



RAPPORT DE Mme POILLOT-PERUZZETTO, CONSEILLÈRE

**Arrêt n° 494 du 2 septembre 2020 – Chambre commerciale,
financière et économique**

Pourvoi n°18-18.501

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 17 mai 2018

La société Umicore France

C/

La présidente de l'Autorité de la concurrence

Rapport commun aux pourvois H1818501, P1819933, et V1818582
**comportant une proposition de non admission sur la première branche du quatrième
moyen du pourvoi H1818501**

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Umicore est la société mère, établie en Belgique, d'un groupe mondial de sociétés spécialisées dans la technologie des matériaux, notamment du zinc et comportant une branche d'activité sur les métaux de performance au sein de laquelle se trouve l'unité de production des produits de construction en zinc ;

Sa filiale en France, la société Umicore France, a transféré, postérieurement aux pratiques reprochées, la branche d'activité "produits de construction" à la société Umicore Buildign Products France (la société UBPF) et est devenue une holding ;

Sur le marché des produits en zinc, le groupe Umicore est essentiellement en concurrence avec un groupe allemand dénommé Rheinzink ; ces deux groupes fabriquent en France des produits à partir de leur propre production de zinc laminé ;

Les produits en zinc destinés à la construction sont essentiellement distribués par des négociants soit généralistes, soit spécialisés dans les produits de sanitaire-chauffage, soit spécialisés dans la couverture ;

En 1992, la société Umicore France a mis en place, pour la vente des produits de marque VM Zinc, un réseau de distributeurs sur la base de points de ventes agréés, dénommés "Centres VM Zinc", par des critères qualitatifs fixés dans un contrat de collaboration technique et commerciale, en refusant, en principe, l'approvisionnement direct des centres non agréés ou en l'acceptant mais à des conditions moins favorables ;

Un grand nombre de ces centres sont exploités sous les enseignes Larivière et Asturienne qui sont les deux principaux distributeurs de produits de zinc en France ;

A la suite d'une enquête de la DGCCRF, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment ; le 12 mars 2014, deux griefs d'entente sur le fondement des articles L.420-1 du code de commerce et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et deux griefs d'abus de position dominante, sur le fondement des articles L.420-2 du code de commerce et 102 TFUE, ont été notifiés notamment aux sociétés Umicore France, Umicore et UBPF ;

Il était reproché aux trois sociétés :

- des pratiques d'accords exclusifs mises en œuvre à compter de 1999
 - . ayant eu pour effet de fausser la concurrence sur le marché des produits de couverture en zinc et des produits d'évacuation des eaux pluviales (les produits EEP) en zinc, caractérisant des ententes,
 - . ayant tendu à évincer les concurrents sur ce même marché, caractérisant un abus de position dominante,
- des pratiques de blocage des importations par les distributeurs situés dans d'autres états membres de produits VM Zinc à destination de la France de mai 2002 à février 2008 ayant eu pour objet ou effet de renforcer le cloisonnement territorial, caractérisant une entente et un abus de position dominante.

Par une décision du 23 juin 2016, l'Autorité de concurrence (l'Autorité) a

- retenu deux marchés pertinents : les produits de couverture en zinc, les produits EEP en zinc,
- retenu la position dominante de la société Umicore France sur ces deux marchés,
- écarté le grief d'entente pour approvisionnement exclusif et d'entente et abus de position dominante pour les pratiques de blocage des importations,
- conclu que les pratiques d'obligation d'achat exclusif liant les centres VM Zinc, les enseignes Asturienne et Point P du groupe point P-Saint Godain et l'enseigne Larivière ont tendu à évincer abusivement les concurrents du marché des produits de couverture en zinc et du marché des produits EEP, caractérisent un abus de position dominante,
- infligé, sur le fondement du communiqué sanctions du 16 mai 2011 solidairement aux sociétés Umicore France, en qualité d'auteure, et Umicore, en qualité de mère, une sanction pécuniaire d'un montant de 69 243 000 euros.

Sur recours des décisions Umicore et Umicore France (les sociétés Umicore), la cour d'appel de Paris, par un **arrêt du 17 mai 2018**, a réformé l'article 3 de la décision et dit que la sanction est d'un montant de 56 653 000 euros ;

C'est l'arrêt attaqué par les pourvois **H1818501** des sociétés Umicore France et Umicore (les sociétés Umicore) et **V1818582** de la Présidente de l'Autorité de concurrence ;

Par un **arrêt du 5 juillet 2018**, la cour d'appel de Paris a :

constaté que le chef du dispositif de l'arrêt du 17 mai 2018 par lequel la cour a "DIT qu'au titre des pratiques visées à l'article 1er de la décision n° 16-D-14, il est infligé solidairement à la société Umicore France et à la société Umicore SA/NV, une sanction pécuniaire d'un montant de 56 653 000 euros » est entaché d'une erreur matérielle sur le montant prononcé

et a

dit que ce chef du dispositif doit être rédigé de la façon suivante : « DIT qu'au titre des pratiques visées à l'article 1er de la décision n° 16-D-14, il est infligé solidairement à la société Umicore France et à la société Umicore SA/NV, une sanction pécuniaire d'un montant de 62 318 900 euros »

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi **P1819933** des sociétés Umicore France et Umicore

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi **H1818501**, formé par les sociétés Umicore est articulé en sept moyens ;

Par le **premier moyen**, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018 du rejet de leur moyen pris de la prescription quinquennale ;

Il est articulé en sept branches ;

1°/ qu'en déniaient tout caractère pénal à la décision du juge des libertés et de la détention ayant statué sur la validité d'opérations de visites domiciliaires, pour décider que celle-ci n'avait pas autorité de la chose jugée, bien que les recours contre les décisions en cause sont formés, instruits et jugés selon les règles du code de procédure pénale, la cour d'appel a violé les articles L 450-4 et L 462-7 du code de commerce dans leur rédaction applicable en la cause ;

2°/ que la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles relève de la matière répressive et les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence qui ont le caractère d'une punition, sont assimilées à des sanctions pénales ; qu'en affirmant que le ministre chargé de l'économie, à la demande duquel les opérations de visite et saisie ont eu lieu « n'est pas chargé de poursuites pénales » mais agit « dans l'objectif de poursuivre des pratiques anticoncurrentielles, qui ne font pas l'objet d'une incrimination pénale », la cour d'appel a violé les articles 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 462-7 du code de commerce ;

3°/ que lorsque le ministre a prescrit une enquête aux fins de rechercher des pratiques susceptibles d'être relevées dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment et qu'une autorisation de procéder à des visites domiciliaires a été sollicitée et obtenue, l'article L 420-6 du code de commerce punissait déjà le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L 420-1 et L 420-2, d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75.000 euros et prévoyait aussi que les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil de la concurrence en application de l'article L 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique ; qu'en affirmant que les pratiques anticoncurrentielles recherchées par le ministre dans le cadre d'opérations de visite et saisie ne font pas l'objet d'une incrimination pénale, la cour d'appel a violé l'article L 420-6 du code de commerce dans sa rédaction applicable en la cause ;

4°/ que pour faire droit à la demande de restitution de 30 documents antérieurs au 10 avril 2002 en raison de la prescription quinquennale, le juge des libertés et de la détention a retenu « qu'aucune poursuite ne peut (...) être exercée pour des faits remontant à plus de 5 ans (et) qu'une saisie d'un document de plus de cinq ans concernerait nécessairement la saisie d'un document concernant des faits, à les supposer reprochables, prescrits » ; qu'en affirmant que le juge des libertés et de la détention a seulement dit que des documents datés de plus de cinq années avant l'ouverture de la procédure concerneraient des faits qui seraient prescrits, (mais n'a pas) statué sur la prescription des pratiques, ni sur l'extinction de poursuites qui pourraient être mises en œuvre, quand le juge a expressément retenu qu'une partie des faits, à les

supposer reprochables, étaient d'ores et déjà prescrits, la cour d'appel a dénaturé l'ordonnance susvisée en violation du principe lui interdisant de dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

5°/ que les sociétés mises en cause doivent pouvoir bénéficier d'un recours effectif de pleine juridiction leur permettant de contester les ordonnances d'autorisation de visites domiciliaires et le déroulement des opérations de visite et saisie ; qu'un tel recours n'est effectif que si, en cas de constat d'irrégularité d'une opération ayant déjà eu lieu, ce recours fournit à l'intéressé un redressement approprié ; qu'en considérant que la solution consistant à retenir que l'Autorité de la concurrence ne serait pas liée par une décision précédente rendue dans la même affaire en matière de visites domiciliaires ne revient pas à priver d'effectivité le recours, qui portait sur la validité des opérations de visite et saisie, exercé par les parties devant le juge des libertés et de la détention, quand elle prive de tout effet la constatation d'une irrégularité d'une opération de visite et ne permet donc pas aux intéressés d'obtenir un redressement approprié, la cour d'appel a violé les articles 6 et 13 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

6°/ qu'en considérant, pour écarter la prescription quinquennale, que l'Autorité avait exactement retenu que la décision du juge des libertés et de la détention n'avait pas à son égard autorité de la chose jugée, dans la mesure où elle n'était pas partie à la procédure devant le juge des libertés et de la détention et que l'objet de la saisine de ce dernier – la validité des opérations de visite et saisie – n'était pas identique à celui de sa propre saisine – la conformité au droit de la concurrence des pratiques de la société Umicore France – quand l'Autorité de la concurrence s'est expressément fondée sur le rapport administratif établi par la direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes à la suite des opérations de visite et saisie litigieuses pour se saisir d'office, ce dont il résulte que les deux procédures n'étaient pas distinctes et poursuivaient les mêmes objectifs, à savoir démontrer l'existence de pratiques anticoncurrentielles, la cour d'appel a violé l'article L 462-7 du code de commerce ;

7°/ que la circonstance qu'une infraction ait été qualifiée de continue ne permet pas de poursuivre des faits déjà prescrits ; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L 462-7 du code de commerce et 1355 du code civil ;

Par le **deuxième moyen**, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018 d'avoir rejeté leur moyen pris de l'incompétence des services d'instruction, pour refuser aux sociétés Umicore l'ouverture d'une procédure d'engagements ;

Il est articulé en quatre branches :

1°/ que seul le collège de l'Autorité de la concurrence est compétent pour se prononcer sur une demande de procédure d'engagements présentée par une entreprise mise en cause ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement retenir que « le refus opposé par les services d'instruction à la demande d'ouverture d'une procédure d'engagements était légitime et justifié », quand les services d'instruction étaient incompétents pour prendre une telle décision, la cour d'appel a violé les articles L 464-2 I et R 464-2 du code de commerce dans leur rédaction applicable en la cause.

2°/ qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement retenir que les services d'instruction pouvaient refuser de répondre favorablement à la demande d'ouverture d'une procédure d'engagements d'une entreprise, après avoir pourtant constaté que le collège de l'Autorité, qui envisagerait d'accepter des engagements proposés par une entreprise, peut demander au rapporteur d'établir une évaluation préliminaire et que celui-ci serait tenu de la faire quand bien même ne serait-il pas favorable à cette procédure, ce dont il résulte que les services d'instruction ne sont pas compétents pour refuser d'ouvrir une telle procédure, mais seulement pour procéder à une évaluation préalable, la cour d'appel a derechef violé les articles L 464-2 I et R 464-2 du code de commerce dans leur rédaction applicable en la cause ;

3°/ que si le collège de l'Autorité de la concurrence dispose d'une grande latitude pour statuer favorablement ou non sur une demande de procédure d'engagements, il est néanmoins tenu de répondre de manière expresse et motivée à une demande d'ouverture d'une procédure d'engagements adressée par une partie mise en cause ; qu'en affirmant au contraire que le

refus de recourir à la procédure d'engagements découlait en l'espèce d'une décision négative implicite du collège, la cour d'appel a violé les articles L 464-2 I et R 464-2 du code de commerce dans leur rédaction applicable en la cause ;

4°/ qu'en affirmant « que le refus de recourir à la procédure d'engagements découle de la décision négative implicite du collège qui, alors qu'il avait tout loisir de demander aux rapporteuses une évaluation préliminaire des pratiques, ne l'a pas fait » (§69), quand l'a décision déferée avait au contraire retenu à tort que « c'est aux services d'instruction de se prononcer, au cours de l'instruction conduite sous la seule direction du rapporteur général, sur la question de savoir s'il convient de mettre en oeuvre la procédure d'engagements prévue aux articles L. 464-2 et R. 464-2 du code de commerce » (§437), la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

Par le **troisième moyen**, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018 du rejet de leur moyen pris de la violation par les services d'instruction ainsi que par l'Autorité des obligations d'objectivité, d'impartialité et de loyauté leur incombant ;

Il est articulé en une branche unique:

que les garanties du procès équitable s'appliquent dès la phase de l'instruction lorsque leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ; que l'exigence d'impartialité s'impose aux services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ; qu'en considérant que les services d'instruction n'avaient pas préjugé de la culpabilité des sociétés Umicore quand il ressort du point 115 du rapport qu'en janvier 2003, quatorze mois avant la clôture de l'instruction, les services d'instruction considéraient déjà que « les pratiques en cause ont été mises en œuvre à partir de 1999 et sont toujours en cours aujourd'hui et sont, par ailleurs, constitutives d'abus de position dominante ayant causé un dommage à l'économie important », ce qui constitue une affirmation péremptoire et prématurée de culpabilité laissant peser un doute sur l'impartialité des services d'instruction à tout le moins de janvier 2003 à mars 2004, la cour d'appel a violé les articles 6 §3 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

Par le **quatrième moyen**, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018 de dire qu'il est établi que la société Umicore France, en tant qu'auteure des pratiques, et la société Umicore SA, en sa qualité de société mère de la société Umicore France, ont enfreint les dispositions de l'article L 420-2 du code de commerce et celles de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en liant les centres VM Zinc, l'enseigne Asturienne, appartenant au groupe Point P-Saint-Gobain, l'enseigne Point P, appartenant au groupe Point P-Saint-Gobain, l'enseigne Larivière, appartenant au groupe Larivière-SIG, par des obligations d'achats exclusifs en produits VM Zinc entre 2000 et la fin 2007 et, en conséquence, de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire d'un montant de 62.318.900 euros ;

Il est articulé en quatre branches ;

1°/ qu'en affirmant que le moyen des sociétés Umicore reprochant à l'Autorité de la concurrence d'avoir écarté le caractère probant du sondage qu'elles ont fait réaliser par l'institut I+C et qu'elles avaient produit (décision attaquée, § 505) au motif que la question du prix n'était pas posée aux personnes interrogées, motif qui serait inopérant compte tenu du caractère inapproprié du critère du prix, reposerait sur une dénaturation de la décision déferée « dont le paragraphe 505 relève seulement que les résultats de ce sondage apparaissent en contradiction avec les comportements observés au moment de la hausse du prix des produits de couverture en zinc », quand la décision déferée indiquait aussi que « ce sondage ne permet pas de rendre compte du degré de substituabilité entre matériaux tel qu'on l'entend en droit de la concurrence puisque la question posée (« Dans le cadre de vos réalisations/chantiers, pensez-vous que le zinc est substituable dans ses applications d'évacuation des eaux pluviales ? ») repose sur une acception erronée de la notion de « substituabilité », appréhendée dans l'absolu, sans référence à un prix de départ et à une hausse des prix déterminée », la cour

d'appel a violé le principe lui interdisant de dénaturer l'écrit qui lui est soumis et sur lequel elle s'est fondée ;

