

LA DÉCISION DU MOIS

La Cour de justice confirme la possibilité de sanctionner le *gun jumping* au titre de la violation des obligations de notification et de suspension, mais réduit l'amende, faute de motivation suffisamment claire.

Le 25 février 2015, Altice a notifié à la Commission un projet de concentration dans le secteur des télécommunications. L'opération consistait à prendre le contrôle exclusif de PT Portugal, par l'intermédiaire de l'une de ses filiales. Pour ce faire, Altice avait conclu le 9 décembre 2014, un contrat d'acquisition d'actions ou Share Purchase Agreement (SPA), qui prévoyait un ensemble de clauses préparatoires concernant la gestion des activités de PT Portugal pour la période allant de la signature de l'accord à l'achèvement de l'opération, une fois l'autorisation de la Commission délivrée. Le 20 avril 2015, la Commission a autorisé la concentration, sous réserve de la cession, par Altice, de ses filiales, Cabovisão et ONI. Cependant, en mars 2016, la Commission a ouvert une enquête pour *gun jumping*, à la suite de plusieurs demandes de renseignements - auxquelles Altice avait répondu -, qui portaient sur ses échanges avec PT Portugal, avant l'autorisation de la concentration. Au terme de l'enquête, la Commission a conclu qu'Altice avait eu la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la cible en exerçant un contrôle sur celle-ci avant l'adoption de la décision d'autorisation, et, dans certains cas, avant la notification de la concentration, mettant ainsi en œuvre un *gun jumping*. Selon la Commission, certaines clauses préparatoires du SPA donnaient à Altice un droit de veto sur la désignation des cadres supérieurs de PT Portugal, sur sa politique de tarification, sur les conditions commerciales conclues avec ses clients, ainsi

que sur la capacité de conclure, de résilier ou de modifier un large éventail de contrats. En outre, ces clauses avaient été appliquées à plusieurs reprises, induisant ainsi une intervention d'Altice dans le fonctionnement quotidien de la cible. Enfin, des informations sensibles concernant PT Portugal avaient été échangées avec Altice, à partir de la signature du SPA. Par une décision du 24 avril 2018, la Commission a donc infligé une amende de 124, 5 millions d'euro à Altice, consistant en une amende de 62,25 millions d'euro, au titre de la violation de l'article 7, paragraphe 1, du règlement 139/2004 (violation de l'obligation de suspension par réalisation d'une concentration avant son autorisation) et une seconde amende du même montant, au titre de la violation de son article 4, paragraphe 1 (violation de l'obligation de notification par réalisation d'une concentration avant sa notification).

Toute opération qui contribue à changer durablement le contrôle sur l'entreprise cible doit être considérée comme une réalisation au moins partielle de la concentration, relevant de l'article 4, paragraphe 1, et de l'article 7, paragraphe 1, du règlement 139/2004.

Par la suite, le Tribunal de l'Union, devant lequel Altice avait porté l'affaire, a largement validé la décision de la Commission, mais réduit de 10 % le montant de l'amende infligée pour violation de l'obligation de notification au motif qu'Altice avait, de sa propre initiative, informé la Commission de la concentration, avant la signature du SPA, et qu'elle

lui avait adressé une demande de désignation d'une équipe chargée de traiter le dossier, juste après la signature de celui-ci.

Devant la Cour de justice, Altice protestait en l'espèce contre le caractère redondant des infractions retenues au titre des articles 4, paragraphe 1 et 7, paragraphe 1 du règlement 139/2004, notamment en vertu de la règle *non bis in idem*, et contestait l'existence même d'un *gun jumping*.

S'agissant de la possibilité de sanctionner un *gun jumping* par une application cumulée de ces textes, la Cour énonce que l'article 4 et l'article 7 du règlement 139/2004, même s'ils visent à préserver l'efficacité du contrôle *ex ante* des opérations de concentration, poursuivent des objectifs autonomes. D'abord, s'il existe un lien entre l'article 4, paragraphe 1, et l'article 7, paragraphe 1, car une violation de l'obligation de notifier une concentration avant sa réalisation entraîne automatiquement une violation de l'obligation de ne pas la réaliser avant son autorisation, la réciproque n'est pas vraie puisqu'il est possible de violer l'obligation de suspension de la concentration, même si sa notification a été effectuée. En outre, l'article 4, paragraphe 1, prévoit une obligation de faire, à savoir l'obligation de notifier la concentration avant sa réalisation, tandis que l'article 7, paragraphe 1, prévoit une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire l'obligation de ne pas réaliser la concentration, avant sa notification et son autorisation. La violation de la première obligation constitue de plus une infraction instantanée, tan-



