

LA DÉCISION DU MOIS

Chaque comportement, pris isolément, qui compose l'infraction complexe, n'a pas à être constitutif, en lui-même, d'une infraction distincte.

La Commission a condamné, dans une décision du 21 octobre 2015, l'entente entre plusieurs sociétés sur le marché des lecteurs de disques optiques (LDO). Ces LDO ont notamment vocation à équiper des ordinateurs de bureau et des ordinateurs portables de deux fabricants de produits d'origine. Ces fabricants, leaders sur le marché mondial des ordinateurs personnels, recourent à des procédures d'appel d'offres, toujours à l'échelle mondiale. Dans ce cadre, ils négocient avec des fournisseurs présélectionnés de LDO, par trimestre, sur le prix et le volume d'achats. Selon la Commission, ces fournisseurs de LDO auraient coordonné leurs comportements concurrentiels durant approximativement quatre années. Ils se seraient échangés des informations sensibles, communiqués des stratégies de candidature pour l'obtention des marchés et tenus informés quant à l'issue des résultats des appels d'offres. Cette coordination, effectuée par le biais d'un réseau de contacts bilatéraux parallèles, leur aurait permis d'adapter leurs volumes sur le marché et de s'assurer que les prix fixés ne descendent pas en-deçà d'un certain seuil relevé. Qualifiant ces agissements d'entente, la Commission leur a infligé des amendes d'un montant total de 116 millions d'euro.

Contestant l'existence de l'entente, les participants ont introduit un recours devant le Tribunal en vue d'obtenir, au mieux, l'annulation de la décision ou, à tout le moins, une réduction du montant de l'amende. Le Tribunal n'a, cependant, fait droit à aucune de leurs demandes (TUE, 12 juillet 2019, aff. T-762/15 ; T-763/15 ; T-772/15, LawLex201600002069JBJ ; T-8/16, LawLex201900000928JBJ). C'est sur le recours formé contre ces décisions que se prononce la Cour, par quatre arrêts du même jour, qui font partiellement droit aux demandes des fournisseurs. Elle annule les arrêts du Tribunal

et, partiellement, la décision de la Commission. En effet, la Cour reproche, en substance, au Tribunal d'avoir confirmé la décision de la Commission alors que celle-ci était prise en violation des droits de la défense des requérants. Pour la Cour, la Commission n'a pas suffisamment motivé sa décision par laquelle elle faisait le constat que ces derniers avaient participé à plusieurs infractions distinctes, hormis leur participation à une infraction unique et continue. Il revenait au Tribunal de le relever, ce qu'il n'a pas fait.

Des comportements peuvent être qualifiés d'infraction unique sans qu'il soit nécessaire d'établir leur complémentarité.

La Cour rappelle que si un ensemble de comportements peut être qualifié d'infraction unique et continue selon l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il ne saurait en être déduit que chacun des comportements doit, en lui-même et pris isolément, nécessairement être qualifié d'infraction distincte. Elle précise que la participation à une infraction unique et continue n'implique pas nécessairement la participation directe à l'ensemble des comportements constituant celle-ci, la complicité pouvant résulter d'un mode passif de participation à l'infraction. Elle ajoute que pour qualifier ces différents comportements, il n'y a pas lieu non plus de vérifier s'ils présentent un lien de complémentarité, en ce sens que chacun d'eux serait destiné à faire face à une ou à plusieurs conséquences du jeu normal de la concurrence, et contribuerait, par interaction, à la réalisation de l'ensemble des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs dans le cadre d'un plan global visant un objectif unique. Ce faisant, elle s'inscrit dans la ligne de trois arrêts rendus récemment par le Tribunal (TUE, 30 mars 2022, aff. T-323/17, LawLex202200001868JBJ; T-324/17, LawLex202200001874JBJ; T-334/17, LawLex202200001858JBJ), qui a