2°/ que le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les demandeurs comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices tenant compte de la réalité du fonctionnement du marché et pouvant comprendre notamment, les besoins et perceptions des utilisateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'en se fondant sur les seules caractéristiques du segment de la rénovation pour considérer que le zinc n'était pas substituable aux autres matériaux, après avoir pourtant admis que seulement 55% de la superficie du zinc posé en couverture l'est sur le segment de la rénovation mais aussi qu'en 2011 le zinc a représenté en France 3,5% des produits de couverture, tous matériaux confondus, et 8,5% des produits de couverture en métal , la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en considérant qu'il existerait un marché spécifique de la couverture en zinc en raison d'une prétendue « insubstituabilité du zinc par un autre matériau » tout en constatant que le zinc est peu substituable dans le seul secteur de la rénovation ou encore que selon l'Autorité « il n'existe pas de règles générales prescrivant le remplacement à l'identique des couvertures en zinc », ce dont il résultait que le remplacement du zinc par un autre matériau demeurerait possible pour de nombreux usages ce qui le rendait substituable dans bon nombre d'hypothèses, la cour d'appel a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en affirmant, pour définir le marché pertinent comme étant celui des EEP en zinc sans distinguer selon les usages du produit, que pour les produits EEP, le zinc est un matériau choisi pour des caractéristiques qui lui sont spécifiques et qui le rendent insubstituable par d'autres matériaux sans qu'aucune de ces spécificités ne justifie de réduire les marchés à un périmètre plus étroit, tout en constatant que le zinc n'était pas substituable à d'autres matériaux pour certains usages seulement, ce qui le rend, en réalité, très souvent substituable, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

Par le **cinquième moyen**, les sociétés Umicore font ce même grief à l'arrêt rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018;

Il est articulé en deux branches

1°/qu'en affirmant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement considérer que la puissance d'achat des distributeurs ne pouvait être qualifiée de compensatrice de la position dominante de la société Umicore en raison d'une très forte préférence des clients des distributeurs en question pour la marque VM Zinc ou encore de la difficulté pour un distributeur de changer rapidement de fournisseur, après avoir constaté que certains distributeurs avait fait le choix de ne pas référencer les produits VM Zinc et de changer de fournisseur, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en se bornant à affirmer, pour dire que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement considérer que la puissance d'achat des distributeurs ne pouvait être qualifiée de compensatrice de la position dominante de la société Umicore, qu'il est loin d'être exclu que les clients de distributeurs non référencés ne reporteraient pas leurs achats vers d'autres distributeurs proposant la marque VM Zinc, quand il lui appartenait au contraire de démontrer positivement que les clients étaient attachés à la marque, plus qu'au distributeur, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à démontrer que la puissance avérée des distributeurs ne pouvait pas compenser la position dominante de la société Umicore, a privé sa

décision de base légale au regard des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

Par le **sixième moyen** les sociétés Umicore font ce même grief à rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018 ;

Il est articulé en cinq branches

1°/ que pour caractériser l'existence d'un abus de position dominante consistant en des obligations d'achat exclusif, l'Autorité de la concurrence est tenue, sous le contrôle du juge, non seulement d'analyser l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais de manière plus générale l'ensemble des circonstances pertinentes ; qu'il s'ensuit que les mesures prises par une entreprise en position dominante pour inciter ou récompenser les achats exclusifs ou quasi exclusifs de ses clients ne sont pas interdites per se ; qu'en décidant au contraire que le « système de bonification élaboré (par la société Umicore) de façon à inciter à la fidélité et la loyauté ainsi qu'à la mise en avant d'une gamme » était nécessairement abusif de sorte que le retrait de ladite bonification en cas de non-respect de l'exclusivité à laquelle elle était prétendument attachée, devait être assimilé à des représailles ou à une menace de représailles, elles aussi interdites, la cour d'appel a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

2°/que pour établir le caractère anticoncurrentiel d'un abus de position dominante consistant en des obligations d'achat exclusif, le juge de la concurrence est tenu d'examiner l'ensemble des circonstances de l'espèce et d'analyser la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause, dans tous les cas où une entreprise soutient, comme en l'espèce, au cours de la procédure administrative que sa politique commerciale n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement s'abstenir de procéder à cet examen et à cette analyse, la cour d'appel a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du Code de commerce ;

3°/ que la capacité d'éviction d'un abus de position dominante ne peut plus être présumée ; qu'en présumant des obstacles auxquels un concurrent aussi efficace se serait trouvé confronté à partir de la situation actuelle sans concurrent aussi efficace, tout en admettant que le test du concurrent aussi efficace consistant à imaginer la situation concurrentielle en présence d'un concurrent hypothétique aussi efficace n'avait pas été réalisé, la cour d'appel a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

4°/ que pour établir le caractère anticoncurrentiel d'un abus de position dominante et spécialement d'un rabais d'exclusivité, l'Autorité de la concurrence est tenu sous le contrôle du juge, non seulement d'analyser l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais aussi de manière plus générale l'ensemble des circonstances pertinentes ; qu'en affirmant, pour considérer que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement s'abstenir de procéder à cette analyse, que l'ensemble des concurrents était moins connu et moins réputé que la société Umicore France, fournisseur historique, quand il lui incombait de déterminer si la politique commerciale d'Umicore était capable de produire un effet d'éviction des concurrents au moins aussi efficaces, la cour d'appel a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L 420-2 du code de commerce ;

5°/ qu'en affirmant, pour décider qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce de réaliser le test du concurrent aussi efficace, que ce test se justifie lorsque l'instrument de la fidélisation est de nature financière et pourrait être mis en oeuvre, au bénéfice des clients, par un concurrent au moins aussi efficace, après avoir admis (i) que les bonifications consistaient en des remises

dont le taux était variable et (ii) qu'Umicore ne refusait pas d'approvisionner les distributeurs non centres VM Zinc mais les approvisionnait à des conditions moins favorables (§6), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L.420-2 du code de commerce ;

Par le **septième moyen**, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018 de leur infliger solidairement, une sanction pécuniaire d'un montant de 62.318.900 euros ;

Il est articulé en trois branches :

1°/ que pour fixer le montant de la valeur des ventes constituant la base de calcul du montant de la sanction, le juge de la concurrence ne doit pas intégrer dans les termes de son analyse des valeurs de ventes sans lien avec l'infraction ; qu'ainsi il ne peut pas englober les ventes qui ne relèvent pas du champ d'application de la pratique incriminée ; qu'en retenant pour inclure dans la valeur des ventes les ventes aux façonniers et aux distributeurs qui n'ont pas le statut de centre VM Zinc au prétexte que la pratique en cause a renforcé la position dominante de la société Umicore France sur le marché des produits de couverture en zinc et a ainsi nécessairement impacté les ventes de ces produits aux façonniers et aux distributeurs qui n'ont pas le statut de centre VM Zinc bien que les sociétés Umicore n'ont été condamnées que pour avoir abusé de leur position dominante « en liant les centres VM Zinc, l'enseigne Asturienne, appartenant au groupe Point P-Saint-Gobain, l'enseigne Point P, appartenant au groupe Point P-Saint-Gobain, l'enseigne Larivière, appartenant au groupe Larivière-SIG, par des obligations d'achats exclusifs en produits VM Zinc entre 1999 et la fin 2007 », ce dont il résulte que les façonniers n'ont jamais été concernés par la pratique en cause, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce et le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ;

2°/qu'il incombe à l'Autorité de la concurrence de délimiter les marchés pertinents et de déterminer la valeur des ventes en relation avec l'infraction pour fixer le montant de la sanction ; qu'en reprochant au contraire aux sociétés Umicore de ne pas démontrer, « ce qui leur appartient de faire, que la valeur des ventes retenue aurait inclus » des ventes sans lien avec l'infraction, « ni quel montant serait concerné », la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, L 420-2 et L 464-2 du code de commerce ainsi que du communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ;

3°/ que pour fixer le montant de la valeur des ventes constituant la base de calcul du montant de la sanction, le juge de la concurrence ne doit pas intégrer dans les termes de son analyse des valeurs de ventes sans lien avec l'infraction ; qu'en affirmant « qu'il importe peu que les produits destinés à recouvrir les façades aient été inclus dans la valeur des ventes des produits EEP plutôt que dans celle des produits de couverture dès lors que l'Autorité a établi une moyenne des valeurs des ventes réalisées sur ces deux marchés », quand la décision déférée (§952) reconnaît elle-même expressément que les produits de « façades » et « ornements » constituent des « marchés distincts » et que leur chiffre d'affaires doit être exclu de la valeur des ventes et quand il appartient au contraire au juge de la concurrence de déterminer avec une grande précision la valeur des seules ventes en relation avec l'infraction, ce qui exclut nécessairement toute approximation, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce et le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

Le pourvoi V1818582 formé par la Présidente de l'Autorité de concurrence est articulé en un moyen unique :

Par ce moyen, il est fait grief à l'arrêt grief à l'arrêt du 17 mai 2018, dans sa rédaction initiale, de réformer l'article 3 de la décision de l'Autorité de la concurrence n°16-D-14 du 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment et, statuant à nouveau sur ce point, d'infliger, au titre des

pratiques visées à l'article 1^{er} de la décision n°16-D-14, solidairement à la société Umicore France et à la société Umicore une sanction pécuniaire d'un montant de 56.653.000 euros ;

Il est articulé en une branche unique

le juge ne peut modifier l'objet du litige ; qu'en l'espèce, dans sa décision du 23 juin 2016, l'Autorité de la concurrence a déterminé le montant de la sanction pécuniaire à infliger à la société Umicore France solidairement avec sa société mère Umicore conformément aux principes du communiqué sanctions du 16 mai 2011 ; qu'elle a ainsi retenu un pourcentage de 10% de la valeur des ventes en relation avec l'infraction, auquel elle a appliqué un coefficient multiplicateur de 5, exprimant la durée de l'abus de position dominante, puis un coefficient d'augmentation de 10% pour tenir compte de la puissance économique du groupe sanctionné ; qu'à l'appui de leurs recours, les sociétés Umicore France et Umicore ont contesté le montant de la valeur des ventes retenu par l'Autorité de la concurrence, ainsi que le coefficient multiplicateur de 5, relatif à la durée de l'abus de position dominante, mais pas l'application du coefficient de majoration de 10% relatif à la puissance économique du groupe sanctionné (conclusions p. 86 à 92) ; que l'Autorité de la concurrence a conclu au rejet du recours de ces sociétés, sans argumenter spécialement sur la majoration pour l'appartenance à un groupe puisque celle-ci n'était pas contestée ; que la cour d'appel a retenu une durée de l'abus de position dominante moindre que celle qui avait été retenue par l'Autorité et, en conséquence, un coefficient multiplicateur de 4,5, au lieu de 5, appliqué à la proportion de la valeur des ventes prise en compte ; qu'elle n'a cependant pas appliqué ensuite la majoration de 10% pour appartenance à un groupe ; qu'en statuant de la sorte, quand cette majoration de 10% n'était pas contestée, la cour d'appel, excédant les limites de sa saisine, a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

Le pourvoi P1819933 est formé par les sociétés Umicore est articulé en un moyen unique ;

Par ce moyen, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt grief à l'arrêt attaqué de dire que le chef du dispositif de l'arrêt du 17 mai 2018 par lesquels la cour a : « DIT qu'au titre des pratiques visées à l'article 1er de la décision n° 16-D-14, il est infligé solidairement à la société Umicore France et à la société Umicore SA/NV, une sanction pécuniaire d'un montant de 56 653 000 euros » est entaché d'une erreur matérielle sur le montant prononcé et , en conséquence, de dire que ce chef du dispositif doit être rédigé de la façon suivante : « DIT qu'au titre des pratiques visées à l'article 1er de la décision n° 16-D-14, il est infligé solidairement à la société Umicore France et à la société Umicore SA/NV, une sanction pécuniaire d'un montant de 62 318 900 euros ».

Il est articulé en trois branches ;

1°/ que le juge ne peut sous couvert de rectification d'erreur matérielle, procéder à une nouvelle appréciation des éléments de la cause et modifier les droits et obligations des parties ; que si une simple erreur arithmétique de calcul peut être rectifiée, le juge ne saurait, en revanche, modifier les règles de calcul du montant d'une condamnation sous prétexte de rectifier une erreur matérielle ; qu'en décidant, sous couvert de rectifier une erreur matérielle, d'appliquer un coefficient d'aggravation de la sanction de 10 %, la cour d'appel qui a modifié les règles de calcul de la sanction et les droits et obligations des parties a violé l'article 462 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en affirmant que l'omission de l'application du coefficient d'aggravation de la sanction de 10 % par la cour n'est pas une erreur de raisonnement ou une erreur d'appréciation, mais une erreur matérielle qu'il convient de rectifier, tout en justifiant cette rectification par l'interdiction de statuer ultra petita ou de soulever un moyen d'office sans que les parties aient pu s'expliquer, ce qui au contraire confirmerait l'existence d'une possible erreur intellectuelle et non matérielle, la cour d'appel a, encore, violé l'article 462 du code de procédure civile ;

3°/ que le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires prévoyant notamment la possibilité de majorer le montant de la sanction en fonction de la puissance économique du groupe sanctionné a désormais une valeur normative et son

application relève du contrôle de la Cour de cassation : qu'en considérant qu'une prétendue erreur commise dans l'application des règles du communiqué du 16 mai 2011, et spécialement du coefficient de majoration de 10 % relatif à la puissance économique du groupe sanctionné pouvait constituer une simple erreur matérielle susceptible d'être rectifiée quand une telle erreur de droit, à la supposer établie, ne peut être réparée qu'en se livrant à une nouvelle appréciation des éléments de la cause, sous le contrôle de la Cour de cassation, la cour d'appel a violé de plus fort l'article 462 du code de procédure civile ;

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- la recevabilité du pourvoi V1818582 contestée par la défense
- le périmètre de l'erreur matérielle permettant au juge de recourir à la procédure de rectification
- l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil et du civil sur le civil en matière de prescription
- les pouvoirs respectifs du service d'instruction et du collège en matière de décision d'engagement
- la détermination du marché de référence : méthode et mise en œuvre
- la caractérisation d'une position dominante : indices, test et méthode et leur mise en œuvre
- la caractérisation de l'abus
- les éléments à prendre en compte dans la valeur des ventes en vue de la détermination du montant de la sanction.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La question de la recevabilité du pourvoi V1818582 contestée par la défense sera d'abord analysée..

Le pourvoi P1819933 attaquant l'arrêt rectificatif sera étudié préalablement à l'analyse de l'arrêt rectifié, même si les questions ne sont pas liées.

4.1 Le pourvoi de l'Autorité (V1818582)

Le débat entre les parties

L'Autorité attaque l'arrêt du 17 mai 2018 en ce qu'il n'a pas retenu le coefficient de 10% retenu par la décision de l'Autorité au titre de l'appartenance à un groupe par un grief de méconnaissance des termes du litige.

Le mémoire ampliatif précise que le pourvoi est à titre éventuel pour le cas où le pourvoi contre l'arrêt rectificatif, dont l'examen est préalable, serait accueilli.

Il soutient que la question de la majoration pour appartenance à un groupe n'a été contestée ni devant l'Autorité, ni devant la cour d'appel et que la cour d'appel ne pouvait statuer que dans les limites de ce qui lui était demandé.

Elle demande une cassation sans renvoi à ce titre.

Les sociétés Umicore répondent d'abord que le pourvoi est **irrecevable** en ce qu'il a été déposé après l'expiration du délai de pourvoi en cassation ; elles constatent à cet égard que l'arrêt de la cour d'appel a été notifié à l'Autorité le 18 mai 2018, de sorte que le délai expirait le 18 juin de la même année, tandis que le pourvoi a été déposé le 19 juin 2018.