dis que la violation de la seconde s'analyse en une infraction continue. A ce titre, la Cour rappelle qu'elle a déjà écarté une interprétation selon laquelle la Commission ne pourrait sanctionner que la violation de l'article 7, paragraphe 1, dans l'hypothèse d'une concentration réalisée avant sa notification (V. en ce sens, CJUE, 4 mars 2020, C-10/18 P, Marine Harvest). En effet, admettre un tel raisonnement reviendrait à priver la Commission de la possibilité d'établir une distinction, au travers des amendes qu'elle inflige, entre la situation où l'entreprise respecterait l'obligation de notification, mais violerait l'obligation de suspension, et la situation où cette entreprise violerait ces deux obligations et irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le règlement 139/2004, qui est d'assurer un contrôle efficace des concentrations, dans la mesure où la violation de l'obligation de notification ne pourrait jamais faire l'objet d'une sanction spécifique. Par ailleurs, l'article 14, paragraphe 2, du règlement qui habilite la Commission à infliger, par voie de décision, des amendes en raison de la violation, par des entreprises, de l'article 4, paragraphe 1, et de l'article 7, paragraphe 1, en plafonnant le montant de chacune de ces amendes à concurrence de 10 % de leur chiffre d'affaires total, est apte à assurer un contrôle efficace des concentrations de dimension européenne et est nécessaire à cet effet. Dès lors, le prononcé de deux sanctions pour un même comportement de *gun jumping*, par une même autorité et dans une seule et même décision, n'est pas contraire au principe de proportionnalité.

S'agissant de la pratique de *gun jumping* elle-même, la Cour relève que compte tenu des objectifs poursuivis par le règlement 139/2004, de la notion de concentration, au sens de l'article 3, et de l'économie générale du règlement, la réalisation d'une concentration, au sens de l'article 7, a lieu dès que les parties à une concentration mettent en œuvre des opérations contribuant à changer durablement le contrôle sur l'entreprise cible, celui-ci découlant de la possibilité, conférée par des droits, des contrats ou d'autres moyens, d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise. Toute réalisation partielle d'une concentration relève donc du

champ d'application de l'article 7, qui prévoit qu'une concentration ne peut être réalisée, ni avant d'être notifiée, ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun, dès lors que s'il était interdit aux parties de réaliser une concentration au moyen d'une seule opération, mais qu'il leur était loisible de parvenir au même résultat par des opérations partielles successives, cela réduirait l'effet utile de l'interdiction édictée à l'article 7 et mettrait en danger le caractère préalable du contrôle prévu par le règlement et la poursuite des objectifs de celui-ci. En outre, un comportement, même limité dans le temps, peut contribuer à un changement durable de contrôle, dès lors que c'est ce changement, et non les opérations susceptibles d'y contribuer, qui doit être durable pour qu'il y ait concentration. Ainsi, des mesures accessoires et préparatoires ne sont pas, en tant que telles, exclues du champ d'application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement 139/2004. Selon la Cour, une stipulation contractuelle qui met à la charge de la cible une obligation de solliciter l'accord écrit de l'acquéreur sur de nombreuses décisions concernant non seulement ses activités mais aussi ses stratégies commerciales, assortie d'une sanction contractuelle, à savoir un droit à indemnisation, dépasse ce qui est nécessaire pour protéger la valeur de l'entreprise cible, et confère à l'acquéreur la possibilité d'exercer une influence déterminante sur cette dernière. De même, des échanges d'informations antérieurs à la notification d'une concentration et qui ont contribué à sa réalisation, relèvent du champ d'application du règlement 139/2004.

Enfin, Altice affirmait qu'il serait erroné et contradictoire de considérer que la Commission puisse infliger deux amendes distinctes car il s'agirait de deux infractions distinctes, tout en admettant qu'elle apprécie les deux amendes ensemble, en tant que le comportement réprimé serait le même. Altice faisait également valoir une violation de l'obligation de motivation incombant à la Commission lorsqu'elle inflige, par une même décision, deux amendes pour violation des articles 4, paragraphe 1 et 7, paragraphe 1, tout en lui contestant la possibilité de fixer le niveau des amendes au même

montant. En l'occurrence, la Cour accueille partiellement son argumentation.

