



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° V2222623	
Décision attaquée : 06 octobre 2022 de la cour d'appel de Paris	

la société Ingram Micro C/ L'Autorité de la Concurrence	
rapporteurs : Valérie Michel-Amsellem Nicolas Regis	RAPPORT

Il est proposé de joindre les pourvois connexes n° V 22-22.623, W 22-22.647, D 22-22.677 et G 22-22.727, pour l'examen desquels il est établi un rapport commun.

Ce rapport comporte des **propositions de rejet non spécialement motivé** (art. 1014 du code de procédure civile) Un tableau récapitulatif renvoyant aux paragraphes utiles figure

en fin de rapport.

- Pourvoi n° V 22-22.623 formé par les sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Inc, Ingram Micro Europe BV :

Décision attaquée	Paris, 6 octobre 2022
Déclaration de pourvoi	4 novembre 2022
Mémoire ampliatif des sociétés Ingram	3 mars 2023, Art. 700 : 20 000 euros
Mémoire en défense de la société MJA, en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com	3 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros C. chacune des demandereses
Mémoire en défense du président de l'Autorité de la concurrence	3 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros
Mémoire en défense complémentaire du président de l'Autorité	24 mai 2024 Art. 700 : 10 000 euros <i>in solidum</i>
Mémoire complémentaire des sociétés Ingram	17 septembre 2024
Mémoire complémentaire des sociétés Ingram	13 décembre 2024
Mémoire de production des sociétés Apple	2 septembre 2025

La procédure paraît régulière.

- Pourvoi n° W 22-22.647 formé par les sociétés Tech Data Corporation, Tech Data (Netherlands) B.V., TD Synnex France Holding SARL, TD Synnex France SAS :

Décision attaquée	Paris, 6 octobre 2022
Déclaration de pourvoi	4 novembre 2022
Pourvoi rectificatif	7 novembre 2022
Mémoire ampliatif des sociétés Tech Data	6 mars 2023, Art. 700 : 5 000 euros
Mémoire en défense de la société MJA, en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com	9 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros C. chacune des demandereses
Mémoire en défense du président de l'Autorité de la concurrence	9 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros
Mémoire en défense complémentaire du président de l'Autorité	24 mai 2024 Art. 700 : 10 000 euros <i>in solidum</i>
Mémoire complémentaire des sociétés Tech Data	14 octobre 2024
Mémoire de production des sociétés Apple	2 septembre 2025

La procédure paraît régulière.

- Pourvoi n° D 22-22.677 formé par les sociétés Apple France, Apple Distribution International Ltd., Apple Operations Europe Ltd., aux droits de laquelle vient la société Apple Operations International Ltd., Apple Europe Ltd, Apple Inc, Apple Sales International Ltd, Apple Operations International Ltd

Décision attaquée	Paris, 6 octobre 2022
Déclaration de pourvoi	7 novembre 2022
Pourvoi rectificatif	7 novembre 2022
Mémoire ampliatif des sociétés Apple	7 mars 2023, Art. 700 : 10 000 euros
Mémoire en défense de la société MJA, en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com	9 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros C. chacune des demandereses
Mémoire en défense du président de l'Autorité de la concurrence	9 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros
Mémoire en défense complémentaire du président de l'Autorité	19 mars 2024 Art. 700 : 10 000 euros <i>in solidum</i>
Mémoire complémentaire des sociétés Apple	17 juin 2024
Mémoire de production des sociétés Apple	2 septembre 2025

La procédure paraît régulière.

- Pourvoi n° G 22-22.727 formé par le président de l'Autorité de la concurrence :

Décision attaquée	Paris, 6 octobre 2022
Déclaration de pourvoi	7 novembre 2022
Mémoire ampliatif du président de l'Autorité de la concurrence	6 mars 2023, Art. 700 : 10 000 euros <i>in solidum</i>
Mémoire en défense des sociétés Apple	5 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros
Mémoire en défense des sociétés Ingram	5 mai 2023 Art. 700 : 10 000 euros
Mémoire en défense des sociétés Tech Data	9 mai 2023 Art. 700 : 5 000 euros
Mémoire aux fins d'association de la société MJA, en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com	9 mai 2023
Mémoire en réplique du président de l'Autorité de la concurrence au mémoire des sociétés Apple	29 juillet 2024
Mémoire en réplique du président de l'Autorité de la concurrence au mémoire des sociétés Ingram	29 juillet 2024

Mémoire en réplique du président de l'Autorité de la concurrence au mémoire des sociétés Tech Data	29 juillet 2024
Mémoire complémentaire des sociétés Ingram	17 septembre 2024
Mémoire complémentaire et de production des sociétés Ingram	13 décembre 2024
Mémoire de production des sociétés Apple	2 septembre 2025

La procédure paraît régulière.

Sommaire :

<u>1 - Rappel des faits et de la procédure</u>	10
<u>2 - Analyse succincte des moyens</u>	13
<u>2.1 - Pourvoi n° V 22-22.623 formé par les sociétés Ingram</u>	13
Premier moyen, articulé en six branches - Qualification de l'entente par répartition de clientèle	13
Deuxième moyen, articulé en onze branches - Qualification de restriction par objet	14
Troisième moyen, articulé en six branches - Sanction	17
<u>2.2 - Pourvoi n° W 22-22.647 formé par les sociétés Tech Data</u>	19
Premier moyen, articulé en sept branches - Qualification de l'entente par répartition de clientèle	19
Deuxième moyen, articulé en dix branches - Qualification d'infraction par objet	20
Troisième moyen, articulé en sept branches - Sanction	23
<u>2.3 - Pourvoi n° D 22-22.677 formé par les sociétés Apple</u>	25
Premier moyen, articulé en cinq branches - Respect du principe de la contradiction	25
Deuxième moyen, articulé en quatorze branches - Qualification de l'entente par répartition de clientèle et d'infraction par objet	26
Troisième moyen, articulé en dix branches - Abus de dépendance économique	29
Quatrième moyen - une branche - Sanction infligée au titre des pratiques visées à l'article 2	31
Cinquième moyen - une branche - Sanction infligée au titre des pratiques visées à l'article 5	32
<u>2.4 - Pourvoi n° G 22-22.727 formé par le président de l'Autorité</u>	32

Premier moyen , articulé en une branche - Durée de l'entente par répartition de clientèle	32
Deuxième moyen , articulé en huit branches - La pratique des prix imposés	32
Troisième moyen, articulé en une branche - Sanction	35
<u>3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger</u>	36
<u>4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine</u>	37
4.1 - Le respect du principe de la contradiction	37
4.1.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables	37
4.1.2 - Examen des griefs (M1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple et M1B1 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data)	40
a) L'argumentation des parties	40
b) Eléments d'analyse	41
4.2 - L'entente verticale par restriction de clientèle	43
4.2.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables	43
a) La qualification d'entente verticale	43
b) Le standard de preuve d'un accord vertical	46
<u>4.2.2 - Propositions de RNSM sur un certain nombre de griefs portant sur la preuve de l'entente</u>	49
- M2b1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple	49
- M1b2 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b3 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple	50
- M1b1 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram	50
- M1b2 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram	50
- M1b3 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram	51
- M1b4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram	52
- M1b5 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram	53
- M1b3 et M1b4 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data	53
- M1b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data	55
<u>4.2.3 Propositions de RNSM de griefs portant sur le périmètre de l'entente</u>	55
- M2b5 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple	55

4.2.4 - Examen de M1b6 du pourvoi n° 22-22.623 des sociétés Ingram, M1b6 et b7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b2 du pourvoi n° 22-22.677 des sociétés Apple (refus de la cour d'appel de prendre en compte les analyses économiques produites par les parties en vue de chiffrer le taux de respect des allocations litigieuses).

.....56

a) *L'argumentation des parties*56

b) *Eléments d'analyse*57

4.2.5 - Examen de M1 (branche unique) du pourvoi n° G 22-22.727 du président de l'Autorité (sur le point de départ de l'entente).60

a) *L'argumentation du président de l'Autorité*60

b) *Eléments d'analyse*61

4.2.6 - Examen des griefs : M2B4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple (sur le point de départ de l'entente).63

a) *L'argumentation des sociétés Apple*63

b) *Eléments d'analyse*64

4.3 - L'existence d'une infraction par objet66

4.3.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables66

4.3.2 - Examen des griefs relatifs à la teneur de l'accord et à l'expérience acquise75

a) *L'argumentation des parties*..... 75

b) *Eléments d'analyse*77

i) *Sur la qualification de restriction de clientèle au sens de l'article 4, b) du règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010*80

ii) *Sur le défaut de prise en compte par la cour d'appel de l'étude produite par les sociétés Ingram qui, selon elles, démontrait que les allocations décidées par Apple étaient peu respectées, ce qui aurait permis de déterminer que les pratiques alléguées n'étaient pas, pour cette seule raison, dépourvues du degré de nocivité requis.*.....

.....82

iii) *Sur l'expérience acquise suffisamment solide, fiable, générale et constante .*

.....83

4.3.3 - Examen des griefs relatifs aux objectifs poursuivis, aux effets proconcurrentiels et à leur prise en compte (M2b3 et M2b4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M2b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data).

.....83

a) *L'argumentation des parties*83

- M2b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....83

- M2b3 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....84

- M2b4 du pourvoi V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	85
- M2b13 du pourvoi D 22-22.677 des sociétés Apple.....	85
<i>b) Eléments d'analyse</i>	<i>81</i>
<u>4.3.4 - Examen des griefs relatifs au contexte économique (M2b8 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram, M2b9 et M2b14 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple).....</u>	<u>87</u>
<i>a) L'argumentation des parties</i>	<i>87</i>
- M2b8 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	87
- M2b9 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	87
- M2b14 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	87
<i>b) Eléments d'analyse</i>	<i>89</i>
<u>4.3.5 - Examen des griefs relatifs à la présence d'éléments contradictoires ou ambivalents conduisant à mettre en doute le caractère particulièrement nocif pour la concurrence (M2b1 et M2b7 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M2b9 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b12 du pourvoi D 22-22.677 des sociétés Apple).....</u>	<u>93</u>
<i>a) L'argumentation des parties</i>	<i>93</i>
- M2b1 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	93
- M2b9 du pourvoi W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b12 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	93
- M2b7 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	94
<i>b) Eléments d'analyse</i>	<i>94</i>
<u>4.3.6 - Propositions de RNSM sur certains griefs portant sur la motivation relative à la caractérisation de restriction par objet</u>	<u>98</u>
- M2b11 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	98
- M2b4 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....	98
- M2b8 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....	99
- M2b10 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....	99
- M2b10 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	100
- M2b11 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	101
- M2b2 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	102
- M2b5 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram.....	102
- M2b6 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....	102

- M2b3 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....	103
- M2b7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data.....	104
4.4 - L'abus de dépendance économique	104
<u>4.4.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables sur la notion de dépendance économique</u>	<u>105</u>
<u>4.4.2 - Propositions de RNSM sur M3b2, 5 et 6 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple (existence d'une dépendance économique)</u>	<u>109</u>
- M3b2 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	109
- M3b5 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	109
- M3b6 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	109
<u>4.4.3 - Examen des griefs relatifs à l'existence d'une dépendance économique (M3b1, 3 et 4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple)</u>	<u>111</u>
<i>a) L'argumentation des parties</i>	<i>111</i>
- M3b1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	111
- M3b3 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	111
- M3b4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple.....	112
<i>b) Eléments d'analyse</i>	<i>113</i>
<u>4.4.4 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables sur l'exploitation abusive de la situation de dépendance</u>	<u>115</u>
<u>4.4.5 - Propositions de RNSM sur M3b8 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple (existence d'un abus).</u>	<u>119</u>
<u>4.4.6 - Examen des griefs relatifs à l'existence d'une exploitation abusive d'une situation de dépendance économique (M3b7, 9 et 10 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple)</u>	<u>120</u>
<i>a) L'argumentation des parties</i>	<i>120</i>
<i>b) Eléments d'analyse</i>	<i>121</i>
<i>i) Les motifs de la décision et de l'arrêt</i>	<i>121</i>
<i>ii) Sur la responsabilité particulière</i>	<i>124</i>
<i>iii) Sur l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence</i>	<i>125</i>
4.5 - La pratique des prix imposés	126
<u>4.5.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables</u>	<u>126</u>

<u>4.5.2 - Examen des griefs (M2, articulé en 8 branches, du pourvoi n° G 22-22-727 du président de l'Autorité)</u>	130
<i>a) L'argumentation des parties</i>	130
<i>b) Eléments d'analyse</i>	132
4.6 - La détermination du montant de la sanction	138
<u>4.6.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables</u>	138
<i>a) Les critères de détermination de la sanction prononcée par l'Autorité.</i>	138
<i>b) Les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement</i>	145
<i>c) Le niveau de contrôle de la Cour de cassation</i>	147
<u>4.6.2 - Propositions de RNSM sur M3b1, 2, 5 et 6 du pourvoi n° V 22-22.623</u>	149
<u>4.6.3 - Propositions de RNSM sur M3b3 et 4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M3b1, 2 et 6 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data</u>	152
<u>4.6.4 - Propositions de RNSM sur M3b3, 4, 5 et 7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data</u>	156
<u>4.6.5 - Proposition de RNSM sur M4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple</u>	157
<u>4.6.6 - Proposition de RNSM sur M5 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple</u>	158
<u>4.6.7 - Proposition de RNSM sur M3 du pourvoi n° G 22-22.727 du président de l'Autorité</u>	159
5 - Orientation proposée	159
Tableau des griefs	160

1 - Rappel des faits et de la procédure

1. Le 12 avril 2012, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a été saisie par la société eBizcuss, société distributrice de produits Apple haut de gamme, dite APR (pour *Apple Premium Reseller*), de diverses pratiques anticoncurrentielles imputées à plusieurs sociétés du groupe de sociétés Apple.

1. Par **une décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de la marque Apple, l'Autorité a dit, notamment, qu'il était établi que :

- Article 2 : les sociétés Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Tech Data France SAS et Ingram Micro SAS, en tant qu'auteurs des pratiques, et Apple Inc., Apple Operations Europe, Apple Operations International, Tech Data France Holding, Tech Data BV, Tech

Data Corp., Ingram Micro Europe BVBA et Ingram Micro Inc., en leur qualité de sociétés mères, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), pour avoir mis en œuvre, de décembre 2005 à mars 2013, des pratiques de restriction de clientèle sur le marché de la distribution en gros de produits informatiques et électroniques grand public ;

- Article 3 : les sociétés Apple France SARL, Apple Distribution International et Apple Europe Limited, en tant qu'auteurs des pratiques, et Apple Inc., Apple Operations Europe et Apple Operations International, en leur qualité de sociétés mères, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, pour avoir mis en œuvre, d'octobre 2012 à avril 2017, des pratiques visant à limiter la liberté tarifaire des APR, en fixant directement ou indirectement le prix de vente aux consommateurs des produits de marque Apple, sur le marché de la distribution au détail de produits informatiques et électroniques grand public ;

- Article 5 : les sociétés Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited et Apple Operations Europe, en tant qu'auteurs des pratiques, et Apple Inc., Apple Operations Europe et Apple Operations International, en leur qualité de sociétés mères, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce, pour avoir mis en œuvre, de novembre 2009 à avril 2013, des pratiques visant à exploiter de manière abusive la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvent les APR, en appliquant un ensemble de règles et de comportements qui restreignent de manière anormale l'activité de ces distributeurs.

1. En répression, l'Autorité leur a infligé les sanctions suivantes :

« Article 6 : Au titre des pratiques visées à l'article 2,

- 662 483 478 euros, solidairement aux sociétés Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Apple Operations International et Apple Inc. ;

- 62 972 668 euros, solidairement aux sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Europe BVBA et Ingram Micro Inc. ;

- 76 107 989 euros, solidairement aux sociétés Tech Data France SAS, Tech Data France Holding, Tech Data BV et Tech Data Corp.

Article 7 : Au titre des pratiques visées à l'article 3,

- 221 188 456 euros, solidairement aux sociétés Apple France SARL, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Apple Operations International et Apple Inc.

Article 8 : Au titre des pratiques visées à l'article 5,

- 218 298 018 euros, solidairement aux sociétés Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Apple Operations International et Apple Inc. »

1. Par **un arrêt du 6 octobre 2022**, la cour d'appel de Paris a, principalement :

- Rejeté les moyens d'annulation dirigés contre la décision de l'Autorité tirés d'une violation des principes du contradictoire, du droit à un procès équitable et d'égalité des armes ;

- Réformé cette décision, mais seulement :

→ en ses articles 2 et 6, en ce que le premier retient que les pratiques visées par le grief n° 2 sont caractérisées à compter de décembre 2005 jusqu'à mars 2013 et le second inflige une sanction à ce titre tenant compte de cette durée ;

→ en ses articles 3 et 7, en ce que le premier retient que les pratiques visées par le grief n° 3 sont établies et le second inflige une sanction à ce titre ;

→ en ses articles 5 et 8, en ce que le premier inclut, au titre du grief n° 4, les conditions commerciales relatives aux remises dans les règles et comportements qui restreignaient de manière anormale l'activité des APR et le second inflige une sanction tenant compte de cet abus.

Statuant à nouveau sur ces points, la cour d'appel a dit :

- que les pratiques de restriction de clientèle (grief n° 2) visées à l'article 2 précité sont établies à compter du 25 novembre 2009 jusqu'à mars 2013 ;

- qu'il n'est pas établi que les sociétés Apple France SARL, Apple Distribution International et Apple Europe Limited, en tant qu'auteurs, et Apple Inc., Apple Operations Europe et Apple Operations International, en leur qualité de sociétés mères, ont mis en œuvre les pratiques visées au grief n° 3 tendant à limiter la liberté tarifaire des APR, en fixant directement ou indirectement le prix de vente aux consommateurs des produits de marque Apple, sur le marché de la distribution au détail de produits informatiques et électroniques grand public sur la période d'octobre 2012 à avril 2017 ;

- que les règles et comportements abusifs visés à l'article 5 (grief n° 4) concernent les conditions d'approvisionnement et le traitement discriminatoire appliqués aux APR ;

- qu'il n'est pas établi que les règles et comportements abusifs visés à l'article 5 (grief n° 4) comprennent les conditions commerciales relatives aux remises ;

1. Elle a infligé les sanctions pécuniaires suivantes :

- Au titre des pratiques visées à l'article 2 (grief n° 2), tel que réformé par elle,

→ 218 411 340 euros solidairement aux sociétés Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Apple Operations International et Apple Inc. ;

→ 19 501 274 euros solidairement aux sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Europe BVBA et Ingram Micro Inc. ;

→ 24 896 094 euros solidairement aux sociétés Tech Data France SAS, Tech Data France Holding, Tech Data BV et Tech Data Corp ;

- Au titre des pratiques visées à l'article 5 (grief n° 4), tel que réformé par elle,

→ 153 191 592 euros, solidairement aux sociétés Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Apple Operations International et Apple Inc.

1. Elle a enfin condamné *in solidum* les sociétés des groupes Apple, Ingram et Tech Data, sanctionnées au titre des griefs n° 2 et 4, à payer à la société eBizcuss.com, représentée par son mandataire liquidateur, la somme globale de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

1. C'est l'arrêt attaqué par les pourvois des sociétés :

- Ingram Micro SAS, Ingram Micro Inc., et Ingram Micro Europe BV - pourvoi n° V 22-22.623 . (**les sociétés Ingram**) ;

- Tech Data Corporation, Tech Data (Netherland) BV , TD Synnex France Holding, anciennement dénommée Tech Data France Holding, TD Synnex France, anciennement dénommée Tech Data France - pourvoi n° W 22-22. 647. (**les sociétés Tech Data**) ;

- Apple France, Apple Distribution International Limited, Apple Operations Europe Limited, Apple Europe Limited, Apple Inc, Apple Sales International Limited, Apple Operations International Limited - pourvoi n° D 22-22.677 (**les sociétés Apple**) ;

- **Le Président de l'Autorité de la concurrence** - pourvoi n° G 22-22.727.

1. Par commodité de lecture, les moyens et branches seront présentés par l'acronyme Mxbx (par exemple M1b1 pour la première branche du premier moyen ou M3b2 pour la deuxième branche du troisième moyen).

2 - Analyse succincte des moyens

1. Pour faciliter la lecture du présent rapport, les moyens seront présentés de façon résumée.

2.1 - Pourvoi n° V 22-22.623 formé par les sociétés Ingram

1. Le pourvoi soulève trois moyens.

Premier moyen, articulé en six branches - Qualification de l'entente par répartition de clientèle

1. Les sociétés Ingram font grief à l'arrêt, notamment, de dire que les pratiques de restriction de clientèle (grief n°2) visées à l'article 2 de cette décision étaient établies à compter du 25 novembre 2009 jusqu'en mars 2013 et de leur infliger en conséquence solidairement une sanction pécuniaire de 19 501 274 euros, alors :

1°/ que la cour d'appel s'est fondée sur un ensemble de courriers et documents équivoques en tant qu'ils pouvaient être interprétés comme renfermant des recommandations non contraignantes de priorités de livraisons pour des ventes déjà conclues ou des allocations « de premier niveau », non constitutives d'une pratique anticoncurrentielle et s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser, selon le standard de preuve exigé, l'existence d'une pratique d'allocation de clientèle par la société Apple - Violation de l'article 101 du TFUE, l'article L. 420-1 du code de commerce, ensemble les articles 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

l'Homme et 48 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Proposition de RNSM

2°/ qu'en se bornant à se référer à certaines cotes, telles qu'elles avaient été citées de façon parcellaire ou sans être contextualisées par la décision entreprise, pour en déduire l'existence d'une pratique d'allocation de ventes et de clientèle mise en place par Apple, sans répondre aux conclusions et pièces qui en contestaient la portée la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ; **Proposition de RNSM**

3°/ qu'en se prononçant comme elle a fait, sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée, si les commandes de produits Apple passées par des distributeurs auprès d'Ingram n'avaient pas été toujours honorées dans leur intégralité, fût-ce en plusieurs livraisons échelonnées, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 101 du TFUE et L. 420- 1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

4°/ qu'en se déterminant par des motifs impropres à établir l'acquiescement d'Ingram à une pratique d'allocation de clientèles qu'Apple aurait mise en œuvre, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

5°/ qu'en ajoutant qu'il résultait des pièces produites que de nombreux échanges avaient eu lieu par téléphone ou de façon secrète, la cour d'appel a violé le principe de la présomption d'innocence, ensemble les articles 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et 48 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; **Proposition de RNSM**

6°/ qu'en se prononçant comme elle a fait, cependant que les éléments de preuve sur lesquels elle s'est elle-même fondée ne participaient pas d'une nature différente de ceux que l'Autorité avait qualifiés de « preuves comportementales », de sorte que ne pouvaient être regardées comme inopérantes par principe les preuves comportementales de sens contraire administrées par les entreprises poursuivies, la cour d'appel a violé l'article 101 du TFUE, ensemble l'article L. 420-1 du code de commerce.

Deuxième moyen, articulé en onze branches - Qualification de restriction par objet

1. Les sociétés Ingram font le même grief à l'arrêt, alors :

1°/ que la notion de restriction de concurrence par objet doit être interprétée de manière stricte et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordinations entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire ; qu'une telle qualification doit, selon la CJUE, être écartée en présence d'éléments contradictoires ou ambivalents quant à la capacité de l'accord considéré à produire de tels effets. La cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles ressortait l'existence d'éléments ambivalents quant à la capacité de la pratique considérée de produire des effets d'une nocivité suffisante pour justifier une telle qualification, a donc violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

2°/ que la qualification de restriction de concurrence par objet doit être écartée, en présence d'un objectif légitime poursuivi par les parties permettant de mettre en doute la nocivité de la pratique collusoire considérée et d'éléments ambivalents quant à la capacité de celle-ci à produire des effets présentant le degré de nocivité suffisant pour fonder cette

qualification. En s'abstenant de préciser en quoi la « stratégie de rareté », qui relevait d'un libre choix entrepreneurial, aurait été nuisible pour le libre jeu de la concurrence, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à justifier la mise à l'écart de l'objectif légitime invoqué et des effets pro-concurrentiels allégués, privant par-là sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

Proposition de RNSM

3° / qu'en jugeant que les parties n'étaient pas fondées à se prévaloir d'un objectif légitime consistant à assurer un approvisionnement équitable et ordonné des distributeurs appartenant aux divers canaux de distribution des produits Apple, au motif que d'autres méthodes auraient pu être mises en œuvre pour satisfaire cet objectif (§ 301), la cour d'appel s'est prononcée par un motif impropre à écarter l'existence d'éléments permettant de douter du degré de nocivité de la pratique alléguée, en violation des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

4° / qu'en énonçant que les pratiques alléguées avaient pour objectif de permettre à Apple de contenir les parts relatives de ses grossistes dans une « fourchette stable » et de lui réserver la clientèle de certains clients-revendeurs tels que les « APR » et encore que ces pratiques avaient pour objet de protéger les deux grossistes, sans préciser les éléments sur lesquels elle fondait de telles affirmations, expressément contestées par les entreprises poursuivies, ni se prononcer sur les nombreuses pièces produites par ces dernières au soutien de cette contestation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5° / que la cour d'appel a relevé que les allocations diffusées par Apple avaient pour objet de favoriser la distribution directe de ses produits par ses propres magasins physiques et en ligne et s'est prononcée par un motif inopérant, en tant qu'il concernait le premier niveau de distribution (à savoir les distributions librement effectuées par Apple en sa qualité de fabricant) et non les relations se situant en aval entre les grossistes et leurs propres clients, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

6° / qu'il incombe à l'Autorité, afin de cerner la teneur de la pratique collusoire, d'en apprécier ainsi le degré d'impérativité et donc, de nocivité, de rechercher si les directives incriminées ont été appliquées. La cour d'appel qui s'est prononcée sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'étude produite par les sociétés Ingram ne démontrait pas que les allocations diffusées par Apple étaient peu respectées, et si les pratiques alléguées n'étaient pas, pour cette seule raison, dépourvues du degré de nocivité requis, a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

7° / que pour affirmer néanmoins que les allocations en cause devaient être qualifiées de restriction de concurrence par objet, la cour d'appel a énoncé que l'étude produite par les sociétés Ingram confortait prétendument la position de l'Autorité, par une motivation abstraite et impropre à faire apparaître que les pratiques en cause n'appartenaient aux formes de collusion les plus nocives, seules justiciables de la qualification de restriction de concurrence par objet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

8° / qu'en se prononçant comme elle l'a fait par des considérations tirées de la spécificité du système de distribution adopté par Apple et du positionnement particulier de ses produits de nature à « relativiser » la pression concurrentielle exercée par les autres

marques, qui constituaient au contraire d'impérieux motifs de répudier la qualification de restriction de concurrence par objet et d'engager un examen approfondi des effets des pratiques en cause, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

9° / qu'en jugeant que les précédents jurisprudentiels cités par l'Autorité constituaient une expérience suffisamment fiable et solide, au motif qu'ils « concernaient une même catégorie d'accords » et qu'il n'y avait pas lieu d'exiger que les faits concernés soient « strictement identiques », quand il lui appartenait à tout le moins de s'assurer de similitudes suffisantes pour que des conclusions puissent être tirées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

10° / que la cour d'appel s'est prononcée par un motif impropre à caractériser l'existence d'une expérience suffisamment solide, fiable, générale et constante concernant les pratiques de la nature de celles en cause au cas d'espèce, dès lors que le règlement d'exemption n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 et les lignes directrices qui y sont relatives, lesquels qualifient de « restriction caractérisée » la restriction concernant la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sont assorti de nombreuses exceptions et que la notion de restriction caractérisée n'est pas synonyme de restriction de concurrence par objet, privant sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L.420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

11° / qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si d'autres autorités de concurrence européennes n'avaient pas écarté la qualification de restriction de concurrence par objet dans des circonstances très proches du cas d'espèce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE, ensemble le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet. **Proposition de RNSM**

Troisième moyen , articulé en six branches - Sanction

1. Les sociétés Ingram font grief à l'arrêt de dire que les pratiques de restriction de clientèle (grief n°2) visées à l'article 2 de cette décision étaient établies à compter du 25 novembre 2009 jusqu'en mars 2013, et de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire de 19 501 274 euros, alors :

1° / que la cour d'appel a retenu par des motifs impropres que l'entente s'était étendue aux accessoires (câbles, accessoires de protection ou de rangement etc.) et que la valeur des ventes de ces accessoires devait ainsi être intégrée dans le calcul de l'assiette de la sanction pécuniaire prononcée à leur encontre (défaut de base légale au regard des articles L. 464-2 du code de commerce, 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) ; **Proposition de RNSM**

2° / que la cour d'appel a considéré que la sanction infligée aux sociétés Ingram devait être évaluée par référence au chiffre d'affaires réalisé sur les ventes en relation avec l'infraction, en retenant que la société Ingram n'était pas juridiquement un intermédiaire ou un commissionnaire d'Apple, cependant que la détermination de l'assiette la mieux à même de refléter l'ampleur économique de l'infraction et le poids relatif de l'entreprise obéit à une logique économique et non pas strictement juridique, de sorte qu'il lui appartenait de se déterminer en fonction de la place réelle d'Ingram dans la chaîne de distribution des produits Apple, compte tenu notamment des politiques commerciales d'Apple et de la

structure du marché (défaut de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les points 23, 35 et 39 du communiqué sanction du 16 mai 2011) ;

Proposition de RNSM

3°/ que la cour d'appel a méconnu les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'égalité de traitement en retenant que les sanctions devaient être uniformément évaluées par référence aux chiffres d'affaires respectifs des entreprises condamnées, réalisés sur les ventes en relation avec l'infraction, sans tenir compte de la faiblesse du niveau de marge des grossistes et cependant qu'elle avait constaté le rôle prépondérant des sociétés Apple dans l'initiative et la mise en oeuvre des pratiques litigieuses (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

4°/ que la cour d'appel a méconnu les principes d'individualisation et d'égalité de traitement en fixant, de manière identique, le montant de base des sanctions encourues par Apple et chacun de ses grossistes à 7 % de la valeur de leurs chiffres d'affaires générés par la vente des produits en relation avec l'infraction, cependant qu'elle relevait qu'Apple avait joué un rôle central dans la définition de la politique d'allocation en cause et avait, par ses propres choix industriels et commerciaux, suscité la situation de « contrainte » par laquelle elle avait entendu justifier les allocations données à ses grossistes (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

5°/ que la cour d'appel a, au titre du montant de la sanction, fixé le début des pratiques reprochées à la société Ingram au 25 novembre 2009 en référence à un courriel du même jour envoyé par cette société à Apple sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas des autres mentions de ce courriel que l'échange concerné se bornait à évoquer la diffusion, par Apple, de recommandations de priorités de livraisons (défaut de base légale au regard de l'article L.464-2 du code de commerce et des points 22 et 42 du communiqué sanctions) ; **Proposition de RNSM**

6°/ que la cour d'appel a, pour majorer la sanction prononcée à l'encontre d'Ingram au regard de sa gravité, affirmé que les pratiques dénoncées avaient également abouti à une restriction des ventes passives (ventes par Internet), sans préciser sur quels éléments elle se fondait (violation de l'article 455 du code de procédure civile). **Proposition de RNSM**

2.2 - Pourvoi n° W 22-22.647 formé par les sociétés Tech Data

1. Le pourvoi soulève trois moyens.

Premier moyen , articulé en sept branches - Qualification de l'entente par répartition de clientèle

1. Les sociétés Tech Data font grief à l'arrêt, notamment, de rejeter leurs moyens d'annulation dirigés contre la décision de l'Autorité tirés d'une violation des principes du contradictoire, du droit à un procès équitable et d'égalité des armes, de dire que les pratiques de restrictions de clientèle visées à l'article 2 de la décision de l'Autorité étaient établies à compter du 25 novembre 2009 jusqu'en mars 2013 et de leur infliger, solidairement, la sanction pécuniaire de 24 896 094 euros au titre de ces pratiques, alors :

1° / que la cour d'appel en se fondant sur de nombreuses pièces qui n'avaient pas été débattues contradictoirement au cours de la procédure administrative ou qui n'avaient pas été exploitées par l'Autorité dans sa décision pour prétendre apporter la preuve de l'acquiescement de Tech Data à l'entente litigieuse, s'est prononcée en méconnaissance des droits de la défense des sociétés Tech Data, et a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

2° / que la cour d'appel qui s'est fondée de manière prépondérante sur un ensemble de courriels et d'échanges intervenus entre les sociétés Apple, les sociétés Ingram et divers clients-revendeurs, ainsi que sur des échanges internes à ces sociétés, s'est prononcée de ce fait, par des motifs insusceptibles de rapporter la preuve d'un accord de volonté entre Apple et Tech Data et a méconnu les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

3° / que pour établir l'existence d'un accord de volontés qui auraient concerné directement Tech Data, la cour d'appel s'est fondée sur un échange de courriels qui se rapportait au *fast ship program* ainsi que sur un autre portant « manifestement sur une question de livraison », domaines qu'elle avait exclu du périmètre des pratiques poursuivies. Ce faisant, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

4° / qu'en se prononçant par référence à des éléments de preuve dont elle avait elle-même exclu qu'ils puissent, de par leur nature, servir à caractériser l'entente litigieuse, la cour d'appel, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

5° / qu'en considérant qu'il résultait d'un échange de courriels entre Tech Data et Ingram que le client concerné de Tech Data avait été livré principalement par Ingram, sans répondre aux conclusions par lesquelles les sociétés Tech Data faisaient valoir que ce client avait été livré par Ingram en exécution d'une commande passée en parallèle auprès de ce dernier grossiste, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ; **Proposition de RNSM**

6° / que la cour d'appel a retenu que l'Autorité se fondait sur des preuves directes complétées par des preuves comportementales, ce dont elle a déduit que les analyses économiques produites par les sociétés Tech Data, en vue de démontrer que les allocations préconisées par Apple n'avaient pas été significativement suivies, étaient inopérantes pour démentir l'existence de l'accord de volontés supposé, alors que les pièces examinées par la cour d'appel à ce titre sont toutes sujettes à interprétation et relatives au comportement des parties, excluant qu'elles puissent être regardées comme des preuves directes de l'accord de volontés supposé, de sorte que la cour d'appel était tenue de rechercher si les études économiques produites ne contredisaient pas l'existence d'un accord entre Apple et Tech Data portant sur des allocations de produits et de clientèle. En refusant de procéder à cette recherche, la cour d'appel a violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

7° / qu'en se bornant à dire, contrairement à l'analyse expressément faite par l'Autorité dans la décision de sanction, que la preuve de l'acquiescement de Tech Data reposait sur des preuves directes, sans toutefois identifier les éléments de preuve sur lesquels elle se

fondait, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

Deuxième moyen , articulé en dix branches - Qualification d'infraction par objet

1. Les sociétés Tech Data font le même grief à l'arrêt alors :

1° / qu'en tenant pour équivalent à une restriction de clientèle et de produits prohibée, le mécanisme d'allocations en litige, dont l'arrêt constatait qu'il n'interdisait aux grossistes agréés par Apple, directement ou indirectement, ni de s'adresser activement à des clients potentiels, ni de répondre aux demandes de ces clients, ni encore de vendre les produits Apple sur un territoire déterminé, la cour d'appel a violé les articles 4, b) du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 et du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, et les articles 101 , paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

2° / que pour qu'un accord soit qualifié de restriction de concurrence par objet, sans caractériser l'existence d'une expérience acquise ayant qualifié de restriction de concurrence par objet des allocations de volume dans un accord vertical non tarifaire, dont il était constaté, de surcroît, qu'elles étaient variables selon les périodes et non-assorties de restrictions territoriales, la cour d'appel a méconnu le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet, et violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

3° / que la cour d'appel a relevé que l'examen de la teneur de l'accord révélait un mécanisme de nature à restreindre la concurrence par les mérites entre concurrents et que les études économiques produites par les parties, qui montrent qu'aucun des grossistes n'avait été en mesure d'atteindre durablement une part de marché disproportionnée par rapport à l'autre, confortaient la position de l'Autorité , selon laquelle le système d'allocations devait permettre de maintenir dans une fourchette stable les parts de marché des deux grossistes agréés, tout en constatant que la structure du marché était restée stable après qu'il ait été mis fin aux pratiques en litige, ce dont il s'induisait que le phénomène observé par l'Autorité n'était pas inhérent au mécanisme d'allocations et n'en constituait pas l'objet, la cour d'appel a violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

4° / que la notion de restriction de concurrence par objet, d'interprétation stricte, est exclue s'il existe une autre explication alternative légitime aux comportements observés ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les revendeurs « directs » n'étaient pas tenus de s'approvisionner majoritairement auprès d'Apple, et non auprès des grossistes agréés, en application d'une clause du contrat APR signé avec Apple stipulant à leur charge « *une obligation contractuelle d'acheter 85 % des produits Apple chez Apple en Irlande* », la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

5° / qu'un objectif légitime peut exclure la qualification de restriction de concurrence par objet lorsqu'il permet de douter du degré de nocivité suffisant d'un accord ou d'une pratique concertée entre entreprises à l'égard de la concurrence ; que la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé de manière positive que le mécanisme d'allocations ne répondait pas, pour Tech Data, à un objectif légitime, a méconnu le principe d'interprétation stricte de la

notion de restriction de concurrence par objet, et violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

6°/ que la cour d'appel, en se fondant sur des documents se rapportant à des allocations de premier niveau pour retenir le caractère anticoncurrentiel par objet du mécanisme d'allocations de second niveau en litige, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

7°/ qu'en retenant que le mécanisme d'allocations litigieux avait conduit à dissuader les grossistes, en l'absence d'allocations les y autorisant, à démarcher ou à répondre à la demande de certaines catégories de clientèle, tout en prenant acte de ce que l'Autorité ne fournissait aucun exemple de plainte ou de refus de vente opposé par l'un ou l'autre grossiste qui soit de nature à accréditer cette affirmation, la cour d'appel, qui a méconnu le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet, a violé les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

8°/ que la cour d'appel s'est fondée sur un échange de courriels duquel il serait résulté que « *la commande [d'un] client revendeur, passée initialement exclusivement auprès de Tech Data, [aurait] été dans une large proportion honorée par Ingram Micro* », « *sans opposition de Tech Data* » sans répondre aux conclusions par lesquelles Tech Data faisait valoir que le client concerné avait été livré par Ingram Micro en exécution d'une commande passée en parallèle auprès de ce dernier, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ; **Proposition de RNSM**

9°/ que la qualification de restriction de concurrence par objet doit être écartée lorsqu'il existe des éléments contradictoires ou ambivalents quant au degré de nocivité de l'accord sur la concurrence ; qu'il résulte de l'arrêt que l'accord vertical non tarifaire entre les parties n'a eu aucun impact sensible ni sur les prix, ni sur les consommateurs, et ni encore sur la concurrence inter-marques et intra-marque, et qu'il a même eu des effets bénéfiques sur cette dernière ; qu'en l'état de ces éléments contradictoires ou, tout au moins, ambivalents quant au degré de nocivité du système d'allocations en litige sur la concurrence, la cour d'appel, en qualifiant ce dernier de restriction de concurrence par objet, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres énonciations, en méconnaissance du principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet, et en violation des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

10°/ que le système décrit par l'arrêt, que contestait Tech Data à titre principal, dans lequel celle-ci se serait contentée de fournir des services d'exécution dans le cadre d'un contrat de fourniture dont les termes auraient préalablement été convenus entre Apple et chacun des revendeurs, pouvant s'apparenter à un contrat d'exécution au sens des lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne du 10 mai 2022, nouvellement applicables (Art. 193), la cour d'appel, en qualifiant le mécanisme d'allocations en litige de restriction de concurrence par objet, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres énonciations, en violation de l'article 4 du règlement (UE) n° 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022, et des articles 101, paragraphes 1 et 3, du TFUE, L. 420-1 et L. 420-4 du code de commerce. **Proposition de RNSM**

Troisième moyen, articulé en sept branches - Sanction

1. Les sociétés Tech Data font grief à l'arrêt de dire que les pratiques de restrictions de clientèle visées à l'article 2 de la décision étaient établies à compter du 25 novembre 2009 jusqu'en mars 2013 et de leur infliger, solidairement, la sanction pécuniaire de 24 896 094 euros, alors :

1°/ que la cour d'appel a fixé la valeur des ventes en lien avec l'infraction, par référence au chiffre d'affaires des entreprises impliquées, en comptabilisant deux fois les ventes des mêmes produits, l'une au titre de la sanction fixée sur la base du chiffre d'affaires d'Apple, l'autre au titre des sanctions fixées sur la base des chiffres d'affaires respectifs des deux grossistes, ce qui correspond à un montant cumulé qui excède 100 % du marché retenu et ne reflète donc pas l'importance du dommage causé à l'économie (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

2°/ que la cour d'appel a méconnu les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'égalité de traitement en retenant que les sanctions devaient être uniformément évaluées par référence aux chiffres d'affaires respectifs des entreprises condamnées, réalisés sur les ventes en relation avec l'infraction, sans compte de la faiblesse du niveau de marge des grossistes et cependant qu'elle avait constaté le rôle prépondérant des sociétés Apple dans l'initiative et la mise en œuvre des pratiques litigieuses (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

3°/ que la cour d'appel a méconnu les principes de proportionnalité et d'individualisation de la sanction en déterminant le début des pratiques imputées à la société Tech Data en se fondant sur un élément de preuve de l'acquiescement d'Ingram à l'invitation d'Apple sans établir son propre acquiescement (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

4°/ que la cour d'appel a méconnu les mêmes principes en retenant dans le périmètre des ventes en lien avec l'infraction, l'existence d'un accord entre Tech Data et Apple incluant plusieurs produits de la gamme Apple pour lesquels aucun élément de preuve impliquant Tech Data n'était apporté (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

5°/ que la cour d'appel a méconnu les mêmes principes en confirmant le périmètre des ventes en lien avec l'infraction retenu par l'Autorité à l'égard de Tech Data, dont elle constatait pourtant qu'il tenait compte des ventes de licences et logiciels Apple qui n'avaient pas fait l'objet des pratiques retenues, et ce au motif inopérant qu'elle n'était pas saisie par Tech Data d'une contestation concernant ce périmètre des ventes (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

6°/ que la cour d'appel a méconnu les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'égalité de traitement en fixant le montant de base des sanctions encourues par Apple et chacun de ses grossistes à un pourcentage identique de la valeur de leurs chiffres

d'affaires générés par la vente des produits en relation avec l'infraction, cependant qu'elle relevait qu'Apple avait joué un rôle central dans la définition de la politique d'allocation en cause et avait, par ses propres choix industriels et commerciaux, suscité la situation de « contrainte » par laquelle elle avait entendu justifier les allocations données à ses grossistes (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce) ; **Proposition de RNSM**

7°/ que la cour d'appel a méconnu les principes de proportionnalité et d'individualisation, en ne tenant compte, ni au stade de l'appréciation de la gravité du comportement personnel de Tech Data, ni au stade de l'examen des circonstances atténuantes, de l'objectif légitime poursuivi par les grossistes en participant au mécanisme d'allocations en litige, d'une gestion équilibrée de l'approvisionnement des produits Apple auprès des clients revendeurs en périodes de contrainte (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce).

Proposition de RNSM

2.3 - Pourvoi n° D 22-22.677 formé par les sociétés Apple

1. Le pourvoi soulève cinq moyens.

Premier moyen , articulé en cinq branches - Respect du principe de la contradiction

1. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de rejeter les moyens d'annulation dirigés contre la décision de l'Autorité tirés d'une violation des principes du contradictoire, du droit à un procès équitable et d'égalité des armes et dit n'y avoir lieu d'écarter des débats aucune pièce, alors :

1°/ que la décision de l'Autorité était, au moins partiellement fondée sur des pièces qui n'ont jamais été discutées contradictoirement pendant la procédure administrative, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

2°/ qu'en affirmant que des pièces extraites du dossier d'instruction et versées à la procédure sont librement accessibles et sont dès lors réputées avoir été soumises au contradictoire, sauf à établir qu'il en est tiré des éléments affectant la situation des entreprises mises en cause, de sorte qu'elles auraient dû faire l'objet d'un débat contradictoire spécifique, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant concernant les pièces classées au titre du secret des affaires « *qu'à l'issue des opérations de visites et saisies, chaque société visitée a reçu une copie intégrale du scellé informatique réalisé par les services d'instruction, qui comprenait l'ensemble des documents saisis et ultérieurement versés au dossier par l'Autorité* » même « *s'il est exact que ces pièces n'étaient alors pas cotées* » (§ 108 de l'arrêt), la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

4° / qu'en décidant que les pièces nouvelles, classées au titre du secret des affaires ou non, illustrant une argumentation qui reste dans la limite de la qualification retenue par la notification des griefs, en réponse aux requérantes qui mettaient en cause l'insuffisance des éléments retenus pour établir les infractions poursuivies et sanctionnées, sont recevables, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

5° / qu'en affirmant, pour rejeter les moyens d'annulation qu'aucune des pièces litigieuses n'est indispensable à la caractérisation des infractions en cause et ne sert de fondement nécessaire aux poursuites et à la décision attaquée, ne constituant que des illustrations supplémentaires d'éléments cités et analysés dans la décision attaquée, et ce alors même qu'elle a utilisé à plusieurs reprises ces pièces pour écarter certains des arguments soulevés par les requérantes, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce.

