs, des habitudes de ventes liées et/ou des remises couplées,..., mais aussi de l’ouverture potentielle ou attendue des marchés avec l’apparition de génériques ou de biosimilaires (cette analyse permettra en outre de définir un prix



Quelles règles applicables à la politique tarifaire des laboratoires pharmaceutiques sur le marché hospitalier (privé et public) ?

<http://lamyline.lamy.fr>

cible ou prix d'objectif d'achat). Une grille des prix et de notation des médicaments et dispositifs médicaux est généralement réalisée, tenant compte notamment des quantités, des prix et de la date d'arrivée du générique sur le marché. Le développement d'Internet permet l'accès en temps réel à des listes de prix mais rend l'information plus fugitive. Pour la pharmacie, outre les sources informations de réseaux, un parangonnage permanent des segments d'achat est effectué.

Une fois le besoin défini et circonscrit, sa satisfaction va conduire à la rédaction des documents de consultation qui nécessite de faire le choix de la procédure d'achat.

Si le CMP envisage la procédure de l'appel d'offres comme principe, il est possible de passer un marché selon d'autres procédures dont notamment la procédure négociée, le dialogue compétitif (rarement mis en œuvre dans le domaine pharmaceutique), le MAPA (souvent privilégié : C. marchés publ., art. 30).

La forme du prix retenue peut varier selon un grand nombre de formules. Elle peut se traduire, par exemple, par la définition d'un prix unitaire ou d'un prix forfaitaire au regard d'une quantité déterminée en amont (une décomposition du prix forfaitaire doit être demandée par l'acheteur lors de la remise de l'offre) ou d'un prix ferme qui peut être actualisable ou révisable. L'adoption du prix révisable donne à l'acheteur la faculté de prévoir que le prix sera variable dans le cadre d'une clause de « prix promotionnel » (cf. Guide de la Direction des affaires juridiques « *Le prix dans les marchés publics* », avr. 2013) à l'initiative du fournisseur : à charge pour ce dernier de fournir dans son offre toutes les précisions utiles de nature à déterminer finement le cadre de ces offres promotionnelles (par exemple : durée de validité de la promotion, produits concernés). La difficulté d'utilisation d'une telle clause de « prix promotionnel » réside dans la méthode d'appréciation du prix lors de l'analyse des offres. De la même façon, l'utilisation du critère de « remise » dans le choix de la sélection des offres s'avère délicate en raison de la multitude des remises pouvant être proposées en pratique : par exemple prix remisé par rapport au prix publié au Journal officiel, au prix fixé par le Comité économique des produits de santé (pour les produits remboursables par exemple), à la fixation d'un taux de remise sur un tarif variable dans le temps ou encore à l'offre de produits gratuits « supplémentaires ». S'ajoute également à cette diversité de remises, une diversité dans l'expression du prix qui peut être lui-même défini par exemple sous forme de remise portant sur l'ensemble d'une gamme, ou de remise par catégorie d'articles de ladite gamme (le prix ne saurait cependant être déterminé au regard d'une remise effectuée sur l'offre la plus basse : TA Versailles, 24 mars 1994, n° 935418, 935419, 935420, Rec. CE Tables 1994, p. 1037).

Cette difficulté d'analyse peut conduire à une absence de transparence donnant lieu à sanction par le juge.

Pour pallier ces difficultés, le recours aux offres équivalentes et alternatives à la solution de base sous la forme de variante ou d'offre variante (D. n° 2011-1000, 25 août 2011) « prix » (C. marchés publ., art. 50) est alors envisagé par l'acheteur (Circ. min. 14 févr. 2012, NOR : EFIM1201512C, relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics). Ces formes de variantes permettent au pouvoir adjudicateur d'éviter le rejet systématique d'offres établies dans des conditions particulièrement favorables et/ou selon des modalités de calcul nouvelles ou originales (l'offre variante ou la variante peuvent donc être financières : établissement d'un prix dégressif dès lors

que le minimum du marché serait atteint : CE, 8 mars 1996, n° 133198, M. Pelte).

Dans les MAPA, les variantes sont autorisées. De plus, en cas de recours à la procédure adaptée (MAPA), le prix pourra être négocié dans le respect des principes de la commande publique (égalité de traitement des candidats, transparence, libre concurrence). Si la Direction des affaires juridiques (DAJ) rappelle que : « *L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit pas être confondue avec un marchandage* », rien n'interdit toutefois que pour pénétrer des marchés nouveaux, des entreprises consentent des efforts en matière de prix et de services, jusqu'à une marge nulle, voire négative et répartissent les pertes et les profits qu'elles retirent de leur activité entre les différents marchés qu'elles obtiennent (Cons. conc., avis n° 96-A-08, 2 juill. 1996, relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique). Cette offre ne saurait donc être identifiée comme une offre anormalement basse (C. marchés publ., art. 55). En effet, il est constant qu'un prix inférieur au prix d'objectif n'est pas à lui seul de nature à qualifier l'offre d'anormalement basse au sens des dispositions du CMP et pouvant conduire à mettre en cause la pérennité de l'approvisionnement et/ou à constituer une distorsion de concurrence. Il appartient cependant à l'acheteur public de demander au candidat (fournisseur) de justifier de la viabilité économique de son offre. L'établissement doit également vérifier que l'offre répond de manière satisfaisante aux documents de consultation et que le fournisseur a la capacité matérielle et financière de mettre en œuvre son offre. Faute de garanties suffisantes, l'offre doit être qualifiée d'anormalement basse et donner lieu à rejet.

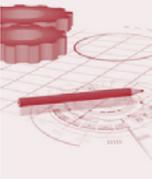
Quelle que soit la procédure retenue et les modalités de détermination du prix, ce dernier doit cependant exister : « *I. Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement (...) 6° Le prix ou les modalités de sa détermination* » (C. marchés publ., art. 12 et 191). Il sera en règle générale prépondérant dans l'analyse des offres (C. marchés publ., art. 53), sauf dans l'hypothèse de prix réglementé pour les médicaments et autres dispositifs faisant partie d'« *une nomenclature, dont la facturation ne pouvaient faire l'objet d'aucune forme de remise* » (CE, 7 mai 2013, n° 364833, Sté Bio Sel Paris, sur les prestations d'examen de biologie médicale).

Le choix du seul critère prix reste possible dès lors qu'il s'avère justifié par l'objet du marché : « *Sauf cas exceptionnels où le prix ne permet pas l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, retenez toujours le prix parmi vos critères de choix des offres* » (Guide « *Le prix dans les marchés publics* » précité, p. 45).

B. – L'évolution du prix dans la phase d'exécution du marché

Succédant à la phase préalable de la passation, la phase d'exécution ne devrait avoir aucune incidence sur l'évolution du prix.

Toutefois, le secteur du médicament et des dispositifs médicaux étant en constante évolution, les instances préconisent la rédaction et l'intégration soit de clauses de révision de prix déclenchée par l'arrivée de génériques, soit de clauses de résiliation possible sans indemnité en cas de perte de brevet et de commercialisation d'un générique ou d'un biosimilaire.



En l'absence dans le contrat de clauses de révision des prix et/ou de clause résiliation en fin de monopole ou encore dans l'hypothèse de nouvelles solutions de substitutions, il est « *exceptionnellement* » admis que le prix puisse être modifié par voie d'avenant.

Dans l'hypothèse où la solution tenant à la signature d'un avenant n'est pas retenue par l'acheteur, la résiliation du marché pour motif d'intérêt général pourra alors être envisagée même sans clause (Fiche technique Direction des affaires juridiques, « *La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration* »). En effet, l'acheteur public peut toujours résilier un marché public pour motif d'intérêt général (CE, 19 déc. 2012, n° 350341, Sté AB Trans ; CE, 22 juin 2012, n° 348676, CCI Montpellier) et toute clause de renonciation à un tel droit est réputée nulle (CE, 6 mai 1985, n°s 41589 et 41699, Association Eurolat c/ Crédit foncier de France). Il s'agira en général d'une résiliation simple emportant indemnisation du cocontractant et non aux frais et risques de ce dernier sauf si des dispositions contractuelles en ce sens ont été retenues et trouvent à s'appliquer. L'acheteur devra définir l'intérêt financier relevant d'un motif d'intérêt général pour prononcer la résiliation. C'est le cas lorsque « *les prestations objet du marché peuvent être réalisées pour un montant nettement moins élevé que celui initialement prévu, sur la base de solutions nouvelles* » (Rép. min. à QE n° 3068, JOAN Q. 30 oct. 2010, p. 6153). De la même façon, l'insuffisance de concurrence, peu importe « *qu'elle ait été provoquée ou non par une entente entre les entreprises et alors même qu'une ou plusieurs offres sont acceptables* » (cf. Rép. min. à QE n° 3068, précitée) peut être une motivation économique justifiant le prononcé de la résiliation.

La résiliation pourra également être motivée lors de changement de situations rendant impossibles l'exécution du contrat telles que : l'adoption d'une nouvelle législation, la modification d'ordre réglementaire, une nouvelle AMM (autorisation de mise sur le marché), une solution de substitution nouvelle.

Il convient de préciser que sauf stipulations contraires, cette résiliation entraînera l'indemnisation du cocontractant. Si le marché n'a pas prévu les modalités de calcul du préjudice indemnisable dans l'hypothèse d'une telle résiliation, le cocontractant devra prouver le préjudice subi du fait de cette résiliation en révélant notamment des données relevant de sa pratique commerciale interne : calcul de la marge bénéficiaire,... Dans la plupart des situations rencontrées, les cocontractants sont peu enclins à mettre à nu leur politique tarifaire et dès lors supportent la perte économique liée à ce type de résiliation.

Ainsi, au travers de l'évolution du prix du produit, le principe de mise en concurrence, contrainte de l'achat public, va se révéler une opportunité pour faire jouer la libre concurrence tout au long de l'exécution du contrat, pouvant conduire à sa résiliation.

La différence d'influence du prix qui intervient à tous les stades de la procédure des marchés publics fait l'objet de nombreuses études en vue de systématiser la stratégie d'achat des établissements hospitaliers tantôt dans l'optique d'une meilleure pénétration du marché (cf. Le marché du médicament hospitalier en France à l'horizon 2015 : quels axes de différenciation face aux mutations du marché ?, avr. 2011, Étude Precepta) tantôt dans celle de dynamiser l'achat public afin de « *dégager des «économies intelligentes»* » (cf. le programme : Performance hospitalière pour des achats responsables : PHARE).

II. – LES CONTRAINTES DE L'OFFRE TARIFAIRE RÉSULTANT DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Les autorités de concurrence ont clairement affiché leur volonté de contrôle et de sanction des pratiques visant à enfreindre l'arrivée des génériques sur le marché, en particulier sur le marché français où la part de marché des médicaments génériques n'était que de 24 % en 2012, ce qui est très faible comparativement aux autres pays européens (Comm. CE, Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique, 30 nov. 2009 ; Communiqué Comm. CE n° IP/08/49, 16 janv. 2008 ; Communiqué Aut. conc., 10 juill. 2013, Enquête sectorielle dans le domaine de la distribution du médicament délivré en ville, Fiche 2 : les médicaments génériques).

En effet, l'arrivée des génériques sur le marché est particulièrement bénéfique en matière de dépenses publiques de santé et de concurrence puisqu'à l'issue de la durée légale de protection, les génériques arrivent sur le marché avec une décote de 60 %. Les laboratoires titulaires du brevet princeps sont alors conduits à proposer une baisse de prix, en général de l'ordre de 20 % (Communiqué Aut. conc., 10 juill. 2013, Enquête sectorielle dans le domaine de la distribution du médicament délivré en ville, Fiche 7 : la fixation des prix des médicaments).

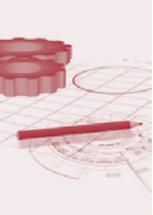
Dans ce contexte, le laboratoire pharmaceutique se retrouve, en sortie de monopole, dans une situation de dominance d'un marché voué à une forte contestation de la part des laboratoires génériqueurs, et doit faire face à l'impératif de définition d'une politique tarifaire lui permettant de rester compétitif, sans enfreindre les règles de concurrence.



Les autorités de concurrence ont clairement affiché leur volonté de contrôle et de sanction des pratiques visant à enfreindre l'arrivée des génériques sur le marché (...).

La compétition entre laboratoires sur le marché hospitalier peut s'opérer sur des stratégies tarifaires, à la différence du marché officinal de ville où il n'y a pas d'élasticité prix de la demande, du moins sur les produits remboursables (cf. Perrot A., Le fonctionnement concurrentiel du secteur pharmaceutique français, RDSS 2011, p. 430 ; Sabatier B., Diény E. et Bégué D., Médicaments princeps/médicaments génériques : le pharmacien hospitalier arbitre du développement de la concurrence au service de la qualité, RLDA 2008/23, n° 1422). Sur ce dernier marché, les autorités ont eu l'occasion de sanctionner des stratégies de dénigrement (Aut. conc., déc. n° 09-D-28, 31 juill. 2009, relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique ; Aut. conc., déc. n° 13-D-11, 14 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique), des stratégies d'obtention de certificats complémentaires de protection ou de retrait d'AMM (CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-457/10 P, AstraZeneca c/ Commission), ou des stratégies de « *pay-for-delay* » consistant pour le laboratoire princeps à payer le génériqueur pour qu'il accepte de retarder l'entrée des génériques (Communiqué Comm. UE n° IP/13/563, 19 juin 2013) sur le fondement de l'abus de position dominante.

Nous présenterons les principales pratiques tarifaires à risque auxquelles les entreprises pharmaceutiques pourraient être confron-



Quelles règles applicables à la politique tarifaire des laboratoires pharmaceutiques sur le marché hospitalier (privé et public) ?

<http://lamyline.lamy.fr>

tées (A) avant de tenter de lister les modes exonérateurs de ces pratiques entendus comme des arguments que les entreprises pourraient soulever en défense face à l'autorité de concurrence nationale ou communautaire de concurrence (B).

A. – Les stratégies tarifaires à risque

La politique tarifaire mise en place par un laboratoire pharmaceutique peut être sanctionnée tant sur le terrain des abus de position dominante (C. com., art. L. 420-2 et TFUE, art. 102) que sur le terrain des ententes anticoncurrentielles (C. com., art. L. 420-1 et TFUE, art. 101) si la pratique est discriminatoire, c'est-à-dire si elle « consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes » (CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-391/97, Gschwind, Rec. CJCE, I, p. 5451). Cet effet discriminant pourra résulter de remises de couplage (remises liées à l'achat simultané de produits distincts ; Cons. conc., déc. n° 96-D-12, 5 mars 1996, relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux) ou de remises de progression ou de fidélité (remises octroyées en fonction d'un pallier ou d'une progression de chiffre d'affaires) si deux clients achetant des quantités identiques se voient octroyer des prix différents sans justification économique.

Toutefois, la caractérisation de l'infraction d'entente anticoncurrentielle requiert la démonstration préalable de la concertation entre les entreprises en cause. C'est pourquoi les pratiques tarifaires abusives sont généralement appréhendées sur le terrain des abus de position dominante, pratiques unilatérales, en particulier dans le secteur pharmaceutique où les acteurs, en sortie de monopole, présentent de fortes parts de marché. Notre présentation sera axée sur l'analyse des pratiques à travers le prisme des abus de position dominante.

1) Analyse préalable du pouvoir de marché

La première étape de l'analyse de la politique tarifaire d'un laboratoire pharmaceutique est la détermination de son pouvoir de marché afin de vérifier si ce dernier lui confère une position dominante au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

Cette première étape passe par la démarche préalable de la délimitation du marché pertinent de référence tant quant aux biens et services considérés, qu'au territoire concerné au regard de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence (Communication Comm. CE n° 97/C 372/03, JOCE 9 déc. 1997, n° C 372, sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence ; Cons. conc., Rapp. annuel 2001, Étude thématique sur le marché pertinent). En matière de marché de médicaments, la délimitation du marché pertinent s'effectue au regard de la détermination de leur « interchangeabilité fonctionnelle du point de vue du dispensateur, et donc, dans le cas des médicaments soumis à prescription, également du point de vue des médecins établis » (Cons. conc., déc. n° 96-D-12, précitée, et Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-15.185, Bull. civ. IV, n° 128). Afin de déterminer cette interchangeabilité fonctionnelle des médicaments, les autorités de concurrence recourent à la détermination de leurs indications et contre-indications thérapeutiques, en se fondant généralement sur le troisième niveau de la classification ATC (*id.* et Déc. Comm. CE n° 97/469, 17 juill. 1996,

aff. IV/N/737, Ciba-Geigy c/ Sandoz, JOCE 29 juill. 1997, n° L 201) mais d'autres paramètres peuvent entrer en compte tels que les réglementations et usages locaux d'utilisation du médicament ou le prix. Les marchés peuvent donc être définis de façon très étroite, d'où le risque fréquent de domination.

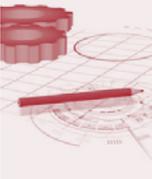
Par ailleurs, les autorités de concurrence distinguent le marché de la ville (officines) du marché hospitalier (*cf.* not. Cons. conc., déc. n° 07-MC-06, 11 déc. 2007, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Arrow génériques ; Cons. conc., déc. n° 07-D-09, précitée). Un lien de connexité dénommé « effet source » entre ces deux marchés est toutefois analysé par l'Autorité de la concurrence, dès lors que l'obtention de marchés hospitaliers peut permettre de gagner des parts de marché en ville, eu égard au prolongement de la prescription à l'hôpital par une prescription du même produit en ville (Aut. conc., déc. n° 10-D-02, 14 janv. 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire).

Une fois le marché délimité, l'appréciation du pouvoir de marché passe par l'identification du pouvoir de l'entreprise pharmaceutique, entendue comme unité économique (un groupe d'entreprises indépendantes liées entre elles par des liens économiques tels qu'elles apparaissent comme une seule et même « entité ou unité économique sur le marché » constitue une entreprise au sens du droit de la concurrence), à « 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 » (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche). À ce stade, les autorités de concurrence procèdent à une analyse selon un faisceau d'indices, au premier rang desquels figure la part de marché. Dans l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes *Akzo c/ Commission*, une part de marché de 50 % détenue pendant au moins trois ans a été considérée par la Cour comme une forte indication de l'existence d'une position dominante (CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, *Akzo c/ Commission*). Pour autant, cet élément devra être complété par l'analyse du degré d'asymétrie entre les parts de marché de l'entreprise en cause et celles de ses concurrents, par celle des barrières à l'entrée sur le marché considéré, particulièrement conséquentes dans le secteur pharmaceutique eu égard aux forts coûts d'innovation et d'obtention d'AMM, et par l'analyse de la puissance d'achat compensatrice des partenaires de l'entreprise dominante. Dans le secteur, nombre d'établissements privés et publics globalisent leurs achats par l'intermédiaire de centrales d'achat, ce qui permet de renforcer leur puissance d'achat.

En soi, la détention d'une position dominante par le laboratoire pharmaceutique n'est pas illicite mais le soumet à des contraintes tarifaires excédant celles d'une entreprise qui n'est pas en situation de domination.

2) Les pratiques

La jurisprudence communautaire contemporaine (*cf.* *Bosco D.*, Rép. communautaire Dalloz, Abus de position dominante) appelle désormais que soit faite la démonstration des effets concrets réels d'éviction des pratiques tarifaires mises en place. Il en résulte une approche économique de plus en plus accrue pour opérer la démonstration de l'éviction concrète des concurrents. La Commission européenne a présenté ses orientations sur ses priorités pour l'application de



l'article 82 du traité CE (devenu TFUE, art. 102) aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes (Communication Comm. CE n° 2009/C 45/02, JOCE 24 févr. 2009, n° C 45/7). Dans cette communication, la Commission a réuni les tests qu'elle met en œuvre sous une méthode commune et nommée test du « concurrent aussi efficace » consistant à centrer l'analyse sur un concurrent hypothétique aussi efficace que l'entreprise dominante qui risquerait d'être évincée par les pratiques poursuivies. Ce test met en place l'analyse quantitative portant sur les coûts de l'entreprise concernée elle-même et conclut que « si les données font clairement ressortir qu'un concurrent aussi efficace peut concurrencer efficacement les pratiques de prix de l'entreprise dominante, la Commission en déduira en principe que ces pratiques ne risquent guère d'avoir un effet préjudiciable sur la concurrence effective et donc sur les consommateurs ; il est alors peu probable qu'elle interviendra. Si, au contraire, il en ressort que le prix appliqué par l'entreprise dominante risque d'évincer du marché des concurrents aussi efficaces, la Commission intégrera cet élément dans l'appréciation générale de l'éviction anticoncurrentielle, en tenant compte des autres preuves quantitatives et qualitatives pertinentes ») faisant état d'une approche quantitative fondée sur les effets d'éviction concrets des pratiques mises en place par les entreprises dominantes.

a) les stratégies de prédation

L'entreprise pharmaceutique peut trouver intérêt à mettre en place une politique tarifaire de prix anormalement bas afin d'évincer à court terme ses concurrents pour récupérer ensuite ses profits, une fois le concurrent éliminé.

Une telle politique de prédation peut être mise en place sur le marché dominé, cas le plus simple mais souvent le plus coûteux, ou sur un marché connexe à celui-ci.

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence, établie dans l'arrêt *Akzo* (CJCE, 3 juill. 1991, précité) applique, pour démontrer le caractère prédateur de la stratégie tarifaire d'une entreprise, le test de coûts consistant à considérer que si le prix observé se situe entre les coûts variables moyens (CVM : ceux qui varient selon la quantité de biens produits), et les coûts moyens totaux (qui additionnent les coûts fixes et les coûts variables). Alors l'autorité de concurrence devra démontrer que la politique tarifaire de l'entreprise dominante s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire dans un plan d'élimination des concurrents. En effet, d'un point de vue économique, il n'est pas tout à fait irrationnel de vendre à ce prix car l'entreprise couvre ses coûts fixes. En revanche, si le prix observé est inférieur aux CVM : ces prix seront jugés abusifs « *per se* », c'est-à-dire que le caractère éliminatoire de la pratique sera dans ce cas présumé puisqu'il ne serait pas rentable pour l'entreprise de faire ce sacrifice sauf en vue d'évincer le ou les concurrents qu'elle cherche à éliminer.

Lorsque les coûts fixes sont importants, le Conseil de la concurrence indique qu'il peut être justifié de comparer les prix non pas aux coûts variables mais aux coûts incrémentaux de long terme (c'est-à-dire les coûts que l'entreprise éviterait si elle ne produisait par le produit en cause) (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, précitée, pt. 184).

Pour analyser son risque, l'entreprise dominante devra identifier ses coûts, les prix à prendre en compte et appliquer le « test ». Dans l'affaire « *Glaxo* », Glaxo France achetait les médicaments auprès d'une autre filiale du groupe. Il s'agissait alors de savoir si devaient être considérés les coûts de production du médicament à l'intérieur du groupe ou les coûts d'approvisionnement par

Glaxo France auprès de ladite filiale. Cette deuxième solution a été retenue par le Conseil de la concurrence eu égard à l'autonomie décisionnelle de Glaxo France dans sa stratégie commerciale, et ce point a été validé par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation (CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 8 avr. 2008, n° RG : 2007/07008 ; Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, Bull. civ. IV, n° 39). Le Conseil de la concurrence a, à cette occasion, considéré que la qualification de « *prix de transfert* » était indifférente dès que le prix sanctionne « *une transaction marchande réelle* ».

Lorsque la preuve de la stratégie d'éviction incombe à l'autorité de concurrence, cette dernière peut s'appuyer sur tous documents, notes ou éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice, comme le fait pour l'entreprise de pratiquer des prix prédateurs à l'attention des seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent ou de pratiques annexes de nature à accentuer l'effet d'éviction comme des ventes liées ou des remises de couplage ou de fidélité (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, précitée, pt. 181).

Dans cette affaire, le laboratoire Glaxo avait été condamné par le Conseil de la concurrence pour avoir pratiqué des prix prédateurs sur le *Zinnat*® – médicament appartenant au marché des céphalosporines injectables, marché étroit de taille relativement modeste non dominé par Glaxo –, afin de dissuader les génériques d'entrer efficacement sur le marché hospitalier de l'Aciclovir injectable, sur lequel Glaxo détenait une part de marché de l'ordre de 80 à 90 %. Selon le Conseil de la concurrence, cette politique de prédation s'inscrivait dans une stratégie globale d'intimidation visant à décourager les génériques d'entrer sur le marché de l'Aciclovir injectable sur lequel le laboratoire Glaxo détenait une position dominante. La cour d'appel de Paris, validée par la Cour de cassation (CA Paris, 8 avr. 2008, précité ; Cass. com., 17 mars 2009, précité), a toutefois considéré que le lien de connexité entre ces deux marchés n'était pas suffisamment établi pour caractériser l'infraction d'abus de position dominante.



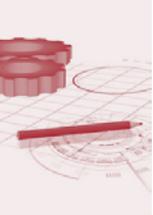
Lorsque la preuve de la stratégie d'éviction incombe à l'autorité de concurrence, cette dernière peut s'appuyer sur tous documents, notes ou éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice (...).

b) Les stratégies de couplage

L'entreprise pharmaceutique peut trouver intérêt à proposer à ses clients cliniques et hôpitaux une offre liée de produits non disponibles à la vente distinctement ou une remise de couplage s'appliquant à l'achat conjoint de produits distincts.

Les stratégies de couplage présentent un degré de risque différent selon qu'il s'agisse d'une vente liée, c'est-à-dire lorsque les produits ne sont pas disponibles distinctement à la vente, ou d'une vente groupée à savoir une offre assortie d'une remise de couplage.

Les ventes liées présentent des effets anticoncurrentiels car l'entreprise en position dominante sur le marché du produit « liant » est



Quelles règles applicables à la politique tarifaire des laboratoires pharmaceutiques sur le marché hospitalier (privé et public) ?

<http://lamyline.lamy.fr>

susceptible d'utiliser sa domination pour faire « levier » sur les marchés non dominés des produits « liés ». En effet, l'effet d'exclusion de la pratique de vente liée doit être concrètement démontré par l'autorité de concurrence (affaire *Microsoft*). Il demeure que l'Autorité de la concurrence a rappelé que « si l'entreprise est en situation de monopole sur le marché du produit liant, l'effet de forclusion découle presque toujours du couplage » (Aut. conc., avis n° 10-A-13, 4 juin 2010, relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle).

L'Autorité de la concurrence reconnaît qu'il est admis que les effets d'éviction des ventes groupées assorties d'une remise de couplage sont moins importants que ceux des ventes liées, une « offre de couplage mixte et non pure » ayant des « effets (...) évidemment moins importants, l'achat séparé restant toujours possible » (Cons. conc., déc. n° 05-D-13, 18 mars 2005, relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage, pt. 70, confirmée par CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 15 nov. 2005, n° RG : 2005/08308).

L'Autorité de la concurrence doit s'attacher à démontrer l'effet réel d'éviction anticoncurrentielle de la remise de couplage.

La remise de couplage sera considérée comme illicite lorsqu'elle aura pour effet d'évincer les concurrents sur le marché ne laissant « aucune possibilité à la société [concurrente] de se maintenir sur le marché et de dégager, en s'alignant sur une semblable base de prix pour rester concurrentielle, la moindre marge brute » (Cass. com., 6 avr. 1999, n° 97-12.776, Bull. civ. IV, n° 79). Cet effet d'éviction sera analysé notamment selon la structure du marché, les barrières à l'entrée (notamment en cas de coûts fixes importants), la position des concurrents sur les marchés en cause, l'étendue de la gamme de produits proposée dans l'offre – plus elle sera large, moins les concurrents seront en mesure de concurrencer l'offre –, le taux de la remise – plus le taux sera important plus l'effet d'éviction sera avéré –, l'assiette de la remise – plus l'offre liera un panel large de produits assorti de la remise, plus l'effet d'éviction sera avéré –, la position des acheteurs – plus ils seront puissants, plus ils auront la capacité à s'approvisionner auprès des concurrents pour contester l'offre.

Dans le secteur pharmaceutique, la société Lilly a été sanctionnée pour avoir lié l'octroi de remises sur l'achat de Dobutrex, médicament indispensable dont elle avait l'exclusivité de distribution, à l'acquisition simultanée de Vancomycine, médicament ouvert à la concurrence (Cons. conc., déc. n° 96-D-12, précitée). Lilly France avait proposé ces offres aux établissements hospitaliers dès l'arrivée de concurrents, sur le marché de la Vancomycine, ce qui avait eu pour effet d'empêcher l'arrivée de concurrents sur ce marché non dominé. La remise pratiquée sur le Dobutrex, marché dominé, a été jugée de surcroît artificielle et discriminatoire, puisque le laboratoire Lilly France proposait des prix plus élevés que les autres laboratoires sur la Vancomycine, ce qui lui permettait de récupérer ses pertes sur le Dobutrex.

Dans sa décision n° 03-D-35 du 24 juillet 2003 (confirmée par CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 30 mars 2004, BOCCRF 15 juin 2004, et Cass. com., 28 juin 2005, n° 04-13.910, Bull. civ. IV, n° 137) relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, le Conseil de la concurrence a sanctionné la société Sandoz pour avoir utilisé un système de remises fidélisantes, liant l'achat de deux spécialités pharmaceutiques à base de ciclosporine, produits coûteux, nécessaires au traitement des patients greffés, et alors sans équivalent sur le marché, dont elle détenait le monopole, à l'achat de spécialités soumises à la concurrence d'autres laboratoires. L'éviction concurrentielle a

été en l'espèce démontrée par l'analyse des résultats des appels d'offre passés par les hôpitaux qui mettaient en avant l'éviction des concurrents de 34 marchés publics au profit du laboratoire Sandoz.

c) Les remises, rabais, ristournes d'objectifs ou de progression

Les autorités de concurrence distinguent deux types de remises :

- **les rabais de quantité**, liés à l'augmentation quantitative des échanges commerciaux entre les parties : ces rabais sont considérés comme justifiés dès lors que l'augmentation du volume des échanges suscite des gains d'efficacité et des économies d'échelle. Il est concevable qu'une entreprise dominante partage, par l'octroi d'un rabais, ses gains avec celle qui en est à l'origine. Dans ce cas, la jurisprudence considère qu'une « prestation économique » justifie l'avantage tarifaire consenti (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, précité, sp. pt. 90) ;
- **les rabais de fidélité** qui ont pour but de fidéliser le partenaire et qui ne sont pas liés à cette idée de partage des gains résultant de gains d'efficacité ou d'économie d'échelle.

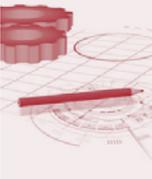
Ces derniers types de remises sont interdits « per se » aux entreprises dominantes par la jurisprudence.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré qu'« il faut apprécier l'ensemble des circonstances notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et examiner si ce rabais étend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ces sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée » (TPICE, 17 déc. 2003, aff. T-219/99, *British Airways c/ Commission*).

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence permet de présenter une grille d'analyse permettant d'identifier certains critères de définition d'une politique tarifaire fidélisante (cf. not. Rapp. Cons. conc. 2004, p. 85, Étude thématique : « Les remises, rabais et ristournes en droit de la concurrence », <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudethema.pdf>>) illicite pour une entreprise en position dominante.

En premier lieu, au regard des critères d'attribution de la remise, nous pouvons relever les éléments suivants :

- Un système de remises reposant sur la réalisation d'objectifs quantitatifs incitant les acheteurs à s'adresser de façon exclusive ou quasi exclusive aux mêmes fournisseurs serait fidélisant et anticoncurrentiel pour une entreprise en position dominante.
- Un système de remises reposant sur des objectifs de vente individualisés pour chaque revendeur (affaire *Michelin I*, CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, *Michelin c/ Commission* ; affaire *British Airways c/ Commission*, TPICE, 17 déc. 2003, précité) serait suspect pour une entreprise en position dominante car il est « souvent basé sur une enquête précise du besoin du client » et reviendrait à accorder aux clients des conditions discriminatoires. Un système de remises reposant sur des seuils standardisés pour tous les clients (où tous les clients relevant d'une même ca-



tégorie de clientèle) est préférable dans la limite où ces seuils ne doivent pas être fixés pour permettre « de favoriser certains partenaires commerciaux, en leur donnant un avantage économique non justifié par le volume d'activité qu'ils apportent et par les éventuelles économies d'échelle qu'ils permettent au fournisseur de réaliser par rapport à leurs concurrents, un système de rabais de quantité entraîne l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes » (CJCE, 29 mars 2001, aff. C-163/99, République portugaise c/ Commission, cité par le Conseil de la concurrence dans l'Étude précitée).

Selon le Conseil de la concurrence (Rapp. Cons. conc. 2004, Étude précitée) « un tel système fondé sur une « grille de remise », dans lequel sont prévus plusieurs taux de remises de plus en plus élevées en fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'acheteur avec le même fournisseur, peut-être moins contraignant pour l'acheteur puisque les effets n'en sont pas liés à un seuil unique ». Ceci dans la limite d'une période de référence et d'un taux de remise qui n'octroient pas un effet d'éviction (voir *infra*).

- La période de référence pour atteindre le palier de chiffre d'affaires donnant droit à l'avantage tarifaire ne doit pas être trop longue. Dans l'affaire *Michelin II*, une période de référence d'un an avait été jugée trop longue par le Tribunal (TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, *Michelin c/ Commission*) « il est inhérent à tout système de ristournes accordées en fonction des quantités vendues au cours d'une période de référence relativement longue que la pression s'accroît, pour l'acheteur, à la fin de la période de référence de réaliser le chiffre d'achats nécessaires afin d'obtenir l'avantage ou de ne pas subir la perte prévue pour l'entreprise de la période ».

Le laboratoire Abbott a été condamné pour avoir, sur le marché de l'isoflurane sur lequel il détenait une position dominante, proposé un système tarifaire fidélisant à trois centrales d'achat, dont certains contrats étaient conclus pour deux ans. Cette durée a été jugée excessive par le Conseil de la concurrence (Cons. conc., déc. n° 01-D-23, 10 mai 2001, relative à des pratiques de la société Abbot sur le marché des produits anesthésiques).

Cette période de référence, pour ne pas qualifier le caractère fidélisant de la pratique au regard des règles de concurrence, doit être analysée au cas par cas, en tenant compte du cycle de commande observé dans le secteur d'activité en cause.

- Enfin, le Conseil de la concurrence a rappelé que « l'absence de transparence d'un système de remise peut constituer un indice sérieux de son caractère anticoncurrentiel ». Ainsi pour une entreprise en position dominante, il serait préférable que les remises apparaissent dans les conditions générales de vente, selon des critères objectifs transparents, et soient appliquées de façon non discriminatoire.

En deuxième lieu, au regard du taux de la remise (cf. not. Rapp. Cons. conc. 2004, Étude précitée), il peut être souligné que plus le taux est élevé, plus l'effet incitatif est potentiellement anticoncurrentiel. Dans le cas d'une grille présentant des remises progressives, le degré de progressivité de la grille sera déterminant pour évaluer son caractère anticoncurrentiel. Le Conseil de la concurrence donne pour exemple : « si une progression de 10 % du volume d'affaires permet un doublement du niveau de la remise, il est évident que le système est plus fidélisant que si la remise n'augmente que de 1 % ».

Le taux de remise ne sera pas anticoncurrentiel si celui qui doit être offert par un concurrent pour contester la partie disputable des achats de l'établissement de santé reste très raisonnable. Pour exemple, dans l'affaire *Michelin II*, le taux de remise qui devait être offert par un concurrent a été jugé très raisonnable puisqu'il ne dépassait pas 1,5 % à 2 %.



La pratique décisionnelle des autorités de concurrence permet de présenter une grille d'analyse permettant d'identifier certains critères de définition d'une politique tarifaire fidélisante.

En troisième lieu, l'assiette de la remise (Rapp. Cons. conc. 2004, Étude précitée) ne doit pas être trop large : dans le cas où la remise applicable au-delà d'un seuil de chiffre d'affaires porte sur la quantité totale de produits achetée sur la période de référence, le caractère anticoncurrentiel de la pratique sera plus facilement avéré. En revanche, si la remise s'applique à la seule quantité incrementale achetée au-delà du seuil, l'effet anticoncurrentiel en sera moindre. En outre, si les remises sont assises sur le montant global des achats réalisés au cours d'une période, ce mode de calcul peut favoriser les achats couplés de plusieurs biens et services (voir *supra*, II, A, 2, b) Cette incitation peut présenter un effet d'éviction pour les concurrents.

B. – Les modes exonérateurs offerts aux entreprises

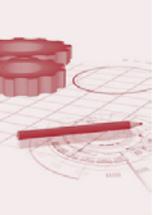
Pour sa défense dans le cadre d'une enquête ou d'un contentieux initié par une autorité de concurrence, le laboratoire pharmaceutique pourra soulever des moyens de défense fondés notamment sur l'élargissement de son marché et/ou l'absence d'éviction de ses concurrents (1), la justification économique de sa pratique (gains d'efficacité) (2), la justification objective (3), un éventuel droit de riposte (4) ou la réponse à une demande formulée par l'hôpital ou la clinique dans les documents de consultation (5).

1) La contestation de la situation de domination et de la stratégie anticoncurrentielle

En premier lieu, le laboratoire pharmaceutique prétendument dominant pourra travailler sur des critères d'élargissement de son marché afin de ne pas être soumis aux contraintes pesant sur l'entreprise dominante.

En second lieu, la démonstration de l'absence d'effet anticoncurrentiel réel et l'absence d'entrave à l'entrée sur le marché seront des éléments majeurs pour justifier la pratique auprès de l'Autorité de concurrence.

Ainsi, alors que la société Aventis en position dominante avait mis en place une politique de gratuité des héparines à bas poids moléculaires auprès des hôpitaux de 2000 à 2004, l'Autorité de la concurrence a prononcé un non-lieu à poursuivre constatant que ces pratiques n'avaient pas eu pour effet d'évincer les concurrents sur le marché des ventes à l'hôpital et en ville puisqu'elle a fait le constat du développement des parts de marché des concurrents sur ces deux segments (Aut. conc., déc. n° 10-D-02, précitée).



Quelles règles applicables à la politique tarifaire des laboratoires pharmaceutiques sur le marché hospitalier (privé et public) ?

<http://lamyline.lamy.fr>

De même, la démonstration que l'entreprise évincée était en tout état de cause moins efficace que l'entreprise dominante (cf. not. le test du concurrent aussi efficace proposé par la Commission européenne dans sa communication Comm. CE n° 2009/C 45/02, précitée) devrait permettre d'exonérer la pratique.

2) La démonstration de gains d'efficience

L'article L. 420-4 du code de commerce prévoit que ne sont pas prohibées par l'article L. 420-2 les pratiques « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ».

De même, le juge communautaire recherche si l'effet restrictif pour la concurrence peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur (Communication Comm. CE n° 2009/C 45/02, précitée, pt. 30).

Dans le cas où l'entreprise pratiquerait des prix qualifiés de prédateurs, cette dernière pourra s'appuyer, par exemple, sur la nécessité de supporter des coûts d'apprentissage indispensables à la pénétration de nouveaux marchés, le lancement de nouveaux produits, l'obligation de s'adapter un changement brutal des conditions de marché (crise de la demande, nécessité d'écouler des stocks périssables, etc.) (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, précitée, pt. 178).

Ou encore, une remise peut être justifiée objectivement par des économies de coûts de production ou de commercialisation. La Commission européenne reconnaît la possibilité à l'entreprise dominante de justifier sa pratique de vente groupée, par « la réduction des coûts de transaction pour les clients, qui devraient, sinon acheter les composants séparément, et pour les fournisseurs, de réaliser des économies substantielles sur les coûts d'emballage et de distribution » (Communication précitée, pt. 62).

Il demeure que les économies de coûts devront être démontrées comme relevant de la pratique, que cette dernière est indispensable à l'obtention de ces économies, que les clients finaux en bénéficient et que les effets négatifs sur le marché sont compensés par ceux bénéfiques liés aux dites économies. Des méthodes économétriques quantitatives devront être présentées à l'autorité de concurrence pour opérer cette démonstration.

3) La justification objective

L'entreprise dominante peut justifier sa pratique pour des raisons touchant à la santé et à la sécurité qui sont liées à la nature du produit considéré.

Ainsi s'il était possible d'alléguer, par exemple, qu'une offre « couplée » puisse être justifiable par le protocole médical, une telle offre serait licite. Il convient toutefois d'utiliser cette justification avec prudence car les autorités de concurrence considèrent que dans le domaine de la santé, une entreprise privée ne saurait alléguer d'une utilisation indispensable de produits complémentaires non imposée par le protocole médical.

L'incidence des autorités publiques pourrait également être alléguée pour justifier la pratique notamment dans les secteurs régulés. Mais l'entreprise dominante ne peut se retrancher derrière la

décision administrative d'homologation pour échapper à toute condamnation (Cons. conc., déc. n° 04-D-22, 21 juin 2004, relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel « Primaliste longue distance »).

4) Le droit de riposte

Le droit de riposte d'une entreprise dominante à l'offre d'un concurrent a été reconnu tant par les autorités nationale que communautaire.

L'Autorité de la concurrence précise les conditions encadrant ce droit de riposte :

- 1°) « L'entreprise doit démontrer que son comportement est indispensable à la poursuite d'un objectif légitime, ce qui implique en général de mettre en évidence que le comportement du concurrent constitue une menace suffisamment sérieuse sur ses intérêts pour appeler une riposte ».
- 2°) « Elle doit ensuite démontrer que son comportement n'exécède pas, dans sa durée et dans son champ d'application matériel et géographique, ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, et notamment, qu'il n'existe pas d'alternative moins restrictive de la concurrence ».
- 3°) « L'entreprise dominante doit enfin démontrer que sa riposte est proportionnée par rapport à la puissance économique des entreprises en présence » (Aut. conc., avis n° 10-A-13, précité, pt. 50).

Le Conseil de la concurrence a ainsi admis qu'une entreprise dominante pouvait, en principe, lier un service proposé sur le marché dominé et un service proposé sur un marché concurrentiel en réponse au lancement d'une offre similaire par un concurrent (Cons. conc., déc. n° 04-D-22, précitée). Dans l'affaire de la gratuité pratiquée à l'hôpital par Aventis sur le Lovenox, l'Autorité de la concurrence prononce un non-lieu à poursuivre soulignant notamment que la pratique de gratuité avait été initiée par les concurrents d'Aventis (Aut. conc., déc. n° 10-D-02, précitée).

La Commission européenne limite toutefois ce droit de riposte de l'opérateur dominant consistant à s'aligner sur les prix de ses concurrents, lorsque ceux-ci ne lui permettent pas de couvrir ses coûts (Déc. Comm. CE n° COMP/38.233, 16 juill. 2003, Wanadoo Interactive).

5) La demande du client

Il semble que le Conseil de la concurrence ait pu considérer que la vente liée ne constitue pas un abus de position dominante lorsque cette faculté a été voulue par le client. Dans le cadre d'appels d'offre émis par des hôpitaux pour l'achat de gaz médicaux (Cons. conc., déc. n° 03-D-01, 14 janv. 2003, relative au comportement de sociétés du groupe Air liquide dans le secteur des gaz médicaux), la possibilité d'offrir des remises liées à l'attribution de plusieurs lots ou de la totalité du marché des gaz médicaux ayant été expressément prévue par les divers règlements des marchés en cause, et « aucun élément du dossier ne laissant à penser que les remises offertes auraient été anormales ou auraient dissimulé des comportements anticoncurrentiels empêchant les concurrents de s'approvisionner auprès du groupe Air liquide », le Conseil n'a pas retenu le grief d'abus de position dominante. ■

De la difficulté d'appréhender les accords d'appairage : retour sur la décision de l'Autorité de la concurrence Cogent/France Télécom

Alors que le secteur des télécommunications et notamment celui de l'Internet continuent à faire l'objet d'une attention particulière de la part de l'Autorité de la concurrence, la décision rendue le 20 septembre 2012 sur le différend opposant l'opérateur américain Cogent à France Télécom concerne cette fois l'interconnexion des acteurs de l'Internet et présente un intérêt tout particulier. Cette décision, inédite en la matière, rendue dans le contexte du débat sur la neutralité de l'Internet, ne manquera pas d'impacter le fonctionnement du marché. L'Autorité porte en effet une appréciation sur la question importante de la rémunération des accords d'appairage ou de « *peering* ».