D'abord, selon la Cour, rien ne s'oppose, en principe, à ce que la Commission procède à une appréciation parallèle des amendes qu'elle inflige pour violation des textes précités, dès lors qu'elle se prononce en même temps, sur la nature, la gravité et la durée des deux infractions. Or, si la Commission a considéré que les deux infractions étaient de nature et de gravité identiques, mais qu'elles étaient différentes en termes de durée, l'une étant une infraction instantanée et l'autre une infraction continue, elle n'a pas expliqué la raison pour laquelle, en dépit de cette différence, elle a prononcé des amendes d'un montant identique. Dès lors, le Tribunal ne pouvait écarter le grief tiré d'une violation de l'obligation de motivation au seul motif qu'en toute logique, il ne peut être fait une comparaison entre la durée d'une infraction continue, et une infraction instantanée, puisque cette dernière n'a pas de durée. Le Tribunal ayant commis des erreurs de droit dans le contrôle de l'amende infligée par la Commission au titre de la violation de l'article 4, paragraphe 1, qui ont pu se répercuter sur l'exercice, par cette juridiction, de sa compétence de pleine juridiction, la Cour estime qu'il y a donc lieu d'annuler partiellement son arrêt. Statuant en vertu de sa compétence de pleine juridiction, et faisant siennes les appréciations de la Commission selon lesquelles l'infraction prévue à l'article 4, paragraphe 1, grave par nature, a été commise, à tout le moins, par négligence, la Cour fixe le montant de l'amende à 52 912 500 euro, au lieu des 62 250 000 euro infligés initialement par la Commission, puis réduits à 56 025 000 euro par le Tribunal de l'Union.

CONCENTRATIONS

Cour de Justice de l'Union européenne

9 novembre 2023

C-746/21 P





Des négociations annuelles avancées pour lutter contre l'inflation.

Une nouvelle réforme de la négociation commerciale, la deuxième pour l'année 2023, vient d'entrer en vigueur. L'objectif de cet énième texte serait de répercuter au plus vite la tendance baissière des cours des matières premières agricoles et énergétiques sur les prix au détail, afin de soulager les consommateurs de la forte pression exercée par l'inflation sur leur pouvoir d'achat. Pour y parvenir, la loi modifie le calendrier des négociations commerciales pour les produits de grande consommation (PGC), afin de permettre une entrée en vigueur anticipée des nouveaux tarifs et garantir aux consommateurs des prix de vente plus attractifs sans attendre le mois de mars 2024.

A l'image du dispositif instauré par la loi Descrozaille du 30 mars 2023 pour les abus de dépendance, l'article 1er, I de la loi prévoit que ses dispositions s'appliquent à toute convention portant sur des PGC commercialisés sur le territoire français conclue entre tout distributeur exerçant une activité de commerce de détail à prédominance alimentaire et tout fournisseur de PGC, et qu'elles présentent un caractère d'ordre public. Pour éviter les tentatives de délocalisation de la négociation, le nouveau texte, comme la loi Descrozaille, prévoit que tout litige portant sur leur application relèvera de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage.

Le texte distingue entre les fournisseurs dont le chiffre d'affaires hors taxe réalisé au cours du dernier exercice clos est inférieur à 350 millions d'euro et ceux dont le chiffre d'affaires est supérieur ou égal à ce seuil. De fait, le législateur a voulu privilégier les plus petites entreprises, en imposant un bouclage anticipé des négociations, afin que l'espace linéaire ne soit pas accaparé par les grandes entreprises.

Pour les premières, la convention écrite devra être conclue au plus tard le 15 janvier 2024 et prendre effet au plus tard le 16 janvier. Les conventions en cours d'exécution, signées avant le 1er septembre 2023 prendront automatiquement fin le 15 janvier 2024. Pour permettre le respect de ces délais, le fournisseur devra communiquer ses CGV au distributeur au plus tard le 21 novembre 2023.

Pour les secondes, la convention écrite devra être conclue au plus tard le 31 janvier 2024 et prendre effet au plus tard le 1er février. Les conventions en cours d'exécution prendront automatiquement fin le 31 janvier 2024. Le fournisseur devra communiquer ses CGV au plus tard le 5 décembre 2023.

Tout manquement à l'obligation de respecter le délai de conclusion de la convention est sanctionné par une amende administrative dont le montant est très sensiblement renforcé, puisqu'il peut atteindre, par infraction constatée, 200 000 euro pour une personne physique et 5 millions d'euro pour une personne morale.

Le manquement à l'obligation de transmission des CGV dans les délais demeure passible de l'amende administrative visée à l'article L. 441-6 du Code de commerce, soit 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale.

En cas d'échec des négociations au 15 ou 31 janvier 2024, les fournisseurs pourront choisir soit de mettre fin à toute relation commerciale avec le distributeur, soit de demander l'application d'un préavis conforme à l'article L. 442-1, II du Code de commerce, ou les parties pourront s'entendre pour saisir le médiateur des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises afin de conclure avant le 15 ou le 29 février 2024 (selon le cas) un accord fixant les conditions d'un préavis tenant notamment compte des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties.

Sont exclus du dispositif, les grossistes ainsi que les distributeurs établis dans les collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, pour les produits commercialisés dans ces collectivités.

NÉGOCIATION COMMERCIALE

Loi 2023-1041 du 17 novembre 2023 portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation
JO 18 novembre 2023



Des demandes d'avoirs en cours d'année ne traduisent pas nécessairement une soumission du fournisseur à un déséquilibre significatif si elles s'accompagnent d'offres de contreparties dès l'entrée en négociation.

