



**AVIS DE Mme PÉNICHON,
AVOCATE GÉNÉRALE**

**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

Avis commun aux pourvois H1818501, V 1818582 et P 1819933

Audience du 11 février 2020 (FR)

N° de rôle : 2, 3 et 4

Avis de rejet et d'irrecevabilité

Il est référé pour l'exposé des faits et de la procédure au rapport. On rappellera seulement que les pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment ont donné lieu à une décision de l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) n° 16-D-14 du 23 juin 2016, à deux arrêts de la cour d'appel des 17 mai 2018 et 5 juillet 2018, le second rectifiant une erreur matérielle du premier ainsi qu'à trois pourvois : deux formés par les sociétés Umicore

sur chacun des arrêts précités (H 1818501 et P1819933) et un par l'Autorité sur l'arrêt du 17 mai 2018 (V 1818582).

Sur le pourvoi formé par les sociétés Umicore contre l'arrêt du 17 mai 2018 (H1818501)

I- SUR LE PREMIER MOYEN : la prescription quinquennale

Dans ce premier moyen, divisé en cinq branches, les sociétés Umicore font grief à l'arrêt attaqué d'avoir écarté la prescription quinquennale.

Il importe de rappeler, à titre liminaire, que le juge de la détention et des libertés (JLD), dans son ordonnance du 30 octobre 2009 portant sur la validité des visites et saisies opérées par la direction de la concurrence, a retenu :

“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 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)”.

Cette décision a pour seul objet de statuer sur une demande de restitution de documents dans le cadre d'une ordonnance portant sur la validité de visites et de saisies. La cour d'appel a exactement relevé que le juge n'a pas entendu statuer sur la prescription des pratiques ni sur l'extinction des poursuites qui pourraient être mises en oeuvre (§ 38) ; ce faisant, elle n'a aucunement dénaturé l'ordonnance du JLD (4^e branche).

Il en découle que, **quelle que soit la nature de la décision du JLD, civile ou pénale**, cette ordonnance ne peut avoir autorité de la chose jugée concernant la prescription des pratiques anticoncurrentielles en cause :

- les demandes sont distinctes et les parties ne sont pas les mêmes de sorte que, selon l'article 1355 du code civil, les règles de la chose jugée au civil ne sont pas applicables (6^e branche),
- le JLD ne statue pas sur une “accusation” ou une action pénale (**Com., 8 juin 2017, n° 16-11.110**) : il ne se prononce ni sur le fait à la base de cette action, ni sur sa qualification, ni sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé de sorte que les règles de la chose jugée au pénal sur le civil ne sont pas davantage applicables (1^e, 2^e et 3^e branches).

La solution ainsi retenue ne prive pas les parties d'un recours effectif : le seul objet du recours est la validité des opérations de visites et de saisies et en particulier le périmètre des documents saisis ; les pratiques et notamment leur prescription en sont exclues (5^e branche).

Au demeurant, la prescription d'une infraction continue ne commence à courir qu'à compter de sa cessation ainsi que l'a retenu la cour d'appel. En l'espèce, la pratique a été continue de 1999 à 2007 de sorte que la prescription n'était pas acquise lors de la saisine de l'Autorité, le 11 janvier 2011 (7^e branche).

II- SUR LE DEUXIÈME MOYEN : la procédure d'engagement

1- Sur la première branche

Contrairement à ce que soutient le moyen qui dénature la rédaction de l'arrêt attaqué, la cour d'appel n'a pas énoncé *“que l'Autorité avait pu valablement retenir que ‘le refus opposé par les services d'instruction à la demande d'ouverture d'une procédure d'engagement était légitime et justifié’ ”.*

Le § 76 est rédigé comme suit : *“76.Enfin, en exposant, au paragraphe 438 de la décision attaquée, les raisons pour lesquelles elle a considéré que le refus opposé par les services d'instruction à la demande d'ouverture d'une procédure d'engagements était légitime et justifié, l'Autorité a suffisamment répondu aux moyens par lesquels les sociétés Umicore soutenaient l'existence d'une **discrimination** qu'elles auraient subie au regard du traitement dont a bénéficié la société Michelin.”.*

La cour d'appel n'a fait que reprendre la formulation de l'Autorité en vue de démontrer que celle-ci avait répondu à l'argumentation des parties relative à la **discrimination** dont elles auraient été l'objet. Ce moyen sera écarté.