Deuxième moyen , articulé en quatorze branches - Qualification de l'entente par répartition de clientèle et de l'infraction par objet

1. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de dire, après une réformation partielle de la décision de l'Autorité, qu'elles ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, pour avoir mis en œuvre, du 25 novembre 2009 à mars 2013, des pratiques de restriction de clientèle sur le marché de la distribution en gros de produits informatiques et électroniques grand public, et , en conséquence, de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire de 218 411 340 euros au titre de cette pratique, alors :

1° / qu'en considérant qu'il y avait lieu d'établir « l'accord de volonté entre Apple et chacun de ses grossistes » conformément aux principes dégagés par l'arrêt de la Cour de justice du 7 janvier 2004, Aalborg Portland c/ Commission, quand cette décision ne portait pas sur une entente verticale mais sur une entente horizontale, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

2° / que la preuve d'une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à condition de démontrer l'adhésion libre et volontaire de chaque distributeur à la politique commerciale unilatéralement mise en œuvre par le fournisseur ; que l'absence d'adhésion des distributeurs peut en particulier, dans ce contexte, être déduite de leur non-respect des consignes du fournisseur ; qu'en considérant que les éléments fournis par les parties relatifs aux taux de respect des allocations étaient inopérants pour démontrer l'existence d'un accord de volonté, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

3° / qu'en se fondant exclusivement sur un courriel du 25 novembre 2009, adressé par Ingram à Apple, pour considérer qu'un accord de volontés explicite entre Apple et chacun de ses deux grossistes était établi, et que cette date constituait donc le point de départ de l'entente, quand ce courriel auquel la société Tech Data était étrangère ne pouvait démontrer son adhésion volontaire à la politique unilatérale d'Apple, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

4° / qu'en considérant que l'entente explicite entre Apple et ses deux grossistes était établie à partir du 25 novembre 2009, quand les premiers courriels de Tech Data mis en

avant par l'Autorité pour démontrer l'acquiescement de Tech Data aux allocations ne sont pas antérieurs à octobre 2012 et que ceux analysés par l'arrêt attaqué ne sont pas antérieurs à 2011, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5° / qu'en affirmant que l'Autorité avait pu valablement retenir que l'accord entre Apple et ses grossistes portait sur tous les produits Apple à l'exception de l'iPhone, « *sans être tenue de démontrer l'existence du système litigieux à l'égard de chaque produit et accessoire Apple commercialisés sur le marché* » (§ 218), la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

6° / qu'une restriction de clientèle ne peut être identifiée au sens de l'article 4 sous b) du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées que dans le cas où il apparaît que le distributeur ou le grossiste se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse, exposé à une perte de marché ou de clientèle ; qu'en décidant que l'accord entre Apple et ses grossistes constituait une restriction de clientèle au sens du règlement précité, dans la mesure où les grossistes n'étaient plus libres de gérer leur stocks et de les affecter aux clients de leurs choix, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à établir une telle restriction de concurrence et privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE, L. 420-1 du code de commerce et 4 sous b) du règlement susvisé ;

7° / qu'en décidant que l'accord entre Apple et ses grossistes constituait une restriction de clientèle au sens du règlement précité, tout en constatant « *une fluctuation des parts de marché des grossistes concernant certains APR sur certaines périodes* » ou encore que ce système d'allocations s'analyse comme « *un moyen de maintenir leurs parts de marché dans une fourchette stable* », ce qui démontrait que les grossistes n'avaient été exposés à aucune perte de marché ou de clientèle, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 du TFUE, L. 420-1 du code de commerce et 4 sous b) du règlement susvisé ;

8° / qu'en affirmant que le système d'allocation de produits mis en œuvre s'analyse en réalité comme une restriction de clientèle si bien que les précédents cités par l'Autorité qui concernent des restrictions de clientèle sont topiques, tout en constatant que ces précédents diffèrent néanmoins des allocations en cause sur des points essentiels, en ce que les allocations de produits mises en place par Apple en période de contrainte sont ici variables et n'ont pas été assorties de restrictions territoriales, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

9° / qu'en considérant qu'il existait une expérience suffisamment solide et fiable de la nocivité d'un accord tel que celui en cause en se fondant sur le seul fait que des restrictions de clientèle aient pu, par le passé, être analysées comme une restriction de concurrence par objet, sans se fonder sur la moindre analyse économique fiable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

10° / qu'en décidant, pour dire que la condition de l'expérience acquise était démontrée, que le système d'allocation mis en œuvre ne devait pas s'analyser comme un ordre de priorité de livraison mais comme une restriction de clientèle et de produits, s'inscrivant dans une relation verticale ne comportant que deux grossistes agréés, quand cette

qualification était contestée par les parties, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

11° / une restriction caractérisée de concurrence au sens de l'article 4 sous b) du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE ne constitue pas un critère opérant permettant d'en déduire que la pratique en cause est une restriction par objet, prohibée par l'article 101, paragraphe 1, TFUE au regard de sa nocivité particulière ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

12° / qu'en qualifiant la pratique en cause de restriction par objet après avoir constaté que la concurrence intra-marque n'avait pas été totalement entravée, qu'il existait une concurrence inter-marques et « *qu'il n'a pas été démontré d'impact sensible [de cette pratique] sur les prix* », ce qui attestait nécessairement d'une nocivité insuffisante de la pratique en cause, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

13° / qu'en se bornant, pour dénier tout effet pro concurrentiel à l'accord en cause à affirmer, que le maintien de la concurrence intra-marques n'était pas liée à l'accord et qu'Apple aurait pu atteindre les mêmes objectifs par d'autres moyens, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si le système d'allocation mis en place n'avait pas atteint ses objectifs en ce qu'il visait aussi à garantir un niveau minimum d'approvisionnement aux APR, et à préserver la concurrence inter-marques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

14° / qu'en se bornant, pour retenir dans le cadre de son analyse du contexte économique de l'accord, que la concurrence inter-marques devait être relativisée, à déduire la prétendue faible substituabilité des produits concurrents à ceux de la marque Apple des caractéristiques des produits de la marque Apple, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce .

Troisième moyen , articulé en dix branches - Abus de dépendance économique

1. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de dire qu'il est établi que les sociétés Apple, en tant qu'auteurs ou en tant que société mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce, pour avoir mis en œuvre, de novembre 2009 à avril 2013, des pratiques visant à exploiter de manière abusive la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvent les APR, en appliquant à leur égard un ensemble de règles et de comportements qui restreignent de manière anormale l'activité de ces distributeurs, sauf à préciser que les règles et comportements abusifs concernent les conditions d'approvisionnement et le traitement discriminatoire appliqués aux APR, mais ne comprennent pas les conditions commerciales relatives aux remises, et, en conséquence, de leur infliger, une sanction pécuniaire, alors :

1° / qu'en considérant que les revendeurs APR se trouvaient dans une situation de dépendance économique, tout en constatant les parts de marché d'Apple au regard de celles de la société celles de Samsung et que celle-ci constitue, *prima facie* , un fournisseur alternatif en termes de parts de marché, ce dont il résultait nécessairement que les APR n'étaient pas dépourvus de solution alternative, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce ;

2° / qu'en déduisant de la notoriété d'Apple, après avoir pourtant relevé que sa part de marché était limitée, l'absence de solution équivalente pour les APR et, en conséquence, leur dépendance économique, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

3° / qu'en se bornant à déduire la prétendue non substituabilité des produits de la marque Apple avec les produits concurrents des caractéristiques alléguées des produits de la marque Apple, sans procéder à la moindre analyse concrète des produits en cause et de leur substituabilité avec les produits concurrents, qui seule aurait pu permettre de conclure à l'existence ou l'absence de solutions alternatives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce ;

4° / qu'en retenant, pour décider qu'aucune solution alternative effective, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, ne pouvait être trouvée par les APR auprès d'un autre fournisseur dans des conditions techniques et économiques comparables, qu'Apple était seul à exploiter un réseau de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à sa marque propre sur tout le territoire national et que la sortie du réseau d'Apple aurait également signifié la perte d'une clientèle attachée au fonds de commerce, fidèle à la marque , la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

5° / qu'en affirmant, pour considérer que la dépendance économique des revendeurs APR ne résultait pas d'un choix délibéré de leur part, qu'il ne peut pas être reproché aux revendeurs ayant adhéré au programme APR à partir de 2006 d'avoir librement choisi de ne pas diversifier leurs sources d'approvisionnement et de chiffres d'affaires, tout en constatant que « *le système de distribution de produits Apple sur le marché aval est ouvert, de sorte que le statut d'APR n'est pas nécessaire pour permettre à un revendeur d'inclure dans ses linéaires des produits Apple considérés comme "incontournables" du fait de la notoriété de la marque et des particularités de ces produits, et que tout revendeur peut ainsi avoir une activité multimarques, incluant des produits Apple, avec un agrément de base (AAR) ou sans aucun agrément (revendeur NAR), sans être soumis aux contraintes du programme APR* » , ce dont il résultait que les revendeurs avaient volontairement adhéré au programme APR, la cour d'appel a violé l'article L. 420- 2 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

6° / En affirmant que les revendeurs APR n'avaient pas librement choisi de ne pas diversifier leurs sources d'approvisionnement et de chiffres d'affaires, après avoir constaté que l'adhésion des revendeurs au programme APR avait été motivée par leur volonté de maintenir leur modèle économique ou encore « par des perspectives attractives », ce dont il résulte qu'ils avaient donc librement choisi d'adhérer à ce programme, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

7° / que s'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 sur le marché, cette responsabilité doit être interprétée strictement et une telle obligation ou une obligation analogue ne s'impose pas à une entreprise non dominante vis-à-vis de ses partenaires, fussent-ils en situation de dépendance économique à son égard ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce ;

8° / que le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle à un traitement différent de situations différentes et n'impose donc pas d'uniformiser les conditions d'approvisionnement. En reprochant à Apple d'avoir abusé de la dépendance économique des APR en mettant en œuvre des retards ou des refus d'approvisionnements discriminatoires entre les APR et d'autres canaux de distribution, quand les différents canaux de distribution de produits Apple n'étaient pas placés dans des situations identiques, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ; **Proposition de RNSM**

9° / En décidant qu'à la différence des abus commis par une entreprise en position dominante, l'exploitation abusive d'une dépendance économique pouvait être réprimée au titre des pratiques anticoncurrentielles sans tenir compte du moindre seuil de sensibilité de l'atteinte à la concurrence, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce ;

10° / que l'exploitation abusive de dépendance économique n'est prohibée que si elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur un marché ; qu'en se bornant à affirmer, pour dire que la structure de la concurrence était susceptible d'être altérée, que les pratiques d'Apple avaient réduit la concurrence intra-marque au détriment des APR, et en faveur des ventes directes d'Apple en ligne comme en magasin, sans vérifier comme elle y avait été invitée, si les ventes en ligne de tels produits ne constituaient pas un marché distinct au moment des faits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce .

Quatrième moyen, une branche - Sanction infligée au titre des pratiques visées à l'article 2

1. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de leur infliger les deux sanctions pécuniaires distinctes suivantes : 218 411 340 euros au titre des pratiques visées à l'article 2 (grief n° 2 allocation de produits) et 153 191 592 euros au titre des pratiques visées à l'article 5 (grief n° 4 abus de dépendance économique).

Dans une branche unique, les sociétés Apple reprochent à la cour d'appel une violation de son obligation de statuer en droit comme en fait sur les pratiques reprochées, et en retenant une sanction distincte au titre de chacune des deux infractions retenues au motif que l'Autorité avait pu valablement prononcer trois sanctions distinctes, quand il lui appartenait d'examiner la possibilité d'infliger aux sociétés Apple une sanction unique, dans les limites des deux seules infractions dont elle a confirmé l'existence (violation des articles 561 et 562 du code de procédure civile et L. 464-2 du code de commerce).

Proposition de RNSM

Cinquième moyen, une branche - Sanction infligée au titre des pratiques visées à l'article 5

1. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de leur infliger une sanction pécuniaire de 153 191 592 euros au titre des pratiques visées à l'article 5 (grief n° 4 abus de dépendance économique) en retenant dans la valeur des ventes constitutive de l'assiette de la sanction, les ventes en ligne sans rechercher, comme elle y était invitée, si les ventes en lignes de certains produits ne constituaient pas un marché distinct au moment des faits, de sorte qu'elles ne pouvaient pas être affectées par les pratiques en cause (défaut de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce).

Proposition de RNSM

2.4 - Pourvoi n° G 22-22.727 formé par le président de l'Autorité

1. Le pourvoi soulève trois moyens.

Premier moyen , articulé en une branche - Durée de l'entente par répartition de clientèle

1. Le Président de l'Autorité fait grief à l'arrêt de réformer la décision en ses articles 2 et 6, sur le point de départ des pratiques de restriction de clientèle (grief n° 2) visées à l'article 2, à compter du 25 novembre 2009 jusqu'à mars 2013 et, en conséquence, de réduire le montant des sanctions pécuniaires infligées au titre de ce grief, alors qu'en affirmant que le courriel du 25 novembre 2009 ne démontrait pas que les grossistes ne décidaient pas librement de leurs clients vendeurs, sans rechercher s'il résultait des termes de ce courriel pris dans leur intégralité, que les sociétés Apple organisaient, outre des répartitions de « premier niveau », c'est-à-dire entre le canal direct et ses grossistes, des allocations de produits visant les clients de ces grossistes, désignés par les « comptes » mentionnés par le courriel précédemment reproduit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE .

Deuxième moyen , articulé en huit branches - La pratique des prix imposés

1. Le président de l'Autorité fait grief à l'arrêt de réformer la décision en ses articles 3 et 7, en ce que le premier retenait que les pratiques visées par le grief n° 3 étaient établies et le second infligeait une sanction à ce titre, d'avoir, statuant de nouveau sur ce point, dit qu'il n'était pas établi que les sociétés Apple avaient mis en œuvre les pratiques visées au grief n°3 tendant à limiter la liberté tarifaire des APR, en fixant directement ou indirectement le prix de vente aux consommateurs des produits de marque Apple, sur le marché de la distribution au détail de produits informatiques et électroniques grand public sur la période d'octobre 2012 à avril 2017, alors :

1° / que, pour apprécier l'incertitude relative aux modalités d'obtention des remises et ristournes, il convenait de se placer à la date à laquelle les contrats entre les sociétés Apple et les APR ont été conclus, ou, en toute hypothèse, à la date de fixation de leurs prix par les APR, dans la mesure où l'acquiescement des APR à ces conditions, avait fondé l'accord de volontés et que, par ailleurs, une appréciation a posteriori de l'absence d'incertitude ne reflétait pas la situation des APR au moment de la fixation de leurs prix de vente. En écartant cependant le moyen tiré de l'incertitude et de l'imprévisibilité imposées par les sociétés Apple et acceptées par les APR en raison de révisions successives des contrats et de l'appréciation discrétionnaire s'agissant des niveaux et des critères d'attribution de ces remises la cour d'appel, qui a évalué l'absence d'incertitude, pour les APR, *a posteriori* , pour en déduire que les sociétés Apple n'avaient pas fait usage des pouvoirs discrétionnaires qui leur étaient attribués par les contrats, et non au moment de la conclusion des contrats ou de la fixation des prix de vente, ce qui était pourtant nécessaire pour apprécier la situation des APR pendant les pratiques, a statué par des motifs impropres à écarter l'existence d'un accord de volontés, en violation des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

2° / que l'Autorité peut se fonder sur un faisceau d'indices, à la fois de nature documentaire et comportementale, qui, examinés ensemble, permettent d'établir que les prix communiqués par un fabricant à ses distributeurs spécialisés avaient le caractère de prix imposés, sans que chacun de ces indices ne doive, pris isolément, revêtir un caractère de

preuve parfaite. En écartant un à un les indices retenus par l'Autorité, pris isolément, au motif qu'ils n'étaient pas suffisants pour apporter la preuve d'une entente verticale entre les sociétés Apple et les APR, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si ces indices, pris ensemble, permettaient d'établir une incitation des APR à appliquer les prix communiqués par les sociétés Apple ou une dissuasion à baisser leurs prix de vente, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

3°/ que la recommandation d'un prix de vente est susceptible de constituer une restriction caractérisée lorsqu'elle a pour objet l'établissement d'un prix de revente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter, ce qui est notamment le cas lorsqu'elle s'accompagne de mesures incitant à appliquer ce prix ou dissuadant de pratiquer des prix plus bas ; qu'en se bornant, pour écarter le moyen tiré de l'application, par les sociétés Apple aux APR, de conditions désincitatives pour pratiquer des opérations promotionnelles, à relever que les critères permettant l'allocation d'un certain pourcentage de remise fonctionnelle n'avaient, en pratique, jamais été modifiés par les sociétés Apple, bien qu'elles en eurent la faculté, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si cette incertitude résultait du caractère subjectif et non transparent de l'appréciation des critères communiqués aux APR, qui devait être appréhendé à la lumière des circonstances spécifiques de l'espèce, les sociétés Apple disposant d'une connaissance approfondie de la situation des APR, inhabituelle s'agissant de relations impliquant des entreprises indépendantes, ce qui lui permettait de contrôler précisément leur niveau de marge et, en conséquence, leur capacité à pratiquer des promotions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

4°/ qu'en considérant qu'il n'était pas établi que le système de remises pratiqué par les sociétés Apple auprès des APR ait pu dissuader ces derniers de s'éloigner des prix communiqués, aux motifs qu'un taux de base de 4% était systématiquement appliqué s'agissant de la remise fonctionnelle, et qu'une autre remise bénéficiait aux APR exploitant plusieurs points de vente, sans rechercher si ces remises permettaient aux APR de dégager une marge suffisante pour pratiquer des opérations promotionnelles, en l'absence du bénéfice des autres remises pour l'octroi desquelles les sociétés Apple disposaient d'une marge d'appréciation discrétionnaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

5°/ En écartant l'impossibilité, pour les APR, de réaliser des opérations promotionnelles, due au caractère discrétionnaire de l'octroi des remises et ristournes, après avoir pourtant constaté que l'octroi des remises performance et « développement marketing » revêtait un caractère discrétionnaire, aux motifs que « *la part des APR directs obtenant plus de 80% du montant maximum théorique a considérablement augmenté sur toute la période des New Deal 4 et 5, comme la part de ceux atteignant au moins 95%* » et qu'« *il importe peu que ces études analysent la seule remise fonctionnelle, dès lors qu'elle constitue la remise la plus importante et que le cumul du différentiel ALP/DAC et de la remise fonctionnelle suffit à assurer une large marge de manœuvre tarifaire aux APR* », la cour d'appel, qui a procédé par voie d'affirmation, sans expliquer en quoi le bénéfice de la remise fonctionnelle (qui contribue aux marges avant) permettait à lui seul aux APR d'anticiper, avec un degré de certitude suffisant, qu'ils disposeraient de la latitude nécessaire pour s'écarter, à la baisse, des prix communiqués par Apple, et ainsi sans justifier des raisons pour lesquelles elle a écarté l'analyse de l'Autorité, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6° / que l'Autorité faisait valoir que, quand bien même n'y aurait-il pas eu de représailles, les sociétés Apple avaient dissuadé les APR de s'éloigner des prix conseillés par la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle des promotions, consistant en l'imposition de contraintes fortes par les différentes stipulations contractuelles relatives à l'usage de la marque dans les supports de communication et les supports promotionnels, le non-respect de ces consignes n'étant pas nécessairement à l'origine d'une rupture du contrat mais seulement d'un rappel à l'ordre. En écartant ce moyen au seul motif que sept APR sur vingt avaient indiqué avoir pratiqué des opérations promotionnelles autonomes, tandis que cette constatation n'était pas de nature à exclure le contrôle des promotions exercé par les sociétés Apple du faisceau d'indices aux fins de caractérisation d'une pratique de prix imposés, certains APR ayant pu acquiescer à la pratique de prix imposés, globalement plus bénéfique pour eux que de se livrer concurrence par les prix avec les autres revendeurs, tout en décidant de s'en éloigner ponctuellement, en dépit de la renonciation à certaines remises ou ristournes à l'issue de l'audit merchandising suivant, auquel était subordonné l'octroi des remises principales, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à justifier légalement sa décision, violant ainsi les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

7° / qu'en considérant que l'Autorité n'apportait pas la preuve du fait que l'encadrement, par les sociétés Apple, des promotions réalisées par ses revendeurs APR, fondé sur la préservation de l'image de marque des produits Apple, devait être assimilé à une police des prix destinée à conférer aux prix diffusés un caractère impératif, sans répondre au moyen selon lequel les opérations promotionnelles autonomes réalisées, à la marge, par certains APR, avaient été rares et généralement limitées à certains événements particuliers, la cour d'appel, qui s'est fondée uniquement sur le nombre des revendeurs ayant déclaré pratiquer des opérations promotionnelles, sans tenir compte de la fréquence et du volume de ces opérations, ce qui était pourtant essentiel pour apprécier le caractère substantiel des éventuelles déviations à l'entente, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

8° / que la cour d'appel ayant constaté que certains APR avaient perçu les prix communiqués par les sociétés Apple comme définissant un seuil en-dessous duquel ils n'étaient pas en mesure d'aller, c'est-à-dire à la fois comme des prix maximum et minimum, ce dont il résultait que, s'agissant de ces APR au moins, l'acquiescement aux prix communiqués par les sociétés Apple en tant que prix minimum était établi et en jugeant le contraire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE.

Troisième moyen, branche unique - Sanction

1. Le président de l'Autorité fait grief à l'arrêt, en réduisant le pourcentage d'aggravation des sanctions au titre de l'appartenance à un groupe, de limiter à 218 411 340 euros la sanction pécuniaire infligée solidairement aux sociétés Apple, à 19 501 274 euros la sanction pécuniaire infligée solidairement aux sociétés Ingram et à 24 896 094 euros la sanction pécuniaire infligée solidairement aux sociétés Tech Data au titre du grief visé à l'article 2 de la décision de l'Autorité, de limiter à 153 191 592 euros la sanction pécuniaire infligée solidairement aux sociétés Apple au titre des pratiques visées à l'article 5 de la décision de l'Autorité et de rappeler que les sommes qui auraient été payées excédant le montant fixé par l'arrêt devraient être remboursées aux organismes concernés, outre les intérêts au taux légal à compter de la notification de l'arrêt et, s'il y avait lieu, capitalisation des intérêts dans les termes de l'article 1343-2 du code civil.

1. Le président de l'Autorité reproche à la cour d'appel d'avoir insuffisamment motivé sa décision de réduire les taux de majoration retenus par l'Autorité, en retenant qu'ils étaient « disproportionnés » et que les coefficients qu'elle y substituait suffisaient à garantir le prononcé de sanctions satisfaisant les objectifs de répression et de dissuasion, cependant que, compte-tenu de la très faible part du chiffre d'affaires retenu comme base de calcul de la sanction, le coefficient d'aggravation pour appartenance à un groupe retenu par l'Autorité aboutissait à une sanction maximum d'à peine 1% du chiffre d'affaires mondial hors taxes des entreprises, quand le maximum légal est de 10% (défaut de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa version issue de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017). **Proposition de RNSM**

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

1. Les pourvois posent à titre principal les questions suivantes :

- Le respect du principe de la contradiction et de l'égalité des armes :

D'une part, au titre de l'utilisation par l'Autorité de pièces communiquées mais sur lesquelles l'attention des parties n'a pas été attirée par les services d'instruction et qui n'ont pas été spécialement discutées ou sur lesquelles l'Autorité s'est appuyée pour la première fois devant la cour d'appel. D'autre part, du fait de la transmission d'une masse de pièces saisies par l'accusation ou de pièces non cotées ;

- Le standard de preuve de l'acquiescement des distributeurs à une entente verticale, en l'absence notamment de données de nature comportementale ;

- La notion de restriction de clientèle au sens de l'article 4 sous b) du règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 est-elle limitée aux cas d'impossibilité absolue de vendre à une certaine catégorie de clients ou sur un territoire déterminé ?

- La notion de restriction par objet implique-t-elle que les personnes concernées par l'interdiction de vendre soient exposées à une perte de marché ou de clientèle ?

- La portée de l'exigence d'analyse concrète de la particulière nocivité d'une pratique pour qualifier une restriction par objet ;

- Les conditions d'existence d'un abus de dépendance économique (L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce) : prise en compte de la présence sur le marché d'un autre opérateur détenant des parts de marché aussi importantes que l'entreprise poursuivie – définition des solutions de substitution de nature à exclure une situation de dépendance économique ;

- La notion d'abus dans la qualification de l'abus de dépendance économique : existence ou non pour l'entreprise en cause d'une obligation particulière de veiller à ce que son comportement ne fausse le jeu de la concurrence – nécessité ou non de démontrer l'existence d'une « affectation sensible » dans le fonctionnement ou la structure de la concurrence ;

- Est-il possible de prendre en compte des preuves dont la date serait postérieure à la conclusion des contrats ou à la fixation des prix par les distributeurs dans la caractérisation d'une pratique de prix imposés ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Le respect du principe de la contradiction

4.1.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables

1. Selon l'article L. 463-1 du code de commerce, « *L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 463-4 et L. 464-10. Les pratiques dont l'Autorité de la concurrence est saisie peuvent être établies par tout mode de preuve .* » ¹
1. Article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention) : « 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. [...] ».
1. Très tôt, la Cour de cassation a précisé que les éléments sur lesquels le Conseil de la concurrence (désormais l'Autorité) fondait ses décisions, devaient pouvoir être contradictoirement débattus par les parties (Com., 14 janvier 1992, pourvoi n° [89-21.518, 89-21.462](#) , Bulletin 1992 IV N° 16).
1. Rejetant un moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir validé une décision en dépit de ce que celle-ci était fondée sur une analyse qui ne figurait ni dans la notification des griefs, ni dans le rapport, ainsi que sur des pièces qui ne figuraient pas dans celles annexées au rapport, de sorte que la société en cause n'avait eu connaissance de cette argumentation qu'à la lecture de la décision, la chambre commerciale a retenu que « *l'arrêt ayant constaté que la liste des prix **figurant aux annexes du rapport** "était reprise dans les tableaux des pages 29 et 30 de la notification des griefs" à partir des "relevés de prix adressés le 2 juillet 1990 par ITM à la société Henkel", il en découlait que la société ITM France avait eu connaissance de ces éléments de preuve, qui étaient dans le débat, et avait eu la possibilité d'en contester contradictoirement la véracité , ce qu'elle n'a pas fait* » (Com., 27 janvier 1998, pourvoi n° [96-11.080](#) , Bulletin civil 1998, IV, n° 42).
1. Par un arrêt Com., 23 juin 2004, pourvoi n° [01-17.928](#) , et a. Bull., 2004, IV, n° 132 , la chambre commerciale a énoncé que « *Justifie légalement sa décision au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des articles L. 464-1 et L. 463-2 du code de commerce, la cour d'appel qui écarte le moyen pris de la violation des droits de la défense après avoir constaté que les documents retenus à la charge des entreprises ont été soumis à la contradiction et qu'elles ont été en mesure de les discuter dès la notification du rapport, **peu important que ces documents n'aient pas été discutés dans le corps de la notification des griefs ou du rapport dès lors qu'ils ont bien été annexés à ce dernier*** » (sommaire).
35. De même, par un arrêt Com., 6 novembre 2007, pourvoi n° [06-15.371, 06-15.355](#) , la chambre commerciale a retenu que la jonction d'un élément de preuve aux éléments communiqués à la suite de la notification des griefs conduisait à considérer que cet élément avait été soumis à la contradiction.
1. Bien que le principe n'en soit pas discuté au regard du principe de la contradiction, il peut être rappelé que par un arrêt Com., 18 mai 1999, pourvoi n° [97-15.814](#) , la

chambre commerciale a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris qui, pour rejeter un recours contre une décision du Conseil de la concurrence, avait ordonné une expertise pour recueillir tous les éléments utiles permettant de définir le marché pertinent. Par cet arrêt la chambre commerciale a, en particulier, énoncé que « *que la cour d'appel a analysé les éléments de fait versés aux débats, sans se fonder exclusivement sur le rapport d'expertise dont elle a énoncé qu'il constituait pour elle "un élément d'appréciation" ».*

1. Par ailleurs, la Cour de cassation juge que, « *s auf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence* » (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° [09-14.667](#), [09-14.316](#) , Bull. 2011, Ass. Plén. n° 1 ; Com., 9 juin 2004, pourvoi n° [03-16.668](#) , Bull., 2004, IV, n° 117 ; Com., 3 mars 2009, pourvoi n° [08-14.435](#), [08-14.464](#) , Bull. 2009, IV, n° 30).
1. Aux termes de l'article 7 du code de procédure civile , « *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.*

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ».

1. Ce niveau de protection du principe de la contradiction en droit interne est conforme au standard fixé par l'article 6 précité de la Convention . Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à une procédure contradictoire, garanti par l'article 6 de la Convention, implique la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter (*Kress c. France* , n° 39594/98 , § 74, 7 juin 2001). Elle juge également que le principe de la contradiction est étroitement lié à celui de l'égalité des armes, et que ces principes exigent que chaque partie doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires (*Regner c. République tchèque* [GC], n° 35289/11 , § 146, 19 septembre 2017 ; *Avotins c. Lettonie* [GC], n° 17502/07 , § 119 et autres références, CEDH 2016).
1. Ce principe commande que les « tribunaux » (au sens autonome de la Convention) ne fondent pas leurs décisions sur des éléments de fait ou de droit qui n'ont pas été discutés durant la procédure et qui donnent au litige une tournure que même une partie diligente n'aurait pas été en mesure d'anticiper (*Vegotex International S.A. c. Belgique* [GC], n° 49812/09 , § 136, 3 novembre 2022). En l'espèce, la Cour de cassation belge avait rejeté le pourvoi au titre d'une substitution de motifs, en jugeant applicable une disposition légale dont la cour d'appel avait écarté l'application et que la partie requérante n'avait pas allégué au soutien de son pourvoi. La Cour européenne a conclu à l'absence de méconnaissance du principe de la contradiction du fait que l'application de cette disposition légale, sans avoir été discutée par le requérant devant la Cour de cassation, était bien dans le débat et que la substitution de motifs avait été proposée dans l'avis de l'avocat général devant cette cour (§ 140). D'une manière générale, cette jurisprudence impose au juge de soumettre à la discussion des parties un moyen qu'il relève d'office, lorsque ce moyen n'était pas raisonnablement envisageable ou prévisible par la partie à qui il est opposé (*Cepek c. République tchèque* , n° 9815/10 , §§ 47-48, 2013, 5 septembre 2013 ; pour un exemple récent, *Ben Amamou c. Italie* , n° 49058/20 , §§ 75-77, 29 juin 2023).

1. En présence d'une masse de données ou de pièces saisies, la question principalement abordée par la jurisprudence de la Cour européenne concerne les conditions et limites dans lesquelles une telle masse peut ne pas être communiquée à la partie poursuivie, la Cour accordant à ce titre, au regard d'une caractérisation *in concreto* du grief allégué, une grande importance aux demandes et diligences accomplies par la partie poursuivie au cours de l'instruction pour accéder aux pièces pertinentes et nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense (*Sigurður Einarsson et autres c. Islande* , n° 39757/15 , §§ 90-92, 4 juin 2019 ; *Rook c. Allemagne* , §§ 67-68 et 72 , n° 1586/15 , 25 juillet 2019).

1. Enfin, la Cour européenne considère que, pour justifier un constat de violation de la Convention, la méconnaissance du principe de la contradiction doit avoir été déterminante de l'issue du litige pris dans sa globalité. Il en va ainsi lorsque la faculté (refusée) de discuter les pièces litigieuses n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige, en ce que la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion (*Verdú Verdú c. Espagne* , n° 43432/02 , § 27, 15 février 2007 et la jurisprudence citée). La Cour de Strasbourg retient également qu'une atteinte au principe de la contradiction en première instance n'entraîne pas de violation de la Convention dès lors que ce principe a été respecté devant une juridiction examinant un recours de pleine juridiction contre la première décision (*Köksoy c. Turquie* , n° 31885/10 , §§ 36-39, 13 octobre 2020).

4.1.2 - Examen des griefs relatifs au principe de la contradiction (M1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple et M1b1 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data)

a) L'argumentation des parties

1. Le premier moyen des sociétés Apple , articulé en cinq branches, reproche à l'arrêt de refuser d'annuler la décision de l'Autorité, ainsi que le recours, pour violation des principes de la contradiction et de l'égalité des armes, alors que certaines pièces, sur lesquelles l'Autorité s'est fondée, n'ont jamais fait l'objet d'un débat contradictoire (b1 et b2), et que l'Autorité a méconnu le principe de l'égalité des armes en produisant de nouvelles pièces devant la cour d'appel censées venir au soutien de sa décision, établissant ainsi que celle-ci était insuffisamment motivée (b4 et b5). Ce moyen allègue également que la seule transmission d'une masse de pièces saisies par l'accusation ne suffit pas à garantir le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes (b3).

1. Ces sociétés soutiennent qu'aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne, les principes du contradictoire et de l'égalité des armes impliquent la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance et de discuter de toute pièce ou observation présentée au juge, en vue d'influencer sa décision, et de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires .

1. Se prévalant d'un arrêt rendu le 9 avril 2002 par la cour d'appel de Paris (RG n° 2001/19855) , ces sociétés ajoutent que des éléments de preuve ne sont considérés comme ayant été soumis à la contradiction pendant la procédure administrative que s'ils ont été analysés par la notification des griefs et/ou le rapport en amont de la décision elle-même et que la méconnaissance des principes de la contradiction et de l'égalité des armes justifie à elle seule l'annulation de la procédure du recours et de la décision déferée sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief particulier .

1. Les sociétés Tech Data (M1b1) soutiennent que les droits de la défense commandent que l'Autorité ne puisse invoquer, à l'occasion du recours exercé contre sa décision, des pièces qui n'ont pas été discutées ni *a fortiori* reprises dans cette décision. Elles font valoir que la décision de sanction est prise après de nombreux mois, sinon années, d'enquête puis d'instruction, et qu'elle doit se suffire à elle-même, de sorte que ses insuffisances éventuelles, du point de vue de la preuve qu'il incombe à l'Autorité d'apporter, doivent conduire à son annulation ou à sa réformation, sans que l'on puisse admettre qu'elles puissent être complétées au stade ultérieur du recours par l'utilisation de pièces nouvelles, non préalablement débattues. Selon elles, admettre de telles pratiques viendrait rompre une égalité des armes, déjà précaire en l'état des pouvoirs dont disposent l'autorité de poursuite.
1. Elles ajoutent que la loyauté procédurale, autant que la nécessité de maintenir l'égalité des armes, interdisent de considérer de manière artificielle que la seule présence de pièces au dossier peut, en toute circonstance, suffire à satisfaire à l'exigence du contradictoire.

b) Eléments d'analyse

1. Il ressort de l'arrêt attaqué (§ 73) que devant la cour d'appel les sociétés auteures des recours ont invoqué, notamment, l'insuffisance d'éléments étayant la caractérisation des infractions retenues par l'Autorité.
1. Celle-ci a produit en réplique un certain nombre d'éléments que la cour d'appel a répartis en deux catégories : d'une part, les pièces qui avaient bénéficié de la protection du secret des affaires, en provenance respective des sociétés Apple, Ingram et Tech Data, d'autre part, des pièces cotées qui n'avaient pas spécialement été exploitées lors de la procédure administrative. L'arrêt précise concernant ces dernières pièces qu'elles n'avaient été mentionnées « [...] *ni dans la notification des griefs, ni dans le rapport, ni dans la décision attaquée et n'avaient donc pas été spécifiquement discutées par les parties* », mais que « *[c]ertaines sont néanmoins parfois visées dans la décision (par exemple les cotes 40432 et 40433 citées § 536) mais sans que leur contenu ne soit particulièrement explicité* » (§ 102 de l'arrêt, deuxième tiret).
1. **S'agissant de la seconde catégorie de pièces**, l'arrêt relève, d'une part, que ces pièces figuraient au dossier d'instruction et ont été versées à la procédure, qu'elles étaient donc librement accessibles aux parties et sont donc réputées avoir été soumises au contradictoire, sauf à établir qu'il en a été tiré des éléments affectant la situation des entreprises mises en cause (en ce qu'ils auraient modifié la nature de l'infraction retenue, la gravité des faits ou encore la durée de participation à l'infraction poursuivie...), de sorte qu'elles auraient dû, dans cette hypothèse, faire l'objet d'une discussion spécifique.
1. L'arrêt constate ensuite que les cotes litigieuses correspondent à des éléments factuels similaires à ceux qui ont été discutés au cours de la procédure administrative, que l'Autorité s'était bornée à relever, dans ses observations du 20 mai 2021, en réponse aux requérantes qui mettaient en cause l'insuffisance des éléments établissant les infractions poursuivies et sanctionnées, sans en tirer aucune conséquence nouvelle (§ 105). Il relève encore que les requérantes ont déposé des conclusions récapitulatives les 25 et 26 octobre 2021 et qu'elles ont été mises en mesure de répliquer aux observations déposées le 20 mai 2021 dans le respect du

principe de la contradiction (§ 107). Il en conclut que l'Autorité a développé une argumentation qui ne se fondait sur aucun nouvel élément de fait qui n'aurait pas été issu de l'enquête et de l'instruction et qui aurait excédé les limites de la qualification retenue par la notification des griefs, de sorte que les requérantes n'étaient pas fondées à demander le rejet de ces pièces des débats, ni davantage l'annulation à ce titre de « la procédure de recours » et de la décision attaquée.

1. **S'agissant de la première catégorie de pièces**, c'est-à-dire les pièces bénéficiant du secret des affaires et non communiquées aux parties tierces dans le dossier de procédure administrative devant l'Autorité, l'arrêt relève d'abord qu'à l'issue des opérations de visites et saisies, chaque société visitée a reçu une copie intégrale du scellé informatique réalisé par les services d'instruction, qui comprenait l'ensemble des documents saisis et ultérieurement versés au dossier par l'Autorité (§ 108). Il constate que s'il est exact que ces pièces n'étaient pas alors cotées, l'Autorité a néanmoins procédé, à l'occasion du recours, à une communication des pièces concernées dans leur version cotée, mettant ainsi en mesure les sociétés ayant demandé le bénéfice de la protection des affaires d'y répliquer.

1. L'arrêt relève encore, à l'égard des autres sociétés qui n'ont pas eu accès aux pièces saisies dans les locaux de leurs concurrents et qui n'ont pas demandé la levée du secret des affaires, que les pièces concernées, comme les précédentes, illustrent une argumentation qui reste dans la limite de la qualification retenue par la notification des griefs, en réponse aux requérantes qui mettaient en cause l'insuffisance des éléments retenus pour établir les infractions poursuivies et sanctionnées, ces références ayant pour objet de signaler ² l'existence au dossier d'autres éléments factuels similaires à ceux retenus par la décision attaquée (§ 111).

1. Enfin, l'arrêt retient que l'irrégularité invoquée, en ce qu'elle porte sur le déroulement des échanges entre les parties et le respect du contradictoire et de l'égalité des armes à l'occasion du recours exercé contre la décision attaquée, n'est pas, en elle-même, de nature à vicier la régularité de la procédure antérieure et à entraîner l'annulation, par voie de conséquence, de la décision attaquée (§ 114).

1. Il appartiendra à la chambre commerciale d'analyser la pertinence de ces griefs au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus.

4.2 - L'entente verticale par restriction de clientèle

4.2.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables

a) La qualification d'entente verticale

1. Les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent les accords, décisions d'association et autres concertations entre opérateurs économiques, ayant pour objet ou pour effet de restreindre, de manière suffisamment sensible, actuelle ou potentielle, la concurrence sur un marché déterminé.

1. Selon l'article 101 du TFUE :

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour

effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. [...] »

1. Cette disposition trouve son pendant en droit national à l'article L. 420-1 du code de commerce qui prohibe :

« [...] lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1 ° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2 ° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3 ° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4 ° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

1. L'entente implique une volonté commune, même tacite, de plusieurs entreprises de se comporter sur le marché d'une manière déterminée ³. On distingue entre les « accords » qui impliquent une rencontre de volontés, même dénuée de toute force obligatoire, et les « pratiques concertées » se traduisant par un alignement de la conduite de ces entreprises. Le point commun d'une telle collusion est la perte d'autonomie économique de l'entreprise dans la conduite de sa politique commerciale (CJCE, arrêt du 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres/Commission , aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/75 , points 173 et 174) .

1. L'entente peut prendre plusieurs formes, revêtir des intensités variées et concerner des opérateurs différents. Les « accords verticaux », « ententes verticales » ou encore « restrictions verticales » désignent des ententes entre des entreprises situées à des niveaux différents dans une chaîne de production ou de distribution.

1. La preuve d'une entente verticale requiert la démonstration d'un accord des parties à l'entente exprimant une volonté commune de se comporter sur le marché de manière déterminée (CJCE, arrêt du 15 juillet 1970, Chemiefarma / Commission , C-41/69 , point 112 ; TPICE, arrêt du 26 octobre 2000, Bayer / Commission , T-41/96 , point 67).
1. Si un tel accord de volonté résulte bien souvent du contrat liant, par exemple, un fournisseur à son distributeur (Com., 24 septembre 2013, pourvoi n° [12-14.344](#) , Bull. 2013, IV, n° 141) , il est admis de longue date que cet accord peut également résulter du comportement des entreprises en cause, en l'absence même d'un contrat écrit ou malgré le contrat écrit et l'absence de stipulations anticoncurrentielles : « *La preuve d'un accord entre entreprises [...] doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord* » (TPICE, arrêt du 26 octobre 2000, Bayer / Commission , T-41/96 , précité, point 173).
1. Tel a notamment été le cas dans plusieurs affaires concernant des parties liées par des accords de distribution et dans lesquelles le fabricant mettait unilatéralement en place une politique anticoncurrentielle (par ex. en empêchant les importations parallèles), acceptée, même tacitement, par ses distributeurs (par ex., CJCE, arrêt du 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a., aff. jtes 32/78, 36/78 à 82/78 ; arrêt du 25 octobre 1983, AEG / Commission , C-107/82 ; arrêt du 11 janvier 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici / Commission , C-277/87 ; TPICE, arrêt du 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger / Commission , T-43/92 ; Com., 8 avril 2008, pourvoi n° [07-16.500](#) , et a. ; Com., 11 juin 2013, pourvoi n° [12-14.584](#) et a., Bull. 2013, IV, n° 98 , s'agissant d'ententes sur les prix).
1. Dans de telles hypothèses, il appartient à l'autorité de concurrence de démontrer un acquiescement à la politique mise en place, lequel ne saurait être présumé. Ainsi, dans l'arrêt Bayer précité du 26 octobre 2000 , le Tribunal a précisé au point 72 qu'un comportement apparemment unilatéral de la part d'un fabricant, adopté dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs, ne saurait en lui-même caractériser une entente s'il n'est pas établi l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, de la part des autres partenaires, à l'attitude adoptée par le fabricant (confirmé par la Cour : CJCE, arrêt du 6 janvier 2004 , BAI et Commission / Bayer , C-2/01 P et C-3/01 P) . Par conséquent, le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrive dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'un tel accord (dans le même sens, CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, Commission / Volkswagen, C-74/04 ; TPICE, arrêt du 27 septembre 2006, Dresdner Bank / Commission , T-44/02 et a.) .
1. L'existence d'un tel acquiescement doit reposer sur des « *éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la ferme conviction que l'infraction alléguée a eu lieu* » (TPICE, arrêt du 3 décembre 2003, Volkswagen / Commission, T-208/01 , point 36 ; confirmé par CJCE, arrêt précité du 13 juillet 2006 ; et encore TUE, arrêt du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services / Commission , T-168/01 , point 83. Dans le même sens, Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° [04-16.896](#) , qui confirme l'analyse d'une cour d'appel selon laquelle une pratique d'entente n'est pas

caractérisée lorsqu'il est établi que les distributeurs n'ont pas suivi les directives du fabricant).

b) Le standard de preuve d'un accord vertical

1. La preuve d'une pratique collusoire peut être rapportée par **tous moyens** (Com., 11 juin 2013, pourvoi n° [12-14.584 et a.](#), Bull. 2013, IV, n° 98), dans le respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° [09-14.667](#), [09-14.316](#), Bull. 2011, Ass. Plén. n° 1). En l'absence de preuve directe, prenant par exemple la forme d'un écrit entre les parties, la preuve peut être indirecte et résulter, notamment, du comportement des entreprises concernées (TUE, 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services, T-168/01, point 83). Cette preuve peut ainsi résulter du parallélisme des comportements d'entreprises concurrentes, dès lors que ce parallélisme ne peut s'expliquer autrement que par une collusion et sauf à ce que les entreprises concernées apportent une explication alternative plausible aux faits ainsi constatés (CJUE, arrêt du 22 novembre 2012, E.ON Energie / Commission, C-89/11 P, point 74).
1. Il en résulte, plus généralement, que l'entente peut être établie par **un faisceau d'indices graves, précis et concordants** (CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a. / Commission, C-204/00 P, concernant une entente horizontale, selon lequel, l'existence de pratiques concertées « *doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve de la violation des règles de concurrence* », point 57 ; et plus récemment, CJUE, arrêt du 29 juin 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, points 56 à 58).
1. La valeur probante de ce faisceau d'indices relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Com., 29 juin 2007, pourvoi n° [07-10.303](#), [07-10.397](#), [07-10.354](#), Bull. 2007, IV, n° 181 ; Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° [08-11.418](#) ; Com., 21 octobre 2014, pourvoi n° [13-16.602](#), [13-16.696](#), [13-16.905](#), Bull. 2014, IV, n° 152 ; Com., 27 mars 2019, pourvoi n° [16-26.515 et a.](#) ; Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° [20-14.000](#) ; Com., 8 janvier 2025, pourvoi n° [22-22.676](#), [22-22.610](#), [22-22.679](#), [22-22.728](#)). Il en va de même en droit de l'Union, s'agissant du contrôle exercé par la CJUE sur les arrêts du Tribunal de l'Union (CJUE, arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation / Commission, C-373/14 P, point 63 ; 19 décembre 2013, Siemens / Commission, C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, points 128-130 ; 26 janvier 2017, Commission / Keramag Keramische Werke e.a. et Sanitec Europe, C-613/13 P, points 26 et 27).
1. Le faisceau d'indices étant apprécié de manière globale, il n'est pas nécessaire que, pris isolément, chacun des indices constitue un élément de preuve suffisamment précis et concordant (TUE, arrêt du 16 novembre 2011, Sachsa Verpackung / Commission, T-79/06, point 60 ; TUE, arrêt du 16 juin 2015, FSL e.a. / Commission, T-655/11, points 177 et 178 et la jurisprudence citée).
1. S'agissant de l'acquiescement d'une partie à une pratique anticoncurrentielle mise en œuvre dans un cadre vertical, il a été précisé dans l'arrêt Bayer (supra §§ 61 et 62) du Tribunal que « [...] *la preuve d'un accord entre entreprises au sens de [l'article 101] du Traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement*

déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord » (point 173).

1. Dans l'arrêt GlaxoSmithKline Services (supra § 65) , le Tribunal de l'Union a rappelé que la preuve de cet acquiescement peut résulter de « *preuves directes* », prenant par exemple la forme d'un écrit, ou, à défaut, de « *preuves indirectes* », matérialisées par exemple par un comportement concordant (point 83). Il a considéré que, lorsque la Commission dispose d'éléments probants, sans que le doute soit possible, qu'un fabricant avait invité ses distributeurs à suivre une consigne anticoncurrentielle, stipulée dans ses conditions générale de vente, et que ceux-ci l'avaient, pour la plupart acceptée, elle n'avait pas à rechercher d'autres preuves résultant du comportement de ceux-ci : « *En l'espèce, il a été relevé précédemment que la Commission s'était appuyée sur un échange d'écrits démontrant, sans aucun doute possible, que G W avait offert aux grossistes espagnols de se comporter sur le marché de la manière stipulée par les conditions générales de vente et que la plupart d'entre eux avaient accepté cette offre. Il lui était donc inutile, comme elle l'a encore souligné lors de l'audience, de rechercher d'autres éléments, tels que ceux relatifs au comportement respectif de GW et de ces grossistes* » (point 84).