Elles ajoutent que le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 17 mai 2018 est sans objet, cet arrêt étant désormais rectifié par l'arrêt du 5 juillet 2018, dès lors que le jugement rectificatif fait corps avec la décision rectifiée.

Selon elles, le pourvoi vise à revenir sur l'analyse souveraine de la cour d'appel et à priver d'effet le pourvoi formé par elles contre l'arrêt rectificatif ; si l'arrêt est censuré, la demande de cassation sans renvoi ne peut prospérer, la Cour étant tenue à un contrôle de proportionnalité de la sanction ; selon elles, la contestation des sociétés Umicore sur la durée, la proportionnalité et, partant, la circonstance aggravante d'appartenance à un groupe, était nécessairement dans le débat.

L'Autorité répond qu'à considérer le pourvoi irrecevable comme hors délai, le mémoire ampliatif, au soutien de ce pourvoi et comportant un moyen de cassation, déposé le 15 octobre 2018, soit dans les délais du mémoire en réponse au pourvoi H1818501, vaut mémoire en défense comportant un pourvoi incident au pourvoi H1818501 : s'il n'a pas valeur de mémoire ampliatif, il a celle d'un pourvoi incident, dès lors qu'il vérifie les conditions de forme et de délai prévues par l'article 1010 du code de procédure civile.

L'interdiction de réitérer ne peut lui être, de son point de vue, imposée, dès lors qu'aucune ordonnance de déchéance du pourvoi n° V 18-18.582 n'a été rendue.

Les **sociétés Umicore** ajoutent en réplique qu'à l'expiration du délai de défense sur leur pourvoi, l'Autorité s'est bornée à déposer des conclusions en défense sans faire référence au pourvoi incident et que le mémoire ampliatif de l'Autorité ne leur a pas été signifié en tant qu'il vaudrait pourvoi incident.

Éléments du débat

L'arrêt du 17 mai 2018 a été notifié à l'Autorité le 18 mai 2018.

Le délai de formation du pourvoi expirait le 18 juin de la même année.

Le pourvoi a été déposé le 19 juin 2018.

L'Autorité soutient que le mémoire ampliatif au soutien de ce pourvoi, déposé le 15 octobre 2018 doit être requalifié de mémoire en défense avec pourvoi incident éventuel du pourvoi H1818501.

Observations et proposition d'irrecevabilité

Le pourvoi est irrecevable comme formé hors délai, de sorte que les actes de la procédure suivent son régime et ne peuvent être requalifiés dans le cadre d'une autre procédure, laquelle, au demeurant, comprend des observations et un mémoire en défense.

4.2 La qualification de la correction opérée par l'arrêt rectificatif

Le débat entre les parties

Les sociétés Umicore critiquent l'arrêt rectificatif en ce que, la cour d'appel, par la usant de la procédure d'erreur matérielle pour modifier le montant de la sanction afin d'intégrer la majoration résultant de l'appartenance à un groupe, retenue par la décision de l'Autorité, - aurait modifié les règles de calcul de la sanction et les droits et obligations des parties, - aurait retenu erronément l'erreur matérielle, tandis qu'il s'agit d'une erreur intellectuelle, ainsi que le montre sa justification d'interdiction de statuer *ultra petita* ou de soulever un moyen d'office, sans que les parties aient pu s'expliquer.

Elles ajoutent que l'erreur commise dans l'application du communiqué sanction ne peut être une erreur matérielle car la correction nécessite une nouvelle appréciation des éléments pour déterminer si le coefficient de majoration doit ou non être appliqué.

Elles demandent la cassation sans renvoi de l'arrêt.

L'Autorité répond que l'erreur en cause est une erreur matérielle en ce qu'elle ne porte pas sur les règles de calcul mais sur le calcul lui-même.

Elle revient sur le raisonnement de l'Autorité dans la détermination du montant de l'infraction ; cette dernière a, en dernier lieu, appliqué une majoration de 10% pour tenir compte de l'appartenance de l'entité à un groupe ; elle constate que les sociétés Umicore ont contesté l'existence d'un abus de position dominante et subsidiairement le montant de la sanction, en ce qu'elle était fondée sur une durée contestable des pratiques, sans critiquer l'application de la majoration de 10% pour appartenance à un groupe. La cour d'appel a accueilli le moyen relatif à la durée de l'infraction et recalculé sur cette base le montant de l'infraction puis, se saisissant d'office, elle a constaté qu'elle avait omis d'appliquer la majoration fondée sur l'appartenance à un groupe.

Elle fonde son argumentation sur le suivi scrupuleux par la cour d'appel des termes du communiqué sanctions.

En réponse à la première branche, elle soutient que la cour d'appel n'a pas modifié les règles mais suivi celles du communiqué sanctions.

Selon elle, les motifs critiqués par la seconde branche sont surabondants dès lors qu'elle a retenu que l'omission de l'application du coefficient de 10% caractérise une erreur matérielle. Elle avance que la critique de la troisième branche part du postulat erroné selon lequel, en omettant d'appliquer le coefficient de 10%, le juge aurait mal appliqué les règles du communiqué sanction et ainsi commis une erreur de droit.

Éléments de discussion

Il s'agit de déterminer si la modification opérée par l'arrêt rectificatif relève du périmètre de l'erreur matérielle que le juge peut corriger, dès lors qu'elle ne porte pas atteinte aux droits et obligations des parties.

L'article 462 du code de procédure civile

Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande.

Le juge est saisi par simple requête de l'une des parties, ou par requête commune ; il peut aussi se saisir d'office.

Le juge statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées. Toutefois, lorsqu'il est saisi par requête, il statue sans audience, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties.

La décision rectificative est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement. Elle est notifiée comme le jugement.

Si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée, la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation

La jurisprudence

Elle pose la condition, soit une erreur matérielle, la compétence, soit la correction par le juge lui-même, la limite, soit le défaut d'atteinte aux droits et obligations des parties

Vu l'article 462 du code de procédure civile ;

Attendu que si les erreurs ou omissions matérielles affectant une décision peuvent être réparées par la juridiction qui l'a rendue, celle-ci ne peut modifier les droits et obligations reconnus aux parties par cette décision

2^{ème} civ 31 mars 2011 n°10-13.666

Elle établit deux limites :

- celle de l'ajout d'une sanction pécuniaire, l'arrêt rectificatif ayant condamné des sociétés in solidum, corrigeant la condamnation d'une société unique

Attendu qu'en prononçant ainsi, sous couvert d'une rectification d'erreur matérielle, une condamnation que l'arrêt à rectifier ou à compléter ne comportait pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

com 11 juin 2002 n°99-21.812

- celle de la modification des droits et obligations des parties dans une affaire où un jugement avait qualifié une somme de commission et non d'acompte, et où la cour d'appel, après qualification des sommes, constatant qu'elle avait omis d'imputer cette somme sur les charges déductibles, a utilisé la procédure d'erreur matérielle

(2^{ème} civ 20 avril 2017 n°16-12.121)

- celle encore d'une nouvelle appréciation de la cause

Vu l'article 462 du code de procédure civile ;

Attendu que pour ordonner la rectification de l'arrêt du 15 septembre 2016, l'arrêt retient qu'il ressort de la lecture de la motivation, en page 4, que sur le revenu de 1 750,76 euros et 508,25 euros la quotité saisissable était de 476,11 euros et 44,92 euros, soit 521,03 euros, ce qui devait donc laisser par différentiel, à la disposition de M. et Mme [X] (1 750,76 euros + 508,25 euros) - 521,03 euros de quotité saisissable = 1 737,98 euros qui devait être versée aux saisis et non au créancier, que compte tenu du préjudice moral évalué par la cour d'appel à 500 euros, c'est donc au total un montant de 1 737,98 + 500 euros = 2 237,98 euros qui a été accordé à M. et Mme [X], et qu'il convient d'ordonner modification en ce sens de la décision du 15 septembre 2016 ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui, sous couvert d'une rectification d'erreur matérielle, a procédé à une nouvelle appréciation des éléments de la cause et modifié les droits et obligations des parties, a violé le texte susvisé ;
2e Civ., 22 mars 2018, pourvoi n° 17-17.312

- celle de la modification d'une base de calcul
Vu les articles 1351 du code civil et 462 du code de procédure civile ;

Attendu que le juge qui a rendu une décision ne peut, sous le couvert de rectification d'erreur matérielle, modifier les droits et obligations des parties tels qu'ils résultent du premier jugement ni se livrer à une nouvelle appréciation des éléments de la cause ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que, le 30 septembre 1994, M. [Y] a été mis en redressement judiciaire, M. [W] étant désigné représentant des créanciers ; que, par jugement du 23 juin 1995, le tribunal a homologué le plan de redressement de M. [Y] avec apurement de son passif à concurrence de 100 % sur quinze ans, M. [W] puis Mme [V] étant successivement désignés commissaire à l'exécution du plan ; que, par jugement du 9 novembre 2007, confirmé par arrêt du 8 février 2010, le tribunal a admis le report des échéances impayées de deux établissements de crédit mais a refusé la modification des modalités de remboursement des autres créanciers à concurrence de 70 % sur dix ans sollicitée par M. [Y] ; que ce dernier a introduit une requête en rectification d'erreur matérielle du jugement du 23 juin 1995 sollicitant qu'il soit indiqué que les créanciers qui n'avaient pas répondu à la consultation sur le plan soient réputés avoir accepté la proposition de remboursement à concurrence de 70 % sur dix ans ;

Attendu que pour faire droit à la requête en rectification d'erreur matérielle et rectifier le jugement, l'arrêt, après avoir relevé qu'une proposition alternative formulée sur la base d'un apurement du passif de 70 % sur dix ans avait été présentée au titre des modalités d'apurement du passif de M. [Y], retient que la décision ayant homologué son plan de redressement « pourrait le cas échéant, compte tenu des propositions contenues dans le plan de redressement présenté à l'époque par le débiteur et de la manière dont les créanciers ont été interrogés à leur sujet, être entachée d'erreur matérielle » ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la rectification demandée impliquait de considérer, contrairement à ce qu'avaient retenu les premiers juges, que les modalités d'apurement du passif par M. [Y] avaient été fixées à concurrence de 70 % de celui-ci sur une durée de dix ans, le tribunal a violé les textes susvisés ;
Com., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.702

Elle retient

- que l'erreur de calcul est une erreur matérielle (2^{ème} civ 4 janvier 1978 n°76-10139)
- qu'il y a erreur matérielle lorsque la règle posée par les motifs n'a pas été suivie :
*Qu'en statuant ainsi, alors qu'en ne tenant pas compte, pour fixer, dans le dispositif de l'arrêt du 7 juin 2012, le montant des condamnations mises à la charge de la société le Crédit logement, des sommes payées par elle au titre de l'exécution provisoire du jugement du 21 janvier 2002, **contrairement au mode de calcul retenu dans les motifs de l'arrêt**, la cour d'appel a commis une erreur matérielle et qu'en refusant de la rectifier, elle a violé le texte susvisé*
Com., 1 décembre 2015, pourvoi n° 14-12.266

De même, elle a cassé un arrêt refusant la rectification malgré le constat de l'accord des parties sur une majoration:

Qu'en statuant ainsi, tout en constatant que la cour d'appel avait jugé que "sur la somme de 142 230 euros doivent être appliquées, comme le concluent les deux parties, une majoration globale de 4 %, outre la déduction du fait de la prise en charge par le preneur de l'impôt foncier", la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;
(3e Civ., 24 mars 2015, pourvoi n° 13-23.553)

Elle a retenu que la correction par erreur matérielle ne peut être refusée au regard de l'importance des conséquences résultant de la rectification:

Vu l'article 462 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou à défaut ce que la raison commande ;
Attendu que, pour rejeter la demande en rectification d'erreur matérielle, l'arrêt retient que dès lors qu'elle conduit à remettre en question le montant de l'indemnité d'éviction dans des proportions modifiant les droits et obligations des parties, la demande de rectification sollicitée n'entre pas dans le champ d'application des dispositions de l'article 462 du nouveau code de procédure civile ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le juge ne peut refuser de rectifier une erreur matérielle en se fondant sur l'importance des conséquences résultant de la rectification, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

3e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 04-10.636, Bull. 2006, III, n° 32

Observations

La chambre doit apprécier le bien-fondé du grief étant entendu qu'en l'espèce, il n'y a pas eu constat ,expressément retenu dans les motifs, de la nécessité de la déduction de 10%, mais qu'implicitement elle peut se déduire de l'absence de discussion entre les parties sur ce point. Il lui revient par ailleurs d'apprécier, dans ce débat, la portée du communiqué sanctions, instrument de *soft law* qui, certes, ne s'impose pas au juge mais relève des instruments qu'il doit prendre en compte pour éclairer sa décision .En revanche, cet instrument, pour des raisons de sécurité juridique, s'impose à l'Autorité en ce qu'elle l'a édicté et publié et le juge contrôle ce respect.

4.3 La prescription quinquennale

Par la premier moyen, **les sociétés Umicore** font grief à l'arrêt d'avoir écarté **la prescription**

4.3.1 La nature de la décision du juge des libertés et de la détention

Le débat entre les parties

Les sociétés Umicore reprochent à l'arrêt de retenir que la décision n'est pas une décision pénale et d'écarter **le principe d'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil**. Ce principe s'imposerait du fait qu'il s'agit d'une décision pénale au motif :

- de l'application des règles de procédure pénale,
- de l'assimilation des sanctions du droit de la concurrence aux sanctions en matière pénale
- de la possibilité, en droit français, de sanctionner pénalement un auteur personne physique pour les pratiques faisant l'objet d'instruction

. Elles critiquent le fait que l'arrêt ait dénié tout caractère pénal à la décision du JLD pour écarter toute autorité de chose jugée, tandis que les recours contre ces décisions sont instruits et jugés selon les règles du code de procédure pénale (1ère branche)

. Elles reprochent à l'arrêt d'avoir retenu que le ministre de l'économie, dans la lutte des pratiques anticoncurrentielles, "n'est pas chargé de poursuites pénales" tandis que selon l'article 6 de la CEDH, la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles relève de la matière répressive (2^{ème} branche)

A cet égard, elles citent la jurisprudence de la Cour EDH qui met en avant l'autonomie du droit européen et écarte toute conséquence automatique qui pourrait être tirée du défaut d'infraction pénale en droit national :

38. *La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle il faut, afin de déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », avoir égard à trois critères :*

la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction » (Engel, précité). Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs : pour que l'article 6 § 1 s'applique au titre des mots « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale ». Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à

une conclusion claire quant à l'existence d'une « accusation en matière pénale » (Jussila c. Finlande [GC], n° 73053/01, §§ 30 et 31, CEDH 2006-XIII, et Zaicevs c. Lettonie, n° 65022/01, § 31, CEDH 2007-IX (extraits)).

39. La Cour constate d'abord que les pratiques anticoncurrentielles reprochées en l'espèce à la société requérante ne constituent pas une infraction pénale au sens du droit italien. Les comportements anticoncurrentiels y sont en effet sanctionnés non pas sur le fondement du droit pénal, mais sur celui de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales. Cela n'est toutefois pas décisif aux fins de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention, les indications que fournit le droit interne n'ayant qu'une valeur relative (Öztürk c. Allemagne, 21 février 1984, § 52, série A n° 73).

40. Quant à la nature de l'infraction, il apparaît que les dispositions dont la violation a été reprochée à la société requérante visaient à préserver la libre concurrence sur le marché. La Cour rappelle que l'AGCM, autorité administrative indépendante, a comme but d'exercer une surveillance sur les accords restrictifs de la concurrence ainsi que sur les abus de position dominante. Elle affecte donc les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal (Stenuit c. France, précité, § 62). En outre, il convient de noter que l'amende infligée visait pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés. On peut dès lors en conclure que l'amende infligée était fondée sur des normes poursuivant un but à la fois préventif et répressif (mutatis mutandis, Jussila, précité, § 38).