Aut. conc., déc. n° 12-D-18, 20 sept. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet



Par Philippe GUIBERT

Avocat à la cour
De Pardieu Brocas Maffei



Et Pauline PATAT(*)

Avocat à la cour
De Pardieu Brocas Maffei

→ RLC 2433

I. – LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Pour bien comprendre la portée de la décision du 20 septembre 2012, il n'est pas inutile de revenir sur le fonctionnement du marché de l'interconnexion sur lequel interviennent Cogent et France Telecom ainsi que l'origine de leur différend et la procédure suivie devant l'Autorité.

A. – Rappel du fonctionnement du marché

Le fonctionnement du réseau mondial de l'Internet suppose, par définition, une interconnexion entre ses différents acteurs. Concrètement, trois types d'acteurs interviennent sur ce marché de l'interconnexion.

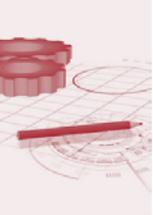
D'une part les fournisseurs d'accès à internet (« FAI »), tels France Télécom via sa marque Orange, ou encore Bouygues Télécom, Free..., proposent aux utilisateurs finals une connexion illimitée à l'Internet mondial en mettant à disposition un service de transfert de données sur leur réseau interne selon la technologie ADSL, puis en assurant l'envoi des requêtes de leurs abonnés et la réception des données demandées par lesdits abonnés sur l'Internet. Le flux d'envoi est structurellement asymétrique tant du fait de la technologie utilisée (le « A » d'ADSL signifiant « Asymétrique ») que du

fait de la nature des communications (la demande de réception d'une vidéo nécessite quelques octets, alors que chaque seconde de vidéo reçue en demande plusieurs millions).

D'autre part, les prestataires de service de la société de l'information (« PSI », au sein desquels on distingue les fournisseurs de contenu [tel Wikipédia], de media [tels Megaupload, DailyMotion], tous les sites de « e-commerce » [Vente Privée, la Fnac, etc.], et enfin les fournisseurs de services [telle la messagerie instantanée en ligne]), ont besoin d'être connectés au réseau de l'Internet. Ces derniers reçoivent les requêtes de données des abonnés et leur envoient en réponse les données demandées (pages d'un site, vidéos, etc.).

Enfin, les opérateurs de transit ou « transitaires », tels Cogent, Level 3 ou encore Tata, permettent aux réseaux des différents FAI, dispersés sur toute la planète, de s'interconnecter entre eux et avec les PSI, grâce à leurs réseaux mondiaux. Cette même organisation peut se retrouver à des niveaux « inférieurs », c'est-à-dire « régionaux » (Europe, Afrique, Asie) ou nationaux.

(*) Avec l'aide d'Amaury LE BOURDON, élève avocat.



De la difficulté d'appréhender les accords d'appairage : retour sur la décision de l'Autorité de la concurrence Cogent/France Télécom

<http://lamyline.lamy.fr>

L'interconnexion intervient dans deux dimensions : de manière « verticale » entre deux échelons différents de la chaîne de transport et de manière « horizontale » entre opérateurs de transport.

Dans une relation verticale, on parle de transit. Le transit correspond en pratique à la prestation payante fournie par des transitaires aux FAI ou aux PSI qui souhaitent avoir accès de manière directe à l'ensemble de l'Internet international, soit pour y envoyer les requêtes des abonnés à l'internet (FAI à transitaire), soit pour mettre à disposition les données de leur sites (PSI à transitaire). Côté FAI, le coût de cette prestation est répercuté dans le montant de l'abonnement haut-débit vendu aux particuliers, dont l'objet est précisément de donner accès à l'Internet mondial. Symétriquement, les PSI supportent, dans leurs charges d'exploitation, le coût du transit des données demandées par les abonnés des FAI, de leur serveur jusqu'aux portes des réseaux de ces derniers.

L'interconnexion intervient également dans une relation horizontale entre opérateurs situés au même niveau de la chaîne de valeur du transport de données ; on parle alors d'accords de « *peering* » ou de « pair à pair » (« *peer to peer* »). Ces accords bilatéraux, conclus entre deux acteurs situés au même niveau de la chaîne de valeur de l'internet, visent à permettre à ces derniers de se remettre mutuellement le trafic qu'ils ont généré en proposant des prestations de transit aux PSI ou FAI avec lesquels ils ont des connexions directes.

Ces accords d'échanges de trafic entre opérateurs concurrents vis-à-vis des FAI ou des PSI se font, contrairement au transit, sous la forme d'un « *bill & keep* » (absence de facturation par compensation des paiements). Si un transitaire « sur-utilise » le réseau de son concurrent, et fait ainsi transporter par son concurrent, plus de trafic qu'il n'en transporte pour lui, il a la possibilité soit d'obtenir une connexion directe avec les PSI/FAI qui sont à la source de ce déséquilibre, soit de payer à son concurrent un droit d'utilisation de son réseau (le « *peering payant* »).

En effet, alors que les consommateurs ne disposent que d'une connexion unique à l'Internet (via leurs FAI), les PSI et les FAI ont pour leur part généralement plusieurs interconnexions avec des transitaires entre lesquelles ils peuvent arbitrer si l'un des transitaires voulait augmenter ses prix de manière déraisonnable. L'existence de cette multi-connectivité exclut la facturation d'un prix excessif par l'un ou l'autre.

Ce que l'on appelle l'« Internet mondial » est donc constitué de l'interconnexion, sous forme de « *peering* », de ces différents réseaux dit de « *Tier 1* » ou « niveau 1 », qui sont en concurrence entre eux.

Comme le précise l'Autorité dans sa décision, le marché de la connectivité sur Internet est un marché non régulé. Par conséquent, les deux types d'accès aux réseaux sont le fruit de libres négociations commerciales entre les acteurs.

B. – Les origines du différend

France Télécom est, à la fois, un FAI au travers de sa marque Orange et un opérateur de transit international grâce au développement d'un réseau international via sa marque Open Transit. Open Transit propose ses prestations de transit essentiellement à ses filiales, fournisseurs d'accès situés en Europe, et à quelques

PSI, lesquels peuvent être intéressés par la possibilité d'atteindre directement les abonnés de ses filiales fournisseurs d'accès.

Cogent souhaitait, en tant qu'opérateur de transit, pouvoir remettre à France Télécom (fournisseur d'accès) le trafic demandé par les abonnés d'Orange auprès des PSI desservis par Cogent. Concrètement, ce trafic n'est pas « généré » par Cogent ni par les fournisseurs de contenus auxquels il donne accès, mais uniquement par le comportement des abonnés d'Orange, qui sollicitent ce contenu.

France Télécom a cependant exigé que cet accord intervienne sous la forme d'un accord de « *peering* » payant pour Cogent, au-delà d'un certain ratio de données envoyées/reçues. France Télécom restreignait, à ce titre, l'interconnexion directe au niveau de son activité de fournisseur d'accès et entendait que l'interconnexion verticale intervienne via son opérateur de transit, Open Transit. Pour France Télécom, en effet, le trafic envoyé par Cogent, bien que résultant des abonnés d'Orange, avait fortement augmenté (du fait, en particulier, de la fréquentation du site Megaupload, ancien client de Cogent, par les abonnés d'Orange).

Pour sa part, Cogent a considéré qu'elle n'avait pas à payer, au titre de cette seule remise de données, pour leur transport sur le réseau d'Orange. Cogent soutenait ainsi que les équipements d'interconnexion d'Orange (fournisseur d'accès) qui permettent d'accéder aux abonnés d'Orange constituent une facilité essentielle pour son activité vis-à-vis des PSI qu'elle représente, puisqu'elle ne peut pas livrer aux abonnés d'Orange les contenus demandés sans passer par Orange.

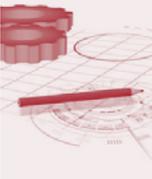
Le 9 mai 2011, Cogent a donc saisi l'Autorité de la concurrence, reprochant à France Télécom d'avoir enfreint les règles de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne proscrivant les abus de position dominante. Diverses pratiques étaient alors dénoncées par l'opérateur américain : refus d'accès à une facilité essentielle, vente liée, facturation de capacités supplémentaires, discrimination, etc.

La saisine de Cogent a été communiquée pour avis à l'ARCEP, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, laquelle a rendu son avis le 20 octobre 2011 (ARCEP, avis n° 11-1241, 20 oct. 2011).

Au cours de l'instruction, des préoccupations de concurrence ont été formulées par l'Autorité. En réponse à celles-ci, France Télécom a présenté des engagements à l'Autorité. Finalement, suite à la réalisation d'un test de marché, l'Autorité de la concurrence a décidé d'accepter les engagements proposés et de clore la procédure par le biais de la décision aujourd'hui commentée.

II. – LA DÉCISION DE L'AUTORITÉ

Par sa décision du 20 septembre 2012 (voir également Aut. conc., communiqué de presse, 3 avr. 2012, organisant le test de marché), l'Autorité de la concurrence rejette finalement la plupart des griefs formulés par Cogent, estimant que France Télécom est en droit de facturer l'ouverture de nouvelles capacités. Pour répondre aux préoccupations de concurrence liées au seul reproche retenu de risques de ciseau tarifaire, les engagements proposés par France Télécom, visant à rendre plus transparentes les relations liant Orange à Open Transit, ont été acceptés.



A. – Portée en termes de droit de la concurrence

La motivation de la décision de l’Autorité est curieusement peu abondante alors même qu’elle rejette toutes les pratiques dénoncées par Cogent dans sa saisine, sauf une. L’Autorité se contente d’accepter les engagements proposés par France Télécom, en réponse aux préoccupations de concurrence qu’elle a identifiées s’agissant de celle-ci.

Le marché pertinent pris en compte est celui de l’accès aux clients internautes d’Orange. Sur ce marché, sans que la question soit définitivement tranchée, la décision identifie une position dominante éventuelle de France Télécom, principalement en raison de l’intégration verticale de ses réseaux.

L’Autorité poursuit ensuite son raisonnement en analysant les risques d’abus résultant des pratiques dénoncées par Cogent. Dans une motivation relativement sommaire, les différents reproches sont un à un écartés, en fait et en droit, pour ne retenir qu’un risque de pratique d’éviction prenant la forme d’un ciseau tarifaire.

En admettant qu’Orange puisse facturer **des capacités supplémentaires** au titre des ratios qu’elle définit dans le cadre des accords de « *peering* », la présente décision valide donc la politique suivie par France Télécom.

Cette position est justifiée, selon l’Autorité, par un trafic entre les pairs particulièrement asymétrique. En effet, « *un tel profil de trafic est de nature à induire des charges nouvelles pour France Télécom, liées à la nécessité de dimensionner ses infrastructures de réseau pour écouler le trafic vers ses abonnés* » (pt. 95).

Outre son caractère succinct, cette analyse prête à discussion, en énonçant comme établi que des charges nouvelles sont créées du fait d’un trafic entrant important sur le réseau interne de France Télécom. Cette affirmation, qui constitue la justification centrale du raisonnement de l’Autorité, n’est en réalité pas si évidente. Le trafic apporté par Cogent aux portes du réseau d’Orange étant demandé par les abonnés d’Orange, le dimensionnement des infrastructures de réseau nécessaire pour écouler le trafic vers ses abonnés, une fois ce trafic remis, n’est pas impacté par l’identité de l’entreprise qui le remet et peu importe alors qu’il soit apporté par Cogent ou par un autre transitaire.

Pour bien comprendre la structure des coûts, on peut effectuer une comparaison avec le système postal. Lorsqu’un colis international est remis à un bureau de La Poste français, l’identité de l’opérateur de transport (par exemple, Deutsche Post ou l’opérateur international de La Poste) ne change en rien la dimension du réseau postal. Ce qui dimensionne l’infrastructure écoulant le trafic au point d’interconnexion tient plus probablement aux coûts que supporte l’abonné lorsqu’il demande ces « *colis* » (ou « *paquets de données* »). Si l’abonné est en mesure d’envoyer les colis, de quelque dimension que ce soit, sans supporter de surcharge en fonction du volume ou du poids (système de l’« *abonnement à Internet illimité* »), il aura tendance à « *consommer* » sans limite.

S’agissant de la pratique de **ciseau tarifaire** faisant l’objet des préoccupations de concurrence des services de l’instruction, le raisonnement adopté n’est pas non plus sans soulever de réelles interrogations. On notera en premier lieu que le choix de l’Autorité de retenir la possibilité d’un ciseau tarifaire reviendrait implicitement

à reconnaître l’existence de prestations « *indispensables* », comme le montre l’arrêt *TeliaSonera* (Aut. conc., déc. commentée, pt. 123 ; CJUE, 17 févr. 2011, aff. C-52/09, *Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB*, § 70). Or le grief de Cogent sur ce point a été rejeté.

Par ailleurs, ce type d’abus, appelé aussi « *étranglement de marge* », est constaté dès lors que le prix pratiqué sur un marché de détail par un opérateur verticalement intégré n’est pas suffisant pour couvrir la somme (i) des coûts des prestations qui sont indispensables à ses concurrents pour reproduire la même prestation (alors que celles-ci ne peuvent leur être fournies que par l’opérateur intégré) et (ii) des propres coûts aval de l’opérateur intégré. Le test à utiliser pour identifier une telle pratique est posé de manière assez claire par la jurisprudence tant interne qu’européenne (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c/ Commission* ; Cass. com., 3 mars 2009, n°s 08-14.435 et 08-14.464, Bull. civ. IV, n° 30). Dans un cas comme celui-ci, il se résume à vérifier si les prix qu’OpenTransit facture aux PSI (marché de détail ou aval) pour desservir les abonnés d’Orange couvrent à la fois les coûts de son réseau de transit international et ceux qu’Orange prétend faire supporter à Cogent pour remettre à celle-ci les données de ces mêmes PSI. Ce sont donc ces coûts qui auraient dû être vérifiés afin de les confronter aux prix pratiqués en aval et en amont par l’entreprise dominante et afin d’analyser l’écart résultant de cette comparaison (CJUE, 17 févr. 2011, *TeliaSonera*, précité, §§ 70 et 112).



Comme le précise l’Autorité dans sa décision, le marché de la connectivité sur Internet est un marché non régulé. Par conséquent, les deux types d’accès aux réseaux sont le fruit de libres négociations commerciales entre les acteurs.

Or, l’Autorité ne semble pas suivre cette analyse mais considère que ce test reviendrait à déterminer « *si les tarifs pratiqués par France Telecom vis-à-vis de ce fournisseur de contenus ne sont pas trop bas au regard de ceux pratiqués vis-à-vis des concurrents d’Open Transit sur le marché du transit* ». La question de l’éviction provoquée par un effet de ciseau ne dépend cependant pas du niveau absolu du prix pratiqué sur l’un des marchés par OpenTransit mais seulement de l’écart entre les deux niveaux de prix amont/aval (voir également CJUE, 17 févr. 2011, précité, § 101 : « *En effet, la possibilité que les concurrents soient évincés du marché ne dépend ni de la circonstance que l’entreprise dominante subisse des pertes, ni de celle que cette entreprise soit en mesure de récupérer ses pertes, mais dépend uniquement de l’écart entre les prix appliqués sur les marchés concernés par l’entreprise dominante, susceptible de faire éventuellement subir des pertes non pas à l’entreprise dominante elle-même mais à ses concurrents* »). Il s’agit de déterminer si, à supposer qu’OpenTransit se voit appliquer les coûts des prestations « *amont* » que France Télécom prétend facturer à Cogent, Cogent pourrait ou non entrer en concurrence avec OpenTransit sans subir des pertes, tout en étant aussi efficace que cette dernière.

L’Autorité indique ne pas avoir été en mesure de mener ce test au motif que la tarification entre Orange et OpenTransit serait opaque. L’affirmation peut surprendre puisque les prix facturés par OpenTransit et France Télécom à Cogent devaient en principe

figurer au dossier et que les prix facturés par OpenTransit à ses clients ne sont pas confidentiels, vis-à-vis de l'Autorité. Restaient à déterminer les coûts de l'activité OpenTransit. Or, cela n'est pas l'objet de l'engagement.

On peut ainsi se demander en quoi, les engagements proposés par France Télécom, qui consistent à formaliser un protocole interne entre Open Transit et Orange décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité d'Open Transit à Orange, peuvent être de nature à résoudre cette prétendue opacité. Le fait que cet engagement suive les principes et recommandations dégagés par l'ARCEP ne saurait à cet égard suffire pour prétendre qu'il résout la question de concurrence soulevée ; la décision devrait le démontrer (Rapp. ARCEP « Neutralité de l'Internet et des réseaux », sept. 2010).

B. – Portée en termes de fonctionnement du marché

La solution apportée par la décision commentée pose des questions délicates en droit de la concurrence. Elle aura au surplus, sans conteste, des conséquences importantes au regard du financement des réseaux de télécommunication.

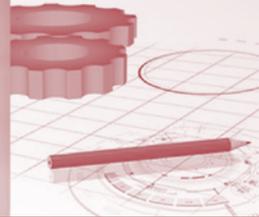
L'imposition d'une plus grande transparence dans les conditions applicables à la fourniture de services de connectivité, dans le cas d'un opérateur verticalement intégré, paraît opportune pour assurer une meilleure concurrence sur le marché. En revanche, la validation par l'Autorité de la concurrence de la possibilité pour un opérateur intégré de facturer la rémunération de capacités pour l'accès à ses propres abonnés soulève des difficultés.

La décision conduit ainsi à mettre en place un nouveau partage de valeur au titre duquel les FAI peuvent prétendre faire payer l'accès à leurs abonnés. Si tel est le cas, on ne peut en effet que relever, comme le déclare le président de l'Autorité (interview du Président Lasserre dans *Le Figaro*, 13 janv. 2013 : « En 2012, avec notre décision Cogent/Orange, pour la première fois dans le monde, une autorité de la concurrence a affirmé la valeur des réseaux »), le caractère innovant de cette approche.

Cette facturation de l'échange de trafic aux transitaires, pour un trafic dont ils ne maîtrisent pas l'origine, conduit à leur faire supporter une tarification sur laquelle ne s'exerce aucune concurrence. Les transitaires seront certes tentés de la répercuter comme telle sur leurs clients – ce qui augmentera les coûts pour ces derniers –, mais cet effet « pass-on » ne permettra pas pour autant de rendre cette tarification « contestable ». En cas de répercussion des prix sur leurs clients, les PSI, du moins ceux qui ont un pouvoir de négociation, seront en revanche tentés de négocier une interconnexion directe avec les FAI, évinçant ainsi les transitaires de l'activité internationale sur laquelle ils sont en concurrence avec OpenTransit. Parallèlement, la multiplication de ces accords bilatéraux entre PSI et FAI peut avoir un effet négatif sur l'innovation puisqu'elle peut obliger les petits acteurs, soit à tenter de multiplier les accords bilatéraux, soit à accepter de confier toutes leurs prestations à Open Transit.

Ces effets indésirables expliquent pourquoi, le principe d'une facturation pour accéder aux abonnés des FAI afin de leur remettre les données qu'ils demandent, est critiqué par plusieurs organismes publics ayant eu à se prononcer sur le sujet. C'est ainsi le cas de l'OCDE, du Parlement européen et plus récemment du BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications), organe régulateur des télécommunications au niveau de l'Union européenne (OCDE, oct. 2012, Van der Berg R., *Internet Traffic Exchange – Market Developments and Policy Challenge* ; Motion jointe de résolution du Parlement européen du 20 novembre 2012 pour la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales de l'Union internationale des télécommunications, pt. 6 ; Commentaire du BEREC sur la proposition de l'ETNO pour l'ITU/WCIT, nov. 2012).

Selon le BEREC, « Internet s'est bien développé sans intervention réglementaire, grâce à la coordination des parties concernées sur ce marché libre » (« auto-régulation »). Cette décision rompt sans doute l'équilibre construit par la pratique des opérateurs et soulève des questions quant à son opportunité économique. Reste à voir si elle sera suivie par d'autres autorités de concurrence ou juridictions appelées à se prononcer sur cette question particulière. ■



État des lieux du droit de la concurrence dans les outre-mer

Tandis que la loi du 20 novembre 2012 sur la régulation économique outre-mer fête son premier anniversaire, Polynésie française et Nouvelle-Calédonie sont en pleine réflexion autour de la création d'autorités régulatrices qui leur seraient propres. C'est alors l'occasion de dresser l'état des lieux du droit de la concurrence dans les collectivités territoriales ultramarines françaises.



Par Rafaële RAYMOND

Docteur en droit privé

→ RLC 2434

D'arrière la carte postale, masquée par des images de sable blanc, de lagons turquoise et de bananeraies verdoyantes, se terre une réalité source de conflits sociaux récurrents dans les territoires ultramarins français : la vie chère. Ainsi, en 2010, les chiffres publiés par l'INSEE (cf. Berthier J.-P., Lhéritier J.-L., Petit G., Comparaison des prix entre les DOM et la métropole en 2010, Insee Première n° 1304, juill. 2010, <<http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1304/ip1304.pdf>>. À noter que ces chiffres s'inscrivent dans la lignée de ceux établis en 2009 par la DGCCRF sur demande de l'Autorité de la concurrence pour rendre son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer) ont révélé que, pour un revenu disponible inférieur de 35 % en moyenne, les habitants des départements d'outre-mer (DOM) payaient leurs produits alimentaires entre 30 % et 50 % plus chers qu'en métropole.

Dans ce contexte socio-économique difficile, le Gouvernement a décidé, après consultation de l'Autorité de la concurrence (suite à l'embrasement des Antilles françaises au début de l'année 2009, le Secrétaire d'État à l'outre-mer avait saisi l'Autorité de la concurrence pour avis sur la situation de la concurrence dans les départements d'outre-mer, et plus particulièrement dans le secteur des carburants et de l'importation et la distribution des produits de grande consommation. Deux avis furent publiés : l'avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer et l'avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, précité), d'agir sur le terrain juridique. C'est alors que la lutte contre la vie chère dans les DOM s'est matérialisée par une loi : la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer (L. n° 2012-1270, 20 nov. 2012), dite loi *Lurel*. Or, au-delà du symbole qu'elle constitue dans l'engagement du Gouvernement à l'encontre de la cherté de la vie outre-mer, cette loi est l'illustration de la singularité de la mise en œuvre du

droit et, plus particulièrement, du droit de la concurrence sur le territoire français.

Effectivement, par son intitulé, tout d'abord, celle-ci a fait apparaître une différence de traitement entre les marchés domiens et les marchés métropolitains. Ensuite, par son article 1^{er}, elle a mis en exergue l'hétérogénéité des dispositions applicables en la matière au sein même des territoires ultra-marins, puisque parmi les quatorze collectivités territoriales ultramarines que compte la France, outre les DOM, seules les collectivités d'outre-mer (COM) de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna ont été expressément incluses dans son champ d'application.

Partant, c'est l'image d'un droit de la concurrence « bigarré », reflet de la diversité des statuts des différents territoires ultramarins que la loi *Lurel* a mis en avant. Très nettement, il n'existe pas une, mais plusieurs versions du droit de la concurrence sur le territoire français. Aussi, à l'heure du premier anniversaire de la loi du 20 novembre 2012, alors que Polynésie française et Nouvelle-Calédonie songent à se doter de leurs propres autorités régulatrices, est-ce l'occasion de dresser un état des lieux de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Une étude attentive de la situation révèle alors l'existence de deux tendances au sein des territoires ultramarins français. En effet, il est possible de distinguer, d'une part, ceux qui partagent, pour l'essentiel, la même législation concurrentielle que la métropole sous réserves d'aménagements éventuels (DOM et COM de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Wallis-et-Futuna, TAAF et île de Clipperton) et, d'autre part, ceux qui mettent en place leur propre législation concurrentielle en marge des dispositions applicables dans l'hexagone (Polynésie française et Nouvelle-Calédonie). Tandis que les premiers bénéficient d'un

droit de la concurrence aménagé par rapport à la métropole (I), les seconds se marginalisent de l'hexagone par l'adoption d'une législation concurrentielle qui leur est propre (II).

I. – L'AMÉNAGEMENT DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LES DOM ET DANS LA MAJORITÉ DES COM

En vertu de l'article 73 de la Constitution, « dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit », étant précisé qu'« ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ». Partant, dans les DOM, le principe est celui de l'applicabilité de plein droit du droit de la concurrence métropolitain tempéré par une possibilité d'aménagement, ce dont la loi *Lurel* se fait l'illustration (A).

Dans les COM, la situation est moins uniforme, puisqu'en vertu de l'article 74 de la Constitution, la mise en œuvre des lois et règlements de la métropole dépend du statut de chacune d'entre elles. Toutefois, nombreuses sont les COM qui, à l'instar des DOM, ont fait le choix de l'applicabilité de plein droit des dispositions métropolitaines sous réserve d'éventuels aménagements et de domaines réservés (B).

A. – L'aménagement du droit de la concurrence dans les DOM

Par application du principe dit « d'identité législative » mis en place par l'article 73 de la Constitution, si les aménagements du cadre législatif « aux caractéristiques et contraintes particulières » des départements d'outre-mer sont permis, c'est l'applicabilité de plein droit du droit métropolitain qui prévaut, dispositions européennes comprises (à l'exception de Mayotte qui n'aura ce statut que le 1^{er} janvier 2014, les DOM sont, en vertu de l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE], des régions ultrapériphériques [RUP] qui se voient appliquer l'ensemble du droit de l'Union européenne, primaire comme dérivé, sous réserve d'éventuels aménagements [TFUE, art. 349]. À noter que la COM de Saint-Martin a également la qualité de RUP.



Les marchés domiens, sans qu'il y ait rupture, se démarquent indéniablement des marchés métropolitains par le bénéfice d'un cadre législatif aménagé par rapport aux marchés métropolitains.

Dès lors, dans les DOM, le droit de la concurrence, sans être l'exacte réplique du droit métropolitain, s'inscrit dans sa continuité. À cet égard, Conseil constitutionnel pour les aménagements législatifs et Conseil d'État pour les aménagements réglementaires veillent. En effet, ces deux institutions exercent un contrôle sur l'écart législatif qui pourrait exister entre les DOM et la métropole. D'une part, est vérifiée l'existence « des caractéristiques et contraintes particulières » justifiant des adaptations (cf., pour le contrôle du Conseil constitutionnel : Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503. Pour le contrôle du Conseil d'État, cf. : CE, 9 févr. 1983, n° 47899, Esdras et a.), d'autre part, est surveillée l'ampleur de ces adaptations (cf. Cons. const., 25 juill. 1984, n° 84-174, et CE, 4 oct. 1967, n° 63647, époux Butel).

Par conséquent, lorsque la loi *Lurel* prévoit des aménagements du cadre législatif ultramarin, n'y a-t-il rien de surprenant. Celle-

ci s'inscrit dans une mise en œuvre classique de l'article 73 de la Constitution. Pour autant, cela ne signifie pas qu'elle n'ait rien apporté dans la législation concurrentielle française.

À titre de petite nouveauté, le seuil du contrôle des concentrations dans le commerce au détail a été abaissé (Loi *Lurel*, art. 9, modifiant C. com., art. L. 430-2), quand, au titre des grandes nouveautés, le Gouvernement a reçu habilitation pour prendre les mesures nécessaires destinées à remédier aux dysfonctionnements des marchés de gros (Loi *Lurel*, art. 1 codifié à C. com., art. L. 410-3), un bouclier anti-vie chère a été mis en place (Loi *Lurel*, art. 15, codifié à C. com., art. L. 410-5), une nouvelle infraction de concurrence a été créée (Loi *Lurel*, art. 5, codifié à C. com., art. L. 420-2-1) et l'Autorité de la concurrence a été dotée d'un pouvoir d'injonction structurelle étendu (Loi *Lurel*, art. 10, codifié à C. com., art. L. 752-27).

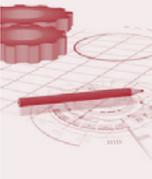
Ce faisant, les marchés domiens, sans qu'il y ait rupture, se démarquent indéniablement des marchés métropolitains par le bénéfice d'un cadre législatif aménagé par rapport aux marchés métropolitains. Toutefois, l'aménagement de la législation concurrentielle n'est pas exclusivement réservé aux DOM, certaines COM en bénéficiant également.

B. – L'aménagement du droit de la concurrence dans les COM

Dans les COM, le principe d'identité législative établi par l'article 73 de la Constitution ne vaut plus de manière automatique. Aussi, aux termes de l'article 74 de la Constitution, pour connaître les règles de mise en œuvre du droit métropolitain sur ces territoires, il convient de se référer aux différentes lois organiques ayant fixé leurs statuts respectifs. Or, l'étude des dites lois organiques révèle qu'une majorité des collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution ont fait le choix de l'applicabilité de plein droit du droit métropolitain sous réserve d'éventuels aménagements aux spécificités locales et de domaines réservés. S'inscrivent dans cette voie les collectivités de Saint-Barthélemy (CGCT, art. LO 6213-1), de Saint-Martin (CGCT, art. LO 6313-1), de Saint-Pierre et Miquelon (CGCT, art. LO 6413-1) et de l'île de Clipperton (L. n° 55-1052, 6 août 1955, portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton, art. 9). D'ailleurs, toutes ces collectivités, à l'exception de l'île de Clipperton, ont été incluses dans le champ d'application de la loi *Lurel*.

Quant aux territoires des Terres australes et antarctiques (TAAF) et de Wallis-et-Futuna, s'ils sont régis par un principe de spécialité législative qui soumet l'applicabilité du droit métropolitain à l'existence d'une mention expresse, cela n'empêche pas qu'ils partagent, pour l'essentiel, la législation concurrentielle applicable en métropole. Effectivement, tandis que le statut des TAAF prévoit que lui sont applicables de plein droit les dispositions législatives et réglementaires relatives au droit commercial (L. n° 55-1052, précitée, art. 1-1, 7°), la mise en œuvre du livre IV du code de commerce a été étendue au territoire de Wallis-et-Futuna, tout comme la loi *Lurel* du reste (cf. C. com., art. 950-1, 4°, qui rend applicable à Wallis-et-Futuna le livre IV du code de commerce, sous réserve de quelques adaptations).

Finalement, une majorité des COM partagent avec les DOM le même cadre législatif en matière de droit de la concurrence, ce qui crée une certaine homogénéité salubre pour la lisibilité du droit. En vérité, seules la Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie



se marginalisent réellement en la matière, que ce soit vis-à-vis de la métropole ou des autres collectivités ultramarines.

II. – L'INDIVIDUALISATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE ET EN NOUVELLE-CALÉDONIE

En marge des collectivités territoriales ultramarines qui ont une législation concurrentielle fortement ancrée dans le droit métropolitain se trouvent la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie. Toutes deux, sans avoir un statut identique (tandis que la Polynésie française est une collectivité d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution, la Nouvelle-Calédonie est une collectivité dite « *sui generis* », selon les propres termes du ministère des outre-mer sur son site Internet : <<http://www.outre-mer.gouv.fr/?presentation-nouvelle-caledonie.html&artpage=3>>), sont régies par un principe dit de « *spécialité législative* » (cf., pour la Polynésie française, L. org. n° 2004-192, 27 févr. 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 7 ; pour la Nouvelle-Calédonie : L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 6-1 et 6-2). Cela signifie qu'en dehors de quelques situations particulières, les lois et règlements de la métropole ne s'y appliquent que sur mention expresse et, souvent, après avis et/ou consultation des assemblées et gouvernements locaux. Quant au droit européen de la concurrence, il n'y est pas applicable, car ces deux collectivités ont le statut de pays et territoires d'outre-mer (PTOM) qui n'est qu'un simple régime d'association avec l'Union européenne (TFUE, art. 198 et s.). Au-delà, dans ces deux collectivités, la législation concurrentielle ne relève pas de la compétence de l'État, mais des institutions locales (cf. L. org. n° 2004-192, précitée, art. 13, et L. org. n° 99-209, précitée, art. 22, 20°).

Ce faisant, à l'heure actuelle, la Polynésie française est dénuée de toute législation concurrentielle (A), lorsqu'elle n'est que balbutiante en Nouvelle-Calédonie (B). Cependant, les choses pourraient bien changer. Il reste à savoir si le lien avec la métropole sera préservé.

A. – Le droit de la concurrence en Polynésie française⁽¹⁾

À défaut de mention expresse, le livre IV du code de commerce qui pose les jalons du droit métropolitain de la concurrence ne s'applique pas en Polynésie française. Il s'ensuit qu'à ce jour, les institutions polynésiennes n'ayant pas légiféré sur la question, il n'existe pas de droit de la concurrence dans l'archipel polynésien qui continue de fonctionner sur un modèle d'économie administrée (sur le modèle économique de la Polynésie-française, cf., entre autres : Troianiello A., *Interventionnisme et concurrence en Polynésie-française : l'économie administrée est-elle une fatalité ?*, *Comparative Law Journal of Pacific – Revue juridique polynésienne*, 2011, vol. 17, p. 1 ; Venayre F., *Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française*, in *Destins des collectivités politiques d'Océanie*, dir. J.-Y. Faberon, V. Fayaud, J.-M. Regnaut, PUAM, 2011, p. 531). Toutefois, sous la pression sociale et à la lumière des travaux du Forum du Pacifique (cf. A Model Regulatory and Policy Framework for Forum Island Countries, 2010, <<http://www.forumsec.org/resources/uploads/attachments/documents/>

FEMN.08_Update_on_RRS_Report.pdf>) ainsi que de ceux de l'Autorité de la concurrence sur l'outre-mer (cf. Aut. conc., avis n° 09-A-21, 24 juin, 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer et avis n° 09-A-45, 8 sept. 2009, relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer), les choses pourraient évoluer prochainement.

En effet, faisant suite à la tentative avortée de 2012 (le 5 octobre 2012, un projet de loi de pays portant réglementation de la concurrence avait été rejeté par l'Assemblée de Polynésie française), un nouveau projet de loi du pays « portant réglementation de la concurrence » a été présenté le 4 septembre 2013 (à l'heure actuelle, le projet a été transmis pour avis au Conseil économique social et culturel de la Polynésie française et au Haut conseil de Polynésie française avant d'être, prochainement, examiné par la commission financière de l'Assemblée de Polynésie française). Largement inspiré du droit métropolitain, le projet propose la mise en place d'un « petit » et d'un « grand » droit de la concurrence. Il s'ensuit que s'y retrouvent des mécanismes familiers tels que la prohibition des ententes, des abus de position dominante ou encore de certaines clauses contractuelles. Cependant, c'est bien un droit de la concurrence fait sur mesure pour les marchés polynésiens qu'il s'agit de mettre en place au travers de ce projet de loi de pays. Pour preuve, le texte s'illustre surtout par sa volonté d'établir une autorité polynésienne de régulation de la concurrence destinée à garantir et assurer le respect de la législation concurrentielle qui serait nouvellement créée (la Polynésie française peut créer des autorités administratives indépendantes en vertu de l'article 30-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 fixant son statut). Dès lors, si cette loi de pays devait être adoptée, la Polynésie française marquerait clairement sa singularité par rapport à la métropole. Non seulement elle aurait sa propre législation, mais également sa propre autorité de régulation. C'est alors un cap qui est en voie d'être franchi. D'ailleurs, elle pourrait être la première collectivité française à être dotée de sa propre autorité administrative indépendante, à moins que la Nouvelle-Calédonie ne la devance.

Effectivement, la Polynésie française n'est pas la seule collectivité ultramarine à avoir entamé de sérieuses réflexions sur sa législation concurrentielle.

B. – Le droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie

Comme en Polynésie française, le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix ne s'applique pas en Nouvelle-Calédonie. Toutefois, à la différence de l'archipel polynésien, la Nouvelle-Calédonie s'est dotée, par délibération de son Congrès le 6 octobre 2004, d'un texte qui fait référence en matière de concurrence et de réglementation des prix (Congrès de Nouvelle-Calédonie, Délib. n° 14, 6 oct. 2004).

Ce faisant, à l'heure actuelle, en Nouvelle-Calédonie, sur le modèle de la législation métropolitaine, il est possible de retrouver un droit de la concurrence divisé en deux volets. Sont ainsi prohibées, d'une part, les pratiques anticoncurrentielles classiques que sont les ententes et les abus de position dominante et, d'autre part, certaines pratiques commerciales illicites qui ressemblent fortement aux pratiques restrictives de concurrence métropolitaines. C'est alors à la direction des affaires économiques (DAE), structure de quarante agents, de veiller au

(1) Sur le droit de la concurrence en Polynésie française, cf. not. : Montet C., Venayre F., *La concurrence à Tahiti, une utopie ?*, éd. Aux vents des îles, 2013

respect de la législation en vigueur. En revanche, force est de constater qu'il n'existe aucune mesure prévoyant un contrôle des concentrations dans le texte de 2004.

Dans ce contexte, au début de l'année 2012, consciente des lacunes de sa législation et confrontée à des tensions sociales importantes dues à la « cherté » de la vie, la Nouvelle-Calédonie a sollicité l'Autorité de la concurrence afin qu'elle établisse un diagnostic de la situation concurrentielle sur son territoire et mette à sa disposition son expertise en tant que régulateur (le rapprochement entre la Nouvelle-Calédonie et l'Autorité de la concurrence s'était matérialisé par la signature, le 30 janvier 2012, d'une convention-cadre d'assistance technique). Or, des deux rapports (les deux rapports rendus le 21 septembre 2012 par l'Autorité de la concurrence sont relatifs respectivement, aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie et aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport_nvlle_calédonie_distrib.pdf> et <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport_nvelle_calédonie_controle.pdf>) qui ont été rédigés par la mission d'expertise, il ressort outre la nécessité de mettre en place un contrôle des concentrations et d'améliorer les procédures de sanctions, l'éventualité pour la Nouvelle-Calédonie de créer sa propre autorité de la concurrence. À ce dernier égard, parmi les différentes options envisageables (le rapport envisageait trois options : premièrement, la création *ex-nihilo* d'une autorité aux pouvoirs étendus, deuxièmement, la création d'un organe purement consultatif et, troisièmement, une simple modification des textes en vigueur sans création d'une nouvelle structure), l'Autorité de la concurrence s'est montrée particulièrement favorable à la création d'une autorité *ex-nihilo* aux pouvoirs étendus tout en étant consciente que cela nécessiterait une modification de la loi organique fixant le statut de la Nouvelle-Calédonie. Or, les recommandations de l'Autorité de la concurrence paraissent avoir reçu un écho plutôt favorable.

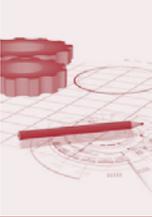
Tout d'abord, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté, le 25 juin dernier, une loi de pays relative à la concurrence qui tente de combler les lacunes pointées du doigt par l'Autorité de la concurrence (à noter que le 6 juillet 2013, ladite loi a été déferée au Conseil constitutionnel, ce qui retarde sa promulgation et son entrée en vigueur : Cons. const., aff. 2013-3 LP).

Ensuite, un projet de loi organique permettant à la Nouvelle-Calédonie de se doter de ses propres autorités administratives indépendantes qui a déjà été adopté à l'unanimité par le Sénat est actuellement en cours de discussion devant l'Assemblée nationale (adopté par le Sénat le 23 juillet 2013, le texte sera en discussion à l'Assemblée nationale le 2 octobre 2013).

C'est ainsi que, petit à petit, pierre par pierre, la Nouvelle-Calédonie, à l'instar de la Polynésie française, est en train de se doter d'un droit de la concurrence qui lui est propre. Est-ce à dire, pour autant, que la rupture est sur le point d'être consommée entre la métropole et ces deux collectivités ultramarines ? Pas si sûr.

En effet, que ce soit en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française, même si de nouveaux textes devaient être adoptés et de nouvelles autorités régulatrices devaient voir le jour, l'État conserve toujours ses pouvoirs régaliens en matière d'organisation judiciaire et de droit processuel (cf. L. org. n° 2004-192, précitée, art. 14 et L. org. n° 99-209, précitée, art. 21). Dès lors, il paraît difficile de se passer du concours de l'État pour mettre en place le fonctionnement de ces futures autorités administratives indépendantes ultramarines. Par ailleurs, on imagine difficilement que la mise en place de telles autorités régulatrices puisse se faire sans l'accompagnement et le soutien de l'hexagone, ne serait-ce que pour la formation des personnels. Pour preuve, le vice-président de la Polynésie française a été spécialement reçu par l'Autorité de la concurrence le 23 septembre dernier pour discuter de la future autorité régulatrice polynésienne et d'une éventuelle convention de partenariat (selon le communiqué de la présidence polynésienne, le vice-président de la Polynésie-Française et le président de l'Autorité de la concurrence seraient convenus de signer, dès la promulgation de la future loi de pays sur la concurrence une convention de partenariat qui prévoirait, notamment, la formation des agents aux techniques d'enquête et à l'instruction des dossiers liés à des problématiques de concurrence. Communiqué disponible à l'adresse internet suivante : <<http://web.presidence.pf/index.php/vp-filtre/558-entretien-du-vice-president-avec-l-autorite-nationale-de-la-concurrence>>).

Finalement, même s'il est parfois distendu, le lien paraît devoir subsister entre la métropole et les outre-mer. Horace avait donc raison : « *Courir au-delà des mers c'est changer de climat, mais non changer de cœur* » (Horace, Épitres, Livre I). ■



Annexe : Tableau récapitulatif de la mise en œuvre du droit de la concurrence dans les collectivités ultramarines françaises

	STATUT	APPLICABILITÉ DU LIVRE IV DU CODE DE COMMERCE	APPLICABILITÉ DE LA LOI DU 20 NOVEMBRE 2012	APPLICABILITÉ DU TFUE
DOM (Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion, Mayotte)	Constitution, art. 73	Oui	Oui	Oui, à l'exception de Mayotte qui n'a pas encore le statut de RUP
Nouvelle-Calédonie	L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie	Non	Non	Non, simple régime d'association avec l'UE en qualité de PTOM
Polynésie-française	L. org. n° 2004-192, 27 févr. 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française	Non	Non	Non, simple régime d'association avec l'UE en qualité de PTOM
Saint-Barthélemy	CGCT, art. LO 6211-1 et s. (L. org. n° 2007-223, 21 févr. 2007, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer)	Oui	Oui	Non, simple régime d'association avec l'UE en qualité de PTOM
Saint-Martin	CGCT, art. LO 6311-1 et s. (L. org. n° 2007-223, précitée)	Oui	Oui	Oui, en qualité de RUP
Saint-Pierre-et-Miquelon	CGCT, art. LO 6411-1 et s. (L. org. n° 2007-223, précitée)	Oui	Oui	Non, simple régime d'association avec l'UE en qualité de PTOM
Wallis-et-Futuna	L. n° 61-814, 29 juill. 1961, conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer	Oui	Oui	Non, simple régime d'association avec l'UE en qualité de PTOM
Terres australes et antarctiques	L. n° 55-1052, 6 août 1955, portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton	Oui	Non	Non, simple régime d'association avec l'UE en qualité de PTOM
Île de Clipperton	L. n° 55-1052, 6 août 1955, portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton	Oui	Non	Non

Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?

Le contrat, loi des parties, s'efface, lors de sa rupture, derrière la censure judiciaire de la brutalité, en vertu de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, identifié comme étant d'ordre public. Malheureusement, l'insuffisante précision actuelle de la construction empiriquement réalisée sur ce texte rend souvent incertain le comportement attendu, exacerbant l'utilité des prévisions des parties lorsqu'elles ont pour objet, non pas de contourner, mais d'encadrer et organiser la protection imposée par le texte. Aussi convient-il de tirer les enseignements de l'efficacité des stipulations judiciairement admises pour suggérer la rédaction efficace de celles qui sont pour l'heure davantage litigieuses.