1. Dans l'arrêt (supra, § 67) Super Bock Bebidas, la Cour de justice a synthétisé sa jurisprudence en présence d'une entente verticale (arrêt du 29 juin 2023 , C-211/22 , points 55 et s.) :

« 55 Selon la jurisprudence de la Cour, en l'absence de règles de l'Union relatives aux principes régissant l'appréciation des preuves et le niveau de preuve requis dans le cadre d'une procédure nationale d'application de l'article 101 TFUE, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de les établir, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité) [...] .

56 Or, il ressort également de cette jurisprudence que le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation du droit de la concurrence de l'Union puisse être apportée non seulement par des preuves directes, mais également au moyen d'indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants. En effet, l'existence d'une pratique concertée ou d'un accord doit, dans la plupart des cas, être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence [...]

57 Il s'ensuit que l'existence d'un « accord », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, portant sur des prix minimaux de revente peut être établie non seulement au moyen de preuves directes, mais également sur la base de coïncidences et d'indices concordants, dès lors qu'il peut en être inféré qu'un fournisseur a invité ses distributeurs à suivre de tels prix et que ces derniers ont, en pratique, respecté les prix indiqués par le fournisseur . »

1. Dans le même sens, la Cour de cassation a retenu qu'une « *cour d'appel qui établit l'adhésion d'un distributeur à l'entente sur les prix souhaités par son fournisseur au moyen d'une preuve directe n'est pas tenue de procéder à la recherche des prix effectivement appliqués par ce distributeur* » (Com., 11 juin 2013, pourvoi n°

[12-14.584 et 9 autres](#) , Bull. 2013, IV, n° 98). Cette preuve était, dans ce cas d'espèce, constituée de comptes-rendus de réunions faisant état d'accords, confortés par des déclarations de dirigeants de magasins exprimant leur politique de respecter les préconisations tarifaires des fabricants ⁴ (réponse aux deuxième moyen des pourvois, n° A1214584 pris en ses deuxième à cinquième branches et B 12-14.401 pris en ses troisième à cinquième branches, réunis) .

1. L'Autorité se réfère aussi à la notion de « *preuve documentaire directe* » qu'elle a explicitée, notamment, dans sa décision 18-D-26 comme étant une preuve qui, « [...] *qu'elle soit constituée d'un seul élément ou de plusieurs indices, doit pouvoir démontrer explicitement et en elle même l'existence d'un accord de volontés* [...] » ⁵.

4.2.2 - Propositions de RNSM sur un certain nombre de griefs portant sur la preuve de l'entente

1. Plusieurs griefs concernant la preuve de l'entente apparaissent manifestement non fondés et font l'objet des propositions de RNSM suivantes :

1. - **M2b1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** reproche à la cour d'appel, au titre d'une violation des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'avoir méconnu le standard de preuve des pratiques en cause en se référant à l'arrêt de la Cour de justice du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a/Commission, C-204/00 P et autres, point 57, cependant que cet arrêt concerne une entente dite horizontale (entre concurrents) et non verticale (entre un fournisseur et ses distributeurs).

1. **Mais ce grief manque en fait et en droit** , puisque la cour d'appel s'est bien attachée à caractériser les éléments constitutifs d'une entente verticale et que la référence à cet arrêt de la Cour de justice au paragraphe 185 de l'arrêt attaqué concerne seulement la méthode dite du faisceau d'indices, laquelle est également admise en matière d'entente verticale (CJUE, arrêt du 29 juin 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22 , points 56 à 58).

1. - **M1b2 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b3 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** : ces griefs, rédigés en des termes similaires, exposent que la preuve non équivoque de l'accord des parties à une entente verticale entre un fournisseur et ses distributeurs suppose la démonstration de l'acquiescement individuel de chacun des distributeurs sanctionnés à l'invitation du fournisseur. Ils soutiennent qu'à ce titre ne peuvent être retenus comme preuves de l'expression de la volonté de l'un des distributeurs impliqués, des éléments qui émanent d'autres parties à l'entente ou qui se rapportent exclusivement au comportement de ces autres parties. Ils reprochent à la cour d'appel de s'être fondée de manière prépondérante sur un ensemble de courriels et d'échanges intervenus entre les sociétés Apple, les sociétés Ingram et divers clients-revendeurs, ainsi que sur des échanges internes à ces sociétés et, partant, de s'être fondée sur des motifs impropres à rapporter la preuve de l'acquiescement des sociétés Tech Data, et ce, en méconnaissance des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

1. **Mais ces griefs manquent en fait** , dès lors qu'il résulte des paragraphes 197 et suivants de l'arrêt attaqué que, pour établir l'acquiescement de la société Tech Data à la politique d'allocation de produits de la société Apple, la cour d'appel s'est notamment fondée sur plusieurs courriels internes à celle-ci ou échangés entre ses responsables et ceux de la société Apple . En tout état de cause, ces griefs critiquent

l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuves qui lui étaient soumis ; étant rappelé que la preuve de l'acquiescement d'un distributeur est libre et peut être rapportée par des éléments ou indices indirects.

1. - **M1b1 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** : ce grief reproche à la cour d'appel de s'être fondée sur un ensemble de courriers et documents équivoques en tant qu'ils pouvaient être interprétés comme renfermant des recommandations non contraignantes de priorités de livraisons pour des ventes déjà conclues ou des allocations « de premier niveau », elles-mêmes non constitutives d'une pratique anticoncurrentielle (arrêt, §§166 et s. et §§ 385 et s.), impropres à caractériser, selon le standard de preuve exigé, l'existence d'une pratique d'allocation de clientèle par la société Apple, (violation des articles 101 du TFUE, L. 420-1 du code de commerce, 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et 48 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).
1. **Mais**, sous le couvert du caractère impropre des motifs retenus par la cour d'appel, le grief se borne à attaquer son appréciation souveraine de la valeur probante des éléments qu'elle a retenus.
1. - **M1b2 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** : ce grief reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu aux moyens par lesquels les sociétés Ingram critiquaient les éléments de preuve retenus par l'Autorité en ce que ces derniers portaient, soit sur des allocations de premier niveau non concernées par l'entente, soit sur des recommandations de livraison non contraignantes de la société Apple.
1. **Mais**, d'une part, la cour d'appel n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, d'autre part, ce grief consiste là encore à critiquer l'exercice par la cour d'appel de son pouvoir souverain d'appréciation de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis.
1. On relèvera par ailleurs, s'agissant de ces deux derniers griefs, que la cour d'appel a veillé à ce que les éléments relatifs à des allocations de premier niveau ou à des recommandations de livraison soient écartés (arrêt, §§ 159 à 168).
1. - **M1b3 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** : ce grief reproche à la cour d'appel, au titre d'un manque de base légale, au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'avoir retenu que, nonobstant les termes de l'article 1583 du code civil, une prise de commande reste vaine si aucune livraison n'intervient pour la satisfaire pendant le cycle au cours duquel le produit reste innovant (arrêt, § 203), sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les commandes de produits Apple passées par des distributeurs auprès d'Ingram n'avaient pas été toujours honorées dans leur intégralité, fût-ce en plusieurs livraisons échelonnées.
1. **Mais**, le motif critiqué visait à répondre à un moyen des sociétés Apple selon lequel les ventes n'étaient pas affectées par le mécanisme d'allocation en cause. Pour écarter ce moyen, la cour d'appel a énoncé que, nonobstant les termes de l'article 1583 du code civil ⁶, une prise de commande reste vaine si aucune livraison n'intervient pour la satisfaire pendant le cycle au cours duquel le produit reste innovant et a ajouté que les éléments du dossier démontrent qu'à la faveur des allocations de produits qu'il décidait, le groupe Apple intervenait sur les ventes qui pouvaient être conclues auprès de l'un ou l'autre de ses grossistes. La cour d'appel cite à l'appui de cette affirmation le document coté 26715 selon lequel : « *il faut que ta commande soit passée chez Tech*

pour pouvoir t'allouer (...) » et ajoute qu'un courriel, coté 26375, démontre également que le grossiste [Z](#) ne s'est jamais distancié du système en place et n'a jamais remis en cause la singularité du processus d'approvisionnement au sein du réseau Apple, d'une part, en ce que l'approvisionnement effectif d'un client (sur le marché aval) dépendait de négociations à mener auprès d'Apple et non du grossiste, d'autre part, en ce que ce dernier n'ayant pas la maîtrise des produits constituant ses stocks, l'ordre de son carnet de commande était rendu inopérant.

1. Selon le mémoire ampliatif des sociétés Ingram, la cour d'appel aurait dû examiner la question de savoir si les commandes avaient ou non été finalement livrées par Ingram qui était invoquée aux §§ 69 et 155 de leurs conclusions.

1. **Mais, ce grief manque en fait**, puisque le paragraphe 69 de ces conclusions figurait dans une partie descriptive du « *déroulement de la vente et des livraisons des produits Apple par Ingram Micro* » qui indiquait seulement qu'Ingram avait procédé à la livraison de toutes les commandes qui lui étaient passées sans en tirer un moyen particulier. La cour d'appel n'avait donc pas à faire une recherche qui ne lui était pas demandée.

1. Par ailleurs, si le paragraphe 155 de ces conclusions soutenait que les interventions reprochées aux sociétés Apple n'étaient pas établies car le dossier ne contenait aucune plainte des clients-revendeurs pour défaut de livraison, la cour d'appel a répondu à ce moyen au paragraphe 176 de l'arrêt attaqué auquel il est renvoyé.

1. Ce grief est en outre inopérant, puisqu'à ce stade de la caractérisation d'une pratique d'allocation de clientèle, il appartenait à l'Autorité d'établir l'existence de cette pratique et l'adhésion des grossistes. Or s'agissant des sociétés Ingram, la cour d'appel a relevé plusieurs éléments démontrant que la société Ingram avait accepté des transferts par Apple de commandes de clients de Tech Data à son bénéfice (arrêt, §§ 189 et s.).

1. - **M1b4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** : ce grief, pris de la violation des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, reproche à la cour d'appel d'avoir eu recours à des motifs impropres à établir l'acquiescement d'Ingram à une pratique d'allocation de clientèles qu'Apple aurait mise en œuvre.

1. **Mais**, ce grief se borne à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel quant à la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis.

1. On peut en tout état de cause relever que la cour d'appel a renvoyé aux éléments retenus par la décision pour démontrer l'acquiescement des grossistes à la pratique reprochée (§ 185 de l'arrêt renvoyant aux §§ 633 et 634 de la décision pour la société Ingram et 636 à 637 pour la société Tech Data ainsi que le § 187). Elle a ajouté au paragraphe suivant que la preuve ne pouvait résulter d'un écrit des grossistes compte tenu du caractère confidentiel de cet acquiescement.

1. On relèvera, pour compléter ce qui précède que la cour d'appel s'est expliquée sur la façon dont les termes des messages devaient être interprétés au regard du contexte dans lequel ils étaient échangés. Ainsi au paragraphe 176 elle indique que s'il n'est pas exclu que certains courriels cités par l'Autorité puissent s'analyser comme instaurant un ordre de priorité des livraisons auprès des revendeurs-clients des grossistes en période de contrainte, en revanche les termes employés dans les

messages qu'elle a précédemment décrits « [...] *prise de commande impérative chez l'un ou l'autre des grossistes, autorisation d'inclure dans une liste de revendeurs des clients qui n'y figuraient pas auparavant, référence à la possibilité "à partir de ce jour pour des APR de s'approvisionner auprès des grossistes, désignation d'un grossiste pour un client donné sans que cette situation ne procède du choix de ce dernier..."* révèlent, sans ambiguïté, d'une part, que le mécanisme, très directif, est allé bien au-delà d'une simple préconisation, d'autre part, qu'il ne s'est pas borné à organiser l'ordre de livraison des produits Apple auprès des clients revendeurs des grossistes mais s'est immiscé dans le processus de vente entre les grossistes et leurs clients. [...] ».

1. Au paragraphe 180, la cour d'appel a ajouté qu'« *Il ne peut par ailleurs être retenu, dans le contexte ci-dessus mis en lumière, que la mention "à livrer" figurant dans de nombreux échanges excluait toute intervention d'Apple au stade de la commande et de la vente. Une telle mention ne peut davantage s'entendre comme une simple organisation des livraisons pour des ventes déjà intervenues, comme l'établissent notamment les courriels d'Ingram Micro du 25 novembre 2009 et de Tech Data du 8 septembre 2010 [...]* ».

1. - **M1b5 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** reproche à la cour d'appel d'avoir retenu que de nombreux échanges avaient eu lieu par téléphone et d'avoir ainsi présumé le contenu de ces échanges en violation de la présomption d'innocence.

1. **Mais, ce grief manque en fait** . Le motif attaqué se trouve au § 184 de l'arrêt dans lequel la cour d'appel indique qu'« *Il ressort, en deuxième lieu, des éléments qui suivent, relevés par la décision attaquée, que chacun des grossistes y a souscrit, peu important que de nombreux courriels d'Apple ne soient pas accompagnés d'une réponse écrite de chaque grossiste. Il convient de rappeler, sur ce point, que de nombreuses pièces établissent qu'il était également d'usage (constant sur toute la période concernée) de procéder entre eux à des échanges par téléphone* » . La seule lecture de ce motif permet de comprendre que la référence aux échanges téléphoniques est circonstancielle et vise seulement à expliquer l'absence de réponses écrites de la part des grossistes. La cour d'appel a ensuite exposé son analyse des éléments de preuve la conduisant à conclure que la société Ingram avait acquiescé à la politique de répartition de clientèle et n'a pas, contrairement à ce que soutient le grief, présumé de la seule mention des échanges téléphonique leur contenu .

1. En tout état de cause, ce grief critique à nouveau l'appréciation souveraine par les juges du fond de la valeur probante des éléments qui leur étaient soumis.

1. - **M1b3 et M1b4 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** : ces griefs reprochent à la cour d'appel , pour retenir l'acquiescement de la société Tech Data, de s'être fondée sur deux pièces qu'elle avait précédemment écartées comme n'étant pas relatives aux pratiques poursuivies (b3) et sur des éléments relatifs au système du « *fast ship program* » ou au principe de « *fair share* » relatif aux allocations de premier niveau, cependant qu'elle avait exclu que de tels éléments puissent servir à caractériser l'entente litigieuse (b4).

1. **Ces griefs sont manifestement dépourvu de fondement**. Il est exact que la cour d'appel a retenu que des courriels « *d'octobre 2012* » qui correspondent aux cotes 34634 et 34635 ne pouvaient être utilisés à titre de preuve des répartitions de clientèle,

car ils paraissaient correspondre à la mise en œuvre du « *Fast Ship program* » et qu'il n'était pas établi que ces pièces portent sans ambiguïté sur une allocation de clientèle (§§ 161 à 165 de l'arrêt). Cependant, les sociétés Tech Data soutiennent à tort que la cour d'appel aurait néanmoins cité ces pièces pour démontrer que la société Tech Data avait adhéré aux pratiques. En effet, si ces pièces sont citées au paragraphe 184 de l'arrêt, c'est seulement parmi d'autres et pour démontrer que les parties échangeaient beaucoup par téléphone.

1. Par ailleurs, la cour d'appel a souligné que des courriels de la société Tech Data des 22 et 23 janvier 2013 qui correspondent respectivement aux cotes 26368 et 26375 cités au paragraphe 319 de la décision (§ 199 de l'arrêt) portaient manifestement sur un problème de livraison. Cependant, appréciant souverainement la valeur probante de ces documents, elle a considéré que, faisant état du caractère atypique de l'approvisionnement auprès de ce fournisseur, ils corroboraient néanmoins, à l'instar des éléments qui précèdent, le fait que Tech Data a pris part à un système mis en place par Apple, avec le concours de ses grossistes, qui orchestrait le processus de vente sur le marché aval, de la prise de commande jusqu'au stade de livraison dénouant la vente et que le courriel du 23 janvier 2013 démontrait que les grossistes ne s'étaient jamais distanciés de ce système.
1. Enfin, s'il est exact que la cour d'appel a mentionné au paragraphe 204 une pièce citée par la décision de l'Autorité dans sa description du « *fast ship program* » cette pièce est citée à la suite d'une autre sur laquelle repose la démonstration et cette citation est, en tout état de cause, faite à titre surabondant.
1. Par ailleurs, s'il est aussi exact que la cour d'appel s'est au paragraphe 197 référée à deux cotes 32281 et 32283, puis au paragraphe 197 à une troisième, 34129, citées par la décision dans la partie descriptive du « *Fair share program* », il convient de préciser que les deux premières (cotes 32281 et 32283) étaient citées par la décision (§ 229) pour témoigner que ce que « *Dans le cadre de sa politique d'allocations, Apple ne s'est pas contentée de veiller à l'équilibre des quantités livrées entre ses deux grossistes français. Son intervention est allée au-delà en répartissant, dans certains cas, les clients de manière équitable entre ses deux grossistes. Pour cela, Apple est parfois intervenue directement auprès des revendeurs.* ». La troisième pièce citée au paragraphe 130 de la décision, situé dans cette même partie, visait aussi à décrire les interventions de la société Apple dans les choix de leur grossistes par les revendeurs. Là encore, la cour d'appel a souverainement apprécié la portée de ces éléments de preuve comme participant au faisceau d'indices retenu pour démontrer l'acquiescement de la société Tech Data.
1. - **M1b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu aux conclusions par lesquelles la société Tech Data faisait valoir que le client concerné par l'échange de courriels du 5 avril 2011 avait été livré par la société Ingram en exécution d'une commande passée en parallèle auprès d'elle (violation de l'article 455 du code de procédure civile).
1. **Ce grief n'est manifestement pas fondé**. La référence à l'échange de courriels du 5 avril 2011 s'inscrit dans le rappel par la cour d'appel des éléments du dossier qui démontrent que la société Tech Data avait adhéré à la politique mise en place par la société Apple (arrêt, §§ 197 et suivants). Pour cette démonstration, la cour d'appel cite six échanges de courriels. On relèvera que, quand bien même l'échange du 5 avril 2011 n'aurait pas été probant pour les raisons exposées par la société Tech Data dans

l'argumentation prétendument négligée par la cour d'appel, il n'en demeure pas moins que celle-ci a considéré que la preuve était rapportée en s'appuyant sur d'autres éléments cités en sus de cet échange, et que, de surcroît, la cour d'appel n'est pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties.

4.2.3 - Propositions de RNSM du grief portant sur le périmètre de l'entente

1. - **M2b5 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** : Ces sociétés soutiennent qu'il appartient à l'Autorité de délimiter précisément le périmètre des produits visés par un accord et qu'elle méconnaît ses obligations probatoires lorsqu'elle ne rapporte pas la preuve que chaque produit en cause est bien concerné par l'accord. Elles considèrent qu'en affirmant au contraire que l'Autorité avait pu valablement retenir que l'accord entre Apple et ses grossistes portait sur tous les produits Apple à l'exception de l'iPhone, « *sans être tenue de démontrer l'existence du système litigieux à l'égard de chaque produit et accessoire Apple commercialisés sur le marché* » (§ 218), la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.
1. **Mais, ce grief est nouveau et mélangé de fait et de droit**, car les sociétés Apple n'ont pas soutenu devant la cour d'appel que l'Autorité aurait manqué à ses obligations probatoires en ne rapportant pas la preuve de ce que l'entente portait sur chaque produit et accessoire Apple. Ce moyen était soutenu par les seules sociétés Ingram. Il est par conséquent irrecevable.
1. **Il est donc proposé de ne pas statuer par une décision spécialement motivée sur l'ensemble de ces griefs, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation (article 1014 du CPC).**

4.2.4 - Examen des griefs nécessitant une réponse motivée : M1b6 du pourvoi n° 22-22.623 des sociétés Ingram, M1b6 et 7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b2 du pourvoi n° 22-22.677 des sociétés Apple (refus de la cour d'appel de prendre en compte les analyses économiques produites par les parties en vue de chiffrer le taux de respect des allocations litigieuses).

a) L'argumentation des parties

1. Les trois griefs exposent que, pour juger que les entreprises poursuivies n'étaient pas fondées à faire état d'analyses économiques ayant pour objet de chiffrer de manière concrète le taux de respect des allocations litigieuses par les grossistes, la cour d'appel a retenu que de telles études étaient seulement susceptibles d'apporter un éclairage concernant l'étendue du dommage causé à l'économie, mais qu'elles étaient inopérantes pour démentir l'existence d'un accord tripartite, « *compte tenu de la nature des éléments de preuve réunis* » (arrêt, § 208).
1. **Les sociétés Ingram** soutiennent que les éléments de preuve sur lesquels la cour d'appel s'est fondée étaient de même nature que ceux que l'Autorité avait qualifiés de « *preuves comportementales* ». Elles en déduisent que la cour d'appel aurait dû prendre en compte les expertises qu'elles avaient produites, qui étaient également des preuves comportementales et dont il résultait, d'une part, que les allocations décidées par les sociétés Apple, à supposer qu'elles soient de vente et non de livraison, n'étaient « guère respectées » en pratique, d'autre part, qu'elles exerçaient bien leur liberté de vendre les quantités qu'elles souhaitaient aux clients de leur choix .

1. **Les sociétés Tech Data** soutiennent dans le même sens que les pièces examinées par la cour d'appel à ce titre sont relatives au comportement des parties et sujettes à interprétation, excluant qu'elles puissent être regardées comme des preuves directes de l'accord de volontés supposé, de sorte que la cour d'appel était tenue de rechercher si les études économiques qu'elles avaient produites ne contredisaient pas l'existence d'un tel accord avec Apple quant aux allocations de produits et de clientèle (b6). Elles ajoutent qu'en se bornant à dire, contrairement à l'analyse expressément faite par l'Autorité, que la preuve de l'acquiescement de Tech Data reposait sur des preuves directes, sans toutefois identifier les éléments de preuve de cette nature sur lesquels elle se fondait, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile (b7).

1. **Les sociétés Apple** soutiennent pour leur part qu'en l'absence de clauses contractuelles illicites, la volonté des parties ne peut résulter que d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants et que l'absence d'adhésion des distributeurs peut en particulier, dans ce contexte, être déduite de leur non-respect des consignes du fournisseur, qui dément toute volonté de participer au comportement anticoncurrentiel allégué.

1. Elles ajoutent qu'en ne tenant pas compte des études économiques sur le respect des allocations reprochées, qui remettaient clairement en cause l'acquiescement des grossistes à l'entente, la cour d'appel a méconnu le standard de preuve applicable.

b) Éléments d'analyse

1. Comme cela a précédemment été rappelé (§§ 70 et s.), lorsque le fournisseur met en place, de façon unilatérale, une politique anticoncurrentielle ou développe un comportement de cette nature, il convient pour l'autorité de concurrence de démontrer l'adhésion des distributeurs à ce comportement. La preuve de l'existence de cet accord peut se déduire soit de l'analyse d'un ensemble de pièces, en particulier d'échanges entre les parties à l'entente, qualifiés de « *preuves directes* », soit, à défaut, de preuves indirectes résultant d'autres éléments, dont le comportement respectif des entreprises en cause dans la chaîne de production ou de distribution. En présence de preuves directes, il est inutile de rechercher d'autres éléments (TUE, arrêt du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services / Commission, T-168/01, précité, points 83 et 84).

1. Il est rappelé pour faciliter la lecture des éléments d'analyse qui suivent que l'Autorité a retenu dans sa décision que, de décembre 2005 à mars 2013, Apple avait procédé à des répartitions de produits entre les clients de ses grossistes ainsi qu'à des répartitions de clientèle entre ses deux grossistes, Ingram Micro et Tech Data, de sorte que les détaillants *resellers* et *retailers* n'ont pu les mettre en concurrence, soit entre eux, soit avec Apple. Elle a estimé que cette pratique n'était pas justifiée par la nécessité de gérer les situations de rareté ou de pénurie des produits, ces situations ayant été majoritairement créées par le groupe Apple lui-même.

1. L'Autorité a considéré que ces pratiques constituaient une entente anticoncurrentielle, contraire à l'article 101 du TFUE et à l'article L. 420-1 du code de commerce, facilitée par des échanges très fréquents et détaillés d'informations entre Apple et ses grossistes, qui ont permis au groupe Apple de contrôler et de surveiller le respect des allocations qu'il avait précédemment fixées, en opérant de ce fait une restriction de la clientèle à laquelle les grossistes pouvaient vendre les produits de marque Apple.

1. Dans sa décision, l'Autorité a retenu au paragraphe 631 de sa décision que « [...] *l'accord de volontés entre Apple et chacun de ses deux grossistes sur le mécanisme d'allocations de clientèle et de produits est établi par des preuves comportementales nombreuses et explicites* . »

1. **La motivation de l'arrêt** contestée par ces griefs figure aux paragraphes 120 à 219.

À titre liminaire, la cour d'appel a précisé que les allocations de premier niveau ⁸ et le « *fast ship program* » ⁹ n'étaient pas compris dans les pratiques, ce dont elle a déduit que deux pièces retenues par la décision, concernant ces deux outils méthodologiques, devaient être écartées (§§ 159 à 165). Elle a ensuite analysé un certain nombre de pièces qui établissaient, selon elle, qu'Apple revendiquait explicitement la mise en place du système d'allocations litigieux (§ 169) , et qu'elle s'ingérait dans l'opération d'approvisionnement par les grossistes en général ou par l'un ou l'autre (§ 170). Elle a relevé qu'il résultait de plusieurs courriels, qu'elle cite, que la politique d'allocation définie par Apple et transmise aux grossistes, concourait à une répartition de clientèle au moyen de consignes de répartition des produits et que les échanges confirmaient le caractère à la fois contraignant et évolutif du mécanisme d'allocation litigieux. Elle en a conclu que la politique d'allocation de produits et de clientèle définie par Apple, décrite aux paragraphes 258 à 327 et analysée aux paragraphes 664 et suivants de la décision, est allée bien au-delà de simples recommandations portant sur des priorités de livraison (Arrêt § 183).

1. Par ailleurs, la cour d'appel a retenu qu'un certain nombre de pièces dont elle a cité des extraits, démontraient que chacun des grossistes avait souscrit à la politique d'allocation mise en place. Elle a détaillé ces éléments concernant Ingram Micro aux paragraphes 189 à 196 et concernant Tech Data aux paragraphes 197 à 205.

1. La cour d'appel a précisé que les pièces ainsi citées devaient être interprétées à la lumière de la procédure applicable dans le réseau Apple et que leur portée ne peut être limitée à une lecture littérale qui consisterait à dire que les références aux « livraisons » ou « arrivage » se bornent à établir un ordre de priorité dans la livraison de commandes de détaillants déjà passées auprès des grossistes.

1. Elle en a déduit que la preuve était rapportée de l'existence d'un accord de volontés explicites entre Apple et chacun des grossistes, en précisant qu'en présence de ces preuves directes, il n'est pas nécessaire de démontrer que les allocations ont été significativement suivies par chacun des grossistes (§ 207). Elle a écarté en conséquence le caractère opérant, à ce stade de l'examen de la preuve des pratiques, des analyses économiques produites par les parties en vue de chiffrer le taux de respect des allocations litigieuses par les grossistes (notamment, les pièces Tech Data n° 8/8 ter). Elle a ajouté qu'au demeurant plusieurs des courriels qu'elle a précisément cités à titre d'exemples n'évoquaient pas le non-respect des allocations par ces derniers.

1. Enfin, la cour d'appel a écarté l'argumentation selon laquelle les pratiques auraient été limitées aux périodes dites de contrainte, c'est-à-dire les périodes de lancement de produits ou de pénuries imputables à différentes causes, au cours desquelles la demande est plus importante que la capacité à produire les produits. Elle a retenu à ce sujet, d'une part, que les termes généraux de certains courriels attestaient du contraire et qu'au surplus ces périodes se succédaient fréquemment (§§ 211 à 214). Elle a encore rejeté l'argument selon lequel la pratique n'aurait concerné que les iPads, en

relevant que les pièces du dossier concernaient aussi les iPods, les iMacs et les MacBookPros (§§ 215 à 218).

1. Plus précisément, au paragraphe 207 de l'arrêt, la cour d'appel a déduit de l'ensemble des éléments concordants qu'elle a relevés « *qu'une politique d'allocation de produits et de clientèle a été mise en place par Apple. Ces preuves suffisent par ailleurs à démontrer que cette politique n'a pas été le fruit d'instructions répétées unilatérales de la part du fabricant et établissent l'existence d'un accord de volontés explicite entre Apple et chacun de ses grossistes concernant ce système d'allocation.* » Elle a ensuite précisé qu'« *il n'est en conséquence pas nécessaire de démontrer que les allocations ont été significativement suivies par chacun des grossistes. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation, le critère d'application significative et celui d'application effective, équivalents, ont tous deux pour finalité, en l'absence de preuve directe, d'établir sans équivoque l'acquiescement du partenaire dans le cadre d'une entente verticale* (Com., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-14.584 et a. Bull. n° 98). **Tel n'est pas le cas ici, dès lors que des preuves directes ont été réunies, en plus des preuves comportementales mentionnées au paragraphe 631 de la décision attaquée .** »

1. La cour d'appel a ajouté que « *si les analyses économiques produites par les parties en vue de chiffrer le taux de respect des allocations litigieuses par les grossistes [...] sont susceptibles d'apporter un éclairage concernant l'étendue du dommage causé à l'économie par l'accord intervenu entre Apple et ses grossistes (au regard de la manière dont il a été appliqué), elles sont en revanche inopérantes pour démentir l'existence de cet accord tripartite, compte tenu de la nature des éléments de preuve réunis* » (§ 208).

1. Elle a indiqué qu'il est tout aussi indifférent, pour les mêmes motifs, que certaines pièces évoquent des écarts possibles, dès lors que les éléments du dossier révèlent qu'Apple a considéré de tels comportements comme inhabituels et cite à ce sujet un courriel interne de la société Apple du 13 octobre 2011, cité au paragraphe 635 de la décision de l'Autorité, dans lequel l'auteur indique : « *J'avais demandé à Ingram et TD de lever les réservations sur toutes les ref et nous tenir au courant en cas de deals Pro ou cde retail importante. Clairement, il y a eu un loupé de la part d'Ingram* ».

1. La chambre commerciale devra donc s'interroger sur la question de savoir si les preuves retenues par l'Autorité et par la cour d'appel étaient des preuves directes ou comportementales et si ces éléments rendaient inopérantes les études relatives aux taux de suivi des recommandations de la société Apple par les grossistes Ingram et Tech Data.

4.2.5 - Examen de M1 (branche unique) du pourvoi n° G 22-22.727 du président de l'Autorité (sur le point de départ de l'entente)

a) L'argumentation du président de l'Autorité

1. Le président de l'Autorité reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché s'il résultait des termes du courriel du 2 décembre 2005 pris dans leur intégralité (et donc sans omettre comme elle a fait la référence aux Apple centers, devenus APR directs, c'est-à-dire approvisionnés par la société Apple et non par les grossistes), que la société Apple organisait, outre des répartitions de « premier niveau », c'est-à-dire entre le canal direct et ses grossistes, des allocations de produits visant les clients de ces

grossistes, désignés par le terme « *les comptes* » mentionné par ce courriel, (défaut de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE).

1. Dans les développements de son mémoire ampliatif, le président de l'Autorité expose qu'il résulte de ce courriel que des allocations de produits étaient souhaitées par la société Apple et qu'elles concernaient des revendeurs indirects approvisionnés par les sociétés Ingram et Tech Data. Il ajoute qu'il est à cet égard indifférent, comme l'a soutenu la société Apple devant la cour d'appel, que les revendeurs cités étaient, en principe, des revendeurs directement approvisionnés par la société Apple, dans la mesure où, dans ce courriel, il est question d'approvisionnement d'APR par les grossistes. Il expose que, si ce courriel ne détaille pas les allocations décidées par Apple entre Tech Data et Ingram Micro, il indique que les grossistes ne décidaient pas librement des clients revendeurs qu'ils approvisionnaient, le fournisseur ayant établi une liste des Apple Center (devenus APR) normalement approvisionnés en direct, qui seront en fin de compte approvisionnés par les grossistes (paragraphe 794 de la décision attaquée, cote 26164). Il s'agissait donc, selon lui, pour la société Apple, de déterminer une liste de revendeurs indirects approvisionnés par chacun des deux grossistes. Ce qui démontre, selon lui, que ces derniers n'étaient pas libres de disposer librement des volumes de produits dont ils avaient acquis la propriété auprès de la société Apple.
1. Il soutient que la cour d'appel s'est fondée sur une citation partielle du courriel du 2 décembre 2005, ne faisant pas apparaître la référence aux problèmes d'allocation des produits sur des comptes clients dans le premier paragraphe cité au point 369 de l'arrêt et qu'en ne recherchant pas, ainsi qu'il lui était demandé (cf. observations de l'Autorité, § 88), s'il résultait de ce passage non cité que les grossistes ne décidaient pas librement des clients revendeurs qu'ils approvisionnaient, et donc que la concurrence entre les grossistes était faussée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

b) Eléments d'analyse

1. La cour d'appel a réformé la décision de l'Autorité s'agissant de la période de l'entente. Alors que l'Autorité avait fixé le point de départ de cette pratique en référence à un courriel daté du 2 décembre 2005, la cour d'appel a écarté la valeur probante de ce message et retenu comme point de départ la date du 25 novembre 2009 en référence à un autre courriel.
1. Analysant le courriel du 2 décembre 2005 aux points 794 et suivants de la décision, l'Autorité a précisé aux points 796 et 797 de sa décision que : « *Enfin, en évoquant le fait que les « Apple Center » s'approvisionnent auprès des grossistes en cas d'insuffisance de leurs stocks (« dépannage de nos AC sur les grossistes »), ce courriel met clairement en évidence que les grossistes doivent dépanner les « Apple Center » en quantités suffisantes, alors que ces derniers reçoivent théoriquement leurs marchandises d'un canal interne propre à Apple. [...] Les grossistes ne peuvent donc pas disposer librement des volumes de produits dont ils ont pourtant acquis la propriété pour les vendre à leurs propres clients, ce qui restreint d'autant leur liberté commerciale. Il est donc bien question dans ce courriel d'allocations de produits et de clientèle décidées par Apple et réalisées par les grossistes.* »
1. Dans ses observations devant la cour d'appel, l'Autorité a fait valoir que « *la portée de ce courriel ne saurait, ainsi que le prétendent les requérantes, être restreinte aux*

allocations de premier niveau (entre le canal direct et le canal indirect). En effet, s'il ne détaille pas les allocations décidées par Apple entre Tech Data et Ingram Micro, il indique que les grossistes ne décidaient pas librement des clients revendeurs qu'ils approvisionnaient, le fournisseur ayant établi une liste des Apple Center (devenus APR) normalement approvisionnés en direct, qui seront en fin de compte approvisionnés par les grossistes (paragraphe 794 de la décision attaquée, cote 26164). En outre, les requérantes omettent le courriel de septembre 2005, mentionné aux paragraphes 798 à 800 de la décision attaquée, qui montre que les clients revendeurs (en l'espèce, un Apple Center) pouvaient demander [...] qu'Apple intervienne auprès des grossistes (en l'espèce, Tech Data), afin que ceux-ci respectent les allocations décidées par le fournisseur, pour garantir leur approvisionnement. »

1. La motivation critiquée par le premier moyen du pourvoi du président de l'Autorité figure aux paragraphes 368 et suivants de l'arrêt. A près avoir rappelé que l'Autorité a retenu que le point de départ de l'entente était matérialisé par un courriel adressé, le 2 décembre 2005, au sein du groupe Apple, par lequel ce groupe pointait la défaillance d'un système d'allocation jugé « *trop lourd* », non fiable et avec un « *système de priorité qui ne fonctionne pas* », la cour d'appel a retenu que les termes de ce courriel n'avaient de sens qu'en considération de l'existence de répartitions opérées en interne par Apple à l'égard de ses clients directs (allocations de premier niveau) et que ce courriel ne comportait pas de référence aux revendeurs indirects (allocations de second niveau). Elle a ajouté qu'à supposer que le constat fait dans ce courriel et portant sur l'« *Impossibilité d'allouer des produits sur des comptes* », se soit rapporté à une allocation de second niveau, « *ce que l'ambiguïté de la phrase ne permet[tait] pas d'affirmer compte tenu de la référence à l'allocation sur les grossistes qui sui[vait]* » il contredisait en tout état de cause le fait que l'entente en cause ait débuté à cette date. Elle en a déduit que c'était à tort que l'Autorité a considéré que cette pièce démontrait que la pratique litigieuse avait débuté en octobre 2005.

1. La cour d'appel a ensuite relevé que la décision ne faisait état d'aucun élément relatif aux allocations litigieuses concernant la période du 2 décembre 2005 au 10 décembre 2008. Elle a rejeté comme insuffisamment probant un échange de courriels entre un APR et Apple du 17 au 20 décembre 2008 ainsi qu'un courriel du 10 septembre 2010.

1. En définitive, la cour d'appel a retenu que le point de départ de l'entente n'était établi que par un courriel du 25 novembre 2009 par lequel la société Ingram avait contesté auprès de la société Apple les cibles de taux ventes (« *target rate* ») alors que « *ce business est COMPLETEMENT piloté par Apple. Nous n'avons pas la main. Apple décide des allocations produits à livrer et des clients à livrer. Nous exécutons* » (arrêt, § 384).

1. La chambre commerciale appréciera ces griefs au regard de l'exacte formulation de la motivation de l'arrêt, rappelée ci-dessus, et des observations qui lui étaient présentées.

4.2.6 - Examen de M2b4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple (sur le point de départ de l'entente)

a) L'argumentation des sociétés Apple

1. M2b4 du pourvoi des sociétés Apple critique la valeur probante du courriel précité du 25 novembre 2009, sur lequel s'est fondée la cour d'appel pour retenir l'existence d'un accord entre Apple et chacun de ses deux grossistes quant à la pratique litigieuse et fixer son point de départ. Ces sociétés soutiennent que ce courriel, qui émanait de la société Ingram, ne pouvait établir l'accord de la société Tech Data, cependant que les premiers courriels de Tech Data mis en avant par l'Autorité pour démontrer l'acquiescement de cette dernière société aux allocations ne sont pas antérieurs à octobre 2012 et que ceux analysés par l'arrêt attaqué ne sont pas antérieurs à 2011.

1. Les sociétés Apple ajoutent que l'Autorité a dû, en appel, fournir des pièces additionnelles qui n'avaient jusque-là jamais été versées aux débats afin de tenter de justifier l'accord de Tech Data préalablement à cette date. Elles font valoir en particulier que la cote 32308 datée du 5 avril 2011, visée au paragraphe 197 de l'arrêt, est ainsi issue des saisies effectuées chez Ingram et n'a jamais été annexée ni à la notification de griefs ni au rapport dans le cadre de la procédure administrative, ni même visée par la décision. Apple n'en avait donc jamais eu connaissance.

1. Subsidiairement et concernant les troisième et quatrième branches du deuxième moyen de leur pourvoi, les sociétés Apple invitent, le cas échéant, la chambre commerciale de la Cour de cassation à surseoir à statuer et à poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

« 1 °) *Aux fins d'application de l'article 101 du TFUE, la Cour de justice de l'union européenne a dit pour droit que « le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence s'inscrive dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'une entente verticale de distribution » (CJCE, 6 janvier 2004, Bayer c/ Commission, aff. jtes C-2/01P et C-3/01P § 141) et qu'un comportement apparemment unilatéral d'un fabricant, adopté dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs, ou grossistes ne constitue un accord entre entreprises qu'à la condition d'établir un acquiescement, exprès ou tacite, de ces derniers, à l'attitude adoptée par le fabricant (TPI, 26 oct. 2000, Bayer c/ Commission, aff. T-41/96, § 67 ; rejet du pourvoi CJCE, 6 janvier 2004, Commission c/ Bayer, aff. C-2/01 P ; TPI, 3 décembre 2003, Volkswagen c/ Commission, aff. T-208/01 §36 ; rejet du pourvoi CJCE, 13 juillet 2006, Commission c/ Volkswagen, aff. C-74/04) ; que les juridictions européennes ont, par ailleurs, considéré qu'une autorité de concurrence « méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement de facto est clairement contraire à ladite politique » (TPI, 26 oct. 2000, Bayer c/ Commission, aff. T-41/96, § 173 ; rejet du pourvoi CJCE, 6 janvier 2004, Commission c/ Bayer, aff. C-2/01 P) ; que dès lors, une juridiction nationale peut-elle déduire d'échanges isolés entre un fournisseur et ses grossistes l'acquiescement de ces derniers à la politique mise en place par le fournisseur, tout en écartant toute analyse de leur comportement effectif au motif que celui-ci serait inopérant pour démentir l'existence d'un accord ?*

2 °) *Aux fins d'application de l'article 101 du TFUE, les juridictions européennes ont également jugé qu'en matière d'entente verticale, il appartient à l'autorité de concurrence de démontrer « l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique*

d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord » (TPI, 26 oct. 2000, Bayer c/ Commission, aff. T-41/96, § 173 ; rejet du pourvoi CJCE, 6 janvier 2004, Commission c/ Bayer, aff. C-2/01 P) ; que dès lors, une juridiction nationale peut-elle déduire l'existence d'un accord entre un fournisseur et l'un de ses deux grossistes d'un document démontrant l'adhésion de l'autre de ses grossistes à la politique du fournisseur ?

»

b) Éléments d'analyse

1. La motivation attaquée figure aux paragraphes 169 à 210 de l'arrêt. La cour d'appel a retenu que l'entente était établie en relevant les éléments qui démontraient, premièrement, que la société Apple avait mis en place et revendiqué une politique d'approvisionnement des grossistes (§§ 169 à 171), deuxièmement, que cette politique d'allocation concourrait à une répartition de clientèle au moyen de consignes de répartition des produits (§§ 172 et 173), troisièmement, que le mécanisme mis en place était à la fois contraignant et évolutif et qu'il est allé bien au delà de simples recommandations portant sur des priorités de livraisons (§§ 174 à 183) et, quatrièmement, que chacun des grossistes avaient souscrit à ce mécanisme peu important que les nombreux courriels d'Apple n'aient pas été suivis d'une réponse écrite de leur part (§ 184). La cour d'appel a ensuite détaillé les éléments démontrant, selon elle, l'acquiescement d'Ingram (§§ 189 à 196) et celui de Tech Data (§§ 197 à 206) .
1. Il convient de relever en ce qui concerne la cote 32308, précédemment évoquée, que, sous réserve de ce que la chambre commerciale jugera sur la question de la production des preuves et du respect du principe de la contradiction (M1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple et M1b1 du pourvoi n° W 22-22.647 de la société Techdata) , il ressort de la lecture de l'arrêt (§ 197, quatrième tiret) que cette cote faisait partie du dossier de l'Autorité et était produite aux débats par les sociétés Ingram, ce dont il résulte que les sociétés Apple ont en conséquence été mises en mesure d'en prendre connaissance.
1. Sur le fond, s'agissant de l'acquiescement des sociétés Ingram et Tech Data à l'entente, et en particulier la société Tech Data spécifiquement invoquée par le quatrième grief du deuxième moyen du pourvoi des sociétés Apple, la chambre commerciale devra se reporter aux développements des paragraphes 189 à 211 de l'arrêt, qui détaillent les éléments de preuve retenus par la cour d'appel pour démontrer leur acquiescement à l'entente. La cour d'appel relève, en particulier, qu'Ingram et Tech Data étaient destinataires de tableaux élaborés par Apple organisant la répartition de ses stocks entre les différents types de clientèle que chacune de ces sociétés grossistes était autorisée à approvisionner (et auxquels en conséquence elles étaient autorisées à vendre). Elle fait ensuite le constat qu'aucune de ces sociétés n'a jamais remis en cause le dispositif alors même que les allocations pouvaient éroder leurs ventes. Enfin, que chacune de ces sociétés a pris part au mécanisme et sollicité auprès d'Apple les consignes à suivre, en relayant explicitement la politique du fournisseur dans sa communication aux clients. Pour chacune de ces sociétés, la cour d'appel cite et rappelle un certain nombre de messages qui, selon elle, attestent de leur acquiescement.
1. Il conviendra aussi que la chambre se reporte aux motifs des paragraphes suivants :

- 385 et suivants de l'arrêt, qui concernent le caractère continu de l'entente, dans lesquels la cour d'appel détaille pour 2010, 2011, 2012 et 2013 les messages par lesquels les sociétés Ingram et Tech Data ont exprimé directement leur acquiescement à la politique de répartition de clientèle des sociétés Apple ;

- 387 et suivants, par lesquels la cour d'appel relève, premièrement, que l'ensemble des courriels précités traduit l'existence d'un objectif commun, dont il ressort, d'une part, qu'il impliquait nécessairement une organisation tripartite (Apple ne comptant que deux grossistes agréés au sein de son réseau) d'autre part, qu'il a emporté l'adhésion des deux grossistes concernés, compte tenu des conditions dans lesquelles il a été mis en œuvre tout au long de la période 2009 à 2013, deuxièmement, que dans l'architecture mise en place composée de deux grossistes seulement, le système de distribution reposait nécessairement sur la concomitance et la réciprocité des engagements acceptés par ces deux concurrents ce que confirment des courriels cités par l'arrêt, dans lesquels chacun d'eux s'assurent auprès d'Apple que l'autre respectera bien la réciprocité des contraintes auxquelles lui-même s'astreint.

4.3 - L'existence d'une infraction par objet

4.3.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables

1. Outre les articles 101, alinéa 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce précités (supra § 57 et s.) , les pourvois visent aussi les articles 4, sous b) du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 et du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 [10](#).

1. Les « règlements d'exemption », à savoir le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, applicable en l'espèce aux pratiques antérieures au 1^{er} juin 2010, et le règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, applicable en l'espèce aux pratiques postérieures au 1^{er} juin 2010, qui portent sur le même objet et se sont succédés dans le temps, prévoient une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 du Traité, devenu le paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE, aux accords de distribution, dits « accords verticaux », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %. Cette exemption ne peut toutefois être accordée que sous réserve que ces accords ne comportent pas de « restrictions caractérisées », énumérées à l'article 4 de ces deux règlements.

1. Cet article 4 dispose que : « *L'exemption prévue à l'article 2 [11](#) ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet :*

[...]

b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de:

i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur,

ii) restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché,

iii) restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, et

iv) restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur ; ».

1. La qualification de « restriction caractérisée » d es comportements figurant sur cette liste constitue un indice de leur particulière nocivité sur le jeu de la concurrence.

1. Pour relever de l'interdiction de principe énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, une pratique collusoire doit avoir « *pour objet ou pour effet* » d'empêcher, de restreindre ou de fausser sensiblement le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur.

1. Telle qu'interprétée par la Cour de justice, cette disposition conduit à distinguer les notions de « restriction par objet » et de « restriction par effet », chacune étant soumise à un régime probatoire différent (voir, par exemple , arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) et a., C-307/18 , points 62 et 63) puisque pour chacune des ces notions la jurisprudence a, au fil du temps, encadré précisément les conditions de ces qualifications.