41. Quant à la nature et à la sévérité de la sanction « susceptible d'être infligée » à la requérante (Ezeh et Connors c. Royaume-Uni [GC], n° 39665/98 et 40086/98, § 120, CEDH 2003-X), la Cour constate que l'amende en question ne pouvait pas être remplacée par une peine privative de liberté en cas de non-paiement (a contrario, Anghel c. Roumanie, n° 28183/03, § 52, 4 octobre 2007).

Cependant, elle note que l'AGCM a prononcé en l'espèce une sanction pécuniaire de six millions d'euros, sanction qui présentait un caractère répressif puisqu'elle visait à sanctionner une irrégularité, et préventif, le but poursuivi étant de dissuader la société intéressée de recommencer. En outre, la Cour note que la requérante souligne que le caractère punitif de ce type d'infraction ressort aussi de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

42. A la lumière de ce qui précède et compte tenu du montant élevé de l'amende infligée, la Cour estime que la sanction relève, par sa sévérité, de la matière pénale (Öztürk précité, § 54, et, a contrario, Inocêncio c. Portugal (déc.), n° 43862/98, CEDH 2001-I).

43. Au demeurant, la Cour rappelle également qu'à propos de certaines autorités administratives françaises compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoirs de sanction, elle a jugé que l'article 6, sous son volet pénal, s'appliquait notamment à propos du Conseil de la concurrence (Lilly c. France (déc.), n° 53892/00, 3 décembre 2002), du Conseil des marchés financiers (Didier c. France (déc.), n° 58188/00, 27 août 2002) et de la Commission bancaire (Dubus S.A. c. France, n° 5242/04, § 36, 11 juin 2009).

44. Compte tenu des divers aspects de l'affaire, et ayant examiné leur poids respectif, la Cour estime que l'amende infligée à la société requérante a un caractère pénal » (Cour EDH, 27 septembre 2011 ; Menarini Diagnostics SRL c/Italie, req. n° 43509/08).

Elles citent en outre la jurisprudence du Conseil Constitutionnel selon laquelle le principe du respect des droits de la défense et du procès équitable s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même prononcée par une autorité administrative indépendante (Décision du conseil constitutionnel n°86-224 du 23 janvier 1987 et 89-268 DC du 29 décembre 1987)

. Elles reprochent à l'arrêt d'avoir retenu que les pratiques recherchées par le ministre dans le cadre d'opérations de visite ne font pas l'objet d'une incrimination pénale, tandis que selon l'article L.420-6 du code de commerce, les personnes physiques peuvent être sanctionnées d'une peine d'emprisonnement (3^{ème} branche)

L'Autorité rappelle

- que selon l'article 1351 du code civil, devenu l'article 1355, l'autorité de chose jugée au civil sur le civil ne porte que sur ce qui a fait l'objet du jugement, la demande devant être la même

- que selon l'article L.462-7 du code de commerce, l'Autorité ne peut être saisie de faits de plus de cinq ans et que pour les infractions continues, le point de départ de ce délai est le jour où le comportement a cessé.

Elle répond :

- que les premières branches du moyen reposent sur le fondement erroné de ce que la décision du juge des libertés du 30 avril 2009 serait une décision de nature pénale : si le recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie suit les règles du code de procédure pénale, il est instruit et jugé selon les règles du code de procédure civile et la décision de ce juge est de nature civile,
- qu'à supposer que la décision soit pénale, l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil est limitée à la partie répressive des décisions, or la décision du juge des libertés et de la détention ne porte pas sur la réalité effective des pratiques anticoncurrentielles, question qui relève de la décision du seul collège de l'Autorité,
- que la qualification de matière pénale retenue par la Cour européenne des droits de l'homme ne s'impose pas au juge national qui recherche les éléments de preuve de l'infraction, d'autant que le droit français de la concurrence tend vers la dépénalisation introduite par l'ordonnance de 1986
- que le délit prévu par l'article L.420-6 se distingue des infractions à la concurrence sanctionnées par les articles L.420-1 et L.420-2 du code de commerce.

En réplique les **sociétés Umicore** soutiennent que la décision relative aux opérations de visite et saisie domiciliaire sont de nature pénale au sens de la convention européenne des droits de l'homme ; elles ajoutent que l'Autorité a, à la suite de la décision, demandé des pièces relatives aux faits déclarés prescrits par le JLD, rendant cette décision sans effet.

Eléments de discussion

Il s'agit de déterminer si la décision du juge des libertés et de la détention relève de la matière pénale au sens retenu par la mise en oeuvre du principe de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil .

* La cour d'appel retient :

34. Le principe jurisprudentiel de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil, invoqué en l'espèce par les requérantes, signifie que ce qui a été définitivement jugé par le juge pénal quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auquel le fait est imputé, s'impose au juge civil et a effet à l'égard de tous.

35. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'invoquent expressément les requérantes, « l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ne s'attache qu'à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé » (Voir Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 03-14.171, Bull. 2006, IV, n° 105 ; 2ème Civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-11.163, Bull. 2009, II, n° 140 ; 1ère Civ., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-24.32 ; Com., 8 juin 2017, pourvoi n° 16-11.110) et « les décisions de la justice pénale ont au civil autorité absolue, à l'égard de tous, en ce qui concerne ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé » (Voir Com., 9 février 2010, pourvoi n° 09-10.388).

36. Il s'en déduit que pour avoir autorité absolue de la chose jugée, il faut que la décision statue sur une action pénale. Or tel n'est pas le cas en l'espèce où le JLD a statué sur des opérations qui ne sont pas de nature pénale, effectuées à la demande du Ministre chargé de l'économie, lequel n'est pas chargé de poursuites pénales, et dans l'objectif de poursuivre des pratiques anticoncurrentielles, qui ne font pas l'objet d'une incrimination pénale.
(Par 34 à 36)

*** La jurisprudence** limite le champ de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil :

L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ne s'attache qu'à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé

(Com., 3 mai 2006, n° 03-14.171, Bull. 2006, IV, n° 105 ; 2ème Civ., 4 juin 2009, n° 08-11.163, Bull. 2009, II, n° 140 ; 1ère Civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.32 ; Com., 8 juin 2017, n° 16-11.110)

*** L'article L.420-6 du code de commerce dans sa version applicable à l'espèce précise :**

Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2.

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

Les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil de la concurrence en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique

Observations

Il revient à la chambre, au regard de ces éléments, et des différents arguments invoqués, d'apprécier si la décision du JLD est une décision pénale au sens de la règle relative à l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil.

4.3.2 Le grief de dénaturation de l'ordonnance du JLD

Les société Umicore reprochent à l'arrêt d'avoir dénaturé l'ordonnance du JLD qui avait, selon elles, retenu la prescription des faits. L'ordonnance a écarté des documents en raison de la prescription quinquennale, en retenant que le juge a seulement dit que les documents datés de plus de 5 ans avant l'ouverture de la procédure ne concernaient que des faits qui seraient prescrits (4^{ème} branche)

L'Autorité répond que l'argument de la cour d'appel, qui a principalement retenu que le principe de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil ne pouvait être retenu, et a ajouté que le juge n'a pas caractérisé la prescription mais a écarté certains documents, est superfétatoire ; qu'en tout état de cause, le juge ne s'étant pas prononcé sur la prescription, la cour d'appel n'a pas dénaturé l'ordonnance.

Eléments du débat

L'ordonnance :

B) Pièces couvertes par la prescription

Attendu que la société UMICORE sollicite la restitution de 30 documents antérieurs au 10 Avril 2002, en raison de la prescription, qui est de 5 ans, acquise depuis l'établissement le 10 Avril 2002 par la DGCCRF du procès-verbal de déclaration de Monsieur [U] [S], Directeur de la SAS DEFRANCQ FRANCE à [Localité 1], mentionné dans l'ordonnance du JLD de BOBIGNY en date du 1^{er} Février 2008.

Attendu que la DGCCRF conclut à la validité de cette saisie au motif qu'aucune pratique répréhensible n'a été qualifiée, qu'il est donc impossible de parler de faits prescrits, la phase contentieuse ne commençant qu'avec la notification des griefs établie par un rapporteur du conseil de la concurrence.

Motivation:

Attendu que l'article L 462-7 du Code de Commerce dispose que "le conseil (de la concurrence) ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction".

Attendu qu'aucune poursuite ne peut donc être exercée pour des faits remontant à plus de cinq ans, qu'une saisie d'un document de plus de cinq ans concernerait nécessairement la saisie d'un document concernant des faits, à les supposer reprochables, prescrits.

Attendu que la DGCCRF ne fait état d'aucun acte interruptif de prescription.

Attendu en conséquence qu'il y a lieu de faire droit à la requête, sur ce point, de la société UMICORE et d'ordonner la restitution de la pièce 17 (classeur intitulé "période prescrite") » (p. 5 et 6, production).

La cour d'appel :

38. En effet, l'ordonnance rendue le 30 octobre 2009 par le JLD de Bobigny (pièce n°6 des sociétés Umicore) indique, après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 462-7, alinéa, 1er du code de commerce, qu'«

aucune poursuite ne peut être exercée pour des faits remontant à plus de cinq ans » et « qu'une saisie d'un document de plus de cinq ans concernerait nécessairement la saisie d'un document concernant des faits à les supposer reprochables, prescrits ». Le dispositif énonce ensuite «

Ordonnons la restitution des pièces 17 (documents couverts par la prescription) ». Par cette motivation, le JLD a seulement dit que des documents datés de plus de cinq années avant l'ouverture de la procédure concerneraient des faits qui seraient prescrits. Il n'a, ce faisant, pas statué sur la prescription des pratiques, ni sur l'extinction de poursuites qui pourraient être mises en oeuvre, mais seulement ordonné la restitution de pièces qui pourraient concerner des faits prescrits en vertu du principe selon lequel des faits remontant à plus de cinq ans ne peuvent être poursuivis.

Contrairement à ce que soutiennent les sociétés Umicore, cette ordonnance n'a pas retenu que « sont prescrits les faits antérieurs au 10 avril 2002 ».

Cette phrase qui n'est énoncée que dans l'exposé des moyens des demandeurs, n'a pas été reprise à son compte par le JLD ni dans le dispositif, ni dans les motifs de l'ordonnance.

(par 38)

4.3.3 L'atteinte au droit au recours effectif (cinquième branche)

Le débat entre les parties

Les sociétés Umicore reprochent à la cour d'appel d'avoir retenu que la solution aurait pour effet un **défaut de recours effectif**, garanti par les articles 6 et 13 CEDH et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'UE, sur la validité des opérations de visite et saisine exercé par les parties devant le juge des libertés et de la détention.

Selon elles, la solution retenue prive nécessairement de tout effet la constatation d'une irrégularité d'une opération de visite et ne permet donc pas aux intéressés d'obtenir un redressement approprié.

(4^{ème} branche)

L'Autorité répond que le contrôle opéré par le JLD ne porte pas sur le même objet que celui opéré par le collège de l'Autorité et que les sociétés Umicore ont pu intenter un recours contre la décision du juge des libertés et de la détention pour contester le périmètre des documents saisis

La cour d'appel :

39. Contrairement à ce que soutiennent les sociétés Umicore, cette solution ne revient pas à priver d'effectivité le recours, qui portait sur la validité des opérations de visite et saisie, exercé par les parties devant le JLD.

(Par 39)

Les éléments du débat

L'article 1355 du code civil

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité

4.3.4 L'autorité de chose jugée au civil sur le civil (6^{ème} et 7^{ème} branches)

Les sociétés Umicore reprochent à la cour d'appel **d'avoir écarté le principe d'autorité de chose jugée** au motif que les parties et l'objet des litiges différaient ; selon elles, l'Autorité s'était fondée sur le rapport de la DGCCRF, de sorte que les procédures n'étaient pas distinctes et poursuivaient la même fin.

Elles ajoutent que le caractère continu d'une infraction ne permet pas de déroger au principe de l'autorité de chose jugée .

L'Autorité répond qu'en l'absence de similarité des demandes et des parties, il ne peut y avoir autorité de chose jugée et qu'en tout état de cause le rapport établi par la DGCCRF sur lequel s'est fondée l'Autorité ne contenait pas les documents écartés par le JLD. Elle ajoute que le régime des infractions continues doit être appliqué sans exception.

La cour d'appel :

41. En conséquence, c'est par une juste motivation que la cour adopte que l'Autorité a considéré que, dans la mesure où elle n'était pas partie à la procédure devant le JLD et que l'objet de la saisine de ce dernier – la validité des opérations de visites et saisies – n'était pas identique à celui de sa propre saisine – la conformité au droit de la concurrence des pratiques de la société Umicore France –, la décision du JLD n'avait pas à son égard autorité de la chose jugée (décision attaquée, § 410 à 413).

(par 41)

42. Par ailleurs, il est constant que, pour les pratiques à caractère continu, la prescription ne commence à courir qu'à compter de leur cessation. Dès lors, ayant constaté à juste titre, ainsi qu'il sera examiné ci-dessous, que la pratique en cause avait été continue depuis 1999 jusqu'en 2007, l'Autorité a exactement considéré, aux paragraphes 414 et 415 de la décision attaquée, que la prescription quinquennale n'était pas acquise lors de sa saisine le 11 janvier 2011 ;

(par 42)

Les éléments du débat

L'article 1355 du code civil (précité)

Observations

Il revient à la chambre de déterminer la portée du principe de l'autorité de chose jugée du civil sur le civil dans le cadre **d'un même litige**, mais **comprenant une procédure au fond devant l'Autorité et une procédure devant le JLD** sur le déroulement des saisies.

4.4 La décision relative aux engagements

Le débat entre les parties

Les sociétés Umicore constatent que l'Autorité a retenu que les services d'instruction peuvent décider seuls du refus du bénéfice de la procédure d'engagement alors que la demande avait été formée avant la notification des griefs ; selon elles, seul le collège de l'Autorité dispose de ce pouvoir ; elles soutiennent que la cour d'appel a, quant à elle, admis que la décision d'ouvrir la procédure revenait au collège, mais a couvert la solution retenue par la décision en jugeant que le refus résultait d'une décision négative implicite.

Elles reprochent à la cour d'appel

- d'avoir dit que l'Autorité a pu valablement retenir que le refus opposé par les services d'instruction était légitime et justifié, en violation des articles L.464-2 I et R.464-2, et tandis que le rapporteur peut se voir imposer l'établissement d'une évaluation préliminaire
- de n'avoir pas pris de décision expresse et motivée alors qu'une demande a été adressée aux services d'instruction que le rapporteur aurait dû transmettre au collège ; en l'absence de transmission, il ne pouvait y avoir de décision implicite de rejet
- d'avoir dénaturé la décision de l'Autorité qui a en réalité admis que le service d'instruction pouvait prendre une telle décision et non que le collège avait rendu une décision négative implicite.