2- Sur la deuxième branche

La deuxième branche part des mêmes prémisses erronées - à savoir que la cour d'appel a validé la position de l'Autorité sur la "compétence" des services pour se prononcer sur l'ouverture d'une procédure d'engagement - pour asseoir une prétendue violation des articles L. 464-2 I et R. 464-2. C'est au collège de l'Autorité de se prononcer sur l'acceptation d'une procédure d'engagement ainsi que l'énonce l'article L. 464-2 I quand bien même, en effet, le rapporteur l'estimerait inopportune. La deuxième branche sera également écartée.

3- Sur la troisième branche : la motivation du refus d'ouverture

L'article L. 464-2 I du code de commerce énonce : "*Elle [l'Autorité de la concurrence] peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises....*" et l'article R. 464-2 I reprend : "*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....*".

Pour que l'Autorité puisse envisager d'accepter des engagements, il faut nécessairement que la demande des entreprises lui soit soumise ; elle le sera généralement par le biais du rapporteur général (le rapporteur étant l'interlocuteur naturel des entreprises, à ce stade) et une discussion s'ensuivra avec le collège sur l'opportunité d'une telle procédure.

Si, au terme de ces échanges, le collège envisage une procédure d'engagement, la procédure est alors formalisée. Dans le cas contraire, le texte est muet sur l'auteur de la décision, le processus de la décision et sur sa notification aux entreprises. Comme le remarque la doctrine, la décision résulte ici d'un processus de discussion interne et informel entre le collège et le rapporteur qui pèsent ensemble l'opportunité de ce qui est une simple **décision de régulation**, selon des critères fixés, au demeurant, par le communiqué du 2 mars 2009.

Ce processus n'émerge procéduralement que si le collège de l'Autorité envisage d'accepter des engagements. Dans le cas contraire, la décision de refus n'est ni formalisée ni motivée : elle est discrétionnaire et ne peut être l'objet d'un recours.

Aussi le moyen de la troisième branche ne peut-il qu'être **rejeté**.

4- Sur la quatrième branche : la dénaturation de la décision de l'Autorité

Le moyen **oppose la décision de l'Autorité** qui énonce : « *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 œuvre la procédure d'engagements prévue aux articles L. 464-2 et R. 464-2 du code de commerce* » (**Décision, § 437**) à l'arrêt attaqué, lequel retient :

« *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 rapporteurs une évaluation préliminaire des pratiques, ne l'a pas fait* » (**Arrêt, § 69**),
pour en déduire que la cour d'appel aurait **dénaturé** la décision de l'Autorité.

La question ne se pose pas en termes d'opposition ou de dénaturation mais de complémentarité.

Dans la majeure partie des cas, c'est le rapporteur qui sera destinataire de cette demande de procédure d'engagement (ou bien l'Autorité qui la lui transmettra). Son rôle est de l'instruire **pour en apprécier l'opportunité et pour se prononcer sur cette opportunité**. L'Autorité n'a pas utilisé le terme de "compétence", qui marquerait une appropriation de la décision par les services d'instruction. Mais une fois cette position prise, comment imaginer qu'une discussion ne s'instaure pas avec le collège sur l'opportunité de cette procédure alors que c'est le collège

qui en prend **le risque** selon l'article L. 464-2 I : "*lorsqu'il envisage d'accepter la procédure d'engagement...*" ? C'est à ce moment-là que prend place le processus informel de discussion que nous évoquions lors de l'examen de la branche précédente et il apparaît évident que le dernier mot revient au collègue puisque les textes font peser sur lui **le risque de cette décision**. Car toute décision est prise de risque et synonyme de responsabilité : risque d'une régulation imparfaite, risque de ne pas sanctionner....

D'où le rejet du moyen car nous sommes en présence de deux démarches complémentaires : celle du rapporteur qui prend position devant un collègue qui décide et prend le risque. La dénaturation n'est donc pas caractérisée.

Telle est la position que nous soutenons au vu des arguments en présence. Il appartiendra à votre chambre de trancher ce point en levant, le cas échéant, deux équivoques de l'arrêt attaqué. En adoptant la formulation ambiguë de " décision négative implicite du collègue", la cour d'appel pourrait suggérer qu'il s'agit d'une décision implicite de rejet, laquelle peut être l'objet d'un recours, et non d'une décision discrétionnaire c'est-à-dire non formalisée, non motivée et non susceptible de recours. De même, votre Chambre devra lever l'équivoque du § 73 sur l'auteur de la décision d'ouverture.