Par Clémence MOULY-GUILLEMAUD

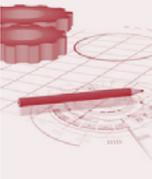
Maitre de Conférences à la Faculté de Droit et de Sciences politiques de Montpellier I
Directrice du magistère-DJCE

→ RLC 2435

L'importance du contentieux suscité par la rupture brutale d'une relation commerciale établie occasionne une jurisprudence abondante, qui ne cesse d'accroître le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Seront ainsi concernées les relations même non commerciales (pour une mutuelle, cf. Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-14.322, Bull. civ. IV, n° 135 ; pour un architecte : Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.050, Bull. civ. IV, n° 208), même non établies entre les mêmes parties (Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-25.323 ; Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-24.301). Incontestablement, la lettre du texte s'efface derrière son esprit, attendant dans le même mouvement l'inquiétude des professionnels qui peinent à cerner les contours de cette source de responsabilité, qui s'alimente de son propre contentieux et se développe à un rythme que peine à suivre la conceptualisation.

Certains pourront être tentés de s'en affranchir en se plaçant hors de son champ, mais rares seront les relations qui pourront y prétendre. En l'état actuel de la jurisprudence, un critère subjectif ne permet d'exclure que les professionnels soumis à un statut spécifique, soit incompatible avec l'exercice du commerce (tel le médecin : Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774, Bull. civ. IV, n° 220, le notaire : Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556, Bull. civ. IV, n° 7, l'avocat : CA Rennes, 3 avr. 2012, n° RG : 11/01911, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales de la CEPC (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012), établi par la Faculté de droit de Montpellier, pp. 45 et 55, ou le conseil en propriété industrielle : Cass. com., 3 avr. 2013, n° 12-17.905), soit imposant le respect de délais de préavis fonction de la durée de la relation (tel que le statut de l'agent commercial : Cass. com., 3 avr. 2012,

n° 11-13.527, Bull. civ. IV, n° 71, ou les contrats-types pris en application de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ; cf. not. la sous-traitance de transport routier de marchandise : Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.240, Bull. civ. IV, n° 151 ; le Bilan des décisions judiciaires de la CEPC pour 2012 fait également mention d'exclusions de l'article L. 442-6, I, 5° par le décret applicable en matière de représentation et de commercialisation immobilières : CA Paris, 5 juill. 2012, n° RG : 11/01618, et l'article L. 313-12 du code monétaire et financier relatif à la rupture de concours financiers : CA Montpellier, 20 nov. 2012, n° RG : 11/06281). D'un point de vue objectif, seules les relations précaires n'y seront pas soumises, expliquant la multiplication des recours systématisés à l'appel d'offres. Qui plus est, se placer hors de son champ d'application n'est guère davantage gage de sécurité, tant la logique qu'il a permis de développer gagne les autres contentieux. Ainsi la chambre commerciale a-t-elle pu récemment estimer que le préavis de rupture d'un contrat de sous-traitance de transports routiers devait être fonction de « la durée de la relation commerciale considérée dans son ensemble » et non du seul contrat rompu, et ce en dépit de la référence au « contrat » des textes qui régissent la matière et qui fondaient la décision (Cass. com., 16 avr. 2013, n° 12-15.591, Lettre distrib. mai 2013). La tendance se retrouve encore en matière d'indemnisation, où l'évaluation forfaitaire du préjudice à la marge commerciale brute dont la victime fut privée est posée en principe pour réparer le préjudice lié à la brusque rupture d'une relation de longue date établie entre un chirurgien et un biologiste exploitant un laboratoire d'analyses médicales (Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.233 ; cf. également CA Paris, 6 sept. 2012, n° RG : 10/05573, Bilan CEPC 2012, précité), la première chambre civile rejete-



tant le moyen estimant ce mode d'évaluation contraire au principe de la réparation intégrale (pour une appréciation critique de ce mode de réparation, cf. nos obs., RLDA 2013/81, n° 4555 et RLC 2013/35, n° 2320). L'évolution tend à ériger la logique née du contentieux de l'article L. 442-6, I, 5° en droit commun de la rupture brutale (présentant ce texte comme un modèle, cf. Chagny M., La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles, RLDA 2010/51, n° 2980).

Que ce postulat soit, ou non, confirmé, le contentieux que ce texte suscite devrait demeurer considérable, notamment parce que ses spécificités sont nombreuses et souvent méconnues des intéressés. L'analyse du contentieux de l'année 2012 (Bilan CEPC 2012, précité) révèle la rareté des hypothèses en lesquelles le litige résulte d'une absence totale de préavis à l'issue d'une rupture décidée intempestivement par une partie. Bien plus souvent, la faute résultera d'une mauvaise appréciation de l'auteur de la rupture, qui pensait la relation précaire, le préavis accordé suffisant ou que la détérioration de la relation, voire la faute de son partenaire, l'en dispensait. Parfois même pense-t-il la rupture être le fait de son partenaire. En somme, le contentieux provient majoritairement de mauvaises appréciations et d'incertitudes dans sa mise en œuvre. L'insécurité juridique est évidente. L'espoir serait de la restreindre par sa correcte anticipation.

Il est vrai, la suggestion de stipulations contractuelles pour prévenir un contentieux de nature extracontractuelle, qui plus est d'ordre public, pourrait susciter des réserves. Effectivement, le point est acquis, la rupture brutale au sens de l'article L. 442-6, I, 5° constitue une faute délictuelle (not. Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885, Bull. civ. IV, n° 9 ; cf. déjà, appliquant à une rupture brutale d'un contrat les règles de compétence délictuelles, Cass. 2^e civ., 6 oct. 2005, n° 03-20.187, Bull. civ. II, n° 236 ; comp. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946, Bull. civ. I, n° 93, qui a pu être analysé comme privilégiant la nature contractuelle de la responsabilité, mais qui ne se prononce explicitement que sur la seule efficacité d'une clause attributive de juridiction), alors même que la relation se fonderait sur un ou plusieurs contrats. L'option, peut-être davantage pragmatique qu'imposée par la logique juridique (cf. Bretzner J.-D., La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RLDA 2010/51, n° 2979), a pour avantage d'unifier le contentieux de la rupture brutale de toutes les relations établies, car toutes n'ont pas ce socle contractuel. Elle permet plus encore d'autoriser le juge à se détacher du contrat, lorsque la relation en excède le cadre ou lorsque l'application stricte des stipulations conduirait à méconnaître (l'illustration idoine est celle d'un contrat à durée déterminée, maintes fois reconduit tacitement pour une même durée, jusqu'à ce qu'une partie se prévale brusquement d'un terme pour ne pas le renouveler. Ce comportement, guère sujet à sanction sur le terrain contractuel, le sera aisément au vu de l'appréciation de la relation extracontractuelle) la protection offerte par ce texte d'ordre public. Cependant, ces raisons d'opportunité ne justifient pas que le contrat soit en tout point méconnu. Et il ne l'est pas systématiquement (soulignons simplement, à ce stade, que pour apprécier la rupture, encore convient-il de vérifier si la partie adverse a correctement exécuté ses propres obligations contractuelles ; cf. Bretzner J.-D., précité). Là, se situe la pierre d'achoppement sur laquelle trébuchent la conceptualisation.

Le principe de non-cumul des ordres de responsabilité est assurément malmené au sein des décisions rendues au visa cumulé des articles 1134 du code civil et L. 442-6 du code de commerce (not. Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-15.866, alors qu'en d'autres domaines la

Cour rappelle que, par principe, « le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle » : Cass. com., 14 févr. 2012, n° 11-10.346), ou celles admettant une double réparation, sur le fondement contractuel pour indemniser la résiliation fautive auquel est adjoind un préjudice délictuel causé par la brutalité (CA Paris, 26 oct. 2012, n° RG : 10/23329, Lettre distrib. déc. 2012). Mentionnons encore la confusion intellectuelle à laquelle peut conduire l'éviction contractuelle des contrats types en matière de transport, car si ceux-ci permettent d'écarter l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce (voir *supra*), ils ne sont eux-mêmes applicables qu'à défaut de volonté contraire (C. transp., art. L. 1432-4), volonté qui, elle, ne saurait écarter l'application dudit article (cf. CA Versailles, 26 juill. 2012, n° RG : 11/05276, Bilan CEPC 2012, précité ; Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-15.716). La volonté exprimée instituant un délai contractuel prime l'application du contrat-type, qui lui-même prime l'article L. 442-6, I, 5°, sauf si, précisément, une volonté est exprimée en ce sens ?



Alors même que l'appréciation de la brutalité de la rupture se situe dans une logique factuelle et délictuelle, les juges n'écarteront pas, par principe, toutes les prévisions contractuelles, reconnaissant l'efficacité de certaines clauses.

Assurément, la protection briguée par le biais de l'article L. 442-6, I, 5° peine à se concilier avec la loi des parties. S'il conviendra de préciser que son application n'a pas vocation à écarter toute anticipation contractuelle de la rupture, l'incertitude demeure quant aux contours des stipulations efficaces. Il serait sans doute simpliste de postuler que seules les stipulations contrevenant à cette protection d'ordre public sont écartées, les autres conservant leur effet obligatoire, tant elles seront difficiles à catégoriser. En effet, et quand bien même là se trouve l'esprit de la démarcation, il faut convenir que peu de clauses pourront, de manière intangible, être de la sorte distinguées. La contrariété à la protection légale est bien davantage question de contexte que de qualification. Aussi, paraît-il opportun de détailler les circonstances en lesquelles certaines clauses, bien que relatives à la rupture de la relation, sont jugées efficaces (I) pour en tirer les enseignements relatifs à l'éventuelle efficacité de clauses qui, à l'heure actuelle, sont davantage controversées (II).

I. – L'EMPRISE CONTRACTUELLE CONCÉDÉE

Alors même que l'appréciation de la brutalité de la rupture se situe dans une logique factuelle et délictuelle, les juges n'écarteront pas, par principe, toutes les prévisions contractuelles, reconnaissant l'efficacité de certaines clauses. Seront ainsi efficaces les clauses de différend habilement rédigées (A) ainsi que, sous certaines réserves, le terme extinctif prévu au contrat (B).

A. – L'efficacité des clauses de différend

Constat. – Admettre la nature délictuelle du litige relatif à la brutalité de la rupture d'un contrat aurait pu conduire à l'absence d'effet des clauses attributives de juridiction stipulées au sein du contrat

Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?

<http://lamyline.lamy.fr>

rompu. Si le litige est extracontractuel, peu devraient importer les prévisions contractuelles, celles-ci devenant « fatalement inopposables » (Mazeaud D., obs. sous Cass. com., 13 janv. 2009, RDC 2009, p. 1016). Telle fut effectivement la logique retenue initialement, mais non définitivement, par les juridictions (Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178, Bull. civ. IV, n° 21). La première chambre civile, en premier, admit l'efficacité de la clause attributive de compétence dans des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6, mais, il est vrai, comportant une dimension internationale (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, précité, la clause étant jugée valable au regard du règlement *Bruxelles I* ; Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, Bull. civ. I, n° 233, retenant que si l'article L. 442-6 doit s'entendre d'une loi de police, cette spécificité n'exclut pas la mise en œuvre d'une clause attribuant compétence à une juridiction étrangère). La chambre commerciale adopta cette même solution, dans des litiges dépourvus d'élément d'extranéité. Certes, le doute subsista un temps, le contentieux n'étant pas toujours opportunément orienté, les moyens invoquant la nature contractuelle de la responsabilité et non l'application de la clause au litige en dépit de sa nature extracontractuelle (Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971, Bull. civ. IV, n° 3). En d'autres hypothèses, c'est la rédaction de la clause qui n'en autorisait pas l'application à une hypothèse qu'elle ne visait pas (Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-20.411, la clause prévoyant la « compétence au tribunal de commerce de Paris pour tout litige relatif à l'interprétation ou à l'exécution du contrat », et non l'extinction de la relation, alors seule litigieuse). Désormais, les dernières décisions de la chambre commerciale sont exemptes d'ambiguïté, celle-ci admettant le jeu des clauses attributives de juridiction (Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11.570, la clause litigieuse visant « tous les litiges découlant des relations contractuelles ») dont la rédaction englobe l'hypothèse d'un litige relatif à la relation dans sa globalité – et non au seul contrat –, ou la refusant dans le cas inverse (Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10.216, la clause « concernait tout différend ou litige relatif à la formation, l'interprétation, l'exécution, la résiliation ou la cessation du contrat » et non la rupture des relations commerciales entre les parties), mais alors en soulignant que la nature délictuelle de la responsabilité recherchée n'écarte pas, par principe, le jeu de la clause.

Une logique identique fut adoptée pour trancher la contestation relative à l'application d'une clause de médiation préalable (Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-18.852), dont le jeu ne fut refusé qu'en raison de sa rédaction, la procédure de conciliation obligatoire visait certes la « la fin pour laquelle cause que ce soit » du contrat, mais se limitait à la rupture « de ce contrat précis », alors que la relation litigieuse excédait le seul contrat, notamment en ce qu'elle lui était antérieure de 4 ans.

Il est vrai que l'efficacité potentielle de cette dernière clause ne soulevait guère de difficulté, dès lors que le jeu d'une clause compromissoire avait pu être préalablement admis. En effet, la première chambre civile, soulignant que la clause visait « tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci », sanctionna la cour d'appel qui l'avait erronément pensé inapplicable (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 09-67.013, Bull. civ. I, n° 156).

Analyse.– Sans doute la validité de ces clauses suscitera-t-elle encore un important contentieux relatif à la possibilité, pour les premières, de déroger conventionnellement à la spécialisation des juridictions du contentieux des pratiques restrictives de concurrence (refusant le jeu d'une clause élisant une juridiction non spécialisée, cf. CA Rennes, 13 déc. 2011, n° RG : 11/03790, JCP E 2012, 1164, soulignant le caractère d'ordre public de compétence spéciale, dérogoratoire au droit

commun. Cette spécialisation a vocation à attirer à elle tout contentieux relatif à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce [C. com., art. D. 442-3], quand bien même l'invocation en serait reconventionnelle, voire superflète [CA Colmar, 18 avr. 2012, Lettre distrib. juin 2012] ou bien mal fondée [Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-12.685]. Sur la difficulté, cf. Bretzner J., précité ; Bléry C., Alleaume Ch., Des difficultés causées par le décret du 11 novembre 2009 en matière de compétence territoriale, JCP E 2012, 1164 ; Chagny M., Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence, Procédures 2011, n° 4, p. 14) et, pour les dernières, de prévoir une amiable composition dans un domaine relevant d'une loi de police. Toutefois, seule leur efficacité, désormais de principe, retiendra ici notre attention. Celle-ci n'allait pas de soi, tant il demeure atypique d'admettre le jeu de stipulation contractuelle dans un litige extracontractuel.

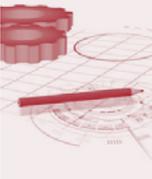
Assurément, c'est une curieuse logique que de se fonder sur la rédaction d'une clause du contrat pour déterminer s'il convient de lui faire produire effet hors de celui-ci. Cependant, le résultat est opportun. D'une part, car le choix d'une responsabilité délictuelle ne doit pas conduire à méconnaître la volonté des parties lorsque celles-ci s'étaient antérieurement accordées sur un effet qui ne méconnaît pas la protection imposée par la loi. Plus encore, cette considération pour le contrat permet de restreindre l'enjeu sinon excessivement stratégique d'une distinction entre la rupture fautive qui, au titre d'une inexécution, engagerait la responsabilité contractuelle de son auteur ainsi que le jeu des autres stipulations, et la rupture brutale, qui ne le permettrait pas. Or, ces contentieux se recoupent bien souvent, par exemple lorsque la brutalité résulte du non-respect d'un préavis contractuellement prévu. Il est alors heureux « que la rédaction de la clause soit plus déterminante que la nature de la responsabilité » (Mathey N., Contrats, conc., consom. 2012, comm. 208) et que celle-ci n'anéantisse pas l'accord des parties qui aura anticipé la difficulté.

Postulat.– L'efficacité des clauses anticipant le contentieux en dépit de l'option extracontractuelle de la responsabilité retenue permet de constater l'influence du contrat dans le domaine délictuel dès lors que les rédacteurs de l'acte auront pris soin d'englober dans le champ d'application de la stipulation les conséquences de la rupture non seulement du contrat, mais encore de l'ensemble de la relation.

Plus encore, elle permet de postuler le respect par les juges des volontés accordées lorsque l'objet de la clause peut se concilier avec l'impératif de l'article L. 442-6, I, 5°. À l'instar des clauses attributives de juridiction, de conciliation ou compromissoire qui ne méconnaissent en rien l'impératif de ce texte, le contrat devrait s'imposer en toutes ses stipulations, tant que celles-ci ne contredisent pas la protection légalement imposée. À l'inverse, une clause de renonciation à recours, même valable car susceptible de produire son effet afin de contrarier d'autres prétentions strictement contractuelles, ne saurait interdire par avance une action sur le fondement de ce texte, d'ordre public.

B. – L'efficacité du terme contractuel

Constat.– Par principe, la rupture d'une relation par l'arrivée de son terme extinctif ne saurait être brutale (cf. Cass. com., 24 nov. 2009, n° 07-19.248, soulignant opportunément que « le contrat initialement prévu pour une durée de cinq ans et non renouvelé, a cessé de produire ses effets [à son terme] ; que les relations commerciales qui procèdent de



l'exécution de ce contrat, (...) n'entrent donc pas dans les prévisions de l'article L. 442-6, I, 5° ; que s'agissant en effet d'un contrat à durée déterminée, le préavis était inscrit dans la disposition du contrat qui prévoyait, dès sa conclusion, la date à laquelle il prendrait fin »), autorisant le constat de la pleine efficacité de la stipulation d'un terme lorsque celui-ci est ferme.

Cet heureux effet est certes parfois écarté, mais la synthèse des décisions révèle qu'il n'en est ainsi que si le terme prévu a perdu sa fermeté. Telle est l'hypothèse d'un terme dont la portée sera discréditée par de nombreux renouvellements, que ceux-ci soient exprimés (CA Versailles, 24 mars 2005, Contrats, conc., consom. 2005, comm. 133 ; CA Paris, 29 nov. 2007, D. 2008, p. 2196, obs. Ferrier D. Comp. Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, Bull. civ. IV, n° 110, soulignant « qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie ») ou s'opèrent par tacite reconduction (par exemple, CA Paris, 20 janv. 2011, n° RG : 09/19277, Bilan CEPC 2011, jugeant le renouvellement systématique d'un contrat à durée déterminée caractéristique d'une relation commerciale établie. Il est vrai que le terme prévu ne permet plus d'anticiper la date de la fin du contrat ; CA Paris, 28 janv. 2011, n° RG : 08/18567 ; CA Paris, 3 févr. 2011, n° RG : 08/18087, *ibid.*, soulignant que la notion de relation commerciale établie, notion économique et non juridique, ne saurait se confondre avec celle d'un contrat à durée déterminée ; CA Toulouse, 30 juin 2010, n° RG : 08/06387, Bilan CEPC 2010 ; CA Angers, 19 oct. 2010, n° RG : 09/01451, *ibid.*, selon les juges, le fait que les relations commerciales aient pris la forme de missions successives à durée déterminée importe peu, dès lors que la relation commerciale qui s'est ainsi établie a été suivie, stable et habituelle). Telle est également l'hypothèse d'un terme dont la portée serait contredite par le comportement des parties, qu'il s'agisse « d'entretenir jusqu'au bout son partenaire dans l'illusion que le contrat serait renouvelé » (Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10.553, sur le fondement de la responsabilité contractuelle) ou de poursuivre l'exécution du contrat en dépit de son arrivée (Cass. com., 24 nov. 2009, n° 07-19.248 ; à moins que le caractère instable de la poursuite ne permette pas au partenaire de croire en sa pérennité : Cass. com., 7 juin 2006, n° 03-12.659 ; Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-16.867). Hormis ces hypothèses, le principe demeure celui de l'efficacité du terme stipulé. Cela est encore corroboré lorsque la rupture intervient avant même son arrivée, les juges appréciant alors la durée du préavis qui aurait dû être respecté en se référant à la période restant à courir jusqu'au terme (par exemple, CA Bordeaux, 3 oct. 2011, n° RG : 09/06884, Bilan CEPC 2011 ; CA Aix-en-Provence, 26 mars 2010, n° RG : 07/09340, Bilan CEPC 2010 ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012, n° 11-20.401, approuvant les premiers juges d'avoir estimé que la rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée tacitement renouvelable ne pouvait produire ses effets qu'au terme contractuellement fixé).

Analyse.— On ne saurait s'étonner de l'efficacité du terme contractuel qui, par nature, s'oppose à l'identification de toute brutalité dans la rupture. En effet, selon la jurisprudence, sont brutales les ruptures « imprévisibles, soudaines et violentes ». Tel ne saurait être le cas d'une rupture intervenant en application d'une date préalablement fixée, à moins, toutefois, que la relation excède le contrat stipulant le terme, soit qu'elle lui soit antérieure, telle l'hypothèse de contrats à durée déterminée renouvelés, soit qu'elle lui soit postérieure, lorsque la relation se poursuit après l'arrivée du terme. Est-ce à dire que le factuel, l'attente légitime d'une partie, prime le contractuel et les volontés antérieurement accordées ? Il est certain que les juges paraissent alors plus sensibles aux at-

tentes présentes qu'aux volontés antérieurement scellées quant à l'échéance du contrat. Toutefois, les comportements à l'origine de la légitimité de l'attente d'une poursuite de la relation peuvent tout à fait s'interpréter comme un nouvel accord, modificatif, des parties, accord tacite emportant révocation du terme stipulé, de telle sorte que cette jurisprudence ne serait pas nécessairement démentie par une analyse contractuelle.

L'efficacité du contrat se perçoit plus encore dans l'hypothèse d'une rupture avant terme. S'il est apparu évident de calquer le préavis qui aurait dû être respecté sur la période restant à courir jusqu'au terme, puisqu'à cette date là la rupture était prévue et donc prévisible, cette logique ne respecte pas nécessairement le précepte de l'article L. 442-6, I, 5°. En effet, selon ce texte, dès lors que la brutalité est caractérisée, seule la durée de la relation rompue, en l'absence d'accord interprofessionnel, doit conditionner la durée du préavis. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat unique à durée déterminée de cinq ans, rompu sans motif un mois avant le terme, la responsabilité contractuelle rattacherait certes l'évaluation du préjudice à l'inexécution et donc au mois défaillant, mais il en serait autrement du texte précité qui devrait conduire à juger la rupture brutale car imprévisible, et à évaluer le préavis qui aurait dû être accordé au vu des cinq années, sans tenir compte de la fin prochaine de la relation. Cette stricte lecture du texte ne serait absolument pas opportune et il est heureux que les juges favorisent la logique contractuelle. Celle-ci demeure d'ailleurs le fondement privilégié des actions en exécution forcée (par exemple Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-23.543 ; Cass. com., 8 févr. 2011, n° 09-71.755 ; Cass. com., 8 déc. 2009, n° 08-19.197), alors même que l'article L. 442-6, I, 5° pourrait offrir une protection équivalente (le maintien du contrat peut être obtenu en référé sur le fondement des articles L. 442-6, I, 5° du code de commerce et 873 du code de procédure civile, dès lors que la mesure permet de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite ; cf. Cass. com., 10 oct. 2009, n° 08-18.337 ; Cass. com., 3 mai 2012, n° 10-28.366). Mais, il est vrai, son caractère d'ordre public n'interdit nullement à la victime de renoncer à l'invoquer une fois son droit né.



L'efficacité du contrat se perçoit plus encore dans l'hypothèse d'une rupture avant terme.

Postulat.— Il est opportun de souligner, en dépit du truisme que peut revêtir à ce stade cette conclusion, qu'il n'y a aucune brutalité dans la rupture lorsque celle-ci intervient en application d'un terme convenu. Plus encore, et alors même que la brutalité serait identifiée, précisément parce que les parties n'auront pas respecté le terme prévu, la stipulation impose encore son effet, en orientant l'évaluation du préavis raisonnable.

Propositions.— Le postulat autorise deux suggestions.

D'une part, le respect du terme convenu permet de suggérer la validité de la clause par laquelle les parties s'interdisent toute résolution avant terme. La validité de cette clause de renonciation à la résolution conventionnelle et judiciaire est admise par principe (Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26.203, Bull. civ. III, n° 178 ; Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-10.148) et devrait trouver à s'appliquer dans le champ de l'article L. 442-6, I, 5°, en dépit de son caractère d'ordre public. En effet, et bien que ce texte prévoie, outre l'obligation de respecter un préavis, la faculté de résilier sans préavis en cas

Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?

<http://lamyline.lamy.fr>

d'inexécution de ses obligations par l'autre partie, la vocation de cette précision n'est point d'ériger la résolution en un impératif mais en une exception à celui énoncé *in limine*. Le caractère d'ordre public de ce texte ne saurait être interprété comme englobant cette faculté, et la renonciation à celle-ci, augmentant la protection des parties contre la brutalité, devrait être admise (admettant qu'il convient de suivre les stipulations organisant la rupture lorsqu'elles se révèlent plus protectrices que l'article L. 442-6, I, 5°, cf. Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.732).

D'autre part, le respect du terme de la relation devrait pouvoir être imposé en dépit de l'entrée en pourparlers des parties. En effet, certaines décisions admettent que le rapprochement des parties au cours du délai de préavis emporte poursuite de la relation (not. CA Paris, 13 sept. 2012, Lettre distrib. oct 2012, admettant la poursuite de la relation en dépit de l'annonce du recours à un appel d'offre, en raison de quelques échanges intervenus par les parties durant le préavis). Cette analyse résultant simplement d'une qualification judiciaire des faits, elle pourrait être interdite par une stipulation anticipant cette situation, insérée soit dans le contrat initial soit dans un accord de principe encadrant les négociations, et scellant l'accord des parties quant au caractère ferme et définitif de la rupture de telle sorte que toute négociation durant le préavis ne saurait occasionner le moindre espoir de maintien de la relation. Il convient toutefois de souligner que l'effet de cette clause se trouve limité au cas d'échec des négociations, en anéantissant toute revendication d'un espoir de pérennisation. En revanche, en cas de réussite des négociations, la clause ne devrait pas pouvoir faire échec à l'appréciation globale de la relation, quand bien même elle se trouverait largement modifiée. Enfin, la logique révélée quant à l'efficacité du terme contractuel conduit à supposer qu'une telle stipulation ne puisse produire effet qu'une seule fois entre les mêmes parties, car à défaut, elle perdrait sa fermeté et ne saurait contrecarrer l'espoir de pérennité entretenu par la partie qui aurait déjà vu la relation rompue, en vertu d'un terme stipulé comme définitif, et pourtant continuée à l'issue de pourparlers.

II. – L'EMPRISE CONTRACTUELLE CONTROVERSÉE

L'article L. 442-6, I, 5° imposant le respect d'un délai de prévenance raisonnable en toute rupture, si ce n'est celles justifiées par l'inexécution du cocontractant, les juges ont pu dénier l'efficacité des clauses qui contredisent un tel dessein. Tel est le sort des clauses anticipant la durée du préavis (A), et plus encore de celles prévoyant une rupture immédiate (B). Toutefois, parce que la sécurité souhaitée par les contractants ne se concilie guère avec la potentielle inefficacité de ces clauses, quelques pistes susceptibles de justifier leur validité sont à envisager.

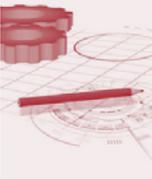
A. – La prévision du délai de préavis

Constat. – La protection voulue par l'article L. 442-6, I, 5° étant impérative, les juges n'hésitent pas à écarter la clause de préavis lorsqu'ils en estiment la durée insuffisante (les illustrations abondent. Sur ce constat, cf. Bilan CEPC 2011, p. 95 s.). Malheureusement, l'appréciation de la durée souverainement appréciée n'offre guère de prévisibilité (cf. Behar-Touchais M., La rupture d'une relation commerciale établie, LPA 2008, n° 203, p. 9 ; Bilan CEPC, 2011 et 2012 : « Pour apprécier si la durée du préavis présente un caractère suffisant ou non, les magistrats se réfèrent le plus souvent à la durée de la relation entre les parties, sans que ne soit établie une fonction du type : x année(s) de relations antérieures

*implique(nt) y mois de préavis ») car, contrairement à la lettre du texte qui ne conditionne le caractère raisonnable du préavis qu'au vu de la durée de la relation rompue, les juges prennent en considération une multitude d'autres facteurs, tels l'état de dépendance, le chiffre d'affaires occasionné par la relation, son exclusivité, la saisonnalité ou la rotation des stocks, l'existence d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle et plus généralement les possibilités de réorganisation de la victime de la brutalité. Cette appréciation économique du préavis opportun primera encore la clause qui fixerait la durée en référence aux usages (Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.544) ou aux accords interprofessionnels (Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-25.323), dès lors que leur existence « ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis (...) tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée » (*ibid.*). Soulignons toutefois que l'insuffisance du préavis n'est généralement (rares sont les décisions écartant la clause pour procéder à une faible variation de la durée ; cf. toutefois CA Paris, 7 mars 2012, n° RG : 09/15757, jugeant le préavis effectivement réalisé de 7 mois insuffisant alors que 8 mois étaient raisonnables. Soulignons toutefois que la clause de préavis stipulait une durée de huit mois, le dernier n'ayant pas été réalisé. Cf. également Behar-Touchais M., *op. cit.*, n° 17) sanctionnée que si elle est flagrante, les juges sextuplant fréquemment le préavis accordé lorsqu'il portait initialement sur une courte durée ou le doublant lorsque sa durée était égale ou supérieure à six mois (analyse menée sur la base du Bilan CEPC des décisions judiciaires 2010 et 2011).*

Analyse. – La durée du préavis à respecter est extrêmement difficile à apprécier au moment même de la rupture et l'insécurité qui en résulte pour les professionnels intéressés est relatée de toute part. Il pourrait apparaître illusoire d'y remédier par une clause stipulant la durée du préavis de rupture tant l'évaluation du délai raisonnable, largement incertaine au moment de la rupture, peut apparaître fantaisiste lorsqu'il s'agira de l'anticiper, au moment de la rédaction du contrat. Cette clause, inutile si elle ne peut conjurer l'insécurité, risque plus encore d'être décevante, en trompant la partie qui l'invoque sur son efficacité. Indéniablement, une convention ne saurait valablement prévoir un délai fixe de préavis, alors que celui-ci a vocation à varier au fil du temps.

Toutefois, seul le critère de la durée est imposé par l'article L. 442-6, I, 5° et si les juges ont érigé d'autres critères, tel que l'avenir économique de la partie éconduite, ceux-ci ne sont pas d'ordre public. Théoriquement, si la stipulation contractuelle du délai de prévenance tient compte de la durée passée de l'entière relation, le précepte de l'article est respecté et les juges ne devraient pouvoir estimer ce préavis insuffisant pour écarter les prévisions contractuelles (CA Aix-en-Provence, 22 avr. 2010, n° RG : 09/02227 : « seul le critère de la durée de la relation commerciale établie est désormais à prendre en compte pour apprécier le délai du préavis nécessaire à la partie qui subit la rupture, pour réorienter son activité commerciale ou économique » et « que tous les autres critères anciennement retenus pour déterminer le caractère suffisant du délai du préavis (tels notamment -l'état de dépendance économique d'une partie vis-à-vis de l'autre ou -l'importance du « flux d'affaires » réalisé), ne doivent pas être pris en considération » ; *ibid.*, 11 mars 2010, n° RG : 08/03694 ; 8 févr. 2007, n° RG : 05/07696 ; 7 sept. 2006, n° RG : 06/01066 ; CA Nîmes, 12 mars 2009, n° RG : 07/02326). Cette analyse doit cependant être nuancée au vu de l'importance que la Cour paraît accorder à l'état de dépendance économique imposé



par l'auteur de la rupture comme critère d'évaluation du préavis (not. Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-66.761 ; Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.544). Aussi convient-il de prôner l'efficacité d'une clause de préavis fondée sur le premier critère et variant en considération du second. N'y aurait-il pas, sinon, un sophisme à admettre que le délai raisonnable, que nul ne peut précisément chiffrer, puisse pourtant être méconnu par la stipulation qui en respecte les critères ?

Proposition.— Cette analyse permet de suggérer que la clause fixant la durée du préavis puisse offrir quelque sécurité lorsqu'elle stipule un délai raisonnable déterminé au vu de l'ancienneté de la relation (postulant la validité des clauses de préavis « à géométrie variable », cf. Desoutter L., *Les clauses de rupture – étude pratique*, RLDA 2010/51, n° 2982 ; Bernheim-Desvaux S., *La clause organisant la rupture d'une relation commerciale établie*, Resp. civ. et assur. 2013, form. 1 ; cf. également CA Versailles, 20 janv. 2005, n° RG : 03/08284 : « que s'il est exact que le simple respect du préavis contractuel n'est pas nécessairement suffisant au regard des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, il n'en reste pas moins que le contrat fait la loi des parties, et que ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle que la durée du préavis contractuel pourra être jugée insuffisante » ; CA Montpellier, 9 mars 2010, n° RG : 09/01917, n'écarter la clause de préavis qu'en ce qu'elle « ne prend pas en considération la durée de la relation établie »). L'inclination judiciaire précédemment observée et consistant à admettre l'efficacité des stipulations qui ne méconnaissent pas l'impératif de l'article L. 442-6, I, 5°, accredité l'efficacité de la clause prévoyant un préavis de rupture, tant d'un contrat à durée indéterminée que d'un contrat à durée déterminée tacitement reconductible, tenant raisonnablement compte de la durée de la relation.

Une synthèse approximative des décisions rendues sur l'année 2012 (cf. les délais mis en exergue in Bilans CEPC, précités) permet de présenter comme opportune (hormis l'hypothèse d'une relation portant sur un produit de marque de distributeur, en laquelle la durée opportune au vu de celle de la relation doit être doublée) la stipulation d'un préavis variant d'un mois, lorsque la durée de la relation est inférieures à 18 mois, à trois mois lorsque la relation est comprise entre 18 à 30 mois, pour ensuite correspondre à 10 % (sur un constat proche, cf. Lachièze C., *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence*, JCP E 2004, 1815), arrondi à l'unité supérieure, de la durée totale de la relation exprimée en mois, lorsque celle-ci est comprise entre 30 mois et 13 ans, prorata qui tombe à 7 % au-delà, tout en étant plafonné à 24 mois. Cette appréciation des délais de préavis se calquant sur une moyenne, il convient d'admettre que ceux-ci pourront être réduits, lorsque la part du chiffre d'affaires dans la relation de la partie qui subit la rupture est minime, augmentés dans le cas inverse. Pourrait également paraître propice la stipulation de délais distincts en considération de la partie bénéficiaire.

Ainsi formulée, cette clause ne contourne nullement la protection visée par le droit positif, mais la formalise afin de rendre prévisible le comportement que les parties devront suivre lors de la rupture. Parce qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet de contourner la protection légale, rien ne s'oppose à son efficacité (dans un domaine voisin, les juges ont pu admettre la pleine efficacité de la clause imposant un formalisme davantage protecteur que la loi, en jugeant brutale la rupture qui ne le respectait pas : CA Reims, 13 mars 2012, n° RG : 10/02407, en l'occurrence l'envoi d'une lettre recommandée).

B. – La prévision d'une absence de préavis

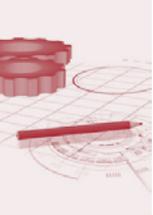
Prévoir une rupture sans préavis pourrait être l'effet d'un montage destiné à masquer ce dessein. Telle pourrait être l'hypothèse d'une clause de dédit (1). Toutefois, ce sera, plus classiquement, l'effet d'une clause résolutoire privative de préavis (2).

1) La clause de dédit

Constat.— La clause de dédit est celle par laquelle les parties s'entendent pour que l'une d'elle, voire les deux, puissent sortir de la relation et se soustraire à l'exécution de ses obligations (Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-16.863, Bull. civ. IV, n° 4). Qu'elle soit stipulée à titre onéreux ou non (sur un dédit à titre gratuit, cf. Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., *Technique contractuelle*, 3^e éd., Francis Lefebvre, 2005, p. 135 ; Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-11.224), cette clause prévoit généralement un effet limité dans le temps, que la faculté qu'elle offre soit conditionnée à un certain évènement ou limitée à une certaine durée après la conclusion de l'accord. Toutefois, elle peut encore être stipulée sans durée, mais elle est alors, en pratique, assortie d'une contrepartie financière importante (par exemple Cass. com., 3 juin 2003, n° 00-12.580, la clause prévoyant que le prix du dédit s'élèverait à 250 % du chiffre d'affaires réalisé l'année précédant la rupture ; CA Aix-en-Provence, 12 juin 2008, n° RG : 06/19381, conditionnant la faculté de dédit au paiement de deux années d'honoraires, quelle que soit la période à laquelle elle interviendrait). Ce prix élevé du dédit explique sans doute l'absence de décision admettant une indemnisation de la rupture brutale en sus du paiement de la contrepartie du dédit, ce dernier étant jugé compenser ledit préjudice (cf. CA Aix-en-Provence, 12 juin 2008, précité, estimant que l'objet de l'indemnité de dédit étant précisément d'indemniser le préjudice résultant de la rupture anticipée du contrat, le préjudice invoqué au titre de la brutalité n'est pas distinct. Cette décision, rendue en un domaine extérieur au champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5°, pourrait sans difficulté lui être transposé). Toutefois, si, la Cour de cassation n'a pas eu, à ce jour, à se prononcer sur l'efficacité d'une clause de dédit lorsque son jeu serait susceptible de constituer une rupture brutale d'une relation d'affaires établie, il est aisé d'anticiper sa position.

Peut-on admettre la stabilité d'une relation en laquelle les parties sont convenues de la précarité ?

Analyse.— La portée d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5°, interdisant qu'il soit dérogé à son précepte, adjoint à l'analyse concrète, outrepassant les qualifications juridiques, à laquelle procède le juge en application de ce texte, conduisent à postuler l'absence de validité de la clause autorisant la rupture sans préavis, quel qu'en soit le mécanisme. Aussi, la sortie de la relation en application d'un dédit pourra-t-elle permettre d'échapper à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle, mais non délictuelle. Telle serait l'hypothèse d'un dédit stipulé sans durée, que le contrat soit lui-même à durée déterminée ou non. Tel serait encore le cas d'un dédit ouvert sur une courte période dans un contrat tacitement reconductible et offrant une même faculté à chaque reconduction. Dès lors, si le dédit est stipulé à titre onéreux, tout porte à croire que le juge pourra accorder une indemnisation supplémentaire si le prix du dédit ne devait pas couvrir la perte de marge brute sur la période de préavis qui aurait dû être respectée. La seule influence qui pourrait être accordée au dédit touche, en amont, le



Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?

<http://lamyline.lamy.fr>

caractère établi de la relation. Est qualifiée comme telle la relation qui présente un caractère « *suivi, stable et habituel* ». Mais peut-on admettre la stabilité d'une relation en laquelle les parties sont convenues de la précarité ? Assurément, le dédit, surtout s'il offre une faculté bilatérale, fragilise la relation. Cependant, cette précarité résulte d'une anticipation contractuelle, alors que la stabilité relèvera d'une analyse concrète *a posteriori*. Aussi, dès lors que le contrat s'inscrit dans la durée, le dédit ne devrait pas contrarier le caractère établi de la relation.

Proposition.— Il paraît vain de jouer sur les mots. Que le dédit vise la sortie du « contrat » ou de « la relation », il ne saurait autoriser une rupture sans préavis, car il permet certes à une partie d'échapper à l'exécution de ses obligations contractuelles mais non aux impératifs extracontractuels. Il conviendra, dès lors, de prendre garde à cette faculté de se dédire, bien trompeuse dans le cadre d'une relation d'affaires établie. Sa prévision doit être limitée aux contrats se situant hors du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° ou dans une relation non encore « établie », c'est-à-dire lorsque la faculté de se dédire ne sera ouverte que sur une courte période à compter de la naissance de la relation.

2) La clause résolutoire

Constat.— L'efficacité d'une clause résolutoire privative de préavis (si la jurisprudence impose le respect d'une vaine mise en demeure préalable au jeu de la clause résolutoire : Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, n° 01-02.020, Bull. civ. I, n° 27, ce délai de régularisation se distingue d'un délai de prévenance de la rupture qu'il n'apparaît nullement opportun de stipuler. En effet, une telle période de préavis pourrait paraître intrinsèquement contradictoire avec le caractère grave de la faute invoquée au soutien de la résolution. En effet, si la poursuite de la relation peut être un temps tolérée en dépit de l'inexécution visée, il conviendrait d'admettre que ladite inexécution ne comporte pas le degré de gravité nécessaire pour justifier la rupture du contrat) paraît, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, très incertaine. Une première décision, du 25 septembre 2007 (Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517), a pu juger cette stipulation contraire au précepte d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5°, le juge conservant son pouvoir d'appréciation de la gravité du manquement. C'est-à-dire que, non seulement la résolution pour le type d'inexécution prévue ne lie pas le juge, qui peut encore estimer la rupture « brutale », mais plus encore, le fait même d'avoir qualifié une inexécution comme dirimante ne semble pas davantage l'influencer lorsque celui-ci détermine si la faute entre dans le champ du même article *in fine*, qui autorise pourtant la résolution sans préavis « *en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations* ». Or, rien ne s'oppose à ce que la prévision des parties soit, sinon une présomption simple de gravité de l'inexécution, tout au moins un indice de celle-ci. Soulignons qu'en cette affaire, le cocontractant violait cinq des vingt-deux standards conventionnellement fixés, c'est-à-dire près du quart des normes contractuelles, et ce en dépit d'une mise en demeure et de l'octroi d'un délai de régularisation.

Toutefois, en une décision du 29 janvier 2013, la Cour paraît infléchir sa première position, celle-ci qualifiant de brutale la résolution intervenue en raison du changement de direction de la société cocontractante « *en l'absence de stipulation contractuelle autorisant la rupture avant échéance dans de telles hypothèses* » (Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-23.676). En cette espèce, si la Cour ne déniait pas le caractère *intuitu personae* de la relation rompue, elle estimait

que le principe de continuité de la personne morale ne permettait pas de considérer le changement de direction comme un changement de contractant, sauf stipulation contraire. Ainsi, et si la seule formulation de la solution laisserait suggérer l'efficacité de toute clause résolutoire, le contexte impose davantage de mesure, car l'objet de la clause en l'espèce ne serait que de préciser le champ de l'*intuitu personae*, et non d'ériger la méconnaissance de celui-ci en une cause nouvelle de résolution (d'ailleurs, la Cour a encore récemment témoigné sa réticence par une décision du 9 juillet 2013 [Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.001] emportant cassation de l'arrêt qui avait dénié toute brutalité à la rupture d'un contrat de mandat à durée déterminée intervenue en application d'une stipulation précisant sa « *révocation* » en cas de non obtention de 80 % des objectifs, le mandataire ne réalisant que 40 % ou 65 % des objectifs, alors que le mandant arrive à 105 %. Toutefois, la cassation n'intervient qu'en ce que les juges du fond n'ont pas caractérisé le manquement grave aux obligations contractuelles. Certes, si cela revient à dénier l'effet souhaité de la stipulation litigieuse, demeure l'espoir qu'une motivation plus détaillée de la gravité du manquement, notamment au vu de la clause, puisse occasionner une solution inverse).