L'Autorité répond

- que la cour d'appel n'a pas remis en cause la compétence du collège pour refuser ou accepter d'engager la procédure, l'arrêt ayant retenu que la faculté d'engager la procédure relève de son appréciation en opportunité,

- que rien n'empêchait le collège qui envisagerait d'accepter des engagements, de demander au rapporteur d'établir une évaluation préalable ; or en l'espèce il n'est pas allégué que le collège aurait envisagé de le faire,
- que la cour d'appel a constaté que c'est sous le contrôle et avec l'aval du collège que les services d'instruction refusent le bénéfice de la procédure d'engagement,
- qu'il ne découle d'aucun texte et d'aucune jurisprudence que le collège soit tenu de répondre de manière expresse et motivée à une demande d'ouverture de procédure d'engagements, que ce pouvoir est discrétionnaire, ainsi qu'il résulte, dans l'article L.464-2, du verbe modal "peut",
- que si l'Autorité a retenu qu'il revient aux services d'instruction de se prononcer sur la question de l'ouverture de la procédure d'engagement, c'est au regard du point 16 du communiqué qui détermine les conditions de défaut d'évaluation préliminaire ;

Selon elle, la cour d'appel a affirmé que le collège avait le dernier mot dans la décision d'ouverture de procédure mais que les services d'instruction pouvaient cependant se prononcer sur la question, en établissant, d'initiative, une évaluation préliminaire ou en estimant cette estimation inopportune lorsqu'ils estiment nécessaire de notifier les griefs ; la décision implicite résulte ainsi du défaut de demande aux rapporteurs de l'évaluation préliminaire des pratiques.

Les **sociétés Umicore** répliquent que l'Autorité ne peut d'un côté affirmer que le collège a pris une décision implicite de rejet et admettre d'un autre que les services d'instruction ont le pouvoir d'accepter ou rejeter une demande.

Eléments de discussion

La procédure d'engagements conduit l'entreprise devant deux interlocuteurs¹.

Elle est d'abord en relation avec le rapporteur devant lequel l'offre est faite et précisée et ce dernier peut formuler une évaluation préliminaire dans laquelle seront éventuellement formulées les préoccupations de concurrence, par écrit ou par oral ; à compter de l'évaluation court un délai permettant aux entreprises de formaliser une offre initiale d'engagements en la négociant avec le rapporteur ; ces engagements font alors l'objet d'un test de marché, soit un résumé de l'affaire à l'intention des tiers intéressés qui peuvent faire valoir leurs observations.

Dans une seconde étape, à la suite de l'offre initiale d'engagement et sa soumission au test de marché, les discussions se poursuivent avec le collège de l'Autorité. Ce dernier peut surseoir pour que l'instruction reprenne, rejeter ou accepter en leur donnant force obligatoire.

La question du lien entre l'instruction et le jugement peut se poser. En effet, par sécurité juridique, pour que le collège ne puisse occulter la négociation intervenue avec le rapporteur, le communiqué prévoit une procédure souple qui associe le collège au rapporteur dès le début de la négociation. La Cour de cassation a retenu que l'évaluation préliminaire n'étant pas un acte de jugement, la présence de l'Autorité dans les discussions tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion dans l'instruction de l'affaire (com 4 novembre 2008 n°07-21.275).

Les textes

L'article L 464-2 I du code de commerce,

L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L.420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L.410-3.

L'article R 464-2 du code de commerce :

Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 I relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître

¹ Voir C. Prieto et D. Bosco Droit européen de la concurrence Bruylant 2013 n° 1781 et svts

aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

A réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance .

Le communiqué de procédure du 2 mars 2009 qui est certes un texte de soft law, qui ne s'impose pas au juge mais que celui-ci doit prendre en compte pour éclairer sa décision, précise :

Le code de commerce ne précise pas la typologie des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements. Pour autant, la pratique décisionnelle a permis d'identifier des comportements ou des situations en présence desquels le recours à cette procédure s'avère particulièrement adapté.

L'Autorité n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important.

...

13 L'article R. 464-2 du code de commerce prévoit que des engagements sont proposés au regard d'une « évaluation préliminaire des pratiques en cause », nécessairement préalable à toute notification de griefs . Il ne peut donc plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs est émise⁶ .

14. En revanche, ***l'entreprise dont les comportements font l'objet d'une saisine de l'Autorité a, dès qu'elle a connaissance de cette saisine et tant que des griefs n'ont pas été notifiés, le loisir de se rapprocher des services d'instruction pour explorer la possibilité d'un recours à des engagements***⁷.

15. En pareil cas, ***l'évaluation préliminaire ne peut cependant être formulée, sous réserve des spécificités propres aux procédures d'urgence évoquées au point 19 ci-dessous, que si l'entreprise concernée fait savoir aux services d'instruction qu'elle est disposée à proposer des engagements, si les circonstances de l'affaire s'y prêtent et si l'offre initiale d'engagements communiquée par l'entreprise semble, en première analyse, susceptible d'autoriser un aboutissement satisfaisant de la procédure.*** Ces démarches préparatoires de l'entreprise concernée peuvent demeurer informelles (contacts téléphoniques

ou électroniques par exemple), pourvu qu'elles attestent que l'entreprise est déterminée à explorer sérieusement la voie des engagements.

16. En tout état de cause, le rapporteur n'établit pas d'évaluation préliminaire s'il estime nécessaire de notifier des griefs à l'entreprise concernée ou s'il n'est pas en mesure d'identifier des préoccupations de concurrence sans mettre en œuvre des mesures d'instruction ou d'investigation approfondies.

La jurisprudence de la chambre

Mais attendu qu'après avoir relevé que l'évaluation préliminaire à laquelle procède le rapporteur, qui n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer une pratique prohibée, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié, l'arrêt retient à juste titre que cette évaluation ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que le fait pour le Conseil, d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire dans les conditions de l'article R. 464-2 du code de commerce, tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Com 4 novembre 2008 n°07-21.275

Observations

Le pourvoi pose en ses deux premières branches la question de la position de la cour d'appel sur l'affirmation de la décision de l'Autorité relativement à la compétence des services d'instruction en matière de décision d'ouverture d'une procédure d'engagement.

Il pose en ses deux autres branches la question :

- du positionnement du collège dans l'hypothèse d'une décision du rapporteur de notifier les griefs, étant entendu
 - . que l'opportunité de recourir aux engagements s'amenuise au fur et à mesure de l'avancée de l'instruction
 - . et que le collège a le mot final sur l'acceptation des engagements;
- de la portée du pouvoir conféré à l'Autorité d'ouvrir ou non une procédure d'engagement : s'agit-il d'un pouvoir discrétionnaire qui n'a besoin ni d'expression, ni de motivation, étant entendu qu'une réponse affirmative laisserait sans contrôle formalisé la décision du rapporteur.

4.5 La nécessaire impartialité des services d'instruction

Le débat entre les parties

Les **sociétés Umicore**, citant la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, font grief à l'arrêt de n'avoir pas retenu que les services d'instruction avaient fait preuve de partialité : selon le rapport, quatorze mois avant la clôture de l'instruction, ils considéraient que les pratiques avaient été mises en oeuvre dès 1999, étaient toujours en cours et étaient par ailleurs constitutives d'abus de position dominante ayant causé un dommage à l'économie important.

L'Autorité répond que le moyen est nouveau, dès lors que si la question de la partialité a été évoquée devant la cour d'appel, elle ne l'était pas sur ce point précis. Elle est en tout cas mal fondée, les services d'instruction ayant seulement constaté les faits et exercé leur pouvoir d'appréciation en soumettant à l'Autorité leur propre analyse des faits et des griefs notifiés.

Les éléments du débat

La cour d'appel a retenu que :

Les sociétés Umicore soutiennent que le préjugé de culpabilité des services d'instruction ressort de plusieurs éléments qu'elles ont détaillés dans leurs observations en réponse au rapport et qu'elles énoncent à nouveau comme étant les suivants :

« - le constat d'une position dominante dans le chef de la société Umicore France avant même que ne soit défini le marché sur lequel cette prétendue dominance trouverait à s'exercer (et même avant toute évaluation préliminaire et avant instruction

...

Enfin, il ne peut être reproché aux rapporteurs d'avoir retenu les éléments « à charge » des entreprises et écarté les éléments que celles-ci invoquaient à leur décharge, dès lors qu'ils ont pour fonction d'instruire et de décrire dans la notification de griefs, puis dans le rapport, ce qui à leurs yeux doit conduire à la qualification et à la sanction de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité ayant en charge d'examiner le bien-fondé des éléments ainsi retenus. À ce titre, seule la déloyauté dans l'interprétation ou la présentation des pièces, ou encore dans la façon d'interroger les personnes en cause ou les tiers, peut conduire à constater une atteinte aux droits de la défense des parties, ce qui n'est en l'espèce nullement démontré.

C'est ainsi à juste titre que le collège de l'Autorité a écarté les critiques développées précédemment au motif que celles-ci portaient, sous couvert d'une prétendue déloyauté, sur des questions de fond.

L'article 6 §1 de la CEDH

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ...

La cour européenne distingue l'impartialité objective de l'impartialité subjective, laquelle est présumée :

Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime

CEDH, 1er octobre 1982, Piersack c. Belgique, n° 8692/79, § 30.

CEDH 27 septembre 2011 Menarini Diagnostics c/Italie ,43509/08

L' article 6§3 de la CEDH

3. Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience

L'article 47 de la charte des droits fondamentaux

Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

L'article R. 463-11 du code de commerce :

Le rapport soumet à la décision de l'Autorité de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés.

Observations

Il revient à la chambre, au regard des griefs présentés devant la cour d'appel d'apprécier si le moyen, qui évoque l'atteinte au principe d'impartialité, au visa de l'article 6§3 de la convention européenne des droits de l'homme et 47 de la charte des droits fondamentaux, en ce que les services d'instruction ont mentionné une position dominante avant la fin de l'instruction est nouveau ; à défaut, il lui revient de se prononcer sur la motivation de la cour d'appel qui a décrit les rôles respectifs du rapporteur et du collège.

4.6 La détermination du marché pertinent

4.6.1 Les sociétés Umicore font grief à l'arrêt, qui a écarté pour dénaturation de la décision de l'Autorité, le grief des sociétés Umicore, d'avoir elle-même dénaturé cette décision en retenant que le paragraphe litigieux de la décision relève seulement que les résultats du sondage apparaissent en contradiction avec les comportements observés au moment de la hausse des prix, quand la décision déférée relevait aussi que ce sondage ne permet pas de rendre compte du degré de substitutabilité entre matériaux tel qu'on l'entend en droit de la concurrence .

La décision de l'Autorité

505. Pour ce qui concerne le sondage I+C de juillet 2014, il a été réalisé auprès d'architectes qui utilisent le zinc comme matériau de couverture de façon marginale, 76 % d'entre eux déclarent qu'ils ne l'utilisent jamais (cote 27247). Mais surtout, ce sondage ne permet pas de rendre compte du degré de substitutabilité entre matériaux tel qu'on l'entend en droit de la concurrence puisque la question posée (« Dans le cadre de vos réalisations/chantiers, pensez-vous que le zinc est substituable dans ses applications d'évacuation des eaux pluviales ? ») repose sur une acception erronée de la notion de « substitutabilité », appréhendée dans l'absolu, sans référence à un prix de départ et à une hausse des prix déterminée. Une telle appréhension de la substitutabilité est trop approximative pour être utilement mobilisée. Enfin, les résultats de ce sondage apparaissent en contradiction totale avec les comportements réellement observés au moment de la hausse du prix des produits de couverture en zinc (paragraphe 461 et s.).

Ce grief n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation dès lors que sous couvert d'un grief infondé de dénaturation, il dénature lui-même la réponse de la cour d'appel qui, en utilisant le terme "seulement" n'a pas écarté les autres motivations de la décision, soit le défaut de référence au prix, pour justifier la mise à l'écart du sondage .
La cour d'appel précise d'ailleurs que la question de la substitutabilité a été posée de manière insuffisamment précise aux personnes interrogées pour que les réponses puissent être exploitées (arrêt p.140)

4.6.2 La détermination du marché de produit

Les sociétés Umicore reprochent à l'arrêt

a) sur le marché des produits destinés à la couverture

- de n'avoir pas tiré les conséquences de ses constatations pour s'être fondé sur les seules caractéristiques du segment de la rénovation et retenir que le zinc n'est pas substituable aux autres matériaux ,tout en retenant que le segment de la rénovation ne représente que 55% de la superficie de zinc posé en couverture et qu'en 2011 le zinc a représenté en France 3,5% des produits de couverture, tous matériaux confondus et 8,5% des produits de couverture en métal

- un manque de base légale pour avoir retenu qu'il existe un marché spécifique de la couverture en zinc, tout en constatant que le zinc est peu substituable dans le seul secteur de la rénovation, qu'il n'existe pas de règle générale prescrivant le remplacement à l'identique, de sorte que le remplacement par un autre matériau était possible.

b) sur les marchés destinés à l'EEP de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses constatations pour avoir défini le marché pertinent comme celui des EEP, tout en constatant que le zinc n'était pas substituable à d'autres matériaux pour certains usages seulement.

L'Autorité a retenu, concernant le marché du zinc laminé destiné à la couverture,

- qu'une flambée du cours du zinc n'a pas conduit à un report de la demande vers d'autres produits,
 - que sur le segment de la rénovation, qui correspond à une part substantielle des tonnages de produits de couverture en zinc, la substituable est limitée compte tenu de la nécessité de remplacer le zinc par le zinc,
 - que la faible substituable ressort également des documents internes de la société Umicore France
 - que le défaut de substituable résulte de l'analyse des caractéristiques intrinsèques des produits de couverture
- (décision rappelée à l'arrêt § 106)

Sur le marché des produits EEP, elle a retenu que la substituable résulte d'un faisceau d'indices et constaté

- l'absence d'effet d'une forte hausse des cours
 - la variation des écarts de prix entre les produits en zinc et ceux en PVC n'a pas d'incidence sur les quantités vendues
 - selon les caractéristiques intrinsèques, il n'y a pas substituable entre les produits en zinc et en PVC ou en aluminium
 - les produits en zinc suivent un circuit de distribution propre
 - les documents internes de la société Umicore sont établis sur la seule base de produits en zinc
- (décision rappelée à l'arrêt § 107).

Éléments de discussion

La définition du marché pertinent en termes de marché de produit et de marché géographique a d'abord été posée par les décisions de la Commission qui a fait la synthèse de sa jurisprudence dans une communication. Cette communication, comme celles de la Commission est un instrument de soft law qui ne s'impose pas au juge mais que ce dernier doit prendre en compte pour éclairer sa décision. Cette communication qui donne des éléments en droit européen de la concurrence n'en inspire pas moins très largement les décisions rendues en droit national de la concurrence (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03).

La communication précise :

7 Les règlements adoptés sur la base des articles 85 et 86 du traité, en particulier la section 6 du formulaire A/B en ce qui concerne le règlement no 17 et la section 6 du formulaire CO en ce qui concerne le règlement (CEE) no 4064/89 sur le contrôle des opérations de concentration de dimension communautaire, donnent les définitions suivantes du marché de produits en cause:

Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

..

Sur le test de l'augmentation de prix, elle indique :

15. L'appréciation de la substituable de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette

détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. L'exercice de définition du marché est axé sur les prix pour des raisons opérationnelles et pratiques et, plus précisément, sur la substitution du côté de la demande que pourraient entraîner des variations légères mais permanentes des prix relatifs. Ce test peut fournir des indications claires sur les éléments pertinents pour la définition des marchés.

16. Ainsi conçue, cette approche permet, en partant du type de produits que les entreprises en cause vendent et du territoire sur lequel elles les vendent, d'inclure ou non dans la définition du marché des produits et des territoires supplémentaires, selon que la concurrence exercée par ces autres produits et territoires influe à court terme suffisamment ou non, y compris en la limitant, sur la stratégie des parties en matière de fixation des prix.