III- SUR LE TROISIÈME MOYEN : l'exigence d'impartialité

Ce moyen, en une branche unique, sera écarté : outre qu'il apparaît nouveau, il n'est pas fondé. L'article R. 463-11 du code de commerce énonce : "*le rapport soumet à la décision de l'Autorité de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés*". Dès lors, les services d'instruction doivent nécessairement prendre position sur la culpabilité ou non des entreprises dont les comportements leur sont déférés. En considérant que les services d'instruction n'avaient pas préjugé la culpabilité des sociétés Umicore, la cour d'appel n'a commis aucune violation des 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.

IV- SUR LE QUATRIÈME MOYEN : la détermination du marché pertinent

Ce moyen est articulé en quatre branches.

La première branche consacrée au sondage I + C de juillet 2014 fera l'objet d'une décision non spécialement motivée pour les raisons exposées par le conseiller rapporteur en page 33 de son rapport.

Les autres branches concernent le marché du zinc laminé destiné à la couverture et le marché des produits d'évacuation des eaux pluviales (EEP) en zinc.

1- Le marché du zinc laminé destiné à la couverture est l'objet des deuxième et troisième branches.

La deuxième branche sera **écartée** en ce qu'elle reproche à l'arrêt attaqué d'avoir axé sa démonstration de la non substituabilité du zinc laminé sur les seules caractéristiques du segment de la rénovation qui ne couvre que 55 % de la superficie du zinc posé en couverture tandis que ce matériau a représenté en France et en 2011, 3,5 % des produits de couverture, tous matériaux confondus, et 8,5 % des produits de couverture en métal.

En effet, c'est sur **un faisceau d'indices concrets** que la cour d'appel comme l'Autorité ont assis leur démonstration ainsi que le recommande la Commission dans sa communication 97/C 372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, indices rappelés au § 106 de la décision et non utilement combattus par la défense.

La troisième branche sera également **rejetée** en ce que, par une dénaturation des décisions de la cour d'appel et de l'Autorité, elle réduit leurs analyses au "*seul secteur de la rénovation*" et au constat de "*l'absence de règles générales prescrivant le remplacement à l'identique des*

couvertures en zinc”, ce dont il résulterait que le zinc est substituable par d’autres matériaux dans nombre d’hypothèses.

On rappellera, d’une part, que ces analyses ne sont pas cantonnées au seul secteur de la rénovation et qu’elles se fondent sur de multiples indices ainsi qu’il a été dit plus haut (2^e branche). On observera, d’autre part, que la citation de l’arrêt concernant *“l’absence de règles générales prescrivant le remplacement à l’identique des couvertures en zinc”* est tronquée et que la cour d’appel a pris soin de montrer qu’il était *“de pratique courante de remplacer le zinc par du zinc”* (§ 132, 135, renvoyant aux § 484, 489 à 498 de la décision de l’Autorité).

2- Le marché des produits d’évacuation des eaux pluviales (EEP) en zinc fait l’objet de la quatrième branche qui critique à nouveau l’analyse de la substituabilité faite par l’arrêt attaqué et la délimitation du marché qui serait en réalité plus étroit.

Après avoir précisé la notion de produits EEP en zinc dans les § 163 à 165 de la décision, la cour d’appel, reprenant la décision de l’Autorité, s’est fondée pour délimiter ce marché sur la réunion de cinq indices, conformément à la communication de la Commission 97/C 372/03 précitée :

“166 (...) Le premier est l’absence de diminution des quantités de produits EEP vendues lors de la forte hausse des prix du zinc en 2006 (décision attaquée, § 592 et suivants), le deuxième consiste dans l’existence d’écarts de prix significatifs entre le zinc et le PVC, qui traduisent de fortes différences de qualité et de durabilité (décision attaquée, § 597 et suivants), le troisième repose sur la réunion de plusieurs déclarations concordantes de professionnels faisant état d’une substituabilité limitée entre le zinc et d’autres matériaux sur le segment de la rénovation (décision attaquée, § 607 et suivants), le quatrième réside dans l’existence de circuits de distribution distincts (décision attaquée, § 624 et suivants), et le dernier relève du constat de l’existence d’une analyse tarifaire effectuée par rapport aux seuls produits en zinc (décision attaquée, § 632).