A la suite d'une enquête menée sur les conditions de la négociation commerciale dans un contexte de « guerre des prix » entre les différents groupes de distribution, le ministre de l'Économie a constaté qu'une enseigne avait obtenu de certains fournisseurs des avoirs non prévus à l'issue de la négociation annuelle et ne correspondant ni à des règlements de litiges, ni à des remises contractuelles, pour un montant total de plus de 20 millions d'euro. Le ministre a saisi le tribunal de commerce sur le fondement de l'article L. 442-1, I,

2° du Code de commerce et obtenu la restitution des sommes indument versées ainsi que la condamnation du groupe à une amende civile d'un million d'euro (T. com. Paris, 27 avr. 2020, n° 2017020533).

Sur appel de ce dernier, les juges parisiens réduisent légèrement le montant des restitutions. Selon eux, le seul fait, pour un distributeur qui entend profiter de la baisse des prix des matières premières pour réduire les prix à la consommation, de demander des avoirs à ses fournisseurs sans sollicitation pré-

alable de ces derniers, ne suffit pas à caractériser une soumission, si la preuve de l'impossibilité de s'opposer à cette demande et de mettre un terme librement et sans sanction à la négociation n'est pas apportée. Or, la cour souligne que dans certains cas, la demande d'avoirs en cours d'exécution du contrat s'était accompagnée de contreparties qu'elle estime effectives, telles que la diffusion des produits du fournisseur dans de nouveaux réseaux de distribution, l'intégration de nouvelles références, ou la garantie de la poursuite de la



relation sans appel d'offres. Dans d'autres cas, le fournisseur avait pu bénéficier d'une hausse de ses tarifs de 3 % sur des références maintenues au cours d'un exercice et de l'assurance d'une reconduction des relations commerciales avec un maintien des tarifs pour l'année suivante ainsi que d'un accroissement du périmètre du référencement. En revanche, l'existence d'une soumission a été confirmée chaque fois que le distributeur avait demandé des avoirs dénués de contrepartie à son fournisseur, après lui avoir adressé des menaces de déréférencement fondées sur un prétendu manque de rentabilité des produits, auxquelles il avait renoncé après avoir obtenu satisfaction.

Pour autant, l'existence de contreparties réelles, si elle peut exclure la soumission, n'empêche pas le constat

d'un déséquilibre, lorsqu'elles ne sont pas suffisantes pour compenser les avantages obtenus. Il en va ainsi de la seule garantie du maintien de la relation sans appels d'offres lorsqu'elle est accordée en contrepartie de demandes répétées d'avoirs, pour des montants conséquents. De même, le fait que les pratiques n'aient prétendument pas eu d'effet sur les fournisseurs, au vu de leurs résultats positifs et de l'accroissement de leurs ventes, est sans effet sur l'appréciation du déséquilibre significatif.

S'agissant de l'amende civile, la cour écarte l'objection tirée de l'absence de précédent : en effet, l'absence de décision de justice antérieure sanctionnant spécifiquement l'obtention forcée d'une remise tarifaire prenant la forme d'un avoir, ne suffit pas à rendre non prévisible l'in-

fliction d'une amende civile au sens de l'article 7 CEDH. En revanche, le fait que le ministre n'ait réussi à établir l'infraction que pour 4 des quelque 547 fournisseurs prétendument victimes des pratiques, et que les restitutions ordonnées privent la faute de tout caractère lucratif, justifie que le montant de l'amende soit ramené à 600 000 euro.

DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Cour d'appel de Paris

25 octobre 2023

n° 20/15542



Les échanges d'informations au sein de la Centrale de règlement des titres, ainsi que ses conditions d'adhésion, constituent des restrictions de la concurrence par objet.

Saisie de plusieurs recours contre la décision 19-D-25 de l'Autorité de la concurrence (AdlC) qui avait sanctionné diverses pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des titres restaurant, la Cour d'appel de Paris confirme sur le fond l'analyse de l'AdlC, tout en réduisant les amendes infligées à certaines parties à l'entente. Plusieurs pratiques étaient reprochées à la Centrale de règlement des titres (CRT) et aux émetteurs historiques de ces derniers.

Tous les mois, la CRT, qui constituait, à l'époque des faits, le guichet unique pour le traitement physique des titres papier et le remboursement des affiliés, communiquait à ses membres le nombre de titres traités pour chacun d'eux, information qui leur permettait corrélativement de connaître leurs parts de marché respectives. En effet, selon l'AdlC, cet échange d'informations sur la face acceptation du marché permettait, en raison de la symétrie des deux faces, de connaître le nombre de titres préalablement émis et vendus par chaque concurrent et donc leurs parts de marché respectives. Les requérantes estimaient que la diffusion de ces informations par la CRT ne caractérisait en aucun cas une pratique concertée et contestaient, en outre, le caractère stratégique de ces informations et leur influence sur leur comportement. Se fondant sur la jurisprudence européenne, la cour rappelle les principes appli-

cables à la qualification de pratique concertée et d'échanges d'informations anticoncurrentiels.