17. La question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits et la zone géographique retenus soient tels qu'il devienne rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs. On applique une analyse équivalente aux opérations concernant la concentration de la puissance d'achat où le point de départ de l'analyse serait alors le fournisseur et le test du prix permet de savoir quels autres circuits de distribution ou quels autres points de vente le fournisseur peut utiliser pour écouler ses produits. En application de ces principes, certaines situations particulières comme celles décrites aux points 56 et 58 devraient être soigneusement prises en compte.

...

Elle donne des éléments sur les tests de définition du marché produit et la mise en avant de la nécessaire souplesse :

25. Il existe tout un faisceau d'éléments qui permettent d'apprécier jusqu'à quel point la substitution pourrait s'opérer. Dans certains cas, certains types d'éléments seront déterminants, en fonction surtout des caractéristiques et spécificités du secteur et des produits ou services considérés. Dans d'autres cas, ces mêmes types d'éléments peuvent être sans intérêt. Le plus souvent, la décision devra être prise sur la base d'un certain nombre de critères et d'éléments d'appréciation différents. La Commission adopte une approche souple, en se fondant sur des éléments empiriques et en exploitant toutes les informations dont elle dispose et qui peuvent lui être utiles pour l'appréciation des cas concrets. Elle ne suit pas un ordre hiérarchique rigide des différentes sources d'information ou des différents types d'éléments de preuve.
(souligné par nous)

26. La démarche suivie pour définir les marchés en cause peut se résumer comme suit: en se fondant sur la première information disponible ou sur les renseignements communiqués par les entreprises en cause, la Commission est habituellement en mesure de déterminer grosso modo les marchés de produits possibles, dans le cadre desquels elle devra apprécier, par exemple, une opération de concentration, une restriction de concurrence, etc. De manière générale et pour des raisons d'ordre pratique lorsqu'elle examine des cas concrets, il lui faut trancher entre un petit nombre de marchés en cause possibles. Ainsi, la question qu'elle se pose souvent pour définir un marché de produits est de savoir si un produit A et un produit B appartiennent ou non au même marché de produits. Il suffit fréquemment d'inclure le produit B dans la définition du marché pour que disparaissent les problèmes qu'une opération soulève sous l'angle de concurrence.

27. Il n'est pas nécessaire, dès lors, de déterminer si le marché comprend également d'autres produits et de délimiter de manière définitive le marché de produits. Si, en tenant compte des différents marchés en cause possibles, l'opération ne pose aucun problème sous l'angle de la

concurrence, la question de la définition du marché est laissée en suspens, ce qui limite le nombre d'informations à fournir par les entreprises.

Observations

Il revient ainsi à la chambre, au regard de la méthode de détermination du marché du produit proposée par la communication, d'apprécier le bien-fondé des griefs de violation de la loi ; il lui revient ce faisant de déterminer ce qui, dans cette détermination relève du pouvoir souverain des juges du fond, de son contrôle léger et de son contrôle lourd ; il lui revient, à cet égard, de distinguer les questions méthodologiques de celles relatives à la vérification des différents indices de détermination du marché de référence.

4.7 La position dominante

Les sociétés Umicore reprochent à l'arrêt de n'avoir pas retenu la puissance d'achat compensatrice des distributeurs pour écarter la caractérisation d'une position dominante, en se fondant sur la forte préférence des clients des distributeurs pour la marque VM zinc .

Elles avancent que certains revendeurs ne distribuaient pas de produits Umicore, que la vente de ces produits n'était donc pas indispensable et qu'il était possible de changer aisément de fournisseur.

Elles soutiennent qu'il revenait à la cour d'appel d'apporter la preuve que les clients finaux étaient attachés à la marque, plus qu'au distributeur, et qu'elle ne pouvait ainsi se contenter de retenir qu'il est loin d'être exclu que les clients se reporteraient vers d'autres fournisseurs.

L'Autorité répond que la cour d'appel, après avoir constaté l'importance des parties de marché au cours de la période de mise en oeuvre des pratiques sur les deux marchés litigieux, et complété cet indice par quatre autres (la forte notoriété de la société Umicore, la reconnaissance de la position dominante par son personnel, le recours par la profession au prix d'Umicore comme référence de tarification, le maintien de ses parts de marché malgré des prix supérieurs à ceux de ses concurrents), a bien examiné la puissance d'achat des clients et les cas de rupture, mais retenu qu'elle n'était pas compensatrice du fait de la préférence des clients pour la marque VM Zinc et de la difficulté pour un distributeur de changer de fournisseur.

Elle ajoute que le défaut de caractère compensatoire de la puissance d'achat ne résulte pas seulement du motif selon lequel il n'est pas prouvé que les clients ne changeraient pas de fournisseur en cas de déréférencement.

Eléments du débat

La caractérisation de la position dominante d'une entreprise passe certes d'abord par le critère de sa part de marché sur le marché relevant, mais même cette première indication peut être revue par d'autres critères, notamment par celui de la puissance de marché des concurrents et des clients qui peuvent exercer sur l'entreprise une pression concurrentielle.

C'est ce que prévoit la communication de la commission relative aux Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE [devenu 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes; comme toutes les communications en droit de la concurrence , il s'agit d'un instrument de *soft law* qui ne s'impose pas au juge mais que ce dernier doit prendre en compte pour éclairer sa décisions; cette communication porte sur le droit substantiel de la concurrence en précisant les éléments de la notion d'abus de position dominante :

La pression concurrentielle peut être exercée non seulement par les concurrents actuels ou potentiels, mais également par les clients. Il est possible que même une entreprise détenant une part de marché élevée ne soit pas en mesure d'avoir un comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses clients disposant d'un pouvoir de négociation suffisant. Cette puissance d'achat compensatrice peut résulter de la taille des clients ou de leur importance commerciale pour l'entreprise dominante, ainsi que de leur capacité de changer

rapidement de fournisseur, de favoriser de nouvelles entrées ou de s'intégrer verticalement, ou de menacer de manière crédible de le faire. Si la puissance compensatrice est d'une ampleur suffisante, elle peut dissuader ou empêcher toute tentative de l'entreprise d'augmenter rentablement les prix. La puissance d'achat ne saurait toutefois pas constituer une pression effective suffisante si elle se limite à protéger un segment particulier ou restreint de la clientèle, du pouvoir de marché de l'entreprise dominante

Communication publiée au JOUE 24 févr. 2009, n° C 45, point 18

Observations

Il revient à la chambre au regard de la méthode de caractérisation de la position dominante par la méthode du faisceau d'indices, dont la prise en compte de la puissance d'achat des clients, d'apprécier le bien-fondé des griefs.

4.8 L'abus de position dominante

Le débat entre les parties

Les sociétés Umicore font grief à l'arrêt d'avoir retenu que les mesures prises par elles, soit le système de bonification élaboré de façon à inciter la fidélité et la loyauté et la mise en avant d'une gamme, constituaient *per se* des abus, sans une analyse suffisante des circonstances (1^{ère} branche), sans analyser la capacité d'éviction des concurrents (2^{ème} branche), sans utiliser le test du concurrent au moins aussi efficace qu'elles avaient produit, en présumant les obstacles des concurrents (3^{ème} branche), et sans déterminer si la politique commerciale était capable de produire un effet d'éviction des concurrents (4^{ème} et 5^{ème} branches).

Elles se fondent sur l'arrêt Intel qui, selon elles, ne retient plus une approche formelle, soit un abus *per se*, comme le faisait l'arrêt Hoffmann Laroche et impose une analyse des effets, même en présence d'un engagement d'exclusivité, et citent, dans le même sens, pour les pratiques discriminatoires, l'arrêt MEO.

Elles proposent de poser une question préjudicielle à la cour de justice en ces termes :

1. *Aux fins d'application de l'article 102 du TFUE tel qu'interprété par la Cour de Justice (arrêts Intel du 6 septembre 2017, aff. C-413/14 P et MEO du 19 avril 2018, aff.C-525/16) une autorité nationale de concurrence peut-elle conclure à l'existence d'un abus de position dominante consistant en des obligations d'achat exclusif ou quasi exclusif et sanctionner celui-ci sans examiner l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce ?*

2. *Aux fins d'application de l'article 102 du TFUE tel qu'interprété par la Cour de Justice (arrêts Intel du 6 septembre 2017, aff. C-413/14 P et MEO du 19 avril 2018, aff.C-525/16) une autorité nationale de concurrence peut-elle conclure à l'existence d'un abus de position dominante consistant en des obligations d'achat exclusif ou quasi exclusif et sanctionner celui-ci après avoir refusé d'analyser la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces inhérente à la pratique abusive en cause, alors même que l'entreprise a soutenu au cours de la procédure administrative (notamment par les résultats d'un test du concurrent aussi efficace) que sa politique commerciale n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés ?*

L'Autorité répond que la critique selon laquelle la cour d'appel n'aurait pas suffisamment examiné si la politique commerciale mise en œuvre était susceptible de produire un effet anticoncurrentiel est fondée sur une majeure erreur en ce que la cour serait tenue d'examiner l'ensemble des circonstances de l'espèce et la capacité d'éviction des concurrents au moins aussi efficaces dans tous les cas où une entreprise soutient que sa politique commerciale n'avait pas eu la capacité de restreindre la concurrence.

La référence à l'arrêt Intel est inopérante dès lors que la cour d'appel a considéré que les pratiques ne se bornaient pas à l'application de remises d'exclusivité ou fidélisantes mais constituaient une politique commerciale d'ensemble visant notamment à dissuader, voire à empêcher, les distributeurs d'offrir des produits concurrents.

En réponse à la première branche :

. elle oppose que la critique manque en fait, la cour d'appel n'ayant pas qualifié le système de bonification de "nécessairement abusif" et **ayant censuré une stratégie commerciale composée de différentes pratiques** consistant à lier les centres VMZinc et certaines grandes

enseignes de distribution par des obligations d'achat exclusif ; elle a ainsi vérifié si cette politique commerciale, prise dans son ensemble, pouvait être qualifiée d'abusives ; elle ajoute qu'en tout état de cause la cour d'appel a consacré des développements substantiels à la démonstration des effets de la pratique en retenant le verrouillage de l'accès à la distribution de premier niveau et de l'accès aux grandes enseignes de la distribution de produits de zinc, de sorte qu'elle n'a pas retenu une infraction per se.

En réponse à la seconde branche, elle soutient que la référence à l'arrêt Intel et à la méthode mise en avant par cet arrêt, sont sans portée dès lors que la cour d'appel a statué sur une politique commerciale d'ensemble et non sur des rabais d'exclusivité.

En réponse à la troisième branche, elle soutient que la critique manque en fait dès lors que la cour d'appel a constaté que le test du concurrent aussi efficace est fondé sur l'examen du prix, de sorte que son recours n'était pas approprié dans l'hypothèse de l'espèce, soit d'une politique globale non tarifaire, empêchant l'approvisionnement auprès de concurrents par diverses clauses et mesures de surveillance et de rétorsion ; en effet, les concurrents aussi efficaces, et en outre moins connus et moins réputés que la société Umicore France, pussent-ils compenser la perte pour leur clients des avantages financiers, se heurteraient toujours à l'insistance de la société Umicore France auprès de ses clients pour une distribution exclusive de ses produits, à l'interdiction contractuelle de promouvoir des produits concurrents, au respect de la clause de stock.

En réponse à la quatrième branche, elle évoque la jurisprudence de la Cour de justice aux termes de laquelle le recours au test du concurrent aussi efficace n'est pas obligatoire, d'autant plus que les pratiques étudiées ne sont pas tarifaires ; elle ajoute que la cour d'appel a retenu que la politique commerciale litigieuse a bien eu des effets d'éviction des concurrents au moins aussi efficaces.

En réponse à la cinquième branche, l'Autorité oppose que le grief repose sur le postulat erroné selon lequel la bonification serait la pratique litigieuse.

Enfin l'Autorité s'oppose à la demande de question préjudicielle en ce que les arrêts invoqués sont sans lien avec les pratiques litigieuses et en ce qu'il n'existe pas de difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union.

Les sociétés Umicore répliquent que la jurisprudence Intel ne se limite pas aux seules pratiques tarifaires et que l'abus reproché constitue, quoi qu'il en soit, une pratique tarifaire, soit "une obligation d'achat exclusif sanctionnée par une politique tarifaire".

Eléments du débat

La position dominante en tant que telle n'est pas sanctionnée, il est en effet nécessaire de rapporter la preuve d'un abus ;

La Commission européenne a publié des lignes directrices sur la question des abus, en identifiant en particulier les abus par éviction et en distinguant les pratiques d'achat exclusif et de rabais conditionnels ; il s'agit à nouveau d'un instrument de soft law précisant le droit substantiel de la concurrence qui, sans s'imposer au juge, doit relever des éléments qu'il prend en compte pour éclairer sa décision :

a) Achat exclusif

33. Le consommateur lié par une obligation d'achat exclusif sur un marché donné doit s'approvisionner exclusivement ou dans une large mesure auprès de l'entreprise dominante. Certaines autres obligations, comme les obligations de stockage, qui ne constituent pas à proprement parler une obligation d'achat exclusif, peuvent dans la pratique avoir le même effet (24).

34. Pour convaincre les clients d'accepter le régime de l'achat exclusif, il se peut que l'entreprise dominante doive les indemniser en tout ou en partie pour la perte de concurrence résultant de l'exclusivité. Lorsque cette indemnisation est cordée, il peut être dans l'intérêt du client de

passer un accord d'achat exclusif avec l'entreprise dominante. Il serait toutefois erroné d'en déduire automatiquement que toutes les obligations d'achat exclusif, prises collectivement, sont globalement intéressantes pour les consommateurs, notamment ceux qui ne sont pas encore clients de l'entreprise dominante, et pour les consommateurs finals. La Commission concentrera son attention sur les affaires dans lesquelles les consommateurs dans leur ensemble risquent de ne pas y trouver leur avantage. Cela sera notamment le cas lorsque les clients sont nombreux et que les obligations d'achat exclusif de l'entreprise dominante, prises collectivement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes.

35. Outre ceux qui sont mentionnés au point 20, les facteurs suivants revêtiront d'une manière générale une importance particulière pour déterminer si la Commission interviendra à l'égard d'accords d'achat exclusif.

36. Les obligations d'achat exclusif risquent plus particulièrement de produire des effets d'éviction anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle est exercée par les entreprises qui, soit ne sont pas encore présentes sur le marché au moment de la conclusion de ces accords, soit ne sont pas en mesure d'entrer en concurrence pour l'approvisionnement total des clients. Les concurrents peuvent ne pas être à même d'entrer en concurrence pour la demande totale d'un client donné parce que l'entreprise dominante est un partenaire commercial inévitable au moins pour une partie de la demande sur le marché, par exemple du fait que sa marque est un «produit incontournable» préféré par un grand nombre de consommateurs finals ou que les contraintes de capacité pesant sur les autres fournisseurs sont telles qu'une partie de la demande ne peut être satisfaite que par le fournisseur dominant (25). Si les concurrents peuvent se disputer sur un plan d'égalité la demande totale de chaque consommateur, les obligations d'achat exclusif sont normalement peu susceptibles d'entraver une concurrence effective, sauf si la durée de cette obligation rend tout changement de fournisseur difficile pour les clients. En règle générale, la probabilité d'effets d'éviction augmente avec la durée de l'obligation. Toutefois, si l'entreprise dominante est un partenaire commercial incontournable pour la plupart ou la totalité des consommateurs, même une obligation d'achat exclusif de courte durée peut entraîner une éviction anticoncurrentielle.

b) Rabais conditionnels

37. Les rabais conditionnels sont accordés aux consommateurs pour les récompenser d'une forme particulière de comportement d'achat. Sous leur forme habituelle, les rabais conditionnels consistent à accorder au consommateur un rabais si ses achats pendant une période donnée dépassent un certain seuil; le rabais étant accordé soit sur la totalité des achats (rabais rétroactifs), soit uniquement sur ceux qui dépassent le volume requis pour atteindre le seuil fixé (rabais progressifs). Les rabais conditionnels ne sont pas rares. Les entreprises peuvent les offrir pour attirer la clientèle, et ils peuvent, en tant que tels, stimuler la demande et être profitables aux consommateurs. Toutefois, lorsqu'ils sont accordés par une entreprise dominante, ces rabais peuvent également avoir des effets d'éviction actuels ou potentiels, à l'instar des obligations d'achat exclusif. Les rabais conditionnels peuvent produire ces effets sans entraîner nécessairement de sacrifice pour l'entreprise dominante (26).