Soulignons que les juridictions du fond paraissent moins indécises quant à l'efficacité de la clause résolutoire, n'hésitant pas à faire produire effet à celle-ci pour dénier toute brutalité à la rupture consécutive à une inexécution visée (*cf.*, in Bilan CEPC 2011 : CA Douai, 20 janv. 2011, n° RG : 09/02349 ; CA Paris, 16 nov. 2011, n° RG : 09/11401 ; CA Poitiers, 11 janv. 2011, n° RG : 08/03425 ; rapp. 2012, CA Versailles, 10 janv. 2012, n° RG : 10/07488 ; T. com. Paris, 22 nov. 2011, Lettre distrib. déc. 2011).

Analyse.— La stipulation d'une clause résolutoire en un contrat organisant une relation professionnelle établie devient risquée. Si son efficacité devrait être admise lorsqu'elle érige une inexécution objectivement dirimante comme cause de résolution sans préavis, force est d'admettre qu'elle n'a guère d'intérêt en cette hypothèse où un effet identique serait admis même en son absence. Par contre, si elle porte sur des inexécutions dont la gravité est moins évidente, mais où précisément les parties ont un intérêt à la prévoir, son efficacité devient incertaine. Cette clause, trompeuse pour le créancier qui se croirait à tort fondé dans sa revendication, conduira à procéder à une résolution unilatérale bien plus risquée que ne serait celle réalisée pour une inexécution non anticipée – et pourtant opérée « *aux risques et périls du créancier* » – mais estimée gravissime au moment de sa réalisation. Le risque que cette incertitude fait peser sur la partie qui l'invoque, et corrélativement sur le rédacteur d'acte, devrait conduire à son abandon progressif.

Propositions.— La recherche d'une pleine efficacité du contrat imposera de privilégier des palliatifs à la fragilité de la clause résolutoire, telle la clause pénale. Certes, l'effet attaché à l'inexécution diffère, l'indemnisation forfaitaire prévue n'interdisant nullement la poursuite du contrat. Cependant, la stipulation du cumul des pénalités, voire leur augmentation en cas de réitération, pourrait occasionner conséquemment cette rupture, lorsque le débiteur, constatant son incapacité à réaliser une correcte exécution du contrat, estimera financièrement plus économique de s'en libérer. Parce que la rupture devrait alors être le fait du débiteur, le procédé permettrait d'inverser la charge du risque de brutalité que toute rupture fait désormais peser sur son auteur (sur une autre option destinée à alterner la charge du risque, *cf.* Chagny M., La gestion contractuelle de la rupture, *op. cit.*, n° 51, p. 94 : « *Parallèlement, on peut également prévoir de limiter l'importance du courant d'affaires en insérant une clause*



en vertu de laquelle le cocontractant s'engage à ne pas réaliser plus d'une certaine proportion de son chiffre d'affaires ou bien à avvertir l'autre partie lorsqu'il atteint un seuil prédéterminé. Le non-respect de cet engagement pourrait constituer une faute commise par la victime de la rupture et susceptible de limiter à due concurrence le droit à réparation né d'une violation éventuelle de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce »).

Cependant, si le créancier ne devait pas tolérer la poursuite du contrat, même temporaire, en raison d'une inexécution dont il ne peut, pourtant, être assuré de l'appréciation judiciaire de la gravité, la clause résolutoire demeure seule propice. Dans cette occurrence, trois autres suggestions tendent à concilier l'anticipation contractuelle de la résolution à l'impératif légal.

La première ambitionne l'efficacité directe de cette clause. Sa fragilité résulte actuellement de l'appréciation judiciaire *a posteriori* de la gravité de la faute visée par la clause. Toutefois, si les parties devaient convenir non seulement de l'attention toute particulière portée à une certaine inexécution, qu'elles estiment gravissime, mais encore de leur pleine conscience de ce que sa réalisation emporterait rupture immédiate de la relation, pourrait-on encore estimer que la rupture qui s'ensuivrait serait imprévue, soudaine et violente ? Il a été précédemment relevé que la rupture intervenant par l'arrivée du terme ne pouvait être estimée brutale, car elle était anticipée. Or, si les parties ont anticipé une cause de rupture du contrat dès sa conclusion, la survenance de cette cause – à l'initiative du débiteur – est peut-être soudaine, mais non l'effet qui lui est attaché, c'est-à-dire la rupture, à laquelle les parties doivent « légitimement s'attendre » (tel est le critère fréquemment visé afin d'apprécier la stabilité de la relation et corrélativement la brutalité de la rupture, cf. Cass. com., 18 mai 2010, Bull. civ. IV, n° 89 ; Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11.916 ; Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-13.819) quand bien même elle serait invoquée par le seul créancier. Cette logique a d'ores et déjà été opportunément adoptée par certaines juridictions du fond (cf. T. com. Paris, 22 nov. 2011, Lettre distrib. déc. 2011, soulignant opportunément que la rupture était « intervenue en application d'une clause du contrat claire et acceptée », d'autre part car « la rupture d'une relation commerciale établie est brutale lorsqu'elle est imprévisible, soudaine et violente, qu'en l'espèce, la rupture était tout sauf imprévisible, soudaine et violente », ce dont il s'ensuit que l'article L. 442-6, I, 5° « ne saurait faire échec au droit d'exercer son droit de résiliation en application d'une clause claire » quand cette résiliation « est bien intervenue au motif que le cocontractant n'avait pas exécuté son obligation »). Espérons que la clause résolutoire, habilement rédigée (on sait la Cour de cassation sensible à la rédaction – cf. *supra*, les clauses de différends –. Aussi convient-il d'insister sur la relation et non le contrat comme objet de la rupture, sur la précision que doivent revêtir les causes d'inexécution et le caractère de gravité qu'elles souhaitent lui attribuer, sans toutefois que la survenance d'une cause non listée ne contrarie la faculté de mettre unilatéralement fin au contrat aux risques et périls de son initiateur, et sur la connaissance qu'ont les parties de l'effet ainsi attaché à l'inexécution, c'est-à-dire la parfaite compréhension qu'elles ont de l'impossibilité d'invoquer la brutalité de la rupture consécutive car tel est précisément l'effet qu'elles souhaitent lui attacher), saura encore convaincre la Cour de cassation.

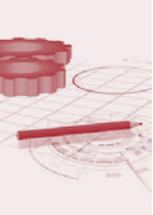
La deuxième suggestion consiste à associer les précédentes options, en transférant le risque économique de l'inefficacité de la clause résolutoire sur la partie initialement fautive. Le procédé repose sur le cumul d'une clause résolutoire et d'une clause pénale (cumul parfois discuté : Houtcieff D., Florilège autour de la clause pénale, Gaz. Pal. 1^{er} avr. 2011, p. 22 ; comp. Savaux E., Les effets de la caducité du

contrat sur la clause pénale, RDC 2011, p. 826 s., spé. p. 830, mais judiciairement admis : cf. Cass. 3^e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, Bull. civ. III, n° 12). Le critère de gravité de l'inexécution, étranger à la validité de la clause pénale, n'affectera pas son jeu mais, au pire, la réévaluation judiciaire de son montant (effectivement, les parties, tentées de dissuader l'inexécution par une pénalité importante – fonction comminatoire de la clause –, s'exposent à une réévaluation en considération du préjudice effectivement subi – fonction indemnitaire). Qui plus est, la pénalité affermit la clause résolutoire, en attestant de l'importance que revêt l'inexécution visée. Ladite inexécution occasionnerait alors, outre la résolution du contrat, un effet personnel, par l'évaluation forfaitaire du préjudice qu'elle cause. L'auteur de la rupture, potentiellement débiteur d'une indemnisation extracontractuelle au titre de la brutalité en cas d'éviction judiciaire de la clause résolutoire, serait dans le même temps créancier au titre de l'indemnisation contractuelle forfaitairement convenue.



Une dernière suggestion consiste à altérer la qualification de l'inexécution. Au lieu de la présenter telle une clause résolutoire occasionnant une possible rupture du contrat par une prérogative unilatéralement ouverte au créancier, on pourrait songer la désigner comme une cause objective et automatique de rupture.

Cette compensation limite le risque financier de la partie qui invoque la clause résolutoire, et ce de manière approximative lorsque la peine consistera en un montant déterminé, ou parfaite parce que stipulant un montant simplement déterminable, égal à celui judiciairement arrêté à l'issue d'une décision passée en force de chose jugée, encore augmenté de x euros (montant forfaitaire déterminé et dû qu'il y ait ou non brutalité). Certes, ce cumul prive partiellement d'intérêt l'invocation judiciaire de la brutalité et pourrait paraître contrarier l'objectif d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5°. Toutefois, la possibilité légalement reconnue de modifier le montant de la pénalité permet d'argumenter en sens inverse, car si le juge peut toujours réévaluer la dette conventionnelle de réparation, il faut bien admettre qu'une clause pénale ne pourra jamais priver d'intérêt le recours au juge....D'ailleurs, de nombreuses variantes peuvent être envisagées, en lesquelles la compensation ne serait pas totale, préservant ainsi l'intérêt à agir, par exemple en stipulant une pénalité augmentant en considération de l'ancienneté de la relation (confortant, qui plus est, l'effet comminatoire de la clause pénale, le créancier voyant son intérêt à ne pas être confronté l'inexécution augmenter au fil du temps dès lors que les conséquences pour lui en seront progressivement plus lourdes car proportionnelles à l'allongement du préavis). Toutefois, cette opportunité théorique ne doit pas masquer un inconvénient d'ordre stratégique : en cumulant deux mécanismes en lesquels la loi des parties peut être écartée par une appréciation souveraine du juge, le risque d'une issue judiciaire consécutive à la rupture augmente considérablement. La chance qu'a le débiteur d'obtenir une révision judiciaire de la pénalité encourue devrait accroître le risque d'une action en justice, lors de laquelle le débiteur ne manquera pas d'hasarder une action en brutalité de la rupture.



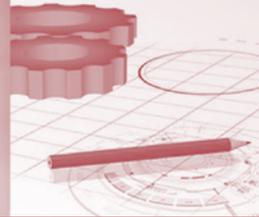
Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?

<http://lamyline.lamy.fr>

Enfin, une dernière suggestion consiste à altérer la qualification de l'inexécution. Au lieu de la présenter telle une clause résolutoire occasionnant une possible rupture du contrat par une prérogative unilatéralement ouverte au créancier, on pourrait songer la désigner comme une cause objective et automatique de rupture. À l'instar de l'arrivée du terme, la réalisation de l'inexécution visée ne saurait être imputée au créancier mais se trouve objectivée, voire imputable au débiteur fautif qui, par son inexécution, est seul à l'origine de la rupture. Parce qu'une telle rédaction ne laisse aucune alternative à la rupture comme conséquence de l'inexécution (ce qui, précisément, permet de ne pas imputer la rupture au créancier), on comprendra que l'inexécution visée ne pourra consister qu'en un comportement gravissime, assurément incompatible avec la poursuite du contrat, réduisant nécessairement et considérablement le nombre et le type de fautes ainsi sanctionnées. Cependant, il est à craindre que cette nouvelle figure contractuelle, ni condition résolutoire ni terme extinctif, ne trouve grâce aux yeux des juges alors précisément qu'elle vise à contourner leur pouvoir d'appréciation de la gravité de la faute.

La rupture brutale d'une relation professionnelle établie est présentée telle la « tarte à la crème » (Nourissat C., Les juges lyonnais sont-ils bêtes ?, Procédures 2010, n° 2, p. 3) du contentieux. Comment s'en étonner ? Elle ne suppose pas toujours une faute (y a-t-il une brutalité évidente à rompre une relation de 10 ans, d'abord oralement, puis par écrit avec un préavis de 7 mois, alors que 8 furent jugés raisonnables – CA Paris, 7 mars 2012, précité – ? Les exemples pourraient être multipliés), ni même un préjudice (sur l'incertitude quant à l'objet du préavis et, par conséquence, du préjudice résultant de son inexécution, cf. nos obs., Mais quel est l'objet du préavis entre professionnel ?, précité), mais autorise pourtant une indemnisation. Les audacieux ont su profiter de l'incertitude juridique qui entoure cette cause de responsabilité pour l'invoquer en des hypothèses toujours nouvelles, participant de l'extension incessante de son champ d'application, qui lui-même occasionne sans cesse de nouvelles interrogations et de nouveaux développements ... en une spirale vicieuse dont on ne voit l'issue. À moins que, demain, les assureurs, lassés d'indemniser, devaient estimer que si la faute réside dans la brutalité, la cessation prématurée de la relation représente tout autant le dommage que l'effet voulu par l'auteur de la rupture, cette dernière devenant

une faute intentionnelle (intention qui devrait être heureusement exclue par la nature « quasi-délictuelle » de la faute, cf. Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-17.872) qu'ils ne sauraient couvrir par principe – et non plus ponctuellement (outre l'exclusion liée à la couverture stipulée pour la seule responsabilité contractuelle, une exclusion bien plus générale a déjà pu être admise : Cass. com. 21 sept. 2010, n° 09-15.716, approuvant le refus de couverture de l'assureur devant pourtant garantir « la responsabilité civile de l'assurée, dans l'exercice de son activité professionnelle, pour des faits ayant pour origine des fautes, erreurs de fait ou de droit, omissions involontaires, inexactitudes », alors que « le contrat d'assurance ne couvrirait pas la responsabilité (...) pour rupture brutale des relations commerciales » suggérant que cette faute n'est pas professionnelle) ? Il n'est nullement question de soutenir cette analyse, extrêmement dangereuse. Mais il convient de souligner la nécessité d'endiguer ce contentieux, qui est d'ores et déjà présenté comme contraire à la sécurité juridique (cf. Regnault S., Guide de la rupture, Dr. & patr. 2007, n° 163, p. 48, doutant de la constitutionnalité de l'article L. 442-6, I, 5° au vu du principe de sécurité juridique et de prévisibilité du droit. Comp. Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-25.323) et d'enfin admettre qu'il puisse connaître des bornes. Au nombre de celles-ci, une ferme caractérisation des différents concepts que l'application de l'article L. 442-6, I, 5° suppose est fortement souhaitée. Mais parce qu'elle est pour l'heure inexistante, il apparaît d'autant plus nécessaire d'admettre qu'elle puisse être le fait des principaux intéressés. En toute hypothèse, lorsque les parties ont anticipé les modalités de la rupture, non pour tenter d'éluder la protection imposée par le texte, mais à la seule fin de l'organiser et de la sécuriser, il serait heureux d'admettre, par principe, l'efficacité des stipulations conciliables avec ladite protection. Il serait excessif que la loi des parties, lors de l'exécution du contrat, soit sous la seule emprise du juge lors de son extinction. En l'état actuellement incertain de la jurisprudence, cette validité de principe s'impose, plus encore, comme une nécessité pratique. Seule celle-ci permettra une once de prévisibilité aux parties, qui connaissent les modalités de rupture stipulées mais ignorent, à l'instar des juristes eux-mêmes, celles qui résulteront des appréciations souveraines des juges. La justice ne gagnerait pas à ce qu'une partie soit responsable, mais non blâmable, pour n'avoir pas su appliquer une règle actuellement flottante, alors qu'elle avait pourtant tenté de la stabiliser. ■



MATINÉE-DÉBATS LJA – 28 MAI 2013 LES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ – ENQUÊTES INTERNES DE CONCURRENCE

Propos introductifs



Par Marie-Cécile RAMEAU

Associée
Bredin Prat

→ RLC 2436

Bonjour à tous et bienvenue à cette matinée-débats consacrée aux questions de droit du travail et de protection des données personnelles que soulèvent les programmes de conformité et les enquêtes internes de droit de la concurrence.

Remercions tout d'abord la LJA d'avoir proposé ce sujet rarement voire jamais traité.

Il est pourtant d'un grand intérêt pour les entreprises et les avocats qui les assistent car il est nouveau et répond à des besoins très concrets. La mise en place de programmes de conformité et la pratique des enquêtes internes se développent en effet au sein des entreprises et, surtout, a évolué de telle façon qu'elle soulève de plus en plus de questions.

Les avocats et juristes ont toujours été sollicités pour assurer des formations ou réaliser des audits de droit de la concurrence au sein des entreprises. Cela n'est pas nouveau. Ce qui a radicalement changé ces dernières années, en revanche, ce sont les modalités de ces interventions.

Longtemps elles se sont déroulées dans un esprit que l'on peut qualifier de « bon enfant ». Il s'agissait de sensibiliser les salariés, de diffuser une culture du droit de la concurrence dans l'entreprise. Les vérifications n'étaient pas très approfondies, les salariés n'étaient pas interrogés avec insistance et ne risquaient aucune sanction. Au demeurant, si la notion de stress au travail existait déjà, elle faisait davantage la « une » des magazines féminins ou de santé que celle des revues Lamy.

Depuis une dizaine d'années, les risques encourus par les entreprises se sont considérablement accrus et c'est désormais un lieu commun de le dire : les autorités de concurrence prononcent de lourdes sanctions pécuniaires, au point que certaines entreprises ne peuvent les payer sans mettre en danger leur pérennité ; les

risques de détection des infractions se sont démultipliés depuis la mise en place des programmes de clémence – en 2010, la totalité des décisions de la Commission européenne sanctionnant des ententes anticoncurrentielles avaient pour origine une demande de clémence et cette pratique s'étend devant l'autorité française ; les actions indemnitaires se développent et il n'est plus rare de voir des demandes de plusieurs dizaines de millions d'euros devant un tribunal de commerce. Les enjeux sont donc considérables.

Cela a conduit les entreprises à renforcer leurs mécanismes de prévention et de détection des infractions au droit de la concurrence : programmes de conformité et enquêtes internes sont devenus de plus en plus rigoureux et contraignants pour leurs salariés. Elles doivent en outre réfléchir sérieusement à une éventuelle demande de clémence lorsque des ententes horizontales sont ainsi mises au jour. De leur côté, les salariés sont eux aussi de plus en plus conscients des risques qui pèsent sur l'entreprise et, le cas échéant, sur eux-mêmes en cas d'infraction au droit de la concurrence. Pour toutes ces raisons, les enquêtes internes se déroulent aujourd'hui dans une atmosphère beaucoup plus tendue qu'il y a une dizaine d'années.

Nouvelles contraintes sur l'activité des salariés, intrusion de l'employeur dans les dossiers et correspondances de ses salariés alors que la frontière entre vie privée et vie professionnelle est devenue floue, mise sous stress voire déstabilisation des salariés... L'importance croissante attachée par les entreprises au droit de la concurrence a des conséquences immédiates sur les salariés et la vie de l'entreprise. Ce sont autant de questions à examiner au regard du droit du travail et de la protection des données personnelles.

Il me faut vous rappeler brièvement les principales caractéristiques de ces outils de « conformité » afin de poser les termes du débat

pour nos amis spécialistes du droit du travail et de la protection des données personnelles.

I. – LES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ

L'on peut distinguer deux types de programmes de conformité.

Le premier est le programme volontaire, dont le contenu est libre et par conséquent variable, défini selon les objectifs de l'entreprise. Il peut s'agir d'un simple paragraphe dans un code de bonne conduite, d'une charte éthique, de sessions de formation plus ou moins régulières, plus ou moins ciblées sur telle ou telle pratique ou telle ou telle catégorie de salariés, plus ou moins obligatoire. Le plus souvent, ces programmes ne prévoient pas de mécanisme d'alerte professionnelle, dont la pratique n'est pas encore ancrée dans la culture française. Le non-respect du programme et du droit de la concurrence n'est en général pas sanctionné. Ce sont les programmes que nous connaissons depuis la fin des années 1990, qui ne soulèvent pas de difficulté particulière.

Le second type de programme de conformité est celui qui est mis en place en application d'engagements pris par l'entreprise devant l'Autorité de la concurrence. Le programme de conformité vient alors soit en complément d'autres engagements pour obtenir le classement d'une affaire avant toute notification de griefs (parmi les exemples récents, l'on peut citer les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-29, 27 sept. 2010, Eco-emballages et n° 12-D-22, 22 nov. 2012, PagesJaunes), soit à l'appui d'une non-contestation de griefs pour obtenir une réduction de sanction pécuniaire supplémentaire qui peut aller jusqu'à -10 % (cf. les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-10, 20 mars 2012, Aliments pour chiens et chats, n° 12-D-27, 20 déc. 2012, Billetterie de spectacles, n° 13-D-03, 13 févr. 2013, Secteur du porc charcutier et n° 13-D-06, 28 févr. 2013, Experts-comptables, parmi les affaires les plus récentes). Le programme de conformité devient alors lui-même un engagement pris par l'entreprise vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence, ce qui emporte deux conséquences.

Tout d'abord, le contenu de ce programme est très encadré par l'Autorité. Il est défini dans son Document-cadre du 10 février 2012 et s'articule autour de cinq exigences :

- 1) la direction de l'entreprise doit prendre un engagement public et clair pour prévenir, détecter et remédier aux infractions au droit de la concurrence ;
- 2) un responsable conformité doit être désigné dans l'entreprise et doté des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission ;
- 3) l'entreprise doit mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation par le biais de supports écrits soutenus par une communication interne forte et complétés par des formations obligatoires ;
- 4) des mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte doivent être créés, le système d'alerte devant permettre aux salariés de déclencher une alerte ou de poser une question auprès du responsable conformité et être assorti d'une procédure de traitement et de suivi ;
- 5) les manquements avérés au droit de la concurrence doivent être sanctionnés.

Ensuite, la mise en œuvre de ce programme est enfermée dans des délais fermes, de quelques mois à un an. Son application effective est contrôlée pendant trois à cinq ans. Un rapport annuel doit être adressé à l'Autorité, notamment sur la formation du personnel, le fonctionnement du mécanisme d'alerte et le suivi effectué. Surtout, l'entreprise s'expose à un risque de sanction pécuniaire en cas de manquement à ses engagements. Les sanctions prononcées en cas de non-respect d'engagements pris dans le cadre d'opérations de concentration (cf. les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-12, 20 sept. 2011, Vivendi Universal et Groupe Canal Plus et n° 12-D-15, 9 juill. 2012, Groupe Bigard) ou d'injonctions prononcées par l'Autorité (cf. par exemple la décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-43, 12 sept. 2003, France Télécom et sa décision n° 04-D-18, 13 mai 2004, France Télécom, réformée *in pejus* par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005, n° RG : 2004/1123) donnent la mesure de l'enjeu.

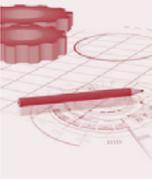
Cette brève description fait déjà apparaître plusieurs questions pour nos spécialistes du droit social et de la protection des données personnelles :

- 1) L'entreprise peut-elle imposer à ses salariés des sessions de formation obligatoires ?
- 2) À quelles conditions peut-elle prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre des salariés qui méconnaîtraient les obligations mises à leur charge par le programme de conformité ou qui enfreindraient le droit de la concurrence ?
- 3) Comment s'assurer de l'adéquation de ces sanctions ? Cette question se pose avec une acuité particulière lorsque l'appréciation du caractère licite ou illicite d'un comportement s'avère difficile. Elle ne se pose pas pour la participation à une entente de prix ou de répartition de marchés ou de clients avec des concurrents, dont le caractère anticoncurrentiel semble évident pour tout un chacun. En revanche, la licéité d'échanges d'informations au sein d'associations professionnelles peut être plus difficile à apprécier. De même, le discours commercial d'une entreprise dominante peut rapidement basculer dans le dénigrement, la frontière entre la défense des mérites de ses produits et la critique implicite de ceux de ses concurrents étant parfois relativement floue. Les qualifications sont souvent complexes, la pratique décisionnelle et la jurisprudence sont évolutives. Comment sanctionner un salarié qui n'est pas un spécialiste de ces questions ?
- 4) Comment mettre en place des mécanismes d'alerte, qui doivent faire l'objet d'un suivi, donnent lieu à la constitution de dossiers sur les questions et alertes reçues et contiennent des données personnelles ?

II. – LES ENQUÊTES INTERNES

En dehors ou dans le cadre d'un programme de conformité, les entreprises peuvent aussi lancer des enquêtes internes pour vérifier le respect du droit de la concurrence par leurs salariés. En fonction de leurs objectifs, les moyens mis en œuvre varient. Il est possible de classer ces enquêtes internes en trois catégories.

La première, la plus classique, est celle des « audits de sensibilisation ». Leur objectif est de former les salariés en marquant les esprits : mieux que la distribution d'un livret de droit de la concurrence ou la diffusion de diapositives, un audit permet à l'entreprise



de solenniser la formation et de mettre ses salariés en situation. Il permet aussi de les préparer à d'éventuelles opérations de visite et saisies. Ces audits-sensibilisation peuvent inclure une séance de formation suivie d'entretiens individuels avec un certain nombre de salariés préalablement identifiés, prévenus ou non, un balayage de la messagerie électronique et des dossiers de ces salariés en leur présence et avec leur accord ; aucune sanction n'est prévue à l'encontre des salariés qui s'avèreraient fautifs.

La deuxième catégorie est celle des « audits-état de lieux », dont l'objectif est de détecter d'éventuelles infractions ou de vérifier l'étendue d'une infraction soupçonnée à la suite d'opérations de visite et saisies, d'une dénonciation d'un tiers ou de la mise en œuvre du mécanisme d'alerte interne. Il s'agit de mesurer le risque encouru par l'entreprise et d'apprécier s'il y a place pour une demande de clémence. Le climat est alors beaucoup plus glacial dans l'entreprise. Ces audits-état des lieux supposent des entretiens approfondis avec les salariés, toujours tendus, et l'examen de leur messageries électronique et de leurs dossiers, pas nécessairement avec leur accord ni en leur présence. Dans la mesure où son objectif est de s'approcher de la vérité, l'entreprise a intérêt en ce cas à promettre l'immunité à ses salariés en échange de leur pleine et loyale coopération. Cela est même capital si une demande de clémence est ensuite déposée car l'entreprise devra coopérer avec l'autorité de concurrence tout au long de la procédure. Pareille amnistie – nécessaire à une détection efficace des pratiques anticoncurrentielles – pose une réelle difficulté aux entreprises qui se sont engagées devant l'Autorité de la concurrence à mettre en place un programme de conformité comportant des sanctions contre les salariés.

Enfin, la troisième catégorie est celle des « audits-vérification » conduits en application d'un programme de conformité. Les moyens mis en œuvre sont ceux d'un audit-état des lieux, assorti de sanctions à l'encontre des salariés fautifs. Cependant, là encore, si cet audit révèle des pratiques susceptibles de faire l'objet d'une demande de clémence, l'entreprise pourrait être amenée à pro-

mettre l'immunité à certains salariés pourtant gravement fautifs, au risque de manquer à son engagement.

Ces enquêtes internes posent elles aussi plusieurs questions au regard du droit social et de la protection des données personnelles :

- 1) Un salarié peut-il refuser de répondre à des questions portant sur son travail et les activités qu'il mène pour l'entreprise ?
- 2) À quelles conditions l'entreprise peut-elle examiner les messageries électroniques et les dossiers de ses salariés ?
- 3) Le stress plus ou moins important infligé aux salariés au cours des enquêtes internes oblige-t-il l'employeur à prendre des précautions particulières ?
- 4) En cas de clémence, comment gérer le risque de déstabilisation personnelle des salariés ? Ce risque est réel tant pour celui qui révèle l'entente anticoncurrentielle et qui n'est pas toujours, et même souvent pas, l'auteur des pratiques – ce peut être l'assistante ou le jeune collaborateur qui prépare les réunions de cartel – que pour celui qui en a été l'acteur et ne s'est pas dénoncé spontanément. Même si la confidentialité, nécessaire vis-à-vis de l'extérieur et en interne pour réduire le risque de fuite, est garantie par l'employeur, un certain nombre de leurs collègues seront nécessairement interrogés au cours de l'enquête interne, puis pendant l'instruction devant l'autorité de concurrence, et découvriront les faits. L'impact est réel sur la vie du salarié et sa situation dans l'entreprise en dépit de l'immunité éventuellement accordée par l'employeur, au point de le conduire éventuellement à quitter l'entreprise. En outre, un climat de suspicion peut s'installer dans un service ou dans l'entreprise ; l'ambiance peut devenir délétère.

Telles sont les questions identifiées par le praticien du droit de la concurrence, celles auxquelles avocats et juristes sont confrontés lorsqu'ils interviennent dans ce cadre. Nos experts de ce matin vont tenter d'y apporter des réponses claires. ■

Programmes de conformité, audits et enquêtes internes de concurrence face aux contraintes du droit du travail



Par Nicolas BOUFFIER

Avocat à la Cour – Counsel
Bredin Prat

→ RLC 2437

La mise en place des programmes de conformité, audits et enquêtes internes de concurrence consiste à faire entrer le droit de la concurrence au sein de l'entreprise et auprès des salariés.

Sans revenir sur le détail des programmes de conformité tels qu'ils ressortent du document cadre de l'Autorité de la concurrence du 10 février 2012 ou encore des différentes mesures visant à prévenir et traiter les infractions au droit de la concurrence, il convient de rappeler qu'il peut s'agir pour l'entreprise de mettre en place des mesures d'information et de formation des salariés, des chartes éthiques ou codes de bonne conduite, des mécanismes d'alerte, des évaluations régulières des salariés ou encore des audits ou enquêtes internes.

On observera que le document cadre de l'Autorité de la concurrence signale, à juste titre, la nécessité d'organiser les mesures qu'il préconise « dans le respect du droit du travail ». Ces mesures posent en effet la question de leur compatibilité et de leur articulation avec les contraintes issues du droit du travail.

On peut considérer que dans leur dimension strictement préventive, ces mesures ne soulèvent pas de difficultés majeures. Tel est le cas notamment des dispositifs d'information ou de formation des salariés parmi lesquels la diffusion de supports expliquant le sens et la portée pratique des règles de concurrence, les mécanismes internes permettant aux salariés d'obtenir des conseils ou encore les formations obligatoires.

Il ne s'agit pas pour autant de faire l'impasse sur ces dispositifs d'information et de formation. Ils sont une donnée première au regard du bon respect des règles de concurrence au sein de l'entreprise et constituent, à bien des égards, une condition d'effectivité des autres dispositifs. On soulignera d'ailleurs que l'exécution défectueuse par un salarié de son travail ou la faute commise par lui en raison du défaut de formation de celui-ci par son employeur, sur lequel repose une obligation d'adaptation en vertu en particulier des dispositions de l'article L. 6321-1 du code du travail, ne saurait en principe lui être reprochée

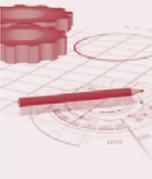
pour justifier un licenciement (Cass. soc., 12 mars 1992, n° 90-46.029 ; Cass. soc., 21 oct. 1998, n° 96-44.109).

Ainsi, s'agissant des formations (à noter que ces actions de formations doivent en principe faire l'objet d'une information/consultation du comité d'entreprise avant leur mise en œuvre, qu'elles s'inscrivent dans le cadre du plan de formation au titre de l'article L. 2323-34 du code du travail ou en dehors de ce cadre au titre de l'article L. 2323-6 du code du travail) en particulier, elles peuvent être imposées aux salariés dès lors qu'elles répondent à l'intérêt de l'entreprise et sont en rapport avec les fonctions de l'intéressé. Elles constituent dès lors une modalité d'exécution du contrat de travail, ce qu'a rappelé à plusieurs reprises la Cour de cassation (Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-42.196 ; Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-42.905 ; Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-40.493) ; le salarié refusant de s'y soumettre se met ainsi en faute.

S'agissant des programmes de conformité et autres dispositifs qui excèdent les mesures de prévention au sens strict du terme, ils posent en revanche de nombreuses questions dès lors qu'ils prévoient des obligations à la charge des salariés pouvant faire l'objet de contrôle voire de sanctions.

La mise en place de ces mesures est en effet encadrée par les principes régissant la protection des droits et libertés du salarié, dont il découle pour l'employeur diverses obligations et contraintes tenant tantôt au contenu de la norme édictée, aux procédures préalables à la mise en œuvre de ces dispositifs ou encore à l'interdiction faite à l'employeur d'empiéter sur la vie privée ou personnelle des salariés.

Ainsi, ces programmes de conformité, audits et enquêtes internes mettent en cause de multiples aspects du droit du travail et notamment la question du champ d'application du règlement intérieur, les règles de procédures applicables aux sanctions disciplinaires, le droit du salarié à la protection de sa vie privée et le respect du secret des correspondances, les obligations d'information et de consultation des instances représentatives du personnel, l'obligation de sécurité de l'employeur à l'égard de ses subordonnés, etc.



Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette intervention, de dresser une liste exhaustive de ces problématiques, mais de faire porter le propos sur certaines questions récurrentes qui se posent en pratique lors de la mise en place des programmes de conformité, codes de bonne conduite, audits ou enquêtes internes (cette intervention n'aborde pas les différents aspects « informatique et liberté », qu'il s'agisse des déclarations de traitements automatisés de données ou des procédures d'alerte professionnelle). On dégagera, à cette fin, trois grands thèmes de réflexion relatifs aux contraintes du droit du travail tenant à la nature juridique des instruments mis en place (I), aux obligations d'information et consultation préalables (II) et à la protection de la vie privée et personnelle des salariés (III).

I. – LES CONTRAINTES TENANT AU DOMAINE DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR

Les codes de bonne conduite ou chartes éthiques, qu'ils soient intégrés ou non à un programme de conformité, ne font, en tant que tel, l'objet d'aucune disposition légale. Se pose donc la question de leur nature juridique et, plus précisément, celle de savoir s'ils doivent s'analyser comme des adjonctions au règlement intérieur et en respecter la procédure de mise en place.

Cette qualification a des conséquences pratiques évidentes en particulier lorsque la mise en place du programme de conformité s'inscrit dans une procédure d'engagement auprès de l'Autorité de la concurrence. Dans cette hypothèse, cette mise en place doit intervenir dans un délai fixé ; à défaut, la société s'expose à des sanctions financières. Le facteur temps est donc une donnée essentielle et la mise en œuvre de la procédure applicable au règlement intérieur ou à ses adjonctions est susceptible de poser difficulté.

A. – Les enjeux : du délit d'entrave à l'inopposabilité des dispositions des codes de bonne conduite et chartes éthiques

Afin de mieux cerner les enjeux, il convient de rappeler brièvement la procédure applicable à la mise en place du règlement intérieur ainsi que les sanctions attachées à sa violation.

La mise en place du règlement intérieur ou de ses adjonctions suppose (i) une information/consultation du comité d'entreprise (ou des délégués du personnel en l'absence de comité d'entreprise), (ii) une information/consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, le cas échéant, pour les matières relevant de sa compétence, (iii) l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité et, en même temps, la communication à l'inspecteur du travail dudit règlement accompagnée des avis des institutions représentatives du personnel (C. trav., art. L. 1321-4). Si le règlement intérieur fixe lui-même la date de son entrée en vigueur, celle-ci doit, en toute hypothèse, être postérieure d'un mois à l'accomplissement de ces formalités (C. trav., art. L. 1321-4, al. 2 ; le délai d'un mois fixé par la loi est un délai minimum, destiné à permettre une meilleure information des salariés et à laisser à l'inspection du travail le temps de faire connaître ses observations.).

Compte tenu du temps nécessaire à l'obtention de l'avis du ou des instances représentatives du personnel auquel s'ajoute le délai d'un mois précité, l'entrée en vigueur de l'adjonction au règlement intérieur peut prendre plusieurs semaines voire plusieurs mois. On rappellera, à ce titre, qu'il n'y a pas de délai légal dans le cadre duquel l'avis du comité d'entreprise doit être rendu. Le temps de la procédure peut

donc être très variable selon les relations entretenues entre la direction et le comité d'entreprise. Certes, la loi relative à la sécurisation de l'emploi (L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi) impose désormais des délais encadrant la procédure de consultation du comité d'entreprise, mais ceux-ci ne trouveront pas à s'appliquer à la procédure de mise en place du règlement intérieur. En effet, seules les consultations prévues aux articles L. 2323-6 à L. 2323-60 du code du travail, ainsi qu'aux articles L. 2281-12, L. 2323-72 et L. 3121-11 sont visées par le texte.

Le non-respect de cette procédure expose la société à la sanction du délit d'entrave et au risque de voir les dispositions du programme de conformité privées d'effet, voire à une suspension de la mise en œuvre du code de bonne conduite ou de la charte éthique. La détermination de la nature juridique de ces codes de bonne conduite ou chartes éthiques, qu'ils s'insèrent ou non dans un programme de conformité, nécessite donc un examen préalable de leur réelle nature juridique, laquelle détermine la procédure à suivre.

B. – La détermination de la nature juridique des codes de bonne conduite et chartes éthiques : une tâche parfois malaisée en l'absence de dispositions légales spécifiques

En vertu de l'article L. 1321-1 du code du travail, « le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :

- (...)
- les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

En outre, selon les dispositions de l'article L. 1321-5 du même code, les notes de service ou tout autre document qui portent prescriptions générales et permanentes dans les matières relevant du règlement intérieur sont, lorsqu'il en existe un, considérés comme des adjonctions au règlement intérieur. La volonté du législateur a été d'éviter que le recours aux notes de service ou autre adjonction ne permette de contourner les règles imposées pour l'élaboration et la fixation du contenu du règlement intérieur. Dès lors, peu importe la dénomination retenue par l'employeur, c'est le contenu du document qui permet d'en déterminer le régime applicable, ce qui peut s'avérer délicat en l'absence de dispositions spécifiques dans le Code du travail portant sur les codes de conduites ou chartes éthiques.

La question a été abordée par l'administration du travail dans sa circulaire du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur (Circ. CGT n° 2008/22, 19 nov. 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur), circulaire qui commence par faire le constat des difficultés que soulèvent ces documents dans la mesure où « leur contenu, leur énoncé et leur portée restent très divers » et « peuvent varier entre des déclarations à connotation morale et peu contraignantes et une réglementation précise (...) ».

Ainsi la circulaire distingue-t-elle « le document éthique constitué de dispositions qui relèvent toutes du champ du règlement intérieur », « le document éthique constitué de dispositions qui sont toutes étrangères au règlement intérieur » lequel est essentiellement conçu comme un outil de communication plutôt dirigé vers l'extérieur ou encore se présente comme un document par lequel l'entreprise prend

elle-même des engagements dépassant ses obligations légales et réglementaires, et enfin les documents mixtes « dont certaines dispositions seulement ressortent du champ du règlement intérieur ». Selon l'hypothèse envisagée, toute ou partie des dispositions seront soumises au régime et à la procédure applicable au règlement intérieur ou, à l'inverse, y échapperont.

Si la circulaire pose ainsi les grands principes en distinguant les chartes éthiques et codes de conduite qui établissent des règles générales et permanentes relatives à la discipline et les autres (outils de communication ou engagements de l'employeur en faveur des salariés par exemple), elle reste peu explicite sur le détail des dispositions dont il est question et sur ce qu'il convient d'entendre par « règles générales et permanentes relatives à la discipline ».

 **Force est de constater que les engagements ou prescriptions contenus dans les codes de conduite ou chartes éthiques, lesquels ne s'insèrent pas nécessairement dans le cadre d'un programme de conformité, peuvent avoir une intensité variable.**

Sur ce point, l'examen de la jurisprudence permet d'en préciser d'avantage les contours. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée explicitement sur la qualification des codes de bonne conduite et chartes éthiques même si, par une décision du 28 mai 2008 (Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744, Bull. civ. V, n° 120), elle semble admettre, implicitement du moins, que ces documents peuvent relever du champ d'application du règlement intérieur.

En revanche, un certain nombre de décisions des juges du fond permettent d'éclairer un peu plus le praticien. Ainsi, ont été considérés comme des adjonctions au règlement intérieur :

- le document qui régit les différentes situations pouvant générer un conflit d'intérêt et décrit ainsi une règle de comportement à laquelle doivent se conformer les salariés sous peine de mesures disciplinaires (CA Versailles, 14^e ch., n° RG : 07/405, SARL Exxonmobil Chemical France c/ Comité d'établissement de la société Exxonmobil Chemical France) ;
- le document intitulé « Code of Business Conduct » dès lors qu'il pose des règles relatives à la protection des actifs de l'entreprise (propriété intellectuelle, informations confidentielles à usage interne, utilisation des médias et outils électroniques), à la conduite des activités professionnelles (conflits d'intérêts, délit d'initié, tenue des rapports financiers) ainsi qu'au dispositif d'alerte professionnelle (TGI Nanterre, 19 oct. 2007, n° 06-06460, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ Sté Dassault systèmes) ;
- la diffusion sur le site Intranet de l'entreprise de nouvelles dispositions relatives à un code de conduite et aux instructions adjointes obligeant les collaborateurs à informer l'entreprise de tout type d'activité gouvernementale, politique, bénévole ou civique et soumettant lesdites activités à autorisation (TGI Nanterre, réf., 6 oct. 2004, n° 04-2865, Comité d'établissement Novartis Pharma c/ SAS Novartis Pharma). On observera, s'agissant de cette dernière décision, que le tribunal de grande instance de Nanterre a retenu la qualification d'adjonction au règlement intérieur après avoir observé que, si la société « a supprimé les sanctions attachées au non-respect des

prescriptions édictées, il n'en demeure pas moins que ces règles doivent être respectées par le personnel ».

C. – Transposition aux codes de conduite et chartes éthiques relatives au droit de la concurrence

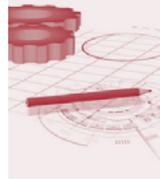
Les principes et décisions précités sont transposables au contenu des programmes de conformité, codes de conduites ou chartes éthiques relatives au droit de la concurrence.

S'agissant d'abord des programmes de conformité tels que définis par le document-cadre de l'Autorité de la concurrence du 10 février 2012, ils doivent contenir « l'engagement général et permanent de respecter les règles de concurrence (...) dans le but d'inciter l'ensemble des dirigeants, ainsi que les cadres et les autres salariés ou agents concernés, à se conformer à ces règles » (Document-cadre Aut. conc., 10 févr. 2012, pt. 22.1.b), « la mise en place de mesures visant à assurer et évaluer le respect individuel de la politique de conformité de l'entreprise » (pt. 22.4.a), ainsi que « l'existence d'un ensemble de sanctions, en particulier disciplinaires » (pt. 22.5.b). Ainsi défini, le programme de conformité ou les dispositions des codes de conduites qui en suivraient les mêmes principes s'analysent bien en une adjonction au règlement intérieur puisqu'ils renvoient à la fois à l'instauration de règles générales et permanentes et à l'existence d'un ensemble de sanctions disciplinaires.

Pour autant, force est de constater que les engagements ou prescriptions contenus dans les codes de conduite ou chartes éthiques, lesquels ne s'insèrent pas nécessairement dans le cadre d'un programme de conformité, peuvent avoir une intensité variable.

La mention de sanctions éventuelles est un élément clé lorsqu'il s'agit de qualifier un document d'adjonction au règlement intérieur. La mention expresse de la possibilité de sanctionner les règles prescrites emporte, en effet, qualification d'adjonction au règlement intérieur (CE, 27 juill. 2005, n° 254600, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c/ Centre de convalescence et de rééducation de la Roseraie ; pour une approche critique de ce critère, cf. Antonmattei P.-H. et Vivien P., Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, janv. 2007). Néanmoins, on ne saurait en déduire a contrario que l'absence de mention explicite de sanction soit de nature à écarter, en toute hypothèse, la qualification d'adjonction au règlement intérieur. La décision précitée du tribunal de grande instance de Nanterre en date du 6 octobre 2004 en est une bonne illustration.

Certaines formules telles que la société « favorise », « vise à promouvoir », ou encore « est attentive à » (cf. Antonmattei P.-H. et Vivien P., Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, janv. 2007) tendent à écarter la qualification de règlement intérieur dans la mesure où elles ne font peser sur le salarié aucune prescription ou obligation ferme dont la violation emporterait sanction. En revanche, à l'examen de certaines décisions des juges du fond, des clauses à caractère général et obligatoire qui s'imposent aux salariés même en l'absence du rappel des sanctions encourues sont susceptibles d'emporter qualification d'adjonction au règlement intérieur. Des formules telles que « le code de bonne conduite doit être appliqué par tous » ou encore « le salarié a pris connaissance du code de bonne conduite, au respect duquel il est tenu » vont dans ce sens.