1. Selon la jurisprudence, s'appuyant sur l'analyse économique, l'expérience montre que certains comportements sont, par leur nature même, particulièrement nocifs pour la concurrence en ce qu'ils entraînent des réductions de la production et des hausses de prix aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs. Ces comportements sont qualifiés de « *restriction par objet* ». Leur particulière nocivité dispense le juge d'en rechercher et, *a fortiori* , d'en démontrer les effets sur la concurrence en vue de les qualifier de « *restriction de concurrence* », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

1. L'arrêt fondateur de cette jurisprudence a été prononcé par la Cour de justice le 30 juin 1966, dans l'affaire 56-65 Société Technique Minière (L.T.M). Il a été suivi de nombreux autres et en particulier : arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig contre Commission, aff. 56 et 58-64 ; 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission, C-105/04 ; 20 novembre 2008, Beef Industry, C-209/07 ; 4 juin 2009, Mobile Netherlands et a. C-8/08 : 4 octobre 2011, Football Association Premier League et a., C/403/08 ; 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09 ; 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires / Commission, C-67/13 . Dernièrement : 29 juin 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, 21 décembre 2023, Superleague, C-333/21 ; 29 juillet 2024, Banco BPN/BIC Portugêes e.a.,C-298/22.

1. Ce principe a été repris en droit national. On citera par exemple : [Com., 18 février 2014, pourvois n° 12-27.697 et a., Bull. 2014, IV, n° 38](#) « *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que toutes les pratiques portent sur des marchés publics d'appels d'offres et se traduisent par des concertations et échanges d'informations sur des marchés particuliers, ou à un échelon plus vaste s'agissant de trois régions, l'arrêt*

*retient qu'elles libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la mise en concurrence et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte leurs données économiques propres mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents, en vue de tromper l'acheteur public sur la sincérité des offres et de parvenir à une répartition des marchés, que ces pratiques concernent un secteur presque exclusivement subordonné à l'engagement de procédures de mise en concurrence publiques et impliquent des entreprises qui, étant actives dans ce secteur et habituées à répondre à de nombreux appels d'offres, ne peuvent prétendre ignorer le caractère prohibé des échanges entre soumissionnaires se présentant comme concurrents ; que, **de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'objet anticoncurrentiel de toutes ces pratiques, a justement déduit, sans être tenue de définir les effets propres à chacune, que les ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés lors de marchés publics sont particulièrement graves par nature** ».*

1. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour du justice que la notion de « *restriction par objet* » doit être interprétée de manière stricte (en particulier, arrêts des 11 septembre 2014 , Groupement des cartes bancaires / Commission, C-67/13 point 58 ; 26 novembre 2015, Sté. Maxima Latvija, C-345/14 point 18 ; 20 avril 2020, Budapest Bank, C-228/18, point 54, 29 juillet 2024, C-298/22, point 43 ; voir, en droit interne, dans le même sens, [Com., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-11.001 et a](#)) .
1. En conséquence, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, précisé que la notion de restriction par objet ne peut être appliquée qu'à certaines pratiques collusoires entre entreprises révélant, en elles-mêmes et compte tenu de la teneur de leurs dispositions, des objectifs qu'elles visent ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel elles s'insèrent, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire, dès lors que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même , comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (arrêts du 23 janvier 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16 , points 78 et 79, du 25 mars 2021, Generics (UK) / Commission, C-588/16 P , point 66 et du 29 juillet 2024, Banco BPN / Bic Portugês e.a., C-298/22 , point 43).
1. Compte tenu de ces principes, afin de déterminer, dans un cas donné, si un accord, une décision d'association d'entreprises ou encore une pratique concertée présente, par sa nature même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour pouvoir être considérés comme ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser celle-ci, **il est nécessaire d'examiner, premièrement , la teneur de l'accord, de la décision ou de la pratique en cause, deuxièmement , le contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent et, troisièmement , les buts qu'ils visent à atteindre** (voir, arrêt du 23 janvier 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16 , point 79 ; et arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21 , point 165).
1. **Cette analyse doit se faire *in concreto*** . La Cour de justice a précisé sur ce point que « [...] *pour apprécier si une coordination entre entreprises est par nature nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence, il convient de prendre en compte tout élément pertinent, compte tenu, notamment, de la nature des services en cause ainsi que des conditions réelles de fonctionnement et de la structure des marchés, relatif au contexte économique ou juridique dans lequel ladite coordination s'insère,*

sans qu'il importe qu'un tel élément relève ou non du marché pertinent » (CJUE, 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P , point 78, et 2 avril 2020, Budapest Bank, C-228/18 , point 67). Elle a aussi précisé à plusieurs reprises que pour l'appréciation du contexte économique et juridique, il y a lieu de prendre en considération « la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question » (voir, en ce sens, arrêts CJUE, 11 septembre 2014, précité, point 53 et Allianz Hungária Biztosító e.a., point 36).

1. La chambre commerciale de la Cour de cassation applique les mêmes principes : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant énoncé que l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée, sur les marchés de médicaments, des génériques qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique, l'arrêt relève que la société Reckitt, qui était sur le point de perdre le monopole légal qu'elle détenait depuis dix ans en raison de l'expiration de ses droits de propriété intellectuelle, a convenu d'un plan stratégique avec la société Schering-Plough, son distributeur, visant à retarder ou décourager l'entrée des génériques sur le marché, par la mise en oeuvre de pratiques de dénigrement et de remises fidélisantes ; qu'il relève que les premières consistaient en une communication de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre le médicament générique, chez les professionnels de santé, et que les secondes étaient destinées à provoquer, grâce à des rabais de fidélité, sans contrepartie économiquement justifiée, la constitution de stocks importants de "Subutex" dans les pharmacies afin de saturer les linéaires des pharmaciens et ainsi de dissuader ces derniers de substituer le générique au princeps ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que les sociétés Reckitt et Schering-Plough, actives sur le marché du médicament princeps, s'étaient entendues pour mettre en oeuvre des pratiques faussant le libre jeu de la concurrence, la cour d'appel, qui a pris en compte le contenu de l'accord, les objectifs qu'il visait à atteindre et les éléments du contexte économique et juridique dans lesquels il s'insérait, a pu retenir que l'accord conclu entre les sociétés Reckitt et Schering-Plough avait un objet anticoncurrentiel , peu important que la société Reckitt n'ait pas procédé elle-même à la pratique de dénigrement. » ([Com., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-17.134, Bull. 2017, IV, n° 1](#)) (Nous soulignons).*
1. Cet examen doit s'appuyer sur **l'expérience acquise** . Il a été jugé à ce titre que si l'existence d'un précédent à l'occasion duquel un échange d'informations relevant de la même forme et du même secteur d'activité que celui en cause au principal a été qualifié de restriction par objet est de nature à faciliter la preuve de ce que ce dernier instaure également une telle restriction, l'absence d'un tel précédent ne saurait néanmoins faire obstacle à ce que, le cas échéant, ledit échange en cause reçoive une telle qualification (arrêt du 29 juillet 2024, Banco BPN / BIC Portugê, C-298/22 , point 41, et arrêt du 25 mars 2021, V Generics (UK) / Commission, C-588/16 P , point 79 ; TUE, 8 sept. 2016, T-460 à 472/13 , Sun Pharmaceuticals / Commission, point 222).
1. La Cour de justice a précisé sur ce point qu'« [...] **il n'est nullement requis que le même type d'accords que l'accord litigieux ait déjà été condamné par la Commission pour que celui-ci puisse être considéré comme restrictif de la concurrence par objet**, et ce alors même qu'il intervient dans un domaine spécifique tel que celui des droits de propriété intellectuelle. Aux fins de la qualification de «

*restriction par objet » d'un accord donné, **seules important les caractéristiques propres de celui-ci** [...], dont doit être déduite l'éventuelle nocivité particulière pour la concurrence, au besoin à l'issue d'une analyse détaillée de cet accord, de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel il s'insère » (CJUE 25 mars 2021, Xellia Pharmaceuticals, C-611/16 P , points 119 et s., 29 juillet 2024, C-298/22 , point 41) (Nous soulignons).*

1. La chambre commerciale, dans un arrêt du 29 janvier 2020 , a jugé que « *méconnaît ce principe d'interprétation restrictive de la notion de restriction de concurrence par objet la cour d'appel qui, en l'absence d'expérience acquise pour un certain type de commissions interbancaires, se fonde sur la présomption d'une répercussion nécessaire de ces commissions sur les prix finaux, prise du financement du service de chèque par subventions croisées et d'un principe général de répercussion par tout opérateur économique de tout élément de coût sur les prix finaux* » ([Com., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-11.001 et a.](#)) .
1. Cette analyse, reposant sur une interprétation restrictive de la notion d'expérience acquise exigeant que les pratiques en cause aient été déjà sanctionnées dans une configuration identique , a été critiquée par le professeur David Bosco comme étant contraire à la jurisprudence de la Cour de justice ¹². Elle apparaît par ailleurs contraire à l'analyse qu'avait pu faire la chambre commerciale antérieurement, notamment, [Com., 27 mars 2019, pourvoi n° 16-26.515 et a.](#) ¹³ , qui n'énonce pas le même degré d'exigence et selon lequel « *Mais attendu que l'arrêt rappelle que le droit de la concurrence réprime particulièrement sévèrement les pratiques qui portent sur les prix ou les quantités échangées et que, si les accords portant sur les prix sont considérés comme les plus graves, les pratiques concertées constituées par des échanges directs sur les prix futurs des concurrents revêtent, même en l'absence d'accords, le même niveau de gravité ; qu'il ajoute que les pratiques ayant pour objet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence sont, par nature, des pratiques très graves et que les pratiques concertées horizontales d'échanges d'informations en matière de prix qui visent, par leur nature même, à manipuler un paramètre essentiel de la concurrence, peuvent être considérées comme faisant partie des violations d'une particulière gravité au sens du communiqué du 16 avril 2011, même si elles ne constituent pas des accords sur les prix ou des ententes de fixation de prix stricto sensu ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a caractérisé la particulière gravité de l'infraction [...]* ».
1. La chambre commerciale a aussi validé à ce sujet l'analyse de la cour d'appel de Paris ayant « [...] **retenu exactement que les éventuelles analyses des autres autorités de concurrence sur la clause litigieuse, qui ne pouvaient donner lieu à une décision formelle de leur part excluant l'existence d'une violation de l'article 101 § 1, ne constituaient pas une expérience acquise au sens de la jurisprudence de la CJUE** , peu important que les termes de la clause qu'elles auraient, le cas échéant, analysés, aient été identiques à ceux soumis à l'autorité française et à la juridiction de recours, qui s'est fondée sur la qualification déjà existante de restriction par objet, sous réserve d'un certain nombre de vérifications auxquelles elle s'est livrée conformément aux enseignements des arrêts de la CJUE du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-cosmétique (C-439/09) et du 6 décembre 2017, Coty Germany (C-130/16), de clauses excluant de facto la distribution de certains produits par internet [...] » ([Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° 19-24.464](#)) .

1. Le critère de « [...] **la teneur de l'accord**, de la décision d'association d'entreprises ou de la pratique concertée en cause suppose d'en examiner les différents aspects afin de déterminer si la concertation en cause présente des **caractéristiques permettant de la rattacher à une forme de coordination entre entreprises qui doit être considérée, par sa nature même, comme nuisible au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence**, ce qui est notamment le cas si toute coordination présentant de telles caractéristiques est, en raison précisément de ces dernières, propre à aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause. » (arrêt du 29 juillet 2024, Banco BPN/Bic Portugês e.a., C-298/22, point 45) .
1. La Cour de justice a récemment jugé dans une réponse à des questions préjudicielles concernant un accord de partenariat commercial entre entreprises qui, au moment de l'accord ne se trouvaient pas en situation de concurrence sur le même marché ¹⁴, que « **parmi ces pratiques collusoires qui sont susceptibles de relever de la catégorie des restrictions par objet figurent les accords de répartition de marchés**. En effet, de tels accords constituent des violations particulièrement graves de la concurrence [...] , **puisque'ils ont un objet restrictif de la concurrence en eux-mêmes et relèvent d'une catégorie d'accords expressément interdite par l'article 101, paragraphe 1, TFUE**, un tel objet ne pouvant être justifié au moyen d'une analyse du contexte économique dans lequel le comportement anticoncurrentiel en cause s'inscrit [...] » (CJUE, arrêt du 26 octobre 2023, EDP / Energias de Portugal et a., C-331/21, point 100) .
1. S'agissant ensuite **des contextes économique et juridique** dans lesquels s'inscrit le comportement en cause, il y a lieu de prendre en considération la **nature des produits ou des services concernés ainsi que les conditions réelles qui caractérisent la structure et le fonctionnement du ou des secteurs ou marchés en question** (arrêt du 23 janvier 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, point 80). En revanche, il n'est en aucune manière nécessaire d'examiner et à plus forte raison de démontrer les effets de ce comportement sur la concurrence, qu'ils soient réels ou potentiels et négatifs ou positifs (arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, point 166) . La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts (CJUE, arrêt du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., précité, C-32/11, point 38) .
1. Dans ses conclusions pour l'affaire Toshiba corporation (arrêt du 2 janvier 2016, C-373-14, précité) l'avocat général Melchior précisait que le but de cette analyse contextuelle était de permettre de comprendre la fonction économique et la signification réelle de l'accord et ainsi de savoir si l'accord est apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun (§§ 66 à 68). Il notait aussi que cette analyse ne peut être une analyse des effets de l'accord sur la concurrence, puisqu'alors il ne servirait à rien d'avoir une alternative objet/effet et que la réduction de la charge de la preuve résultant de la possibilité de la qualification par objet serait ainsi purement virtuelle.
1. **Cet examen doit se faire de manière concrète** et peut déboucher sur le constat qu'une étude des effets est nécessaire. On pourra, pour un exemple sur ce point, se référer à l'analyse faite par la Cour de justice dans l'affaire Budapest Bank, aux points 72 à 75, puis 78 à 82, dans lesquels elle a détaillé avec précision les marchés

concernés et les conséquences de l'accord incriminé sur ces marchés (CJUE, 20 avril 2020, Budapest Bank, C-228-18) .

1. Dans l'arrêt Generics (UK) précité la Cour a encore précisé que « [...] ***lorsque les parties à un accord se prévalent d'effets proconcurrentiels attachés à celui-ci, ceux-ci doivent, en tant qu'éléments du contexte de cet accord, être dûment pris en compte aux fins de sa qualification de "restriction par objet"*** , [...] dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause l'appréciation globale du degré suffisamment nocif de la pratique collusoire concernée à l'égard de la concurrence et, en conséquence, sa qualification de "restriction par objet" » .(CJUE, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18 , point 103).
1. Dans l'arrêt du 26 octobre 2023, EDP/Energias de Portugal et a., C-331/21 , précité, point 104 , citant les points 103 et 105 à 107 de l'arrêt du 30 janvier 2020 Generics (UK) , la Cour a précisé que « *Toutefois, la simple existence d'effets proconcurrentiels ne saurait suffire à écarter une telle qualification. En effet, ce n'est que si ces effets sont avérés, pertinents, propres à l'accord concerné, suffisamment importants et qu'ils peuvent permettre de raisonnablement douter du caractère suffisamment nocif à l'égard de la concurrence de cet accord que la qualification de restriction par objet doit être écartée* » .
1. Enfin, **s'agissant des buts poursuivis** par le comportement en cause, il y a lieu **de déterminer les buts objectifs que ce comportement vise à atteindre à l'égard de la concurrence** . En revanche, la circonstance que les entreprises impliquées ont agi sans avoir l'intention subjective d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence et le fait qu'elles ont poursuivi certains objectifs légitimes ne sont pas déterminants aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21 , point 167).
1. On relèvera à ce sujet que la jurisprudence de la Cour de justice rappelle que **les objectifs légitimes d'un accord n'empêchent pas le caractère restrictif de concurrence par objet** (arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et a. ; arrêt du 8 novembre 1983, IAZ / Commission, 96/82 et a. point 25 ; arrêt du 8 juillet 1999, Montecatini / Commission, C-235/92 , point 122 ; arrêt du 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. / Commission, C-238/99 et a., point 491 ; arrêt du 19 mars 2015, Dole Food / Commission, C-286/13 P). Même la poursuite d'un objectif d'intérêt général comme la protection de la santé publique n'est pas exclusif de la qualification d'une restriction par objet, ainsi qu'il résulte de l'arrêt IAZ précité. Cette analyse a été réitérée par la Cour de justice dans l'arrêt Budapest Bank du 20 avril 2020, précité, au point 52 par lequel elle indique : « *S'agissant de la prise en compte des objectifs poursuivis par une mesure faisant l'objet d'une appréciation au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la Cour a déjà jugé que le fait qu'une mesure soit considérée comme poursuivant un objectif légitime n'exclut pas que, eu égard à l'existence d'un autre objectif poursuivi par celle-ci et devant être regardé, quant à lui, comme illégitime, compte tenu également de la teneur des dispositions de cette mesure et du contexte dans lequel elle s'inscrit, ladite mesure puisse être considérée comme ayant un objet restrictif de la concurrence* . »
1. Bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions de l'UE d'en tenir compte (arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., C-501/06 P , point 58).

1. La prise en considération de l'ensemble de ces éléments doit, en tout état de cause, **faire apparaître les raisons précises pour lesquelles le comportement en cause présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, justifiant de considérer qu'il a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser celle-ci** (arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21 , point 168).
1. La chambre commerciale a, sur cette question, rejeté un pourvoi portant sur un arrêt n'ayant pas retenu la qualification de restriction par objet, par le motif suivant : « *Mais attendu que l'arrêt retient que France Télécom Mobile était seule compétente pour déterminer à la fois la charge de terminaison d'appels GSM de France Télécom et les tarifs de détail fixes vers mobiles GSM de France Télécom et que la décision du Conseil [de la concurrence] affirmait que la politique tarifaire des opérateurs de téléphonie mobile sur les appels entrants dans leurs réseaux GSM avait pour objectif de financer les bas prix de leurs appels sortants au profit d'abonnés mobiles et de développer le marché de la téléphonie mobile ; **qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit que la structure tarifaire du groupe France Télécom ne résultait pas nécessairement d'une coordination entre ses branches de téléphonie fixe et mobile mais pouvait avoir été déterminée par la seule entité France Télécom Mobile poursuivant un objectif autre que celui de la limitation de la concurrence entre opérateurs de téléphonie fixe** et qu'il n'était en conséquence pas établi que cette structure tarifaire constituait un ciseau tarifaire à objet anticoncurrentiel , la cour d'appel [...] a légalement justifié sa décision ; [...]* » ([Com., 17 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.067, Bull. 2012, IV, n° 7](#)) .
1. On rappellera aussi [Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° 19-24.464](#) , par lequel la chambre a jugé que « [...] la cour d'appel, qui a retenu exactement que les éventuelles analyses des autres autorités de concurrence sur la clause litigieuse, qui ne pouvaient donner lieu à une décision formelle de leur part excluant l'existence d'une violation de l'article 101 § 1, ne constituaient pas une expérience acquise au sens de la jurisprudence de la CJUE, peu important que les termes de la clause qu'elles auraient, le cas échéant, analysés, aient été identiques à ceux soumis à l'autorité française et à la juridiction de recours, qui s'est fondée sur la qualification déjà existante de restriction par objet , sous réserve d'un certain nombre de vérifications auxquelles elle s'est livrée conformément aux enseignements des arrêts de la CJUE du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-cosmétique* (C-439/09) et du 6 décembre 2017, *Coty Germany* (C-130/16), de clauses excluant de facto la distribution de certains produits par internet, qui, contrairement aux énonciations du grief de la huitième branche, **a pris en considération, pour l'analyse de la nocivité intrinsèque de la pratique, le contexte juridique et la structure du marché dans lesquels elle se situait, et qui a apprécié, conformément à la méthode prescrite par les arrêts précités, la proportionnalité de la restriction relevée à l'objectif poursuivi par celle-ci, sans avoir à faire les recherches invoquées par les neuvième et dixième branches, et a estimé que des moyens tels que l'assistance à distance, moins restrictifs, permettaient d'assurer une mise en garde effective des acheteurs sur la dangerosité des produits** , a, sans méconnaître le principe de l'interprétation restrictive de la notion de pratique anticoncurrentielle par objet, légalement justifié sa décision » .
1. Les parties présentent vingt-neuf griefs ¹⁵ portant sur la qualification de restriction de concurrence par objet. Quelques uns de ces griefs sont proches ou identiques et seront

regroupés. Certains font l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014, alinéa 1 du code de procédure civile. Il seront examinés à la suite de la présentation ci-dessous des griefs retenus par les rapporteurs et des éléments utiles à l'analyse de la composition de jugement.

4.3.2 - Examen des griefs relatifs à la teneur de l'accord et à l'expérience acquise

a) L'argumentation des parties

- Griefs relatifs à la motivation par laquelle la cour d'appel a qualifié les pratiques de restriction de concurrence au sens de l'article 4 sous b) du règlement d'exemption n° 330/2010 (M2b1 du pourvoi W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b6 et M2b7 du pourvoi D 22-22.677 des sociétés Apple)

1. Le premier de ces griefs (M2b1 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data) reproche à l'arrêt d'avoir qualifié l'accord de restriction de clientèle sans tenir compte du constat qu'elle avait fait que l'accord n'interdisait aux grossistes agréés par Apple, directement ou indirectement, ni de s'adresser activement à des clients potentiels, ni de répondre aux demandes de ces clients, ni encore de vendre les produits Apple sur un territoire déterminé.

1. Les deux derniers (M2b6 et M2b7 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple) lui reprochent d'avoir retenu cette qualification, alors qu'elle ne pourrait l'être que s'il était démontré que les pratiques entraînent une perte de marché ou une perte de clientèle cependant que la cour d'appel a relevé que les parts de marchés des grossistes sont restées stables, ce dont il résultait qu'aucune perte n'était ni encourue ni constatée.

- Grief relatif au défaut de prise en compte par la cour d'appel de l'étude sur le respect des consignes produite par les sociétés Ingram (M2b6 du pourvoi n° V 22 22 623 des sociétés Ingram)

1. Selon les sociétés Ingram cette étude faisait apparaître que le respect des allocations était très relatif. Elles reprochent à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, comme elle y était invitée, si cette étude ne démontrait pas que les allocations diffusées par Apple étaient peu respectées et si les pratiques alléguées n'étaient pas, pour cette seule raison, dépourvues du degré de nocivité requis .

- Griefs relatifs à la question de l'expérience acquise du caractère particulièrement nocif pour le jeu de la concurrence de la pratique de répartition de marchés (M2b9 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram), M2b2 du pourvoi n° W 22-22.647 (des sociétés Tech Data), M2b8 et b9 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple)

1. Ces griefs reprochent, en termes similaires, à la cour d'appel d'avoir cité des décisions administratives de la Commission européenne et trois décisions du Conseil de la concurrence, sans s'assurer de similitudes suffisantes pour que des conclusions puissent en être tirées concernant les pratiques en cause qui s'inscrivaient dans un accord vertical non tarifaire, qui étaient variables et non assorties de restrictions territoriales (M2b9 du pourvoi n° V 22-22.623 et M2b2 du pourvoi n° W 22-22.647) et sans se fonder sur des analyses économiques élaborées à partir d'auteurs indépendants et fondés sur des méthodes principes et normes reconnus par la communauté économique internationale (M2b8 et b9 du pourvoi n° D 22-22.677).

1. Sur ce même thème, M2b10 du pourvoi n° D 22-22.677 reproche à la cour d'appel d'avoir, pour dire que la condition de l'expérience acquise était démontrée, décidé que le système d'allocation mis en œuvre ne devait pas s'analyser comme un ordre de priorité de livraison mais comme une restriction de clientèle et de produits, s'inscrivant dans une relation verticale ne comportant que deux grossistes agréés, quand cette qualification était contestée par les parties .

1. Subsidiairement, les sociétés Apple invitent, le cas échéant, la chambre commerciale à poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante relative à la qualification de « *restriction caractérisée* » :

« L'article 4 sous b) du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées prévoit que, sauf conditions particulières, l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement ; qu'une restriction de clientèle ne peut être identifiée au sens de ce texte que dans le cas où il apparaît que le distributeur ou le grossiste se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse, exposé à une perte de marché ou de clientèle (Conclusions Wahl sur CJCE, 6 décembre 2017, Coty Germany, aff. C-230-16, n° 144) ; que dès lors, la pratique, consistant, pour un fabricant de produits innovants confronté à une demande importante impossible à satisfaire, à fixer avec ses grossistes des priorités de livraison des revendeurs indirects approvisionnés par ces mêmes grossistes, voire à conseiller à certains clients de s'adresser à un grossiste plutôt qu'un autre, peut-elle être interprétée comme une restriction de clientèle au sens de l'article 4 sous b) du règlement susvisé, alors que la juridiction constate par ailleurs que les parts de marché entre grossistes ont fluctué sur certaines périodes ou ont été maintenues et que la pratique n'a donc pas résulté en un quelconque cloisonnement des marchés ? »

b) Eléments d'analyse

1. La motivation sur la qualification de la restriction par objet figure aux paragraphes 258 à 321 de l'arrêt.

1. Celui-ci commence par énoncer que les accords entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont prohibés par les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce et souligne que le premier de ces textes vise expressément les répartitions de marchés ou des sources d'approvisionnement.

1. Il rappelle ensuite les principes jurisprudentiels exposés ci-dessus, selon lesquels, - premièrement, certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être qualifiés de restriction par objet, de sorte que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire, ce qui résulte de leur caractère particulièrement nocif pour la concurrence ;

- deuxièmement, pour apprécier le degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère et que l'appréciation de

ce contexte conduit à prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question ;

- troisièmement, que la notion de restriction par objet doit être interprétée de manière restrictive.

1. L'arrêt examine ensuite chacune des conditions d'appréciation du degré suffisant de nocivité (la teneur de l'accord et à ce sujet l'existence d'une expérience acquise – les objectifs et à ce sujet les effets pro-concurrentiels invoqués – les contextes économiques et juridiques).

1. **S'agissant de la teneur de l'accord**, l'arrêt rappelle que celui-ci s'inscrit dans une relation verticale nouée entre Apple et ses deux seuls grossistes agréés et qu'il porte sur les conditions d'approvisionnement des clients de ces derniers. Il ajoute que cet accord ne s'est pas borné à formuler de simples recommandations de priorités de livraisons en renvoyant à son analyse figurant au paragraphe 170 (§§ 262 et 263). Il ajoute que le mécanisme était contraignant pour les grossistes et que cette contrainte était renforcée par un système de contrôle et de surveillance (§§ 264 et 265), sans que l'Autorité ait démontré en revanche que des mesures de rétorsion aient été mises en œuvre (§§ 266 à 268). Il relève qu'en tant qu'opérateurs économiques autonomes sur le marché, les grossistes, qui acquièrent la propriété des produits de marque Apple, auraient dû être libres de gérer leurs stocks et de les affecter aux clients de leur choix, ce qui n'était pas le cas en l'espèce eu égard à la teneur de l'accord (§ 269).

1. L'arrêt rappelle ensuite que le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 ¹⁶ auquel a succédé le règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 ¹⁷, désigné par les parties sous le nom de « *règlement d'exemption vertical* », exclut le bénéfice de l'exemption par catégorie en présence de restrictions dites « *restrictions caractérisées* », telles qu'énumérées à l'article 4, lequel énonce sous b) « *la restriction concernant [...] la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels [...]* », ce texte énumérant ensuite un certain nombre d'exceptions à cette exclusion de l'exemption, qui ne concernent pas la situation de l'espèce. L'arrêt précise encore qu'aux termes des lignes directrices du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales ¹⁸ accompagnant le règlement d'exemption n° 2790/1999, auquel a succédé le paragraphe 50 des lignes directrices relatives au règlement n° 330/2010 sur les accords verticaux, la restriction caractérisée visée à l'article 4, sous b), « *est liée au partage du marché (...) en clientèles* » et « *peut être le résultat d'obligations directes, comme l'obligation de ne pas revendre à certains clients (...) ou encore l'obligation de renvoyer à d'autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de revendre à ces clients, telles que le refus ou la réduction des primes ou des remises, le refus de livrer, la diminution des volumes de livraison ou la limitation du volume de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou le groupe de clientèle alloués, la menace de mettre un terme à l'accord ou des obligations de transfert des bénéfices (...)* ».

1. L'arrêt relève que les allocations de produits et de clientèles qui s'inscrivaient dans un circuit fermé limité à deux grossistes agréés au niveau du marché de gros et s'appliquaient nonobstant le système de distribution « ouvert » sur le marché aval, dans lequel Apple ne s'était réservé que l'approvisionnement de son canal de distribution en

propre, avaient **pour objet, de répartir la clientèle entre les deux seuls grossistes agréés concurrents et ainsi « de restreindre la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre les biens et services contractuels »**, au sens du 4, sous b) du règlement précité. Il ajoute que **s'il résulte de certains éléments produits une fluctuation des parts de marché des grossistes concernant certains APR sur certaines périodes** ce constat est **sans incidence sur l'analyse globale**, car, outre les limites de ces analyses, il convient de relever que **leurs résultats démontrent qu'aucun des grossistes n'a été en mesure d'atteindre durablement une part de marché disproportionnée par rapport à l'autre**. Il en déduit que ces résultats confortent la position de l'Autorité selon laquelle les pratiques ont conduit à apporter des correctifs aux déséquilibres survenant entre eux, sans pour autant tendre à un verrouillage des parts de marché tourné vers un partage égal du marché.

1. L'arrêt retient enfin que par le système d'allocations litigieux, le groupe Apple s'est comporté à l'égard de ses grossistes comme il l'aurait fait envers des entités intégrées en les privant de leur capacité de se déterminer librement et que ce système par lequel Apple intervenait et contrôlait le niveau des stocks des grossistes et diffusait des informations à chacun d'eux pour réduire les écarts de parts de marché entre eux, s'analyse comme un moyen de maintenir leurs parts de marché dans une fourchette stable, sans égard pour le jeu normal de la concurrence.

1. **S'agissant de l'expérience acquise**, l'arrêt précise que l'expérience acquise ressort traditionnellement de l'analyse économique, telle qu'elle a été entérinée par les autorités chargées de la concurrence, confortée, le cas échéant, par la jurisprudence. Il renvoie sur ce point aux précédents invoqués par la décision en relevant qu'il importe peu que ces exemples ne soient pas en tous points identiques à la répartition de clientèle en cause dès lors qu'il s'agit d'une même catégorie d'accords et qu'en tout état de cause, la cour d'appel procédera à un examen individuel circonstancié pour vérifier que l'accord litigieux ne comporte pas de caractéristiques particulières qui indiqueraient que l'affaire en cause est susceptible de faire exception à la règle de l'expérience. (§§ 279 à 282).

i) *Sur la qualification de restriction de clientèle au sens de l'article 4 sous b) du règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 :*

1. La chambre devra s'interroger au regard de la rédaction de ce texte (supra § 146) sur le point de savoir si l'Autorité, puis la cour d'appel, en ont fait une exacte application dans l'appréciation de la teneur de l'accord compte tenu :

- du constat qu'elle avait fait que l'accord n'interdisait aux grossistes agréés par Apple, directement ou indirectement, ni de s'adresser activement à des clients potentiels, ni de répondre aux demandes de ces clients, ni encore de vendre les produits Apple sur un territoire déterminé (M2b1 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data)

- sans constater que les grossistes étaient exposés à une perte de marché ou de clientèle (M2b6 et b7 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple).

1. Sur ce dernier point, il est rappelé que les sociétés Apple invoquent les conclusions de l'avocat général Nils Wahl dans l'affaire Coty (CJUE, 6 décembre 2017, Coty Germany, C-230/16), selon lequel :

« 141. Ainsi que l'indique le point 50 des lignes directrices, sont visées par [l'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010] , les mesures de répartition de marché ou de clientèle, qui tendent à cloisonner les marchés.

142. En l'occurrence, rien dans la formulation de la clause litigieuse, qui interdit simplement aux distributeurs agréés de recourir de manière visible à des plateformes tierces, n'indique qu'elle doit être ainsi qualifiée.

143. Comme l'a mentionné le juge de renvoi, il n'est a priori pas possible d'identifier un groupe de clients ou un marché particulier auquel correspondraient les utilisateurs des plateformes tierces.

144. Or, une restriction de clientèle ou de marché ne peut, à mon sens, être identifiée que dans le cas où il apparaît que le distributeur agréé se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse et en dépit du maintien de la possibilité d'accéder à ses produits au moyen de son propre site Internet, exposé à une perte de marché ou de clientèle ».

1. Elles en déduisent, qu'une restriction de clientèle ne peut donc être identifiée au sens de l'article 4 sous b) du règlement que dans le cas où il apparaît que le distributeur ou le grossiste se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse, dans l'impossibilité absolue de vendre à une certaine catégorie de clients prédéfinis (sur la base par exemple de leur localisation géographique) et ainsi exposé à une perte de marché ou de clientèle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.
1. Il convient de replacer les conclusions de l'avocat général Wahl dans leur contexte et de rappeler que l'affaire Coty concernait une interdiction faite par un fournisseur de produits cosmétiques de luxe à ses distributeurs agréés d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces non agréées pour les ventes par internet des produits contractuels, cette interdiction étant justifiée par le fait que ces entreprises tierces étaient des plateformes de vente sur lesquelles les exigences liées à la distribution de produits de luxe ne pouvaient être assurées.
1. La Cour de justice était en particulier interrogée sur le point de savoir si l'interdiction absolue faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité, était conforme à l'article 101 du TFUE. Par ailleurs, la Cour était invitée à déterminer si l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010 devait être interprété en ce sens qu'une telle interdiction constitue une restriction par objet de la clientèle du détaillant et/ou des ventes passives aux utilisateurs finals.
1. Les paragraphes cités par les sociétés Apple sont précédés d'une présentation par laquelle l'avocat général rappelle les conditions d'obtention d'une exemption au titre du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE et les raisons pour lesquelles les restrictions caractérisées énumérées par l'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010 empêchent l'octroi du bénéfice de l'exemption. S'agissant des clauses restreignant les territoires de vente active ou les clientèles, il explique que ce que la préservation du jeu de la concurrence impose et ce qu'il convient de rechercher est de savoir si ces clauses cloisonnent les marchés (§§ 137, 140 et 141). À la suite de cet exposé, il observe au point 140 que les clauses qui interdisent aux distributeurs de faire appel de façon visible

à des plateformes de distribution n'interdisent pas aux distributeurs agréés de vendre leurs produits ni les empêchent d'avoir accès à leur clientèle .

1. La chambre examinera les mérites du grief à la lumière de ces éléments.

ii) *Sur le défaut de prise en compte par la cour d'appel de l'étude produite par les sociétés Ingram qui, selon elles, démontrait que les allocations décidées par Apple étaient peu respectées, ce qui aurait permis de déterminer que les pratiques alléguées n'étaient pas, pour cette seule raison, dépourvues du degré de nocivité requis :*

1. Les sociétés Ingram exposent qu'elles avaient produit devant l'Autorité une étude faisant apparaître un taux de suivi par les grossistes des consignes d'allocation extrêmement variable et que de très nombreuses ventes étaient conclues hors allocations, cette étude étant corroborée par d'autres études produites l'une par les sociétés Apple et l'autre par les sociétés Tech Data. Elles font valoir que la cour d'appel a d'ailleurs admis *in fine* (§ 413 de l'arrêt [19](#)) que les pratiques n'avaient pu affecter que « *certaines ventes* » et ce dans « *certaines cas* » et que ce constat est incompatible avec la thèse d'un cloisonnement strict des clientèles allouées aux grossistes.

1. Le président de l'Autorité fait observer sur ce point, d'une part, que la cour d'appel n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, d'autre part, que c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas lieu, s'agissant de la démonstration d'un accord de volontés entre la société Apple et les deux entreprises, d'établir que le mécanisme d'allocation avait été significativement suivi par ces grossistes.

1. La chambre commerciale devra s'interroger sur le point de savoir si au regard des principes énoncés par la jurisprudence et, en particulier, le principe selon lequel l'analyse de la particulière nocivité ne doit pas se limiter à des considérations théoriques mais doit prendre en compte les éléments concrets de la cause, la cour d'appel, devant laquelle les sociétés Ingram avaient contesté l'argument invoqué par l'Autorité qui soutenait que le « *taux de respect* » élevé des recommandations d'Apple démontrerait une gravité importante, pouvait écarter les éléments précités relatifs au taux de suivi des consignes d'allocation.

iii) *Sur l'expérience acquise suffisamment solide, fiable, générale et constante :*

La chambre devra examiner d'abord si la cour d'appel pouvait s'appuyer sur la qualification de restriction caractérisée au sens de l'article 4, sous b) du règlement n° 330/210 du 20 avril 2010, alors que les parties soutenaient que le système d'allocation mis en œuvre devait s'analyser comme un ordre de priorité de livraison et non comme une restriction de clientèle et de produits (M2b10 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple).

1. Elle examinera ensuite, d'une part, la validité de l'analyse se référant à plusieurs décisions rendues en matière de partage de clientèle, la cour d'appel renvoyant sur ce point aux décisions citées par la décision de l'Autorité aux §§ 654 et 655, au regard des principes jurisprudentiels rappelés au paragraphe 158 et suivants du présent rapport (M2b9 sociétés Ingram), d'autre part, la nécessité pour la qualification d'une infraction par objet de se référer à des analyses économiques élaborées à partir d'auteurs indépendants et fondés sur des méthodes principes et normes reconnus par la

communauté économique internationale, comme le soutiennent les sociétés Apple (M2b8).

4.3.3 - Examen des griefs relatifs aux objectifs poursuivis, aux effets proconcurrentiels et à leur prise en compte (M2b3 et M2b4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M2b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data)

a) L'argumentation des parties

1. - **M2b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel d'avoir approuvé l'Autorité ayant retenu le caractère artificiel de la notion de contrainte, après avoir relevé que le groupe Apple était en mesure de générer seul cette situation en sous-estimant la demande sur ses produits au stade de la production, sans avoir contesté la réalité des périodes de contrainte vécues par les grossistes agréés, ni mis en cause la légitimité de l'objectif de leur participation au système d'allocations en litige d'assurer un approvisionnement équitable des clients-revendeurs pendant les périodes de pénurie de produits Apple. Ainsi, la cour d'appel n'aurait pas caractérisé que le mécanisme d'allocations ne répondait pas à un objectif légitime, et aurait méconnu le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet, et violé les articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce.
1. Les requérantes soutiennent sur ce point que si la contrainte qui s'exerçait sur les produits Apple en périodes de pénurie était peut-être la conséquence d'une optimisation extrême, par Apple, de la chaîne d'approvisionnement de ses produits, ni l'Autorité, ni la cour d'appel n'ont démenti le fait qu'elle constituait bien une réalité pour ses distributeurs agréés. Elles ajoutent qu'ainsi, du point de vue des grossistes agréés par Apple, le mécanisme d'allocations poursuivait donc un objectif clairement pro-concurrentiel, incompatible avec la qualification de restriction par objet, dans la mesure où il permettait de limiter les ruptures d'approvisionnement au sein du réseau de distribution et que, ce faisant, il favorisait la concurrence intra-marque entre les revendeurs au bénéfice des consommateurs, qui pouvaient ainsi trouver les produits Apple chez le revendeur de leur choix, sans captation du marché par les plus gros clients-revendeurs, de même que la concurrence inter-marques entre les produits offerts par les APR.
1. **L'Autorité** rappelle sur ce point qu'un accord peut être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également un objectif légitime. Elle ajoute que la cour d'appel a établi que l'accord litigieux avait eu pour objet le maintien des parts de marché de la société Apple et de ses grossistes dans une fourchette stable, en dissuadant ces derniers de démarcher une clientèle qui ne leur était pas allouée par la société Apple (arrêt, §§ 309-310) et que compte tenu de ce constat, la réaction à des situations de contrainte, eut-elle constitué un objectif légitime de l'accord, n'était pas de nature à remettre en cause la qualification de restriction de concurrence par objet. Elle indique enfin qu'il importait peu que les grossistes aient entendu, au travers du mécanisme de contraintes, poursuivre un objectif légitime, dans la mesure où ce mécanisme avait été artificiellement créé par la société Apple et devait être considéré dans son ensemble et non pas du point de vue de chacune des entreprises.
1. - **M2b3 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** soutient qu'en jugeant que les parties n'étaient pas fondées à se prévaloir d'un objectif légitime consistant à

assurer un approvisionnement équitable et ordonné des distributeurs appartenant aux divers canaux de distribution des produits Apple, au motif que d'autres méthodes auraient pu être mises en œuvre pour satisfaire cet objectif (§ 301), la cour d'appel s'est prononcée par un motif impropre à écarter l'existence d'éléments permettant de douter du degré de nocivité de la pratique alléguée.

1. Dans leur mémoire ampliatif les sociétés Ingram font valoir qu'il ressort de la jurisprudence de la CJUE que :

- la capacité de la pratique collusoire considérée de déployer des effets anticoncurrentiels présentant le degré de nocivité requis pour justifier la qualification de restriction par objet doit ressortir de manière manifeste de l'examen de sa teneur et de ses objectifs (arrêt SIA « Maxima Latvija », précité, points 21-22) ;

- et qu'ainsi, la présence d'un objectif légitime et pro-concurrentiel suffit à exclure cette qualification lorsqu'elle permet de provoquer un doute sur le degré de nocivité de la pratique collusive considérée (arrêt Groupement des cartes bancaires, précité, point 75 ; arrêt Generics (UK), précité, point 87). Elles en déduisent qu'il n'y a donc pas lieu de s'interroger à ce stade sur le point de savoir si d'autres moyens auraient pu permettre d'atteindre le même objectif.

1. - **M2b4 du pourvoi V 22-22.623 des sociétés Ingram** soutient qu'en énonçant que les pratiques alléguées avaient pour objectif de permettre à Apple de contenir les parts relatives de ses grossistes dans une « fourchette stable » (§§ 275, 277 et 421) et de lui réserver la clientèle de certains clients-revendeurs tels que les APR (§§ 413 et 293) et encore que ces pratiques avaient pour objet de protéger les deux grossistes (§ 290), sans préciser les éléments sur lesquels elle fondait de telles affirmations, expressément contestées par les entreprises poursuivies, ni se prononcer sur les nombreuses pièces produites par ces dernières au soutien de cette contestation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

1. - **M2b13 du pourvoi D 22-22.677 des sociétés Apple** soutient que la cour d'appel pour dénier tout effet pro concurrentiel à l'accord en cause s'est bornée à affirmer que le maintien de la concurrence intra-marques n'était pas lié à l'accord et qu'Apple aurait pu atteindre les mêmes objectifs par d'autres moyens, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si le système d'allocation mis en place n'avait pas atteint ses objectifs en ce qu'il visait aussi à garantir un niveau minimum d'approvisionnement aux APR, et à préserver la concurrence inter-marques.

b) Éléments d'analyse

1. L'arrêt relève que le groupe Apple invoque à cet égard un objectif de gestion de la pénurie pendant des périodes de contrainte, mais, d'une part, qu'il ressort de diverses déclarations figurant au dossier que cette pénurie est organisée par le groupe lui-même (§§ 287 et 288) et qu'elle était donc artificielle, d'autre part, que le système d'allocations concernant l'approvisionnement des clients des grossistes n'a pas été strictement limité aux périodes de contrainte et a pu être maintenu en dehors de ces périodes (§ 291). Il constate qu'il est établi que les consignes données dans plusieurs courriels, qu'il cite, ont conduit principalement les grossistes à ne plus démarcher ni répondre aux sollicitations des plus gros clients (§ 293). Enfin, il retient que le dispositif d'allocations ne garantit pas un approvisionnement équitable entre les différents canaux de distribution (§ 294).

1. Pour ce qui concerne les effets pro-concurrentiels invoqués (§ 300), l'arrêt s'appuyant sur les éléments développés dans son analyse du contexte économique, qui seront rappelés ci-dessous, relève que la concurrence intra-marque invoquée qui a pu s'opérer entre les deux grossistes, dans une certaine mesure et sur certains aspects (frais de port, ligne d'encours, impact sur les niveaux de marge) ne peut être attribuée au système d'allocations de clientèle et de produits en cause mais résulte des informations diffusées à chaque grossiste par Apple concernant leurs performances respectives et leur politique commerciale et financière.
1. Il ajoute que comme l'a justement retenu l'Autorité, la mise en place du « *système forecast* » à compter de mars 2013 (en vertu duquel Apple attribue à chacun des grossistes une certaine quantité de produits en fonction de leurs prévisions de ventes respectives afin de leur permettre de constituer un stock de base pour satisfaire la demande à venir pour chaque produit) démontre que le groupe disposait d'autres moyens, moins attentatoires à la concurrence que les allocations litigieuses lui permettant, d'une part, de réduire les périodes de contrainte et les pénuries afférentes, grâce à un dispositif évaluant mieux les besoins de ses partenaires commerciaux et adaptant la production en conséquence, d'autre part, de préserver son système dual, reposant, d'un côté sur un canal de détaillants offrant des services additionnels aux consommateurs (ARS et APR), et de l'autre, sur un canal organisé autour de la grande distribution (*retailers*) n'offrant pas ou peu de services mais des prix possiblement plus bas.
1. Il en déduit que ce constat suffit à exclure la thèse avancée par les sociétés Apple selon laquelle le mécanisme d'allocations aurait été « essentiel » à la viabilité d'un système de distribution dual bénéfique au consommateur, puisque le groupe Apple a démontré qu'il pouvait atteindre les mêmes objectifs avec d'autres moyens et que la situation de contrainte invoquée et les bénéfices qui résulteraient du système d'allocations en cause doivent en conséquence être fortement relativisés, compte tenu des quantités réellement disponibles sur le marché de détail, du caractère artificiel des périodes de contrainte et de solutions alternatives moins attentatoires pouvant être mises en œuvre.
1. La chambre commerciale examinera l'ensemble des griefs présentés précédemment au regard des principes énoncés par la jurisprudence et de la finalité de l'examen de l'objectif des pratiques. On rappellera seulement que selon les principes énoncés par la jurisprudence rappelés précédemment, le constat d'un objectif légitime poursuivi par les parties peut conduire à considérer que la pratique en cause n'a pas un caractère de particulière nocivité. Cette conclusion ne pourrait cependant être adoptée sans une analyse de proportionnalité de l'ensemble de tous les critères, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel au § 283 de l'arrêt et ainsi que l'a énoncé la Cour de justice dans l'arrêt *Budapest Bank*, précité, par lequel elle a jugé que « *le fait qu'une mesure soit considérée comme poursuivant un objectif légitime n'exclut pas que, eu égard à l'existence d'un autre objectif poursuivi par celle-ci et devant être regardé, quant à lui, comme illégitime, compte tenu également de la teneur des dispositions de cette mesure et du contexte dans lequel elle s'inscrit, ladite mesure puisse être considérée comme ayant un objet restrictif de la concurrence* » (CJUE, 2 avril 2020, *Budapest Bank*, point 73 . Voir dans le même sens, CJUE, arrêt du 29 juillet 2024, *Banco BPN*, C-298/22 , point 107).