estimé qu'en cas d'infraction unique et continue, la preuve de l'infraction n'oblige pas la Commission à démontrer un lien de complémentarité entre les accords et pratiques concernés, dès lors que la notion d'objectif unique implique seulement de vérifier qu'il n'existe pas d'éléments caractérisant les différents comportements susceptibles d'indiquer que des comportements matériellement mis en œuvre ne partagent pas le même objet ou le même effet anticoncurrentiel et ne s'inscrivent pas dans un plan d'ensemble. La Cour souligne également que s'il peut être tenu compte de l'absence de participation par une entreprise à l'ensemble des éléments constitutifs d'une entente ou de son rôle mineur, ce ne peut être que lors de la détermination de l'amende, et non pas de l'appréciation de la gravité de l'infraction. La Cour n'a pas, pour autant, réduit le montant de l'amende, aucun élément dont les parties à l'entente se sont prévalus ni aucun motif d'ordre public ne justifiant qu'elle fasse usage de sa compétence de pleine juridiction dans ce but.

ENTENTES

Cour de justice de l'Union européenne
16 juin 2022

LawLex202200003115JBJ,

LawLex202200003116JBJ,

LawLex202200003114BJ,

LawLex202200003112JBJ

★★★



Le juge doit se placer à la date de la rupture pour apprécier la durée du préavis et ne peut tenir compte du comportement ultérieur du partenaire commercial pour s'en abstenir.

Un fournisseur, en relation commerciale depuis 56 ans avec son distributeur, lui notifie par lettre du 26 septembre 2014 sa décision de ne pas lui proposer de nouveau contrat de distribution à compter du mois d'octobre 2014.

Un délai de préavis initialement prévu de 18 mois a finalement été porté à 30 mois par une seconde lettre du fournisseur en date du 27 octobre 2015.

Mécontent de cette proposition, le distributeur annonce mettre fin à l'exécution du préavis par lettre du 29 octobre 2015 et assigne le fournisseur en réparation des préjudices qui découleraient, selon lui, de la rupture brutale de leur relation commerciale établie.

Devant la cour d'appel, le distributeur faisait valoir que le fournisseur aurait dû lui consentir un préavis d'une durée de 36 mois et une indemnité d'un montant dépassant le demi-million d'euro, eu égard au fait que le délai de préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture.

Les juges parisiens n'ont pas fait droit aux demandes du distributeur. Ils ont estimé que le délai de 18 mois accordé par

le fournisseur était suffisant dès lors que le distributeur avait unilatéralement décidé de mettre fin à ce préavis en rejetant la prorogation proposée par le fournisseur.

Le distributeur se pourvoit en cassation, estimant que la cour d'appel ne pouvait considérer le délai de préavis suffisant en se fondant sur une circonstance postérieure à la notification de la rupture, caractérisée par son refus de l'allongement du préavis proposé dans la seconde lettre du fournisseur.

La Cour de cassation lui donne raison. Dans la droite ligne d'une jurisprudence solidement établie, elle considère que les juges du fond ne pouvaient se fonder sur une circonstance postérieure à la notification de la rupture pour apprécier le caractère raisonnable du préavis (V. déjà, Cass. com., 9 juill. 2013, LawLex201300001090JBJ ; 4 oct. 2016, LawLex201600001642JBJ). La Chambre commerciale reproche surtout à la cour d'appel de ne pas avoir fixé la durée de préavis à laquelle pouvait prétendre le distributeur notamment au regard de l'ancienneté de la relation commerciale.

Deux enseignements peuvent être tirés de cet arrêt. Premièrement, la partie désireuse de rompre ses relations

commerciales avec son partenaire ne peut proroger ultérieurement le délai de préavis qu'elle accorde en premier lieu après avoir notifié son intention de rompre (V. en ce sens, Cass. com., 3 déc. 2002, LawLex20030000492JBJ ; 5 avr. 2018, LawLex201800000569JBJ). Deuxièmement, le manque de coopération d'un partenaire commercial récalcitrant ne permet pas au juge de s'abstenir de fixer la durée du préavis auquel ce dernier aurait droit en application des dispositions du Code de commerce.

Cette décision est critiquable, car la Haute juridiction s'obstine à surprotéger des opérateurs économiques peu coopératifs au détriment de partenaires commerciaux diligents et dissuade toute longanimité.

RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

Cour de cassation
Chambre commerciale
1er juin 2022
LawLex202200003034JBJ



Une intervention juridiquement infondée auprès d'une autorité publique par une entreprise en position dominante peut être constitutive d'abus.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté, le 1er juin 2022, le recours formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 2019, qui avait confirmé la condamnation du laboratoire Janssen-Cilag pour abus de position dominante sur les marchés français du fentanyl en dispositif transdermique commercialisé en ville et à l'hôpital.

Depuis 1998, Janssen-Cilag commercialise sous forme de patch un médicament princeps dénommé « Durogesic », dont le principe actif est le fentanyl. En juillet 2005, le brevet protégeant la formulation sous forme de patch de Durogesic a expiré tandis qu'un autre laboratoire, Ratiopharm, a mis au point un médicament générique concurrent du Durogésic. Inquiet de l'ouverture à la concurrence du marché français du fentanyl, Janssen-Cilag est intervenu auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (l'AFSSAPS) – devenue depuis l'Agence nationale de sécurité du médicament (l'ANSM) – qui délivre les autorisations de mises sur le marché (AMM), en lui présentant des arguments juridiquement infondés afin de la convaincre de refuser l'octroi au niveau national du statut de générique aux spécialités concurrentes de Durogesic, alors même que ce statut avait déjà été octroyé au niveau européen. Bien que retardées, les autorisations demandées par Ratiopharm lui ont finalement été accordées, au grand dam de Janssen-Cilag, qui a dès lors diffusé un discours dénigrant sur les spécialités Ratiopharm

auprès des professionnels de santé. Bien qu'elles revêtent des formes différentes et soient intervenues à des stades distincts, la mise en œuvre de ces deux pratiques, de mars 2008 à août 2009, a constitué, selon l'Autorité de la concurrence (AldC), une infraction complexe, dès lors qu'elles étaient complémentaires et relevaient d'un même plan d'ensemble, dont l'objectif commun consistait dans l'éviction de génériques concurrents, ou à tout le moins la préservation d'une position de marché prédominante du princeps. L'Autorité a dès lors infligé une amende de 25 millions d'euro au producteur du Durogésic et à sa maison mère, ramenée, en appel, à 21 millions d'euro.

En l'espèce, les requérantes faisaient notamment valoir le caractère inédit des pratiques en cause pour en contester la qualification d'abus de position dominante comme la sanction. Mais, selon la Haute juridiction, le caractère inédit d'une pratique anticoncurrentielle, dont les diverses manifestations possibles, compte tenu de leur variété et complexité, ne sont énumérées de façon exhaustive ni dans le droit de l'Union, ni dans le droit interne, n'empêche pas sa sanction, lorsque sa prohibition était raisonnablement prévisible par l'entreprise. Dès lors qu'une décision du Conseil de la concurrence avait qualifié d'abus de position dominante le fait, pour un opérateur économique dans cette situation, d'être intervenu auprès d'une autorité publique afin qu'elle refuse un projet de convention qu'un concurrent négociait avec l'un de ses clients, sans qu'il lui ait été reproché d'avoir communiqué des informations erronées, mais seulement d'avoir exercé des pressions sur les autorités de tutelle de son concurrent, toute entreprise en position dominante est avertie que son intervention dans le processus décisionnel d'une autorité publique peut, en fonction des circonstances de l'espèce, être qualifiée d'abus de position dominante, de sorte que la prohibition d'un tel comportement était raisonnablement prévisible.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Cour de cassation
Chambre commerciale
1er juin 2022
LawLex202200002725JBJ





Le Tribunal de l'Union annule l'amende d'un milliard d'euro infligée à Qualcomm.