(...) 171. Il résulte de l’ensemble de ces éléments 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.

*(...) Et que ce matériau “173 (...) dispose, pour ces situations variées, d’un caractère insubstituable qui conduit à considérer **qu’il existe bien un marché des produits EEP en zinc, sans qu’il soit justifié de caractériser un marché pertinent réduit à chacune de ces situations propres et diverses”**.*

Au total, les décisions ont suivi la méthode préconisée par la Commission et chacun des indices pris en considération a été suffisamment étayé pour justifier la délimitation des marchés retenus. La critique de violation de la loi n’est donc pas fondée en ce qu’elle repose sur une fragmentation des décisions de nature à en déformer le sens.

V- SUR LE CINQUIÈME MOYEN : la caractérisation de la position dominante

Ce moyen est articulé en deux branches qui contestent l’analyse de la puissance d’achat retenue par les décisions en ce qu’elle ne serait pas compensatrice de la position dominante de la société Umicore France.

Sont en cause d’après le moyen :

- une contradiction entre l’affirmation selon laquelle les clients des distributeurs ont une très forte préférence pour la marque VM Zinc et les distributeurs ont des difficultés pour changer rapidement de distributeur et la constatation que certains distributeurs avaient fait le choix de ne pas référencer les produits VM Zinc et de changer de fournisseur ;
- la motivation de la cour d’appel selon laquelle *“il est loin d’être exclu que les clients de distributeurs non référencés ne reporteraient leurs achats vers d’autres distributeurs proposant la marque VM Zinc”* alors que celle-ci aurait dû *“démontrer positivement que les clients étaient attachés à la marque plus qu’au distributeur”* pour établir que *“la puissance avérée des distributeurs ne pouvait pas compenser la position dominante de la société Umicore”*.

Pour la démonstration de la position dominante, la part de marché demeure un paramètre essentiel selon la jurisprudence de la CJUE. En l'espèce, celles-ci s'élèvent respectivement à plus de 70 % pour le marché des produits de couverture en zinc et entre 64 et 53 % pour les produits EEP en zinc.

La démonstration pourrait s'arrêter là mais la cour d'appel comme l'Autorité ont retenu quatre autres indices de cette position dominante résumés au § 202 : forte notoriété de la société, tarification des produits de la profession fondée sur les prix Unicore, capacité à maintenir sa part de marché en dépit de prix supérieurs à ceux de ses concurrents, reconnaissance de la position dominante par le personnel de la société.

Les décisions se sont également penchées, par précaution, sur la puissance d'achat des clients de la société Umicore France afin d'apprécier si elle était compensatrice de la position dominante de celle-ci, comme le recommande la Commission dans sa communication 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 (**JOUE, 24 févr. 2009, n° C 45, point 18**).

S'il n'est pas dénié que certains des clients d'Umicore France ont une taille importante et représentent une part importante de l'ensemble de ses ventes, la capacité de cette société à maintenir un comportement indépendant sur la période considérée a été amplement démontrée aux § 204 à 208 de l'arrêt attaqué (**Décision, § 675**):

- la capacité à maintenir des prix supérieurs de 5 à 15 %s à ceux de ses concurrents,
- la très forte préférence des clients pour la marque VM Zinc, due à sa notoriété et à la faculté d'adaptation du groupe qui font que les distributeurs ne changent pas rapidement de fournisseur,

suffisent à montrer que **la puissance d'achat des clients d'Umicore France n'est pas compensatrice de la position dominante de cette société.**

La constatation que certains distributeurs ont fait le choix de ne pas référencer les produits VM Zinc et de changer de fournisseur n'est pas de nature à modifier cette analyse ainsi que l'a amplement montré la cour d'appel dans le § 207 de sa décision.

De même, tant la cour d'appel que l'Autorité ont suffisamment démontré que les clients avaient un fort attachement à la marque sans qu'il soit utile d'établir, de surcroît, que les clients déférencés reporteraient leurs achats vers d'autres distributeurs proposant la marque VM Zinc.

Le cinquième moyen sera, en conséquence, rejeté.