4.3.4 - Examen des griefs relatifs au contexte économique (M2b8 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M2b9 et M2b14 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés

Apple

a) L'argumentation des parties

1. - **M2b8 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** soutient que les considérations retenues par la cour d'appel, tirées de la spécificité du système de distribution adopté par Apple, irréductible à tout modèle classique de distribution sélective ou monomarque, et du positionnement particulier de ses produits de nature à « relativiser » la pression concurrentielle exercée par les autres marques, constituaient au contraire d'impérieux motifs pour écarter la qualification de restriction de concurrence par objet.
 1. Les sociétés Ingram soulignent que ces particularités étaient de nature à faire douter de l'existence d'une restriction de la concurrence en ce qu'elles devaient conduire à constater que la pratique avait des « *effets ambivalents sur la concurrence* ». Elles indiquent que l'un des éléments les plus notables du contexte économique des pratiques poursuivies était tiré de l'intense concurrence inter-marques sur le marché de la vente de produits électroniques. Elles invoquent à ce sujet les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales (dans leur version de 2010), selon lesquelles « *si la concurrence inter-marques est rude, il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intra-marque ait des effets négatifs sur les consommateurs* », la Commission ayant indiqué à ce sujet que « *l'affaiblissement de la concurrence intra-marque ne pose problème que si la concurrence inter-marques est limitée* » (point 153) et que « *si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intra-marque sera en règle générale compensée par une concurrence inter-marques suffisante* » (point 154).
1. - **M2b9 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** soutient qu'en considérant, pour estimer que la condition de particulière nocivité était remplie, que le seul fait que des restrictions de clientèle aient pu, par le passé, être analysées comme une restriction de concurrence par objet, sans se fonder sur la moindre analyse économique fiable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.
 1. - **M2b14 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** reproche à l'arrêt de s'être borné, pour retenir dans le cadre de son analyse du contexte économique de l'accord, que la concurrence inter-marques devait être relativisée, à déduire la prétendue faible substituabilité des produits concurrents à ceux de la marque Apple des caractéristiques des produits de la marque Apple, de leur positionnement haut de gamme, de la notoriété de la marque et de la fidélité de la clientèle à la marque, sans procéder à la moindre analyse concrète des produits en cause et de leur substituabilité réelle avec les produits concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce
1. Ces sociétés font valoir que, dans l'appréciation du contexte économique de l'accord, il convient de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (par exemple, CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires, précité). Elles rappellent que la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré au sujet de l'exclusivité de commercialisation de l'iPhone attribuée à la société Orange au moment de son entrée sur le marché français, que les caractéristiques propres aux produits Apple étaient insuffisantes pour justifier que ces

conditions d'exclusivité soient susceptibles de constituer une infraction au droit des ententes et puissent justifier une mesure conservatoire d'interdiction et cassé l'arrêt de la cour d'appel ayant validé la mesure conservatoire prononcée par l'Autorité pour ne pas avoir recherché « *si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone fabriqué par Apple, nouvel entrant sur le marché des terminaux, n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et internet haut débit mobile associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone* » ([Com., 16 février 2010, pourvoi n° 09-65.440, 09-11.968](#)). Elles soutiennent que les constatations de la cour d'appel relatives à l'analyse du contexte économique dans lequel sont intervenues les pratiques, qui sont extrêmement similaires à celles censurées par la Cour de cassation dans l'affaire des iPhones sus-mentionnée, ne sauraient se substituer à une véritable analyse concrète de la substituabilité des produits.

1. Elles invitent la chambre commerciale à poser à la Cour de justice de l'Union européenne les deux questions préjudicielles suivantes :

« Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que la notion de restriction par objet doit être interprétée strictement ; que le critère juridique essentiel pour déterminer si une coordination entre entreprise comporte une restriction par objet réside dans la constatation qu'une telle coordination présente un degré suffisant de nocivité pour la concurrence ; que pour apprécier ce critère de nocivité, il convient de vérifier s'il existe une expérience suffisamment solide, fiable et constante pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence (par exemple : CJUE, 2 avril 2020, Budapest Bank et a., aff. 228/18 ; 11 septembre 2014, Groupement des cartes Bancaires, aff. C-67/13P) ; que dès lors, une juridiction nationale peut-elle considérer qu'une pratique revêtant un caractère inédit et visant principalement à garantir une gestion optimale des stocks, notamment en périodes de pénurie, ainsi qu'un niveau minimum d'approvisionnement à tous les détaillants, qui se distingue par ses caractéristiques spécifiques de l'ensemble des précédents disponibles et n'a jamais été étudiée par la littérature économique, constitue une restriction de concurrence par objet ?

2) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne a également jugé qu'il convient de prendre en compte, dans l'analyse du caractère de restriction par objet d'une pratique, le contexte juridique et économique de l'accord et qu'à ce titre, lorsqu'un accord est effectivement générateur de concurrence à certains égards, une restriction de concurrence contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, ne saurait être constatée qu'au terme d'une appréciation des effets de cet accord (par exemple : CJUE, 2 avril 2020, Budapest Bank et a., aff. 228/18 ; 11 septembre 2014, Groupement des cartes Bancaires, aff. C-67/13P) ; que dès lors, une juridiction nationale peut-elle considérer qu'une pratique visant à garantir une gestion optimale des stocks, notamment en périodes de pénurie, ainsi qu'un niveau minimum d'approvisionnement à tous les détaillants constitue une restriction de concurrence par objet, quand bien même cette pratique n'a ni empêché le maintien de la concurrence inter-marques, ni abouti à supprimer la concurrence intra-marque, ni enfin impacté sensiblement les prix ? »

b) Eléments d'analyse

1. Sur le contexte économique, l'arrêt retient que les parties ne peuvent se prévaloir de l'indication figurant dans les lignes directrices sur les restrictions verticales de la

Commission européenne, selon laquelle, en substance, en présence d'une concurrence inter-marques rude il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intra-marque ait des effets négatifs sur le consommateur, car cette indication concerne l'hypothèse d'un fournisseur unique et d'une distribution exclusive, qui ne correspond pas à la situation de l'espèce (où les grossistes sont multi-marques).

1. Il ajoute que le positionnement particulier des produits Apple sur le marché, résultant de leurs caractéristiques est de nature à entraîner une fidélisation notable de la clientèle et à relativiser la pression concurrentielle, même si celle-ci demeure plus ou moins forte selon la nature des produits. Il relève encore que les entraves à la liberté commerciale des grossistes n'ont ainsi pu être que partiellement contournées par les acheteurs acceptant de se reporter vers des produits d'autres marques. Il précise concernant la concurrence intra-marque que celle-ci est limitée puisqu'il n'existe que deux grossistes. Il retient que si la concurrence entre ces grossistes n'a pas été totalement entravée, il n'en demeure pas moins que cette concurrence a été contrainte par le mécanisme d'allocations en cause dans la mesure où les mouvements de clientèle ne se sont pas systématiquement opérés au regard des mérites de l'opérateur, mais en considération des allocations décidées par Apple et appliquées par les grossistes. Il ajoute que le système a conduit, notamment, en l'absence d'allocations les y autorisant, à dissuader ces derniers de démarcher ou de répondre à la demande de certaines catégories de clientèle, l'exemple le plus significatif étant celui des clients directs qui étaient, par le jeu des allocations désignant des APR indirects, *de facto*, réservés à Apple.

1. L'arrêt en déduit que l'allocation de clientèle et de produits, qui permettait au groupe Apple de piloter les débouchés de ses grossistes et de répartir la clientèle sur le marché de gros de manière à maintenir les parts de marché des grossistes et de lui-même dans une fourchette stable, a, par sa nature même, affecté le fonctionnement normal de la concurrence entre les grossistes mais également à l'égard d'Apple, (§§ 309 et 310) .

1. Il convient de rappeler que les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), réformées en 2022 sans changement notable pour ce qui concerne le cas d'espèce, exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des « *accords verticaux* » au regard de l'article 101 du TFUE. Elles ont pour objectif d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence de l'UE. Elles précisent que les critères qui y sont exposés ne peuvent être appliqués mécaniquement, mais en tenant dûment compte des circonstances propres à chaque cas.

1. L'exposé des motifs de ces lignes directrices indique aux points 6 et 7 que :

« 6. Pour la plupart des restrictions verticales, **les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux** . Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficience substantiels. »

« 7. **L'article 101 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords (en l'espèce, à des accords verticaux) pour restreindre la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs** . L'examen des restrictions verticales est aussi important dans le contexte de l'objectif plus large de réalisation d'un marché intérieur intégré. L'intégration des marchés renforce la concurrence dans l'Union européenne. Les

entreprises ne devraient pas pouvoir recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés . »

1. Au point 100, sous c, les lignes directrices expliquent ensuite que l'un des effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir sur le marché et que les règles de concurrence de l'UE visent à empêcher est ***l'atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents et/ou la facilitation de la collusion entre concurrents, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intra-marque*** si elle concerne la concurrence entre distributeurs sur la base de la marque ou du produit d'un même fournisseur.

Elles précisent au point suivant (101) que :

« L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des distributeurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de détail des produits, de limiter le choix de combinaisons prix-service et de formats de distribution, de diminuer la disponibilité et la qualité des services de détail et de réduire le degré d'innovation de la distribution ». Mais au point 102 elles indiquent aussi que ***« Sur un marché où des distributeurs individuels distribuent la ou les marques d'un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre distributeurs d'une même marque entraînera une réduction de la concurrence intramarque entre eux, mais peut ne pas avoir d'effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble . Dans un tel cas de figure, si la concurrence intermarques est rude, il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intramarque ait des effets négatifs sur les consommateurs . »***

1. Les lignes directrices précisent encore au point 106 que :

« Il est important de reconnaître que les restrictions verticales peuvent avoir des effets positifs, en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix et en incitant à améliorer la qualité des services. Lorsqu'une entreprise ne dispose d'aucun pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution. Dans certains cas, les restrictions verticales peuvent se révéler utiles à cet égard, car les relations habituelles entre le fournisseur et l'acheteur dans les conditions normales de la concurrence, dans le cadre desquelles ne sont fixés que le prix et les quantités d'une transaction donnée, peuvent conduire à un niveau d'investissements et de ventes trop faible. »

1. Dans l'analyse de l'exemple relatif aux quotas imposés figurant dans ce même document, la Commission indique au point 153 que *« La position sur le marché détenue par le fournisseur et par ses concurrents est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne pose problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque est grave. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la concurrence intramarque risque d'être sensiblement atténuée [...] ».*

1. Il convient aussi de relever que le fait qu'un accord litigieux s'inscrive dans une relation verticale n'exclut pas en soi qu'il puisse être considéré comme une pratique anticoncurrentielle par objet si l'examen des critères exigés pour une telle qualification révèlent le caractère particulièrement nocif pour le jeu de la concurrence de la pratique

en cause . Ainsi, dans l'arrêt du 23 juin 2023, *Super Bock Bebidas* , la Cour de justice a précisé que la juridiction saisie, d ans son appréciation du caractère particulièrement nocif de la pratique en cause qui lui incombe, doit parmi l'ensemble des éléments de son analyse « [...] *tenir compte de la circonstance [...] qu'un accord vertical de fixation de prix minimaux de revente est susceptible de relever de la catégorie des " restrictions caractérisées "* , au sens de l'article 4, sous a), des règlements n° 2790/1999 et 330/2010, en tant qu'élément du contexte juridique » . Mais que cette circonstance n'est pas de nature à exempter la juridiction saisie de rechercher ensuite si la pratique revêt un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence (CJUE, arrêt du 22 juin 2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22 , précité, points 38 et 39).

1. La cour d'appel a considéré que les produits Apple présentaient une situation spécifique qui l'a conduite à écarter le présupposé des lignes directrices qu'un accord inscrit dans une relation verticale pouvait être moins nocif pour le jeu de la concurrence. Elle a renvoyé sur ce point à ses développements du paragraphe 189 qui énumèrent les points de spécificité comme étant : l'identité forte et spécifique des produits Apple, la notoriété de la marque, le positionnement haut de gamme, l'interopérabilité limitée avec d'autres marques et la création d'un écosystème propre à la marque ce qui, selon elle, relativise la portée de l'argument tiré de la pression concurrentielle. Ces points de spécificités sont détaillés davantage aux paragraphes 51 et suivants de la décision auxquels il est renvoyé.
1. La chambre commerciale examinera à la lumière de ces éléments le caractère fondé du motif par lequel la cour d'appel a estimé que le fait que l'accord critiqué se soit inscrit dans une relation verticale n'était, en l'espèce, pas de nature à atténuer le caractère particulièrement nocif pour le jeu de la concurrence qu'elle a retenu. Elle s'interrogera à cette occasion sur le point de savoir si la cour d'appel aurait dû procéder à l'étude de la substituabilité des produits concurrents et si elle ne l'a pas fait, ainsi que l'invoquent les sociétés Apple.

4.3.5 - Examen des griefs relatifs à la présence d'éléments contradictoires ou ambivalents conduisant à mettre en doute le caractère particulièrement nocif pour la concurrence (M2b1 et M2b7 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M2b9 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data)

a) L'argumentation des parties

1. - **M2b1 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** rappelle que la qualification de restriction par objet, qui est d'interprétation stricte, doit, selon la CJUE, être écartée en présence d'éléments contradictoires ou ambivalents quant à la capacité de l'accord considéré de produire de tels effets (CJUE, 2 avril 2020, *Budapest Bank*, C-228/18 , point 82). Ces sociétés soutiennent qu'en retenant la qualification de restriction de concurrence par objet, au motif que les allocations de vente en cause avaient eu pour effet de priver les grossistes de la jouissance de leur entière liberté commerciale (§§. 276-278), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles ressortait l'existence d'éléments ambivalents quant à la capacité de la pratique considérée de produire des effets d'une nocivité suffisante pour justifier une telle qualification.
1. Ces éléments qui sont énoncés dans le corps du grief sont :

- que la cour d'appel a concédé que la pratique d'allocation de clientèle avait pu avoir des effets bénéfiques sur la concurrence intra-marque en permettant d'approvisionner les détaillants les plus petits en période de contrainte et d'éviter la captation des quantités disponibles par les enseignes de la grande distribution (§ 424) ;
- que ce dispositif avait pu permettre de limiter aussi bien le nombre d'expéditions aux fins de satisfaire les commandes de produits Apple (§ 214) que le risque d'inventus supporté par les grossistes (§ 290) ;
- que la preuve n'avait pas été rapportée de ce qu'Apple ait mis en œuvre des mesures de rétorsion (§ 266) ;
- que ces pratiques n'avaient affecté que « certaines ventes », dans « certains cas » (§ 413) ;
- que la concurrence entre ces grossistes avait continué à jouer, de nombreux échanges faisant état de mesures suggérées par Apple pour stimuler la concurrence entre ses deux grossistes sur le marché aval (§ 308).

1. Le grief précédemment énoncé doit être rapproché de **M2b9 du pourvoi W 22-22.647 des sociétés Tech Data et M2b12 du pourvoi D 22-22.677 des sociétés Apple** qui formulent un reproche identique de violation du principe d'interprétation restrictive en présence d'éléments contradictoires ou ambivalents tous deux soutenant qu'il résulte de l'arrêt que la pratique « *n'a eu aucun impact sensible ni sur les prix, ni sur les consommateurs, et ni encore sur la concurrence inter-marques et intra-marque, et qu'il a même eu des effets bénéfiques sur cette dernière* ».

1. Par ailleurs, **M2b7 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** soutient que la cour d'appel a retenu que l'étude économique sur l'évolution des parts de marchés confortait prétendument la position de l'Autorité dans la mesure où elle démontrait qu'aucun des deux grossistes n'avait fini par acquérir une part disproportionnée par rapport à l'autre (§ 275) et qu'il n'en demeurerait pas moins que la concurrence intra-marque avait été « contrainte » par le mécanisme d'allocations en cause dans la mesure où les mouvements de clientèle n'étaient pas systématiquement opérés au regard des mérites de l'opérateur, mais en considération des allocations décidées par Apple et appliquées par les grossistes (§ 309). En se prononçant par une motivation abstraite et impropre à faire apparaître que les pratiques en cause n'appartenaient pas aux formes de collusion les plus nocives, seules justiciables de la qualification de restriction de concurrence par objet, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

b) Eléments d'analyse

1. Les griefs attaquent la motivation relative à la qualification de pratique anticoncurrentielle par objet dans sa globalité. Il est renvoyé sur ce point aux paragraphes 258 à 320 de l'arrêt attaqué ainsi qu'aux motifs précédemment décrits aux paragraphes 187 à 191 (teneur de l'accord et expérience acquise), 210 à 213 (objectifs poursuivis), 221 à 223 (contexte économique).

1. Ces griefs reposent tous sur le principe d'interprétation stricte de la qualification de restriction de concurrence par objet énoncé à plusieurs reprises par la jurisprudence de

l'Union et par la Cour de cassation (voir sur ce point les rappels faits au paragraphe 153 du présent rapport).

1. Ce principe d'interprétation stricte impose l'examen du degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence de la pratique en cause (CJUE, 29 juillet 2024, Banco BPN, C-298/22 , point 43 et jurisprudence citée, arrêt du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14 , point 18) et se traduit donc par l'analyse des critères énoncés par la jurisprudence (teneur de la pratique, objectifs, contexte économique et juridique). Ainsi, par exemple, la Cour de justice dans l'arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank, déjà cité, a précisé au point 65 que même si l'accord poursuivi tendait à la fixation entre les banques de commissions d'interchange « [...] **la teneur de cet accord n'est toutefois pas nécessairement révélatrice d'une restriction « par objet », à défaut de caractère nocif avéré pour la concurrence des dispositions de celui-ci [...]** ». Elle a rappelé au point 66 qu'« [...] **il incombe à l'autorité ou à la juridiction compétente d'analyser les exigences d'équilibre entre les activités d'émission et celles d'acquisition au sein du système de paiement concerné** » et elle a invité la juridiction saisie à prendre en compte tout élément pertinent, compte tenu, notamment, de la nature des services en cause **ainsi que des conditions réelles de fonctionnement et de la structure des marchés** , relatif au contexte économique ou juridique dans lequel ladite coordination s'insère (point 67).
1. Au point 82 la Cour a aussi précisé : « *Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi devrait également constater l'existence, a priori, d'indications sérieuses de nature à démontrer que l'accord CMI a entraîné une telle pression à la hausse ²⁰ ou, à tout le moins, d'éléments contradictoires ou ambivalents à cet égard, ces indications ou éléments ne sauraient être ignorés par ladite juridiction dans le cadre de son examen portant sur l'existence, en l'occurrence, d'une restriction « par objet » . En effet, contrairement à ce qui semble pouvoir être déduit des observations écrites de la Commission à cet égard, le fait que, en l'absence de l'accord CMI, le niveau des commissions d'interchange résultant du jeu de la concurrence aurait été plus élevé est pertinent aux fins de l'examen de l'existence d'une restriction résultant de cet accord, une telle circonstance ayant précisément trait à l'objet anticoncurrentiel reproché audit accord s'agissant du marché de l'acquisition en Hongrie, à savoir que ce même accord a limité la réduction des commissions* » (Nous soulignons).
1. La Cour de justice dans l'arrêt du 29 juillet 2024 (Banco BPN, C-298/22) a précisé à ce sujet au point 48 que « *En effet, il se peut que ce ne soit que lorsque certaines conditions particulières sont remplies qu'il puisse être présumé que certaines formes de coordination et, partant, les accords, les décisions d'associations et les pratiques concertées qui en relèvent sont nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. Dès lors, ainsi que M. l'avocat général l'a souligné, en substance, au point 43 de ses conclusions, l'examen du contexte économique et juridique dans lequel s'insèrent ces formes de coordination doit permettre de vérifier que, lorsqu'une forme d'accord, de décision d'association d'entreprises ou de pratique concertée est, par sa nature même, nocive pour la concurrence uniquement dans certaines circonstances tenant notamment à la nature des biens ou des services en cause, aux conditions réelles du fonctionnement du marché et à sa structure, ces circonstances sont présentes. **La prise en compte de ce contexte vise ainsi à garantir qu'aucune circonstance particulière entourant l'accord, la décision ou la pratique concertée en cause n'est de nature à renverser la présomption de***

nocivité à l'égard de la concurrence s'attachant à la forme de coordination dont il ou elle relève. » (Nous soulignons)

1. Renvoyant aux conclusions de l'avocat général Bobeck relatives à l'affaire Budapest Bank, l'avocat général Rantos expliquait à ce sujet dans ses conclusions que « [...] *la constatation d'une restriction de la concurrence par objet requiert une analyse en deux temps. Il revient ainsi aux autorités de la concurrence de déterminer, dans un premier temps, si, étant donné le contenu et les objectifs de l'accord, celui-ci relève d'une catégorie d'accords qui sont préjudiciables pour la concurrence au vu de l'expérience solide et fiable acquise (ou, à défaut, dont il est manifeste qu'ils le sont). Dans un second temps, ces autorités doivent opérer un "contrôle de base de la réalité" afin de vérifier si des circonstances particulières du contexte juridique et économique de l'accord concerné ne sont pas susceptibles de faire naître un doute sur la nocivité présumée de celui-ci.* » (Conclusions, point 43).
1. S'agissant de la moindre nocivité des pratiques s'inscrivant dans une relation commerciale verticale par rapport aux relations entre concurrents directs il est renvoyé au rappel ci-dessus (§ 224) des principes énoncés dans les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales de 2010.
1. Il convient aussi d'observer qu'ainsi qu'il a déjà été précisé ci-dessus (§ 229), les termes des jurisprudences précédemment citées qui invitent dans tous les cas à un examen concret de la particulière nocivité des pratiques n'interdisent pas en soi que des comportements s'inscrivant dans une relation verticale puissent être qualifiés de restrictions par objet.
1. On relèvera par exemple que l'affaire GlaxoSmithKline Services ²¹, précitée, s'inscrivait dans une telle relation et que si la qualification de restriction par objet a été écartée par le Tribunal de l'Union, c'est en raison des particularités du contexte économique de fixation des prix des médicaments et non en raison de ce que les pratiques s'inscrivant dans une relation verticale étaient moins nocives pour le jeu de la concurrence que les pratiques entre concurrents. De même, l'affaire Consten et Grundig ²² concernait les conditions de distribution exclusive des produits Grundig en France ayant pour objectif « *d'éliminer toute possibilité de concurrence au niveau du commerce de gros des produits Grundig sur le territoire visé au contrat [...]* ». On peut encore citer l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ²³, concernant les conditions de vente des produits de la marque Pierre Fabre, interdisant les ventes par internet ou enfin l'affaire Super Bock Bebidas ²⁴ concernant une pratique de fixation, par des moyens directs et indirects, des prix et des autres conditions applicables à la revente de produits par un réseau de distributeurs indépendants sur la quasi-totalité du territoire portugais.
1. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice a précisé que « [...] *la circonstance qu'un accord constitue un accord vertical n'exclut pas la possibilité que celui-ci comporte une "restriction de concurrence par objet". En effet, si les accords verticaux sont, par leur nature, souvent moins nuisibles pour la concurrence que les accords horizontaux, ils peuvent, eux aussi, dans certaines circonstances, comporter un potentiel restrictif particulièrement élevé [...]* » (CJUE, Super Bock Bebidas, C-211/22, point 33) ²⁵.
1. Elle a ajouté au point 34 que « *Le critère juridique essentiel pour déterminer si un accord, qu'il soit horizontal ou vertical, comporte une "restriction de concurrence par*

objet "réside donc dans la constatation qu'un tel accord présente, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence [...] ».

1. La chambre commerciale s'interrogera donc à la lumière de ces éléments sur le point de savoir si les éléments qui sont énoncés par le grief M2b1 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram, rappelés au paragraphe 232 ci-dessus (effets bénéfiques sur la concurrence intra-marque ; limitation du nombre d'expéditions aux fins de satisfaire les commandes de produits Apple et du risque d'inventus supporté par les grossistes ; absence de preuve de la mise en œuvre des mesures de rétorsion ; affectation réduite à « *certaines ventes* », dans « *certaines cas* » seulement ; maintien de la concurrence entre les grossistes) et repris par M2b9 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data ainsi que M2b12 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple qui ajoutent à cette liste que la cour d'appel aurait admis que la pratique « *n'a eu aucun impact sensible ni sur les prix, ni sur les consommateurs, et ni encore sur la concurrence inter-marques et intra-marque* » , devaient, tels qu'ils ont été constatés, conduire la cour d'appel à considérer au regard de l'ensemble des éléments qu'elle avait relevé, et pour autant qu'ils soient validés par la chambre, qu'il existait des éléments de doute et d'ambiguïté de nature à remettre en cause le caractère particulièrement nocif des pratiques poursuivies.
1. La chambre commerciale examinera aussi si la cour d'appel s'est prononcée par une motivation abstraite et impropre à faire apparaître que les pratiques en cause appartenaient aux formes de collusion les plus nocives tel que le fait valoir M2b7 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram .

4.3.6 - Propositions de RNSM sur certains griefs portant sur la motivation relative à la caractérisation de restriction par objet

1. - **M2b11 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** : ce grief soutient que si une restriction caractérisée de concurrence, au sens de l'article 4 sous b) du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, prive le fournisseur du bénéfice de l'exemption par catégorie au titre du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE, elle ne constitue pas un critère opérant permettant d'en déduire que la pratique en cause est une restriction par objet, prohibée par l'article 101, paragraphe 1, du TFUE au regard de sa nocivité particulière (violation des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce).
1. **Mais**, ce grief manque en droit. La Cour de justice a apporté une réponse contraire par son arrêt Superbock précité, dans lequel elle a précisé que pour l'examen de la particulière nocivité d'un accord afin d'apprécier s'il comporte une restriction de concurrence par objet, au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, la juridiction saisie devait, parmi l'ensemble des critères d'analyse, tenir compte de la circonstance que l'accord en cause est susceptible de relever de la catégorie des « restrictions caractérisées », au sens de l'article 4, sous a), des règlements n° 2790/1999 et 330/2010, en tant qu'élément du contexte juridique (arrêt du 29 juin 2023, C-211/22 , Super Bock Bebidas, points 37 et 38) . Il n'y a pas lieu de considérer que le raisonnement devrait être différent concernant le sous b) du même texte.
1. - **M2b4 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à l'arrêt de retenir que l'accord révélait un mécanisme de nature à restreindre la concurrence par les mérites entre concurrents en permettant de maintenir dans une fourchette stable les parts de marché des grossistes agréés, de même que celles d'Apple, sans égard pour le jeu normal de la concurrence, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les

revendeurs « directs » n'étaient pas tenus de s'approvisionner majoritairement auprès d'Apple, et non auprès des grossistes agréés, en application d'une clause du contrat APR signé avec Apple stipulant à leur charge « *une obligation contractuelle d'acheter 85 % des produits Apple chez Apple en Irlande* ».

1. **Mais**, ce grief, qui porte sur une recherche inopérante, est manifestement mal fondé, dès lors que la pratique litigieuse consistait notamment à empêcher purement et simplement les grossistes de se faire concurrence ainsi que de faire concurrence à la société Apple, peu important que la proportion réelle dans laquelle la concurrence entre Apple et ses grossistes auprès des revendeurs « directs » pouvait s'exercer eut été par ailleurs restreinte.
1. Par ailleurs, au paragraphe 102 de la décision, auquel renvoie le paragraphe 28 de l'arrêt, l'Autorité avait relevé qu'« *Apple a souligné que son système de distribution "est totalement ouvert, tous les flux sont possibles à une exception : seuls les partenaires directs peuvent s'approvisionner auprès d'Apple". À ce titre, Apple a indiqué que les grossistes peuvent "venir concurrencer Apple sur des distributeurs indépendants qu'Apple pourrait approvisionner directement"* » , ce dont il résultait que, nonobstant la pratique litigieuse, il existait bien une possibilité pour les grossistes de concurrencer Apple.
1. - **M2b8 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** rappelle que pour retenir qu'il avait été porté atteinte à l'autonomie commerciale des grossistes agréés par Apple, la cour d'appel s'est fondée sur un échange de courriels du 5 avril 2011 duquel il serait résulté que « *la commande [d'un] client revendeur, passée initialement exclusivement auprès de Tech Data, [aurait] été dans une large proportion honorée par Ingram Micro* », « *sans opposition de Tech Data* ». Ce grief soutient qu'en conférant une telle portée à cet échange, sans répondre aux conclusions par lesquelles Tech Data faisait valoir que le client concerné avait été livré par Ingram en exécution d'une commande passée en parallèle auprès de ce dernier, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.
1. **Mais**, ce grief, sous couvert d'un défaut de motivation, critique l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuve qui lui étaient soumis. De surcroît, ce grief, auquel il a déjà été répondu au paragraphe 105 du présent rapport, critique la motivation relative à la caractérisation de l'existence de l'entente et non un motif portant sur la caractérisation d'une restriction de concurrence par objet, et ce, alors que la cour d'appel a retenu que la preuve de l'entente était rapportée en se fondant sur d'autres échanges que l'échange critiqué.
1. - **M2b10 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** soutient qu'il s'induit du paragraphe 193 des lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne du 10 mai 2022, nouvellement applicables, que, dans le cadre d'un contrat d'exécution, par lequel le fournisseur conclut un accord vertical avec un acheteur aux fins de l'exécution d'un contrat de fourniture conclu antérieurement entre le fournisseur et un client spécifique, les pratiques de prix imposés et, *a fortiori*, d'allocations de volume ne sont pas illicites ; que la cour d'appel a retenu que le système d'allocations litigieux avait permis à Apple de se comporter à l'égard de ses grossistes agréés comme il l'aurait fait envers des entités intégrées, en les privant de leur capacité de déterminer librement les quantités de produits vendus à leurs clients-revendeurs, ainsi que les clients à approvisionner ; que le système décrit par l'arrêt, que contestait Tech Data à titre principal, dans lequel celle-ci se serait contentée de fournir des

services d'exécution dans le cadre d'un contrat de fourniture dont les termes auraient préalablement été convenus entre Apple et chacun des revendeurs, pouvant s'apparenter à un contrat d'exécution au sens des lignes directrices susvisées, la cour d'appel, en qualifiant le mécanisme d'allocations en litige de restriction de concurrence par objet, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres énonciations, en violation de l'article 4 du règlement (UE) n° 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022, et des articles 101, paragraphes 1 et 3, TFUE, L. 420-1 et L. 420-4 du code de commerce.

1. Ce grief est d'abord irrecevable comme étant nouveau, mélangé de fait et de droit.

Si les sociétés Tech Data ont bien invoqué dans leurs conclusions [26](#) devant la cour d'appel ce qu'elles désignaient comme « *les Lignes Directrices Verticales* » (conclusions, §§ 103, 214, 216) c'est uniquement pour rappeler l'exigence d'une approbation de l'entente par le distributeur, ainsi que les critères permettant d'apprécier la nocivité de l'accord, ou l'infraction par objet. Elles ont invoqué aussi la réforme des lignes directrices pour insister sur la non-automaticité de la qualification de restriction caractérisée (conclusions § 218). Elles ont encore invoqué le principe de moindre gravité dans le cas où l'entente s'inscrit dans une relation verticale et que la concurrence inter-marques est rude (conclusions §§ 281-290, § 350) , Mais elles n'ont pas soutenu que les accords en cause puissent constituer « un contrat d'exécution » au sens de ces lignes directrices, ni invité la cour d'appel à procéder à une telle analyse.

1. Par ailleurs, ce grief n'est manifestement pas fondé . En effet, le paragraphe 193

des lignes directrices ainsi invoqué [27](#) concerne une situation très précise qui est celle dans laquelle « *Dans le cadre d'un contrat d'exécution, le fournisseur conclut un accord vertical avec un acheteur aux fins de l'exécution d'un contrat de fourniture conclu antérieurement entre le fournisseur et un client spécifique* », ce qui ne correspond pas à la situation de l'espèce qui concerne des grossistes.

1. - M2b10 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram conteste la référence au règlement d'exemption n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 et aux lignes directrices qui y sont relatives, lesquels qualifient de « *restriction caractérisée* » la restriction concernant la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels (§§ 271-273) et soutient que ce motif est impropre à caractériser l'existence d'une expérience suffisamment solide, fiable, générale et constante concernant les pratiques de la nature de celles en cause au cas d'espèce, dès lors que le règlement d'exemption est assorti de nombreuses exceptions et que la notion de restriction caractérisée n'est pas synonyme de restriction de concurrence par objet, privant sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

1. Mais, ce grief n'est manifestement pas fondé. Ainsi qu'il a déjà été expliqué, la cour d'appel comme l'Autorité dans sa décision, s'est référée audit règlement d'exemption et aux lignes directrices qui y sont relatives, lesquels qualifient de « *restriction caractérisée* » la restriction concernant la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, comme un indice parmi d'autres [28](#) de l'existence d'une expérience acquise du caractère particulièrement nocif des pratiques de répartition de marchés et de clientèles. Elle a aussi précisé au paragraphe 270 de l'arrêt que « *Si la présence dans un accord d'une restriction caractérisée ne permet pas de présumer légalement que l'accord viole l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, elle peut néanmoins amener à douter de la conformité de l'accord avec ce texte, de sorte qu'il*

n'est pas erroné, contrairement à ce que prétendent les requérantes, d'examiner les pratiques en cause à l'aune des différents textes relatifs aux restrictions verticales lorsqu'il s'agit d'apprécier la teneur de l'accord en cause [...] ». Elle n'a donc pas considéré par principe que le fait que le partage de clientèle constituait une « *restriction caractérisée* », au sens du règlement d'exemption, démontrait à lui seul que la pratique en cause était une infraction par objet. Par ailleurs, le fait que le texte du règlement d'exemption prévoit de nombreuses exceptions, dont aucune ne correspondait à la situation de la pratique en cause, n'a pas d'influence sur la possibilité de se référer à la qualification de restriction caractérisée comme indice du caractère particulièrement nocif de la pratique examinée.

1. - M2b11 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram soutient qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si d'autres autorités de concurrence européennes n'avaient pas écarté la qualification de restriction de concurrence par objet dans des circonstances très proches du cas d'espèce, notamment, en présence d'un accord conclu entre un fournisseur et un distributeur, par lequel ce dernier s'engageait à accorder une priorité à certains clients finaux identifiés par le fournisseur, ceci au motif que l'objectif de l'accord était de renforcer la concurrence inter-marques et qu'il y avait lieu de douter de la concurrence réelle qui existait entre le fournisseur et son distributeur avant l'entrée en vigueur de l'accord, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE, ensemble le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet.

1. Mais, ce grief est manifestement inopérant. Il convient en effet de rappeler que la chambre commerciale a déjà précisé que la cour d'appel pouvait caractériser une expérience acquise sans se référer à l'analyse d'autres autorités nationales sur des pratiques semblables ([Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° 19-24.464](#)). La cour d'appel n'était donc pas tenue de rechercher, quand bien même y aurait-elle été invitée, si d'autres autorités de concurrence européennes n'avaient pas écarté la qualification de restriction de concurrence par objet dans des circonstances proches du cas d'espèce.

1. - M2b2 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram reproche à la cour d'appel d'avoir jugé que l'objectif de permettre un approvisionnement plus rapide des clients revendeurs et d'éviter que les distributeurs les plus importants n'accaparent l'ensemble du stock disponible en particulier en période de contrainte, ne pouvait être considéré comme un objectif légitime au motif qu'Apple avait volontairement adopté une « *stratégie de rareté* » pour ses produits en restreignant leur disponibilité, de sorte que l'Autorité avait à juste titre retenu le caractère « *artificiel* » de la notion de contrainte, en s'abstenant cependant de préciser en quoi cette « *stratégie de rareté* », laquelle relevait d'un libre choix entrepreneurial destiné, entre autres, à minimiser le risque d'accumulation de stocks invendus dans toute la chaîne de valeur grevant le prix des nouveaux produits, aurait été nuisible pour le libre jeu de la concurrence.

1. Mais, ce grief nouveau et mélangé de fait et de droit est irrecevable . En effet, le caractère artificiel de la contrainte invoquée par les sociétés Apple avait été préalablement retenu dans la décision de l'Autorité (§§ 695 à 700) et les sociétés Ingram n'ont pas invoqué dans leurs conclusions que la stratégie de rareté organisée par les sociétés Apple pourrait constituer un objectif légitime en lui-même, ni invité la cour d'appel à vérifier si cette stratégie n'aurait pas été nuisible pour le jeu de la concurrence.

1. - **M2b5 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** soutient que la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant en relevant que les allocations diffusées par Apple avaient pour objet de favoriser la distribution directe de ses produits par ses propres magasins physiques et en ligne (§ 294), alors que la distribution de premier niveau n'était pas concernée par la pratique (manque de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce).

1. - **M2b6 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** soutient, en visant le même paragraphe 294, que la cour d'appel, en se fondant sur des documents se rapportant à des allocations de premier niveau pour retenir le caractère anticoncurrentiel par objet du mécanisme d'allocations de second niveau en litige, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé les articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

1. **Mais, ces deux griefs, qui formulent la même critique, ne sont manifestement pas fondés** . Le fait que la distribution de premier niveau n'ait pas été concernée par la pratique ne constituait pas un obstacle à ce que la cour d'appel puisse, pour écarter l'argument selon lequel la pratique avait pour objectif de garantir un approvisionnement équitable entre les différents canaux de distribution, constater une différence dans le traitement des deux niveaux.

268. - **M2b3 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel, d'avoir pour retenir que le système d'allocations litigieux s'analysait en une restriction de concurrence par objet, relevé que l'examen de la teneur de l'accord révélait un mécanisme de nature à restreindre la concurrence par les mérites entre concurrents et que les études économiques produites par les parties, qui montrent qu'aucun des grossistes n'avait été en mesure d'atteindre durablement une part de marché disproportionnée par rapport à l'autre, confortaient la position de l'Autorité selon laquelle le système d'allocations devait permettre de maintenir dans une fourchette stable les parts de marché des deux grossistes agréés, sans égard pour le jeu normal de la concurrence. Or selon le grief, il s'induit de la constatation de la cour d'appel que les parts de marché entre les deux grossistes sont restées stables après la fin des pratiques et que le phénomène de stabilité des parts de marché observé par l'Autorité n'était pas inhérent au mécanisme d'allocations et n'en constituait pas l'objet (violation des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce).

1. Sur ce point, les sociétés Tech Data exposent que la cour d'appel a constaté au paragraphe 8 de l'arrêt qu'« [e] ntre 2009 et 2016, la part de marché de Tech Data est passée de 15 % à 18 % en valeur. Celle d'Ingram Micro a évolué de 8 à 10 %, tandis que les parts respectives des autres grossistes (Also, Arrow, Advéo, etc.) n'ont jamais dépassé 5 % », puis ensuite, la cour d'appel a constaté qu'il résultait des analyses économiques produites par les parties, « [...] une augmentation de la part des grossistes dans les ventes de produits Apple après la fin des pratiques (comprise entre 16 % et 21 % entre 2008 et 2013, elle a été comprise entre 19 % et 24 % entre 2014 et 2017, le même constat ayant été fait concernant la part des grossistes auprès des retailers directs qui a également légèrement augmenté, passant d'environ 6-8 % pendant les pratiques à 7-9 % ensuite) dont l'origine peut résulter, en tout ou partie, de la cessation des pratiques » (arrêt, § 318). Elles en déduisent que la structure du marché n'a pas été modifiée significativement après la fin des pratiques, aucun des deux grossistes agréés n'ayant atteint une part de marché disproportionnée par rapport à l'autre, ni pris un réel

avantage sur l'autre. Leurs parts de marché respectives ont augmenté dans des proportions équivalentes et sont donc restées stables les unes par rapport aux autres.

1. **Mais, ce grief est manifestement mal fondé** . En effet, outre que l'on ne peut comparer les premières données mentionnées qui concernent le marché de la distribution de produits informatiques et les secondes qui concernent les parts des grossistes dans les ventes de produits Apple , il convient d'observer que ces secondes données ne renseignent pas sur les parts respectives de chacun des grossistes dans les ventes de produits Apple et ne permettent pas de constater si l'un aurait ou non pris l'avantage sur l'autre à la suite de la fin des pratiques. Par ailleurs, elles permettent néanmoins de constater que si en 2014, année suivant la fin des pratiques, la part des grossistes ensemble dans les ventes de produits Apple a diminué par rapport à l'année 2013, passant de 21% à 19%, cette part a ensuite augmenté les années suivantes pour passer à 24 %. Il ne peut en tout état de cause nullement être constaté, sur la base de ces données, que la répartition des parts de marché entre les grossistes sont restées stables après la fin des pratiques.

1. - **M2b7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** critique le fait que, pour conclure à l'existence d'une atteinte portée à l'autonomie commerciale des grossistes agréés par Apple, la cour d'appel a considéré que le mécanisme d'allocations litigieux avait conduit à les dissuader, en l'absence d'allocations les y autorisant, à démarcher ou à répondre à la demande de certaines catégories de clientèle ; qu'en statuant ainsi, tout en prenant acte de ce que l'Autorité ne fournissait aucun exemple de plainte ou de refus de vente opposé par l'un ou l'autre grossiste qui soit de nature à accréditer cette affirmation, la cour d'appel, a méconnu le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet et violé les articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

1. **Mais, ce grief n'est manifestement pas fondé** . Sous réserve de l'examen des autres griefs sur la qualification de l'infraction par objet, le fait que la cour d'appel ait pris acte de ce que l'Autorité ne fournissait aucun exemple de plainte ou de refus de vente opposé par l'un ou l'autre grossiste, n'était pas de nature à nourrir un doute particulier sur le caractère particulièrement nocif de la pratique en cause. En effet cette absence de plainte pouvait s'expliquer par le fait que dans le système mis en place si un grossiste ne pouvait accepter une commande, celle-ci pouvait être exécutée par l'autre, ce que la cour d'appel a précisé au paragraphe 177 en indiquant qu' « [...] *il est vain reprocher à l'Autorité de ne pas fournir d'exemples de plaintes ou refus de vente opposés par un grossiste, puisqu'en réalité la commande du client pouvait être satisfaite par un grossiste différent de celui qu'il avait initialement choisi en exécution de l'accord litigieux et sans opposition des grossistes* ».

4.4 - L'abus de dépendance économique

1. Pour mémoire, les APR (pour *Apple Premium Reseller*), à l'égard desquels les sociétés Apple ont, selon l'arrêt attaqué, abusé de la dépendance économique, sont des distributeurs indépendants qui ont la possibilité de se spécialiser dans la distribution des produits Apple en adhérant à un programme optionnel destiné à promouvoir un environnement de vente et offrir aux consommateurs une expérience client de très haute qualité . Ils ont ainsi adhéré, en sus de l'agrément de base délivré aux AAR (pour *Apple Authorized Reseller*), à un programme impliquant, notamment, un design de leur point de vente et un marketing spécifiques. Ce programme permet de se prévaloir d'un logo « Premium » et d'obtenir des conditions commerciales particulières (remises, rabais et

ristournes spécifiques), à condition de répondre à des critères d'éligibilité définis par Apple (portant notamment sur la localisation et la présentation du point de vente, la qualification du personnel, le marketing, etc.) [29](#).

4.4.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables sur la notion de dépendance économique

1. Selon, l'article L. 420-2 du code de commerce, dans sa version applicable :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci [...]

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme » [30](#).

1. Cette infraction n'a pas d'équivalent en droit de l'Union, mais elle est compatible avec celui-ci. Ainsi, l'article 3 du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, précise que ce règlement n'interdit pas aux États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise portant atteinte à la libre concurrence. L'exposé des motifs explique sur ce point au paragraphe 8 que « *Les États membres ne sauraient être empêchés, en vertu du présent règlement, d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes en matière de concurrence qui interdisent ou sanctionnent les actes unilatéraux des entreprises. Ces règles nationales plus strictes peuvent comprendre des dispositions qui interdisent ou sanctionnent des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes.* »

1. Les dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2, ont été assouplies par la loi du 25 mai 2001 [31](#) qui a supprimé l'exigence d'absence d'une solution équivalente figurant dans la disposition d'origine (article 8-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), de même que l'exigence que la pratique ait un effet ou un effet potentiel sur le marché, en précisant qu'elles étaient prohibées si elles portaient atteinte au fonctionnement du marché ou à la structure de la concurrence. Cependant, ces modifications n'ont pas facilité l'application du texte. En effet, la notion de solution de substitution équivalente se trouve au cœur même de la définition de dépendance économique et n'a donc finalement pas disparu. Par ailleurs, la jurisprudence a continué à rechercher, comme pour toute pratique anticoncurrentielle, un risque d'atteinte à la concurrence sur le marché, ainsi qu'on le verra dans les développements qui suivent.

1. Il résulte donc des dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2, précité du code de commerce que l'abus de dépendance économique suppose la réunion de trois conditions cumulatives :

- l'existence d'une situation de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre ;

- une exploitation abusive de cette situation ;
- une affectation, réelle ou potentielle, du fonctionnement ou de la structure de la concurrence.