Le Tribunal s'est prononcé, le 15 juin dernier, sur la légalité au regard du droit européen de la concurrence, de la décision de la Commission qui a infligé à Qualcomm, fournisseur de composants destinés à équiper smartphones et tablettes, une amende de près d'un milliard d'euro, pour avoir abusé, pendant cinq ans environ, de sa position dominante sur le marché mondial des chipsets compatibles avec la norme Long Term Evolution (LTE). L'abus, selon la Commission, était caractérisé par l'existence d'accords qui prévoyaient l'octroi par Qualcomm de paiements incitatifs à un célèbre fabricant d'équipement d'origine de smartphones et tablettes, Apple, en contrepartie desquels ce dernier s'engageait à s'approvisionner exclusivement auprès de lui pour ses besoins en chipsets LTE. Pour la Commission, ces paiements d'« exclusivité » avaient réduit les incitations du fabricant à se tourner vers des fournisseurs concurrents et étaient donc à même de produire des effets anticoncurrentiels.

Le Tribunal a pourtant annulé la décision de la Commission dans son intégralité, tant sur le plan matériel que sur le plan procédural. S'agissant de l'aspect matériel de la décision, en ce qui concerne plus précisément la capacité des paiements d'exclusivité de produire des effets anticoncurrentiels, le Tribunal considère, d'abord, que la Commission a omis de prendre en considération dans son analyse l'ensemble des circonstances fac-

tuelles pertinentes, en particulier l'absence d'alternative technique ou de calendrier aux chipsets LTE de Qualcomm pour la majeure partie des besoins d'Apple au cours de la période concernée. L'absence de prise en considération de l'ensemble de ces circonstances suffit à entacher sa décision d'illégalité.

Ensuite, le Tribunal estime que l'analyse de la Commission constatant la réduction des incitations d'Apple, en raison des paiements en cause, à se tourner vers les concurrents de Qualcomm en vue de s'approvisionner en chipsets LTE pour certains de ses modèles de tablettes électroniques, pendant une période déterminée, ne suffit pas à établir le caractère anticoncurrentiel desdits paiements pour l'ensemble de ses besoins. D'ailleurs, pour le Tribunal, cette analyse n'est pas suffisamment développée pour aboutir au constat suivant lequel les paiements concernés avaient réellement réduit les incitations du fabricant à se tourner vers les concurrents du fournisseur en vue de s'approvisionner en chipsets LTE pour certains de ses modèles de tablettes électroniques.

En ce qui concerne les irrégularités procédurales, le Tribunal souligne le non-respect des droits de la défense du fournisseur, au stade de la constitution de l'affaire. La Commission n'aurait pas enregistré, sous la forme de son choix, la teneur précise des entretiens qu'elle a réalisés en vue de collecter des informations relatives à l'objet de l'enquête, notamment

dans le cadre de réunions et conférences téléphoniques avec des tiers.

Enfin, le Tribunal rappelle que la communication des griefs visait un abus tant sur le marché des chipsets LTE que des chipsets UMTS (Universal Mobile Telecommunications System). Or, la Commission n'a retenu un abus du fournisseur que sur le marché des chipsets LTE alors que l'analyse économique de ce dernier se fondait sur une étude englobant les deux marchés. Une telle modification des griefs, estime le Tribunal, est de nature à avoir une incidence sur la pertinence des données sur lesquelles se fondait l'analyse du fournisseur. Il aurait donc fallu le mettre en mesure d'adapter son analyse et de l'entendre sur ce point, ce que la Commission n'a pas fait : la violation des droits de la défense du fournisseur est caractérisée.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Tribunal de l'Union européenne

6ème chambre élargie

15 juin 2022

LawLex202200003097JBJ



Les bons résultats du distributeur automobile ne privent pas le concédant de son droit, visé à l'article 1211 du Code civil, de rompre à tout moment le contrat à durée indéterminée qui les lie, sous réserve de respecter un délai de préavis.

Un importateur de véhicules et de pièces de rechange a signé, vers la fin des années 80, des contrats de concession avec un distributeur. Une disposition du dernier contrat en vigueur prévoyait que chacune des parties pourrait y mettre fin à tout moment par lettre recommandée avec accusé de réception, moyennant un préavis de deux ans.

Mi-2015, l'importateur notifie, par lettre recommandée, au distributeur, sa décision de mettre fin au contrat de concession en lui accordant un délai de préavis de trois ans. Presque deux ans plus tard, le distributeur lui reproche de lui avoir accordé un préavis insuffisant, estimant qu'il aurait dû être de quatre ans au minimum. Il lui fait le grief, en outre, d'avoir modifié les conditions contractuelles de façon unilatérale et substantielle, à partir de la notification de son intention de rompre les relations commerciales.