Une pratique concertée constitue une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. L'échange d'informations entre concurrents est jugé contraire aux règles de concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause, avec comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises (V. not. CJCE, 3e ch., 4 juin 2009, n° C-8/08), qui est appréciée compte tenu des caractéristiques du marché, de l'échange et des informations échangées. Par ailleurs, la pratique concertée suppose, outre une concertation entre entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à celle-ci et un lien de cause à effet, conditions, qui selon les requérantes, n'étaient pas remplies en l'espèce. La cour retient tout d'abord que la diffusion par la CRT des informations sur le nombre de titres traités au cours du mois précédent pour le compte de chaque émetteur historique, ainsi que leurs parts de marché respectives, dès lors que cet échange suppose, en raison du caractère confidentiel des informations, un accord au moins tacite entre les émetteurs, à la fois en tant que concurrents directs et membres

de cet organisme. Elle se fonde ensuite sur la jurisprudence qui pose une présomption d'utilisation des informations échangées. En effet, la preuve de l'utilisation concrète des informations échangées par les entreprises pour déterminer leur comportement sur le marché n'est pas nécessaire lorsqu'il y a concertation et maintien de l'entreprise sur le marché. En l'espèce, la cour considère donc que la participation régulière des opérateurs historiques aux échanges d'information par l'intermédiaire de la CRT et le fait qu'ils soient restés actifs sur le marché concerné, laisse présumer qu'ils ont tenu compte de ces informations pour déterminer leur comportement sur ce dernier.

Pour renverser cette présomption, les requérantes mettaient en cause la nature des informations échangées, en avançant que le fait que ces informations étaient passées et dépourvues de nature stratégique ne permettait pas d'en tenir compte pour déterminer leur comportement sur le marché et substituer sciemment une coopération pratique entre eux aux risques de la concurrence. La cour écarte cet argument et retient au contraire qu'en dépit de leur caractère passé, la mise en commun de certaines informations, en particulier sur une base régulière et une longue période, peut être de nature à atténuer le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché, à influencer le comportement



des concurrents et à diminuer leur autonomie de décision. En outre les données ne présentaient pas un caractère historique du seul fait qu'il existait un décalage de quelques mois entre la date où les titres-restaurant étaient négociés et celle où ils étaient traités, dès lors que ce délai demeurait largement inférieur à la fréquence annuelle, voire pluri-annuelle, de fixation de leurs tarifs par les émetteurs. La cour considère par ailleurs que la nature stratégique des informations n'est pas remise en cause par l'absence de désagrégation des informations échangées par segments de clientèle, dès lors que la possibilité, grâce à ces échanges, de réaliser une surveillance de la position globale de chaque opérateur historique et, le cas échéant, de réagir à une stratégie tarifaire agressive était de nature à les dissuader d'adopter un tel comportement sur le marché et à réduire leur autonomie commerciale. De plus, l'échange avait lieu sur un marché oligopolistique très concentré où seuls étaient présents, durant la période infractionnelle, les quatre émetteurs historiques dont la position n'avait pas été remise en cause et qui n'avaient pas été menacés par l'arrivée de quatre nouveaux émetteurs. La structure du marché favorisait donc la coordination des entreprises qui y étaient actives. Aussi la cour qualifie-t-elle de restriction par objet les échanges d'informations sur un marché oligopolistique fortement concentré entre les principaux offreurs de titres restaurant, à un rythme rapproché et pendant plusieurs années qui ont par là-même restreint de manière sensible la concurrence y subsistant et aggravé la situation du marché à l'égard du jeu de la concurrence.

Il était par ailleurs reproché aux émetteurs historiques, ainsi qu'à la CRT, de s'être entendus pour verrouiller le marché des titres restaurant, au moyen de dispositions statutaires, réglementaires et protocolaires de cet organisme commun. L'AdlC a en effet estimé que les conditions d'adhésion au groupement, fixées par ses statuts et son règlement intérieur, n'étaient ni objectives, ni transparentes, qu'il s'agisse de la présentation d'un candidat à l'adhésion par un membre sociétaire ou de son agrément par le conseil d'administration. La cour confirme cette analyse et retient que les conditions d'adhésion sont dépourvues

d'objectivité, discriminatoires et non transparentes dès lors qu'elles exigent que les candidats soient présentés par un membre sociétaire, ne précisent pas les modalités de la prise de décision, lui réservent la liberté d'appliquer un droit d'entrée dont le montant est laissé à son appréciation et que les décisions finales, qui n'ont pas à être motivées, sont insusceptibles de recours. Elles sont ainsi de nature à limiter l'accès au marché dans la mesure où l'adhésion à cette association constitue un avantage déterminant pour un nouvel entrant disposant d'une faible part de marché pour accéder à celui-ci, même s'il n'est pas indispensable. Elles apportent en outre une restriction supplémentaire à la concurrence faussée par des échanges d'informations en verrouillant un marché oligopolistique fortement concentré.