VI- Sur le sixième moyen : la caractérisation de l'abus de position dominante

Ce moyen, articulé en cinq branches, a trait à la qualification d'abus de position dominante de la politique commerciale d'achat exclusif suivie par la société Umicore France. Chronologiquement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) invoquée par les parties est la suivante :

L'arrêt Hoffman Laroche a décidé que l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès d'une entreprise en position dominante constitue un abus, que cette obligation soit formalisée par une clause d'exclusivité ou non. L'effet anticoncurrentiel d'une telle clause résulte de ce que l'acheteur n'a plus la liberté de choix de son approvisionnement et de ce que les autres fournisseurs se voient barrer l'accès du marché (**CJUE, 13 février 1979, affaire 85/76, Hoffman Laroche, pt 7**).

L'arrêt Post Danmark vient tempérer cette jurisprudence, à propos de rabais pratiqués par une entreprise en position dominante, en énonçant qu'il convient d'apprécier, au regard "**de l'ensemble des circonstances**", si ces pratiques ont été le moyen d'une stratégie d'éviction.

Il précise cependant qu' *"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"*.

Mais il souligne l'intérêt de ce test pour ce type d'affaires, tout en concluant que, dans l'espèce qu'il examine, *"l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché (position dominante à 70 %) rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace"*. Il s'agit donc d'un *"instrument parmi d'autres"* (CJUE, 6 octobre 2015, aff. C23/14 point 29).

L'arrêt Intel énonce, en matière de rabais de fidélité, que tout effet d'éviction n'est pas nécessairement anticoncurrentiel, notamment lorsqu'il résulte de l'exercice de la concurrence par les mérites. Lorsque une entreprise apporte la preuve que l'effet d'éviction reproché n'est pas caractérisé, il y a lieu de rechercher les effets réels et potentiels de cette pratique, notamment la capacité du comportement à évincer les concurrents aussi efficaces et d'admettre la possibilité pour cette entreprise de rapporter la preuve d'effets proconcurrentiels, en montrant que ce système désavantageux pour la concurrence peut être contrebalancé voire surpassé par des avantages en termes d'efficacité qui profitent au consommateur (CJUE, 6 septembre 2017, aff. C413.14P Intel, pts 133 à 140).

L'arrêt Meo rendu en matière de pratiques discriminatoires recommande également de ne pas s'arrêter au seul désavantage immédiat résultant de prix supérieurs pratiqués envers un opérateur par rapport à ceux dont bénéficient ses concurrents mais 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 (CJUE, 19 avril 2018, aff. C525/16, pts 27, 28).

Comme dans l'affaire Groupement des cartes bancaires, ces arrêts participent d'un mouvement de preuve plus rigoureux qui tend à exiger un examen global de la pratique dans son cadre concurrentiel.

1/ La première question posée est une question de méthode : l'Autorité avait-elle l'obligation d'utiliser le test du concurrent aussi efficace ? La réponse est clairement négative :

- d'une part, les Autorités de concurrence sont libres du choix de la méthode qu'elles entendent appliquer, ce que rappelle l'arrêt Post Danmark ;

- d'autre part, l'utilisation de ce test n'est pas appropriée à cette affaire :

. tout d'abord, celle-ci ne concerne qu'indirectement des prix et vise une politique commerciale globale d'obligation d'achat exclusif déguisée se traduisant non par une clause formelle d'achat exclusif mais par des manoeuvres informelles (clauses de promotion, de prévision de tonnage, de stockage, visites des stocks, interdiction de double cotation, menaces de suppression de "bonifications" ou de retrait du statut du centre VM Zinc...);

. ensuite, sur le plan économique, la cour d'appel a bien montré l'absence de pertinence de ce test dès lors que la configuration du marché interdisait pratiquement à un concurrent aussi efficace d'y pénétrer ou, à tout le moins, de s'y maintenir durablement (Arrêt, § 318 à 320).

2/ La seconde question a trait au point de savoir si la méthode retenue par l'Autorité tient bien compte "de l'ensemble des circonstances", c'est-à-dire du cadre concurrentiel dans lequel s'inscrit cette pratique ainsi que de l'ensemble des arguments présentés par cette entreprise.