Ainsi, un examen attentif du contenu de ces documents est une étape préalable et nécessaire à leur mise en place afin de leur donner toute leur portée et d'anticiper les contraintes temporelles découlant des procédures de consultation des institutions représentatives du personnel. Ces problématiques de temps et d'opposabilité aux salariés se posent également s'agissant de l'organisation des audits et visites surprises de concurrence.

II. – LES CONTRAINTES TENANT AUX OBLIGATIONS D'INFORMATION ET DE CONSULTATION PRÉALABLES À LA MISE EN ŒUVRE DES AUDITS ET ENQUÊTES INTERNES DE CONCURRENCE

Le pouvoir de l'employeur de surveiller et contrôler l'activité des salariés ne bénéficie pas d'un fondement textuel. Il n'en est pas moins une des composantes du pouvoir de direction et de gestion inhérent à la qualité d'employeur, lequel découle du contrat de travail qui a pour effet de placer le salarié sous la subordination de l'employeur.

Pour autant, la mise en place de moyens ou techniques de surveillance et de contrôle des salariés fait l'objet d'un encadrement d'abord défini par la jurisprudence puis consacré par la loi. Cette surveillance doit ainsi répondre à une exigence de loyauté de l'employeur qui ne peut recourir à des stratagèmes dans le but de placer le salarié en situation de faute (pour une illustration récente : Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-30.266, s'agissant de l'utilisation de lettres piégées). Par ailleurs, l'employeur ne peut installer ces dispositifs à l'insu des salariés ; il est tenu de les informer, ainsi que les représentants du personnel, préalablement à leur mise en place. C'est la jurisprudence dite *Néocel* du 20 novembre 1991 (Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120, Bull. civ. V, n° 519) qui, sur le fondement de l'article 9 du code de procédure civile, est venue encadrer les dispositifs de surveillance des salariés, suivie, dans un second temps, par la loi du 31 décembre 1992 (L. n° 92-1446, 31 déc. 1992, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage).

Ainsi se pose la question des conditions de mise en place des audits et enquêtes internes de concurrence qu'il s'agisse des procédures à suivre, des moyens dont dispose l'employeur pour en assurer l'effectivité et des limites qui s'imposent à lui. Ici aussi, l'enjeu ne saurait être minimisé puisque, outre le risque de délit d'entrave, les éléments recueillis par l'employeur lors de ces audits ou enquêtes peuvent être jugés inopposables aux salariés si leur mise en place l'a été en violation des prérogatives des institutions représentatives du personnel. Cette violation peut également être constitutive d'un trouble manifestement illicite justifiant la suspension du dispositif de contrôle jusqu'à la consultation des représentants du personnel (Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741).

A. – L'information et la consultation préalable du comité d'entreprise en présence d'un dispositif de contrôle des salariés

Il résulte des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 2323-32 du code du travail que le comité d'entreprise doit « être informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ». Cette consultation doit permettre en particulier au comité d'entreprise de donner son avis d'une part sur la pertinence et, d'autre part, sur la proportionnalité entre les moyens utilisés et le but recherché.

Dès lors se pose la question de savoir ce qu'il convient d'entendre par « dispositif de contrôle ». La difficulté tient à ce qu'il n'existe pas de définition légale du dispositif de contrôle. Si la Haute juridiction en fournit un certain nombre d'exemples (parmi lesquels la mise en place d'un système de vidéosurveillance, la mise en place d'un système de géolocalisation, le contrôle opéré dans l'entreprise par une entreprise extérieure), elle ne s'est pas, à notre connaissance, prononcée sur la question de savoir si les audits et enquêtes internes de concurrence relèvent de cette qualification. Dans ces conditions, il importe de tenter de dessiner les contours d'une définition de « dispositif de contrôle » au travers des décisions rendues en la matière.

Deux éléments principaux doivent être réunis pour caractériser un « dispositif de contrôle » : l'existence d'un dispositif d'une part, lequel doit être apprécié au regard de sa finalité d'autre part.

S'agissant de l'existence d'un dispositif, il convient de rappeler en premier lieu que le simple contrôle effectué par un supérieur hiérarchique ou par un service interne ne constitue pas en soi un dispositif de contrôle. Il est, en effet, inhérent à la fonction du supérieur hiérarchique de contrôler et surveiller ses subordonnés. Toutefois, plusieurs conditions semblent devoir être réunies pour échapper à la qualification de dispositif. Il doit s'agir d'une simple surveillance, c'est-à-dire d'une surveillance résultant d'une observation directe du salarié. Cette observation doit être le fait du supérieur hiérarchique ou d'un service interne et non d'une personne ou d'une entreprise extérieure à la société. Enfin, elle doit intervenir sur le lieu du travail où s'exerce le pouvoir de contrôle du supérieur hiérarchique (sur ces conditions, cf. Surveillance du salarié sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1444, comm. Corrigan-Carsin D.).

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rappelé, dans une décision du 4 juillet 2012 (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-14.241 ; cf. également : Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. V, n° 145 ; Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-44.612), que : « le simple contrôle de l'activité d'un salarié par l'employeur ou par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, même en l'absence d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise, un mode de preuve illicite ».

En revanche, si le contrôle s'opère par des moyens ou techniques dépassant cette simple surveillance par observation directe (enregistrement téléphonique, vidéo surveillance notamment), ou encore si ce contrôle est opéré par un tiers à l'entreprise (Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.219, Bull. civ. V, n° 167 précité), il s'agit en principe d'un dispositif soumis à l'obligation d'information et consultation préalable du comité d'entreprise.

Encore faut-il que ce dispositif ait pour finalité la surveillance ou le contrôle des salariés.

Sur ce point, on ne saurait s'en tenir à la finalité déclarée par l'employeur. Pour reprendre la distinction proposée par un auteur (Gardin A., Les procédés d'obtention de la preuve dans le cadre du procès prud'homal : la surveillance sous contrôle, RJS 11/08, p. 867 et s.), c'est la finalité révélée par l'utilisation du dispositif qui permet de retenir la qualification de dispositif de contrôle et déterminer l'étendue des obligations de l'employeur. En d'autres termes, en cas de litige, il reviendra au juge de déterminer l'utilisation concrète du dispositif peu important les objectifs annoncés par l'employeur lors de sa mise en place.

À titre d'exemple, la cour d'appel de Lyon a considéré que : « dès lors qu'un système de vidéo surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses sala-

riés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise, les enregistrements du salarié constitue un mode de preuve illicite. En l'espèce, même si le système de vidéo surveillance n'était pas destiné à surveiller les salariés, il permettait de le faire ainsi que le démontre les faits de la cause » (CA Lyon, 12 oct. 2007, n° RG : 06/06669 ; cf. aussi Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 98-44.290, Bull. civ. V, n° 28, et Cass. soc., 19 avr. 2005, n° 02-46.295, Bull. civ. V, n° 141). Plus généralement, dès lors que le dispositif, même mis en place à l'origine dans le but d'opérer un contrôle autre que celui des salariés, induit nécessairement une surveillance de ces derniers (comme en l'espèce un système de vidéo surveillance installé sur le lieu de travail), il doit s'analyser en un dispositif de contrôle des salariés (cf. sur ce point l'article de Laurence Pécaut-Rivolier, Dr. soc. 2010, p. 1008 et s.).

À l'inverse, le même dispositif de vidéosurveillance installé dans des entrepôts dans lesquels les salariés ne travaillent pas ne constitue pas un dispositif de contrôle ou de surveillance quand bien même il aurait permis d'apporter la preuve d'un vol commis par l'un des salariés de l'entreprise (Cass. soc., 31 janv. 2001, précité).

Au regard des décisions précitées, les audits et enquêtes internes de concurrence s'apparentent, à notre sens, à des dispositifs de contrôle soumis à la consultation préalable du comité d'entreprise. On pourrait certes avancer qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un dispositif au sens d'un outil ou d'une technique de surveillance. Pour autant, ces audits et enquêtes supposent la mise en œuvre d'un ensemble de mesures qui dépassent la simple surveillance des salariés par leur hiérarchie en ce qu'ils impliquent généralement un grand nombre d'intervenants (en ce compris des intervenants extérieurs à la société), un contrôle exhaustif des fichiers et emails des salariés, voire l'utilisation de procédés de recherche par mots clés.

Une décision en date du 12 juillet 2010 (Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 09-66.339, Bull. civ. V, n° 168) de la chambre sociale de la Cour de cassation, décision isolée à notre connaissance, pourrait permettre néanmoins de poser une grille de lecture un peu plus fine sur cette question et sur les réponses à y apporter. Par cette décision, la Haute juridiction retient, s'agissant d'un audit organisé par une société pour évaluer l'organisation d'un service, que : « un système de contrôle et d'évaluation individuels des salariés ne peut être instauré qu'après information et consultation du comité d'entreprise » pour ajouter que « tel n'est pas le cas d'un audit mis en œuvre pour apprécier, à un moment donné, l'organisation d'un service ».



Les audits et enquêtes internes de concurrence s'apparentent, à notre sens, à des dispositifs de contrôle soumis à la consultation préalable du comité d'entreprise.

Si, en l'espèce, cet audit n'a pas été considéré comme un dispositif nécessitant la consultation préalable du comité d'entreprise, c'est parce que sa finalité ne visait pas le contrôle des salariés. La Cour de cassation prend, en effet, soin de souligner que « la finalité de l'audit (...) n'était pas de mettre en place un moyen de contrôle des salariés (...), mais visait à analyser l'organisation du travail en vue de faire des propositions d'amélioration du service sous forme de recommandations ». La Cour de cassation semble ainsi introduire une distinction entre les audits « d'organisation d'un service » et les audits « d'évaluation ou de contrôle des salariés » (on observera que par cette déci-

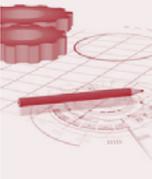
sion la Cour de cassation semble aligner le régime probatoire applicable aux dispositifs de contrôle des salariés et aux systèmes d'évaluation des salariés. Cf. sur ce point, Instauration d'un système de contrôle et d'évaluation des salariés : consultation obligatoire du comité d'entreprise, JCP S 2010, 1457, comm. Barège A.).

Si l'on transpose cette décision à la question des audits et enquêtes internes de concurrence, on pourrait retenir que, si ces audits ont pour objectif principal ou accessoire de contrôler les salariés, ils nécessitent le respect de la procédure d'information et consultation préalable du comité d'entreprise. En revanche, si leur finalité est simplement d'apprécier la bonne compréhension et l'application du droit de la concurrence au sein d'un service afin d'en améliorer le fonctionnement, il n'imposerait pas de consultation préalable du comité d'entreprise. Cet audit devrait néanmoins s'entourer d'un certain nombre de précautions tant la frontière est mince (et ce d'autant que, selon les circonstances, il pourrait être avancé que cette consultation préalable du comité d'entreprise devrait s'imposer sur le fondement plus général de l'article L. 2323-6 du code du travail). Il conviendrait notamment de préciser aux salariés qu'il ne s'agit que d'un simple exercice qui ne vise ni à les contrôler ni à les évaluer, du moins individuellement, ni a fortiori à les sanctionner. Pour finir, on soulignera que la décision de la chambre sociale met en avant le caractère ponctuel ou occasionnel du contrôle, ce qui semble également exclure la mise en place d'audits de manière répétée en l'absence de consultation préalable du comité d'entreprise.

Si la question se pose avec autant d'acuité, c'est que la mise en œuvre de la procédure de consultation du comité d'entreprise est susceptible de poser un certain nombre de difficultés pratiques, qu'il s'agisse de la nécessité de préserver le caractère « surprise » de l'audit ou de l'enquête interne, ou de la nécessité parfois de mettre en place un tel dispositif dans un délai restreint.

Jusqu'à présent, la loi ne déterminait pas le délai dans lequel le comité d'entreprise devait rendre son avis, ce qui était de nature à accroître un peu plus encore les difficultés de mise en place de l'audit ou de l'enquête lorsque celui-ci devait intervenir rapidement. Sur ce point et contrairement à ce qui été dit à propos de la procédure d'information/consultation des institutions représentatives du personnel relative aux adjonctions au règlement intérieur, la loi relative à la sécurisation de l'emploi est susceptible de conduire à une évolution des pratiques. En effet, dans de multiples matières, parmi lesquelles la consultation du comité d'entreprise sur les dispositifs de contrôle, l'avis de ce dernier est désormais encadré par un délai. La nouvelle loi dispose ainsi que, sauf dispositions législatives spéciales, un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise ou, à défaut d'accord, un décret en Conseil d'État (au jour de la rédaction de cette intervention, nous sommes toujours dans l'attente de la parution de ces décrets), fixe les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise sont rendus, étant précisé que ces délais ne peuvent être inférieurs à quinze jours. À l'expiration de ces délais, le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif.

Autre difficulté possible : l'information et la consultation du comité d'entreprise risque d'ôter tout effet surprise à l'audit ou à l'enquête interne. Sur ce point, il nous semble admissible de faire porter l'information/consultation sur le principe et les modalités de l'audit ou de l'enquête (objectif de l'audit ou de l'enquête interne, organisation du contrôle, modalités concrètes de mise en œuvre, etc.) sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à cette consultation préalablement au déclenchement de chaque audit. Cela suppose néanmoins que cette



procédure d'information/consultation soit organisée suffisamment en amont.

L'étendue des obligations de l'employeur lors de la mise en place des dispositifs de contrôle ne se limite pas à la consultation préalable du comité d'entreprise ; elle requiert également l'information des salariés et pose la question de la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

B. – L'information préalable des salariés

L'article L. 1222-4 du code du travail dispose qu' « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

La mise en place d'un dispositif de contrôle impose donc également une information préalable des salariés, étant précisé qu'elle ne saurait se substituer à l'information et la consultation du comité d'entreprise.

Cette information des salariés doit être expresse et avoir lieu préalablement à la mise en œuvre dudit dispositif. Aucune forme spécifique n'est prévue par la loi. L'Administration estime, quant à elle, qu'elle peut intervenir par tout moyen, oral ou écrit, individuel ou collectif. En pratique, pour des raisons probatoires évidentes, il appartient à l'employeur de procéder à cette information par écrit et de préférence au moyen d'un courrier individuel remis en main propre contre décharge.

C. – L'information et la consultation préalable du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

L'information et la consultation du CHSCT n'est pas *a priori* une nécessité d'évidence. Elle mérite néanmoins d'être posée au regard des prérogatives grandissantes reconnues par les juges à cette institution représentative du personnel et au développement des problématiques relatives aux risques psycho-sociaux.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé en matière d'entretiens individuels que ces évaluations « pouvaient avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail », et nécessitaient en conséquence une consultation préalable du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Bull. civ. V, n° 201).

Selon la finalité et les modalités de mise en œuvre de ces audits et enquêtes internes de concurrence, ils peuvent tout à la fois avoir une incidence sur l'évolution de la carrière des salariés et susciter chez eux un état de stress en raison notamment du caractère inopiné de l'audit ou de l'enquête, du grand nombre d'intervenants (de surcroît d'intervenants extérieurs), de l'examen exhaustif du contenu de leur ordinateur et des éventuelles sanctions qui pourraient en résulter. Dans ces conditions, la question de la consultation du CHSCT ne saurait être écartée d'emblée.

Bien entendu, cette consultation accroît un peu plus encore les difficultés pratiques évoquées précédemment relatives à la nécessité de déclencher un audit ou une enquête dans un délai déterminé. La multiplication des interlocuteurs accroît les risques de prolongation de ces procédures, et ce d'autant que l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit, en principe, être obtenu préalablement à celui du comité d'entreprise afin de permettre à ce dernier de

rendre un avis parfaitement éclairé (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-19.678. Bien que rendue sur le fondement de l'article L. 2323-27, cette décision nous semble transposable aux procédures de consultation sur le fondement de la mise en place d'un dispositif de contrôle).

Les contraintes sociales lors de la mise en place de ces audits et enquêtes internes de concurrence ne sont pas seulement d'ordre procédurales, elles tiennent également aux règles régissant l'examen du contenu de l'ordinateur des salariés.

III. – LES CONTRAINTES TENANT AUX RÈGLES ENCADRANT LE CONTRÔLE DES ORDINATEURS MIS À LA DISPOSITION DES SALARIÉS

L'examen du contenu de l'ordinateur des salariés, qu'il s'agisse des courriels ou des fichiers, doit s'entourer d'un certain nombre de précautions afin d'assurer le respect de la vie privée et personnelle du salarié ainsi que le secret des correspondances privées.

A. – Intimité de la vie privée du salarié et secret des correspondances

La décision de la Cour de cassation du 2 octobre 2001, dit arrêt *Nikon*, a posé très clairement que : « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances (...). L'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur » (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291).

Il s'agit sur le principe d'une jurisprudence constante qui nécessite donc de distinguer les emails et fichiers personnels de ceux qui présentent un caractère professionnel.

Sur les critères de cette distinction, la chambre sociale a sensiblement assoupli sa jurisprudence en retenant une présomption du caractère professionnel des emails et fichiers des salariés. D'une manière générale, les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-47.400, Bull. civ. V, n° 308).

Selon la même logique, les courriels et fichiers créés par le salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel (Cass. soc., 15 déc. 2010 n° 08-42.486 ; Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.022). De même, une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail est présumée être utilisée à des fins professionnelles (Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649). Ces messages et fichiers peuvent ainsi être ouverts par l'employeur en présence voire en l'absence du salarié.

Il importe néanmoins de s'assurer des dispositions du règlement intérieur ou de la charte informatique qui peuvent contenir des conditions plus restrictives au pouvoir de consultation des ordinateurs des salariés par l'employeur. Ce point a été souligné par une jurisprudence récente de la Haute juridiction du 26 juin 2012 (Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-15.310) s'agissant des dispositions d'un règlement intérieur prévoyant

que la consultation des fichiers et messages contenus sur l'ordinateur du salarié ne pouvait intervenir qu'en sa présence, peu important qu'il s'agisse de messages professionnels ou personnels.

B. – Identification et régime applicable aux courriels et fichiers personnels

La présomption du caractère professionnel des courriels et fichiers du salarié peut cependant être renversée si le salarié les a identifiés comme personnels. La question a été posée à la Cour de cassation de savoir ce que recouvrait cette identification du caractère personnel par le salarié de ses courriels et fichiers. Il ressort de la jurisprudence que l'intitulé « *personnel* » voire « *perso* » confère indéniablement un caractère personnel à un fichier ou à un courriel (Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. V, n° 165). Tel n'est pas le cas en revanche de la seule dénomination « *mes documents* » donnée à un fichier (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884), du répertoire dont la dénomination correspond aux initiales du prénom du salarié (Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877, Bull. civ. V, n° 226), des fichiers informatiques intitulés « *essais divers, essais divers B, essais divers restaurés* » (Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264, Bull. civ. V, n° 284), ou encore de la dénomination personnelle donnée par le salarié à l'intégralité des données du disque dur (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.502). De même, n'ont pas été considérés comme personnels, les courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur professionnel du salarié dès lors qu'ils n'ont pas été identifiés comme tel et alors même qu'ils émanaient initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié (Cass. soc. 19 juin 2013, n° 12-12.138).

Il convient néanmoins d'être prudent lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère personnel ou professionnel des fichiers et courriels. Dans la lignée des préconisations de la CNIL, cette identification personnelle peut, à notre sens, résulter de leur intitulé (personnel, privé, etc.), d'une référence explicite à un sujet par nature privé (famille, vacances) s'agissant en particulier des courriels reçus par le salarié, ou encore de l'intitulé du répertoire dans lequel ils ont été classés. De même, les courriels envoyés sur une messagerie personnelle d'un ancien salarié ne sont pas recevables comme mode de preuve d'actes de concurrence déloyale, et ce même si le contenu de ces courriels est en rapport avec son activité professionnelle (Cass. com., 16 avr. 2013, n° 12-15.657).



La présomption du caractère professionnel des courriels et fichiers du salarié peut cependant être renversée si le salarié les a identifiés comme personnels.

Enfin, la Haute juridiction a retenu que « *si l'employeur peut toujours consulter les fichiers informatiques du salarié qui n'ont pas été identifiés par lui comme personnels, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils se révèlent relever de sa vie privée* » (Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284) ou encore « *les produire dans une procédure judiciaire sans l'accord de ce dernier* » (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-11.252).

S'agissant des fichiers du salariés d'abord, dès lors qu'ils ont été identifiés comme personnels, l'employeur ne peut les ouvrir qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé (Cass. soc., 17 mai 2005, précité). La Cour de cassation réserve néanmoins une exception, à savoir celle d'un risque ou événement particulier. Pour autant, il n'existe pas

de définition ni légale ni jurisprudentielle de ces « *risques ou événements particuliers* », laquelle a été rejetée s'agissant d'un incident de sécurité (Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. civ. V, n° 153) ou encore de la découverte de photos érotiques sur l'ordinateur d'un salarié (Cass. soc., 17 mai 2005, précité). En revanche, pourrait relever d'un risque particulier le risque d'attentat si l'on fait le rapprochement avec la jurisprudence relative à l'ouverture des sacs des salariés (Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-45.818, Bull. civ. V, n° 115).

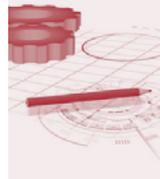
En définitive, c'est une conception très restrictive du risque particulier que semblent dessiner les décisions étudiées. Aussi convient-il, par précaution, de considérer que le salarié doit être systématiquement convoqué dès lors qu'il s'agit d'un fichier personnel à moins que le contrôle ne soit justifié par une extrême urgence.

L'accès aux courriels personnels du salarié est plus problématique encore dans la mesure où ils sont assimilés à une correspondance privée par la jurisprudence (Cass. soc., 2 oct. 2001, précité). Par conséquent, les courriels personnels sont protégés par le secret des correspondances dont l'atteinte est sanctionnée à l'article 226-15 du code pénal.

En pratique, la question se pose donc de savoir si, à l'instar des fichiers personnels, il suffit de s'assurer de la présence du salarié pour les ouvrir. Si le salarié présent fait savoir à l'employeur son refus de voir ouvrir un courriel personnel, l'employeur peut-il outrepasser ce refus ? Dans une décision du 17 juin 2009 (Cass. soc., 17 juin 2009, précité), la chambre sociale de Cour de cassation a semblé appliquer le même régime pour les courriels personnels et pour les fichiers personnels. Selon cette jurisprudence : « *sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les messages identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé* ». On pourrait en conclure que si le salarié a été appelé par l'employeur, ce dernier est en droit d'ouvrir les emails identifiés comme personnels sans requérir nécessairement l'accord préalable du salarié.

Cependant, il s'agit, à notre connaissance, d'une jurisprudence isolée alors que, dans le même temps, le respect du secret des correspondances pose une vraie difficulté. Dans ces conditions, la seule voie qui nous semble juridiquement sans risque est le recours à l'expertise *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile permettant de demander au juge la mise en œuvre de mesures d'instruction dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Sur ce point, les décisions de la Cour de cassation du 23 mai 2007 et 10 juin 2008 (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84 ; Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ. V, n° 129) retiennent que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dans des situations où, précisément, il était question de droit de la concurrence puisqu'il était reproché aux salariés d'avoir utilisé l'ordinateur mis à leur disposition pour favoriser des actes de concurrence déloyale. Ces décisions sont l'occasion de rappeler que, si la chambre sociale de la Cour de cassation est régulièrement amenée à se prononcer sur des questions relatives à des actes de concurrence déloyale, les décisions de la chambre sociale portant sur les programmes de conformité, audits et enquêtes internes de concurrence sont, à notre connaissance, inexistantes à ce jour, de sorte que l'articulation entre le droit de la concurrence et le droit du travail demeure, en cette matière, un domaine à explorer. ■



La surveillance du salarié

Par Alexis CONTAMINE

Conseiller référendaire à la Cour de cassation

→ RLC 2438

Il me paraît utile de préciser tout d'abord qu'en aucun cas ce que je pourrais dire ce matin n'est susceptible d'engager la chambre sociale de la Cour de cassation. Les délibérés au sein de la chambre donnent lieu à de véritables discussions, à des débats doctrinaux de haut niveau. Les avis sont loin d'être toujours unanimes. Nul ne peut s'engager pour l'avenir sur des points que la chambre sociale n'aurait pas encore tranchés. De même, je suis bien évidemment tenu au secret du délibéré. Si vous estimez deviner à travers mes propos une part du secret de nos délibérations, c'est que je me serais mal exprimé.

La nécessité pour l'employeur de détecter en interne les actes contraires aux règles de la concurrence qui peuvent être commis au sein même de l'entreprise est une approche originale de la question de la surveillance du salarié. Le plus souvent l'employeur va chercher à contrôler ou surveiller le salarié pour se prémunir d'une concurrence déloyale faite à ses dépens. La détection et la sanction par l'employeur des actes contraires aux règles de la concurrence commis par un de ses salariés ne vont pas de soi. Elles le conduisent à rechercher et à sanctionner des actes qui pourraient, d'un premier abord, paraître favorables à l'entreprise en ce qu'ils lui permettent par exemple d'obtenir plus facilement des marchés qui sans cela auraient pu lui échapper.

Cette recherche peut en outre déboucher sur la découverte d'autres agissements du salarié. Il conviendra d'en avoir conscience et d'anticiper les questions que de telles découvertes pourraient soulever. C'est ainsi que l'employeur pourra détecter le piratage de logiciels, le téléchargement illégal de supports protégés tels que de la musique, des films ou des vidéos. Il pourra également s'apercevoir que son salarié s'adonne avec le matériel informatique de l'entreprise à des jeux en ligne de façon abusive, qu'il commet des infractions en se connectant à des sites pédopornographiques ou de propagande extrémiste. La recherche d'actes contraires aux règles de la concurrence commis par le salarié s'inscrit donc dans le respect de règles qui régissent le contrôle du salarié par l'employeur.

L'employeur, en tant que tel, peut contrôler ses salariés. Mais un agent extérieur à l'entreprise pourra utiliser d'autres moyens de contrôle voire de surveillance. Il faut anticiper les moyens dont disposent les éléments étrangers à l'entreprise pour la préparer efficacement à une mise en conformité avec les règles régissant la

concurrence. Il faut donc aller au delà du simple contrôle par l'employeur de ses salariés. C'est ainsi qu'un salarié, en provenance d'une entreprise concurrente, peut continuer à utiliser, à l'insu de son nouvel employeur, des documents qu'il a conservés. L'employeur ne peut pas toujours avoir accès à de tels documents que le salarié peut détenir à son domicile. Mais si, dans le cadre d'un contrôle du respect des règles de la concurrence, de tels documents sont découverts chez le salarié, l'employeur sera confronté à la nécessité de se justifier de la présence de pièces dont il ignorait pourtant l'existence et auxquelles il ne pouvait, en sa seule qualité d'employeur, accéder.

I. – LE CONTRÔLE PAR L'EMPLOYEUR DE SES SALARIÉS

Le principe du contrôle par l'employeur de ses salariés est clairement affirmé.

Mais ce contrôle est encadré dans son objet et dans les circonstances dans lesquelles il est mené.

C'est ainsi que d'une part le contrôle ne peut pas concerner la vie personnelle ou la vie privée du salarié. Les décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation en la matière visent le plus souvent l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du code civil. D'autre part, le contrôle doit être loyal. Le salarié doit être informé de l'existence du contrôle. En gardant à l'esprit ces notions de respect de la vie privée et de loyauté, on a une bonne idée de ce qui peut être fait par l'employeur en matière de contrôle.

Le contrôle de l'employeur peut porter sur des éléments matériels (A), sur les éléments informatiques (B) ou encore sur les communications des salariés (C).

Sur quoi faire porter le contrôle pour rechercher la commission d'acte de concurrence déloyale :

A. – Le contrôle des éléments matériels

La présentation du contrôle que peut porter l'employeur sur les objets dont peut disposer le salarié n'a pas uniquement un intérêt historique. La jurisprudence de la chambre sociale en matière de contrôle du salarié s'est tout d'abord construite sur ces éléments.

Mais ce contrôle est toujours d'actualité. La sortie non autorisée de documents d'une entreprise ou encore la prise de photocopies, la soustraction de matériels stratégiques ou d'un prototype en cours de mise au point peuvent menacer directement l'entreprise.

1) Le contrôle des rangements mis à la disposition des salariés : le casier

Le contrôle des rangements mis à la disposition du salarié peut facilement porter atteinte à la vie privée du salarié. Mais seuls sont protégés d'une intrusion de l'employeur les rangements exclusivement affectés à l'usage personnel d'un salarié. Ainsi, dans une affaire que la chambre sociale a eu à juger, le contrôle du fond de caisse dans un coffre fort avait permis de constater qu'il n'était pas complet. Le salarié avait contesté la sanction qui avait suivi cette découverte en faisant valoir que l'employeur ne pouvait procéder à l'ouverture de cette armoire individuelle qu'en sa présence ou après qu'il ait été invité à y assister. La Cour a rejeté le pourvoi en soulignant que le coffre en question étant exclusivement affecté à un usage professionnel, l'employeur pouvait y avoir accès librement (Cass. soc., 21 oct. 2008, n° 07-41.513, Bull. civ. V, n° 193) :

« Mais attendu que la cour d'appel a retenu que **les coffres permettant le dépôt par chaque agent des fonds mis à sa disposition étaient affectés à un usage exclusivement professionnel ; qu'elle a exactement décidé que la vérification du coffre était régulière et qu'ainsi la sanction prononcée conformément au règlement intérieur était justifiée ; que le moyen, qui manque en fait en ses autres branches, n'est pas fondé** ».

La lecture de cet arrêt est l'occasion de souligner l'utilisation par la Cour du terme « exactement ». Il est le signe d'un contrôle dit « lourd » de la part de Cour de cassation. La protection des libertés individuelles est ainsi strictement encadrée par la Cour et il n'est laissé en la matière aucune latitude aux juges du fonds.

Lorsque des éléments matériels sont identifiés comme relevant de la sphère personnelle, l'employeur ne peut y avoir accès qu'avec l'accord du salarié et dans des conditions respectant le principe de la contradiction. Notre chambre a développé une jurisprudence qui n'est pas sans rappeler certaines dispositions du Code de procédure pénale, et notamment de l'article 76 sur l'assentiment nécessaire aux perquisitions diligentées dans le cadre d'une enquête préliminaire ou encore de l'article 56 pour ce qui concerne le caractère contradictoire des perquisitions et saisies (Cass. soc., 15 avr. 2008, n° 06-45.902, Bull. civ. V, n° 85) :

« Mais attendu que l'arrêt confirmatif, après avoir relevé par motifs propres et adoptés que le salarié avait été personnellement avisé trois semaines à l'avance par affichage sur son propre casier de la date d'ouverture de tout vestiaire non identifié et revendiqué et que l'ouverture, limitée aux seuls casiers non identifiés dans le délai prévu à cette fin, avait eu lieu en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité dans les conditions prévues par la procédure d'identification et d'attribution des vestiaires mise en place avec l'accord des partenaires sociaux, a exactement décidé que celle-ci était licite, et souverainement estimé que la détention d'objets non autorisés par le règlement intérieur constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ».

Le règlement intérieur, s'il ne peut assouplir ces conditions d'ouverture de l'armoire individuelle du salarié, peut en revanche les restreindre. L'employeur doit alors prendre garde à respecter les dispositions dudit règlement (Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030, Bull. civ. V, n° 377) :

« Attendu, cependant, que l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés de restrictions que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; que **spécialement l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu** ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher quelles étaient les dispositions du règlement intérieur alors que la fouille, effectuée hors la présence de l'intéressé, n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

2) Le contrôle des sacs

L'employeur peut également être amené à contrôler le contenu des sacs des salariés, autres objets particulièrement susceptibles de contenir des éléments très personnels voire intimes.

À travers un attendu de principe, nous avons strictement encadré l'accès de l'employeur aux sacs des salariés, tout en prenant soin de réserver le cas de circonstances exceptionnelles (Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-42.068, Bull. civ. V, n° 40) :

« Vu les articles L. 120-2, devenu L. 1121-1 du code du travail, et 9 du code civil ;

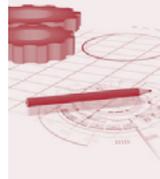
Attendu que pour retenir l'existence d'une faute grave et débouter le salarié de sa demande d'indemnités au titre de son licenciement, l'arrêt confirmatif relève notamment que le contrôle du sac du salarié a été fait en sa présence et avec son consentement, et que ce dernier, n'ayant pas été contraint de montrer le contenu de son sac, ne peut soutenir que cette opération est entachée d'illégalité ;

Attendu cependant que l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles ou collectives des salariés que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'il ne peut ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans qu'il résulte de ses constatations que le salarié avait été informé de son droit de s'opposer à l'ouverture de son sac et au contrôle de son contenu, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cette jurisprudence doit s'articuler avec une jurisprudence postérieure pour une espèce dans laquelle le salarié avait présenté le contenu de son cartable, ce qui avait permis à l'employeur d'établir qu'il emportait des documents confidentiels de l'entreprise (Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-41.873) :

« Mais attendu que la cour d'appel a constaté que des salariés avaient vu M. X... cacher des documents et procéder à l'enregistrement de données informatiques qu'il imprimait pour les em-



porter hors de l'entreprise et que, lorsqu'il avait été invité par l'employeur, informé de son comportement anormal, à présenter le contenu de son cartable, il en avait retiré divers documents relatifs à des recherches en cours ; qu'en l'état de ces constatations, elle a pu décider, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les première et deuxième branches, que le comportement du salarié rendait impossible son maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave, peu important que l'intention de nuire de l'intéressé n'ait pas été établie ; que le moyen n'est pas fondé ».

Il faut bien noter que dans cette dernière espèce le salarié n'avait pas ouvert son sac à l'employeur. Il en avait présenté le contenu ce qui sous entend qu'il avait lui-même ouvert ce sac et en avait lui-même extrait certains documents. L'employeur n'avait pas eu un accès direct au sac.

Dans des circonstances particulières de risque d'attentats, nous avons de même admis la sanction d'un salarié qui avait refusé d'ouvrir son sac (Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-45.818, Bull. civ. V, n° 115) :

« Mais attendu que l'employeur, peut, en application de l'article L. 120-2 du code du travail, apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'après avoir rappelé qu'une série d'attentats avait eu lieu durant l'été 1995, la cour d'appel a pu décider que la société M6, qui avait été concernée par des alertes à la bombe, avait valablement exigé, après consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, l'ouverture, à titre temporaire, des sacs devant les agents de sécurité, cette mesure, justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, étant proportionnée au but recherché puisqu'elle excluait la fouille des sacs ;

D'où il suit que la cour d'appel, qui a relevé que la sanction prise contre M. X... avait été motivée par son seul refus de présenter son sac, en dehors de toute activité syndicale, a exactement décidé que le comportement de ce salarié était fautif et a estimé, dans le cadre du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-43 du code du travail, que la sanction était proportionnée à la faute commise ; que le moyen n'est pas fondé ».

Mais là encore on peut souligner toutes les restrictions qui sont faites à la possibilité pour l'employeur d'accéder au sac du salarié : il était justifié de circonstances exceptionnelles dues à des risques d'attentats, le CHSCT avait été consulté, la mesure n'était que temporaire et la fouille du sac était exclue. Il faut donc bien distinguer l'ouverture du sac de sa fouille ou encore d'une demande visant à savoir si le sac ne contient pas certains objets.

B. – Le contrôle des supports audio, vidéos, informatiques, et autres smartphones

Tout comme les armoires et sacs des salariés, les fichiers du salarié présents sur son ordinateur professionnel ne sont protégés au titre du respect de la vie privée que dans la mesure où ils sont clairement identifiés comme tels.

La question se pose de savoir de quel droit d'accès l'employeur dispose sur les équipements informatiques ou électroniques personnels au salarié mais que celui-ci apporte et utilise sur son lieu de travail dans le cadre par exemple de ce que les anglo-saxons appellent le BYOD (Bring Your Own Device). La question n'a pas

été directement tranchée par la chambre sociale de la Cour de cassation mais on peut en la matière se référer à une décision récente qui concernait un dictaphone personnel. Une salariée utilisait cet appareil pour enregistrer clandestinement les conversations qui se tenaient dans les locaux de l'entreprise en son absence. Ayant découvert l'appareil en cours d'enregistrement, l'employeur avait aussitôt écouté les enregistrements ainsi effectués. Il avait procédé à cette audition en l'absence de la salariée et sans l'avoir invitée à être présente mais en présence de témoins. Nous avons sanctionné cette pratique de l'employeur considérant qu'il s'agissait avant tout d'un objet personnel de la salariée auquel il ne pouvait avoir accès dans ces circonstances (Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, publié au Bulletin) :

« Vu les articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave, débouter la salariée de ses demandes d'indemnisation et la condamner à verser à l'employeur des dommages-intérêts, l'arrêt retient que, le directeur ayant découvert le dictaphone de la salariée en mode enregistrement dans les locaux de l'entreprise, il était fondé à le retenir et à en écouter immédiatement l'enregistrement en l'absence de la salariée mais en présence de plusieurs témoins, et que le fait pour un cadre d'enregistrer de façon illicite des conversations de bureau à l'insu de ses collègues et d'occasionner ainsi un certain émoi et un climat de méfiance ou de suspicion contraire à l'intérêt de la société constitue une faute grave ;

Qu'en statuant ainsi, alors d'une part que l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée, et alors d'autre part que les enregistrements ayant été détruits, la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ».



Tout comme les armoires et sacs des salariés, les fichiers du salarié présents sur son ordinateur professionnel ne sont protégés au titre du respect de la vie privée que dans la mesure où ils sont clairement identifiés comme tels.

La jurisprudence, pour ce qui concerne l'équipement informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur, est en revanche fixée. L'employeur a librement accès à ces équipements. Seuls sont protégés d'un accès libre de sa part les fichiers qui sont identifiés comme personnels (Cass. soc., 17 mai 2005 n° 03-40.017, Bull. civ. V, n° 165) :

« Sur le moyen unique :

Vu les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail ; (...)

Attendu, cependant, que, **sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ;**

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'ouverture des fichiers personnels, effectuée hors la présence de l'intéressé, **n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».**

Voir également : Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264, Bull. civ. V, n° 284, ou encore : Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-44.840 :

« Mais attendu que les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé ;

Et attendu que la cour d'appel, qui, par motifs propres et adoptés, a retenu que **ni le code d'accès à l'ordinateur connu des informaticiens de l'entreprise et simplement destiné à empêcher l'intrusion de personnes étrangères à celle-ci dans le réseau informatique, ni l'intitulé des répertoires et notamment celui nommé «Alain», ne permettaient d'identifier comme personnels les fichiers litigieux et n'interdisaient leur ouverture en l'absence du salarié, n'encourait pas les griefs du moyen ».**

Cette protection de la sphère de vie privée dont doit disposer le salarié, y compris sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur, ne peut être détournée pour aboutir à l'interdiction pour l'employeur d'accéder à cet équipement informatique. L'ordinateur mis à la disposition du salarié reste présumé avoir un caractère professionnel. La protection de la vie privée n'est que l'exception à ce principe. Ainsi, un salarié ne peut identifier comme personnel l'ensemble du disque dur de son poste de travail, ce qui reviendrait à interdire à l'employeur tout accès à l'ordinateur (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.502) :

« Mais attendu que si les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de sa présence, **sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels, la dénomination donnée au disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient ; que la cour d'appel, qui a retenu que la dénomination «D:/données personnelles» du disque dur de l'ordinateur du salarié ne pouvait lui permettre d'utiliser celui-ci à des fins purement privées et en interdire ainsi l'accès à l'employeur, en a légitimement déduit que les fichiers litigieux, qui n'étaient pas identifiés comme étant «privés» selon les préconisations de la charte informatique, pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur ;**

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que le salarié avait stocké 1562 fichiers à caractère pornographique représentant un volume de 787 mégaoctets sur une période de quatre années, et qu'il avait également utilisé son ordinateur professionnel pour confectionner de fausses attestations, a justement retenu que cet usage abusif et contraire aux règles en vigueur au sein de la SNCF

de son instrument de travail constituait un manquement à ses obligations contractuelles ; que le moyen n'est pas fondé ».

Une clé USB, même personnelle, est présumée utilisée à des fins professionnelles dès lors qu'elle est connectée au poste de travail du salarié. Seuls sont protégés de l'intrusion de l'employeur les fichiers figurant sur cette clé eux même identifiés comme personnels (Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649, publié au Bulletin) :

« Attendu que pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel retient que l'employeur ne peut se prévaloir d'un moyen de preuve illicite, la salariée n'étant pas présente lorsque sa clé USB personnelle a été consultée par son employeur et n'ayant donc pas été informée de son droit d'en refuser le contrôle ou d'exiger la présence d'un témoin ;

Attendu cependant qu'une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié ;

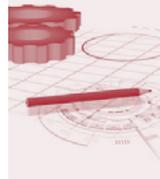
Qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

On peut noter que c'est le fait que la clé USB ait été connectée à l'équipement informatique de l'entreprise qui a autorisé l'employeur à y accéder librement. Il en aurait été autrement, au vu de la jurisprudence sur le dictaphone citée tout à l'heure, si la clé, personnelle, n'avait pas été connectée au réseau. Cette solution pourra être prise en compte le jour où se posera la question de l'accès par l'employeur à un ordinateur personnel du salarié connecté au système informatique de l'entreprise par liaison non filaire du type Bluetooth ou Wifi. Même si la question n'est pas tranchée à ce jour, il est possible que l'élément déterminant de la solution sera le fait que l'employeur a ou non eu accès à l'équipement à partir d'un équipement de l'entreprise. En d'autres termes, il conviendra sans doute de distinguer, d'une part, l'accès à l'ordinateur personnel du salarié depuis le clavier de ce dernier et, d'autre part, l'accès à cet ordinateur à partir d'un clavier de l'entreprise après que le salarié ait lui-même connecté son équipement au réseau de l'employeur.

La chambre sociale contrôle directement si les fichiers informatiques sont ou non identifiés comme personnels (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-43.455) :

« Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, qui n'avait ni à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inutile ni à répondre à des conclusions inopérantes sur l'appellation usuelle d'un dossier informatique, **a fait ressortir que les fichiers dont le contenu était reproché au salarié n'avaient pas été identifiés par lui comme personnels, ce dont il résultait que l'employeur pouvait en prendre connaissance sans qu'il soit présent ou appelé ;**

Attendu, ensuite, qu'elle a retenu que le stockage, la structuration, le nombre conséquent de ces fichiers et le temps dès lors consacré à eux par le salarié attestaient d'une méconnaissance, par lui, de son obligation d'exécuter les fonctions lui incombant en utilisant le matériel dont il était doté pour l'accomplissement de ses tâches, et a pu en déduire que ce comportement empêchait son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une



faute grave, peu important une absence, sur un tel point, de mise en garde, de charte informatique ou de règlement intérieur ».

Enfin, l'employeur peut être tenté de contrôler les communications du salarié.

C. – Le contrôle des communications

Ces communications peuvent être épistolaires, téléphoniques ou informatiques.

1) Épistolaires

De fait, la jurisprudence de la Cour de cassation a tout d'abord concerné les correspondances papier. La Cour a admis l'ouverture par l'employeur de lettres adressées au salarié sur son lieu de travail quoique étant personnelles. Il s'agissait en l'espèce d'un salarié qui se faisait adresser sur son lieu de travail une revue destinée à des couples échangistes (Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, Bull. civ. ch. mixte, n° 3) :

« Mais attendu que l'arrêt relève que le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; qu'en l'état de ces motifs dont il se déduisait que cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, cette dernière en son grief fondé sur le respect dû à la vie privée :

Vu l'article 9 du code civil, ensemble l'article L. 122-40 du code du travail ;

Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a retenu qu'il est patent que le document litigieux, particulièrement obscène, avait provoqué un trouble dans l'entreprise, porté atteinte à son image de marque et eu inmanquablement un retentissement certain sur la personne même de son directeur dont M. X... était le chauffeur et donc un proche collaborateur ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu, d'autre part, que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat, et enfin, que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

On peut souligner le raisonnement en deux étapes suivi par la Cour : l'ouverture d'une lettre non identifiée comme personnelle est légitime. En revanche, dès lors que le contenu de la lettre apparaît relever de la vie privée, il ne peut en être fait état. Le contrôle du respect de la vie privée se fait donc à deux niveaux.