L'importateur contestant les allégations de rupture brutale des relations commerciales du distributeur, ce dernier le fait assigner devant le Tribunal de commerce de Paris, qui le déboute de ses demandes.

Le distributeur forme alors appel en

faisant valoir que la rupture des relations commerciales établies est particulièrement brutale eu égard à l'envoi d'un avenant par l'importateur, quatre mois avant la rupture, lui laissant croire que les relations se poursuivraient encore longtemps, à son état de dépendance résultant de la réalisation de la quasi-totalité du chiffre d'affaires en exécution du contrat de concession, aux très bons résultats enregistrés ainsi qu'aux investissements très importants qu'il a effectués.

La cour d'appel approuve la décision des premiers juges. Elle estime très classiquement que lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sauf à respecter un délai de préavis (Cass. com., 6 mai 2002, LawLex200200004624JBJ) et sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les bons résultats obtenus par le distributeur (V. en ce sens, Paris, 16 janv. 2013, LawLex201300000066JBJ). Cet arrêt marque la première application pratique de l'article 1211 du Code civil qui ne fait, toutefois, que reprendre des solutions prétorienne largement établies.

Par ailleurs, elle considère que l'ave-

nant invoqué n'avait pu entretenir le distributeur dans la croyance légitime que les relations allaient se poursuivre, car il avait été envoyé à l'ensemble des concessionnaires. En outre, la cour relève que l'absence de diversification des activités du distributeur lui est exclusivement imputable, ce dernier n'ayant été tenu par aucune clause d'approvisionnement exclusif. Les juges considèrent notamment que le distributeur ne démontre pas s'être trouvé dans l'impossibilité de se reconverter alors qu'il bénéficiait déjà d'une clientèle et d'une expertise du secteur. Enfin, ils soulignent que les investissements engagés par le distributeur pour sa mise en conformité avec les standards de la marque ne constituent pas des circonstances exceptionnelles de nature à justifier un préavis plus long.

DISTRIBUTION AUTOMOBILE

Cour d'appel de Paris

1er juin 2022

LawLex202200002842JBJ





Ce que les fournisseurs à la tête d'un réseau de distribution sélective doivent changer dans leurs contrats et leurs pratiques suite au nouveau règlement d'exemption.

Le nouveau règlement d'exemption restrictions verticales et ses lignes directrices sont entrés en vigueur le 1er juin 2022. Ils s'appliquent aux accords verticaux, et notamment aux contrats de distribution sélective, conclus après le 1er juin 2022. Les accords antérieurs continuent de bénéficier de l'exemption de l'ancien règlement 330/2010 s'ils satisfaisaient à ses conditions. Les règles de base ne changent pas. Les accords verticaux sont exemptés par catégorie si le fournisseur et le distributeur ont des parts de marché inférieures à 30 % sous réserve que leur accord ne comporte pas de restrictions caractérisées, étant précisé que la part de marché du distributeur n'est pas calculé sur son marché aval (souvent restreint) mais sur le marché amont de ses achats, sur lequel sa part de marché est généralement faible, ce qui permet à de très nombreux contrats de bénéficier en pratique de l'exemption par catégorie. Il est toujours aussi intéressant de pouvoir se prévaloir du bénéfice d'une exemption par catégorie : celle-ci apporte une sécurité juridique, permet de justifier facilement de la licéité de son accord, notamment en cas de recours à la distribution sélective de lutter contre les revendeurs hors réseau, et de faire échec à certaines dispositions nationales contraires au droit européen, comme cela peut par exemple être le cas de la loi Lurel. S'il est vrai que la plupart des accords exemptés sous l'empire de l'ancien règlement le seront également dans le cadre du nouveau, les nouveaux textes offrent aux têtes de réseaux sélectifs des opportunités mais impliquent aussi d'éviter certains comportements.