Les émetteurs historiques s'étaient, également, engagés, pour une durée indéterminée, sous peine de sanctions, d'une part, à confier à la CRT le traitement de tous les titres qu'ils émettent (clause d'exclusivité) et, d'autre part, à ne pas développer de système d'acceptation des TR dématérialisés en dehors de cet organisme commun (clause d'interdiction). La cour considère que si ces clauses peuvent être considérées, ainsi que le prétendent les émetteurs, comme poursuivant un objectif légitime de protection de leurs investissements et de lutte contre le parasitisme, en rapport avec leur décision de développer au sein de la CRT une plateforme monétique d'acceptation en France des titres dématérialisés, elles poursuivent également un autre objectif, non légitime, qui consiste à dissuader les émetteurs de se faire concurrence par l'innovation, en se lançant individuellement dans l'émission de titres dématérialisés, dont le traitement serait assuré grâce au développement de leur propre plateforme, sans attendre la réalisation effective du projet au sein de la CRT. Dès lors, selon la cour, eu égard à leur teneur, à leur objectif de limitation de la concurrence par l'innovation et au contexte économique et juridique dans lequel elles s'insèrent, ces clauses présentent un degré suffisant de nocivité pour la concurrence, pour être qualifiées de restriction par objet. Les juges parisiens écartent ensuite la thèse des requérantes selon laquelle ces clauses constitueraient des restric-

tions accessoires. Aucune de ces clauses n'est, en effet, nécessaire et proportionnée à la prétendue opération principale de création d'une plateforme commune d'acceptation des titres dématérialisés. Elles ne sont pas non plus indispensables au fonctionnement de la CRT puisque celle-ci a survécu, pendant plusieurs années, à leur suppression.

Enfin, les requérantes soutenaient que l'AdlC aurait dû retenir l'existence d'une infraction unique, complexe et continue, et non deux infractions distinctes, et infliger en conséquence une seule et même sanction pécuniaire. La cour rappelle que la qualification d'infraction complexe suppose l'existence d'un plan d'ensemble, ainsi que des liens de complémentarité entre des accords ou des pratiques concertées qui poursuivent la réalisation d'un objectif anticoncurrentiel unique. Or, en l'espèce, si ces pratiques reposent sur le même fondement juridique et concernent le même marché, leur objet, leur forme et leurs modalités diffèrent substantiellement. Le premier grief concerne une pratique concertée d'échanges d'informations, diffusées par la CRT, tandis que le second grief vise un accord, formalisé dans des actes institutionnels, portant sur les conditions d'adhésion à la CRT et le développement des titres dématérialisés. Les participants aux pratiques diffèrent sensiblement selon le grief et les périodes infractionnelles sont différentes. En outre, selon une jurisprudence constante, plusieurs sanctions peuvent être infligées à une entreprise ayant commis plusieurs infractions, en déterminant chacune d'elles en fonction des critères prévus par le Code de commerce dans le respect du maximum légal applicable. Aussi l'AdlC n'était-elle aucunement tenue d'infliger une seule sanction au titre des pratiques faisant l'objet des deux griefs.

ENTENTES

Cour d'appel de Paris
16 novembre 2023
n° 20/03434





Une victime d'un dommage imputable à un médicament défectueux peut demander la réparation de son préjudice en invoquant, soit le défaut du produit, soit une faute du producteur.

Par quatre arrêts rendus, le 15 novembre 2023, dans la célèbre affaire du Mediator, la Cour de cassation a reconnu la possibilité à des victimes présentant des lésions cardiaques du fait de la prise de Mediator, d'agir sur le fondement de la responsabilité pour faute, alors qu'elles étaient forcloses dans leur action en responsabilité du fait des produits défectueux.

En l'espèce, la Cour d'appel de Versailles avait considéré que l'action exercée par la victime sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux était prescrite car son assignation en justice avait été délivrée plus de trois ans après la connaissance de son dommage, acquise à la date de l'avis de l'ONIAM. En outre, selon les juges du fond, la responsabilité délictuelle pour faute du producteur ne pouvait se substituer au régime de la responsabilité du fait des produits défectueux, dès lors que la faute reprochée au laboratoire, prise d'un manquement au devoir de vigilance et de surveillance du fait de la commercialisation d'un médicament dont il connaissait les risques ou de son absence de retrait du marché français contrairement à d'autres pays européens, n'était pas distincte du défaut de sécurité du médicament.