De même si l'ouverture d'une lettre privée peut être autorisée par son destinataire, il convient ensuite de vérifier que le contenu de cette lettre ne relève pas de la vie privée de l'intéressé. C'est ainsi que dans une affaire où un avocat avait été dénoncé au conseil de

l'ordre par ses associés comme fraudant les organismes sociaux, la Cour de cassation a procédé à ce double contrôle (Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2008, n° 07-11.810, Bull. civ. I, n° 225) :

« Mais attendu que, après avoir énoncé justement que les conditions, convenues entre les associés, du traitement du courrier reçu dans le cabinet d'avocats, rendaient licite l'ouverture par M. Y... des correspondances personnellement adressées à Mme X..., dont celles contenant les relevés de prestations sociales qu'elle percevait, la cour d'appel, qui a retenu que ces relevés ne portaient aucune indication sur les affections dont souffrait Mme X..., ni aucun renseignement sur l'état de ses comptes ou sur les mouvements de fond, et ne faisaient que rappeler les arrêts de travail, lesquels étaient notoires, de sorte que l'associé n'avait commis aucune atteinte à sa vie privée en informant l'autorité ordinaire de ce qui était susceptible de constituer un manquement déontologique révélé par le rapprochement des pièces entrées en sa possession avec les éléments connus du fonctionnement interne du cabinet, a, à bon droit, retenu la validité de la procédure ; que le moyen n'est pas fondé ».

2) Téléphoniques

Le contrôle peut porter aussi bien sur l'existence même d'une communication que sur son contenu :

a) Le fait même qu'il y ait eu communication

Dans une jurisprudence de 2001, la chambre sociale a décidé que l'employeur peut contrôler avec qui le salarié entre en communication avec le téléphone mis à sa disposition. Il ne s'agit alors que d'utiliser les fadettes, listes des appels téléphoniques (Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, Bull. civ. V, n° 168) :

« Mais attendu que la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à un simple argument, a exactement retenu que la vérification par la société Cabinet Regimbeau d'un relevé de ses communications téléphoniques fourni par France Télécom ne constituait pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance des salariés ; que le moyen n'est pas fondé ».



Dans une jurisprudence de 2001, la chambre sociale a décidé que l'employeur peut contrôler avec qui le salarié entre en communication avec le téléphone mis à sa disposition.

Nous avons précisé récemment qu'un salarié protégé doit cependant, dans le cadre de l'accomplissement de sa mission, pouvoir communiquer sans que l'employeur puisse connaître le nom de ses interlocuteurs (Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-20.845, Bull. civ. V, n° 117) :

« Vu l'article L. 2411-1, 13° du code du travail, ensemble les articles 6, 17 et 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et 7 de la délibération n° 2005-019 du 3 février 2005 de la commission nationale de l'informatique et des libertés ; (...)

Attendu cependant, que pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache les

salariés protégés, au nombre desquels se trouvent les membres du conseil et les administrateurs des caisses de sécurité sociale, doivent pouvoir disposer sur leur lieu de travail d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que l'examen par l'employeur des relevés téléphoniques du téléphone mis à disposition du salarié permettait l'identification des correspondants de celui-ci, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

b) le contenu de la communication

Selon une jurisprudence affirmée de la Cour de cassation, les enregistrements réalisés à l'insu des personnes ne peuvent constituer des preuves en matière civile (Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n^{os} 09-14.316 et 09-14.667, Bull. civ. ass. plén., n^o 1) :

« Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, 3 juin 2008, Bull. 2008, IV, n^o 112), que la société Avantage-TVHA a saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits d'électronique grand public, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause les sociétés Philips France et Sony France ; que ces sociétés ont demandé au Conseil de la concurrence d'écarter ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale ;

Attendu que pour rejeter leur recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence qui a prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, l'arrêt retient que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; qu'il retient encore que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; qu'il ajoute enfin que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu pro-

bante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ».

Il s'agit d'un arrêt tout particulièrement intéressant pour nous ce matin. Il rappelle ainsi que le Conseil de la concurrence ne dispose que des moyens que lui ouvre le Code de procédure civile pour mener ses investigations.

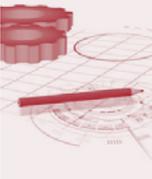
Ce n'est qu'en matière pénale, et plus particulièrement dans le cadre des règles de la procédure pénale, que ces enregistrements peuvent être valablement produits en justice, à condition d'avoir été réalisés spontanément par un particulier, sans lien avec les services enquêteurs officiels (Cass. crim., 7 mars 2012, n^o 11-88.118, Bull. crim., n^o 64) :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que M. François X..., dirigeant de droit de la société Hôtelière du Camp Rambaud (HCR), mis en examen des chefs d'abus de biens sociaux et recel, travail dissimulé, présentation de bilan inexact, a déposé à la chambre de l'instruction une requête en annulation de l'ensemble des actes de procédure relatifs à des enregistrements audio réalisés de sa propre initiative par M. François Y..., ancien salarié de la société, lors d'entretiens avec ses employeurs, au motif qu'un tel enregistrement, réalisé à l'insu de la personne concernée, constituait un procédé déloyal, méconnaissant le droit à un procès équitable ;

Attendu que, pour rejeter cette demande, les juges énoncent qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale et que la jurisprudence européenne ne régleme pas l'admissibilité des preuves qui relève du droit interne ; qu'en en tout état de cause, l'élément de preuve procuré par un particulier ne peut faire l'objet d'une annulation dès lors que n'émanant pas d'un magistrat ou d'un service d'enquête, il ne constitue pas un acte de procédure ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision, sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas en eux-mêmes des actes ou pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation ».

L'entreprise doit donc être avertie d'un paradoxe : elle ne dispose pas des moyens d'investigation ou de preuve dont disposerait un tiers dans le cadre d'une procédure pénale. Pour s'assurer de la conformité du comportement de ses salariés aux règles de la concurrence, le contrôle selon les possibilités qui s'ouvrent à l'employeur peut s'avérer insuffisant. C'est là que les limites d'un tel contrôle apparaissent et que s'affirme la nécessité d'une prévention et d'une communication internes.



Le contentieux prud'homal étant soumis aux règles du Code de procédure civile, la chambre sociale applique strictement la jurisprudence résultant de la décision de l'Assemblée plénière. Ainsi, l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue (Cass. soc., 16 mars 2011, n° 09-43.204) :

« Mais attendu que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ; que c'est, par suite, à bon droit que la cour d'appel, qui a retenu que la pièce produite par la caisse devant elle et contenant le témoignage d'un tiers à l'entreprise ayant entendu à l'insu du salarié une conversation téléphonique entre ce salarié et son interlocuteur avait été obtenue de manière déloyale, a décidé qu'elle devait être écartée des débats ; que le moyen pris en sa deuxième branche n'est pas fondé ».

Mais c'est le caractère clandestin de l'écoute qui la rend illicite (Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, Bull. civ. V, n° 101) :

« Attendu, en troisième lieu, que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite ; que la cour d'appel, qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable ».

Ainsi, nous avons retenu que l'utilisation de messages laissés sur répondeur ou de type SMS n'est pas déloyale dans la mesure où l'émetteur d'un tel message ne peut ignorer que ces messages sont enregistrés (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. V, n° 85) :

« Mais attendu que si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S. M. S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ».

3) Informatiques

Il faut distinguer les connexions sur Internet des messages échangés sur Internet.

Les connexions sont contrôlables car présumées professionnelles (Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800, Bull. civ. V, n° 150) :

« Mais attendu que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence ; que le moyen n'est pas fondé ».

Dans un arrêt de 2001, nous avons précisé que l'employeur ne peut utilement interdire aux salariés un usage personnel de la connexion Internet. Même une utilisation personnelle d'Internet interdite par l'employeur ne l'autorise pas à accéder librement aux messages personnels du salarié (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291) :

« Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

Cependant, l'employeur peut avoir accès aux messages du salarié dans le cadre de la procédure de l'article 145 du code de procédure civile (Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ. V, n° 129) :

« Mais attendu que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les sollicite ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a estimé que l'employeur avait des raisons légitimes et sérieuses de craindre que l'ordinateur mis à la disposition de la salariée avait été utilisé pour favoriser des actes de concurrence déloyale, a pu confier à un huissier de justice la mission de prendre copie, en présence de la salariée ou celle-ci dûment appelée et aux conditions définies par le jugement confirmé, des messages échangés avec des personnes identifiées comme étant susceptibles d'être concernées par les faits de concurrence soupçonnés ».

L'employeur peut donc avoir recours aux dispositions de l'article 145 contre son salarié. Pour assurer la mise en conformité de son entreprise aux règles de la concurrence, l'employeur doit sans doute anticiper le fait qu'un tiers pourra avoir recours à une telle procédure dans le cadre des opérations de contrôle en la matière.

Une entreprise concurrente pourrait de même y avoir recours. Ainsi, pour évaluer pleinement sa propre entreprise, il faut se placer dans la situation d'un tiers qui voudrait procéder à cette évaluation.

La question peut donc se poser de la surveillance du salarié.

Le temps nous manquant je serai beaucoup plus rapide sur ce sujet.

II. – LA SURVEILLANCE DU SALARIÉ DANS SON COMPORTEMENT, DANS SES ALLÉES ET VENUES : ELLE EST POSSIBLE DÈS LORS QU'ELLE EST LOYALE : PAS DE SURPRISE, PAS DE STRATAGÈME POUR PIÉGER LE SALARIÉ

Pour rechercher la preuve d'actes contraires aux règles de la concurrence, pour caractériser la mise en place d'une entente illicite, la surveillance des allers et venues des personnes concernées ou encore de leurs rendez vous est souvent déterminante. Pour faire bref, la surveillance du salarié par l'employeur est licite dès lors qu'elle est loyale, qu'elle n'est pas permanente et qu'elle n'atteint pas sa vie personnelle.

La filature est ainsi rarement admise comme licite. Il en est ainsi d'une filature exercée par un supérieur hiérarchique (Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. V, n° 352) :

« Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur ne pouvait se fonder pour retenir l'existence d'une faute grave de la salariée sur le rapport établi par son supérieur hiérarchique dressé à la suite d'une filature, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Il en est de même d'une filature exercée par d'autres salariés agissant sur ordre pour une espèce dans laquelle des salariés avaient été envoyés par leur supérieur hiérarchique pour en surveiller un autre (Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, Bull. civ. V, n° 64) :

« Attendu que si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal ;

(...)

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que des agents EDF, mandatés par le chef de centre, s'étaient rendus dans l'établissement tenu par l'épouse de l'intéressé en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite, ce dont il résultait que leurs vérifications avaient été effectuées de manière clandestine et déloyale, en ayant recours à un stratagème, la cour d'appel, qui a retenu à tort comme moyen de preuve les rapports établis dans ces conditions, a violé le texte susvisé ».

En revanche, la surveillance par le supérieur hiérarchique sur le lieu de travail est légitime. Elle est en effet inhérente au pouvoir de direction de l'employeur (Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. V, n° 145) :

« Mais attendu que s'il est exact que la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite, la cour d'appel a constaté, sans encourir les griefs des 2^e et 3^e branches du moyen, que les faits reprochés à M. X... n'étaient pas établis ; qu'ainsi, abstraction faite du motif erroné justement critiqué par la 1^{re} branche du moyen, mais qui est surabondant, le moyen ne peut être accueilli ».

Les détectives privés :

Le recours à un détective privé pour surveiller le salarié est parfois tentant. Mais un tel recours, sur le lieu de travail, n'est licite que s'il est loyal et donc que si les salariés en ont été informés (Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-41.401, Bull. civ. V, n° 333) :

« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la salariée avait été informée de ce dispositif de contrôle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Ou encore pour un autre exemple (Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078, Bull. civ. V, n° 164) :

« Mais attendu que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il

ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ;

Attendu qu'ayant relevé que l'employeur avait fait suivre par un détective privé le salarié, donc à l'insu de celui-ci, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que les comptes rendus de filature constituait un moyen de preuve illicite ; qu'elle a par ce seul motif, justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

N'ayant pas le temps d'exposer la jurisprudence, par ailleurs maintenant bien définie, en matière de vidéo surveillance ou de surveillance par géolocalisation, je propose de terminer sur la présentation d'un arrêt récent de la chambre sociale concernant le recours à des pièges pour confondre les agissements illicites de salariés.

Dans cette affaire, La Poste soupçonnait certains salariés de voler le contenu des lettres. Pour en découvrir les auteurs, elle avait ainsi mis en circulation des lettres festives piégées. Les lettres festives sont des lettres vendues par La Poste qui se distinguent par leurs couleurs chatoyantes. Elles sont sans doute souvent utilisées pour envoyer quelques présents, pour permettre à des grands-parents d'envoyer quelques billets à leurs petits enfants à l'occasion d'anniversaires ou d'autres événements familiaux. Ces lettres sont donc des cibles privilégiées pour d'éventuels voleurs. Certaines avaient été piégées de façon à répandre de l'encre en cas d'ouverture. Une salariée avait ainsi été prise sur le fait et sanctionnée. La chambre sociale a retenu ce procédé de piégeage comme illicite, les salariés n'ayant pas été avertis de sa mise en place (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-30.266, publié au Bulletin) :

« Attendu cependant que si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors que l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Au premier abord, cette décision peut sembler à certains illogique : à quoi bon mettre en place un piège si les personnes que l'on veut piéger en sont averties ? Mais il convient, à travers cette décision, de s'interroger sur le véritable objectif de l'employeur. S'agit-il de piéger un salarié ou de l'inciter à respecter les règles ? Sur la route, rares sont les personnes qui, sachant qu'il y a un radar automatique, vont rester délibérément au dessus de la vitesse limite autorisée. Il en est de même en matière de contrôle des salariés : le simple fait qu'un contrôle soit mis en place, au vu et au su des salariés, ne va t il pas suffire à améliorer le respect des règles de fonctionnement de l'entreprise ?

J'en reviens donc, en conclusion, à l'utilité, au-delà des contrôles et des surveillances qui peuvent être mis en place, d'une communication et d'une incitation internes pour permettre à l'entreprise de s'assurer que ses salariés respectent le droit de la concurrence. ■

CONCOURS

2013

Revue Lamy de la Concurrence

Audience finale
11 JUIN 2013

Tribunal
de commerce
de Paris

Devant un Jury composé de :

- **Béatrice Charlier-Bonatti**, *Présidente de la 15^e chambre du Tribunal de commerce de Paris, Présidente du Jury, édition 2013*
- **Muriel Chagny**, *Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines*
- **Irène Luc**, *Conseillère à la Cour d'appel de Paris*
- **Philippe Rinciaux**, *Avocat, Orrick Rambaud Martel*
- **Joël Rousseau**, *Président de la société NGE*

Les Éditions Lamy/Wolters Kluwer France, en partenariat avec l'Autorité de la concurrence, ont organisé au cours de l'année 2013 la quatrième édition du Concours Lamy de la concurrence.

Ce concours est ouvert aux étudiants préparant un diplôme de niveau master 2 comportant des enseignements en droit de la concurrence, aux élèves des écoles de formation des barreaux ou centres de formation professionnelle d'avocats, aux avocats justifiant, à la date d'ouverture du Concours, d'une pratique de moins de trois ans depuis leur première inscription au Barreau et à toute personne pratiquant le droit de la concurrence dans une structure autre que cabinet d'avocats (par exemple, au sein de la direction juridique d'une entreprise) et justifiant, à la date d'ouverture du Concours, d'une expérience professionnelle de moins de trois ans depuis son dernier diplôme obtenu.

À l'issue d'une sélection réalisée par correspondance sur la base d'un cas pratique⁽¹⁾, les plaidoiries finales se sont déroulées au tribunal de commerce de Paris le mardi 11 juin 2013 devant un Jury présidé par Béatrice Charlier-Bonatti, Présidente de la 15^e chambre du Tribunal de commerce de Paris⁽²⁾. Outre l'offre de stages d'une durée minimale de trois mois pour chacun des membres de l'équipe gagnante au sein du cabinet Orrick Rambaud Martel ou de la société NGE, parrains de cette quatrième édition du Concours, ainsi que de plusieurs ouvrages du catalogue Lamy, l'une des récompenses du Concours consistait en la publication des plaidoiries des deux équipes finalistes. Les voici suivant le sujet proposé.

CAS – ÉDITION 2013

La société BOURDIER, initialement spécialisée dans la production de vêtements de travail, s'est réorientée en 2000 vers la production de vêtements de loisirs : parkas, pantalons, pull-overs, chemises et chaussettes.

En raison de la qualité de ses produits, une centrale d'achats (VETUNION) lui a confié de 2000 à 2008 la fabrication exclusive des vêtements qu'elle revend ensuite sous MDD, dans les hyper et supermarchés à l'enseigne INTERCHAMP.

À compter de 2009, VETUNION a mis en place un nouveau système en organisant, par des appels d'offres, la mise en concurrence de plusieurs fournisseurs potentiels desdits produits textiles. Chaque appel d'offres comprend plusieurs lots : lot chemises MDD, lot pull-overs MDD, lot chaussettes MDD...

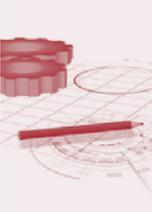
Depuis 2009, la société BOURDIER a donc systématiquement été confrontée à des offreurs concurrents et a répondu à chacun des appels d'offres en question en formulant une offre pour chacun des lots.

Depuis cette même date, la société BOURDIER observe qu'en dépit des prix très compétitifs de ses offres, elle est de moins en moins retenue par VETUNION, de sorte que son chiffre d'affaires ne cesse de décroître (- 25 % en 2009 ; - 50 % en 2010 ; - 75 % en 2011).

En outre, lorsqu'elle emporte tel ou tel lot, la société BOURDIER met immédiatement en production les produits correspondants (en Pologne, Bulgarie, Roumanie...) afin de pouvoir honorer en temps et en heure les commandes de VETUNION tout au long de la saison. Or, alors que chaque lot remporté concerne un volume déterminé de produits, la société BOURDIER s'aperçoit à la fin de chaque saison que les commandes ne représentent que le tiers des produits qu'elle a pourtant fait fabriquer, de sorte que, depuis 2009, la société BOURDIER a constitué d'importants stocks de produits MDD (évalués à ce jour à plus de 500 000 €). Interrogée sur ce point, la centrale VETUNION a expliqué qu'il ne s'agissait pas de commandes fermes mais de simples prévisions indicatives. Pour être agréable à la société BOURDIER, la centrale lui a toutefois proposé un moyen d'écouler une partie des stocks en question en participant à des opérations « 1+1 », c'est-à-dire en acceptant de lui accorder 50 % de remise sur les produits concernés.

(1) Nous remercions tout particulièrement les membres du Comité d'organisation du Concours pour leur implication tout au long de cette sélection : Véronique Sélinsky, Présidente du Concours, Linda Arcelin, Éric Barbier de la Serre, Stéphane Destours, Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Jean-Bertrand Drummen, Cyril Nourissat et Olivier Sautel.

(2) Nous remercions tout particulièrement les membres du Jury pour leur disponibilité et leur enthousiasme lors de la finale : Béatrice Charlier-Bonatti, Présidente du Jury, édition 2013, Muriel Chagny, Irène Luc, Philippe Rinczauz et Joël Rousseau.



En 2011, l'offre de la société BOURDIER sur le lot « Chemises MDD » (jusqu'alors le plus important en volume et en chiffre d'affaires pour cette société) n'a pas été retenue. Pourtant, elle a constaté sur l'étiquette des « Chemises MDD » proposées au consommateur final la présence de son propre numéro d'affiliation auprès d'un syndicat professionnel dont la mission est de promouvoir, à travers l'étiquetage, les recommandations d'entretien des produits textiles. Après avoir acheté dans plusieurs points de vente un certain nombre de lots de ces produits portant son numéro identifiant, la société BOURDIER a fait réaliser auprès d'un laboratoire indépendant des analyses de composition fibreuse dont il ressort que la plupart des lots testés sont non-conformes au « cahier des charges qualité » de VETUNION.

VETUNION se plaint pour sa part des nombreux retards de livraison constatés en 2011 de la part de la société BOURDIER pour des lots de chaussettes. Exaspérée, la centrale décide d'appliquer les pénalités prévues dans la convention récapitulative annuelle signée le 15 mars 2011 (100 000 €) correspondant à un retard de 15 jours. Désireuse que ces retards de livraison ne soient pas actés dans leurs relations, la société BOURDIER a demandé, et partiellement obtenu, de la centrale, de transformer le montant de ces pénalités en une « participation promotionnelle » (dénommée « optimisation de la gamme du fournisseur par la sélection d'un produit incontournable ») correspondant à la mise en avant des produits BOURDIER dans les enseignes affiliées à VETUNION.

Les relations continuant de se dégrader fortement, le Président Directeur Général de la société BOURDIER a suscité une réunion du syndicat local réunissant des fabricants de produits textiles pour la grande distribution afin de convenir d'une parade non seulement contre les exigences démesurées de VETUNION, mais également contre les offres d'une firme belge qui décroche désormais la presque totalité des appels d'offres en « cassant » les prix. La société BOURDIER a fait faire un audit dont il ressort que les prix « cassés » sont au moins 25 % en dessous de ses propres prix de revient.

Informé que la société belge fait fabriquer la plupart de ses produits en Roumanie chez son propre confectionneur, BOURDIER et ses confrères français l'ont informé que s'il donne suite aux commandes, aucun français ne traitera plus aucune affaire avec lui. Par ailleurs, ils ont décidé qu'aucun d'entre eux n'acceptera plus désormais aucune vente à un prix inférieur à ses coûts de revient.

Conclusions de l'équipe gagnante



Par Marguerite de LA DROITIÈRE

M2 Droit Européen des Affaires, Paris II



Marion FUHRMANN

M2 Droit Européen des Affaires, Paris II



Adrien LEBAN

M2 Droit et Économie, Paris II



Et Guillaume VATIN

M2 Droit Européen des Affaires, Paris II
École normale supérieure de Cachan^(*)

→ RLC 2439

Notre participation au Concours Lamy de la concurrence nous a permis, non seulement de mettre en pratique dans une simulation professionnelle très poussée nos connaissances, mais également de traiter du droit des pratiques restrictives. Cette branche, trop souvent occultée au profit du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'Université, nous semble cependant être au cœur de la pratique du droit de la concurrence.

L'intitulé du cas pratique nous laissant de grandes marges de liberté, nous savions que plusieurs interprétations juridiques des faits étaient possibles, c'est d'ailleurs une des spécificités même

ici nos plus sincères remerciements pour son écoute, son soutien et ses conseils toujours avisés. Doivent également être ici remerciés le Cabinet Vogel & Vogel pour ses conseils lors de la préparation des plaidoiries, ainsi que l'ensemble des membres du Jury du concours, tant lors des phases écrites que lors de la plaidoirie, pour leur écoute et leur disponibilité.

(*) L'équipe était conseillée par Mme Christelle Adjémian (Responsable concurrence chez Suez Environnement), à qui nous adressons

du concours qui impose aux équipes d'endosser de manière alternative les rôles de demandeurs et de défendeurs. Il s'agissait donc, à notre sens, de comprendre au mieux les spécificités du marché sur lequel opéraient les deux sociétés afin de rendre crédibles nos interprétations juridiques.

Après tirage au sort, notre équipe a été désignée pour représenter la société Bourdier (ci-après « Bourdier ») en demande contre la société Vetunion (ci-après « Vetunion »). Il sera ici rendu compte, non pas de l'intégralité des échanges, notamment au cours de la procédure écrite, mais des plaidoiries orales tenues le 11 juin 2013 devant le Tribunal de commerce de Paris.

I. – RAPPEL DES FAITS ET DES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ

A. – Rappel des faits

Bourdier est une petite entreprise familiale spécialisée dans la production de vêtements, d'abord de travail, puis de loisirs. Le litige l'oppose à Vetunion. Cette société, dont on pouvait supposer la taille importante, est la centrale d'achats des super et hyper marchés Interchamp. Le cas se situe donc sur le **marché de la fourniture de vêtements de marques distributeurs** (ci après « MDD »).

B. – Les caractéristiques du marché

D'une part, le marché a des **caractéristiques techniques** qui obligent les entreprises y opérant à se doter d'appareils de productions spécifiques. En effet, ce marché se distingue notamment du marché de la fourniture de vêtements de détail : par les grands volumes de commandes, par les délais très courts de livraisons qui sont imposés par les distributeurs, mais également par la nature même des produits, souvent cantonnés au bas, voire aux moyennes gammes.

D'autre part, le marché a des **caractéristiques économiques** spécifiques qui permettent de le qualifier d'oligopsonne. Autrement dit, si le marché amont est très compétitif (le marché de la fourniture de produits MDD), le marché aval est lui très concentré : on ne dénombrait en 2012 que 5 centrales d'achats en France (Tarteret O. et Hanne H., Grande distribution et croissance économique en France, Bureau de la veille économique de la DGCCRF, déc. 2012).

Aussi au regard de ces deux principales caractéristiques du marché, on comprend mieux que la rupture des relations d'affaires entre les deux sociétés avait beaucoup plus d'importance pour Bourdier que pour Vetunion. C'est manifestement consciente de ce rapport de force, que Vetunion n'a pas hésité à demander sans cesse des efforts toujours plus importants à son fournisseur.

C. – Les demandes de la société Bourdier

Vetunion a tout d'abord **rompu de manière brutale les relations commerciales établies** avec Bourdier, remplaçant la relation d'exclusivité de plus de huit années par une mise en concurrence systématique de ses fournisseurs (II).

Après la rupture des relations commerciales établies, différentes demandes sont adressées au tribunal de commerce. Tout d'abord, dans le cadre de sa nouvelle stratégie commerciale de mise en concurrence, Vetunion a refusé d'exécuter des contrats de vente

qui avaient pourtant été formés après l'attribution des lots au terme des appels d'offres (III). Ensuite, au cours de la mise en place des appels d'offres, en attribuant des lots à des concurrents de Bourdier ne respectant pas son propre cahier des charges, Vetunion a rompu de manière abusive les négociations précontractuelles entretenues avec Bourdier (IV). Enfin, dans le cadre de sa relation d'affaires avec Bourdier, Vetunion a cherché et obtenu d'une part des avantages sans contrepartie et d'autre part la signature d'une convention récapitulative annuelle au déséquilibre flagrant (V).

Il sera ici démontré que ces exigences démesurées n'avaient en réalité d'autre but, non pas d'augmenter le niveau de qualité des produits, mais bien de mettre fin aux relations commerciales entre les deux sociétés sans pour autant que Vetunion ne s'astreigne au respect des différentes obligations légales auxquelles elle était pourtant tenue.

Enfin, acculée, Vetunion a intenté **une demande reconventionnelle** devant le tribunal de commerce aux fins de voir condamner Bourdier pour entente (VI).

II. – SUR LA RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES

Bourdier a été pendant plus de huit années le fournisseur exclusif des produits MDD de la centrale d'achats Vetunion. En 2009, cette dernière a changé unilatéralement les termes de leur relation commerciale, en lui substituant une mise en concurrence systématique.

Il apparaît cependant que Vetunion a rompu de manière brutale sa relation commerciale avec Bourdier en ne respectant pas son obligation de préavis écrit et suffisant pourtant prévu à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Cette rupture a entraîné dès l'année 2009 une baisse du chiffre d'affaires de Bourdier de 25 % jusqu'à l'évincer par la suite, définitivement du marché.

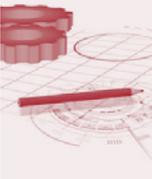
L'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce suppose la démonstration de deux éléments cumulatifs : l'existence de relations commerciales établies et le constat de leur rupture brutale.

A. – Le caractère établi de la relation commerciale

Il n'est pas nécessaire que la relation commerciale établie soit de nature contractuelle (CA Paris, 5^e ch., sect. A, 1^{er} déc. 2004, n° RG : 02/12132). D'ailleurs, la jurisprudence considère qu'il y a une relation commerciale établie dès lors que celle-ci dispose d'un caractère « *suivi, stable et habituel* » et que la partie victime de l'interruption a pu « *raisonnablement anticiper pour l'avenir* » une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial (Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-15.589, Bull. civ. IV, n° 207).

Bourdier a été le fournisseur exclusif de Vetunion entre 2000 et 2008, et cela sans que des défaillances puissent lui être reprochées. Au contraire, leur relation commerciale était fondée sur un rapport de confiance, matérialisé par d'importants investissements de Bourdier et par un chiffre d'affaires en constante progression.

Le raisonnement poursuivi par Vetunion est à l'évidence contradictoire, car elle reconnaît l'existence d'une relation commerciale établie au titre de l'exclusivité, mais considère également que cette relation se poursuit du simple fait de la participation de Bourdier aux appels d'offres.



B. – Sur la rupture de la relation commerciale établie à compter de l’année 2009

Une rupture d’une relation commerciale au sens de l’article L. 442-6, I, 5° du code de commerce peut être totale ou partielle (Cass. com., 23 janv. 2007, n° 04-16.779, Bull. civ. IV, n° 8). Il est de jurisprudence constante que la mise en concurrence d’un partenaire commercial dans le cadre d’un appel d’offres caractérise, même si le partenaire soumissionnaire, une rupture des relations commerciales antérieures dont il appartient au juge d’apprécier l’éventuelle brutalité (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-15.750). Par ailleurs, une diminution sensible du volume des échanges caractérise une rupture des relations commerciales, notamment lorsqu’elle est suffisamment sensible au regard des débouchés auxquels la victime peut prétendre (Cass. com., 18 déc. 2007, n° 05-15.970).

Étant donné que la relation commerciale entre les deux sociétés a été initiée sur la base d’un contrat de fourniture exclusive, la rupture est caractérisée. Cette rupture est d’ailleurs corroborée par la diminution sensible du volume des commandes passées à Bourdier.

Dès lors, la centrale d’achats ne peut prétendre qu’il ne s’agissait pas d’une rupture mais d’un « simple changement d’organisation et de politique d’achats ». Il n’est pas non plus utile de se lancer dans une bataille de chiffres pour savoir si la baisse du chiffre d’affaires de Bourdier de 25 % en 2009 a été suffisante pour caractériser une rupture.

Cette stratégie est d’autant plus violente que Vetunion n’a respecté aucune des prescriptions légales, qui n’appellent pourtant qu’à un comportement loyal et prévenant dans la rupture d’une relation commerciale.

C. – Sur le caractère brutal de la rupture des relations commerciales

Une rupture est brutale si elle est imprévisible, immédiate et sans motif. Ces critères sont notamment remplis dans le cas où il est mis fin à une relation commerciale sans préavis écrit et suffisant tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords professionnels.

Bourdier ne conteste pas qu’en matière commerciale la preuve est libre et que la mise en place d’un appel d’offres puisse constituer le point de départ du préavis, mais c’est à la condition d’en informer son partenaire. Aucune notification n’a été envoyée à Bourdier pour la mise en place des appels d’offres, d’autant que la centrale d’achats a eu un comportement équivoque, se gardant bien de manifester son intention de rompre en l’informant d’une simple réorganisation dans sa politique d’achats.

De plus l’argument tiré du contexte difficile que constitue la crise économique est inopérant pour deux raisons. D’une part, la modification de la politique d’achats de Vetunion, réalisée afin de l’adapter aux évolutions du marché, ne la dispensait pas de respecter ses obligations légales (CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 18 mai 2006, n° RG : 04/08829). D’autre part, la diminution des commandes ne trouve pas sa cause dans une contraction de la demande, mais dans la réallocation des volumes autrefois confiés à Bourdier à d’autres fournisseurs, laissant cette dernière dans l’incertitude quant à l’avenir de leur relation commerciale.

Par conséquent, aucun délai n’a été laissé à Bourdier pour se réorganiser et faire face à une future mise en concurrence. Les conséquences en sont d’autant plus graves que l’intense courant d’affaires entre les deux sociétés et les investissements importants effectués par Bourdier ont pu légitimement laisser croire à la poursuite des relations d’affaires. Enfin, il doit être noté qu’il n’existait pas de débouchés équivalents (caractère très concentré de la distribution, on ne dénombre en France que 5 centrales d’achats). Dès lors, la rupture brutale des relations commerciales ne fait aucun doute.

D. – Sur la durée minimale attendue du préavis

En l’absence d’accord interprofessionnel, la détermination d’une durée raisonnable du préavis relève de l’appréciation souveraine des juges. Le délai du préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l’espèce. Il doit être suffisant pour permettre à la victime de la rupture de réorganiser voire de réorienter ses activités.

En l’espèce, au regard d’une relation commerciale établie de plus de huit années, des importants investissements réalisés par Bourdier qui avait un appareil de production et une politique commerciale entièrement dédiée à Vetunion (CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 16 sept. 2004, n° RG : 03/02914), de la part du chiffre d’affaires que Bourdier réalisait avec Vetunion (Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.592), du caractère saisonnier du cycle de production (T. com. Paris, 2 avr. 1999, n° 99-003232), du degré de concentration du marché (CA Rennes, 2^e ch. com., 3 nov. 2009, n° RG : 08/07491) et du fait qu’il s’agissait de la fourniture de produits MDD (doublement du préavis minimal, CA Amiens, ch. com., 30 nov. 2001, n° RG : 00/00407) : un préavis minimal de 24 mois aurait dû être laissé à Bourdier avant la mise en œuvre des appels d’offres.

III. – SUR LA DEMANDE EN EXÉCUTION FORCÉE DES CONTRATS PASSÉS À PARTIR DE 2009 AU TERME DES APPELS D’OFFRES

Mettant fin à plus de huit années de relations d’exclusivité, Vetunion a imposé à Bourdier de participer à sa nouvelle politique commerciale de mise en concurrence systématique de ses fournisseurs. Au terme des appels d’offres, Bourdier s’est vu attribuer régulièrement plusieurs lots. Forte de ces succès et souhaitant pouvoir être en mesure de respecter les délais particulièrement stricts fixés par Vetunion, Bourdier a décidé de faire fabriquer immédiatement l’ensemble des commandes correspondants aux lots remportés. Or, Vetunion a refusé de se voir engagée par ce qu’elle a considéré n’être que des « prévisions indicatives ». Cette dernière semble pourtant ignorer qu’elle a cependant conclu un contrat de vente au moment même de l’attribution des lots. En effet, en matière d’appels d’offres entre personnes privées, il n’existe aucune réglementation spécifique et ce sont donc les règles du droit commun des contrats qui trouvent à s’appliquer (Appels d’offres, Lamy Logistique, n° 225-42). Le mécanisme est donc très simple, l’appel d’offres s’analyse comme une simple invitation à entrer en pourparlers et un contrat est légalement formé dès lors qu’il y a eu une rencontre entre une offre et une acceptation.

A. – L'existence d'une offre

D'une part, l'offre doit être ferme et précise (Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, Bull. civ. IV, n° 74), ce qui se traduit en matière de contrats de vente de choses de genre par l'exigence d'un prix et d'une quantité (Cass. 3^e civ., 13 juin 1972, n° 71-11.455, Bull. civ. III, n° 392). Des quantités ont été stipulées dans les appels d'offres, mais Vetunion conteste l'existence d'un prix. Ce faisant elle ignore un raisonnement fondateur de l'économie industrielle : celui des **économies d'échelles**. En effet, selon ce principe élémentaire, la quantité et le prix sont intimement liés, de sorte que plus la quantité produite est importante, plus les coûts de production diminuent et les prix avec (Principes de microéconomie : méthodes empiriques et théories modernes, Wasmer E., Pearson, 2010, p. 211). Ainsi, l'existence d'un prix dans l'appel d'offres ne peut être raisonnablement contestée : comment Vetunion pourrait-elle choisir la société la mieux-disante sans en connaître les prix ? Par ailleurs, il doit être noté que c'est sur ce même principe que Vetunion commande de grandes quantités de produits à Bourdier, et ce dans l'unique but d'obtenir de meilleurs prix. Ne retenant qu'une faible quantité de ce qu'elle a commandé, Vetunion bénéficie de prix bas, tandis que Bourdier voit ses marges diminuer et son stock augmenter.

D'autre part, l'offre suppose une intention de se voir engager (Cass. com., 6 mars 1990, précité). Cette dernière ressort clairement du comportement même de Bourdier qui, dès l'attribution des lots, a systématiquement mis en fabrication les quantités commandées.

B. – L'existence d'une acceptation

L'acceptation est la simple manifestation de volonté par laquelle le destinataire de l'offre consent aux conditions du contrat proposées par le pollicitant. Or, en attribuant des lots, sans formuler de contre-offre formelle, Vetunion a bien accepté l'offre de Bourdier (Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-13.710).

Il y avait donc bien rencontre des volontés permettant à Bourdier de demander l'exécution forcée des contrats de vente conclu à partir de 2009, ainsi que la réparation des préjudices subis du fait du retard dans l'exécution des contrats litigieux sur le fondement de l'article L. 441-6, I du code de commerce.

IV. – SUR LE PRÉJUDICE SUBI DU FAIT DE LA RUPTURE ABUSIVE DES NÉGOCIATIONS PRÉCONTRACTUELLES

Toujours dans le cadre des appels d'offres, Bourdier a cherché à satisfaire au mieux les exigences de son principal partenaire commercial. Elle a notamment tenu à respecter l'ensemble des stipulations du « *cahier des charges qualité* » de Vetunion accompagnant les appels d'offres. Or, procédant à des analyses par un laboratoire indépendant sur certains produits Interchamp, Bourdier a constaté que sur un lot de chemises qui avait fait l'objet d'un appel d'offres qu'elle n'avait pas remporté, la composition fibreuse, pourtant stipulée dans le cahier des charges, n'était pas respectée.

A. – La faute dans la rupture des négociations précontractuelles

Cette responsabilité fondée sur l'article 1382 du code civil ne suppose pas nécessairement une intention de nuire. Ainsi, la Cour de

cassation a récemment condamné des négociateurs qui avaient laissé croire que des pourparlers aboutiraient, alors même qu'ils en connaissaient la fragilité, voire leur inévitable échec (Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.949, Bull. civ. IV, n° 186). En l'espèce, en proposant un cahier des charges à l'ensemble des concurrents et en insistant sur la composition fibreuse des vêtements, Vetunion a bien laissé penser à Bourdier qu'elle pourrait remporter les appels d'offres si elle haussait le niveau de qualité de ses vêtements. Or cette hausse de la qualité ne peut se faire qu'au détriment du prix (on doit ici souligner que d'après l'Union des industries textiles, les matières premières peuvent représenter jusqu'à 30 % des coûts de production des vêtements, ce qui montre bien que la question de la composition fibreuse est loin d'être anecdotique).

Par ailleurs, il convient de rejeter l'argument de Vetunion selon lequel elle ne serait pas responsable du respect du cahier des charges après que le lot a été attribué. Sans s'étendre sur le cynisme de cette défense au regard des producteurs, mais plus grave encore des consommateurs, il suffit de rappeler que cette pratique est expressément visée et condamnée par la Commission d'examen des pratiques commerciales, qui impose l'obligation pour le distributeur de procéder à des audits réguliers chez ses producteurs (CEPC, Recomm. n° 10-01 relative à l'élaboration des contrats de marques de distributeurs, 3 juin 2010).

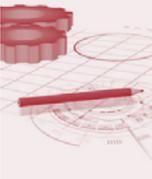
B. – Le dommage subi par la société Bourdier

Le dommage dont est victime Bourdier est évident. Il tient d'une part dans la préparation en pure perte d'appels d'offres qu'elle ne pouvait pas remporter. D'autre part, le préjudice tient dans la perte de la chance de pouvoir contracter avec un partenaire commercial plus sérieux que Vetunion (Cass. 3^e civ., 28 juin 2006, n° 05-14.229).

En effet, il ne saurait être avancé que l'absence de nouveaux partenaires commerciaux est imputable à Bourdier. D'abord parce qu'eu égard à l'expertise de Bourdier dans le domaine des vêtements textiles, il ne fait aucun doute que Bourdier était assez compétitive pour trouver de nouveaux clients. Cette compétitivité est par ailleurs confirmée par l'exclusivité de plus de huit années avec Vetunion et le fait que cette dernière continue de lui attribuer régulièrement des lots. Enfin, il est également évident que si Bourdier avait connu les réelles intentions de son partenaire, c'est à dire de mettre fin à la relation commerciale les unissant, elle aurait cherché à contracter avec d'autres clients.

V. – SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES ISSUES DE L'ARTICLE L. 442-6, I DU CODE DE COMMERCE

Bourdier demande réparation au titre de deux avantages sans contrepartie obtenus par Vetunion. Ces deux demandes distinctes fondées sur l'article L. 442-6, I, 1^o du code de commerce concernent d'une part, le rachat des stocks pour la moitié de leur valeur, et d'autre part la participation à une opération promotionnelle. Bourdier demande également la nullité des pénalités de retard en ce qu'elles créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce.



A. – Sur l’avantage sans contrepartie au titre de la remise de 50 % sur les stocks

L’article L. 442-6, I, 1° du code de commerce dispose qu’engage la responsabilité de son auteur le fait « d’obtenir ou de tenter d’obtenir d’un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ». Du fait du non-respect par Vetunion de ses obligations contractuelles, Bourdier a dû constituer des stocks considérables de produits (500 000 euros). Profitant de cette situation, et afin de s’approvisionner à moindres frais, Vetunion a demandé et obtenu 50 % de remise sur l’ensemble des stocks. Vetunion soutient que cette remise a été librement négociée par les parties, de sorte que Bourdier ne pourrait aujourd’hui la contester. Elle soutient également qu’elle a déployé des efforts considérables pour commercialiser les produits de Bourdier. Cependant, la centrale d’achats feint ici d’ignorer les réelles modalités d’une négociation commerciale entre un petit producteur et un géant de la grande distribution. En effet, dans une transaction comme celle-ci, la seule liberté dont a pu bénéficier Bourdier réside entre : refuser un contrat déséquilibré ou supporter seule les pertes liées à ses stocks. Il en résulte donc un avantage obtenu sans contrepartie obtenu par Vetunion.

B. – Sur la clause de pénalités déséquilibrées

Suite à quinze jours de retard sur un lot de chaussettes, Vetunion a sanctionné Bourdier à hauteur de 100 000 euros au titre de la convention récapitulative annuelle signée le 15 mars 2011. Bourdier ne conteste pas que les pénalités sont monnaie courante dans les contrats d’affaires, ni d’ailleurs qu’elles puissent parfois présenter un caractère comminatoire. Cependant, la CEPC est claire sur ce point (CEPC, avis n° 09-12 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l’économie, 28 oct. 2009), c’est uniquement sous réserve que les pénalités n’introduisent pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties qu’elles sont valables. En l’espèce il s’agit de pénalités dont le montant s’élève à 100 000 euros, alors que le chiffre d’affaires estimé de Bourdier pour la même année ne dépasse pas 60 000 euros. Dans ces conditions, le taux de pénalité appliqué à Bourdier ne peut que constituer un déséquilibre significatif au sens de l’article L. 442-6, I, 1° du code de commerce.

C. – Sur l’avantage sans contrepartie au titre de la participation promotionnelle

Par la suite, ces 100 000 euros de pénalités ont été partiellement transformés en une participation promotionnelle dénommée « optimisation de la gamme fournisseur » consistant en la mise en avant des produits Bourdier dans les magasins Interchamp. Cependant, il est rappelé que Bourdier fabrique des produits sous MDD. Par conséquent, une telle opération promotionnelle consiste à faire uniquement la promotion de la marque Interchamp et n’a donc aucun intérêt pour Bourdier. La CEPC a d’ailleurs considéré comme illégal le fait de faire supporter au fabricant de produits sous MDD les coûts liés à la promotion de la marque (CEPC, Avis n° 09-13 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l’économie, 9 déc. 2009).