I. Les opportunités offertes par le nouveau règlement

1. La faculté d'étendre l'interdiction de revente hors réseau aux clients du distributeur sélectif (clause de *pass on*).

La distribution sélective est un système dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les produits ou services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système. La faiblesse de ce système réside dans la difficulté d'empêcher les reventes hors réseau et l'activité des revendeurs hors ré-

seau qui minent sa viabilité. Le nouveau règlement permet de convenir avec ses distributeurs une restriction des ventes actives et passives de leurs clients à des revendeurs non agréés. Il semble qu'il n'y ait pas de restriction au prolongement de cette interdiction tout au long de la chaîne de vente contrairement au *pass on* de la distribution exclusive limité aux clients directs du distributeur.

2. La possibilité en cas de recours à des systèmes de distribution différents en Europe de protéger les distributeurs sélectifs contre les reventes hors réseau en provenance des pays ayant recours à la distribution exclusive ou libre.

Le nouveau règlement offre la possibilité de restreindre les ventes actives ou passives des distributeurs exclusifs ou libres et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les produits ou services contractuels.

3. La possibilité de ne pas désavantager les ventes physiques par rapport aux ventes par internet.

La pratique du double prix ou de la double rémunération devient possible. Les fournisseurs peuvent fixer des prix de gros différents pour les ventes en ligne et hors ligne d'un même distributeur sous réserve que la différence de prix soit liée à des différences de coûts ou d'investissement entre ventes physiques et par internet ; Le principe d'équivalence des conditions est également abandonné : il est possible d'imposer des critères pour la vente en ligne qui ne sont pas identiques à ceux imposés pour la vente dans les magasins physiques, à condition de ne pas empêcher un usage effectif de l'internet. De même, l'interdiction de produits sur les places de marché est réaffirmée, sans restriction aux produits de luxe.

II. Les précautions à prendre

4. Auditer et encadrer les échanges d'informations avec son réseau en cas de distribution duale.

Tout le monde ou presque en distribution sélective fait de la distribution duale sans nécessairement le savoir. La distribution duale consiste pour un fournisseur à vendre ses produits ou services à la fois à ses distributeurs en vue de la revente, et directement à des clients finals ; cela peut se faire par ses propres magasins, ceux de ses filiales, par des ventes directes notamment à certains gros clients (loueurs, flottes, grandes entreprises)

ou par son site internet. Jusqu'à présent la distribution duale était exemptée par catégorie et un seul cas avait donné lieu à une condamnation en Europe, au Danemark, en raison d'échanges d'informations entre une marque et deux de ses distributeurs sur des prix et quantités futurs. Tout en étant consciente que le fonctionnement d'un contrat de distribution et d'un réseau exige des flux continus d'informations, la Commission restreint le bénéfice de l'exemption aux échanges d'informations directement liés à la mise en œuvre de l'accord et nécessaires à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou services contractuels par les parties. Même si le texte du règlement semble en faire des conditions alternatives, la Commission estime que ces deux conditions sont cumulatives. En outre, il faut également éviter que des informations légitimes et donc exemptées n'aillent à une personne qui pourrait en faire un usage anticoncurrentiel, d'où la nécessité de prévoir des séparations fonctionnelles entre les équipes en charge des ventes directes et des relations avec le réseau, de prévoir un encadrement de l'accès à l'information et d'ériger des murailles de Chine. Précisons également qu'en cas de distribution duale et de prestation de services d'intermédiation en ligne au bénéfice de son réseau, les accords de prestation de ces services ne sont pas exemptés par catégorie, ce qui est absurde, mais appelle à une prudence renforcée en ce qui concerne ces accords.

5. Demeurer très vigilant quant aux pratiques de prix imposés.

Les pratiques de prix imposés constituent toujours une restriction caractérisée privant l'accord de l'exemption par catégorie. Une petite avancée est concédée s'agissant des contrats d'exécution (*fulfillment contracts*) par lesquels un acheteur exécute un accord préalable entre le fournisseur et un utilisateur final, mais à condition que l'utilisateur final ait renoncé à son droit de choisir l'entreprise devant exécuter l'accord, ce qui prive en grande partie l'exception de toute portée.