38. Outre les facteurs déjà mentionnés au point 20, les éléments suivants revêtent une importance particulière pour la Commission lorsqu'elle doit déterminer si un système donné de rabais conditionnels risque d'entraîner une éviction anticoncurrentielle et, par conséquent doit s'inscrire parmi ses priorités en matière d'application.

39. Comme pour les obligations d'achat exclusif, la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle est plus forte lorsque les entreprises ne sont pas en mesure de se faire concurrence à armes égales pour la totalité de la demande de chaque client. Un rabais conditionnel accordé par une entreprise dominante peut lui permettre d'utiliser la part non disputable de la demande de chaque consommateur (c'est-à-dire le volume qui serait de toute façon acheté par le client auprès de l'entreprise dominante) comme levier pour baisser le prix à acquitter pour la partie disputable de la demande (c'est-à-dire le volume pour lequel le consommateur préférera et pourra peut-être trouver des remplaçants) (27).

40. D'une manière générale, les rabais rétroactifs peuvent provoquer un verrouillage substantiel du marché, car il est moins intéressant pour les clients de changer de fournisseur pour de petits volumes s'ils perdent de ce fait les rabais rétroactifs (28). L'effet d'éviction potentiel de ces rabais est normalement le plus marqué sur la dernière unité du produit achetée avant de franchir le seuil fixé. Toutefois, l'élément à retenir, du point de vue de la Commission, pour apprécier l'effet de fidélisation d'un rabais n'est pas simplement l'effet sur la concurrence pour fournir la dernière unité, mais l'effet d'éviction du système de rabais sur les concurrents (actuels ou potentiels) du fournisseur dominant. La probabilité d'une éviction de concurrents actuels ou potentiels est d'autant plus forte que le rabais représente un pourcentage élevé du prix total, que le seuil est élevé et que l'incitation est forte en-deçà du seuil.

41. En appliquant la méthode exposée aux points 23 à 27, la Commission entend examiner, dans la mesure où les données sont disponibles et fiables, si le système de rabais permet d'entraver l'expansion ou l'entrée même de concurrents aussi efficaces en renforçant la difficulté pour eux de couvrir une partie des besoins des différents clients. Dans ce contexte, la Commission estimera le prix qu'un concurrent devrait offrir pour indemniser le client pour la perte du rabais conditionnel si ce dernier retirait à l'entreprise dominante une partie de sa demande (la «fraction pertinente»). Le prix effectif que le concurrent devra égaler n'est pas le prix moyen de l'entreprise dominante, mais le prix normal (catalogue), déduction faite du rabais perdu à cause du changement de fournisseur, calculé sur la fraction pertinente des ventes et la période à prendre en considération. La Commission tiendra compte de la marge d'erreur qui peut résulter des incertitudes inhérentes à cette forme d'analyse.

42. La fraction pertinente sur laquelle il y a lieu de calculer le prix effectif dans un cas donné dépend des circonstances de l'espèce et du type de rabais, progressif ou rétroactif. Pour les rabais progressifs, la fraction pertinente correspond normalement aux achats supplémentaires envisagés. Pour les rabais rétroactifs, il faudra généralement apprécier, dans le cadre du marché en cause, la part de ses besoins qu'un client peut réellement transférer à un concurrent (la «part disputable» ou la «partie disputable»). S'il est probable que les consommateurs seront désireux et capables de transférer assez rapidement une grande partie de leur demande à un concurrent (potentiel) la fraction pertinente sera sans doute assez substantielle. Si, par contre, il est probable que les clients ne voudront ou ne pourront changer de fournisseur que progressivement pour de petits volumes, la fraction pertinente sera alors relativement réduite. La capacité des concurrents existants d'augmenter leurs ventes aux consommateurs et les fluctuations de ces ventes dans le temps peuvent également fournir une indication de la fraction pertinente. En ce qui concerne les concurrents potentiels, une estimation de l'ampleur réaliste de l'entrée d'un nouveau concurrent peut être effectuée dans la mesure du possible. À titre d'indication d'une part de marché réaliste d'un nouvel entrant, les données historiques de la croissance de nouveaux entrants sur les mêmes marchés ou sur des marchés similaires peuvent être utilisées (29).

43. L'effet de fidélisation sera d'autant plus marqué que le prix effectif estimé pour la fraction pertinente est faible par rapport au prix moyen du fournisseur dominant. Toutefois, aussi longtemps que le prix effectif reste supérieur au CMLT de l'entreprise dominante, un concurrent aussi efficace pourra normalement soutenir la concurrence de manière rentable en dépit du rabais. Dans de telles circonstances, le rabais n'est normalement pas de nature à provoquer une éviction anticoncurrentielle.

44. Lorsque le prix effectif est inférieur au CME, le système de rabais pourra en règle générale évincer même des concurrents aussi efficaces. Lorsque le prix effectif se situe entre le CME et le CMLT, la Commission examinera si d'autres facteurs permettent de conclure que l'entrée ou l'expansion même de concurrents aussi efficaces risque d'être affectée. Dans ce contexte, elle étudiera si et dans quelle mesure les concurrents disposent de contre-stratégies réalistes et efficaces, comme leur capacité d'utiliser également une partie non disputable de la demande de leurs acheteurs comme levier pour faire baisser le prix pour la fraction pertinente. Lorsque les concurrents ne disposent pas de telles contre-stratégies, la Commission considérera que le système de rabais est de nature à évincer des concurrents aussi efficaces.

45. Ainsi qu'il est indiqué au point 27, cette analyse s'intégrera dans l'appréciation générale, compte tenu d'autres preuves quantitatives ou qualitatives. Il importe normalement d'examiner si le système de rabais prévoit un seuil individualisé ou standardisé. Un seuil individualisé, fondé sur un pourcentage des besoins totaux du client ou un volume cible individualisé, permet au fournisseur dominant de fixer le seuil à un niveau tel que les clients éprouveront des difficultés à changer de fournisseur, ce qui créera un effet de fidélisation maximum (30). En revanche, un seuil de volume standardisé, soit un même seuil pour la totalité de la clientèle ou une catégorie de clients, peut être trop élevé pour certains clients de taille plus réduite et/ou trop faible pour les gros clients pour avoir un effet de fidélisation. Si toutefois il est possible d'établir qu'un seuil de volume standard est proche des besoins d'une forte proportion de clients, la Commission considérera probablement que ce système standardisé de rabais peut produire des effets d'éviction anticoncurrentiels.

(Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes

OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20

Selon le tribunal de l'UE, l'effet concurrentiel de la pratique sur le marché doit être actuel ou potentiel :

Aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE [devenu 102 du TFUE], il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés. Il suffit, à cet égard, de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet (arrêts Michelin II, point 239, et British Airways/Commission, précité, [Tribunal, 17 décembre 2003, et-219/99, Rec. P. II – 100 917] point 293)

(Trib. UE, 19 avril 2012, Tomra Systems, T-155/06, point 289, confirmé par CJUE, 19 avril 2012, C-549/10).

La chambre a retenu cette même approche :

Il n'est pas requis d'établir l'effet anticoncurrentiel concret produit par les pratiques sur les marchés concernés, mais uniquement d'établir leur effet potentiel

Com., 6 janvier 2015, Orange Caraïbe, n° 13-21.305

L'évolution de la jurisprudence

L'arrêt Hoffmann Laroche a posé que l'obligation de s'approvisionner en tout ou en partie auprès d'une entreprise caractérise un abus

7. Le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier - future à leur demande - des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais. Il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante.

En effet, les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature, avec ou sans la contrepartie de rabais ou l'octroi de rabais de fidélité en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux producteurs.

CJUE Hoffman Laroche 13 février 1979, Affaire 85/76.

L'arrêt Intel met en évidence, dans l'hypothèse de **rabais**, lorsque l'entreprise poursuivie apporte la preuve de l'absence d'effets anticoncurrentiels de sa pratique, la nécessité d'une analyse non seulement de la position dominante, de la couverture géographique des pratiques, des conditions et modalités d'octroi des rabais en cause, de leur durée et leur montant mais aussi des effets des pratiques; plus précisément elle met en évidence, dans cette hypothèse, de rechercher la capacité du comportement à évincer les concurrents; l'arrêt admet en outre la possibilité pour cette entreprise de rapporter la preuve d'effets pro-concurrentiels.

133 À cet égard, il convient de rappeler que l'article 102 TFUE n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché. Cette disposition ne vise pas non plus à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché (voir, notamment, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 21 et jurisprudence citée).

134 Ainsi, tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence. Par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation (voir, notamment, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 22 et jurisprudence citée).

135 Cependant, il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur (voir, notamment, arrêts du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission, 322/81, EU:C:1983:313, point 57, ainsi que du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 23 et jurisprudence citée).

136 C'est pourquoi l'article 102 TFUE interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même, renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime (voir, en ce sens, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 25).

137 À cet égard, il a déjà été jugé que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier, fût-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 102 TFUE, soit que l'obligation est stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi d'un rabais. Il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ces achats, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante (voir arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 89).

138 Toutefois, il convient de préciser cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés.

139 Dans un tel cas, la Commission est non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions

et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces (voir, par analogie, arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, point 29).

140 L'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour l'appréciation du point de savoir si un système de rabais relevant en principe de l'interdiction de l'article 102 TFUE peut être objectivement justifié. En outre, l'effet d'éviction qui résulte d'un système de rabais, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent aussi au consommateur (arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 86). Une telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée dans la décision de la Commission qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause.

CJUE 6 septembre 2017 aff C413.14P Intel

Commentant cet arrêt un auteur parle de revirement de méthode en ce qu'une analyse des effets potentiels est nécessaire et en ce que l'entreprise poursuivie peut rapporter la preuve de ce que son comportement a des effets proconcurrentiels .

(D. Bosco, L'arrêt Intel, un grand arrêt ? *Revue CCC* 2017, comm. 227).

Un autre auteur ajoute que le terme "précise" retenu par l'arrêt , vise en fait un cas général où une entreprise poursuivie apporte la preuve de défaut d'effet anti-concurrentiel :

La « précision » introduite au point 138 de l'arrêt concerne donc le cas général où l'entreprise concernée soutient au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence.

(AL Sibony, *Concurrences* n° 4/2017, p. 90 et s.).

L'arrêt MEO met en avant cette même nécessité d'écarter tout raisonnement *per se* pour les **pratiques discriminatoires** :

Afin d'établir si une discrimination de prix pratiquée par une entreprise en position dominante vis-à-vis de ses partenaires commerciaux tend à fausser la concurrence sur le marché en aval, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé, en substance, au point 63 de ses conclusions, la seule présence d'un désavantage immédiat affectant des opérateurs qui se sont vu infliger des prix supérieurs par rapport aux tarifs applicables à leurs concurrents pour une prestation équivalente ne signifie pas pour autant que la concurrence soit faussée ou soit susceptible de l'être.

27 En effet, c'est seulement si le comportement de l'entreprise en position dominante tend, au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, à conduire à une distorsion de concurrence entre ces partenaires commerciaux, que la discrimination de partenaires commerciaux qui se trouvent dans un rapport de concurrence peut être considérée comme abusive. Dans une telle situation, il ne saurait, toutefois, être exigé que soit apportée en outre la preuve d'une détérioration effective et quantifiable de la position concurrentielle des partenaires commerciaux pris individuellement (arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 145).

28 Dès lors, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 86 de ses conclusions, **il importe d'effectuer un examen de l'ensemble des circonstances pertinentes afin de déterminer si une discrimination de prix produit ou est susceptible de produire un désavantage concurrentiel**, au sens de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE.

CJUE 19 avril 2018 aff C525/16:

L'arrêt Post Danmark

- met en évidence, dans une affaire relative à des **rabais** de la nécessité, au delà de la recherche des modalités d'octroi de rabais, de l'appréciation de l'existence éventuelle d'une stratégie d'éviction :

*Dans ces conditions, afin de déterminer si l'entreprise en position dominante a exploité de manière abusive cette position en appliquant un système de rabais tel que celui en cause au principal, la Cour a itérativement jugé qu'il faut apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et examiner si ce rabais tend, 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 ses 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 (arrêts *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 67, ainsi que *Tomra Systems e.a./Commission*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 71).*

CJUE 6 octobre 2015 aff C23/14 point 29

- L'arrêt précise que le test du concurrent le plus efficace n'est pas obligatoire
Il s'ensuit que, ainsi que Mme l'avocat général l'a relevé aux points 61 et 63 de ses conclusions, il n'est pas possible de déduire de l'article 82 CE ou de la jurisprudence de la Cour une obligation juridique de se fonder systématiquement sur le critère du concurrent aussi efficace pour constater le caractère abusif d'un système de rabais pratiqué par une entreprise en position dominante.

Cette conclusion ne doit néanmoins pas avoir pour effet d'exclure, par principe, le recours au critère du concurrent aussi efficace dans les affaires mettant en cause un système de rabais afin d'en examiner la conformité avec l'article 82 CE.

En revanche, dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, caractérisée par la détention par l'entreprise en position dominante d'une part de marché très importante et par des avantages structurels conférés notamment par le monopole légal de cette entreprise qui s'appliquait à 70 % des envois sur le marché concerné, l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace.

En outre, dans un marché, tel que celui en cause au principal, dont l'accès est protégé par d'importantes barrières, la présence d'un concurrent moins efficace pourrait contribuer à intensifier la pression concurrentielle sur ce marché et, de ce fait, à exercer une contrainte sur le comportement de l'entreprise en position dominante.

Le critère du concurrent aussi efficace doit ainsi être considéré comme un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante dans le cadre d'un système de rabais.

CJUE 6 octobre 2015 aff C23/14 point 57

Observations

Il revient à la chambre d'apprécier le bien-fondé du grief, en particulier, d'apprécier

- si la cour d'appel s'est référée à l'effet anticoncurrentiel per se du système de bonification pour fonder sa décision
- si la cour d'appel devait s'inscrire dans la jurisprudence Intel et MEO eu égard aux pratiques reprochées, qualifiées de politique globale ; dans l'affirmative si elle s'y est inscrite, si elle a elle-même vérifié que le comportement de la société Umicore France avait la capacité d'éviction des concurrents aussi efficaces, sans cependant recourir au test du concurrent le plus efficace.
- il lui revient d'apprécier, au regard des éléments de la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne, notamment de l'arrêt Intel relative aux pratiques d'éviction, dont les rabais, l'opportunité de poser la question préjudicielle proposée.