VI. – SUR LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE

Vetunion reproche par une demande reconventionnelle à Bourdier trois ententes différentes. La première aurait pour origine un échange d’informations lors d’une réunion d’un syndicat professionnel de fabricants français et aurait mené à une entente sur la politique tarifaire. La deuxième aurait eu la même origine, mais aurait conduit à une entente sur la politique commerciale. Enfin, la troisième aurait conduit au boycott d’une société de confection roumaine.

Le litige ayant été porté devant le tribunal de commerce de Paris, il n’est pas pertinent de s’étendre sur la matérialité des faits et leur qualification juridique. En effet, Vetunion semble commettre une confusion entre deux dommages distincts. Le premier est le dommage causé à l’économie et est sanctionné administrativement par l’Autorité de la concurrence. Le second est le préjudice individuel subi par la victime de la pratique anticoncurrentielle et réparé par les juridictions civiles. Or Vetunion paraît demander au tribunal de l’indemniser du dommage à l’économie, alors même que les juridictions consulaires ne sont à même que d’octroyer des dommages et intérêts sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil. Il doit donc être démontré avant toute chose que Vetunion n’a subi aucun préjudice au titre de la responsabilité délictuelle.

A. – Sur le rejet de la demande d’indemnisation du fait d’ententes sur les politiques commerciales et tarifaires

1) Le préjudice matériel

Vetunion prétend qu’une « entente engendre généralement un surcoût pour l’entreprise victime ». Le terme « généralement » permet à Bourdier de battre en brèche la demande d’indemnisation que la société défenderesse a soulevée. En effet, pour être réparable le préjudice doit présenter trois caractéristiques : être certain, direct et personnel. Or en l’espèce, la formulation même retenue dans les écritures de Vetunion met en exergue l’éventualité du préjudice prétendument subi et le caractère incertain du préjudice (Cass. 2^e civ., 28 avr. 1982, n° 80-14.311, Bull. civ. II, n° 67). Cette condition faisant défaut, il n’est pas nécessaire de démontrer la réunion des autres conditions.

2) Le préjudice moral

Depuis un arrêt remarqué de 2012 (Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278), la Cour de cassation accepte de réparer le préjudice moral des personnes morales. Se fondant sur cette jurisprudence, Vetunion demande réparation du fait du préjudice moral qu’elle aurait subi en raison de « la campagne vengeresse » menée par Bourdier. Néanmoins, Vetunion se contente de formuler une telle demande sans l’accompagner d’éléments probants. En conséquence, et devant une jurisprudence particulièrement restrictive, la demande ne peut être que rejetée.

B. – Sur le rejet de la demande d’indemnisation du boycott

Il a été décidé de traiter distinctement l’entente de boycott des deux ententes précédentes compte-tenu de la spécificité des faits

rapportés par Vetunion. Celle-ci rapporte posséder des courriers envoyés par Bourdier dans lesquels l'existence de menaces de boycott ne laisserait aucun doute. Dans ses écritures, la centrale d'achats indique que le préjudice est constitué d'une « perte de chance de conclure des contrats en faisant s'exercer pleinement le libre jeu de la concurrence ». Or selon elle, une société belge avec laquelle elle avait fréquemment des relations d'affaires, risque « de se trouver évincée du marché du fait du boycott ». De jurisprudence constante, la perte de chance n'est indemnisable que si la chance perdue présente un caractère réel et un caractère sérieux (Cass. 2^e civ., 20 juill. 1993, n^o 92-06.001, Bull. civ. II, n^o 274). En l'espèce, la chance perdue n'apparaît pas réelle car il s'agit, de l'aveu même de Vetunion, d'un « risque ». La chance perdue n'est pas non plus sérieuse car la spécificité des relations d'affaires résulte de la procédure d'appel d'offres employée pour sélectionner le partenaire commercial pour la production d'un lot. Or, avant même d'engager une procédure d'appel d'offres, Vetunion ne peut prétendre disposer d'une chance sérieuse de conclure avec cette fameuse société belge, car elle ne peut pas savoir si celle-ci soumissionnera, ou si son offre la placera en position de mieux-disante. En prétendant disposer d'une chance sérieuse de conclure un contrat avec

la société belge, Vetunion ne peut que méconnaître le mécanisme de l'appel d'offres ou admettre que la procédure ne se déroule pas dans des conditions transparentes, et qu'avant même d'examiner les offres, elle a déjà choisi son partenaire commercial. Ainsi, Vetunion ne peut prétendre avoir perdu une chance réelle et sérieuse de conclure un tel contrat.

CONCLUSION

Faisant suite aux plaidoiries des conseils de Bourdier et Vetunion, le tribunal de commerce de Paris a fait droit à l'ensemble des demandes de la société demanderesse. Les juges ont reconnu la brutalité de la rupture pour BOURDIER, résultant du passage à un appel d'offres sans notification en temps utile. Les différentes pratiques restrictives dénoncées ont également donné lieu à indemnisation du préjudice subi et au remboursement des sommes indument perçues. La demande reconventionnelle a quant à elle fait l'objet d'un sursis à statuer afin de permettre à l'Autorité de la concurrence, saisie par Vetunion, de se prononcer sur les faits avancés. Enfin, Vetunion a été condamné aux dépens à hauteur de 50 000 euros. ■

DÉCOUVREZ LA NOUVELLE COLLECTION Lamy Conformité

Sous la direction scientifique de l'EDHEC
et en partenariat avec l'AFJE et le cercle
de la Compliance

La conformité se nourrit des problématiques du risque, de la réglementation, de l'éthique et du management. Ainsi, cette nouvelle collection a pour ambition de décliner la démarche « conformité » par thème ou par secteur, et de permettre à tout acteur de l'entreprise de mieux en comprendre les enjeux et les composantes afin d'en faire un outil non seulement de réduction du risque juridique, mais également de performance.

 Lamy
une marque Wolters Kluwer



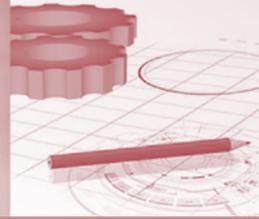
Partie I
Du risque juridique à la
compliance : notions
essentielles

Partie II
Les acteurs de la compliance

Partie III
Les outils de la compliance

Format : 16x24
288 pages

Pour en savoir plus <http://librairie-droit.lamy.fr>



Conclusions de l'équipe perdante



Par Geoffroy BARTHET

Élève avocat, École de Formation professionnelle des Barreaux de la cour d'appel de Paris



Jocelyn GOUBET

Avocat, DLA Piper LLP



Pierre-Camille HAMANA

Stagiaire au Tribunal de l'Union européenne



Et Alexandre MARTIN

Juriste, Linklaters LLP

→ RLC 2440

Madame le Président, Mesdames, Messieurs les Juges,
Nous représentons les intérêts de la société VETUNION.

VETUNION est une centrale d'achats qui revend ses produits dans les supermarchés de l'enseigne INTERCHAMP. Elle a confié à la société BOURDIER de 2000 à 2008 la fabrication exclusive des vêtements qu'elle revend à ses affiliés.

À compter de 2009, VETUNION a mis en place un système d'appels d'offres pour sélectionner ses fournisseurs de produits textiles. Si les relations avec BOURDIER ont évolué, elles n'ont pas cessé pour autant.

En réalité, BOURDIER a profité de ce changement d'organisation pour mettre en place une entente avec tous les fournisseurs français de produits textiles pour la grande distribution.

Nous démontrerons que la société BOURDIER a décidé de développer une stratégie contentieuse agressive pour tenter d'obtenir le désistement de VETUNION d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence. Nous établissons par la suite que les demandes de BOURDIER sont toutes incohérentes, fantaisistes et non fondées.

I. – DEMANDE RECONVENTIONNELLE TENDANT À LA CONDAMNATION AU PAIEMENT DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS DE BOURDIER POUR AVOIR ÉTÉ L'INSTIGATRICE D'UNE ENTENTE PROHIBÉE

Madame le Président, Mesdames et Messieurs du Tribunal,

La demande de VETUNION est un subterfuge.

Nous démontrerons, par le moyen d'une demande reconventionnelle, que BOURDIER s'est trouvée à l'initiative d'une entente prohibée, structurée et dirigée contre VETUNION.

Rappelons les faits, qui ne sont pas discutés par BOURDIER.

Le président directeur général de BOURDIER a utilisé la structure d'un syndicat professionnel, qui regroupe la totalité des producteurs français de produits textiles, pour convoquer une réunion dont l'ordre du jour consistait à discuter de parades aux exigences commerciales prétendument démesurées de VETUNION.

À la suite de cette réunion, les entreprises participantes ont modifié leurs pratiques tarifaires, et VETUNION assiste depuis à un renchérissement des prix dans les réponses à ses appels d'offres.

Les entreprises ont également collectivement menacé de boycotter la société ROUMANIA TEX, un partenaire commercial de VETUNION.

Revenons aux conditions de la prohibition des ententes.

En premier lieu, l'article L. 420-1 du code de commerce demande la preuve d'un accord entre entreprises ou d'une pratique concertée.

BOURDIER persiste à nier dans ses dernières écritures qu'une seule réunion du syndicat professionnel puisse constituer un tel accord entre entreprises. Cet argument, Madame le Président, Mesdames et Messieurs du Tribunal, ne saurait évidemment prospérer devant votre juridiction.

En effet, selon la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, la seule participation à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel fait présumer d'un accord entre entreprises.

Cette solution ne saurait surprendre : la société invitée à participer à une réunion pour laquelle, sur l'ordre du jour, figure un objet anticoncurrentiel, ne saurait se rendre à cette réunion, sans, déjà, entendre participer à une entente.

C'était bien le cas en l'espèce, malgré les dénégations de BOURDIER : le seul objet sur l'ordre du jour de la réunion en cause était de convenir d'une parade aux exigences de VETUNION, et d'interférer ainsi avec sa politique d'approvisionnement.

Dès lors, chaque entreprise qui s'est rendue à cette réunion a clairement exprimé sa volonté de participer à l'entente initiée par BOURDIER, ce qui suffit à faire présumer d'un accord de volontés.

Les entreprises ont ensuite diffusé et appliqué concrètement les directives qui ont été convenues au cours de la réunion.

En réalité, on peut trouver des accords entre entreprises tant dans la participation à la réunion – dont le but est de déjouer la concurrence – que dans la mise en œuvre des décisions qui y ont été adoptées.

Mais qu'a fait BOURDIER lors de cette fameuse réunion ?

BOURDIER a convaincu ses concurrents d'adopter 3 comportements anticoncurrentiels.

A – Premier comportement anticoncurrentiel : BOURDIER a convaincu ses concurrents de s'entendre sur leurs prix à l'égard de VETUNION

Il n'existe aucune discussion quant à la prohibition de toute entente qui aurait pour objet ou pour effet de porter atteinte à la libre fixation des prix, restriction de concurrence qui figure explicitement à l'article L. 420-1 du code de commerce.

C'est pourtant ce que les membres de l'entente ont fait en décidant de s'interdire de vendre à un prix inférieur à leurs coûts de revient.

Nulle volonté de la part de VETUNION d'encourager ses fournisseurs à sacrifier indûment leurs marges au point de revendre à perte, comme se défend notre contradicteur.

La restriction de concurrence est en réalité une conséquence logique de cette interdiction.

Naturellement, chaque entreprise n'a pas la même structure de coûts : certaines sont plus efficaces que d'autres. Il suffit donc à un concurrent de soumettre une offre à un tarif légèrement inférieur à celle de son concurrent moins efficace économiquement pour remporter l'appel d'offres. Du fait de cette interdiction, le concurrent le plus efficace perd donc incitation à réduire ses prix.

Cette politique commune incite donc à un amoindrissement de la concurrence en ce que les prix tendront à se rapprocher de ceux pratiqués par l'entreprise la plus inefficace économiquement, c'est-à-dire celle dont le seuil de revente à perte est le plus élevé.

C'est la raison pour laquelle, par exemple, la Commission européenne a déjà sanctionné l'entente interdisant à ses membres de revendre à perte.

Les appels d'offres initiés par VETUNION sont particulièrement vulnérables à cette restriction de concurrence : s'agissant de produits textiles sous MDD (marque de distributeur), le prix est le facteur prépondérant du choix du cocontractant.

B. – Deuxième comportement anticoncurrentiel : BOURDIER a convaincu ses concurrents d'échanger entre eux des informations confidentielles et stratégiques sur l'état de leurs relations commerciales avec VETUNION

C'est le support nécessaire du premier comportement anticoncurrentiel.

Comment s'interdire de revendre à perte sans communiquer avec ses concurrents ses seuils de revente à perte ?

Compte-tenu des efforts de structuration de cette entente au sein d'un syndicat professionnel, les entreprises participantes se sont nécessairement échangé des informations sur la structure de leurs coûts, afin de contrôler que chacun d'entre eux respectait effectivement l'interdiction de revendre à perte.

Comment discuter des soi-disant « exigences démesurées » de VETUNION sans communiquer à ses concurrents l'historique détaillé des relations commerciales avec la centrale d'achats ?

Des informations complexes et, évidemment, récentes, qui permettent à l'œil averti des entreprises participantes au cartel de déduire toute une série d'informations sur le comportement stratégique de leurs concurrentes.

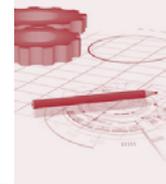
La participation même à cette réunion est déjà une information importante, exprimant aux entreprises du marché la volonté de s'affranchir des contraintes de la concurrence, et de déterminer ensemble leur stratégie commerciale.

Cet échange d'informations confidentielles, stratégiques, récentes, a évidemment eu pour objet, et pour effet, d'augmenter la transparence du marché, d'amoindrir la concurrence entre les entreprises, au détriment de VETUNION.

C. – Troisième comportement anticoncurrentiel : BOURDIER a convaincu ses concurrents de déstabiliser VETUNION en menaçant de boycotter un de ses partenaires commerciaux

La société BELGA CONFECTION a, depuis plusieurs années, remporté plusieurs appels d'offres lancés par VETUNION. BOURDIER n'a pas pu trouver mieux – ou pire ! – pour déstabiliser VETUNION que de menacer le confectionneur de BELGA CONFECTION, la société ROUMANIA TEX.

BOURDIER ne conteste pas les faits, mais tente vainement d'expliquer que compte-tenu des contraintes économiques – uniformes – du secteur textile, chaque entreprise était incitée en parfaite indépendance de ses concurrents à boycotter – pardon – à fournir à ROUMANIA TEX un avertissement quant à ses orientations commerciales.



Mais est-ce encore un comportement indépendant, lorsqu'au même moment, à l'issue de la même réunion, toutes les entreprises françaises du secteur textile envoient, comme un seul homme, des courriers à la société ROUMANIA TEX en reprenant une formulation presque identique, comme si elles avaient été écrites sous la dictée de BOURDIER ?

La collusion est manifeste.

Surtout, le raisonnement suivi par BOURDIER est insuffisant pour emporter la conviction du Tribunal, compte-tenu de la gravité du comportement que constitue le boycott, le comportement anticoncurrentiel est matérialisé par le seul envoi des lettres à ROMANIA TEX.

Pour l'ensemble de ces restrictions de concurrence – une entente sur les prix, un échange d'informations confidentielles et stratégiques, et les menaces de boycott –, il est demandé au Tribunal de commerce de condamner BOURDIER à indemniser l'intégralité du préjudice subi par VETUNION.

D. – La faute de BOURDIER engage sa responsabilité civile, au sens de l'article 1382 du code civil

Cette condamnation permettra d'abord de réparer les préjudices matériels que VETUNION a subis.

D'abord, un renchérissement des prix observés dans les réponses aux appels d'offres depuis la réunion initiée par BOURDIER.

Il vous appartient à ce titre de nommer un expert pour quantifier le dommage.

En toute hypothèse, compte-tenu des produits en cause, du contexte de crise et de la concurrence dans le secteur de la grande distribution, VETUNION n'a pas pu répercuter aux consommateurs cette augmentation sur les prix pratiqués auprès de ses enseignes : elle est donc l'unique victime, directe, de cette augmentation des prix.

Ensuite, du fait des menaces de boycott, VETUNION a perdu une chance de contracter à des conditions plus favorables. Aucune autre entreprise ne souhaiterait en effet s'exposer aux représailles des cartellistes.

BOURDIER devra également indemniser le préjudice moral de VETUNION, causé par le dénigrement de sa politique commerciale devant l'ensemble des fournisseurs français de produits textiles.

Faut-il discuter du lien de causalité ?

Aux élucubrations présentées par la société BOURDIER, il suffit de relever que cette entente était exclusivement motivée par la volonté de déterminer une parade contre VETUNION.

Pour conclure, Madame le Président, Mesdames et Messieurs du Tribunal,

La société BOURDIER s'est adonnée sans complexe aux pires pratiques anticoncurrentielles. Sa volonté de nuire au fonctionnement du marché de l'approvisionnement des produits textiles est caractérisée.

II. – DÉFENSE AU FOND AUX ALLÉGATIONS DE LA SOCIÉTÉ BOURDIER

Madame le Président, Mesdames, Messieurs les Juges,

A. – La société BOURDIER prétend obtenir devant ce Tribunal l'exécution forcée de contrats de vente qui n'ont pourtant jamais été conclus avec VETUNION

Depuis 2009, la société BOURDIER n'a été sélectionnée par la société VETUNION qu'à l'issue d'une procédure d'appel d'offres.

Comment fonctionnent ces appels d'offres ?

Pour chaque lot de produits textiles, VETUNION transmet à tous ses fournisseurs habituels un cahier des charges définissant les conditions de participation. Chacun de ces appels d'offres mentionne un volume indicatif de produits.

Aujourd'hui, la société BOURDIER prétend avec la plus grande mauvaise foi que chaque contrat conclu à l'issue d'une procédure d'appel d'offres constituerait un contrat de vente. Dès lors que VETUNION n'a pas commandé l'intégralité des produits mentionnés dans le cahier des charges, BOURDIER serait alors fondé à réclamer des dommages et intérêts sur le fondement de ces prétendus contrats de vente.

En réalité, le raisonnement de BOURDIER est dénué de tout fondement. Dénué de tout fondement pour deux raisons principales : il ne correspond pas au fonctionnement du marché textile (1), et il ne résiste pas à une véritable analyse au regard du droit des obligations (2).

1) Sur le fonctionnement du marché textile

Professionnel du textile depuis de nombreuses années, BOURDIER sait parfaitement que VETUNION est dans l'impossibilité de déterminer à l'avance un volume certain de produits pour chaque lot. Le marché des produits textiles est caractérisé par une grande instabilité : instabilité des prix, instabilité de la demande, instabilité de la mode.

Les acteurs du marché doivent donc faire preuve d'une très grande flexibilité pour s'adapter aux évolutions du marché. Le fonctionnement du marché impose donc à VETUNION de n'insérer dans ses appels d'offres que des volumes indicatifs.

En participant à un appel d'offres initié par VETUNION, tout fournisseur connaît et accepte cet aléa sur la quantité finale de produits.

2) Au regard du droit des obligations

Malgré sa parfaite information sur les modalités des appels d'offres, BOURDIER tente cependant de démontrer la formation de contrats de vente. BOURDIER rappelle ainsi avec raison que la naissance d'un contrat exige la réunion d'une offre et d'une acceptation.

Si on admet facilement que BOURDIER a bien déposé une offre dans la procédure initiée par VETUNION, le Tribunal relèvera néanmoins qu'à aucun moment BOURDIER ne fait la démonstration du dépôt d'une offre ferme et précise ni la démonstration d'une acceptation de cette offre par VETUNION.

Cet obstacle dans son raisonnement est balayé d'un simple revers de la main par BOURDIER. D'après BOURDIER, le choix d'un fournisseur à l'issue d'une procédure d'appel d'offres constitue une réponse et une acceptation. Cette affirmation péremptoire ne répond pas aux exigences de l'article 9 du code de procédure civile. BOURDIER, pourtant demandeur à l'instance, s'est donc totalement dispensé de rapporter la preuve de ses allégations.

A *contrario*, VETUNION soutient qu'à l'issue de chaque appel d'offres, elle conclut un contrat-cadre avec un fournisseur. Celui-ci est sélectionné sur la base des éléments de réponse apportés à l'appel d'offres. Le contrat cadre détermine les éléments essentiels de la relation entre VETUNION et le fournisseur sélectionné.

La Cour de cassation admet parfaitement la validité d'un contrat qui, sans déterminer une quantité précise de produits, sert de base à des contrats de vente réalisés à l'occasion de chaque commande. Cette jurisprudence doit inspirer le Tribunal dans notre affaire. Les contrats conclus par VETUNION à l'issue de chaque appel d'offres doivent être qualifiés de contrats cadre.

Ces contrats cadre organisent la conclusion de futurs contrats de vente matérialisés par la passation de bons de commande.

Le Tribunal rejettera donc la demande de BOURDIER en exécution forcée de prétendus contrats de vente car non fondée.

B. – La société BOURDIER invoque une rupture brutale des relations commerciales établies fantaisiste

La société BOURDIER prétend que VETUNION aurait brutalement rompu la relation commerciale qu'elles entretenaient depuis 2000, d'abord partiellement puis définitivement. Cette présentation, bien que séduisante, reste irréconciliable avec les faits.

La société VETUNION avait conclu avec la société BOURDIER un contrat pour assurer son approvisionnement en vêtements MDD. Contrat à durée indéterminée qu'elle était donc libre de rompre à tout moment. Contrat qu'elle a effectivement rompu dans le but légitime de réorganiser son réseau par la mise en place d'un système d'appel d'offres. Système auquel la société BOURDIER n'a pas manqué d'adhérer, sans émettre la moindre protestation. Bien au contraire, elle a candidaté à tous les appels d'offres pour l'année 2009, remportant la quasi-totalité de ces derniers.

C'est donc avec le plus grand étonnement que la société VETUNION a découvert, à l'occasion de l'assignation qui lui a été délivrée en novembre 2012, les reproches de la société BOURDIER. En effet, celle-ci se plaint devant votre juridiction d'un système dont elle a profité trois ans durant sans émettre la moindre réserve.

Comme l'a rappelé la société BOURDIER, la société VETUNION n'a pas manqué de lui faire connaître son intention de mettre un terme à leur relation commerciale. Conformément aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, elle lui a notifié par écrit le cahier des charges des appels d'offres à venir. Ce faisant, il ne pouvait subsister aucun doute quant à la volonté de la société VETUNION d'inscrire les relations à venir dans un cadre précaire.

L'argument selon lequel la rupture serait néanmoins brutale en raison de la brièveté du délai laissé à la société BOURDIER pour trouver de nouveaux partenaires n'est pas plus convaincant. En effet,

la société BOURDIER n'a éprouvé aucune difficulté à candidater à la totalité des appels d'offres, remportant la plupart d'entre eux.

Par conséquent, on est bien loin de la représentation dépeinte par la société BOURDIER, celui d'une grande distribution qui écrase ses fournisseurs, et fait jouer la concurrence sans en redistribuer les fruits aux consommateurs.

En réalité, la stratégie contentieuse de la société BOURDIER traduit une utilisation stratégique du droit des pratiques restrictives de concurrence afin de faire supporter à d'autres les conséquences financières de son impéritie.

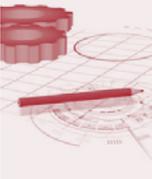
En dépit de la rupture de la relation commerciale telle qu'elle existait depuis 2000, un flux d'affaires substantiel a perduré entre les deux partenaires. En effet, la société BOURDIER rend la société VETUNION responsable, sans cependant apporter la moindre preuve de ses allégations, d'une diminution de son chiffre d'affaires annuel de 25 %. Quand bien même cette allégation serait avérée, cela ne signifie-t-il pas, *a contrario*, que la société VETUNION a maintenu d'une année sur l'autre 75 % de ses échanges avec la société BOURDIER alors qu'il n'existait aucune obligation relative à un volume minimum d'achat ?

En réalité, ce que vous demande la société BOURDIER n'est rien de moins qu'une glaciation des relations commerciales, un maintien d'une année sur l'autre d'un même volume d'échanges. Madame le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Tribunal, vous ne pouvez cautionner ces demandes. Cet objectif est contraire à l'esprit de la loi. Les fluctuations de commandes sont inhérentes à toute relation commerciale, surtout dans un contexte de crise comme celui que connaissent actuellement l'économie française en général et le secteur textile en particulier. Le législateur n'a pas souhaité figer les relations commerciales mais assurer leur loyauté afin de permettre aux entreprises de se retourner pour trouver de nouveaux débouchés.

En l'espèce, la société BOURDIER était prévenue depuis la fin de l'année 2008 du caractère précaire de ses relations avec la société VETUNION. Il lui appartenait de prospecter de nouveaux marchés, de trouver de nouveaux débouchés. Elle ne peut pas accepter les risques d'une mise en concurrence lorsque cela lui est profitable pour ensuite se prévaloir d'un droit à la stabilité lorsque la concurrence devient plus rude et qu'elle perd des parts de marché.

La Cour de cassation n'a pas manqué de sanctionner cette attitude duplice, elle a ainsi approuvé l'arrêt d'appel qui avait rejeté les prétentions d'une société qui avait accepté d'être mise en concurrence avant d'alléguer une rupture brutale des relations commerciales à la suite de la perte d'un appel d'offres. La Haute juridiction a souligné que dans la mesure où « la société YF n'avait pas manifesté son refus d'être mise en concurrence, [la cour d'appel] a exactement retenu que le fait qu'elle n'avait pas remporté un appel d'offres ultérieur ne caractérisait pas la rupture brutale d'une relation commerciale établie entre les deux sociétés » (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-15.750).

La société VETUNION doit supporter les conséquences de son choix de ne pas se diversifier alors qu'elle était clairement avertie du caractère précaire de ses relations avec la société VETUNION. Ce n'est pas à cette dernière de payer pour le manque de prévoyance et l'inadaptation à la concurrence de son ancien partenaire. Par conséquent, votre juridiction ne manquera pas de dé-



bouter la société BOURDIER de l'ensemble de ses demandes sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

Madame le Président, Mesdames, Messieurs les Juges,

C. – La société BOURDIER prétend avoir indument consenti un avantage à la société VETUNION en participant à l'opération « 1+1 »

Le mécanisme et le but de l'opération « 1+1 » ne permettent absolument pas de conclure en ce sens.

L'opération « 1+1 » devait, au moyen d'une remise de 50 %, permettre à la société BOURDIER d'écouler des stocks qu'elle avait constitués du fait de son impéritie alors même que la société VETUNION, et cela est fondamental, n'en avait jamais fait la commande ! Toutefois, la société VETUNION est soucieuse de la bonne santé économique de son partenaire. Ainsi, la société VETUNION a soutenu la société BOURDIER en rachetant les stocks, en engageant des campagnes de marketing. Grâce à cette opération, BOURDIER a pu renflouer rapidement sa trésorerie et éviter une perte totale de la valeur de marchandises.

Par ailleurs, l'argument selon lequel il y aurait eu des remises rétroactives ne saurait convaincre votre juridiction puisque les produits stockés n'ont jamais fait l'objet d'un contrat. Ils n'ont fait l'objet d'un contrat d'application qu'au moment de la mise en place de l'opération « 1+1 ». Aussi il suffira de lire ce contrat pour s'en convaincre. Il est donc demandé au Tribunal de rejeter les demandes de la société BOURDIER.

En ce qui concerne la participation promotionnelle :

Il ne suffit point d'être un rhéteur même talentueux pour emporter la conviction du Tribunal. Aussi contrairement à ce qu'affirme la société BOURDIER :

- 1) La convention récapitulative annuelle pour n'est pas inexistante parce qu'elle aurait été signée postérieurement au premier mars.

C'est faire une lecture tronquée de l'article L. 441-7 du code de commerce que d'en occulter l'alinéa 4. En effet, celui-ci dispose que concernant les produits saisonniers, la convention doit être signée dans les deux mois qui suivent la commercialisation des produits ce qui est le cas dans notre espèce. La convention est donc valide.

- 2) Par ailleurs, la société BOURDIER ne saurait se contredire au détriment de son partenaire sans que la crédibilité de son argumentation n'en souffre.

Elle sollicite VETUNION pour que les retards ne soient pas actés en mettant en place une opération promotionnelle puis elle assigne son partenaire pour en contester la légitimité !

- 3) Cette volonté de masquer ses manquements est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles la transformation des 100 000 euros de pénalités – dues en application de la convention ! – en opération promotionnelle et à la faveur de BOURDIER ne peut raisonnablement être considérée comme un avantage au seul bénéfice de la société VETUNION.
- 4) Quand bien même il s'agirait d'un avantage, il faudra prendre en compte la contrepartie consentie par la société VETUNION

à savoir les coûts marketing, la mobilisation de son personnel mais encore les négociations avec ses adhérents pour mettre en avant les produits fabriqués par BOURDIER, c'est donc que le service rendu est proportionnel à la contrepartie financière.

Là encore, il est demandé à votre juridiction de rejeter les prétentions de la société BOURDIER.

La société BOURDIER réclame aussi des dommages et intérêts pour l'indemniser d'un prétendu déséquilibre significatif dans ses relations contractuelles.

En premier lieu, nous tenons à apporter une vision des faits tout à fait différente de celle maladroitement exposée par la société BOURDIER. Des retards multiples ont été constatés, et non un seul, cela sur plusieurs lots, et non un seul. Il faut également rappeler que, comme exposé précédemment, la convention est bien valide !

L'article L. 442-6 du code de commerce ne devrait pas recevoir application aux vues de l'espèce et des demandes de la société BOURDIER. Pourquoi ?

Premièrement, car c'est librement que les parties ont stipulé une clause pénale dans la convention qui les liait.

Deuxièmement, la cour d'appel de Paris a indiqué que la clause pénale prévoyant des pénalités significatives ne constitue pas une stipulation caractérisant un déséquilibre significatif en rappelant notamment l'existence de la possibilité de modération octroyée au juge aux termes de l'article 1152, alinéa 2, du code civil. Elle écarte l'application de l'article L. 442-6 au profit de la clause pénale en raison de la spécificité de son régime.

Troisièmement, le montant de la clause pénale n'a été réclamé que partiellement en numéraire – conformément à ce qu'a voulu négocié BOURDIER.

L'application de cette clause répond justement à l'objectif légitime de voir les obligations exécutées. Le déséquilibre significatif suggère une connotation morale liée à la bonne foi contractuelle, aussi BOURDIER ne peut s'engager à exécuter ses obligations contre rémunération puis se désengager en refusant le jeu de la clause pénale sans méconnaître ce principe de bonne foi. Ainsi, le préjudice qu'elle invoque ne saurait être établi uniquement du fait des conséquences de ses propres manquements répétés à ses obligations de résultat.

Enfin, la sanction du déséquilibre significatif est l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur et non la nullité de la clause prétendument litigieuse. Comment peut-on concevoir qu'un contractant manque à ses obligations puis en fasse peser la charge sur son partenaire en invoquant la nullité d'une clause stipulée librement ?

L'application de l'article L. 442-6 du code de commerce ne devrait être retenue par le Tribunal.

Si toutefois l'article L. 442-6 devait être déclaré applicable, on observe une constance dans la jurisprudence pour retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, encore faut-il que la clause présente un caractère unilatéral (2 négociations), systématique (retards systématiques, clause pénale appliquée une seule et unique fois suite à l'exaspération puisque, malgré la clémence de VETUNION, BOURDIER n'a jamais changé de comportement), sans contrepartie (la clause pénale par définition n'en a pas, compte tenu de son

caractère comminatoire et indemnitaire) et disproportionné (retards = manque à gagner, les retards de BOURDIER ont fait peser un risque de pénalité sur VETUNION alors que celle-ci ne recourrait jamais à des pénalités contre BOURDIER, enfin s'agissant de MDD l'image de marque de VETUNION a été largement écornée).

En ce qui concerne la contrepartie, elle est difficile à trouver à une clause pénale puisque celle-ci vise uniquement à sanctionner un manquement dans l'exécution des obligations contractuelles. Le mécanisme des clauses pénales consiste en une stipulation ayant pour objet de faire assurer l'exécution des obligations. VETUNION ne saurait être condamné du seul fait de l'existence d'une clause pénale quand bien même elle lui serait très favorable. Les récentes jurisprudences abondent en ce sens en exhortant à apprécier le déséquilibre significatif eu regard de l'ensemble des droits et obligations des parties à la convention. Ainsi, il est inimaginable qu'une clause pénale puisse bouleverser à ce point et à elle seule l'équilibre entre les parties. Admettre une telle argumentation reviendrait à déclencher la mise à mort de tous les contrats intégrant une clause pénale.

Concernant la systématique dans l'application des pénalités, contrairement aux retards de la société BOURDIER, l'application des pénalités n'a pas été systématique, elle ne s'est produite qu'une seule et unique fois. La seule systématique ici réside dans les retards de la société BOURDIER. Par ailleurs, il faut prendre en compte l'exaspération de VETUNION. VETUNION faisait preuve de la plus grande compréhension en n'appliquant aucune pénalité et donc en supportant la charge des manquements de la société BOURDIER. Or, celle-ci ne changeait aucunement son comportement à l'égard de VETUNION. Malgré l'indulgence de VETUNION, BOURDIER a rendu nécessaire l'application des pénalités en demeurant apathique.

Enfin, la société BOURDIER ne peut, non plus, affirmer sérieusement que les pénalités sont imposées unilatéralement. La clause pénale objet d'une contestation hasardeuse a été négociée non seulement au moment de la conclusion de la convention mais en-

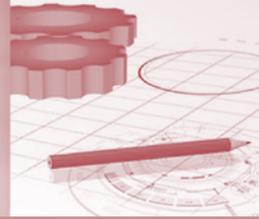
core au moment de son application puisque la société BOURDIER consciente de ses innombrables manquements en a négocié le contenu en demandant la transformation d'une partie du montant des pénalités en opération promotionnelle. Ce que VETUNION a accepté.

Les pénalités dues par BOURDIER sont pour le moins proportionnelles à la gravité du préjudice, cela même si le montant de la clause pénale n'a pas vocation à réparer un préjudice. Ces retards sur plusieurs lots ont entraîné un véritable manque à gagner pour VETUNION. De plus, liée contractuellement avec ses adhérents elle a dû se justifier afin d'éviter de se voir imposer des pénalités qu'elle n'imposait pas de son côté à son fournisseur.

En outre, il est impératif pour une centrale d'achats d'être livrée dans les temps en raison de la demande fluctuante liée au secteur de l'habillement. Un consommateur pourra également aisément substituer les produits saisonniers d'un autre distributeur à ceux de la société VETUNION.

De même, la mobilisation de ressources humaines et techniques pour pallier ce vide constituent autant de facteurs engendrant des coûts supplémentaires pour VETUNION. Il faut rappeler que c'est l'essence même des pénalités que d'être supérieures au préjudice puisqu'elle vise à favoriser l'exécution des obligations d'une partie. Enfin, quand bien même il n'y aurait pas de proportionnalité, le juge dispose d'un pouvoir modérateur au regard des pénalités dont l'usage empêche la qualification de déséquilibre significatif en ramenant le montant des pénalités à une indemnité plus « juste ». Inutile alors d'amputer le contrat de l'une de ses clauses alors que le juge dispose de cette faculté de modération.

Pour toutes ces raisons, il est demandé de rejeter les prétentions de la société BOURDIER fondées sur l'article L. 442-6 du code de commerce, et, partant, l'ensemble des demandes de la société BOURDIER. ■



→ RLC 2541

LIVRES

Droit européen de la concurrence

Nicolas Petit



Ce manuel de droit européen de la concurrence constitue une monographie référencée et complète sur le sujet, en français, qui vient compléter les nombreux ouvrages déjà existant dans ce domaine, mais qui sont le plus souvent en langue anglaise.

Il présente une analyse documentée, notamment sur le plan doctrinal, de tous les aspects du droit européen de la concurrence : sont ainsi exposées les règles applicables aux accords anticoncurrentiels, de nature

horizontale ou verticale (quoique ces derniers sont abordés de manière plus succincte) et aux abus de position dominante, ainsi que les principes de base de l'analyse du contrôle des concentrations. L'ouvrage contient également un chapitre dédié aux règles institutionnelles, où sont notamment exposés les principes qui régissent la répartition des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence et l'articulation entre ces différents organismes au sein du réseau européen de concurrence.

En s'appuyant sur une approche pluridisciplinaire, l'auteur décrit et explique la pratique décisionnelle et, le cas échéant, les outils de *soft law* adoptés par la Commission européenne en se référant aux principales notions juridiques et économiques utilisées dans le cadre de l'analyse concurrentielle. Il revient, lorsque c'est nécessaire, sur l'évolution de la pratique du droit de la concurrence en Europe depuis l'entrée en vigueur du traité de Rome, ainsi que sur la pratique américaine, dans le but d'expliquer les fondements de ce droit qui constitue l'une des bases du marché unique de l'Union européenne. Il s'intéresse également à des questions plus récentes, qui découlent directement de l'évolution du fonctionnement des marchés, pour lesquelles les règles juridiques applicables ne sont pas encore figées. Tel est le cas, par exemple, de la question de la vente par Internet dans le cadre de relations verticales à laquelle l'auteur consacre toute une section. Enfin, la richesse de l'ouvrage repose sur l'effort constant de l'auteur pour exposer les raisons profondes des principaux mécanismes du droit de la concurrence : cette démarche permet ainsi au lecteur de comprendre les principes juridiques, économiques voire, dans certains cas, historiques qui sous-tendent l'analyse des règles qu'il expose, facilitant ainsi leur compréhension.

Le manuel de Nicolas Petit constitue donc un très bon ouvrage de travail en français, entièrement dédié au droit européen de la concurrence. Grâce à son approche transdisciplinaire et pédagogique, il constitue un outil indispensable à tout étudiant qui sou-

haite comprendre la matière de manière approfondie. Les nombreuses analyses de la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence de la Cour, ainsi que celle du droit spécial des accords anticoncurrentiels en font également un ouvrage pertinent pour les praticiens, dans le cadre d'un usage quotidien.

Montchrestien, 2013, 684 pages

Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence

Mourad Medjnah

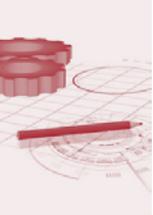


Cette thèse est consacrée à l'étude des relations entre les différentes autorités de régulation des marchés (régulateurs sectoriels ou autorités de concurrence), notamment dans le cadre des industries de réseau. Dans cette perspective, l'auteur s'intéresse essentiellement aux interactions qui existent entre elles aux niveaux national et européen. En étudiant les rôles respectifs de ces institutions ainsi que les modalités de leur coopération, cet ouvrage analyse l'efficacité de la régulation des marchés qui en résulte, sur les secteurs concernés, et les moyens existant pour l'améliorer. Pour ce faire, l'auteur adopte une démarche résolument dynamique : il expose le processus qui devrait conduire, selon lui, à une disparition progressive de la régulation sectorielle au profit d'une simple régulation concurrentielle des marchés. À cette occasion, il analyse le système français de régulation de certains secteurs économiques afin de le positionner dans ce processus.

L'ouvrage est divisé en deux parties. Dans un premier temps, l'auteur analyse les défaillances des relations qui existent, à ce jour, entre les autorités de concurrence et les autorités de régulation sectorielle et leurs conséquences sur l'efficacité de la régulation. Il met ainsi en lumière les limites de la simple coexistence de ces différentes autorités, appelée corégulation. Celles-ci tiennent notamment aux difficultés d'articuler deux corps de règles distincts et à la coopération lacunaire entre chacun des régulateurs. Pour dépasser ces difficultés, des outils ont été développés dans le but de réduire les risques de conflits et de faciliter les relations entre les autorités de concurrence. L'auteur présente ces différentes structures, qui existent tant au niveau horizontal (entre autorités de concurrence et autorités de régulation sectorielle sur le même territoire) que vertical (entre autorités de régulation sur des territoires différents). Il met ainsi en lumière leurs insuffisances, notamment au niveau institutionnel.

Dans un second temps, l'ouvrage analyse la pertinence du maintien de la coexistence des autorités de régulation sectorielle et des autorités de concurrence : il plaide, *in fine*, en faveur d'une intégration progressive des premières au sein des secondes, dans le cadre

(*) Les opinions exprimées sont purement personnelles.



d'une « fusio-régulation ». Ceci permettrait, selon l'auteur, de mettre un terme à la concurrence néfaste existant, à ce jour, entre ces deux types de structure et d'améliorer l'efficacité de la régulation économique de ces marchés où le processus concurrentiel est émergent. À cette occasion, sont notamment analysés les moyens dont disposent d'ores et déjà les autorités de concurrence pour assurer une régulation efficace et efficiente des secteurs concernés, garantissant une régulation uniforme quel que soit le marché visé.

Fruit d'une démarche pluridisciplinaire, l'ouvrage expose une analyse fine du rôle respectif des autorités de régulation sectorielle et des autorités de concurrence, notamment dans les industries de réseau. Dans ce contexte, l'auteur s'appuie sur les théories de l'économie publique et de la capture du régulateur pour mettre en exergue les défaillances de la régulation sectorielle et les risques liés à un interventionnisme excessif des pouvoirs politiques. Ceci vient renforcer la preuve de l'inefficacité de la régulation par des organismes sectoriels, grâce à un éclairage comportemental. En outre, l'analyse globale de l'auteur, tous secteurs régulés confondus, permet de mettre en évidence les incohérences qui résultent de la multiplication des organes de régulation sectorielle. Elle conduit en effet à un morcellement de la régulation et elle pose des problèmes de cohérence au niveau national (contradiction entre les décisions) et international (manque d'unité dans les instances européenne et internationale).

Cette thèse livre donc une analyse à la fois institutionnelle et conceptuelle du rôle de chacun des organismes de régulation, qu'il soit général ou sectoriel, et étudie le système actuel et ses lacunes. Alors que la question de la fusion des régulateurs au sein d'une institution unique est relancée, en raison notamment des contraintes économiques croissantes qui pèsent sur les États, ce travail de recherche expose l'intérêt d'une telle démarche et les conditions requises pour qu'elle garantisse le fonctionnement efficace du marché dans le respect des droits des entreprises. Il permet ainsi d'appréhender le travail restant à accomplir pour aboutir à une « fusio-régulation » acceptable dans les secteurs des industries de réseau.

L'Harmattan, 2013, 889 pages

REVUES

Concentrations

Does merger control work ? A retrospective of US enforcement actions and mergers outcomes

John E. Kwoka Jr., Antitrust Law Journal, n° 3, 2013, p. 619

Ententes

PRATIQUES HORIZONTALES

Avis de grand frais sur les accords (anticoncurrentiels) entre laboratoires princeps et génériques

Emmanuel Diény, Contrats, conc., consom. 2013, Alerte 48

PRATIQUES VERTICALES

Leegin and its progeny: implications for internet commerce

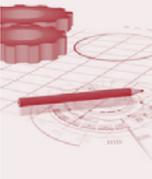
William S. Comanor, The Antitrust Bulletin, vol. 58, n° 1, Spring 2013, p. 107

Six ans après la décision *Leegin*, à l'occasion de laquelle la Cour suprême des États-Unis a mis un terme à l'interdiction *per se* des prix de revente imposés, cet article décrypte la première décision américaine relative à un cas de restrictions verticales à la suite de ce changement d'approche afin d'en dégager des enseignements.

L'article s'organise en deux parties. Dans un premier temps, il rappelle les principes qui sous-tendent le fonctionnement du secteur de la distribution : il présente notamment les conséquences de la modernisation des réseaux de distribution, qui a conduit au développement de la distribution par internet au détriment de la distribution par des magasins en dur. À cette occasion, l'auteur met en avant le rôle que peuvent avoir les distributeurs les plus puissants dans l'organisation des réseaux de distribution et notamment les moyens dont ils disposent pour empêcher de nouveaux concurrents d'accéder au marché. Afin d'explicitier ce mécanisme, il analyse le secteur de la vente de produits pour bébé aux États-Unis et décrit la stratégie mise en place par le leader du secteur pour empêcher l'entrée sur le marché d'opérateurs actifs sur internet, en imposant à ses principaux fournisseurs de mettre en place des prix de revente imposés à tous leurs revendeurs.