L'articulation de la responsabilité du fait des produits défectueux avec d'autres régimes de responsabilité est régie par l'article 13 de la directive 85-374 et l'article 1245-17, alinéa 1er du Code civil, qui prévoient que la victime d'un dommage résultant d'un produit défectueux peut se prévaloir des droits qu'elle tire du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou d'un régime spécial de responsabilité. Selon la Cour de justice, cette faculté doit s'interpréter restrictivement, en ce sens que la référence, à l'article 13 de la directive, aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle doit être interprétée comme la faculté d'appliquer des régimes de responsabilité qui reposent sur des

fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute (CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52-00). S'alignant sur le juge européen, la Cour de cassation retient donc que le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux exclut l'application de régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de droit commun fondés sur le défaut d'un produit (telle par exemple la responsabilité du fait des choses), à l'exception de la responsabilité pour faute et de la garantie des vices cachés. La Haute juridiction a également considéré que la victime qui n'établit pas l'existence d'une faute distincte du défaut de sécurité du produit concerné, ne peut fonder son action que sur les articles 1245 et suivants du Code civil (Cass. 1re civ., 17 mars 2016, n° 13-18.876). Mais la distinction, mal-aisée, entre le défaut de sécurité du produit et la faute du producteur en cas d'atteinte à la sécurité a conduit les juges du fond à assimiler la faute au défaut de sécurité, fondant l'application de la seule responsabilité du fait des produits défectueux, et excluant par là-même, toute action sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. La solution rendue par la Cour d'appel de Versailles s'inscrit dans cette tendance jurisprudentielle, consistant à apprécier restrictivement la faute du producteur. Pour peu que l'action en responsabilité du fait des produits défectueux ait été déclarée prescrite, faute d'avoir été intentée dans les trois ans à compter de la consolidation du dommage corporel et dans la limite de dix ans à partir de la mise en circulation du produit, la victime d'un dommage imputé à un produit défectueux était en pratique privée de toute réparation, alors qu'elle aurait disposé de dix années à compter de la consolidation de son dommage pour agir sur le fondement de l'article 1240, si la faute du producteur n'avait pas été écartée.

Par un arrêt du 14 novembre 2018, n° 17-23.668, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait déjà énoncé qu'une cour d'appel ne peut retenir l'application exclusive à

un litige du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux et déclarer prescrite l'action mise en oeuvre sur ce fondement, sans rechercher si la garantie des vices cachés ou la responsabilité extracontractuelle pour faute, invoquées par la victime, n'étaient pas applicables. Sous-tendu par la volonté de la première Chambre civile de favoriser le droit à réparation des victimes dont l'action en responsabilité du fait des produits défectueux est prescrite, l'arrêt commenté va plus loin en énonçant, par un attendu de portée très générale, que « la victime d'un dommage imputé à un produit défectueux peut agir en responsabilité contre le producteur sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, si elle établit que son dommage résulte d'une faute commise par le producteur, telle qu'un maintien en circulation du produit dont il connaît le défaut ou encore un manquement à son devoir de vigilance quant aux risques présentés par le produit ». L'arrêt commenté intervient à propos d'un médicament défectueux, dans la très médiatique affaire du Mediator, alors que les victimes étaient toutes forcloses dans leur action sur le fondement des articles 1245 et suivants. Toutefois, même si l'intention de la Haute juridiction est louable, l'articulation entre les différents régimes de responsabilité de droit commun et la responsabilité du fait des produits repose sur un équilibre fragile et précaire. Dès lors, il est à craindre que par un effet de vases communicants, le recours à la responsabilité pour faute, s'il venait à être privilégié par les victimes, ne vide de sa substance le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux.

RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS DÉFECTUEUX

Cour de cassation
1re chambre civile
15 novembre 2023
n° 22-21.174, 22-21.178,
22-21.179 et 22-21.180





Les défauts persistants du droit de la rupture de relations commerciales établies

Le droit de la rupture de relations commerciales établies a été réformé en profondeur par l'ordonnance EGalim 1 du 24 avril 2019. Celle-ci a mis fin à l'octroi de préavis excessivement longs pouvant aller jusqu'à 24 ou 36 mois en instituant une exonération complète de responsabilité en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois (pour une application, V. Lyon, 4 mai 2022, n° 21/00336), la nouvelle règle s'appliquant aux résiliations prononcées après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019 (Paris, 27 nov. 2019, n° 17/18305 ; 2 déc. 2021, n° 17/15348). La jurisprudence a également corrigé certaines incohérences de son application, notamment en reconnaissant que l'octroi d'un préavis n'excluait pas la faute grave et en initiant un mouvement de baisse de la durée des préavis ou encore en substituant la sanction de l'incompétence à l'irrecevabilité pour défaut de pouvoir en cas de saisine d'une juridiction non spécialisée (Cass. com., 18 oct. 2023, n° 21-15.378). Il n'en demeure pas moins que le texte continue de soulever d'importantes difficultés d'application et mériterait d'être appliqué de façon plus raisonnable dans certains cas.