1. Bien que la notion de dépendance économique ait trouvé peu d'occasions d'application en droit des pratiques anticoncurrentielles, elle a en revanche été mobilisée dans l'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives du chapitre II du titre IV du code de commerce (article L. 442-6, I, devenu l'article L. 442-1 et s. du code de commerce). En effet, en énonçant qu'en matière de rupture brutale des relations commerciales établies, la durée du préavis suffisant devait s'apprécier en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances, notamment, de l'état de dépendance économique du partenaire évincé au moment de la notification de la rupture, la jurisprudence a repris les critères énoncés au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles.
1. Par un premier arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé que « [l] 'existence d'un état de dépendance économique s'apprécie en tenant compte non seulement de la notoriété de la marque du fournisseur mais également de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents » (sommaire de [Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.090, 91-16.988, Bulletin 1993 IV N° 337](#) ; suivi de plusieurs autres : [Com., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.192, Bulletin 1996, IV, n° 310](#) , [Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.921](#)).
1. Si, par un arrêt du 3 mars 2004, la chambre commerciale a semblé réduire la définition de l'état de dépendance économique à « [...] la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables » ([Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-14.529, Bull. n° 44](#)), il n'est pas certain qu'il faille ainsi le comprendre.
1. En effet, le moyen auquel répond le principe énoncé soutenait, d'une part, que depuis la suppression, par la réforme de la loi 15 mai 2001, de la mention de l'existence ou non de solution équivalente pour l'entreprise en état de dépendance économique à l'article L. 420-1 du code de commerce, ce critère n'était plus opérant, d'autre part, qu'un commerçant qui s'approvisionne pour une part prépondérante de son chiffre d'affaires auprès d'un fournisseur est de ce seul fait en situation de dépendance économique, au sens de ce texte. La réponse apparaît dans ces conditions ne pas avoir la portée d'un principe excluant tous les autres critères jusqu'alors retenus. On relèvera aussi que ce critère n'est finalement que la conséquence des autres (notoriété de la marque et part du chiffre d'affaires dans l'ensemble du marché considéré ainsi que dans celui de l'entreprise prétendument dépendante) dont il n'est pas dissociable et qui doivent être préalablement examinés.
1. Il convient, aussi, pour être complet, de relever qu'en matière de pratiques restrictives de concurrence la jurisprudence semble se limiter à ne retenir que le seul critère de « l'impossibilité pour une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations qu'elle a nouées avec une autre entreprise » ([Com., 12 février 2013, n° 12-13.603](#) ; [Com. 6 décembre 2016, n° 15-12.320](#) ; [Com.,](#)

[10 novembre 2021, n° 20-13.385](#) ; [Com., 31 janvier 2024, pourvoi n° 22-24.045](#) ; [Com., 26 février 2025, pourvoi n° 23-50.012](#)).

1. Cependant, cette lecture n'a, jusqu'à présent, pas été étendue en droit des pratiques anticoncurrentielles. On relèvera en outre que deux arrêts laissent supposer que la disposition d'une solution techniquement et économiquement équivalente pourrait, même en matière de pratiques restrictives, ne pas être le seul critère de définition de la dépendance économique en adjoignant l'adverbe « notamment » ([Com., 4 octobre 2016, pourvoi n° 15-14.025](#) et [Com., 26 avril 2017, pourvoi n° 15-23.078](#)).
1. Pour ce qui concerne l'existence d'une solution équivalente, il a été jugé, s'agissant d'un jeu de société faisant à l'époque l'objet d'un certain engouement, que la cour d'appel ayant relevé « *qu'il existait [...] des jeux aux mécanismes intellectuels similaires rendant ce produit aisément substituable, a retenu exactement que la notoriété d'un jeu ne saurait lui permettre de constituer à lui seul un marché particulier [...]* » avait à bon droit déduit que la société plaignante ne se trouvait pas dans un état de dépendance économique au sens du 2 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [devenu l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce] à l'égard de la société commercialisant ce jeu ([Com., 2 juin 1992, pourvoi n° 90-18.224, Bull. n° 224](#)).
1. Les autres critères font l'objet d'une approche *in concreto* . Ainsi, le fait qu'une entreprise soit leader du marché sur lequel elle intervient n'implique pas nécessairement que son ou ses partenaires se trouvent en situation de dépendance économique (voir en ce sens : [Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-14.529, Bull. n° 44](#) et [Com., 12 février 2013, pourvoi n° 12-13.603, Bull. n° 23](#)). De même, bien qu'elle réalise l'intégralité de son chiffre d'affaires en distribuant les produits d'un seul fournisseur, une entreprise ne se trouve pas nécessairement dans une situation de dépendance économique ([Com., 6 octobre 2015, pourvoi n° 14-13.176](#)).
1. La jurisprudence prend aussi en considération la volonté délibérée du partenaire de rester dans un état de dépendance économique. Ainsi dans l'arrêt [Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-14.529](#) , précité, la chambre commerciale a validé l'analyse de la cour d'appel qui avait écarté l'existence d'une situation de dépendance économique au motif que la part des achats du plaignant en produits de l'auteur prétendu de l'abus « *ne tenait pas à l'inexistence de produits substituables mais au choix délibéré [du plaignant] de privilégier [les produits de] l'une de ses sources potentielles d'approvisionnement [...]* ».
1. Par un arrêt [Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.726](#) , la chambre commerciale a cassé un arrêt qui, pour limiter l'indemnisation de la victime d'une rupture brutale, avait notamment retenu qu'il convenait de tenir compte du fait que le plaignant n'avait pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour diversifier sa clientèle malgré les risques liés à sa situation de dépendance. La chambre commerciale a considéré « *qu'en se déterminant ainsi sans avoir constaté que la dépendance économique [du plaignant] résultait d'un choix délibéré de sa part, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».
1. Enfin, par un arrêt [Com., 29 janvier 2025, pourvoi n° 23-17.964, 23-16.526](#) , la chambre commerciale a validé l'analyse d'une cour d'appel ayant considéré que compte tenu de la configuration du marché, un opérateur, bien qu'il se soit engagé à consacrer 50 % de son activité auprès d'un seul fournisseur, se trouvait en situation de dépendance économique à l'égard de son fournisseur sans que cet état ne procède d'un choix délibéré de sa part.

1. **En résumé** , il résulte de la jurisprudence de la chambre commerciale que la situation de dépendance économique en matière de pratiques anticoncurrentielles s'apprécie en tenant compte non seulement de la notoriété de la marque du fournisseur mais également de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents . Ce dernier critère doit faire l'objet d'une évaluation *in concreto* au regard de la situation du marché mais aussi de la situation individuelle de chaque opérateur sur ce marché, le fournisseur (en l'espèce Apple) et les distributeurs (en l'espèce les APR). Enfin, en l'état de la jurisprudence, la situation de dépendance ne doit pas résulter d'un choix délibéré de l'opérateur en question.

4.4.2 - Propositions de RNSM sur M3b2, 5 et 6 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple (existence d'une situation de dépendance économique).

1. Il est proposé à la formation de jugement de rejeter les 2^{ème} , 5^{ème} et 6^{ème} branches du moyen pour les raisons suivantes :

1. - **M3b2 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** reproche à la cour d'appel d'avoir fondé son appréciation de l'absence de solution équivalente pour les APR sur la notoriété d'Apple, après avoir pourtant relevé que sa part de marché était limitée.

1. **Mais ce grief manque en fait** . Le motif critiqué qui se trouve au paragraphe 547 de l'arrêt explique que la seule comparaison des parts de marché des produits Apple avec celles des produits Samsung ne suffit pas à elle seule à exclure l'existence d'une dépendance économique pour deux raisons particulières que sont, d'abord, le caractère unique du système de distribution spécialisée dédiée à la seule marque d'Apple et, ensuite, la notoriété de celle-ci. Il convient de relever que cette motivation est ensuite complétée par les développements des paragraphes 555 à 574 qui concernent l'absence de solutions de substitution en cours de contrat et qui apportent d'autres motifs à l'absence de solutions de substitution. Il s'en déduit que la cour d'appel n'a pas fondé sa décision d'absence de solution de substitution sur la seule notoriété de la marque Apple.

1. - **M3b5 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** reproche à l'arrêt d'avoir écarté le moyen soutenant que les APR avaient volontairement adhéré au programme, bien que la cour d'appel ait préalablement constaté que le statut d'APR n'était pas nécessaire pour inclure dans ses linéaires les produits Apple considérés comme incontournables et que tout revendeur pouvait ainsi avoir une activité multi-marques incluant des produits Apple sans être soumis aux contraintes du statut APR (violation de l'article L. 420-2 du code de commerce).

1. - **M3b6 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** reproche la même appréciation bien que la cour d'appel ait relevé que l'adhésion des revendeurs au programme APR avait été motivée par leur volonté de maintenir leur modèle économique ou encore « *par des perspectives attractives* », ce dont il résulte qu'ils avaient donc librement choisi d'adhérer à ce programme (violation de l'article L. 420-2 du code de commerce) .

1. **Mais, ces deux griefs ne sont manifestement pas fondés** . En effet, la cour d'appel a rejeté le moyen selon lequel les APR auraient délibérément adhéré au statut APR en retenant, d'une part, que le lancement de ce programme par Apple, annoncé par lettre du 19 mai 2006, a été rendu incontournable pour les Apple Center [32](#) qui souhaitaient

maintenir leur modèle économique (commerce de proximité spécialisé Apple, installé en centre ville, bénéficiant de certains avantages tarifaires et d'usage de licence de marque), compte tenu, d'une part, de l'arrêt du programme Apple Center fixé au 30 octobre 2006, d'autre part, de la spécialisation dans laquelle ils avaient déjà investi au plan humain et matériel et d'une clientèle attachée au fonds de commerce spécialisé en produits Apple.

1. La cour d'appel a ensuite précisé que la plupart des points de vente APR étaient installés en centre-ville, où la demande généraliste était desservie par les grands « *retailers* » (comme la Fnac) ³³ et que l'étude économique produite par les sociétés Apple confirme cette situation et établit en outre qu'en janvier 2012, 97 % des magasins APR actifs faisaient face à au moins un *retailer* à moins de 15 minutes en voiture et 89 % d'entre eux avaient deux *retailers* dans cette même zone de chalandise. Elle a retenu que, dans ce contexte, la spécialisation (qui offre des avantages tarifaires et des éléments de différenciation) est une condition nécessaire pour faire face à la pression concurrentielle par les prix et assurer la pérennité d'un fonds de commerce de centre-ville.
1. **De l'ensemble de ces éléments, la cour d'appel a déduit que ce contexte expliquait les raisons pour lesquelles, d'une part, les distributeurs implantés en centre-ville avaient à l'origine développé une activité d'Apple Center et, d'autre part, il était exclu que ceux-ci aient été totalement libres de refuser l'adhésion au programme APR lorsqu'a pris fin le système Apple Center dans lequel ils avaient déjà beaucoup investi**. Elle a ensuite ajouté qu'il n'était ni établi ni même allégué que les clauses du contrat-type APR établi par le groupe Apple aient pu donner lieu à négociations avec les revendeurs, compte tenu de la puissance du groupe Apple.
1. Enfin, la cour d'appel a retenu que compte tenu de la notoriété et de la puissance d'Apple, de la pression concurrentielle s'exerçant sur les commerces de centre-ville, de la nécessité de se démarquer de la concurrence et de l'absence d'élément étayant l'existence de négociations possibles concernant les clauses précitées du contrat-type APR établi par Apple, il ne pouvait davantage être opposé à tous ceux ayant adhéré à ce programme après 2006 un libre choix de ne pas diversifier leurs sources d'approvisionnement et de chiffres d'affaire.
1. La cour d'appel a donc motivé sans contradiction ce qui la conduisait à considérer que les APR n'avaient pas volontairement adhéré au programme APR. Le fait que certains APR interrogés aient indiqués avoir été motivés par des « *perspectives attractives* » ne remet pas en cause les constats auxquels a procédé la cour d'appel, comme elle l'a exactement retenu.
1. Enfin, le fait qu'elle ait relevé ensuite, dans la partie consacrée à l'existence de solutions alternatives, que le statut d'APR n'était pas une obligation pour les revendeurs qui souhaiteraient offrir les produits Apple « incontournables » ne remet pas en cause l'appréciation du caractère non libre et délibéré de l'adhésion au programme APR, compte tenu des éléments repris ci-dessus, qui démontrent que les adhérents à ce statut n'avaient pas eu de véritable choix de ne pas diversifier leurs sources d'approvisionnement et de chiffre d'affaires.

4.4.3 - Examen des griefs relatifs à l'existence d'une dépendance économique (M3b1, 3 et 4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple)

a) *L'argumentation des parties*

1. Les six premiers griefs du troisième moyen du pourvoi des sociétés Apple critiquent la motivation de l'arrêt sur la caractérisation d'une situation de dépendance économique. Les deuxième, cinquième et sixième branches ayant précédemment fait l'objet d'une proposition de RNSM, la formation de jugement examinera les première, troisième et quatrième branches.
1. - **M3b1 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** soutient qu'il résultait des parts de marché très proches des produits Apple et Samsung que ces deux groupes se trouvaient en position de leader du marché et que la cour d'appel a d'ailleurs reconnu que « *Samsung constitue, prima facie, un fournisseur alternatif en termes de parts de marché* » (§ 547), ce dont il résultait nécessairement que les APR n'étaient pas dépourvus de solution alternative et que la cour d'appel a violé l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce. Les sociétés font valoir sur ce point que l'absence de position dominante du fournisseur sur le marché induit nécessairement l'existence de fortes possibilités de substitution entre les produits.
1. - **M3b3 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** reproche à la cour d'appel de ne pas avoir procédé à l'analyse de la substituabilité des produits Apple avec les produits concurrents.
1. - **M3b4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple** rappelle qu'il résulte de la jurisprudence (en particulier, Com. 2 juin 1992, n° 90-18.224, précité) que la solution de substitution qui exclut la dépendance économique n'a pas à être une solution équivalente économiquement et que selon un arrêt de la cour d'appel de Paris des conditions de paiement moins avantageuses ne sont pas suffisantes pour conclure à l'existence d'une situation de dépendance économique. Les sociétés Apple soutiennent qu'il ressort de la motivation de l'arrêt attaqué que la cour d'appel a conclu à l'absence de solution alternative dès lors qu'aucun fournisseur alternatif ni aucun autre statut dans le réseau Apple n'était en mesure de garantir aux APR des conditions d'exploitation strictement identiques et qu'en statuant ainsi elle a ajouté une condition à la loi.
1. **L'Autorité** rappelle que s'il n'est pas nécessaire qu'une entreprise soit en position dominante pour que son partenaire soit en situation de dépendance économique, l'examen du chiffre d'affaires du fournisseur, et de sa part de marché, constituent néanmoins un outil adapté pour qualifier une telle situation, outre d'autres critères, formant un faisceau d'indices analysé souverainement par les juges. Aussi, la circonstance qu'un autre fournisseur détienne des parts de marché élevées ne saurait, à elle seule, remettre en cause l'existence d'une situation de dépendance économique, mais cette circonstance doit être analysée à la lumière d'autres éléments, comme notamment les spécificités relatives à l'organisation d'un réseau de distribution.
1. Elle soutient que la troisième branche repose sur un postulat juridiquement erroné. Elle indique à ce sujet que la jurisprudence n'exige pas que l'examen de la substituabilité ou de la non-substituabilité pouvant exister entre des produits ou des fournisseurs devrait procéder d'une analyse concrète des caractéristiques de tous les produits comparables. Elle ajoute que contrairement à ce que prétend le pourvoi, la cour d'appel n'a pas soumis l'existence d'une solution alternative équivalente, pour les distributeurs, au seul fait que le ou les fournisseurs alternatifs puissent leur garantir des conditions de distribution identiques, mais elle a recherché s'ils pouvaient, dans l'hypothèse où ils sortiraient du réseau Apple, maintenir leur activité économique.

1. L'Autorité précise que si la situation de dépendance doit être involontaire, ce critère étant apprécié au cas par cas, elle a par le passé décidé que la mise en évidence d'une

situation de dépendance économique des franchisés à l'égard d'un franchiseur pouvait résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée (décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010). Elle ajoute que le simple fait que les revendeurs APR aient eu un intérêt économique à adhérer au programme APR n'a pas pour effet de remettre en cause l'existence d'une situation de dépendance économique vis-à-vis de la société Apple, résultant des modalités d'organisation de ce réseau, à propos desquelles ces revendeurs ne disposaient pas d'une marge de manœuvre leur permettant de diversifier effectivement et suffisamment leur activité.

b) Eléments d'analyse

1. La motivation de l'arrêt relative à la détermination de la dépendance économique des revendeurs APR vis-à-vis du groupe Apple figure aux paragraphes 531 à 574 auxquels il est renvoyé et qui seront résumés pour l'essentiel ci-dessous.
1. La cour d'appel a d'abord relevé que la notoriété de la marque, de même que la part importante des produits Apple dans le chiffre d'affaires des APR, évaluée selon les sources entre 78 et 90 %, étaient établis (§§ 534 à 542) .
1. Elle a ensuite précisé que le fait que l'Autorité n'ait, dans sa pratique antérieure, jamais sanctionné pour abus de dépendance économique une entreprise qui n'ait pas été en position dominante n'excluait pas qu'elle puisse faire application des dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce à une entreprise disposant d'une puissance relative sur ses partenaires résultant d'un fort pouvoir de négociation tiré, notamment, de sa notoriété. Elle a ajouté que l'importance de la part de marché d'un fournisseur et sa notoriété sont des éléments pertinents en ce qu'ils constituent un indicateur de l'absence de solution de substitution pour les partenaires.
1. Examinant la question de la part des produits Apple sur le marché, la cour d'appel a rappelé que les parts de marché des produits Apple et Samsung étaient très proches et plaçaient les deux fabricants en position de leader du marché. Elle a retenu cependant que Samsung ne constituait pas un fournisseur alternatif car cette société n'avait pas organisé de système de distribution spécialisée similaire à celui du groupe Apple et ne disposait pas d'une notoriété équivalente. Elle a précisé sur ce point que seul le groupe Apple exploitait un réseau de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à sa marque propre sur tout le territoire national et qu'aucun fournisseur de taille comparable sur le marché national des produits électroniques ne détenait une marque ayant un portefeuille équivalent, une notoriété et une clientèle comparables et n'exploitait un réseau de détaillants spécialisés de dimension nationale.
1. Sur le caractère libre et délibéré de l'adhésion initiale au programme APR, la cour d'appel a relevé, d'une part, que le lancement du programme APR par Apple, annoncé par lettre du 19 mai 2006, a été rendu incontournable pour les Apple Center qui souhaitaient maintenir leur modèle économique (commerces de proximité spécialisés Apple, installés en centre ville, bénéficiant de certains avantages tarifaires et d'usage de

licence de marque), en raison de l'arrêt du programme Apple Center fixé au 30 octobre 2006, ainsi que de la spécialisation dans laquelle ils avaient déjà investi au plan humain et matériel et d'une clientèle attachée à un fonds de commerce spécialisé en produits Apple. Elle a ajouté que, compte tenu de la notoriété et de la puissance d'Apple, de la pression concurrentielle s'exerçant sur les commerces de centre-ville, de la nécessité de se démarquer de la concurrence et de l'absence d'élément étayant l'existence de négociations possibles concernant les clauses précitées du contrat-type APR établi par Apple, il ne pouvait être opposé à tous ceux ayant adhéré à ce programme après 2006 une volonté délibérée de ne pas diversifier leurs sources d'approvisionnement et de chiffre d'affaires.

1. Examinant ensuite l'existence d'une solution de substitution en cours de contrat, la cour d'appel, après avoir observé que le statut d'APR n'était pas nécessaire pour permettre à un revendeur d'inclure dans son offre des produits Apple considérés comme « *incontournables* » du fait de la notoriété de la marque et des particularités de ces produits, déjà évoquées, a relevé que cependant la structure de la concurrence dans la zone de chalandise des lieux habituels d'implantation des points de vente APR suffisait à établir que la perte du statut d'APR au profit d'un statut AAR ³⁴ ou NAR ³⁵ entraînerait automatiquement un transfert de la clientèle auprès d'un point de vente spécialisé Apple (Apple Store ou magasin indépendant) à l'égard de la clientèle attachée à l'offre de service propre à l'univers Apple ou vers le « *retailer* » le plus proche, susceptible de proposer les produits à des prix plus bas. Elle a précisé qu'en effet, le programme APR offrait des avantages relatifs à l'usage de la marque, l'octroi de diverses remises et des éléments de démarcation de la concurrence que ne présente pas le statut d'AAR.
1. La cour d'appel a ensuite écarté les conclusions d'une étude économique produite par les sociétés Apple et considéré que cette étude ne remettait pas en cause les constats faits précédemment (§ 560). Elle a aussi dénié toute pertinence à la référence faite par les sociétés Apple à un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation concernant des salariés de la société eBizzcuss ayant agi contre certaines sociétés du groupe Apple afin qu'elles soient reconnues comme co-employeurs.
1. Enfin la cour d'appel a retenu que les clauses contractuelles liant les distributeurs APR aux sociétés du groupe entraient de manière similaire à une clause d'exclusivité la possibilité de présentation et de vente de produits concurrents sur leurs points de vente. Elle a ajouté qu'une telle reconversion était en tout état de cause rendue impossible dans des conditions techniques et économiques comparables en raison, d'une part, de l'absence d'autre réseau de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à une marque, d'autre part, de la perte de la clientèle Apple qui aurait pu être attachée au fond de commerce, enfin de l'impossibilité de réutiliser le matériel mobilier dédié, encore de la spécificité de la formation particulière des personnels (§ 573).
1. La chambre commerciale examinera les mérites des griefs relatifs à la caractérisation d'une situation de dépendance économique des APR à l'égard des sociétés Apple au regard des principes précédemment énoncés par la jurisprudence et rappelés ci-dessus, ainsi qu'au regard de l'exacte formulation des motifs critiqués.

4.4.4 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables sur la notion d'exploitation abusive d'une situation de dépendance

→ Les textes

1. Il est renvoyé à la retranscription de l'article L. 420-2, alinéa 2 , du code de commerce au paragraphe 274 ci-dessus. Pour mémoire, ce texte prévoit que les abus de dépendance économique « [...] *peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.* »

1. Ainsi que l'a relevé l'Autorité dans sa décision (§ 969), cette liste n'est pas exhaustive. Ce point n'est contesté ni par la doctrine ni par les parties en l'espèce. La mention à la notion générale d'abus permet ainsi de qualifier d'abus de dépendance économique tout comportement manifestement anormal, déséquilibré ou excessif au vu des circonstances de l'espèce, ou imposant, de façon directe ou indirecte, des conditions de transaction non équitables, que son auteur n'aurait pas pu mettre en œuvre si son partenaire ne s'était pas trouvé en situation de dépendance économique à son égard.

1. Enfin, aux termes de ce texte, il est nécessaire que la pratique en cause soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence.

1. Il convient de rappeler que la loi n° 2011-420 du 15 mai 2011 relative aux nouvelles régulations économiques, a remplacé la condition d'un effet sur la concurrence par le critère d'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, dans l'objectif de faciliter l'application de ce texte.

1. Dans son rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, le député Eric Besson indiquait au sujet de ce projet dans sa partie consacrée au droit de la concurrence :

« Les relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs connaissent des dérives inquiétantes à tel point qu'on a parfois pu les qualifier de « féodales. » C'est pourquoi le titre Ier entend moraliser les pratiques commerciales, combler les lacunes de leur réglementation et remédier aux écueils apparus lors de l'application de la loi dite « Galland » du 1^{er} juillet 1996. [...]

Le secteur de la grande distribution est marqué par une concentration croissante, qui accentue la faiblesse structurelle des fournisseurs. Cette situation est particulièrement flagrante dans le secteur des fruits et légumes frais. Les grandes surfaces effectuent des opérations promotionnelles, notamment en début de saison estivale, qui déstabilisent gravement cette filière et qui aboutissent à des prix aberrants, ne permettant même pas aux producteurs de pouvoir couvrir leurs coûts de revient. La poursuite de telles opérations conduirait à mettre en danger la survie de certaines d'exploitations agricoles, avec les lourdes conséquences sur l'emploi et l'aménagement du territoire que l'on imagine.

[...]

L'article 29 permet de sanctionner les abus de dépendance économique, même s'ils n'affectent pas le bon fonctionnement du marché dans son ensemble . Il complète, en outre, la liste des pratiques discriminatoires afin que les rémunérations d'opérations de coopération commerciale soient proportionnées au bénéfice que le fournisseur peut en tirer. Un principe de contrepartie réelle est donc introduit . »

→ Jurisprudence

1. Sauf erreur dans les recherches, il n'existe pas d'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation se prononçant précisément sur la qualification d'un comportement comme étant abusif d'une situation de dépendance économique à l'exception de [Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 08-13.423](#) , selon lequel un tel abus « [...] *ne saurait résulter de l'impossibilité pour un distributeur de s'approvisionner en produits Sony auprès de grossistes dans des conditions identiques à celles qui lui étaient consenties dans des relations commerciales directes, rompues sans faute par la société Sony [...]* », et de [Com., 10 mai 2011, pourvoi n° 09-17.474](#) , concernant la décision de modification du statut de négociateur individuel de parquet (NIP) et des conditions d'exercice de cette profession, à la suite du changement de la réglementation.
1. Dans la mesure où l'arrêt invoque le principe d'une responsabilité particulière d'un opérateur en position dominante de ne pas déséquilibrer le jeu de la concurrence sur un marché, déjà affaibli par la position dominante, il convient de rappeler la jurisprudence relative à ce principe et les positions doctrinales y afférentes.
1. En matière d'abus de position dominante, la Cour de justice a précisé que « *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* ; » (CJUE 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76 , point 91).
1. Elle a ajouté dans l'arrêt Michelin en 1983 que « *la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun.* » (CJUE, 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81 , point 70), puis, que « [...] *si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, on ne peut, cependant, admettre de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser [...].* »
1. Ces deux principes ont été maintes fois répétés et appliqués par la suite (voir dernièrement, CJUE, 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21 , point 35 ; 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10 , point 23 ; 2 avril 2009, France Télécom/Commission , C-202/07 , points 104 et s.)
1. Ils ont été repris en droit national (voir en ce sens, en particulier, [Com., 1 juin 2022, pourvoi n° 19-20.999](#)) : « *Le comportement d'une entreprise, qui ne se limite pas à faire des préconisations scientifiques sur les modalités de substitution des génériques au princeps, est, **en raison de sa responsabilité particulière née de sa position dominante sur le marché en cause**, constitutif d'un abus de cette position lorsque cette entreprise soulève, devant une autorité sanitaire, une analyse juridique dont elle sait ou doit savoir qu'elle est contraire à l'interprétation des textes applicables, que le*

débat ainsi ouvert est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence sur le marché dominé, et que l'analyse soulevée ne s'insère pas dans un débat d'intérêt général relatif aux conséquences sanitaires de l'entrée sur le marché d'un nouveau médicament, mais dans une stratégie visant à retarder le développement sur ce marché de produits concurrents. Dans ces conditions, la condamnation de l'entreprise en cause à une sanction pécuniaire ne méconnaît pas le principe de la libre recherche scientifique et ne porte pas une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit à la liberté d'expression, au regard de la nécessité de préserver l'ordre public concurrentiel, lequel garantit le droit des entreprises à une concurrence non faussée, également protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme » (sommaire. Voir aussi Com., [1 mars 2017, pourvoi n° 15-19.068](#)).

1. Dans une décision n° 19-D-26, l'Autorité a précisé que « **L'existence d'une position dominante impose, selon une jurisprudence constante, à l'entreprise concernée la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée** . Ainsi, les entreprises en position dominante ont une responsabilité particulière sur le marché, au titre de laquelle peuvent leur être interdits certains comportements qui, s'ils étaient mis en œuvre par d'autres entreprises, relèveraient du fonctionnement normal de la concurrence sur le marché . » (ADLC, décision n° 19-D-26 du 19 décembre 2019, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches , § 322).
1. Par ailleurs, pour ce qui concerne l'influence des pratiques sur le fonctionnement ou la structure de la concurrence, il convient de rappeler qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, la condition d'un seuil de sensibilité a, sous l'impulsion de la Cour de cassation ([Com., 4 mai 1993, pourvoi n° 91-17.937](#) ; [Com., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-13.125](#)), été admise dans les années 2000, par l'introduction en droit interne d'un seuil chiffré en deçà duquel l'Autorité peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre certaines pratiques d'ententes anticoncurrentielles (art. L. 464-6-1 du code de commerce).
1. En matière d'abus de dépendance économique, la chambre commerciale de la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'application de cette condition. Elle a en effet rappelé par un motif substitué dans un arrêt [Com., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-25.464](#) , que « [...] s'il résulte de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce qu'est prohibée l'exploitation abusive, par une entreprise ou un groupe d'entreprises, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur, **c'est à la condition que la pratique dénoncée soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur un marché** ; que la société SET n'ayant nullement prétendu, dans ses conclusions, que l'abus allégué pouvait avoir cet effet, mais seulement qu'elle ne disposait d'aucune solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles nouées avec la société RTE, la cour d'appel ne peut se voir reprocher de n'avoir pas retenu l'exploitation abusive invoquée ; que, par ces motifs, substitués, après avertissement délivré aux parties, à ceux critiqués par le moyen, la décision se trouve justifiée » (dans le même sens que [Com. 8 mars 2016, n° 14-25.718](#)).

→ Doctrine

1. Selon la professeure Catherine Prieto (Jurisclasseur Concurrence-Consommation, fasc. 562 : Abus de position dominante, notion de position dominante en droit communautaire, § 4) « [...] Il existe donc un devoir inhérent à la puissance économique :

veiller à la préservation du processus concurrentiel. Cela implique de laisser aux concurrents de laisser un accès aux marchés pour faire valoir leurs mérites. Le consommateur intermédiaire ou final doit avoir le choix et arbitrer les mérites des uns et des autres. »

1. Le professeur Jean-Bernard Blaise explique au répertoire de droit commercial Dalloz (Abus de position dominante - Exploitation abusive de la position dominante, § 164) « *Au titre de cette responsabilité particulière, peuvent être interdits comme abusifs certains comportements qui, s'ils étaient mis en œuvre par une entreprise non dominante, relèveraient du fonctionnement normal du marché [...]* »
1. Le professeur Emmanuel Combe (*Economie et politique de la concurrence* , Dalloz 2005, § 101) souligne les difficultés à qualifier un abus de position dominante qui implique d'établir une frontière entre des pratiques « *normales* » et « *anormales* », cette frontière étant ambiguë dans la mesure où un même comportement est susceptible d'interprétation divergentes selon que l'on se place du côté des concurrents (actuels ou potentiels) ou du marché dans son ensemble. Il souligne à ce sujet qu'une entreprise qui empêche un concurrent d'entrer sur le marché lui cause un dommage et peut donc constituer un abus, alors que la limitation du nombre de concurrents sur un marché n'est pas nécessairement inefficace. Reprenant la définition de l'abus par l'arrêt Hoffman-Laroche précité , il indique « *Cette définition met l'accent sur le rôle primordial accordé aux comportements ³⁶ : l'abus consiste essentiellement pour une firme dominante à mettre en œuvre des stratégies dont l'objet est d'empêcher le maintien ou l'essor de la concurrence* ». Il énumère du point de vue économique, le comportement abusif tel qu'il est défini et mis en pratique par les autorités *antitrust* comme étant : la discrimination par les prix, les prix prédateurs (qui empêchent les concurrents éventuels d'entrer sur le marché), la dissuasion (diffuser des messages de nature à empêcher ou retarder l'entrée sur le marché de concurrents), la forclusion (empêcher l'accès à une structure permettant d'entrer sur le marché).

4.4.5 - Propositions de RNSM sur M3b8 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple (existence d'un abus).

1. Il est proposé de rejeter le huitième grief sans motivation spéciale en application de l'article 1014, alinéa 2 du code de procédure civile.
1. Ce grief, après avoir rappelé que le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle à un traitement différent de situations différentes et n'impose donc pas d'uniformiser les conditions d'approvisionnement, reproche à l'arrêt de retenir qu'Apple a abusé de la dépendance économique des APR en mettant en œuvre des retards ou des refus d'approvisionnements discriminatoires entre les APR et d'autres canaux de distribution (§ 613), quand les différents canaux de distribution de produits Apple n'étaient pas placés dans des situations identiques.
1. Les sociétés Apple expliquent dans les développements de leur mémoire ampliatif que la différence de situation des APR par rapport aux autres canaux de distribution résultait de ce que les *resellers* , notamment les APR, ne disposent pas de la même surface financière que d'autres distributeurs et ont de ce fait tendance, pour optimiser leur trésorerie, à minimiser les stocks et à passer des commandes plus fréquentes, au gré des besoins de leurs clients. Ils peuvent pour cette raison être plus touchés par les pénuries de produits. À l'inverse, les *retailers* et les ARS disposent généralement d'un stock plus important, qui peut leur permettre de faire face plus facilement à la contrainte.

1. **Ce grief n'est manifestement pas fondé** car il remet en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis. Il est renvoyé aux paragraphes 604 et 605 de l'arrêt par lesquels la cour d'appel a retenu que l'ensemble des éléments qu'elle a précédemment analysés et dont elle a souverainement apprécié la portée, démontrait que les difficultés rencontrées par les APR étaient essentiellement inhérentes à la stratégie d'approvisionnement définie par Apple et qu'elles ne pouvaient pas être justifiées par des situations de rupture de stocks, compte tenu des éléments ayant établi la récurrence des épisodes au cours desquels les produits étaient disponibles dans les Apple Stores, sur l'AOS [37](#) et chez les *retailers*, mais indisponibles pour les APR. La cour d'appel ajoute que les sociétés Apple ne peuvent davantage imputer les difficultés d'approvisionnement rencontrées par les APR au modèle de gestion de leur stocks et de leur trésorerie car les éléments relevés dans la décision attaquée démontrent, sans ambiguïté, que les situations litigieuses concernent des cas dans lesquels les APR avaient passé des commandes ou étaient désireux de le faire, sans parvenir à obtenir les produits dans des délais utiles alors que leurs concurrents y parvenaient.

4.4.6 - Examen des griefs relatifs à l'existence d'une exploitation abusive d'une situation de dépendance économique (M3b7, 9 et 10 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple)

a) L'argumentation des parties

1. Les sociétés Apple font valoir par la septième branche de leur moyen que la notion de « responsabilité particulière » imposée aux entreprises en position dominante doit être interprétée restrictivement. Elles citent à ce sujet les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Tetra Pak II, qui avait considéré qu'il ne serait « *pas logique que [l'entreprise dominante] soit obligée de supporter la responsabilité particulière qu'impose l'article 86 [102 TFUE] lorsqu'il s'agit d'intervenir sur des marchés totalement indépendants du marché dominé* ».
1. Elles citent aussi un extrait d'arrêt de la Cour de justice, dont elle ne précisent pas les références, dont il ressort que lorsque l'application de responsabilité particulière a pour conséquence d'imposer une entreprise en position dominante à conclure un contrat avec une entreprise qu'elle n'aurait pas choisie, ce qui est le cas en matière d'infrastructure essentielle, il convient de ne l'appliquer que lorsque l'entreprise dominante dispose d'une véritable main-mise sur le marché concerné.
1. Par leurs neuvième et dixième branches, elles reprochent à l'arrêt, d'abord, d'avoir violé l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce en décidant qu'à la différence des abus commis par une entreprise en position dominante, l'exploitation abusive d'une dépendance économique pouvait être réprimée au titre des pratiques anticoncurrentielles sans tenir compte du moindre seuil de sensibilité de l'atteinte à la concurrence, ensuite, d'avoir considéré que les pratiques en cause étaient susceptibles d'avoir produit un effet sur le marché, sans vérifier comme elle y avait été invitée, si les ventes en ligne des produits en cause ne constituaient pas un marché distinct au moment des faits.
1. **L'Autorité** ne formule pas d'observations sur la question de la responsabilité particulière (7^{ème} branche). Elle soutient sur les 9^{ème} et 10^{ème} branches que l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ne requiert pas de démontrer une affectation sensible de la concurrence, mais seulement que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter la structure ou le fonctionnement de la concurrence. Dès lors, en

affirmant qu'une affectation sensible de la concurrence est nécessaire pour qualifier un abus de dépendance économique, la société Apple ajoute à la loi une condition qu'elle ne comporte pas. Sur la dixième branche, elle indique que contrairement à ce que prétend le pourvoi, la cour d'appel n'a pas omis de répondre à l'argument des sociétés Apple soutenant que les ventes en ligne du marché pertinent devaient être exclues du marché pertinent dans la mesure où, à l'époque des pratiques, ces deux canaux de distribution étaient encore considérés, dans la pratique décisionnelle de l'Autorité, comme des marchés distincts, ce qui a évolué par la suite, mais qu'elle l'a écarté, sans qu'elle ne fût tenue de suivre ces sociétés dans le détail de leur argumentation.

b) Eléments d'analyse

i) Les motifs de la décision et de l'arrêt :

1. **La décision de l'Autorité** cite, dans sa partie consacrée à l'exploitation abusive de la situation de dépendance économique (§ 976), un arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 30 septembre 2003 (Tribunal, 30 septembre 2003, T-20301, Michelin, point 141), qui apporte des précisions sur les conditions dans lesquelles un système de remises peut être considéré comme un abus de position dominante, et indique que le même raisonnement peut être tenu en cas d'abus de dépendance. Cet arrêt énonce qu'« *un système de remises appliqué par une entreprise en position dominante, qui laisse à cette dernière une marge d'appréciation non négligeable et discrétionnaire en ce qui concerne la possibilité pour le revendeur de bénéficier de la remise, doit être considéré comme inéquitable et constitue une exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante sur le marché au sens de l'article 82 CE [devenu article 102 du TFUE] (voir, en ce sens, l'arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, cité au point 54 ci-dessus, point 105). En effet, en raison de l'appréciation subjective des critères ouvrant droit à la prime de service, les revendeurs se trouvaient dans une situation d'insécurité et ne pouvaient généralement pas prévoir avec certitude le taux de remise dont ils allaient bénéficier au titre de la prime de service (voir, en ce sens, arrêt Michelin/Commission, cité au point 54 ci-dessus, point 83) »* (TUE, 30 septembre 2003, 2003, T-20301, Michelin, paragraphe 141) . Au paragraphe 1052, la décision retient que « *[...] dans des circonstances économiques et juridiques marquées par une forte immixtion d'Apple dans la politique commerciale de ses distributeurs et de dépendance des APR vis-à-vis d'Apple, les difficultés d'approvisionnement qu'ont subies les APR ont constitué une pratique d'abus de dépendance économique, renforcée par les incertitudes sur les remises auxquelles ils pouvaient prétendre. »* La décision n'invoque toutefois pas le principe selon lequel il incomberait à une entreprise envers laquelle une autre se trouve en situation de dépendance économique de veiller à ne pas déstabiliser le marché, déjà fragilisé par cette situation, par ses comportements. Une « *responsabilité particulière* » n'est invoquée que dans un développement relatif à la sanction (§ 1263).

1. **L'arrêt** relève (§ 581) que l'état de dépendance décrit dans ses développements précédents crée une domination relative à l'égard du partenaire commercial que l'entreprise tient sous sa dépendance économique, dès lors que cette dernière détient un pouvoir lui permettant d'imposer des conditions de transaction qu'elle n'aurait pas obtenues dans d'autres circonstances. Il en déduit que c'est donc à juste titre que l'Autorité a retenu qu'une telle entreprise a une responsabilité particulière à l'égard de son partenaire, de la même manière qu'une entreprise en position dominante a une responsabilité particulière sur le marché pour des motifs similaires et que c'est en vain

que les sociétés Apple reprochent à l'Autorité d'avoir, sans aucune justification, suivi à leur égard le même raisonnement que celui appliqué à une entreprise en position dominante. Il ajoute que si l'existence d'une domination relative ne saurait priver le fournisseur se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont compromis, encore faut-il établir l'existence de justifications objectives.

344. L'arrêt relève ensuite que le système de distribution mis en place par Apple emprunte à la distribution sélective, à la distribution exclusive et à la franchise sur le plan des obligations sans en présenter les avantages. Il observe, d'une part, que les distributeurs APR sont choisis selon des critères de sélection qui les apparentent aux distributeurs agréés d'un réseau de distribution sélective sans toutefois être protégés de la vente hors réseau, puisqu'en théorie, tout distributeur peut vendre les produits Apple, d'autre part, qu'ils sont par ailleurs astreints à des obligations importantes en contrepartie de la mise à disposition de la marque, mais ne profitent d'aucune exclusivité sur leur zone de chalandise.

1. Il retient que dans ce contexte, il est établi que les dispositions du contrat qu'il décrit, privait les revendeurs de toute visibilité sur leur approvisionnement et conférait à Apple une liberté totale dans la gestion des stocks. Il ajoute que ces dispositions conjuguées aux obligations inhérentes au statut des APR qui limite les conditions de commercialisation d'autres produits, ont indéniablement favorisé le comportement reproché à Apple à l'égard de ceux-ci. L'arrêt relève encore que si le principe de « *fair share* » a vocation à répartir équitablement les produits entre les grossistes, d'une part, et les partenaires directs, d'autre part, et si la politique affichée d'Apple est de ne pas intervenir dans le traitement des commandes, il n'en demeure pas moins que concrètement, de nombreux éléments du dossier décrits par la décision, dont elle reprend certains, démontrent des difficultés d'approvisionnement et de différences de traitement entre les différents canaux d'approvisionnement. L'arrêt indique que ces difficultés ont été provoquées, de manière directe ou indirecte, par la politique d'allocation d'Apple, mise en œuvre par l'intermédiaire des grossistes, notamment en faveur du réseau propre d'Apple et au détriment des APR dans leur ensemble. Nombre d'entre eux ont ainsi décrit la situation dans laquelle ils se sont trouvés, privés de stocks, sans pouvoir répondre aux commandes qui leur étaient faites, contrairement au réseau propre d'Apple.

1. L'arrêt en déduit que ces comportements ont constitué, pour les APR, un désavantage dans la concurrence par rapport aux Apple Stores présentés comme des distributeurs spécialisés directement concurrents. Il ajoute que comme l'a justement relevé la décision attaquée (§ 1085), le niveau d'activité et la viabilité économique des revendeurs APR, au regard des fortes contraintes et limites pesant sur la vente de produits concurrents, dépendaient des volumes de ventes réalisés en aval, à partir de leur approvisionnement, en amont, en produits Apple, de sorte que leur activité a été affectée par les difficultés d'approvisionnement qu'ils ont rencontrées auprès d'Apple ou de ses grossistes agréés. Il retient enfin que compte tenu de la dépendance économique des APR et des contraintes auxquelles ils sont soumis à raison de leur statut, de tels comportements sont constitutifs d'un abus au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce.

1. Pour ce qui concerne l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, l'arrêt énonce, d'une part, que l'application de l'article L. 420-2, alinéa 2

du code de commerce, qui prohibe l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique « *dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* », ne requiert pas de démontrer une affectation effective de la concurrence, mais seulement une affectation potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le marché concerné, d'autre part que ce texte n'ayant pas d'équivalence dans le droit de l'Union, il ne requiert pas, en conséquence, de rechercher si la pratique abusive en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres « de manière sensible ».

1. Après avoir ensuite rappelé que le marché concerné par le grief n° 4 est celui de la distribution de produits informatiques et d'équipements d'électroniques grand public au détail, l'arrêt rappelle que l'abus de dépendance économique, tel qu'il a été retenu par la Cour, c'est-à-dire, constitué par les conditions d'approvisionnement des APR, a entraîné, pour ces derniers, un désavantage dans la concurrence, par rapport aux Apple Stores qui sont des distributeurs spécialisés directement concurrents, mais également par rapport aux autres canaux de distribution, dès lors qu'elles étaient de nature à décrédibiliser les APR auprès de leur clientèle et à détourner celle-ci de ces distributeurs, sans que cette situation ne résulte du jeu normal de la concurrence par les mérites. Il ajoute que le niveau d'activité et la viabilité économique des revendeurs APR, au regard des fortes contraintes et limites pesant sur la vente de produits concurrents, dépendaient des volumes de ventes réalisées en aval, à partir de leur approvisionnement, en amont, en produits Apple. Il en déduit que les conditions d'approvisionnement des APR étaient de nature à affaiblir ce canal de distribution et la concurrence intra-marque.

1. L'arrêt relève encore qu'après avoir utilisé le canal des APR comme facteur de pénétration du marché du détail en France, Apple a décidé d'ouvrir, dans les zones de chalandise les plus rentables, des Apple Stores, en concurrence avec certains APR. Il indique que ce choix, qui n'est pas en lui-même critiquable, a conduit, avec le maintien sur le marché des autres APR en place dans les zones de chalandise moins bien achalandées, à permettre à Apple de distribuer ses produits sur tout le territoire, sans avoir à investir dans des magasins en propre sur ces zones moins rentables et sans que ses ventes directes (en ligne comme en magasins) en subissent la concurrence du fait de la politique d'approvisionnement mise en œuvre. Il retient que les APR étant soumis à des sujétions comparables à celles d'opérateurs intégrés, tout en assumant les risques commerciaux et financiers d'entreprises indépendantes, la situation litigieuse a également eu un impact sur la concurrence inter-marques, dès lors qu'elle a conféré un avantage à Apple dans la concurrence par rapport aux autres fabricants de produits concurrents.

ii) Sur la responsabilité particulière :

1. Il résulte de la jurisprudence citée ci-dessus (§ 324) que la responsabilité particulière énoncée par la Cour de justice et reprise en droit interne est liée au fait que sur les marchés concernés par la présence d'une entreprise en position dominante, le degré de concurrence est « [...] *à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence [...] déjà affaibli* » CJUE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, précité). De telles entreprises peuvent donc préserver leurs propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et ont « *la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle[s] juge[nt] appropriés en vue de protéger [leurs] intérêts* », mais de tels comportements ne peuvent être admis «

lorsqu'ils ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser » (CJUE, United Brands/ Commission 14 février 1978, précité).

1. De ces principes, la Cour de justice a dans les derniers développements de la jurisprudence en la matière tiré l'existence d'une « *responsabilité particulière en matière de préservation de la concurrence* » (CJUE, 21 décembre 2023, European Superleague Company, précité).

1. L'introduction de l'abus de dépendance économique dans le droit de la concurrence national, pose donc la question de savoir si une telle responsabilité de préservation de la concurrence repose sur un opérateur envers lequel un ou plusieurs autres se trouvent sous sa dépendance économique ? La chambre commerciale devra répondre à cette question en s'interrogeant notamment sur le fondement d'une telle responsabilité particulière qui en matière de position dominante est une responsabilité envers le marché ou envers la concurrence et non envers des partenaires commerciaux.

iii) *Sur l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence:*

1. Concernant la question de l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, sur laquelle porte les neuvième et dixième branches, il convient de relever que le rapport Besson cité au paragraphe 321 ci-dessus montre que le législateur a voulu assouplir la condition d'effet sur le jeu de la concurrence qui s'applique en matière d'abus de position dominante, mais non la supprimer puisque, d'une part, il a maintenu une condition d'affectation de la concurrence dans son fonctionnement ou sa structure, et que l'auteur du rapport évoque seulement la préoccupation qu'il ne soit pas nécessaire de « *démontrer une affectation du bon fonctionnement du marché dans son ensemble* ».

1. La chambre commerciale appréciera les mérites du grief de la neuvième branche reprochant à l'arrêt d'avoir considéré que le texte n'exigeait pas que soit recherché une affectation sensible, au regard de sa jurisprudence précitée ainsi que des particularités de l'infraction d'abus de dépendance économique.