Dans un second temps, l'article étudie le comportement de cette entreprise, leader sur le secteur de la vente de produits pour bébés, d'un point de vue concurrentiel, en s'appuyant notamment sur la décision prise par la juridiction américaine lors du contentieux qui a eu lieu dans cette affaire. Ceci donne des indications sur les éléments qui pourraient ou qui sont effectivement pris en compte lors de l'application de la règle de raison dans le cadre de pratiques verticales. L'auteur propose par exemple d'analyser le caractère restrictif de certaines clauses contractuelles par le biais de leur impact sur le volume des ventes : selon lui, dès lors qu'une clause conduit à une baisse du volume total des ventes, elle n'a pas pu être mise en œuvre dans le but de limiter le comportement de passager clandestin de certains distributeurs et de promouvoir les ventes de ses produits. Elle ne peut donc qu'avoir un effet restrictif sur la concurrence. Il rappelle également que de telles clauses ne peuvent avoir un impact réel sur le marché que si elles sont imposées par des entreprises dont les menaces de représailles vis-à-vis des partenaires commerciaux sont suffisamment crédibles.

Alors que la question de l'encadrement des ventes sur internet dans le cadre des réseaux de distribution est toujours débattue en Europe, cet article, qui expose certains éléments de réflexion théorique sur la question, ainsi que la pratique décisionnelle américaine récente, vient enrichir le débat. Il livre en effet des pistes d'analyse intéressantes pour les praticiens confrontés à ce type de clauses contractuelles dans le cadre de réseau de distribution, en identifiant des indices qui permettent d'établir leurs effets sur la concurrence.



Pratiques unilatérales

Are anti-competitive effects necessary for an analysis under article 102?

Lisa Lovdahl Gormsen, *World competition*, 36, n° 2, 2013, p. 223

Sujet désormais classique du droit des pratiques unilatérales, cet article dresse un bilan de l'approche économique de la notion d'abus de position dominante, quatre ans après l'adoption par la Commission européenne de ses lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il revient sur la pratique décisionnelle ainsi que sur les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne depuis cette date, afin d'analyser l'impact concret de la nouvelle approche exposée par la Commission.

Après avoir rappelé, d'un point de vue théorique, les différentes méthodes possibles pour qualifier l'abus d'une entreprise en position dominante sur un marché, l'auteur expose le contenu de l'approche traditionnelle de la cour puis les évolutions suggérées par la Commission européenne à l'occasion de ses lignes directrices. Elle explique ainsi les conséquences de la nouvelle approche de la Commission : en optant pour l'application du test du concurrent aussi efficace, cette dernière s'est engagée dans la voie du renforcement de l'analyse des effets de la pratique, sans toutefois se départir totalement d'une approche fondée sur la seule capacité des agissements en cause à forclure le marché. L'auteur revient ensuite sur la pratique décisionnelle récente de la Commission et sur les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ou du Tribunal. Elle fait le constat de l'approche nuancée des juridictions de contrôle vis-à-vis de la nouvelle approche de la Commission : si la nouvelle grille d'analyse relative aux pratiques purement tarifaires a été validée par les juges de Luxembourg, ces derniers sont restés sourds aux propositions de la Commission concernant les pratiques de rabais proposées par les entreprises en position dominante à leurs clients, au profit d'une position plus conforme à la jurisprudence traditionnelle.

En revenant sur les décisions récentes des juridictions de l'Union en matière de pratiques unilatérales des entreprises en position dominante, l'article expose les principes retenus, dans la pratique récente, par les autorités de contrôle lorsqu'ils ont été confrontés à ce type de comportement. Cette démarche de clarification est d'autant plus pertinente que les lignes directrices ont été reçues différemment par les juges de Luxembourg, selon la catégorie de pratiques concernée. Ce constat rappelle d'ailleurs que, malgré leur prolifération, les lignes directrices adoptées par la Commission européenne en droit de la concurrence ne sont que des outils de *soft law* qui ne peuvent pas, à eux seuls, modifier les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice. Dès lors, si ces lignes directrices veulent véritablement renforcer la sécurité juridique des opérateurs économiques, elles se doivent de refléter fidèlement les textes tels qu'interprétés par la jurisprudence.

Droit processuel et institutionnel

Interaction between leniency programmes and damages actions in antitrust law: perspective for collective redress

Bruno Nascimbene, *World competition*, 36, n° 2, 2013, p. 269

Obstruction of investigation in EU Competition law: issues and developments in the European Commission's approach

Maurits Ter Haar, *World competition*, 36, n° 3, p. 247

Mode d'emploi du dispositif d'injonction et de transaction en matière de pratiques anticoncurrentielles locales et nouvelles règles du jeu

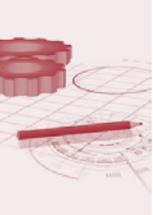
Thomas Picot et Julia Bombardier, *RLDA 2013/81*, n° 4540

À l'occasion du changement récent des règles applicables à la publicité des décisions relatives aux micro-pratiques anticoncurrentielles, cet article revient sur un dispositif relativement méconnu, dans le cadre d'une étude synthétique et pédagogique.

Après avoir rappelé les conditions requises pour recourir à une telle procédure, qui ne peut être mise en œuvre que dans le cadre de marchés locaux, pour des entreprises dont le chiffre d'affaires est limité, les auteurs exposent ses différentes étapes. Ils reviennent à cette occasion sur l'articulation entre les pouvoirs des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, qui sont compétentes pour agir en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles et l'Autorité de la concurrence. L'article met en exergue le principal avantage de cette procédure, caractérisée par le montant très limité des sanctions financières prononcées et par sa grande célérité.

Dans un second temps, les auteurs reviennent sur le changement récemment introduit par la DGCCRF : la publication des décisions adoptées par les DIRECCTE. Ils analysent ses conséquences négatives sur les incitations des entreprises à recourir à cette procédure, liées à la fois à l'impact d'une telle publicité sur les risques d'actions privées, qui sont de nature à augmenter le coût financier des décisions de transaction pour l'entreprise en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles (en facilitant les actions en dommages et intérêts) et à ses effets sur la réputation de l'entreprise concernée.

Cet article rappelle donc les principes applicables aux poursuites en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles, procédure peu connue malgré son intérêt certain, notamment pour les petites et moyennes entreprises. À cette occasion, il met en lumière les difficultés rencontrées par les autorités de contrôle pour trouver un équilibre entre efficacité et célérité des procédures, maintien des situations concurrentielles sur les marchés et diffusion de la culture de la concurrence auprès d'opérateurs souvent peu au fait des contraintes juridiques qui leur sont applicables. Il rappelle ainsi une réalité essentielle en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles, qui s'applique autant aux très grandes entreprises qu'aux PME : au-delà de l'aspect financier, l'une des conséquences les plus graves attachée à une décision de sanction est la perte de réputation des entreprises condamnées.



Études transversales et sectorielles

Les partenariats publics-privés dans les infrastructures de télécommunications à haut et très haut débit : les enjeux concurrentiels

Frédéric Marty, *Rev. économie industrielle*, n° 141, 2013/1, p. 73

En s'appuyant sur une analyse de nature économique, cet article revient sur les exigences qui encadrent l'intervention des pouvoirs publics, et notamment les collectivités locales, dans le financement des infrastructures de télécommunications à haut débit et très haut débit.

Dans une première partie, l'article rappelle l'importance des interventions publiques en matière de financement des réseaux de télécommunications, en France et dans les autres pays européens. À cette occasion, il procède à un état des lieux du cadre législatif applicable, particulièrement favorable à l'intervention des collectivités territoriales, dans le but de favoriser l'initiative privée. L'auteur présente ainsi les enjeux liés à l'intervention de l'État, en particulier le choix du niveau auquel le financement public intervient (financement de la construction des infrastructures, de leur exploitation, financement de la prestation du service...) et le type de contrat qui régit le partenariat entre les pouvoirs publics et les opérateurs. Or, quelle que soit leur forme, l'auteur constate que, pour la plupart, ces interventions financières sont qualifiées d'aides d'État.

La deuxième partie de l'article est donc consacrée à l'analyse des contraintes qu'impose aux pouvoirs publics concernés la qualification de ces contributions financières d'aides d'États. L'auteur revient sur la position de la Commission européenne face à une intervention publique en la matière. Cette dernière y est en effet relativement favorable dans le secteur des infrastructures de télécommunications, dans la mesure où elles constituent à la fois un moyen de mettre un terme aux défaillances de l'initiative privée, en matière d'investissement, et un outil important de la politique d'intégration territoriale de l'Union européenne.

La troisième partie de l'article s'attache à décrire les exigences de la Commission européenne pour qu'une telle intervention des pouvoirs publics dans le financement des infrastructures de télécommunication soit juridiquement possible. À cette occasion, l'auteur expose notamment le raisonnement suivi pour déclarer une aide compatible avec le traité (identification de zones géographiques prioritaires avec un régime spécifique selon le type de zone), sur les contraintes imposées aux pouvoirs publics pour le choix du contractant et sur le rôle des autorités de régulation, qui constituent un acteur indispensable pour optimiser l'intervention publique.

L'article rappelle donc le cadre juridique applicable à l'intervention publique en matière d'infrastructures de télécommunications, mettant ainsi en lumière les contraintes pratiques qui pèsent sur ces derniers, depuis le choix du partenaire privé jusqu'au suivi de la relation contractuelle. Il constate que le contrôle de la Commission européenne sur les financements publics n'a pas échappé à l'approche plus économique du droit de la concurrence, ce qui contribue à améliorer la qualité de l'analyse. Enfin, l'auteur met en lumière l'intérêt de la participation du régulateur à l'élaboration d'une intervention publique dans le cadre des infrastructures de télécommunication et l'importance de la prendre en compte : la régulation sectorielle est en effet de nature à modifier les incita-

tions économiques des opérateurs et, par suite, à impacter l'analyse de la compatibilité d'une aide d'État avec le traité.

Power markets shaped by antitrust

Malgorzata Sadowska et Bert Willems, *European competition journal*, vol. 9, n°1, avr. 2013, p. 131

L'ambivalence des finalités et des instruments techniques du droit de la concurrence

Jean-Pascal Chazal, Thomas Picot et Dina Waked, *Cah. dr. entr.* 2013, Fasc. 3, p. 9

Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ?

Emmanuelle Claudel, *Suppl. RLDA 2013/83*, n° 4654

Fort du constat de l'interventionnisme croissant des autorités de concurrence françaises et européennes dans le secteur de la distribution, l'auteur étudie les moyens dont disposent les autorités de contrôle dans ce secteur et livre une analyse critique de leur efficacité. Pour ce faire, l'article se focalise sur trois types de distribution, particulièrement sensibles pour les consommateurs : la grande distribution, le commerce en ligne et la distribution automobile.

Après avoir dressé un diagnostic des défaillances concurrentielles sur ces trois types de marché, l'auteur constate l'insuffisance du droit de la concurrence pour y remédier. La voie de la régulation s'impose donc. Elle revient alors sur la méthode de régulation choisie par l'Autorité de la concurrence en France : le recours aux avis, le plus souvent d'initiative, à l'occasion desquels l'institution expose ses recommandations à destination des opérateurs et des pouvoirs publics. Cette démarche vise un double objectif : interpellier et, le cas échéant, inciter le législateur à intervenir afin de faire disparaître les obstacles à la concurrence sur ces marchés d'une part ; préconiser un changement de comportement de la part des opérateurs économiques, afin d'améliorer la performance du marché d'autre part.

L'analyse de l'auteur montre toutefois le résultat contrasté de la méthode : si le législateur s'est avéré assez réceptif, ce qui s'est matérialisé par l'adoption de plusieurs lois qui ont repris des suggestions figurant dans des avis de l'Autorité de la concurrence, les opérateurs économiques sont beaucoup plus critiques et n'ont eu de cesse de contester, devant le Conseil d'État, les avis rendus par le régulateur concurrentiel. Quant à la doctrine, elle est, selon l'auteur, davantage circonspecte : au-delà des critiques émises à l'encontre d'une analyse qui serait trop idéalisée (comme par exemple concernant le rôle des « pure players »), certaines recommandations, relatives notamment à l'attribution d'un pouvoir d'injonction structurelle à l'Autorité de la concurrence, ont été vivement discutées.

Cet article, et plus généralement le dossier dans lequel il s'insère, revient donc sur une question récurrente : comment les autorités de concurrence peuvent-elles intervenir pour améliorer le fonctionnement du secteur de la distribution ? Il explique les raisons pour lesquelles les moyens à disposition de l'Autorité de la concurrence s'avèrent, *in fine*, efficaces (ses avis conditionnels sont régulièrement suivis par les pouvoirs publics), ce qui n'est pas sans susciter de nombreuses critiques qui émanent à la fois des opérateurs économiques et de la doctrine, notamment vis-à-vis de la méthode utilisée par l'autorité de régulation concurrentielle. ■

TABLE ANNUELLE CHRONOLOGIQUE DES SOURCES COMMENTÉES EN 2013



http://lamyline.lamy.fr

→ RLC 2542

Le dernier numéro de l'année est l'occasion de regrouper les différents textes et décisions commentés dans la *Revue Lamy de la concurrence* en 2013. Ces textes et décisions ont été regroupés par rubriques, puis, par année et institutions, avec l'indication du numéro du commentaire suivant le découpage ci-après : n^{os} 2184 à 2239 (RLC 2013/34), n^{os} 2251 à 2302 (RLC 2013/35), n^{os} 2323 à 2375 (RLC 2013/36) et n^{os} 2388 à 2428 (RLC 2013/37).

■ CONCENTRATIONS ÉCONOMIQUES

	2013
2011	
Déc. Comm. UE n° COMP/M.5969, 11 févr. 2011, SC Johnson c/ Sara Lee	2186
Déc. Comm. UE n° COMP/M.4180, 28 oct. 2011, Gaz de France c/ Suez.....	2253
2012	
Déc. Comm. UE n° COMP/M.6503, 4 juill. 2012, La Poste c/ Swiss Post	2327
Aut. conc., déc. n° 12-DCC-92, 2 juill. 2012, relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS	2324
Aut. conc., déc. n° 12-DCC-126, 30 août 2012, Gallimard c/ Flammarion	2187
Aut. conc., déc. n° 12-DCC-129, 5 sept. 2012, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SCNF-Participations.....	2188
Aut. conc., déc. n° 12-DCC-154, 7 nov. 2012, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel	2255
Trib. UE, 11 oct. 2012, aff. T-389/12 R, EDF c/ Commission	2185
Trib. UE, 12 déc. 2012, aff. T-332/09, Electrabel c/ Commission	2252
CJUE, 28 juin 2012, aff. C-404/10 P, Commission c/ Éditions Odile Jacob.....	2184
CJUE, 28 juin 2012, aff. C-477/10 P, Commission c/ Agrofert Holding	2184
CJUE, 6 nov. 2012, aff. C-551/10 P, Éditions Odile Jacob c/ Commission	2251
CJUE, 6 nov. 2012, aff. jtes C-553/10 P et C-554/10 P, Commission et Lagardère c/ Éditions Odile Jacob.....	2251
Déc. Comm. UE n° COMP/M.6570, 30 janv. 2013, UPS c/ TNT Express.....	2257
Déc. Comm. UE n° COMP/M.6663, 27 févr. 2013, Ryanair c/ Aer Lingus	2325
Comm. UE, Projet de simplification des règles de l'Union européenne relatives au contrôle des concentrations, 27 mars 2013	2326
Déc. Comm. UE n° COMP/ M.6789, 5 avr. 2013, Bertelsmann / Pearson / Penguin Random House	2391
Déc. Comm. UE n° COMP/M.6722, 12 avr. 2013, FrieslandCampina c/ Zijerveld&Veldhuyzen et Den Hollander.....	2328
Commission Staff Working Document "Towards more effective EU merger control" SWD(2013) 239 final, 25 juin 2013	2389
Aut. conc., déc. n° 13-D-01, 31 janv. 2013, relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard de l'article L. 430-8 du code de commerce	2256
Projet révisé de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 22 févr. 2013.....	2254
Aut. conc., Communiqué de presse télévision payante, 7 juin 2013 et Aut. conc., déc. n° 13-DAG-01, 7 juin 2013	2394
Aut. conc., déc. n° 13-DCC-90, 11 juill. 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon	2393
CE, 24 juin 2013, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt	2392
Trib. UE, 27 mai 2013, aff. T-45/11, Italie c/ Commission .	2390
CJUE, ord., 7 mars 2013, aff. C-551/12, EDF c/ Commission	2323
Royaume-Uni, Competition Commission, Rapp. 6 juin 2013, Group Eurotunnel S.A. and SeaFrance S.A. merger inquiry.....	2329

Les numéros renvoient aux articles de la Revue Lamy de la concurrence

Les numéros renvoient aux articles de la Revue Lamy de la concurrence



■ PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

2012

Aut. conc., avis n° 12-A-20, 18 sept. 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique	2189
Aut. conc., déc. n° 12-D-18, 20 sept. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet	2202
Aut. conc., avis n° 12-D-19, 26 sept. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents	2198
Aut. conc., avis n° 12-A-21, 8 oct. 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange..	2190
Aut. conc., déc. n° 12-D-22, 22 nov. 2012, relative à une saisine présentée à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Pages Jaunes SA	2203
Aut. conc., déc. n° 12-D-23, 12 déc. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma	2259
Aut. conc., déc. n° 12-D-24, 13 déc. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine	2267
Aut. conc., déc. n° 12-D-25, 18 déc. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.....	2258
Aut. conc., déc. n° 12-D-27, 20 déc. 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles.....	2270 et 2272
<hr/>	
Déc. Comm. UE n° COMP/39.736, 18 juin 2012, Siemens c/ Areva	2196 et 2204
Communiqué Comm. UE n° IP/12/704, 27 juin 2012.....	2194
Communiqué Comm. UE n° IP/12/834, 25 juill. 2012.....	2195
Communiqué Comm. UE n° IP/12/835, 31 juill. 2012.....	2195
Communiqué Comm. UE n° IP/12/871, 31 juill. 2012.....	2193
Communiqué Comm. UE n° IP/12/1367, 13 déc. 2012.....	2271
<hr/>	
Trib. UE, 13 sept. 2012, aff. T-119/09, Protégé International c/ Commission, soutenue par Pernod Ricard	2192
Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. T-421/09, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) c/ Commission	2197
Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. T-169/08, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) c/ Commission	2197
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-343/06, Shell Petroleum et a. c/ Commission	2199 et 2201

Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-344/06, Total c/ Commission	2199
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-347/06, Nynäs Petroleum et Nynas Belgium c/ Commission	2199
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-352/06, Dura Vermeer Infra c/ Commission	2199
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-355/06, Koninklijke BAM Groep c/ Commission	2199
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-362/06, Ballast Nedam Infra c/ Commission	2200
<hr/>	
CJUE, 12 juill. 2012, aff. C-138/11, Compass-Datenbank.	2191
CJUE, 6 nov. 2012, aff. C-199/11, Otis et a.	2205
CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-441/11 P, Commission c/ Verhuizingen Coppens NV	2261
CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-457/10 P, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission	2266
CJUE, 13 déc. 2012, aff. C-226/11 P, Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence et a.	2260
CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-445/11 P, Bavaria NV c/ Commission	2262
CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-452/11 P, Heineken Nederland BV, Heineken NV c/ Commission	2262

2013

Aut. conc., déc. n° 13-D-03, 13 févr. 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier	2263
Aut. conc., déc. n° 13-D-06, 28 févr. 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	2268
Aut. conc., avis n° 13-A-11, 29 mars 2013, relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance	2330
Aut. conc., déc. n° 13-D-08, 15 avr. 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'appareillage électrique résidentiel	2339
Aut. conc., déc. n° 13-D-10, 6 mai 2013, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les Messageries lyonnaises de presse (MLP)	2331
Aut. conc., déc. n° 13-D-11, 14 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique.....	2338
Aut. conc., déc. n° 13-D-12, 28 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques	2332 et 2335
Aut. conc., déc. n° 13-D-14, 11 juin 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations entre des vétérinaires et les sociétés protectrices des animaux (SPA) en région Alsace	2405

Aut. conc., déc. n° 13-D-15, 25 juin 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises **2404**

Aut. conc., déc. n° 13-D-16, 27 juin 2013, relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes **2395**

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 31 janv. 2013, n° RG : 2008/23812, Pierre Fabre **2259**

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 16 mai 2013, n° RG : 2012/01227, Kontiki **2337**

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 juin 2013, n° RG : 12/04441, JC Bamford (JCB) **2407**

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 juill. 2013, n° RG : 11/17158 et 11/17161, Odysseum c/ Le Polygone **2399**

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 4 juill. 2013, n° RG : 12/05160, Orange Caraïbe, France Télécom et a. c/ Outremer Télécom **2400 et 2406**

Communiqué Comm. UE n° IP/13/196, 6 mars 2013 **2273**

Communiqué Comm. UE n° IP/13/320, 10 avr. 2013 **2341**

Communiqué Comm. UE n° IP/13/456, 23 mai 2013 **2341**

Trib. UE, 12 avr. 2013, aff. T-442/08, International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) c/ Commission **2333**

Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker c/ Commission **2340**

Trib. UE, 18 juin 2013, aff. T-406/08, Industries chimiques du fluor (ICF) c/ Commission **2398**

CJUE, 22 janv. 2013, aff. C-286/11 P, Commission c/ Tomkins plc **2269**

CJUE, 7 févr. 2013, aff. C-68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c/ Slovenská sporiteľňa a.s. **2264 et 2265**

CJUE, 14 mars 2013, aff. C-32/11, Allianz Hungaria **2336**

CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-652/12, Mindo c/ Commission **2334**

CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, Bundeswettbewerbshörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG et a. **2396**

CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-287/110, Commission c/ Aalberts Industries NV et a. **2398**

CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P, Commission c/ Stichting Administratiekantoor Portielje et Gosselin Group NV **2397 et 2403**

CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-501/11 P, Schindler Holding Ltd et a. c/ Commission **2401**

CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-499/11 P, The Dow Chemical Company et a. c/ Commission **2402**

Projet de loi sur la consommation, 25 mars 2013 **2274**

■ TRANSPARENCE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

2012

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 sept. 2012, n° RG : 11/10263, World Tricot c/ Chanel **2207**

Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-13.527, Bull. civ. IV, n° 71 ... **2208**

Cass. com., 25 sept. 2012, n°s 11-24.425 et 11-24.627, D.. **2209**

Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-22.660, D **2276**

2013

T. com. Évry, 3^e ch., 6 févr. 2013, n° 2009F00727 **2275**

Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-11.709, D **2408**

CJUE, ord., 7 mars 2013, aff. C-343/12, Euronic Belgium CVBA c/ Kamera Express **2343**

Projet de loi AN n° 1015, relatif à la consommation, 2 mai 2013, art. 62, II **2344**

■ AIDES D'ÉTAT

2012

CE, 13 juill. 2012, nos 347073, 347170, 350925, Communauté de communes d'Erdre et de Gesvres, association Les Verts des Pays-de-la-Loire et a. et association ACIPA et a. **2216**

Prop. de régl. du Conseil modifiant le régl. (CE) n° 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, 5 déc. 2012 **2210**

Prop. de régl. du Conseil modifiant le régl. (CE) n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 et le régl. (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, 5 déc. 2012 **2210**

Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. T-154/10, République française c/ Commission **2345**

Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-257/10, Italie c/ Commission **2211**

Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-303/10, Wam Industriale c/ Commission **2211**

Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-139/09, République française c/ Commission **2212 et 2215**

Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-243/09, Fedecom c/ Commission **2212, 2213 et 2214**

CJUE, ord., 15 nov. 2012, aff. C-145/12 P, Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH **2279**

Cour AELE, 11 déc. 2012, aff. E-1/12, Den norske Forleggerforening **2281**

2013

Déc. Comm. UE n° SA.22843, 2 mai 2013, France – Lignes maritimes Marseille-Corse opérées par la SNCM et la CMN **2348**

Déc. Comm. UE n° SA.31006, 2 mai 2013, Belgique – Compensations versées à bpost pour la fourniture de services publics sur la période 2013-2015 **2411**

Trib. UE, 15 janv. 2013, aff. T-182/10, Aiscat c/ Commission **2277**

Trib. UE, 22 janv. 2013, aff. T-308/00 RENV, Salzgitter **2280**

Trib. UE, ord. 14 mai 2013, aff. T-273/11, Régie Networks et NRJ Global c/ Commission **2409**

Trib. UE, 12 sept. 2013, aff. T-347/09, Allemagne c/ Commission **2412 et 2413**

Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. T-325/10, Iliad et a. c/ Commission **2412**

Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. jtes. T-226/09 et T-230/09, British Telecommunications et a. **2415**

CJUE, 24 janv. 2013, aff. C-73/11 P, Frucona Košice c/ Commission **2278**

CJUE, 24 janv. 2013, aff. C-646/11 P, Falles Fagligt Forbund **2281**

CJUE, 21 mars 2013, aff. C-405/11 P, Commission c/ Bucek Automotive **2346**

CJUE, 16 mai 2013, aff. C-615/11 P, Commission c/ Ryanair **2347**

CJUE, 13 juin 2013, aff. jtes. C-630/11 P à C-633/11 P, HGA et a. **2414**

Règl. (UE) n° 734/2013, 22 juill. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE **2410**

Règl. (UE) n° 733/2013, 22 juill. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité CE à certaines catégories d'aides d'État horizontales **2410**

■ CONCURRENCE ET DROIT PUBLIC

2012

Aut. conc., déc. n° 12-D-19, 26 sept. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents **2221**

Aut. conc., déc. n° 12-D-21, 18 oct. 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle **2222**

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 20 déc. 2012, n° RG : 2010/05667 **2284**

CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA00316, Sté TowerCast ... **2287**

CAA Nancy, 2 août 2012, n° 11NC01427, Si Abdallah **2288**

CAA Paris, 18 oct. 2012, n° 11PA02316, Sté Famille Michaud Apiculteur **2219**

CAA Marseille, 6 nov. 2012, n° 10MA03152, Mathéaud .. **2220**

CAA Versailles, 20 nov. 2012, n° 11VE03246, Pathe **2290**

CAA Bordeaux, 27 nov. 2012, n° 11BX03376, SARL Pétrin du papé **2289**

CE, 11 oct. 2012, n° 357193, Sté Casino Guichard-Perrachon **2217**

CE, 11 oct. 2012, n° 346378, Sté ITM Entreprises **2217**

CE, 29 oct. 2012, n° 341173, Commune de Tours **2218**

CE, 10 déc. 2012, n° 355127, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Ludon-Macau-Labarde 2283

CE, 19 déc. 2012, n° 354873, Département de l'Aveyron c/ SARL Labhya **2286**

Cons. const. QPC, 30 nov. 2012, n° 2012-285, M. Christian S. **2285**

2013

TA Rennes, 11 avr. 2013, n° 1203243, Préfet des Côtes-d'Armor **2352**

CAA Lyon, 17 janv. 2013, n° 11LY01501, Sté Réunion 03 **2357**

CAA Bordeaux, 5 févr. 2013, n° 12BX00919, Sté Maroni transport international **2291**

CAA Paris, 7 févr. 2013, n°s 10PA05686 et 11PA02805, Régie autonome des transports parisiens (RATP) **2282**

CAA Marseille, 9 avr. 2013, n° 11MA02622, Commune du Lavandou **2356**

CAA Nantes, 12 avr. 2013, n° 11NT03011, SELARL Radiodiagnostic du Giennois **2355**

CE, 13 mars 2013, n° 338645, M. Molline **2358**

CE, 15 mai 2013, n° 364593, Ville de Paris **2351**

CE, 22 mai 2013, n° 366750, Association syndicale libre des résidences du port de Mandelieu-la-Napoule **2354**

CJUE, 24 janv. 2013, aff. C-186/11 et C-209/11, Stanleybet International Ltd. **2353**

■ DROIT PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE

2012

Aut. conc., déc. n° 12-D-19, 26 sept. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents	2230
Aut. conc., déc. n° 12-D-21, 18 oct. 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle	2230
Aut. conc., déc. n° 12-D-23, 12 déc. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma	2295
<hr/>	
Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, n° 2012-280, Sté Groupe Canal Plus et a.	2234
<hr/>	
Trib. UE, 5 juin 2012, aff. T-214/06, ICI c/ Commission	2224 et 2225
Trib. UE, 27 juin 2012, aff. T-372/10, Bolloré c/ Commission	2226
Trib. UE, 10 juill. 2012, aff. T-304/08, Smurfit c/ Commission	2227
Trib. UE, 13 sept. 2012, aff. T-119/09, Protégé International c/ Commission	2228
Trib. UE, ord., 19 sept. 2012, aff. T-52/12 R, République hellénique c/ Commission	2229
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-343/06, Shell Petroleum et a. c/ Commission	2232
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-347/06, Nynäs Petroleum et Nynas Belgium c/ Commission	2224 et 2233
Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-370/06, Kuwait Petroleum et a. c/ Commission	2231
Trib. UE, ord., 16 nov. 2012, aff. T-345/12 R, Akzo Nobel et a. c/ Commission	2223
Trib. UE, 12 déc. 2012, aff. T-392/09, 1.garantovana c/ Commission	2296
<hr/>	
CJUE, 6 nov. 2012, aff. C-199/11, Otis et a.	2235
CJUE, 22 nov. 2012, aff. C-89/11 P, E.ON Energie c/ Commission	2236
CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-441/11 P, Commission c/ Verhuizingen Coppens.....	2293
CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-452/11 P, Heineken et a. c/ Commission	2295
CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-445/11 P, Bavaria c/ Commission	2295
<hr/>	
CEDH, 6 déc. 2012, aff. 12323/11, Michaud c/ France	2294

Les numéros renvoient aux articles de la Revue Lamy de la concurrence

2013

Aut. conc., déc. n° 13-D-07, 28 févr. 2013, relative à une saisine de la société E-kanopi	2364
Aut. conc., déc. n° 13-D-10, 6 mai 2013, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les Messageries lyonnaises de presse (MLP)	2363
<hr/>	
Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-80.331, P+B	2360
<hr/>	
Trib. UE, 15 janv. 2013, aff. T-182/10, Aiscat c/ Commission	2369
Trib. UE, ord., 19 févr. 2013, aff. jtes T-15/12 et T-16/12, Provincie Groningen et Stichting Het Groninger Landschap c/ Commission	2368
Trib. UE, 7 mars 2013, aff. T-198/09, UOP c/ Commission	2369
Trib. UE, 11 mars 2013, aff. T-462/12 R, Pillington c/ Commission	2365
Trib. UE, 14 mars 2013, aff. T-588/13, Dole Food et Dole Germany c/ Commission	2362
Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR et Parker-Hannifin c/ Commission	2420
Trib. UE, 17 mai 2013, aff. jtes. T-147/09 et T-148/09, Trelleborg Industrie c/ Commission	2420
Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-154/09, Manuli Rubber Industries c/ Commission	2420
<hr/>	
CJUE, 22 janv. 2013, aff. C-286/11 P, Commission c/ Tomkins	2297
CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-617/10, Åklagaren	2359
CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-399/11, Melloni.....	2359
CJUE, ord., 7 mars 2013, aff. C-551/12 P(R), EDF c/ Commission	2366
CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-652/11 P, Mindo c/ Commission	2367
CJUE, 8 mai 2013, aff. C-508/11 P, Eni Spa	2422
CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie et a.....	2419
CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt c/ Schenker & Co. AG et a.....	2418
CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-287/11 P, Commission c/ Aalberts Industries et a.	2421
<hr/>	
Notice explicative en matière d'inspections ordonnées sur le fondement de l'article 20(4) du règlement n° 1/2003, 18 mars 2013	2361

Les numéros renvoient aux articles de la Revue Lamy de la concurrence



<http://lamyline.lamy.fr>

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013 **2419**

■ CONTENTIEUX DES DOMMAGES CONCURRENTIELS

2013

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 mars 2013, n° RG : 09/16817, SAS Prodim et SAS CSF Champion Supermarché France c/ Sté Établissements Segurel **2370**

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 avr. 2013, n° RG : 10/24103, SAS Diapar c/ SAS Carrefour Proximité France, SAS CSF et M. Ch. Richard **2370**

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final, 11 juin 2013 **2423**

■ DÉCISIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE ÉTRANGÈRES

2011

Luxembourg : Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, publiée au Mémorial A n° 218, p. 3756 **2298**

2012

Allemagne : Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), 18 oct. 2012 **2239**

Canada : Loi sur la sécurité des rues et des communautés, promulguée le 13 mars 2012, L.C. 2012, ch. 1 **2237**

Canada : Loi sur la concurrence, en vigueur au 20 novembre 2012, L.R.C., 1985, ch. C-34 **2237**

Danemark : Danish Competition Act, 23 déc. 2012 **2300**

Espagne : Comisión nacional de la competencia, aff. S/0318/10, 15 oct. 2012, Exportacion de sobres..... **2299**

Espagne : Comisión nacional de la competencia, aff. S/0317/10, 21 nov. 2012, Material de archivo **2299**

2013

Australie : Federal Court of Australia, 19 March 2013, [2013] FCA 235, Norcast S. àr. L. v Bradken Ltd (n° 2)..... **2372**

Belgique : Loi portant insertion du livre IV « Protection de la Concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre Ier du Code de droit économique, en date du 3 avril 2013 **2425**

Belgique : Cour d'appel de Bruxelles, 18^e ch., 5 mars 2013, arrêt n° 2011/MR/3 **2371**

Espagne : Proyecto de ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, 8 févr. 2013, n° 121/000037 **2374**

Espagne : Comisión nacional de la competencia, aff. S/0343/11, 15 févr. 2013, Manipulado papel **2299**

États-Unis : Décision Comcast Corp. et a. v. Behrend et a. n° 11-864, 27 mars 2013 **2424**

Nouvelle-Zélande : Commerce (Cartel and Other Matters) Amendment Bill, n° 341-2, reported from the Commerce Committee on 13 May 2013 **2373**

■ RÉGULATION

2012

CE, 22 oct. 2012, n° 332641, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SUPEREC) **2302**

2013

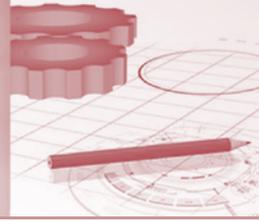
CE, 30 janv. 2013, n°s 362165 et 362774, Sté GDF Suez-Union professionnelle des industries privées du gaz **2302**

CE, 30 janv. 2013, n° 363571, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie **2302**

CE, 15 mai 2013, n° 356054, Société Alternative Leaders France **2427**

CE, 24 juin 2013, n° 360949, Société Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt **2428**

Cons. const. QPC, 5 juill. 2013, n° 2013-331, Société Numéricable SAS et a. (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) **2426**



À SUIVRE

Enquête de l'Autorité de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville

À l'occasion de la présentation de son rapport annuel 2012, l'Autorité de la concurrence a annoncé le lancement d'une consultation publique sur ses conclusions préliminaires issues de l'enquête sectorielle qu'elle avait ouverte dans le do-

main de la distribution du médicament délivré en ville en février 2013. Les parties intéressées avaient jusqu'au 16 septembre 2013 pour réagir aux développements et conclusions exposés dans le document de consultation publique. L'Autorité de

la concurrence a annoncé adopter ses conclusions définitives à la fin de l'année 2013.

À RETENIR

Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général

Le Secrétariat général des affaires européennes a publié, le 8 août 2013, un guide relatif aux SIEG, réalisé au terme d'une large concertation avec les ministères et les tiers intéressés. Ses objectifs : informer de manière détaillée les différents acteurs en définissant les SIEG, en donnant des indications sur leurs modes de gestion et de financement, et en explicitant les règles en matière d'aides d'État, afin que ceux-ci puissent appliquer aux SIEG les règles

européennes et nationales de manière éclairée.

Des remarques et observations sur ce guide peuvent être adressées à l'adresse email suivante : daj-sieg@finances.gouv.fr

Le guide est disponible sur le site Internet du Secrétariat général des affaires européennes : <http://www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/03_Autorites_FR_et_UE/Autres-positions/Guide_SIEG.pdf>

LA PHRASE

« When the draft is approved, the citizens and businesses that have suffered from illegal anti-competitive practices will have more tools to seek redress in national courts. The interaction between public and private enforcement of EU law will also be clearer and smoother. At present, the draft is being discussed by the European Parliament and the Council ».

Joaquín Almunia, vice-président de la Commission européenne chargé de la concurrence, Lithuanian Presidency's European Competition Day, Vilnius, 3 oct. 2013, au sujet de la proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts, n° COM(2013) 404 final, 11 juin 2013

AGENDA

Loi sur la consommation : décryptage des textes et enjeux pour les entreprises

28 novembre 2013 à Paris

Les Matinées-débats de la LJA proposent de décrypter les mesures phares de la réforme introduite par le projet de loi relatif à la consommation, dit projet de loi Hamon. Seront analysées les modifications apportées en matière de droit de la consommation, avec notamment l'introduction de l'action de groupe, ainsi que les modifications portant sur la négociation commerciale. Les trois intervenants seront Me Jean-Christophe Grall, Avocat, Grall & Associés Avocats, Hervé Le Borgne, Vice-président UFC Que Choisir, et Mme Natacha Sauphanor-Brouillaud, Professeur de droit privé à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Vice-doyen de la Faculté de droit et de science politique.

Contact : 0825 08 08 00 ; matineesdebats@lamy.fr

Entretiens européens – Les derniers développements du droit européen de la concurrence

13 décembre 2013 à Bruxelles

Organisés sur des thèmes d'actualité, les Entretiens européens sont destinés à aborder de façon concrète et approfondie les sujets choisis. Ils permettent aux avocats et autres participants d'entretenir un dialogue concret avec de hauts fonctionnaires européens et des spécialistes reconnus. La prochaine conférence aura pour thème « *Les derniers développements du droit européen de la concurrence* » et se déroulera dans les locaux de la Délégation des Barreaux de France, Avenue de la Joyeuse entrée, 1, B-1040 Bruxelles.

Renseignements : <<http://www.dbfbruxelles.eu/entretiens.html>>

Concurrence dans les aéroports

9 janvier 2014 à Paris

Le prochain séminaire Philippe Nasse aura lieu le jeudi 9 janvier 2014 et portera sur la concurrence dans les aéroports. Les intervenants seront Anne Perrot, Cabinet MAPP, et Jérôme Philippe, Avocat, Freshfields Bruckhaus Deringer ; la séance sera animée par Emmanuel Combes, Vice-président de l'Autorité de la concurrence.

Inscriptions par mail à l'adresse suivante : coneco@dgtrésor.gouv.fr ; Site Internet du séminaire : www.tresor.economie.gouv.fr/seminaires-nasse

LE CHIFFRE

5

pour les 5 étoiles décernées, pour la seconde année consécutive, à l'Autorité de la concurrence par la *Global Competition Review*.

Jeudi 28 novembre 2013 (9h00 - 11h30) Paris

MATINÉES-DÉBATS

En partenariat avec :

Revue Lamy de la Concurrence
Revue Lamy Droit des Affaires
Revue Lamy Droit Civil



LES MODIFICATIONS APPORTÉES EN MATIÈRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION

- L'introduction d'une procédure d'action de groupe
- Les actions en « *follow on* » pour les pratiques anticoncurrentielles
- Le renforcement des droits et garanties des consommateurs
- Sanctions : le point sur les nouvelles dispositions applicables de manière transversale à la suite des affaires récentes dans l'agroalimentaire

NÉGOCIATION COMMERCIALE : LA NOUVELLE DONNE

- Les conditions générales de vente : une étape incontournable
- Les clauses de renégociation pour les produits agricoles et ceux issus de leur 1^{ère} transformation
- La formalisation de la négociation commerciale annuelle : comment faire évoluer les futurs plans d'affaires annuels – l'enjeu des contreparties ?
- L'encadrement des délais de paiement, les sanctions encourues en cas de non-respect
- Le formalisme prévu pour les contrats, de sous-traitance notamment - une nouveauté attendue mais critiquée
- Les nouveaux pouvoirs d'injonction et de sanction des agents de la DGCCRF

PÉRIODE TRANSITOIRE, MISE EN CONFORMITÉ : LES ÉCLAIRAGES

Avec les interventions de :

Jean-Christophe GRALL, Associé fondateur, Grall & Associés Avocats

Hervé LE BORGNE, Vice-président UFC-Que Choisir

Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Professeur de droit privé à l'université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines

Les débats seront animés par **CHLOÉ MATHONNIÈRE**, Rédactrice en chef de la Revue Lamy de la Concurrence

Le nombre de places étant limité **réservez** dès aujourd'hui votre place par fax au **01 76 73 48 98**

MODALITÉS D'INSCRIPTION

LOI SUR LA CONSOMMATION
Le décryptage des textes - Les nouveaux enjeux pour les entreprises
Jeudi 28 novembre 2013 - 9h00 - 11h30 - Paris

002640 159

Pour vous inscrire : Merci de retourner ce bulletin et votre règlement à l'ordre de : **WOLTERS KLUWER FRANCE** - Case Postale 410 - 1, rue Eugène et Armand Peugeot 92856 Rueil-Malmaison cedex - E-mail : matineesdebats@lamy.fr - Tél. : **N° Indigo 0 825 08 08 00** - Fax : 01 76 73 48 98

// PARTICIPANT

Mme Mlle M.

Nom :

Prénom :

Fonction :

Service :

Tél. :

Fax :

E-mail :

// SOCIÉTÉ

Numéro de client : | | | | | | | | | |

Raison sociale :

Adresse complète :

Nom & fonction de la personne gérant l'inscription :

Tél. :

Fax :

E-mail :

// FRAIS DE PARTICIPATION ET MODALITÉS

Les frais de participation incluent le petit-déjeuner et le dossier de documentation.

Abonnés à La Lettre des Juristes d'Affaires, la Revue Lamy de la Concurrence, la Revue Lamy Droit des Affaires ou à la Revue Lamy Droit Civil **500 €^{HT}** soit 598 €^{TTC} (TVA 19,6%)

Non abonnés : **570 €^{HT}** soit 681,72 €^{TTC} (TVA 19,6%)

Si vous ne pouvez pas participer à cette rencontre, nous vous rappelons que vous pouvez commander le **DOSSIER DE DOCUMENTATION** remis aux participants.

Je souhaite recevoir ce **DOSSIER DE DOCUMENTATION**. Il me sera adressé à l'issue de la conférence. Tarif : **320 €^{HT}** - 382,72 €^{TTC} (TVA 19,6%)

■ Vous recevrez une confirmation d'inscription et une convention de formation. Une attestation de présence et la facture vous seront adressées à l'issue de la Matinée-débats.

■ **Convention de formation** : numéro de déclaration d'activité N° 11921555992.

Conditions d'annulation : obligatoirement formulée par écrit, l'annulation donnera lieu à un remboursement intégral si elle est reçue 10 jours avant la date de la Matinée débats. Passé ce délai, le montant de l'inscription sera intégralement dû. Les remplacements sont possibles à tout moment.

Conformément à la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée, vous disposez d'un droit d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données vous concernant auprès de **WOLTERS KLUWER FRANCE SAS**. Ces informations sont nécessaires à notre société pour traiter votre demande, elles sont enregistrées dans notre fichier client utilisé par notre groupe et ses filiales, et peuvent donner lieu à l'exercice du droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France service Direction Commerciale - Case Postale 406 - 1, rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison. Si vous ne souhaitez pas que vos coordonnées soient utilisées par nos partenaires à des fins d'information ou de prospection, veuillez cocher la case ci-contre