1. L'insécurité juridique liée au caractère aléatoire de la précarisation en cas d'appels d'offres.

Le recours à des appels d'offres est tantôt considéré comme de nature à « conférer à la relation commerciale, quelle que soit sa durée, une précarité exclusive de toute rupture brutale » (Paris, 15 avr. 2021, n° 18/15899 ; 12 avr. 2023, n° 21/03607) ou au contraire comme insuffisant « pour annuler le caractère établi d'une relation commerciale » (Paris, 25 juin 2020, n° 18/00121 ; 27 janv. 2023, n° 20/11912 ; 10 mars 2023, n° 22/00564). Outre ces divergences, la prise en considération des appels d'offres pour précariser une relation peut présenter des effets pervers. Elle est de nature à priver l'entreprise dépendante de son partenaire de tout préavis effectif dans l'attente du

résultat de l'appel d'offres ou à permettre à la partie forte de contourner la loi en multipliant artificiellement les appels d'offres dans le seul but de précariser la relation.

2. L'incertitude persistante quant à la marge à prendre en considération pour indemniser un préavis insuffisant.

Même si la Cour d'appel de Paris a publié en 2020 deux notes détaillées en faveur de la prise en compte de la marge sur coûts variables (fiches n° 6 et n° 13, avril 2020), et que la majorité des décisions font désormais référence à la marge sur coûts variables (Paris, 1er sept. 2021, n° 19/13714 ; 8 sept. 2021, n° 20/00883 et n° 20/09996 ; 26 janv. 2022, n° 20/08372 ; 9 févr. 2022, n° 20/08333 ; 15 juin 2022, n° 20/07458), force est de constater que certaines juridictions continuent de recourir à la marge brute (Paris, 21 janv. 2021, n° 19/11710 ; 10 févr. 2022, n° 19/00728 ; 30 juin 2022, n° 19/21143). De façon plus positive, même si elle emploie une terminologie pouvant prêter à confusion, la Cour de cassation a approuvé récemment une méthode de calcul de la marge sur coûts variables et admet même une marge sur coûts non supportés à la fois fixes et variables (Cass. com., 28 juin 2023, n° 21-16.940). Il conviendrait de retenir définitivement la notion de marge sur coûts évités en déduisant tous les coûts variables et fixes non supportés pendant le préavis.

3. L'appréciation inéquitable du préjudice subi à la date de la résiliation sans tenir compte d'événements postérieurs.

La Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris analysent la rupture des relations commerciales au jour où elle survient sans égard aux éléments postérieurs alors qu'en réalité, en raison de sa reconversion rapide, l'entreprise résiliée avec un préavis jugé trop bref peut n'avoir subi aucun préjudice (Paris, 22 févr. 2023, n° 20/17375 ; 1er mars 2023, n° 21/06082 ; Cass. com., 17 mai 2023, n° 21-24.809 ; Paris, 17 mai

2023, n° 22/13861 ; 4 juill. 2023, n° 22/11351). Une telle approche conduit à indemniser des entreprises qui n'ont subi aucun dommage alors que l'article L. 442-1, II du Code de commerce est fondé sur la responsabilité et l'obligation de « réparer le préjudice subi » par la rupture brutale de la relation. La jurisprudence consistant à réparer un préjudice inexistant va clairement à l'encontre du texte même de la loi.

4. La limite des 18 mois devrait constituer un plafond et non une exemption de responsabilité.

L'article L. 442-1, II, alinéa 2, du Code de commerce dispose qu'en cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du grief d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois. A contrario, si ce préavis n'a pas été accordé et si au regard notamment d'une très longue durée de relations l'on devait estimer qu'un préavis de 36 mois (au lieu par exemple de 12 mois) aurait dû être accordé, faut-il considérer que le préavis est insuffisant à hauteur de 24 mois ? Ces situations sont génératrices d'insécurité juridique et conduisent à accorder systématiquement un préavis de 18 mois alors qu'un préavis plus court serait suffisant. Il serait donc logique de préciser que le délai de 18 mois constitue un plafond en mettant fin aux divergences d'interprétation auxquelles peut donner lieu la rédaction sibylline du texte actuel.

Il conviendrait de corriger au plus vite ces quatre défauts persistants du droit de la rupture de relations commerciales afin d'en permettre une application à la fois plus efficiente et plus équitable.