1. Sur la dixième branche, qui reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la distribution en ligne ne constituait pas un marché distinct de la distribution physique, conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité à l'époque des pratiques, il y a lieu de rappeler qu'aux paragraphes 991 et suivants de leurs conclusions récapitulatives, les sociétés Apple soutenaient que jusqu'en avril 2016 ³⁸, soit pendant la durée des pratiques, l'Autorité dans sa pratique décisionnelle considérait que la distribution en ligne constituait un marché distinct de celui de la vente en magasins physiques dans la mesure où « *les différences importantes entre la distribution à distance et la distribution en magasins tant en termes de prix qu'en termes de services rendent ces canaux de distribution encore imparfaitement substituables du point de vue du consommateur* » ³⁹. Elles en tiraient la conclusion que l'Autorité ne pouvait valablement soutenir, que les ruptures d'approvisionnement dont souffraient les APR auraient pu permettre de rediriger la demande vers l'AOS.

1. La chambre s'interrogera sur le caractère opérant de la recherche qu'il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir effectuée. Il convient de relever en particulier à ce sujet que les décisions invoquées par les sociétés Apple sont des décisions relatives à des opérations de concentration et non à des pratiques anticoncurrentielles. Or si l'analyse des marchés dans ces deux matières distinctes peuvent s'inspirer mutuellement, elles

ne sont toutefois pas les mêmes puisque dans le cas des concentrations l'analyse est prospective, tandis qu'elle est rétrospective pour ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles.

4.5 - La pratique des prix imposés

4.5.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables

1. Les dispositions des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibant les ententes anticoncurrentielles en droit de l'Union et en droit national ont été reproduites aux paragraphes 57 et 58 du présent rapport.

1. On rappellera, pour mémoire que l'article 101 du TFUE interdit en particulier les accords consistant à « [...] a) *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, [...]* » et que l'article L. 420-1 interdit ceux qui tendent à : « [...] *Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; [...]* ».

1. En outre, l'article 4, point a), du règlement d'exemption sur les restrictions verticales du 10 mai 2010 [40](#), énonce que « L'exemption prévue à l'article 2 [41](#) ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet :

a) *de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, **sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties [...]*** ».

1. Les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales du 10 mai 2010, applicables au litige, énoncent que : « *La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter. Lorsque des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées fixent directement le prix de vente, la restriction est flagrante. **Toutefois, un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects. À titre d'exemples, on pourrait citer un accord qui fixe la marge du distributeur ou le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini , [...]**, ainsi que des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions, des retards ou suspensions de livraison ou la résiliation de l'accord en cas de non-respect d'un niveau de prix donné. L'efficacité des moyens directs ou indirects de fixation des prix peut être accrue si ces moyens sont combinés avec des mesures visant à détecter les distributeurs qui vendent à bas prix, comme la mise en œuvre d'un système de surveillance des prix. [...]* . Les mêmes moyens indirects et les mêmes mesures d'accompagnement peuvent être utilisés pour faire d'un prix maximal ou conseillé l'équivalent d'un prix de vente imposé [...] » (§ 48).

1. Des précisions similaires sont énoncées dans les lignes directrices sur les restrictions verticales du 28 juin 2022, qui ne sont pas applicables aux pratiques en cause.

1. Il se déduit des dispositions précitées qu'un fournisseur peut imposer un prix de vente maximal ou recommander un prix de vente à ses distributeurs, à condition que ces recommandations n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées par lui ou d'incitations de sa part. Dans le cas où cette condition n'est pas respectée, le comportement de ce fournisseur peut être qualifié d'entente anticoncurrentielle.

1. S'agissant de l'établissement d'une telle entente sur les prix entre un fournisseur et son ou ses distributeur(s), il résulte d'une jurisprudence ancienne et constante qu'en l'absence de preuves documentaires ou contractuelles, il convient d'établir premièrement, que les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs, deuxièmement qu'une police des prix a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente, troisièmement, que ces prix sont significativement appliqués par ces derniers. Ce faisceau d'indices articulé en trois branches est désigné par la doctrine comme le « *faisceau en trois branches* » [42](#).

1. S'appuyant sur ces principes, la Cour de justice a jugé qu'il appartient à la juridiction de renvoi « [...] *notamment de vérifier, en tenant compte de l'ensemble des obligations contractuelles prises dans leur contexte économique et juridique, ainsi que du comportement des parties au principal, si le prix de vente au public, recommandé par le fournisseur, ne constitue pas, en réalité, un prix de vente fixe ou minimal* (voir, en ce sens, arrêt CEPSA, [C-279/06], points 67 et 70). [Il lui incombe] , en outre, d'examiner si le revendeur dispose d'une possibilité réelle de diminuer ce prix de vente recommandé. Elle doit notamment vérifier si un tel prix de vente au public n'est pas, en réalité, imposé par des moyens indirects ou dissimulés, tels que notamment la fixation de la marge de distribution du revendeur ou le niveau maximal des réductions qu'il peut accorder à partir du prix de vente recommandé, des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions ou des mesures d'incitations (voir, en ce sens, arrêt CEPSA, précité, point 71) » (CJCE, 2 avril 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07 , point 80).

1. Par l'arrêt du 29 juin 2023, rendu dans l'affaire Super Bock Bebidas, précité [43](#), la Cour de Justice a dit pour droit que « *l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que : il y a un « accord », au sens de cet article, lorsqu'un fournisseur impose à ses distributeurs des prix minimaux de revente des produits qu'il commercialise, dans la mesure où l'imposition de ces prix par le fournisseur et leur respect par les distributeurs reflètent l'expression de la volonté concordante de ces parties. Cette volonté concordante peut résulter tant des clauses du contrat de distribution en cause, lorsqu'il contient une invitation explicite à respecter des prix minimaux de revente ou autorise, à tout le moins, le fournisseur à imposer de tels prix, que du comportement des parties et, notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement, explicite ou tacite, de la part des distributeurs à une invitation à respecter des prix minimaux de revente .* »

1. La Chambre commerciale a pour sa part appliqué les mêmes principes dans les arrêts suivants :

[Com., 7 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.476](#) : « [...] *l'arrêt constate que l'enquête a révélé que, signataires ou non de ces documents, les distributeurs ont, de manière significative, appliqué les prix communiqués par la société Kontiki qu'ils considéraient comme des prix*

imposés, cependant que plusieurs détaillants, signataires ou non de la charte, ont déclaré respecter les prix « conseillés » par crainte de ne plus apparaître comme revendeur sur le site Internet ; qu'il ajoute qu'indépendamment de cette charte, les prix mentionnés comme « conseillés » ou « maximum » par la société Kontiki étaient communiqués à tous les distributeurs sur d'autres documents, notamment sur les bons de commande et les bons de livraisons, et que l'enquête a montré que ces prix, parfois pré-étiquetés par la société Kontiki sur les produits livrés aux détaillants, étaient compris par les distributeurs comme des prix planchers et appliqués dans près de neuf cas sur dix, et ce, dans des points de vente de toute nature (revendeurs indépendants, franchisés, membres d'un réseau intégré), signataires ou non de la Charte ou des accords commerciaux ; qu'il constate enfin que certains revendeurs ont fait état de la surveillance, par la société Kontiki et par les autres distributeurs, des prix de revente pratiqués, ainsi que des pressions exercées par les représentants de la société Kontiki lorsqu'ils s'écartaient à la baisse des prix communiqués ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il ressort que les contrats conclus par la société Kontiki avec l'ensemble de ses distributeurs étaient, en raison notamment du comportement de cette dernière, généralement compris comme ayant un objet anticoncurrentiel [...], la cour d'appel a pu retenir qu'une entente verticale généralisée était établie »

et [Com., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-14.584 et a., Bull. 2013, IV, n° 98](#) ⁴⁴ : « [...] **qu'ayant justement énoncé que la preuve d'une entente sur les prix requiert de manière générale que soient démontrés, d'une part, l'existence d'une invitation à l'accord émanant d'une des entreprises en cause et, d'autre part, un acquiescement des autres parties à cette invitation, et rappelé qu'en la matière la preuve est libre**, c'est à bon droit que la cour d'appel, recherchant le caractère non équivoque de l'acquiescement du distributeur auquel il est opposé, a retenu que la référence faite à "l'application significative des prix imposés " devait être considérée comme équivalente au critère habituel selon lequel "les prix ainsi déterminés ont été effectivement pratiqués par les distributeurs" et que les relevés de prix ne constituaient qu'un indice parmi d'autres de ce dernier critère [...] » .

4.5.2 - Examen des griefs (M2, articulé en 8 branches, du pourvoi n° G 22-22.727 du président de l'Autorité).

a) L'argumentation des parties

1. **L'Autorité** expose avoir considéré dans sa décision que l'invitation de la société Apple à respecter des prix communiqués ressortait, d'une part, de la communication des prix de revente pratiqués par le groupe dans son réseau en propre, d'autre part, du contrôle des promotions appliquées à ses produits, de la surveillance des prix pratiqués par les revendeurs et de mesures indirectes qui organisaient l'absence de marge de manœuvre des APR sur les prix de revente, conduisant au respect des prix communiqués (décision, § 882). Elle a ensuite estimé que l'acceptation des APR était établie par un faisceau d'indices tenant au fait qu'ils avaient appliqué les prix de détail communiqués (§ 914) et signé les contrats élaborés par le fabricant, incluant les stipulations relevées aux § 898 et suivants (notamment les conditions d'octroi des remises et ristournes) qui pérennisaient le mécanisme de l'entente (décision, § 925).

1. Elle indique que la cour d'appel pour dire le grief non caractérisé s'est fondée sur les constats, *a posteriori* , d'une part, que la société Apple n'avait pas révisé les critères

d'octroi des remises au cours de la période retenue pour l'infraction, bien qu'elle en eût la faculté et, d'autre part, que plusieurs comportements dissidents avaient été observés.

1. Elle conteste cette analyse et fait valoir que l'existence ou l'absence d'incertitudes, pour les revendeurs APR, s'agissant des remises et ristournes dont ils pourraient bénéficier, ne pouvait être appréciée *a posteriori*, mais uniquement au moment de la signature des contrats les liant à la société Apple ou, à tout le moins, de la fixation de leurs prix de vente (**M2b1**). Elle indique sur ce point qu'il suffisait que les APR aient été soumis, *a priori*, à une incertitude s'agissant des conditions d'octroi de remises indispensables à leur rentabilité et de leur évaluation par la société Apple pour les dissuader de s'écarter des prix communiqués, ne sachant pas dans quelle mesure ils allaient réussir à maintenir des marges suffisantes.
1. Elle reproche à la cour d'appel de n'avoir procédé à aucune analyse des éléments du faisceau d'indices pris dans leur ensemble (**M2b2**).
1. **Les troisième quatrième et cinquième branches** (M2b3, M2b4, M2b5) critiquent individuellement plusieurs points de l'analyse de la cour d'appel sur les remises :
 1. - **M2b3** reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'incertitude des distributeurs sur les remises résultait du caractère subjectif et non transparent de l'appréciation des critères communiqués aux APR ce qui devait être appréhendé à la lumière de la circonstance de la connaissance précise par Apple de la situation de chaque APR et partant de la possibilité dont ils disposaient à pratiquer des promotions.
 1. - **M2b4** reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le taux de base de 4% appliqué systématiquement au titre de la remise fonctionnelle et la remise appliquée aux APR exploitant plusieurs points de vente leur permettaient de dégager une marge suffisante pour pratiquer des opérations promotionnelles, en l'absence du bénéfice des remises fonctionnelle, performance et « développement marketing » pour l'octroi desquelles la société Apple disposait d'une marge d'appréciation discrétionnaire.
 1. - **M2b5** fait grief à la cour d'appel d'avoir procédé par voie d'affirmation sans expliquer en quoi le bénéfice de la remise fonctionnelle (qui contribue aux marges avant) permettait à lui seul aux APR d'anticiper, avec un degré de certitude suffisant, qu'ils disposeraient de la latitude nécessaire pour s'écarter, à la baisse, des prix communiqués par Apple.
 1. - **M2b6 et 7** contestent la motivation par laquelle la cour d'appel a considéré qu'il n'était pas établi que les contraintes résultant des stipulations du contrat empêchant les APR de procéder à des opérations promotionnelles constituaient une dissuasion pour ceux-ci de pratiquer des baisses de prix. Cette motivation procédant du constat que sept APR sur vingt avaient pratiqué des opérations promotionnelles autonomes.
 1. - **M2b8** rappelle que la cour d'appel a constaté que certains APR avaient perçu les prix communiqués par la société Apple comme définissant un seuil en-dessous duquel ils n'étaient pas en mesure d'aller, ce dont il résultait que, s'agissant de ces APR au moins, l'acquiescement aux prix communiqués par la société Apple en tant que prix minimum était établi. Elle soutient qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations.

1. **Les sociétés Apple** exposent que le moyen ignore le standard de preuve applicable pour caractériser une entente verticale de prix et se borne, en réalité, à contester les appréciations de fait de la cour d'appel, différentes de celles de l'Autorité.
1. Elles rappellent qu'une entente verticale de prix est caractérisée lorsque les constatations de l'arrêt attaqué font ressortir l'adhésion (du distributeur) à l'invitation du fournisseur de pratiquer des prix de vente au détail ne résultant pas du libre jeu de la concurrence. Elles relèvent que l'Autorité n'a pas utilisé la méthode habituelle du faisceau d'indices à trois branches préférant démontrer l'invitation du fournisseur et l'acquiescement des distributeurs par l'ensemble des indices documentaires et comportementaux. Partant, l'Autorité a rendu nécessaire l'étude des modalités concrètes de l'application des clauses qu'elle avait relevées.
1. Elles font valoir que pour vérifier si le revendeur dispose ou non d'une possibilité réelle de diminuer le prix de vente recommandé, l'Autorité, puis la cour d'appel, doivent tenir compte de l'effet concret de l'ensemble des clauses du contrat en cause au principal dans leur contexte économique et juridique. C'est-à-dire qu'outre la rédaction des clauses du contrat, elles doivent tenir compte de la façon dont les clauses sont appliquées. Elles en déduisent que l'appréciation *a posteriori* de la manière dont Apple avait fait usage de son pouvoir discrétionnaire de modifier les clauses relatives aux remises était donc pertinente pour déterminer l'existence d'une invitation à l'entente.
1. Pour ce qui concerne la troisième branche, les sociétés Apple soutiennent que dès lors qu'elle a constaté qu'une partie importante de la remise fonctionnelle était, en réalité, attribuée, à tous les revendeurs automatiquement et que le cumul du différentiel entre ALP (prix public pratiqué par Apple dans son réseau ⁴⁵) et DAC (prix de base aux revendeurs), d'une part, et de la remise fonctionnelle attribuée automatiquement, d'autre part, suffisait à assurer une marge de manœuvre tarifaire aux APR, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses propres constatations rendaient inopérantes. Pour les mêmes raisons, elles soutiennent que la quatrième branche manque en fait.
1. S'agissant de la cinquième branche, elles font valoir que la cour d'appel s'est expressément fondée sur l'étude d'un cabinet d'expertise qu'elles avaient produites dont elle a souverainement apprécié la portée et qu'elle n'avait pas à expliquer davantage le fondement de son affirmation selon laquelle le bénéfice de la remise fonctionnelle permettait aux APR d'anticiper qu'ils disposaient de la latitude nécessaire pour s'écarter à la baisse des prix communiqués.
1. Elles précisent que les remises et ristournes acquittées sur factures, telles les remises performance et « *développement marketing* » relevaient des marges arrières, tandis que la remise fonctionnelle relevait des marges avant, mais que leurs montants étaient suffisamment connus au moment de l'achat des produits et étaient suffisantes pour permettre aux APR de pratiquer des remises. Elles indiquent qu'en constatant que le cumul, d'une part, du différentiel entre les prix publics pratiqués dans le réseau d'Apple (ALP) et le prix d'achat, avant remise, des produits Apple (DAC), lequel était compris entre 3% et 6% pour l'ensemble des produits hors iPad, et, d'autre part, la remise fonctionnelle contribuant aux marges avant des APR, était suffisante pour permettre aux APR de s'éloigner significativement à la baisse des prix pratiqués par Apple, la cour d'appel a justifié sa décision sans avoir besoin de se prononcer sur la question des marges arrières, qui venaient s'ajouter *a posteriori* aux marges avant.

b) Éléments d'analyse

1. Les motifs relatifs à la pratique de prix imposés se trouvent aux paragraphes 828 à 937 de la décision de l'Autorité.
1. Succinctement, l'Autorité a relevé, d'une part, que les prix de détails des produits de la marque, qui étaient communiqués aux revendeurs APR, étaient connus du public par leur accès sur le site internet et étaient affichés dans les magasins, d'autre part, que plusieurs APR avaient fait part de manière explicite de leur perception des prix communiqués, quels qu'en soient les mediums, comme étant des prix imposés.
1. Elle a exposé qu'il résulte d'un certain nombre d'éléments, décrits dans sa décision, qu'Apple encadrait strictement la possibilité pour les APR de mettre en œuvre des actions promotionnelles, compte tenu des fortes contraintes imposées par les différentes stipulations contractuelles, s'agissant de l'usage de la marque dans les supports de communication et les supports promotionnels. Elle a constaté qu'en conséquence la plupart des APR ne mettaient en œuvre des actions promotionnelles que lorsque celles-ci étaient à l'initiative d'Apple et que celle-ci prenait en charge une partie des frais et elle a ajouté que certains APR ont fait part, lors de l'instruction, de leur perception d'un risque de représailles – sous la forme de défaut de livraison – s'ils venaient à pratiquer des promotions qui n'auraient pas été autorisées par Apple (§ 869).
1. Elle a encore constaté que certains éléments du dossier démontraient qu'Apple avait mis en œuvre plusieurs procédés de contrôle qui lui permettaient, en pratique, sans avoir à exiger de remontées formelles des APR, de surveiller les prix effectivement pratiqués par ces derniers (§§ 872 et s.) et que les APR ne disposaient pas, en raison du dispositif mis en œuvre par Apple, de la marge de manœuvre suffisante pour s'écarter à la baisse, autrement que de manière exceptionnelle, des prix communiqués.
1. La décision a ajouté que les contrats comportaient un ensemble de clauses enchevêtrées permettant à Apple de mettre en œuvre un ensemble de comportements pour empêcher les APR d'intervenir sur les prix de revente et les inciter à respecter les prix communiqués. Elle a précisé sur ce point que le faible écart entre les prix de détail public et les prix de gros, hors remise, faisait dépendre la marge commerciale des APR des remises susceptibles de leur être octroyées, tandis que celles-ci étaient difficiles à anticiper car dépendant de la volonté unilatérale d'Apple (§§ 884 et s., 899 et s.). Elle a encore relevé que les services d'instruction avaient constaté que les résultats nets des APR – toutes remises et ristournes incluses – étaient suffisamment faibles pour que la perte d'un point de pourcentage de remise au cours d'un exercice soit susceptible d'entraîner une exploitation déficitaire. Elle en a conclu que les incertitudes liées à l'octroi des remises, celles-ci jouant un rôle déterminant dans la rentabilité des APR, conduisaient à dissuader ceux-ci de dévier des prix conseillés par Apple, et ce quand bien même les niveaux de marge nette permettraient de leur assurer un revenu en fin d'année, compte tenu du prix unitaire élevé des produits en cause.
1. Elle a déduit de l'ensemble de ces éléments qu'Apple – qui disposait d'une connaissance approfondie de la situation financière de ses APR – maîtrisait tant les approvisionnements que l'octroi des remises et était ainsi directement en mesure de contrôler la rentabilité de ces derniers. Elle en a conclu que les prix communiqués revêtaient, compte-tenu des éléments ainsi exposés, le caractère de prix maximum aussi bien que de prix minimum et qu'Apple invitait ses APR à pratiquer les prix qu'elle leur communiquait.

1. La décision a ensuite relevé que leurs nombreuses déclarations sans équivoque sur ce point démontraient que les APR appliquaient les prix de détail communiqués par Apple (§ 914). Elle a précisé que le fait que quelques uns aient pu, ponctuellement, proposer individuellement des remises n'était pas de nature à remettre en question l'existence de l'entente et écarté les éléments de preuve apportés par les sociétés Apple (§§ 918 à 922). Elle a conclu qu'en appliquant les prix communiqués et en signant les contrats, les APR avaient accepté l'invitation que leur avait faite Apple en ce sens, et que l'existence d'un accord de volontés était donc établie.

1. La cour d'appel n'a pas validé cette analyse.

1. Elle a constaté qu'aucune clause des contrats liant Apple aux APR n'imposait, en elle-même, le respect, par ces derniers, d'un prix de vente minimal fixé par le fournisseur et qu'aucun élément du dossier n'établissait par ailleurs l'existence d'une police des prix *stricto sensu* ou de représailles mises en œuvre par le fournisseur pour s'assurer du respect d'un certain niveau de prix par les APR. Elle a ajouté qu'aucun élément n'avait non plus établi qu'Apple avait demandé à l'ensemble des APR de respecter un certain niveau de prix.

1. Elle a constaté ensuite que la liste des prix adressée par Apple l'était à tous ses revendeurs et non exclusivement aux APR et que si l'ensemble de la communication d'Apple sur ces prix pouvait être interprétée comme constituant une diffusion de prix implicitement recommandés par elle, il ne pouvait en résulter qu'elle aurait entendu inviter l'ensemble de ses revendeurs à respecter les prix ainsi diffusés.

1. S'agissant de la possibilité pour les APR de pratiquer des prix inférieurs aux prix communiqués, la cour d'appel a relevé que l'analyse des réponses au questionnaire des services d'instruction révélait que la portée contraignante attachée par ceux-ci aux prix diffusés, n'était pas expliquée par la volonté du fournisseur de voir les APR les respecter, mais par d'autres considérations de fait, d'une part, la pression inter-marques les empêchant de pratiquer des prix plus élevés, d'autre part, la faible marge financière dont ils disposaient (§ 468). Elle a observé que ni les niveaux des remises ni celui des marges des APR n'étaient, en eux-même, mis en cause par la décision attaquée et qu'il était ainsi admis que l'activité pouvait leur permettre de disposer d'une marge commerciale suffisante pour dégager un bénéfice. Elle a ajouté qu'il convenait de tenir compte du fait que différentes remises augmentaient le différentiel entre le prix de gros (DAC) et les prix publics Apple (PAS) ⁴⁶ et pouvaient ainsi accroître la marge commerciale des revendeurs (§ 470). S'agissant de l'entrave à la liberté tarifaire des APR résultant de l'incertitude pesant sur l'existence des remises nécessaires à la rentabilité de leur activité, la cour a constaté que si le contrat APR contenait une disposition prévoyant qu'Apple pouvait à tout moment et à son entière discrétion apporter des modifications à celui-ci, les modalités d'obtention des remises et ristournes, fixées dans les contrats dits « *New Deals* » applicables aux *resellers*, n'ont connu que trois versions différentes sur la période de cinq ans couverte par le grief n° 3 (2012-2017), ce rythme de modification étant inférieur à la pratique habituelle gouvernant les relations commerciales nouées entre un fournisseur et un distributeur, usuellement révisées une fois par an. Elle en a déduit qu'il n'était pas démontré en quoi la fréquence des modifications précitée induirait une absence de visibilité sur les remises et ristournes (§§ 471 à 475).

1. La cour d'appel a ensuite relevé qu'il était exact qu'Apple se réservait la possibilité

d'accorder ou de refuser de manière discrétionnaire deux remises (la remise développement marketing d'un montant maximum de 0,8 % et la remise performance pouvant atteindre 2 %), mais que la remise la plus élevée (remise fonctionnelle), variant entre 4 % et 13 % selon le statut du *reseller* et l'expertise développée, était conditionnée par de nombreux critères mis en œuvre au cours de l'audit merchandising ⁴⁷. Elle a ajouté, d'une part, qu'aucun élément de la procédure ne démontrait que les critères d'octroi des remises auraient été modifiés au cours de la période couverte par le grief, d'autre part, qu'il n'était pas contesté qu'une remise de base était systématiquement attribuée à l'ensemble des *resellers* et que d'autres remises supplémentaires pouvaient aisément être anticipées dans la mesure où elles avaient la même automaticité, telle la remise de 2 % acquise pour ceux exploitant plus de trois points de vente.

1. Par ailleurs, la cour d'appel a constaté qu'il résultait de deux documents produits par les sociétés Apple que la part des APR directs obtenant une part importante du maximum théorique de remise fonctionnelle avait augmenté au cours de la période incriminée et que le cumul du différentiel prix de revente/prix de gros, d'une part, et remise fonctionnelle, d'autre part, suffisait à assurer une marge de manœuvre tarifaire aux APR.
1. La cour d'appel a retenu qu'il n'était pas démontré en quoi le rythme d'évaluation des remises engendrerait une imprévisibilité préjudiciable à la liberté tarifaire des APR, ni en quoi la stabilité des remises passées ne permettait pas à un APR d'escompter une stabilité future similaire au regard de l'ancienneté et des caractéristiques de la relation commerciale établie avec Apple. Elle a ajouté que de nombreux APR ont également déclaré qu'Apple ne donnait aucune consigne concernant le suivi des prix diffusés, ni aucune interdiction de s'en écarter.
1. Enfin, la cour d'appel a précisé que s'il est usuellement admis que des déviations ponctuelles ne sont pas de nature à remettre en cause l'existence d'une entente portant sur le respect de prix imposés reposant sur un faisceau d'indices convergents et dépourvus d'ambiguïté, telle n'était pas la situation en cause dès lors qu'un nombre significatif d'APR admettait également pouvoir pratiquer des actions promotionnelles. Elle a observé sur ce point que dix APR sur vingt ont ainsi indiqué qu'ils étaient en mesure de faire des promotions, dont sept ont précisé qu'il s'agissait de promotions autonomes et en a déduit que l'Autorité ne rapportait pas la preuve de ce que l'encadrement des promotions, tel qu'il a été établi en l'espèce, fondé sur la préservation de l'image de marque des produits Apple, justifierait qu'il soit assimilé à une police des prix destinée à conférer aux prix diffusés un caractère impératif.
1. De l'ensemble de ces éléments, la cour d'appel a déduit que le faisceau d'indices sur lequel s'est fondé l'Autorité ne permettait pas d'établir, sans équivoque, dans le contexte factuel, économique et juridique en cause, l'existence d'une recommandation de prix revêtant un caractère impératif, pour Apple comme pour l'ensemble de ses APR.
1. Concernant l'adhésion des APR à un système de prix imposés, la cour d'appel après avoir énoncé que la signature du contrat APR, incluant les clauses contractuelles définissant les conditions d'octroi des remises et ristournes n'induisait, en elle-même, aucun accord sur le respect de prix imposés, a retenu que le fait que plusieurs APR aient indiqué s'être alignés sur les prix de détail pratiqués par le réseau propre d'Apple, ce que confirmaient les relevés de prix pratiqués en 2016 et 2017, ne saurait davantage suffire à caractériser l'adhésion à un système de prix imposés, dès lors qu'il ressortait de

leurs déclarations, dont elle a cité les extraits, que ce positionnement résultait de choix ou de contraintes inhérentes au libre jeu de la concurrence. (§ 491)

1. Bien qu'aucun moyen ne soit développé à ce sujet il peut être observé que la décision a retenu que « *La circonstance que l'infraction comporte un mécanisme de police ou des mesures de représailles n'est ainsi pas nécessaire pour établir l'existence d'une entente verticale sur les prix. [...]* » (§ 680). L'Autorité semble ainsi se démarquer de la jurisprudence antérieure exigeant trois branches dans le faisceau d'indices : la communication des prix, leur application par les distributeurs et l'existence d'une coercition. On notera toutefois que l'élément de coercition n'apparaît pas abandonné dans la mesure où la démonstration de l'Autorité repose sur un ensemble d'éléments, dont il ressort que la coercition était induite sans avoir à être manifeste. En effet, schématiquement, l'Autorité a retenu que les prix de vente aux consommateurs étaient diffusés et connus et que les APR n'avaient pas la possibilité de s'écarter de ces prix de vente pour deux ensembles de raisons, les premières concernant l'incertitude dans laquelle les APR étaient maintenus sur le point de savoir si les remises dont ils pourraient bénéficier leur permettait d'appliquer des réductions de prix alors que la marge entre le prix de gros et le prix de vente était très étroite et les secondes relatives à un enchevêtrement de clauses contractuelles rendant difficiles les opérations de promotion.
1. La première branche conduira la chambre commerciale à s'interroger sur le point de savoir à quel moment l'Autorité, puis la cour d'appel de Paris exerçant son contrôle en cas de recours, doivent se placer pour apprécier si les prix conseillés, permis, se sont transformés en prix imposés, interdits. Plus, précisément la question est de savoir si elles peuvent s'appuyer sur des éléments de preuve conjoncturels qui seraient postérieurs à la fixation des prix incriminés.
1. On rappellera sur ce point que la pratique consistant à rendre obligatoire des prix qui en apparence ne sont que conseillés peut ressortir soit des termes des conventions des parties, soit de leurs comportements antérieurs à la fixation des prix par les distributeurs, puisque ces comportements visent précisément à rendre le respect de ces prix obligatoire. Dans cette configuration, les éléments de preuves ne peuvent être qu'antérieurs à la fixation des prix. Toutefois la question posée en l'espèce est de savoir si l'Autorité ou la cour d'appel en cas de contrôle peuvent prendre en compte d'autres éléments qui viendraient éclairer ou conforter les éléments antérieurs.
1. On relèvera que la jurisprudence citée ci-dessus (§ 364) si elle ne traite pas de cette question précise, se réfère, quant aux éléments de preuve à prendre en considération, à divers éléments comportementaux. La chambre commerciale devra examiner s'il peut se déduire de cette jurisprudence que tout élément circonstanciel de nature à démontrer une coercition de la part de l'une des parties ou, à l'inverse, une absence de coercition peut être pris en compte.
1. La chambre commerciale aura aussi à s'interroger sur le point de savoir si les éléments invoqués par le président de l'Autorité comme étant des éléments *a posteriori* le sont véritablement, puisque ces éléments relatifs à l'absence de modifications (§ 480 de l'arrêt) ou des modifications peu fréquentes (§ 472 de l'arrêt) des conditions d'octroi des remises, s'inscrivent dans la durée des pratiques examinées
1. La chambre commerciale examinera les mérites des troisième, quatrième et cinquième branches qui critiquent individuellement plusieurs points de l'analyse de la cour d'appel

sur les remises au regard de la rédaction de l'arrêt.

4.6 - La détermination du montant de la sanction

4.6.1 - Rappel des textes et de la jurisprudence applicables

a) Les critères de détermination de la sanction prononcée par l'Autorité

1. La détermination de la sanction d'une pratique anticoncurrentielle par les autorités de concurrence internes relève de l'autonomie procédurale reconnue aux Etats membres sur le fondement de l'article 5 du Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, devenus 101 et 102 TFUE (Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° [16-17.226 et a.](#)). Cette autonomie s'exerce dans les limites du respect du principe d'effectivité du droit de l'Union ainsi que des droits fondamentaux garantis par la Charte.

1. Aux termes de l'article L. 464-2, I, alinéas 3 et 4 , du code de commerce, dans sa version applicable :

« 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 sanctionné 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 oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante . »

1. Les critères de détermination de la sanction sont donc les suivants : la gravité et la durée de l'infraction, la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient et l'existence d'une réitération de la pratique anticoncurrentielle.

1. À ces critères légaux, qui assurent l'individualisation de la sanction, s'ajoute le respect des principes de proportionnalité de la sanction et d'égalité de traitement.

1. S'inspirant des *lignes directrices relatives au calcul des amendes* , adoptées par la Commission le 28 juin 2006, et à la suite d'une consultation publique intervenue au début de l'année 2011, l'Autorité a rendu public un communiqué, daté du 16 mai 2011 , relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (dit communiqué sanctions), qui expose la méthodologie qu'elle suit, au cas par cas, pour déterminer le montant des sanctions [48](#).

1. La chambre commerciale de la Cour de cassation considère que cet outil méthodologique ne modifie pas le cadre légal et se borne à expliciter, à droit constant, la méthode suivie par l'Autorité pour mettre en oeuvre les critères de proportionnalité et

d'individualisation des sanctions fixés par l'article L. 464-2, I, du code de commerce (Com. 17 mars 2015, n° 13-26.003,13-26.083,13-26.18567 , page 12, arrêt non référencé sur jurinet).

1. En dernier lieu, cette chambre a jugé que « *l'Autorité dispose de la faculté de publier des communiqués explicitant, à droit constant, la méthode qu'elle envisage de suivre pour mettre en œuvre les critères de proportionnalité et d'individualisation des sanctions fixés par l'article L. 464-2, I, du code de commerce, tel son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (le communiqué sanctions). Si ces communiqués, qui constituent des lignes directrices au sens administratif du terme, sont opposables à l'Autorité, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général qui la conduisent à s'en écarter dans un cas donné (Com., 18 octobre 2016, pourvoi n° 15-10.384, Bull. 2016, IV, n° 131), ils ne revêtent pas une nature réglementaire. Il en résulte que, si la cour d'appel de Paris peut, dans l'exercice de son pouvoir de réformation des décisions de l'Autorité, se référer à la méthodologie et aux critères retenus par le communiqué sanctions, elle n'est en revanche tenue que par les critères édictés à l'article L. 464-2, I, du code de commerce ainsi que par les normes de rang supérieur, tels les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement* » (Com., 8 janvier 2025, pourvoi n° [22-22.676 et a.](#) ; voir, précédemment, Com., 18 octobre 2016, pourvoi n° [15-10.384](#) , Bull. 2016, IV, n° 131, et Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° [16-17.226 et a.](#)).
1. Pour appliquer les critères de détermination de la sanction pécuniaire fixés par l'article L. 464-2 précité du code de commerce, l'Autorité a donc recours à une méthode en quatre étapes, synthétisée par le communiqué sanctions. Il s'agit d'abord de calculer un « montant de base » de l'amende pour chaque entreprise ou organisme concerné (1). Il est ensuite procédé à une première série d'ajustements à la baisse ou à la hausse (2). Le montant ainsi obtenu est augmenté en cas de réitération du comportement anticoncurrentiel (3). Enfin, l'Autorité applique des ajustements dits finaux, résultant de l'application d'un maximum légal et tenant compte, le cas échéant, de la procédure de clémence ainsi que de la capacité contributive de l'entreprise qui en a fait la demande (4).
1. Pour la première étape de détermination du montant de base de la sanction, celui-ci résulte de l'application d'un coefficient sur la « valeur des ventes » des biens ou services en relation directe ou indirecte avec l'infraction dans le secteur géographique concerné. Ce coefficient est déterminé en référence, d'une part, à la gravité de l'infraction résultant, notamment, de la nature des faits (par ex., une pratique de prix de revente imposés par un fournisseur à des distributeurs), du marché concerné (activité de service public ou encore secteur ouvert depuis peu à la concurrence) ou encore des personnes susceptibles d'être affectées (communiqué sanctions, points 23 à 26), d'autre part, et en l'état des textes applicables, en considération de l'importance du dommage causé à l'économie (points 27 à 32). Ce montant est ensuite majoré selon la durée de l'infraction, dans des proportions fixées par le communiqué en fonction du nombre d'années (point 42).
1. Pour résumer, le montant de base résulte d'un pourcentage de la valeur des ventes des produits ou services en lien avec l'infraction, déterminé en fonction de critères liés à la **gravité objective des faits et au dommage causé à l'économie** , multiplié par le nombre d'années d'infraction [49](#).

1. Les critères de détermination des ventes concernées et de leur valeur sont fixés par les points 23 à 26 et 33 à 39 du communiqué sanctions [nous soulignons] :

23. *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).*

24. *Si la valeur de ces ventes est donc prise comme référence pour déterminer, dans un premier temps, le montant de base de la sanction pécuniaire en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, elle ne doit pas revêtir une importance disproportionnée par rapport à d'autres éléments à prendre en considération pour en fixer le montant définitif. Parmi ceux-ci figure en particulier le chiffre d'affaires total de l'organisme ou de l'entreprise en cause, qui est de nature à donner une indication de sa taille, de sa puissance économique et de ses ressources globales, sous réserve d'éventuelles difficultés affectant sa capacité contributive. C'est la raison pour laquelle l'Autorité tient notamment compte de cet élément, ainsi que, le cas échéant, du chiffre d'affaires total du groupe auquel appartient l'entreprise en cause, lorsqu'elle module, dans un second temps, le montant de base en fonction des autres critères prévus par le code de commerce (...).*

25. *L'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Dans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, elle apprécie globalement la gravité des faits, **sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement**.*

26. *Pour apprécier la gravité des faits, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants, en fonction de leur pertinence :*

– la nature de l'infraction ou des infractions en cause et des faits retenus pour la ou les caractériser (entente entre concurrents, qui peut elle-même revêtir un degré de gravité différent selon qu'il s'agit, par exemple, d'un cartel de prix ou d'un simple échange d'informations ; entente entre deux acteurs d'une même chaîne verticale, comme une pratique de prix de revente imposés par un fournisseur à des distributeurs ; abus de position dominante, qu'il s'agisse d'abus d'éviction ou d'exploitation), ainsi que la nature du ou des paramètres de la concurrence concernés (prix, clientèle, production, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison ; ces éléments revêtent une importance centrale dans le cas des pratiques anticoncurrentielles expressément visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 101 et 102 TFUE, en considération de leur gravité intrinsèque ;

– la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause (activité de service public, marché public, secteur ouvert depuis peu à la concurrence, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison ;

– la nature des personnes susceptibles d'être affectées (petites et moyennes entreprises [PME], consommateurs vulnérables, etc.), et

– les caractéristiques objectives de l'infraction ou des infractions (caractère secret ou non, degré de sophistication, existence de mécanismes de police ou de mesures de représailles, détournement d'une législation, etc.). »

1. S'agissant du dommage à l'économie, le communiqué précise en son point 27, que :

« Compte tenu de la nature répressive et dissuasive, mais en aucun cas réparatrice, des sanctions pécuniaires imposées aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles dans le but de rétablir et de préserver l'ordre public économique, le dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction. Il ne se limite par ailleurs pas aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer au détriment des consommateurs intermédiaires ou finals et de la collectivité dans son ensemble, mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation. Il ne se réduit donc pas à une perte précisément mesurable. »

1. Il convient de préciser à ce sujet que le dommage à l'économie ne se présume pas (Com., 7 avril 2010, pourvoi n° [09-65.940 et a.](#), Bull. 2010, IV, n° 70). Pour autant, le communiqué sanctions précise que l'Autorité n'est pas tenue de le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel. Les éléments qu'elle prend en considération sont en principe de nature qualitative et, le cas échéant, de nature quantitative, s'il existe des éléments disponibles et fiables (point 28). De même, la chambre commerciale a retenu que l'article L. 464-2 du code de commerce n'exigeait pas un chiffrage précis du dommage à l'économie mais seulement une appréciation qualitative de son existence et de son importance, reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier (Com., 30 mai 2012, pourvoi n° [11-22.144](#) ; Com., 27 septembre 2017, pourvoi n° [16-12.907](#) ; voir également en ce sens, Com., 20 janvier 2015, pourvoi n° [13-16.764 et a.](#), Bull. 2015, IV, n° 8 ; Com., 8 novembre 2016, pourvoi n° [14-29.542](#) ; Com., 4 octobre 2017, pourvoi n° [14-29.542 et a.](#) ; Com., 22 septembre 2021, pourvoi n° [18-21.485 et a.](#) ; Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° [20-14.000](#), précité).

1. Enfin, le dommage à l'économie peut être très ténu, par exemple lorsque la clause litigieuse n'a pas été appliquée (Com. 17 mars 2015, n° 13-26.003 et a., précité).

1. Pour mémoire, ce critère du dommage à l'économie, qui n'existe pas dans la méthode de calcul retenue par la Commission, et qui a nourri un fort contentieux [50](#), a été supprimé à l'occasion de la transposition, par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021, de la directive ECN+.

1. Le communiqué précise ensuite :

« 33. 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, vendues par l'entreprise ou l'organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle(s)-ci, sous réserve du point 37 ci-dessous. La qualification de l'infraction ou des infractions effectuée par l'Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services.

34. Les ventes en cause sont toutes celles réalisées en France.

35. Leur valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise ou de l'organisme concerné relatif aux produits ou services en cause.

(...)

38. Lorsque l'infraction est commise par un groupement d'entreprises, la valeur des ventes est celle réalisée par l'ensemble des entreprises membres du groupement.

39. La méthode décrite ci-dessus peut être adaptée dans les cas particuliers où l'Autorité estime que la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part. Il peut par exemple en être ainsi lorsque :

– l'infraction consiste à s'entendre sur des commissions par lesquelles des entreprises se rémunèrent à l'occasion de la vente de certains produits ou services, auquel cas l'Autorité peut retenir ces commissions comme référence ;

– l'infraction consiste, pour une entreprise, à s'entendre avec d'autres pour s'abstenir d'effectuer des ventes en France, auquel cas l'Autorité peut tenir compte des ventes réalisées ailleurs dans l'Espace économique européen . »

1. La proportion de la valeur des ventes réalisées, que l'Autorité retient au cas par cas, est, en principe, comprise entre 0 et 30 % (une dérogation est possible en application du point 39 précité du communiqué).

1. Pour la deuxième étape, l'Autorité procède ensuite à l'**individualisation** de ce montant de base. Elle peut à ce titre prendre en compte des circonstances atténuantes et des circonstances aggravantes, ainsi que d'autres éléments d'individualisation (points 44 à 46).

- L'Autorité peut tout d'abord réduire ce montant pour tenir compte de **circonstances atténuantes** , telles que la coopération de l'entreprise avec l'Autorité, la réparation du préjudice ou encore le fait pour cette entreprise d'avoir été contrainte d'adopter un comportement anticoncurrentiel. Elle peut au contraire augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire s'il est retenu à l'encontre de l'entreprise des **circonstances aggravantes** , résultant notamment du rôle de meneur de celle-ci dans la réalisation de l'infraction ou encore du fait d'avoir exercé des contraintes sur les autres coauteurs (points 43 à 49). A ce stade, l'Autorité va donc apprécier et prendre en compte le degré ou l'intensité de la participation de chaque entreprise à l'infraction (**gravité subjective de l'infraction**).

- L'Autorité peut ensuite moduler le montant de la sanction en prenant en compte d'autres **éléments objectifs propres à la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné** (points 47 à 49). Ainsi, **une majoration** peut être appliquée en fonction de la taille de l'entreprise ou de son appartenance à un groupe. Le point 49 du communiqué sanctions précise ainsi que l'Autorité peut « *adapter à la hausse* » le montant de base « *pour tenir compte du fait que (...) l'entreprise concernée dispose d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes, notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction* ». L'Autorité peut également tenir compte à ce titre du fait que « *le groupe auquel appartient l'entreprise concernée dispose lui-même d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes, cet élément étant pris en compte, en particulier, dans le cas où l'infraction est également imputable à la société qui la contrôle au sein du groupe* ».

1. La chambre commerciale a dit n'y avoir lieu à renvoyer une QPC qui soutenait que l'article L. 464-2, I, alinéa 3, du code de commerce, en vertu duquel la seule appartenance à un groupe peut être une circonstance prise en compte pour aggraver la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre d'une entreprise, bien que ce groupe soit demeuré étranger aux pratiques sanctionnées, portait atteinte aux principes d'égalité et de nécessité et de proportionnalité des peines et des sanctions, aux motifs que cette disposition « *ayant pour objet d'assurer l'efficacité de la protection de l'ordre économique au moyen d'une sanction dissuasive qui doit tenir compte de l'intégralité des ressources pouvant être mobilisées par l'entreprise à laquelle sont imputées des pratiques prohibées, tout en prévoyant qu'elle soit déterminée individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction, ce qui permet d'apprécier l'autonomie dont cette entreprise dispose à l'égard du groupe auquel elle appartient et exclut tout caractère automatique du relèvement du montant de la sanction au regard de la seule appartenance à ce groupe* » (Com., 19 novembre 2013, pourvoi n° [13-16.602](#) ; voir également, Com., 18 septembre 2012, pourvoi n° [12-14.584 et a.](#)).
1. Elle a ensuite précisé que les sanctions pécuniaires prononcées sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction, ce qui exclut, à l'égard d'une entreprise ayant agi de manière autonome, le relèvement automatique de la sanction en raison de sa seule appartenance à un groupe (Com., 18 février 2014, pourvoi n° [12-27.697 et a.](#), Bull. 2014, IV, n° 38 ; Com., 21 octobre 2014, pourvoi n° [13-16.602 et a.](#), Bull. 2014, IV, n° 152).
1. La chambre commerciale a également approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir tenu compte de la puissance économique du groupe auquel appartenait les auteurs de la pratique anticoncurrentielle, qui formaient une « entreprise » au sens du droit européen, en se référant au chiffre d'affaires mondial consolidé de la société faïtière à qui la pratique avait été imputée, pour majorer le montant de la sanction prononcée à l'encontre des sociétés de ce groupe (Com., 27 mars 2019 , précité § 68).
1. **En résumé** , il résulte de cette jurisprudence et des différents critères de détermination du montant de la sanction que la puissance économique du groupe auquel appartient l'auteur de la pratique anticoncurrentielle peut justifier une majoration de la sanction, soit lorsque l'infraction a été imputée à la société faïtière ou à la société mère du groupe, soit s'il est démontré que l'appartenance à ce groupe a facilité la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles ou en a renforcé la gravité.
1. **Une minoration** peut en revanche être appliquée lorsque l'entreprise en cause réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires sur le marché en lien avec l'infraction (entreprise dite « mono-produit ») ou si elle est dans l'incapacité de payer l'amende encourue, le montant de l'amende final ne pouvant en tout état de cause dépasser le plafond légal dont le taux est fixé à 10 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise.
1. Pour la troisième étape, l'Autorité examine s'il convient d'augmenter le montant de la sanction en raison d'une éventuelle réitération. Celle-ci est en effet une cause d'aggravation de la sanction autonome consacrée directement par la loi. Elle résulte de l'existence d'une précédente infraction au droit de la concurrence, constatée avant la fin de la nouvelle pratique (points 50 à 52).

1. A l'issue de ces étapes, l'Autorité de la concurrence procède à des **ajustements finaux**, consistant d'abord à vérifier que le montant de la sanction pécuniaire, tel qu'il a été individualisé ou modifié du fait de la réitération, n'excède pas le maximum légal. Si la sanction envisagée excède le montant maximum applicable, elle est ramenée à ce chiffre. L'Autorité peut ensuite réduire le montant de la sanction pour tenir compte de l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la procédure de clémence. Enfin, l'Autorité peut, à certaines conditions, tenir compte de la capacité contributive des entreprises, si elles ont rencontré, individuellement, des difficultés financières particulières et si elles en ont fait la demande (points 53 à 65).

b) Les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement

1. – **Le principe de proportionnalité** exige que la sanction ne dépasse pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes qu'elle poursuit, à savoir d'assurer le respect des règles européennes de concurrence et à ce titre le caractère dissuasif de la sanction (TUE, arrêt du 5 octobre 2011, *Romana Tabacchi* / Commission, T-11/06, point 105 et la jurisprudence citée ; TUE, arrêt du 15 juillet 2015, *voestalpine et voestalpine Wire Rod Austria* / Commission, T-418/10, point 114 ; sur le caractère dissuasif de la sanction, CJUE, arrêt du 18 janvier 2024, *Lietuvos notaru rumai e.a.*, C-128/21, points 108-110, précité).