4.9 La valeur des ventes à prendre en compte

Les sociétés Umicore reprochent à l'arrêt

- d'avoir intégré dans la valeur des ventes les ventes aux façonniers et distributeurs qui n'ont pas le statut de VM Zinc, au prétexte que la pratique a renforcé la position dominante et ainsi impacté les ventes aux façonniers et distributeurs qui n'ont pas ce statut, tandis que les sociétés Umicore n'ont été condamnées que pour les pratiques à l'égard d'autres acheteurs

- d'avoir inversé la charge de la preuve en retenant que les sociétés Umicore devaient rapporter la preuve que la valeur des ventes retenue comportait des éléments sans lien avec l'infraction
- d'avoir retenu que les produits de façade et ornement constituent des marchés distincts tout en retenant qu'il importe peu que les produits de façade aient été inclus dans la valeur des ventes des produits EEP plutôt que dans celle des produits de couverture, dès lors que l'Autorité a établi une moyenne des ventes réalisées sur ces deux marchés.

L'Autorité répond qu'elle a toute latitude pour déterminer la méthode, dès lors qu'elle n'est pas prévue par la loi, dans la limite d'un maximum et du respect du principe de proportionnalité ; elle a ajouté que selon la jurisprudence de la cour d'appel de Paris la valeur des ventes à prendre en compte est celle des ventes réalisées sur le marché pertinent et que la question relève du pouvoir souverain des juges du fond.

En tout état de cause, il n'est pas nécessaire d'établir que les ventes prises en compte aient un lien direct avec l'infraction ; il suffisait ainsi à la cour d'appel de retenir que les façonniers et les distributeurs étaient concernés par la pratique puisque relevant du même marché sur lequel la société Umicore France avait pu renforcer sa position dominante.

Elle écarte le grief d'inversement de charge de la preuve en ce qu'il revenait à Umicore de contester la définition des marchés retenue par la société Umicore.

Sur la troisième branche elle invoque une erreur de plume : la cour d'appel se référait aux produits accessoires et profilés, et non aux ventes de produits d'ornement et de façade, ce qui caractérise une erreur de plume ; en effet, elle répondait à l'argument de la société Umicore, qui faisait valoir que le chiffre d'affaires relatif aux accessoires et profilés ne pouvait être inclus dans l'assiette du calcul du montant de base, ces produits ne relevant d'aucun des marchés définis..

Les éléments du débat

L'Autorité a retenu dans sa décision :

952 Ainsi, la valeur des ventes à retenir en l'espèce doit être déterminée à partir du chiffre d'affaires relatif aux produits en zinc de couverture et EEP, y compris les « accessoires » et les « profilés » qui appartiennent au marché pertinent des produits EEP sur lequel la pratique a produit ses effets (voir définition des marchés pertinents). Elle inclut également le segment du zinc laminé destiné aux façonniers qui appartient au marché des produits de couverture en zinc. Les ventes d'« ornements » et « façades » doivent toutefois être exclues de la valeur des ventes dans la mesure où elles sont réalisées sur des marchés distincts.

953. En outre, la valeur des ventes ne doit pas être circonscrite au seul chiffre d'affaires réalisé par Umicore avec les centres VM Zinc, mais inclure toutes les ventes d'Umicore sur les marchés concernés, y compris celles réalisées avec des centres autres que VM Zinc. La pratique en cause a en effet freiné le développement des concurrents sur le marché français des produits de couverture en zinc et celui des produits EEP en zinc considérés dans leur ensemble et a permis à Umicore de préserver sa position dominante sur ces marchés.

Les conclusions de la société Umicore et la réponse de la cour d'appel

Au point 223 de ses conclusions, la société Umicore contestait l'intégration du chiffre d'affaires des accessoires et profilés au montant de base en soutenant que ces produits n'étaient pas suffisamment décrits et ne relevaient d'aucun des deux marchés retenus.

La cour d'appel reprend le grief au paragraphe 163 de sa décision ((la société Umicore critique la décision en ce qu'elle a intégré les accessoires et profilés dans le marché des produits EEP) ; elle répond que l'Autorité a suffisamment justifié leur intégration dans le marché EEP et qu'il n'est pas prouvé que certains de ces produits ne seraient pas liés à l'EEP ou en seraient accessoires ; elle ajoute que la question de leur intégration dans le montant de base de la sanction est distincte; elle répond à la question aux points 348 et suivants : elle répond d'abord à l'intégration des ventes des façonniers et distributeurs sans statut puis, mais sans annoncer de titre, elle répond à l'autre grief relatif à la question des accessoires et profilés en évoquant cependant les produits de façades.

La valeur des ventes

Il s'agit d'un élément pris en compte pour déterminer le montant de base de la sanction aux termes du communiqué sanction, lequel est un instrument de soft law et, à ce titre, sans s'imposer au juge, s'impose à l'Autorité qui l'a édicté.

La détermination de la sanction relève de l'autonomie procédurale et résulte ainsi de l'article L. 464-2 du code de commerce ; pour autant, le droit de l'Union européenne sert cependant de guide dans une perspective d'harmonisation des procédures.

L' article 464-2 dispose que :

I. [...] [L'Autorité de la concurrence] peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».

En droit européen, l'article 23 du règlement 1/2003 ne fait pas davantage référence à la valeur des ventes et dispose au paragraphe 3 :

Pour déterminer le montant de l'amende , il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci;

Le texte de droit français étant peu disert sur les éléments pris en compte dans la détermination de la sanction, l'Autorité, à l'instar de la Commission européenne qui a publié des lignes directrices sur les sanctions, a publié un communiqué visant à donner aux entreprises la méthode et les éléments de son analyse.

Le communiqué sanction de l'Autorité du 16 mai 2011

Le communiqué précise la méthode qui consiste à retenir un montant de base, à l'individualiser selon les entreprises, à le reprendre en fonction de réitération, à l'ajuster selon différents éléments (point 21):

La méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en oeuvre ces critères au cas par cas, dans l'ordre prévu par le code de commerce, est la suivante. L'Autorité détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme en cause, en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui concernent tous deux l'infraction ou les infractions en cause (A). Ce montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme en cause, à l'exception de la réitération dont la loi a fait un critère autonome (B). Il est augmenté par la suite, pour chaque entreprise ou organisme concerné, en cas de réitération (C). Le montant ainsi obtenu est comparé au maximum légal, avant d'être réduit pour tenir compte, le cas échéant, de la clémence, puis ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme qui en a fait la demande (D).

L'objectif de transparence est précisé dans le communiqué :

La publication du présent communiqué, prévue par la loi dans la mesure où celui-ci revêt aux yeux de l'Autorité le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative, vise à accroître la transparence, en faisant connaître par avance la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L.464-2 du code de commerce.

Ce communiqué permet aux intéressés de mieux comprendre comment sont fixées les sanctions pécuniaires, ainsi qu'aux juridictions de contrôle d'en vérifier plus aisément la détermination. Le communiqué en précisant le calcul du montant de base de la sanction pécuniaire introduit la prise en compte d'une proportion de la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction, préférée au chiffre d'affaires sans rapport avec l'ampleur de l'infraction et le poids relatif de chaque participant :

Pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retient, comme montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes, réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits ou de services en relation avec l'infraction ou, s'il y a lieu, les infractions en cause. La valeur de ces ventes constitue en effet une référence appropriée et objective pour déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire, dans la mesure où elle permet d'en proportionner au cas par cas l'assiette à l'ampleur économique de l'infraction ou des infractions en cause, d'une part, et au poids relatif, sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s), de chaque entreprise ou organisme qui y a participé, d'autre part.

Elle est donc retenue par l'Autorité, à l'instar d'autres autorités de concurrence européennes, de préférence au chiffre d'affaires total de chaque entreprise ou organisme en cause, qui peut ne pas être en rapport avec l'ampleur de ces infractions et le poids relatif de chaque participant sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s) [...]

La référence prise par l'Autorité pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie est la valeur de l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l'infraction, ou s'il y a lieu avec les infractions, vendus par l'entreprise ou organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle-ci, sous réserve du point 37 ci-dessous. La qualification de l'infraction ou des infractions effectuées par l'Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services.

La jurisprudence de la chambre

La chambre a retenu le pouvoir souverain du juge du fond dans la détermination de l'assiette des ventes :

qu'ayant constaté que l'Autorité avait retenu, comme assiette de la sanction individuelle infligée à chacune des entreprises, la valeur des ventes des produits en relation avec l'infraction effectuées par chacune d'entre elles pendant un exercice donné, l'arrêt retient qu'au regard des caractéristiques des pratiques poursuivies, visant à empêcher les meuniers allemands d'exporter de la farine en sachets vers la France et les meuniers français d'en exporter vers l'Allemagne, l'Autorité a, à juste titre, pris en considération tant la valeur des ventes réalisées en France que celle des ventes intervenues en Allemagne, les seules ventes effectuées en France ne reflétant pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif des entreprises impliquées ; qu'en cet état, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la proportionnalité des sanctions que la cour d'appel a estimé que l'assiette retenue par l'Autorité comme montant de base du calcul des sanctions devait être validée (Com., 8 novembre 2016, n° 14-28.234 et a., Grands Moulins de Paris et a.).

Dans l'affaire L'Oreal, la question se posait de l'intégration dans la valeur des ventes des ventes d'une filiale de L'Oreal qui n'était pas poursuivie **comme auteur**, à la différence d'une autre filiale, qui avait participé aux réunions. **Les informations relatives à cette filiale avaient été communiquées** par L'Oreal dans le cadre des réunions et faisaient partie des informations échangées. Fallait-il retenir un critère personnel en intégrant la valeur des ventes des seuls auteurs, en écartant les ventes de la filiale ou un critère matériel en intégrant les ventes des sociétés dont les informations avaient été échangées et qui avaient permis la majoration des prix aux consommateurs?

La cour a retenu le premier critère, cassant l'arrêt de la cour d'appel au motif que les ventes d'une société auxquels les griefs n'avaient pas été notifiés, ne pouvaient être prises en compte dans la valeur des ventes :

Vu l'article L 464-2 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société L'Oréal au paiement de la somme de 189 494 000 euros , la société Lascad étant solidairement responsable du paiement de cette somme à hauteur de 40 784 000 euros, l'arrêt retient par motifs propres et adoptés, que la société L'Oréal, société faîtière du groupe, avait participé à l'infraction en communiquant des informations stratégiques sur les déterminants de ses prix et de ceux des sociétés Lascad, et Gemey Maybelline Garnier, de sorte que c'est à juste titre que l'Autorité a pris en compte, au titre de la valeur des ventes, le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des sociétés du groupe L'Oréal en commercialisant les produits d'hygiène auprès des enseignes de la grande distribution, en ce compris celui réalisé par la société Gemey Maybelline Garnier, peu important que cette dernière n'ait pas participé comme auteur à l'infraction;

Qu'en statuant ainsi, en incluant dans l'assiette de la sanction de la société L'Oréal la valeur des ventes réalisée par la société Gemey à laquelle aucun grief n'avait été notifié, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

com 17 février 2019 n°16-26.472

La cour s'est également prononcée sur cette question dans l'affaire des papiers peints relativement au statut des sociétés mono-produit ; il était reproché à la cour d'appel d'avoir comparé la valeur des ventes de papiers peints de toutes les sociétés du groupe AS Création, et non pas seulement, respectivement, de la société MCF et de la société SCE, auteurs, au chiffre d'affaires consolidé du groupe auquel elles appartiennent, pour les qualifier d'entreprise mono-produit et réduire de 70% le montant de leur sanction et d'avoir rapporté la valeur des ventes de papiers peints, non pas seulement de la société Graham & Brown France, mais aussi de la société mère Graham & BrownLtd, au chiffre d'affaires consolidé, pour retenir la qualification d'entreprise mono-produit et réduire de 70% le montant de la sanction.

La cour a cassé au motif que pour ce calcul, des éléments sans lien avec l'infraction avaient été pris en compte. Elle a écarté, pour déterminer la sanction d'une entente par échange d'informations sur les conditions commerciales et les prix des papiers peints sur le marché français, le chiffre d'affaires des sociétés du groupe des sociétés poursuivies dans le secteur de la vente des papiers peints :

Mais sur le second moyen du pourvoi n° E 16-17.226, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce et le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ;

Attendu que pour réformer la décision de l'Autorité en ce qui concerne le montant des sanctions infligées aux sociétés Graham & Brown, MCF, SCE, Décoralis, AS Création France, et AS Création Tapeten France, au titre de pratiques concertées ou d'ententes mises en oeuvre sur le marché des papiers peints, de dimension nationale, l'arrêt relève que, conformément à la méthode présentée dans son communiqué du 16 mai 2011, l'Autorité s'est demandée s'il y avait lieu d'« adapter à la baisse » le montant des sanctions, au cas où il s'avérerait que les entreprises en cause mèneraient l'essentiel de leur activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction, autrement dit si elles exerçaient une activité « mono-produit » ; qu'il constate que l'Autorité a appliqué cette réduction aux sociétés L'Editeur et Zambaiti tandis qu'elle a refusé d'accorder ce bénéfice aux sociétés MCF, SCE, AS Création France et AS Création Tapeten, ainsi qu'aux sociétés Graham & Brown, en considérant que les comptes des groupes auxquels elles appartiennent ne permettent pas de conclure à une activité « mono-produit » ; qu'il relève qu'une telle activité, au sens du communiqué du 16 mai 2011, implique une comparaison sur des bases homogènes en ce qui concerne la détermination de la valeur des ventes, d'une part, et du chiffre d'affaires auquel cette valeur est rapportée, d'autre part ; qu'il en déduit que, dès lors que l'Autorité a retenu le chiffre d'affaires consolidé du groupe auquel appartiennent ces sociétés, il y a lieu de prendre en compte non pas la valeur des seules ventes qu'elles ont réalisées, mais la valeur des ventes réalisées par toutes les sociétés de ce groupe dans le secteur de la vente de papiers peints, incluant par conséquent, en ce qui concerne la situation des sociétés SCE et MCF, les ventes de la société AS Création France, qui a pour seule activité la vente de papiers peints, et de la société allemande AS Création Tapeten dont la part du chiffre d'affaires réalisé sur ce secteur est supérieure à 90 %, et en ce qui concerne la situation de la société Graham & Brown France, les ventes de la société anglaise Graham & Brown Limited, qui a pour seule activité la fabrication et la

commercialisation de papiers peints ; qu'il retient, sur la base de ces éléments, que les sociétés en cause mènent l'essentiel de leur activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction, à savoir la vente de papiers peints, et qu'il y a lieu, en conséquence, d'adapter à la baisse le montant de la sanction prononcée dans une proportion identique à celle dont ont bénéficié, au même titre, les sociétés L'Editeur et Zambaiti, soit à hauteur de 70 % ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a intégré dans les termes de son analyse des valeurs de ventes sans lien avec l'infraction, a violé les textes susvisés ;
(com 8 novembre 2017 n° 16-17.226)

Malgré le principe de l'autonomie procédurale, la jurisprudence européenne peut être prise en considération. La Cour de justice a ainsi, par une même analyse *in concreto* retenu que peuvent être intégrés à la valeur des ventes des éléments d'un marché aval du produit fini, dans l'hypothèse d'une entreprise intégrée, dès lors qu'une solution contraire avantagerait les entreprises intégrées faisant incorporer les produits relevant de l'infraction hors EEE ;
(CJUE 9 juillet 2015 InnoLux Corp c/ Commission C-231/14 P)

Observations

Il revient à la chambre de déterminer si la prise en compte des ventes aux partenaires autres que ceux pour lesquels les ventes avaient caractérisé l'infraction, relève de son contrôle ; Dans l'affirmative elle doit déterminer si le seul fait de relever du même marché pertinent suffit à intégrer ces ventes dans la valeur des ventes ; dans la négative de cette dernière question, s'il peut être retenu que le bénéfice ainsi acquis a eu un impact sur la position d'Umicore dans ses négociations avec les autres partenaires pour établir un lien entre ces ventes et l'infraction.