Contrairement à ce qui est soutenu, la cour d'appel ne s'est pas bornée à affirmer que les pratiques reprochées étaient anticoncurrentielles *per se*. Plusieurs facteurs constituant un faisceau d'indices probants ont été pris en considération pour juger que ces pratiques avaient un effet d'éviction :

- l'importance de la position dominante d'Umicore France qui fait peser sur elle une responsabilité particulière à l'égard des marchés considérés : dépassant 50 %, ses parts de

marché sont plus de trois fois supérieures aux parts du concurrent le plus puissant, la société Rheinzink, aucun des autres intervenants ne dépassant 8% (**Arrêt, § 20 et 314**) :

- l'ancienneté et la notoriété d'Umicore France qui a été qualifiée de "fournisseur historique" (**Arrêt, § 319**) :

- le caractère global de sa politique commerciale qui concerne **l'ensemble des produits** du marché et se traduit par une pression, un contrôle et des mesures de rétorsion à l'égard de tout distributeur qui tente de vendre d'autres produits que les siens ; ces mesures antinomiques avec une concurrence par les mérites constituent autant d'obstacles à la liberté des distributeurs, obstacles non pas "présumés" comme l'indique la 3^e branche du moyen mais dont la réalité et l'efficacité ont été démontrées par l'Autorité : clauses de promotion, de prévision de tonnage, de stockage, visites des stocks, interdiction de double cotation, menaces de suppression de "bonifications" ou de retrait du statut du centre VM Zinc, qui font que les distributeurs s'approvisionnent à plus de 90 % auprès de cette entreprise (**Arrêt, § 315, 319**) :

- cette politique se traduit par des effets réels et potentiels qui ne sont pas contrebalancés par les mérites de la société Umicore France et ont été décrits par les décisions en cause :

. restriction du libre choix des clients d'Umicore France de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix, ayant des conséquences en termes de prix et de diversification des sources d'approvisionnement, donc sur leur politique commerciale vis-à-vis du consommateur ;

. barrières à l'entrée des marchés, les fournisseurs concurrents ne pouvant y pénétrer ou s'y développer : à supposer qu'un concurrent ait été aussi efficace en termes de prix, il se serait heurté aux obstacles précédemment décrits de la politique commerciale d'Umicore France. Cet effet d'éviction, qui a consisté en un verrouillage de l'accès à la distribution de premier niveau, la plus rentable, ainsi que de l'accès aux grandes enseignes de la distribution de produits en zinc, a été décrit dans le paragraphe 320 de l'arrêt attaqué, lequel renvoie aux paragraphes 875 à 893 de la décision de l'Autorité.

. Si Umicore France a pu conquérir sa position dominante par la qualité de ses produits et leur adaptabilité aux besoins du marché, sa politique de recherche et développement, sa politique de promotion et de démarchage, **le maintien de cette dernière s'effectue non par le mérite mais par une politique commerciale agressive** qui nie celle de ses distributeurs dans leur liberté de choix, et amoindrit la concurrence sur le marché en empêchant des concurrents sérieux d'y pénétrer et d'y devenir aussi efficaces.

. dès lors la préférence des clients pour ces produits, qui se traduit par un approvisionnement massif auprès d'Umicore, est en réalité **imposée** par les pratiques d'achat exclusif mises à jour par l'enquête et ne peut être justifiée dans la mesure où elle empêche toute comparaison entre les produits (**Arrêt, § 281, 296, 301**).

Ainsi il ne peut être soutenu, dans le cinquième moyen, que les arguments des entreprises concernant l'absence d'effet d'éviction n'ont pas été examinés. Au contraire, l'Autorité s'est attachée à analyser l'ensemble des circonstances de ce dossier pour aboutir à la conclusion que l'entreprise dominante avait mis en oeuvre une véritable stratégie d'éviction qui, par son ampleur et les mesures de rétorsion utilisées, ne pouvaient avoir de justification, nonobstant le caractère compétitif de cette entreprise.

VII- Sur le septième moyen : sanction et calcul du montant de la valeur des ventes

Ce moyen est articulé en trois branches qui portent sur la valeur des ventes à prendre en considération pour le calcul de la sanction.

Conformément à l'article L. 464-2 du code de commerce qui dispose : "*Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie (...)*", le communiqué relatif aux sanctions du 16 mai 2011, énonce :

"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". (...)

*“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 des ventes est une donnée traditionnellement utilisée par l’Autorité, *“de préférence même au chiffre d’affaires qui peut ne pas être en rapport avec l’ampleur des infractions et le poids relatif de chaque participant sur le ou les secteurs concernés”.*

Selon le communiqué, ce chiffre est *“la valeur de l’ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l’infraction, vendus par l’entreprise (...) concernée durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle-ci”.*

On ajoutera que les juges du fond sont souverains dans la détermination de l’assiette des ventes (Com., 8 nov. 2016, n° 14-28.234, Grands Moulins de Paris et a., cité par le rapporteur).