1. En droit interne, ce principe a valeur constitutionnelle (art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). Saisi de la question de la constitutionnalité du plafond inscrit à l'article L. 464-2 du code de commerce (Cons. const., 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, *Sté Grands Moulins de Strasbourg e.a.*), le Conseil constitutionnel a considéré, d'une part « *qu'en instituant une sanction pécuniaire destinée à réprimer les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des entreprises, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique ; qu'un tel objectif implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des infractions assignée à la punition* » (cons. 14), d'autre part, que ces dispositions ne méconnaissaient pas les principes de nécessité et de proportionnalité des peines (cons. 15).

1. – **Le principe d'égalité de traitement** constitue un principe général du droit de l'Union, désormais consacré par les articles 20 et 21 de la Charte ⁵¹. Ce principe implique, selon la formule retenue par la Cour de justice, que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (CJUE, arrêt du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals* / Commission, C-550/07 P, points 54-55).

1. Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée à ce but (CJCE (GC), arrêt du 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, point 47 ; 17 octobre 2013, *Schaible*, C-101/12, point 77).

1. S'agissant des propriétés que doivent présenter deux situations pour être qualifiées de « comparables », la Cour de justice précise que « [...] *l'exigence tenant au caractère comparable des situations aux fins de déterminer l'existence d'une violation du principe d'égalité de traitement [...] doit être appréciée au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent [...]* Il y a lieu également de préciser que, d'une part, il est requis non

pas que les situations soient identiques, mais seulement qu'elles soient comparables, et, d'autre part, l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète, au regard de l'objet et du but de [l'acte communautaire ou interne] qui institue la distinction en cause » (arrêt du 9 mars 2017, Milkova, C-406/15 , points 56 et 57 ; arrêt du 2 septembre 2021, État belge (Droit de séjour en cas de violence domestique), C-930/19 , point 58).

c) Le niveau de contrôle de la Cour de cassation

1. Comme il vient d'être dit, l'article L. 464-2, I, alinéas 3 et 4, du code de commerce fixe les critères de détermination du montant de la sanction, qui concrétisent les principes d'individualisation et de proportionnalité.
1. Si l'on ne peut exclure un contrôle de qualification, au titre de la violation de la loi ou d'un défaut de base légale, de l'application des critères fixés par ces dispositions (s'agissant, par exemple, du dommage à l'économie (voir les exemples précités) ou du critère de la réitération ⁵²), notre chambre retient, en principe, que la détermination du montant de la sanction **relève du pouvoir souverain des juges du fond** (Com., 6 janvier 2015, pourvoi n° [13-22.477 et a.](#) , Bull. 2015, IV, n° 1 ; Com. 17 mars 2015, n° 13-26.003 et a. ; Com., 8 novembre 2016, pourvoi n° [14-29.542 et a.](#) (RNSM à ce titre sur la 10^{ème} branche du 5^{ème} du pourvoi W14-29.354) ; Com., 22 novembre 2016, pourvoi n° [14-28.862 et a.](#) ; Com., 8 février 2017, pourvoi n° [15-15.005](#) , Bull. 2017, IV, n° 22 ; Com., 27 septembre 2017, pourvoi n° [16-12.907](#) ; Com., 4 octobre 2017, pourvoi n° [14-29.542 et a.](#) (sur la valeur des ventes) ; Com., 5 avril 2018, pourvoi n° [16-19.274 et a.](#) ; Com., 8 janvier 2025, pourvoi n° [22-22.676, et a.](#) § 31).
1. Il en va de même du caractère proportionné de la sanction qui relève également du pouvoir souverain des juges du fond (Com., 21 juin 2017, pourvoi n° [15-25.941](#) ; Com., 5 avril 2018, pourvoi n° [16-19.274 et a.](#) ; Com., 27 mars 2019, pourvoi n° [16-26.515 et a.](#) , pages 72-73 ; Com., 8 janvier 2025, pourvoi n° [22-22.676, et a.](#) , précité, §§ 28 et 31).
1. Si l'intensité du contrôle par la Cour de cassation de l'application de principe d'égalité de traitement était relativement incertaine ⁵³, l'arrêt précité du 8 janvier 2025 , a précisé que ce contrôle ne porte que sur le fait de savoir si la cour d'appel a bien appliqué les mêmes critères de fixation de la sanction à des entreprises dont elle a retenu qu'elles se trouvaient dans des situations équivalentes (arrêt précité du 8 janvier 2025, §§ 36 et 40).
1. S'agissant des critères prévus par le communiqué sanctions, qui mettent en œuvre, d'un point de vue méthodologique, les principes et critères énoncés par l'article L. 464-2, I, alinéas 3 et 4, précité du code de commerce, il doit être relevé que, dans un certain nombre d'arrêts, la chambre commerciale a opéré un contrôle de qualification (le plus souvent léger) de ces critères, et ce, malgré l'absence de portée normative de ce communiqué, laquelle avait déjà été constatée (Com., 18 octobre 2016, pourvoi n° [15-10.384](#) , Bull. 2016, IV, n° 131 ; Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° [16-17.226 et a.](#) , précités)
1. Ces arrêts portaient notamment sur la question du périmètre de la valeur des ventes retenu par la cour d'appel (Com., 1^{er} mars 2017, pourvoi n° [15-19.068](#) (en réponse au 3^{ème} moyen) ; Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° [16-17.226 et a.](#) (en réponse au second moyen du pourvoi n° E 16-17.226, pris en sa troisième branche) ; Com., 27 mars 2019,

précité , p. 71 ; Com., 2 septembre 2020, pourvoi n° [18-18.501 et a.](#) ; Com., 16 septembre 2020, pourvoi n° [18-11.034](#) ; Com., 22 septembre 2021, pourvoi n° [18-21.485 et a.](#) ; Com., 18 octobre 2023, pourvoi n° [20-17.092](#)).

1. Par l'arrêt précité du 8 janvier 2025, la chambre commerciale a tiré les conséquences juridiques de la nature du communiqué sanctions, en retenant que l'application des critères prévus par cet instrument de *soft law* était souveraine (§§ 28, 31, 36 et 40). En effet, le contrôle de la violation de la loi (ou, depuis le décret du 22 mai 2008, de la « règle de droit ») et du manque de *base légale* suppose l'application de normes juridiques (J.-F. Weber (dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile* , n° 434, qui prend l'exemple des « circulaires », exclues du contrôle de qualification, pour illustrer ce point).
1. Cela n'exclut pas tout contrôle de la part de la Cour de cassation, lequel porte sur l'existence et la suffisance de la motivation, sans substituer une autre appréciation à celle de la cour d'appel de Paris. Ce contrôle de la motivation doit permettre de sanctionner une absence ou insuffisance de motifs, qui ne répondraient pas à des moyens opérants, qui seraient impropres ou contradictoires au regard des autres motifs ou constats faits par la cour d'appel, ou encore qui ne seraient pas cohérents avec la méthode que la cour d'appel prétendrait appliquer strictement (voir, *mutatis mutandis* , si le choix d'une méthode d'évaluation d'un préjudice économique est souverain, les juges du fond doivent respecter la méthode qu'ils prétendent suivre : Com., 28 septembre 2022, pourvoi n° [21-20.357](#)).
1. Il peut d'ailleurs être remarqué que les arrêts précités ayant donné lieu à un contrôle de qualification de la notion de valeur des ventes ont le plus souvent sanctionné l'incohérence de l'appréciation faite par les juges du fond à l'égard du communiqué sanctions, dont ils entendaient faire application, ou à l'égard de leurs propres constats et appréciations.
1. Les questions de l'individualisation, de la proportionnalité et de l'égalité de traitement quant à la détermination de la sanction font l'objet de plusieurs griefs qui font l'objet de propositions de RNSM .

4.6.2 - Propositions de RNSM sur M3b1, 2, 5 et 6 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram

1. - **M3b1 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** concerne la condamnation au titre du grief n° 2 et reproche à la cour d'appel d'avoir retenu par des motifs impropres que l'entente s'était étendue aux accessoires (câbles, accessoires de protection ou de rangement etc.) et que la valeur des ventes de ces accessoires devait ainsi être intégrée dans le calcul de l'assiette de la sanction pécuniaire prononcée à leur encontre (défaut de base légale au regard des articles L. 464-2 du code de commerce, 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).
1. Les sociétés Ingram soutiennent que la cour d'appel a retenu dans le périmètre de la valeur des ventes en lien avec l'infraction les accessoires des produits Apple (câbles, accessoires de protection ou de rangement etc.), en se fondant sur une seule pièce (figurant à la cote 26446), qui ne pouvait pas être comprise en ce sens. Elles ajoutent que cela est d'autant plus problématique que les accessoires représentaient une part

substantielle du chiffre d'affaires d'Ingram, parfois équivalent, voire supérieur, à celui réalisé avec d'autres produits *hardware* (iMac, iPads et iPods).

1. **Mais**, ce grief, qui critique l'appréciation souveraine par la cour d'appel de la portée des éléments de preuve qui lui ont été soumis, n'est pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt.

1. En tout état de cause, contrairement à ce qu'énonce le moyen, la cour d'appel s'est fondée sur une pluralité d'éléments, dont plusieurs courriels, pour retenir que les pratiques en cause avaient également porté sur les accessoires de marque Apple (arrêt, §§ 215, 274, 295, 724).

1. - **M3b2 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** reproche à la cour d'appel d'avoir considéré que la sanction infligée aux sociétés Ingram devait être évaluée par référence au chiffre d'affaires réalisé sur les ventes en relation avec l'infraction, en retenant que la société Ingram n'était pas juridiquement un intermédiaire ou un commissionnaire d'Apple, cependant que la détermination de l'assiette la mieux à même de refléter l'ampleur économique de l'infraction et le poids relatif de l'entreprise obéit à une logique économique et non pas strictement juridique, de sorte qu'il lui appartenait de se déterminer en fonction de la place réelle d'Ingram dans la chaîne de distribution des produits Apple, compte tenu notamment des politiques commerciales d'Apple et de la structure du marché (défaut de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les points 23, 35 et 39 du communiqué sanction du 16 mai 2011).

1. **Mais**, ce grief manque en fait.

1. D'une part, par le motif critiqué, la cour d'appel ne faisait que répondre à un moyen qu'elle venait de rappeler (arrêt, § 704), selon lequel Ingram prétendait n'être qu'« *un intermédiaire logistique* » ayant un rôle limité dans la chaîne de distribution, alors qu'elle était l'un des deux grossistes agréés pour distribuer des produits Apple en France. L'Autorité, par des motifs adoptés par la cour d'appel, avait également retenu que « *ni Ingram ni Tech Data n'interviennent juridiquement comme des prestataires logistiques ou comme des commissionnaires à la vente, mais [exercent] une activité de grossiste, impliquant un transfert de propriété des produits acquis auprès de leur fournisseur. Ainsi, Ingram et Tech Data sont propriétaires de leur stock, et leurs revenus ne sont pas composés d'une commission perçue auprès d'Apple mais d'un chiffre d'affaires généré auprès de leurs clients, ce dont témoignent d'ailleurs les données relatives à la valeur des ventes fournies par ces requérantes* » (décision, § 556).

1. D'autre part, après avoir rappelé les raisons économiques énoncées par le communiqué sanctions pour justifier le recours au critère de la valeur des ventes en lien avec l'infraction, comme assiette du montant de base de la sanction, et la possibilité offerte à l'Autorité par le communiqué d'y faire exception (point 39 du communiqué) lorsque l'application de ce critère aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée la gravité objective de l'infraction (arrêt, §§ 710-712), la cour d'appel a souverainement retenu que « *rien ne justifie dans les éléments de cette affaire de faire application de la dérogation prévue au point 39 précité. En effet, d'une part, les pratiques ont eu pour objet une répartition de clientèle et de produits et ainsi de restreindre tant la clientèle à laquelle un grossiste pouvait vendre les produits Apple (hors iPhone) que la concurrence des grossistes à l'égard d'Apple dans le cadre de leur activité de vente en gros de ces produits, d'autre part, les grossistes ne sont pas de simples prestataires logistiques ou commissionnaires à la vente, puisqu'un transfert de*

propriété intervient à leur bénéfice concernant les produits acquis auprès d'Apple » (§ 713).

1. Ce faisant, la cour d'appel a bien apprécié le poids économique d'Ingram dans les segments de marché concernés et ne s'est pas contentée de qualifier juridiquement son rôle dans le réseau de distribution.

1. - **M3b5 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** reproche à la cour d'appel d'avoir, au titre du montant de la sanction, fixé le début des pratiques à la date du début des pratiques reprochées à la société Ingram, c'est-à-dire le 25 novembre 2009, en référence à un courriel du même jour envoyé par cette société à Apple sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas des autres mentions de ce courriel que l'échange concerné se bornait à évoquer la diffusion, par Apple, de recommandations de priorités de livraisons (défaut de base légale au regard de l'article L.464-2 du code de commerce et des points 22 et 42 du communiqué sanctions).

1. **Mais**, ce grief, qui n'allègue aucune dénaturation du courrier mentionné ni défaut de réponse à conclusions, critique en réalité l'appréciation souveraine par la cour d'appel de la portée d'un élément de preuve, n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt.

1. - **M3b6 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram** reproche à la cour d'appel d'avoir, pour majorer la sanction prononcée à l'encontre d'Ingram au regard de sa gravité, affirmé que les pratiques dénoncées avaient également abouti à une restriction des ventes passives (ventes par Internet), sans préciser sur quels éléments elle se fondait (violation de l'article 455 du code de procédure civile).

1. **Mais**, le motif critiqué de la cour d'appel est le suivant : *« concernant la gravité des pratiques, il résulte des analyses qui précèdent que les pratiques en cause ne se sont pas limitées à définir un ordre de priorité dans les livraisons aux clients, mais ont consisté à pratiquer des allocations de clientèle et de quantités contraignantes qui ont pu, dans certains cas, avoir une incidence sur l'acceptation de la commande et étaient de nature à avoir un impact sur la conclusion de certaines ventes dans un secteur où les produits se déprécient vite. Le système était ainsi de nature à empêcher, ou du moins restreindre, les ventes tant actives que passives des grossistes, tant à l'égard de distributeurs établis sur le territoire national que sur celui d'un autre État membre »* (arrêt, § 413) [nous soulignons].

1. L'Autorité avait retenu dans le même sens que : *« Le modèle de distribution conçu par Apple aurait dû avoir pour conséquence que, les grossistes n'étant pas protégés des ventes actives à leur clientèle, auraient pu se faire concurrence sur le marché de gros et aussi concurrencer Apple sur ce marché. En outre, en choisissant dans les faits d'affecter des clients, au coup par coup, à ses grossistes, ces clients pouvant passer d'un grossiste à l'autre selon la décision d'Apple, les grossistes ne pouvaient se faire concurrence, ni activement, ni passivement »* (décision, § 732).

1. Il en résulte que, sans méconnaître son obligation de motivation, la cour d'appel a justifié sa décision d'inclure dans le périmètre des pratiques illicites les ventes passives, à l'issue d'une appréciation souveraine de l'objet de l'entente dont elle a déduit que le système d'allocations litigieux empêchait les grossistes de décider librement des clients auxquels ils pouvaient vendre leurs produits, sans distinction entre ceux les ayant directement contactés ou ceux ayant souhaité procéder à des achats en ligne.

1. Ce grief, qui critique le pouvoir souverain d'appréciation des faits par la cour d'appel, n'est manifestement pas fondé.

1. Ces griefs ne sont donc manifestement pas de nature à entraîner la cassation. Il est proposé de les rejeter par une décision non spécialement motivée.

4.6.3 - Propositions de RNSM sur M3b3 et b4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram et M3b1, b2 et b6 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data

1. - M3b3 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'égalité de traitement en retenant que les sanctions devaient être uniformément évaluées par référence aux chiffres d'affaires respectifs des entreprises condamnées, réalisés sur les ventes en relation avec l'infraction, sans tenir compte de la faiblesse du niveau de marge des grossistes et cependant qu'elle avait constaté le rôle prépondérant des sociétés Apple dans l'initiative et la mise en œuvre des pratiques litigieuses (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce).

1. - M3b4 du pourvoi n° V 22-22.623 des sociétés Ingram reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes d'individualisation et d'égalité de traitement en fixant, de manière identique, le montant de base des sanctions encourues par Apple et chacun de ses grossistes à 7 % de la valeur de leurs chiffres d'affaires générés par la vente des produits en relation avec l'infraction, cependant qu'elle relevait qu'Apple avait joué un rôle central dans la définition de la politique d'allocation en cause et avait, par ses propres choix industriels et commerciaux, suscité la situation de « contrainte » par laquelle elle avait entendu justifier les allocations données à ses grossistes (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce).

1. - M3b1 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data reproche à la cour d'appel d'avoir fixé la valeur des ventes en lien avec l'infraction, par référence au chiffre d'affaires des entreprises impliquées, en comptabilisant deux fois les ventes des mêmes produits, l'une au titre de la sanction fixée sur la base du chiffre d'affaires d'Apple, l'autre au titre des sanctions fixées sur la base des chiffres d'affaires respectifs des deux grossistes, ce qui correspond à un montant cumulé qui excède 100 % du marché retenu et ne reflète donc pas l'importance du dommage causé à l'économie (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce).

1. - M3b2 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'égalité de traitement en retenant que les sanctions devaient être uniformément évaluées par référence aux chiffres d'affaires respectifs des entreprises condamnées, réalisés sur les ventes en relation avec l'infraction, sans tenir compte de la faiblesse du niveau de marge des grossistes et cependant qu'elle avait constaté le rôle prépondérant des sociétés Apple dans l'initiative et la mise en œuvre des pratiques litigieuses (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce).

1. - **M3b6 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'égalité de traitement en fixant le montant de base des sanctions encourues par Apple et chacun de ses grossistes à un pourcentage identique de la valeur de leurs chiffres d'affaires générés par la vente des produits en relation avec l'infraction, cependant qu'elle relevait qu'Apple avait joué un rôle central dans la définition de la politique d'allocation en cause et avait, par ses propres choix industriels et commerciaux, suscité la situation de « contrainte » par laquelle elle avait entendu justifier les allocations données à ses grossistes (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce).

1. Sur le fond, les sociétés Ingram et Tech Data contestent le principe même, en présence d'une entente verticale, de se référer à la valeur des ventes de chaque participant à l'infraction, comme assiette de calcul du montant de base de la sanction. Elles considèrent que le critère pertinent aurait dû être leur marge brute sur les ventes de produits Apple, compte tenu, d'une part, qu'Apple leur laissait très peu de liberté pour fixer leurs propres prix de revente, d'autre part, que leur marge sur les ventes des produits Apple était très faible. Elles ajoutent que la prise en compte de leur chiffre d'affaires conduit à comptabiliser deux fois une même valeur de ventes, alors qu'il ne fait pas de doute que ce chiffre d'affaires ne faisait concrètement que transiter par leur intermédiaire, de sorte que la somme des chiffres d'affaires pris en compte pour les parties sanctionnées s'est révélée largement supérieure à 100 % du segment de marché considéré. Elles font enfin valoir que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constats en vertu desquels Apple avait eu un rôle central dans la définition de la politique en cause d'allocation de commandes et dans les situations de « contrainte » censées la justifier et qu'elle a donc méconnu le principe de l'égalité de traitement en appliquant aux entreprises condamnées le même coefficient de 7% sur la valeur des ventes.

1. Tous ces griefs, y compris ceux soulevés par Tech Data, sont tirés de la violation de la loi.

1. **Mais**, les questions de la détermination du montant de la sanction, de la mise en œuvre à ce titre du communiqué sanctions ainsi que celle de la proportionnalité de la sanction relèvent du pouvoir souverain d'appréciation de la cour d'appel, ainsi qu'il ressort d es rappels de droit faits précédemment aux §§ 438 et s. du présent rapport.

1. Il en va de même de l'application du principe d'égalité de traitement, dès lors que la cour d'appel a bien veillé à appliquer le même critère de détermination de la sanction à l'égard d'entreprises se trouvant, au regard de ce critère, dans la même situation (Com., 8 janvier 2025, pourvoi n° [22-22.676 et a.](#)). Or, ce qui est contesté au titre de ce dernier principe n'est pas l'application de critères différents pour chaque participant à l'infraction, mais la pertinence même du critère choisi par la cour d'appel, en conformité avec le communiqué sanctions, et appliqué à toutes les entreprises sanctionnées.

1. Pour ces seuls motifs, ces griefs ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt.

1. **En tout état de cause** , et sur le fond, il convient de rappeler que l'objet de cette étape du raisonnement est de déterminer le « montant de base » de la sanction, pour chaque participant à l'infraction, en fonction de la gravité objective de l'infraction elle-même. Cette gravité de la pratique anticoncurrentielle est appréciée en référence, d'une part, à la « gravité des faits », d'autre part, au « dommage à l'économie ».
1. Il n'est donc pas question à ce stade du raisonnement d'apprécier l'implication (subjective) de chaque participant à l'infraction et de tenir compte à ce titre des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement (point 25 du communiqué sanctions).
1. Ces deux éléments, la gravité des faits et le dommage à l'économie, sont déterminés en référence à des critères exclusivement liés à la nature de l'infraction et à sa portée, respectivement énoncés aux points 26 et 32 du communiqué, qui doivent conduire l'Autorité à fixer un coefficient entre 0 et 30%. Ce coefficient est ensuite appliqué sur la valeur des ventes des produits en lien avec l'infraction, réalisée par chacune des entreprises en cause sur le marché ou secteur de marché concerné. Cette valeur des ventes est calculée en référence au chiffre d'affaires de chaque entreprise, puisque, comme cela a été rappelé précédemment, la question est ici de déterminer la gravité objective de l'infraction sur le marché concerné et non l'implication de chaque entreprise ni, partant, le profit qu'elle a pu en tirer.
1. Par ailleurs, comme l'explique le communiqué sanctions (point 23) : « *La valeur [des ventes en lien avec l'infraction] 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* ».
1. L'application d'un même pourcentage à tous les participants permet donc de prendre en compte le poids économique de chacun sur le secteur du marché concerné, et ne conduit donc pas à traiter de manière identique des situations objectivement différentes.
1. **En l'espèce** , la cour d'appel a écarté l'argumentation des entreprises Ingram et Tech Data selon laquelle le recours au critère de la valeur des ventes des produits en lien avec l'infraction, comme assiette du montant de base de la sanction, était inapproprié en matière d'entente verticale et conduisait à prendre en compte deux fois les ventes des mêmes produits, d'abord entre la société Apple et ses grossistes, ensuite entre ces derniers et leurs clients, aux motifs que : « *Apple et ses grossistes sont des entreprises indépendantes les unes des autres (supportant distinctement la charge de la sanction qui leur est infligée) et [qu'il] ne s'agit ici que de refléter la participation à l'infraction de chacune d'elles, au niveau qui est le leur* » (arrêt, § 716).
1. Elle avait préalablement retenu, au titre de l'opportunité de faire application de l'article 39 du communiqué sanctions, permettant de déroger au seul au critère de la valeur des ventes, que « *d'une part, les pratiques ont eu pour objet une répartition de clientèle et de produits et ainsi de restreindre tant la clientèle à laquelle un grossiste pouvait vendre les produits Apple (hors iPhone) que la concurrence des grossistes à l'égard d'Apple dans le cadre de leur activité de vente en gros de ces produits, d'autre part, les grossistes ne sont pas de simples prestataires logistiques ou commissionnaires à la*

vente, puisqu'un transfert de propriété intervient à leur bénéfice concernant les produits acquis auprès d'Apple » (§ 713 ; voir également § 732).

1. Ainsi, comme l'a retenu la cour d'appel, l'infraction a eu pour objet de restreindre la concurrence intra-marque sur la vente des produits de marque Apple (hors iPhone), entre les grossistes et Apple sur le marché de gros, d'une part, et entre les détaillants et les canaux de distribution en propre d'Apple sur le marché de détail, d'autre part, de sorte qu'il était pertinent de prendre en compte la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise pour refléter son poids économique sur les différents segments du marché sur lesquels elles étaient intervenues.

1. Il n'y a donc eu aucune atteinte aux principes d'individualisation, de proportionnalité et d'égalité de traitement, ni d'atteinte aux autres textes visés par les griefs.

1. Ces griefs ne sont donc manifestement pas de nature à entraîner la cassation. Il est proposé de les rejeter par une décision non spécialement motivée.

4.6.4 - Propositions de RNSM sur M3b3, b4, b5 et b7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data

1. - **M3b3 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité et d'individualisation de la sanction, en déterminant le début des pratiques imputées à la société Tech Data en se fondant sur un élément de preuve de l'acquiescement d'Ingram à l'invitation d'Apple sans établir son propre acquiescement (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce).

1. **Mais**, ce grief manque en fait et critique en réalité l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuve qui lui étaient soumis. En effet, la cour d'appel n'a pas déduit l'acquiescement de Tech Data de celui d'Ingram, mais a caractérisé l'acquiescement à la pratique anticoncurrentielle des deux grossistes (arrêt, §§ 166 et s. Ainsi que § 797 ; voir également § 79 du présent rapport), puis a inféré le point de départ de cette pratique commune en se référant à un courriel adressé par Ingram à Apple qu'elle a souverainement interprété comme établissant l'existence de la pratique elle-même qui ne pouvait pas fonctionner sans les trois entreprises (§§ 381 et 797).

1. - **M3b4 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité et d'individualisation de la sanction, en retenant dans le périmètre des ventes en lien avec l'infraction, l'existence d'un accord entre Tech Data et Apple incluant plusieurs produits de la gamme Apple pour lesquels aucun élément de preuve impliquant Tech Data n'était apporté (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce).

1. **Mais**, ce grief manque en fait et critique en réalité l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuve qui lui étaient soumis, aux termes de laquelle elle a défini le périmètre des produits objets de la pratique anticoncurrentielle (arrêt, §§ 215 à 219), en s'appuyant, notamment, sur des échanges de courriels entre Apple et Tech Data (§ 215).

1. - **M3b5 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité et d'individualisation de la sanction, en confirmant le périmètre des ventes en lien avec l'infraction retenue par l'Autorité à l'égard de Tech Data, dont elle constatait pourtant qu'il tenait compte des ventes de licences et logiciels Apple qui n'avaient pas fait l'objet des pratiques retenues, et ce au motif inopérant qu'elle n'était pas saisie par Tech Data d'une contestation concernant ce périmètre des ventes (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 464-2 du code de commerce).

1. **Mais**, ce grief est manifestement irrecevable comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit. Aucune discussion ne s'est nouée devant l'Autorité à ce sujet. L'Autorité a déterminé la valeur des ventes sur la base des éléments qui lui ont été fournis par les entreprises en cause, sans autre précision s'agissant de la prise en compte ou non des licences et logiciels Apple ainsi que sur le montant de ces ventes (§§ 1205 et s., et note n° 709). Devant la cour d'appel, seule la société Ingram a soulevé un moyen à ce titre et critiqué la prise en compte, la concernant, de la valeur des ventes des licences et logiciels Apple. La cour d'appel a relevé qu'elle n'était saisie d'aucune contestation à ce titre de la part des sociétés Tech Data ; rien ne l'obligeait à soulever d'office ce moyen, qui n'était pas de pur droit, et à rouvrir les débats.

1. - **M3b7 du pourvoi n° W 22-22.647 des sociétés Tech Data** reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes de proportionnalité et d'individualisation, en ne tenant compte ni au stade de l'appréciation de la gravité du comportement personnel de Tech Data ni au stade de l'examen des circonstances atténuantes, de l'objectif légitime poursuivi par les grossistes en participant au mécanisme d'allocations en litige, d'une gestion équilibrée de l'approvisionnement des produits Apple auprès des clients revendeurs en périodes de contrainte (violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 464-2 du code de commerce).

1. **Mais**, ce grief se heurte à l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui a retenu que le mécanisme d'allocation litigieux, auquel avait participé Tech Data, n'avait ni servi à assurer une gestion équilibrée de l'approvisionnement en produits de marque Apple auprès des détaillants en période de contrainte ni permis de le faire (arrêt, §§ 341-343), de sorte qu'elle n'avait pas à prendre en compte un tel élément aux fins de l'individualisation du montant de la sanction.

1. **Il est donc proposé de rejeter les troisième moyens des pourvois n° V 22-22.623 et W 22-22.647 par une décision non spécialement motivée.**

4.6.5 - Propositions de RNSM sur M4 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple

1. Dans une branche unique, les sociétés Apple reprochent à la cour d'appel une violation de son obligation de statuer en droit comme en fait sur les pratiques reprochées, et sanctions prononcées, en retenant une sanction distincte au titre de chacune des deux infractions retenue au motif que l'Autorité avait pu valablement prononcer trois sanctions distinctes, quand il lui appartenait d'examiner la possibilité d'infliger aux sociétés Apple une sanction unique, dans les limites des deux seules infractions dont elle a confirmé l'existence (violation des articles 561 et 562 du code de procédure civile et L. 464-2 du code de commerce).

1. **Mais** , par un arrêt Com., 22 novembre 2016, pourvoi n° [14-28.862](#), [14-28.224](#) , la chambre commerciale a considéré, qu'en présence de plusieurs infractions commises par une même entreprise, le choix de prononcer plusieurs sanctions au titre de chaque pratique ou une seule pour l'ensemble des pratiques, « *eu égard à l'identité ou à la connexité des secteurs ou des marchés en cause et à l'objet général des pratiques* », relève du pouvoir souverain d'appréciation par la cour d'appel du caractère proportionné de la sanction.

1. En l'espèce, la cour d'appel de Paris a statué en fait et en droit sur toutes les demandes dont elle était saisie et a motivé son refus de ne prononcer à l'encontre d'Apple qu'une seule sanction au titre des pratiques d'allocation de clientèle et de produits, d'une part, et l'exploitation abusive de la dépendance économique des APR, d'autre part, en tenant compte du fait que ces deux pratiques n'avaient pas le même objet, qu'elles n'intervenaient pas exactement sur le même marché ou segment de marché, ni sur la même période (arrêt, §§ 686-689).

1. Ce grief, qui manque en fait et en droit, n'est donc manifestement pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt.

4.6.6 - Propositions de RNSM sur M5 du pourvoi n° D 22-22.677 des sociétés Apple

1. Les sociétés Apple reprochent à la cour d'appel d'avoir retenu les ventes en ligne dans la valeur des ventes constituant l'assiette de la sanction, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les ventes en lignes de certains produits ne constituaient pas un marché distinct au moment des faits, de sorte qu'elles ne pouvaient pas être affectées par les pratiques en cause (défaut de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce).

1. **Mais** , d'une part, la délimitation de la valeur des ventes relève du pouvoir souverain d'interprétation de la cour d'appel, d'autre part, comme cela a été dit en réponse à la sixième branche du troisième moyen du pourvoi n° V 22-22.623 (voir supra § 459 et s.), la cour d'appel a suffisamment justifié l'inclusion des ventes en ligne dans le périmètre des ventes affectées par la pratique litigieuse.

1. Ce grief n'est donc manifestement pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt.

1. Il est proposé de le rejeter les quatrième et cinquième moyens du pourvoi n° D 22-22.677 par une décision non spécialement motivée.

4.6.7 - Propositions de RNSM sur M3 du pourvoi n° G 22-22.727 du président de l'Autorité

1. Le président de l'Autorité reproche à la cour d'appel d'avoir insuffisamment motivé sa décision de réduire les taux de majoration retenus par l'Autorité, en retenant qu'ils étaient « disproportionnés » et que les coefficients qu'elle y substituait suffisaient à garantir le prononcé de sanctions satisfaisant les objectifs de répression et de dissuasion, cependant que, compte-tenu de la très faible part du chiffre d'affaires retenu comme base de calcul de la sanction, le coefficient d'aggravation pour appartenance à un groupe retenu par l'Autorité aboutissait à une sanction maximum d'à peine 1% du chiffre d'affaires mondial hors taxes des entreprises, quand le maximum légal est de 10% (défaut de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa version issue de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017).

1. **Mais** , la cour d'appel a énoncé les raisons pour lesquelles elle a réduit les taux de majoration qui avaient été retenus par l'Autorité (§§ 777-785), de sorte que, sous couvert d'un défaut de base légale, le grief critique en réalité le pouvoir souverain de la cour d'appel quant à la détermination du montant de la sanction, son individualisation et l'appréciation de son caractère proportionné.

1. Ce moyen n'est donc pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt. Il est proposé de le rejeter par une décision non spécialement motivée.

1. C'est à la lumière de ces éléments que la chambre appréciera les mérites des pourvois.

Tableau des griefs

Pourvoi	Griefs / (RNSM)	Numéro de paragraphe
22-22.623 (Ingram)	M1B1 (RNSM)	80
	M1B2 (RNSM)	82
	M1B3 (RNSM)	85
	M1B4 (RNSM)	91
	M1B5 (RNSM)	96
	M1B6	109
	M2B1	232
	M2B2 (RNSM)	263
	M2B3	206
	M2B4	208
	M2B5 (RNSM)	265
	M2B6	179
	M2B7	235
	M2B8	215
	M2B9	180
	M2B10 (RNSM)	259
	M2B11 (RNSM)	261
	M3B1 (RNSM)	447
	M3B2 (RNSM)	451
	M3B3 (RNSM)	464
	M3B4 (RNSM)	465
	M3B5 (RNSM)	456
	M3B6 (RNSM)	458
22-22.647 (Tech data / Synnex)	M1B1	43
	M1B2 (RNSM)	78
	M1B3 (RNSM)	99
	M1B4 (RNSM)	99
	M1B5 (RNSM)	104

	M1B6	109
	M1B7	109
	M2B1	177
	M2B2	180
	M2B3 (RNSM)	268
	M2B4 (RNSM)	251
	M2B5	203
	M2B6 (RNSM)	266
	M2B7 (RNSM)	271
	M2B8 (RNSM)	254
	M2B9	234
	M2B10 (RNSM)	256
	M3B1 (RNSM)	466
	M3B2 (RNSM)	467
	M3B3 (RNSM)	484
	M3B4 (RNSM)	486
	M3B5 (RNSM)	488
	M3B6 (RNSM)	468
	M3B7 (RNSM)	490
22-22.677 (Apple)	M1B1	43
	M1B2	43
	M1B3	43
	M1B4	43
	M1B5	43
	M2B1 (RNSM)	76
	M2B2	109
	M2B3 (RNSM)	78
	M2B4	137
	M2B5 (RNSM)	106/107
	M2B6	178
	M2B7	178
	M2B8	180
	M2B9	217 + 180
	M2B10	181
	M2B11 (RNSM)	249
	M2B12	234
	M2B13	209
	M2B14	218
	M3B1	302
	M3B2 (RNSM)	291

	M3B3	303
	M3B4	304
	M3B5 (RNSM)	293
	M3B6 (RNSM)	294
	M3B7	338
	M3B8 (RNSM)	334
	M3B9	340
	M3B10	340
	M4 (RNSM)	493
	M5 (RNSM)	497
22-22.727 (ADLC)	M1	127
	M2B1	369
	M2B2	370
	M2B3	372
	M2B4	373
	M2B5	374
	M2B6	375
	M2B7	375
	M2B8	376
	M3 (RNSM)	501

¹ Pour mémoire, les articles L. 463-4 et L. 464-10 concernent, pour le premier, le secret des affaires et, pour le second, la procédure de transaction

² L'arrêt utilise le verbe « relever » et non « signaler ».

³ Voir les Lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité , J.O. n° C 101 du 27/04/2004 .

⁴ « Mais attendu que l'arrêt constate que les comptes-rendus de réunion produits font état d'accords entre la société Nocibé et ses fournisseurs et relève la convergence entre ces éléments et les déclarations du président du directoire de cette société ; qu'il retient que l'accord de la société Sephora à l'entente avec ses fournisseurs est établi par les déclarations de trois dirigeants de magasins ayant indiqué que la politique de prix de l'enseigne est de respecter les préconisations tarifaires des « grandes marques » en s'abstenant de « casser les prix » ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, desquelles il résulte que l'adhésion à l'entente des sociétés Nocibé et Sephora a été établie au moyen de preuves directes, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches ni de répondre à des conclusions que ces constatations rendaient inopérantes, et qui s'est référée aux paragraphes de la décision du Conseil indiquant précisément que les comptes-rendus appréhendés étaient relatifs à un accord sur les prix et taux de remises autorisés, a légalement justifié sa décision [...] » (réponse aux deuxième moyen des pourvois, n° A1214584 pris en ses deuxième à cinquième branches et B 12-14.401 pris en ses troisième à cinquième branches, réunis)

⁵ Décision n° 18-D-26 du 20 décembre 2018, relative à relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique. Voir également, la décision n° 23-D-12 du 11 décembre 2023, selon laquelle « [...] l'accord de

volontés entre Mariage Frères et ses distributeurs est établi par des preuves documentaires directes corroborées par des éléments de nature comportementale . » (§ 118 de la décision) .

⁶ Article 1583 du code civil « *[la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé .* »

⁷ En l'occurrence Tech Data, car le moyen invoqué l'était à l'occasion de l'examen des éléments démontrant l'acquiescement de cette entreprise.

⁸ Il est précisé au § 158 de l'arrêt que le système d'allocations de produits dit « de premier niveau » est appliqué par Apple entre, d'une part, les grossistes agréés et, d'autre part, ses différents partenaires directs, tels que les APR directs. Ce système repose sur le principe du « *fair share* » dit aussi répartition équitable, il se fonde sur un dispositif contractuel de recueil d'informations auprès des grossistes et des APR qui permet à Apple de gérer le stock et de déterminer les besoins en production.

⁹ Il est précisé au § 40 de l'arrêt que le « *fast ship program* » [programme d'expédition rapide] est un système de livraison spécifique relatif aux nouveaux produits, et contractuellement prévu dans les conditions de distribution d'Apple. Apple détermine pour chaque grossiste et revendeur direct le volume de produits à allouer pour une livraison unique, en se fondant principalement sur les données historiques dont il dispose.

¹⁰ Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

¹¹ Pour mémoire, l'article 2 ainsi cité dispose que : « *Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux . [...]* ».

¹² D. Bosco, Contrats-concurrence - consommation - n° 3 - Mars 2020, Comm. 49.

¹³ En réponse aux troisième moyen, pris en ses première et troisième branches, du pourvoi n° X 16-25.936, le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche, du pourvoi n° D 16-26.586, le septième moyen, pris en ses première et deuxième branches, du pourvoi n° N 16-26.479 et le deuxième moyen, pris en ses première et troisième branches, du pourvoi n° G 16-26.475, rédigés en termes similaires ou identiques, réunis .

¹⁴ Définie par l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement n° 330/2010 comme « [...] *un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.* »

¹⁵ 11 pour les sociétés Ingram, 10 pour les sociétés Tech Data et 8 pour les sociétés Apple.

¹⁶ concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (applicable aux pratiques en cause antérieures au 1^{er} juin 2010)

¹⁷ concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (applicable pour les pratiques qui sont postérieures au 1^{er} juin 2010)

¹⁸ Communication de la Commission (2000/C 291/01) .

¹⁹ § 413 « [...] il résulte des analyses qui précèdent que les pratiques en cause ne se sont pas limitées à définir un ordre de priorité dans les livraisons aux clients, mais ont consisté à pratiquer des allocations de clientèle et de quantités contraignantes qui ont pu, dans certains cas, avoir une incidence sur l'acceptation de la commande et étaient de nature à avoir un impact sur la conclusion de certaines ventes dans un secteur où les produits se déprécient vite. Le système était ainsi de nature à empêcher, ou du moins restreindre, les ventes tant actives que passives des grossistes, tant à l'égard de distributeurs établis sur le territoire national que sur celui d'un autre État membre. » - Ce paragraphe se trouve dans la partie « E. Gravité des pratiques et dommage à l'économie » de l'arrêt .

²⁰ Il s'agit d'une hausse des commissions d'interchange qui aurait été constatée , contrairement à l'effet de discipline sur les prix que la concurrence exerce habituellement dans une économie de marché , relevée dans le point précédent

²¹ TUE, 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services , T-168/01

²² CJUE, 13 juillet 1966, Consten et Grundig, 56/64 , p. 496 et 497

²³ CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09

²⁴ CJUE, 22 juin 2023 , Super Bock Bebidas, C-211/22

²⁵ L'affaire Allianz Hungária Biztosító concernait des accords par lesquels des sociétés d'assurance automobile s'entendaient bilatéralement soit avec des concessionnaires d'automobiles, soit avec une association représentant ces derniers sur le taux horaire à payer par la société d'assurances pour la réparation de véhicules assurés par celle-ci. L'affaire Visma Enterprise concernait des accords de distribution de logiciels informatiques.

²⁶ Production n° 2

²⁷ Paragraphe 193 des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales 2022/C 248/01 : « Dans le cadre d'un contrat d'exécution, le fournisseur conclut un accord vertical avec un acheteur aux fins de l'exécution d'un contrat de fourniture conclu antérieurement entre le fournisseur et un client spécifique. Lorsque le fournisseur sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur n'est pas une pratique de prix de vente imposés. Dans ce cas, le prix de vente imposé dans le contrat d'exécution ne restreint pas la concurrence pour la fourniture des biens ou des services au client ni la concurrence pour la fourniture des services d'exécution. C'est le cas, par exemple, lorsque des clients achètent des biens à une entreprise active dans l'économie des plateformes en ligne qui est exploitée par un groupe de détaillants indépendants sous une marque commune et que cette entreprise détermine le prix de vente des biens et transmet des commandes aux détaillants en vue de leur exécution(109). En revanche, lorsque le client sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur peut restreindre la concurrence pour la prestation des services d'exécution. Dans ce cas, l'imposition d'un prix de vente peut équivaloir à une pratique de prix de vente imposés. »

²⁸ Ces autres éléments étant pour mémoire, la rédaction de l'article 101 du TFUE citant expressément cette pratique comme étant prohibée, l'existence de plusieurs décisions tant en droit de l'Union qu'en droit interne.

²⁹ Cf. §§ 75 à 78 de la décision de l'Autorité.

³⁰ Cette version résulte de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - Elle a été modifiée par l'ordonnance n° 2019-698 du 3 juillet 2019 qui a modifié les références de textes des pratiques discriminatoires.

³¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

[32](#) Ancienne dénomination des APR

[33](#) Les retailers correspondent aux acteurs de la grande distribution généraliste comme Auchan, Carrefour, Casino, Cora, E. Leclerc, Hyper U, Super U, Metro ou spécialisée FNAC, Darty, Boulanger, Conforama, Expert, The Phone House. Cf. § 68 de la décision de l'Autorité .

[34](#) Agrément de base

[35](#) Distributeurs sans agrément

[36](#) Plutôt qu'à la situation même de position dominante (note des rapporteurs) .

[37](#) « *Apple Online Store* »

[38](#) Autorité, décision n° 16-DCC-11 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac

[39](#) Autorité, décision n° 11-DCC-87 du 10 juin 2011, § 38.

[40](#) Règlement (UE) N°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

[41](#) L'article 2 rappelle que conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux et il énonce les conditions particulières de cette exemption.

[42](#) Professeur Catherine Prieto, « La distinction entre les relations verticales et les relations horizontales : les limites de la notion d'accord et des catégories juridiques », décembre 2008, Concurrences, 4-2008, article n° 22104.

[43](#) CJUE, 29 juin 2023, Super Bock Bebidas SA, C-211/22

[44](#) Sur le deuxième moyen du pourvoi, n 12-14.632 pris en ses première, deuxième, troisième et sixième branches, n s 12-14.595, 12-14.597, 12-14.598 pris en leurs deuxième et troisième branches, 12-14.624 pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième et septième branches, etc ...

[45](#) Cf. La note de bas de page 46 ci-dessous.

[46](#) Les prix PAS (pour prix Apple store) correspondent aux prix pratiqués par Apple dans ses propres magasins (Apple Store ou en ligne). Ce prix est désigné sous l'acronyme « ALP » (pour « Apple List/Listed Price ») dans les contrats d'Apple. Cf. § 336 de la décision n° 20-D-04 .

[47](#) Il s'agit d'opérations de contrôle de l'activité des APR effectués régulièrement par Apple pour vérifier le respect des consignes édictées par elle (Cf. § 369 de la décision 20-D-04)

[48](#) Une nouvelle version de ce communiqué a été adoptée le 30 juillet 2021 , notamment pour tirer les conséquences de la transposition, par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 , de la directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018 , dite ECN+, ayant notamment supprimé le critère du dommage à l'économie comme élément d'appréciation de la gravité de l'infraction .

⁴⁹ Sur la détermination de la valeur des ventes, voir Com., 8 janvier 2025, précité , §§ 28 et 31 ; Com., 18 octobre 2023, pourvoi n° [20-17.092](#) ; Com., 22 septembre 2021, pourvoi n° [18-21.485 et a.](#) ; Com., 16 septembre 2020, pourvoi n° [18-11.034](#) ; Com., 2 septembre 2020, pourvoi n° [18-18.501 et a.](#) ; Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° [16-17.226 et a.](#) ; Com., 4 octobre 2017, pourvoi n° [14-29.542 et a.](#) ; Com., 21 juin 2017, pourvoi n° [15-25.941](#) ; Com., 22 novembre 2016, pourvoi n° [14-28.862 et a.](#) .

⁵⁰ Voir ainsi également, Com., 21 octobre 2014, pourvoi n° [13-16.602 et a.](#) , Bull. 2014, IV, n° 152 ; Com., 7 octobre 2014, pourvoi n° [13-19.476](#) ; Com., 11 juin 2013, pourvoi n° [12-14.584 et 9 autres](#) , Bull. 2013, IV, n° 98 ; Com., 28 mai 2013, pourvoi n° [12-18.195 et a.](#) ; Com., 16 avril 2013, pourvoi n° [10-14.881](#) , Bull. 2013, IV, n° 64 .

⁵¹ Le second consacre le principe de non-discrimination qui constitue une *lex specialis* par rapport au principe d'égalité (F. Picod (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article* , précit., p. 590-599).

⁵² Com., 27 septembre 2017, pourvoi n° [15-20.291 et a.](#) (en réponse moyen unique du pourvoi n° U 15-20.087) ; voir également, Com., 22 novembre 2016, pourvoi n° [14-28.862 et a.](#)

⁵³ Par ex., Com. 17 mars 2015, n° 13-26.003 et a. , pages 12-13 ; Com., 27 mars 2019, pourvoi n° [16-26.515 et a.](#) , pages 25, 53, 72 et 76 ; Com., 24 juin 2020, pourvoi n° [17-20.177](#) .