La première branche reproche à l’arrêt attaqué d’avoir inclus dans l’assiette de la sanction les ventes aux façonniers et aux distributeurs qui n’ont pas le statut de centre VM Zinc alors que ceux-ci ne sont pas concernés par la pratique en cause.

La cour d’appel a considéré, avec l’Autorité, qu’il convenait d’inclure les ventes en question car les pratiques en cause *“ont renforcé la position dominante de la société Umicore France sur le marché des produits de couverture en zinc et ont ainsi nécessairement impacté les ventes de ces produits aux façonniers et aux distributeurs qui n’ont pas le statut de centre VM Zinc”* (Arrêt, § 350, Décision, § 952 et 953).

Cette manière de voir mérite d’être approuvée : l’absence d’intégration de ces ventes aboutirait à donner une vision inexacte de la gravité des faits **et de l’étendue du dommage à l’économie sur un même marché**, critères mentionnés tant dans les textes que dans le communiqué, **alors que ces ventes ayant subi les effets négatifs des pratiques en cause sont en relation avec l’infraction.**

Ainsi que le souligne l’Autorité, il ne s’agit pas, pour déterminer le montant de base des sanctions à infliger, d’établir, dans chaque cas, les ventes “individuellement” affectées par la pratique mais d’appréhender les ventes qui, sur un marché donné, *“sont impactées par la pratique anticoncurrentielle sanctionnée : à défaut, la sanction ne serait que partielle”* (Mémoire compl. p. 156).

Le grief d’inversion de la charge de la preuve de la **deuxième branche** sera également rejeté : l’Autorité ayant défini les marchés concernés par la pratique et la valeur des ventes en lien avec l’infraction, il incombait à la société Umicore France d’apporter les éléments utiles au soutien de ses allégations qu’elle était seule à connaître, ainsi que le souligne l’Autorité, s’agissant du chiffre d’affaires réalisé pour chacune de ses catégories de produits.

La **troisième branche** du moyen sera écartée, le grief portant sur une erreur matérielle au § 352 de l’arrêt attaqué, sans influence sur la sanction : était en cause l’intégration, dans le montant des ventes, des **produits accessoires et profilés** (et non des ventes “d’ornements et de façades” comme l’a écrit la cour d’appel), dans la ligne de l’argumentation présentée par la société Umicore France qui demandait leur exclusion des ventes.

Du reste, l’Autorité, dont les motifs ont été adoptés par la cour d’appel, avait estimé que les ventes *“d’ornements et de façades”* étaient exclues de la valeur des ventes car réalisées sur des marchés distincts (Décision, § 952).

Le septième moyen sera en conséquence rejeté.

Sur le pourvoi formé par les sociétés Umicore contre l'arrêt rectificatif du 5 juillet 2018 (P 1819933)

L'Autorité a retenu, pour le calcul de la sanction, la méthode préconisée dans son communiqué du 16 mai 2011. Cette méthode n'a été remise en cause, **dans son principe**, ni par les parties ni par la cour d'appel qui en a fait également application.

Toutefois, le coefficient de durée de 5 que l'Autorité a estimé devoir retenir a été contesté par les parties comme étant trop élevé. Le jugeant aussi inadéquat, la cour d'appel l'a réduit à 4,5, ce qui l'a contrainte à recalculer le montant de la sanction. Mais elle a omis d'appliquer le coefficient de majoration de 10% relatif à la puissance économique du groupe sanctionné.

En procédant à cette rectification dans l'arrêt du 5 juillet 2018, la cour d'appel a corrigé une simple erreur matérielle ainsi que l'y autorise la jurisprudence quand la règle posée par les motifs - ici, l'application de la méthode du communiqué - n'a pas été suivie (**Com., 1^{er} décembre 2015, n° 14-12.266**). Le pourvoi sera, en conséquence, **rejeté**.

Sur le pourvoi formé par l'Autorité de la concurrence contre l'arrêt du 17 mai 2018 (V 1818582)

L'arrêt de la cour d'appel du 17 mai 2018 a été notifié à l'Autorité le 18 mai 2018. Le délai du pourvoi expirait le 18 juin suivant. Le pourvoi a été déposé le 19 juin 2018. Il est, en conséquence, **irrecevable**.

Avis de rejet des pourvois H 1818501 et 1819933,
Avis d'irrecevabilité du pourvoi V 1818582