



NEWSLETTER

Avril 2017 – n°4

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Commentaires

- *ADLC, déc. n°17-D-01, 26 janv. 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des arts de la table et de la cuisine* : Procédure de transaction devant l'Autorité de la concurrence
- *CJUE, 12 janv. 2017, aff. C-411/15 P, Timab Industries et CFPR c/ Commission* : La fourchette d'amende, instrument propre à la procédure de transaction.
- *CJUE, 18 janv. 2017 aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/ Commission*: Influence déterminante de la société mère sur la filiale commune : cause de condamnation solidaire

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Commentaires

- *Cass. Com. 11 janv. 2017, n°15-13780, Xerox* : Retour sur la nature de la responsabilité pour rupture brutale de relation commerciale établie (article L.442-6, I, 5° du Code de commerce).
- *Cass. Civ. 1ere, 18 janv. 2017, n°15-26105, Riviera Motors* : La « contractualisation » des actions intentées sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce.
- *Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23547, Le Galec c/ Ministre de l'économie* : La consécration du principe de contrôle judiciaire des prix dans les contrats B to B sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Actualité juridique

- *Commission Européenne, 6 déc. 2016, LinkedIn / Microsoft, IP/16/4284* : Rachat de LinkedIn par Microsoft : l'Union européenne autorise sous conditions
- *ADLC, déc. n° 17-DCC-12, 31 janv. 2017, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Anios par le groupe Ecolab*: Autorisation du rachat d'Anios par Ecolab sous réserve d'engagements
- *Commission Européenne, 23 nov. 2016, IP/16/3942* : Autorisation du rachat de UASC par Hapag Lloyd sous réserve d'engagements
- *Conseil de surveillance PSA, 6 mars 2017* : Autorisation du rachat de Opel / Vauxhall.

AIDES D'ETAT

Article

- *Aides d'Etat fiscales : la lutte de la Commission contre les rulings fiscaux*

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Commentaire

- *CJUE, aff. C-367/15, 25 janv. 2017 OTK c/ SFP* : Ouverture du principe de réparation par dommages et intérêts punitifs

Article

- *Enveloppe Soleau* : un préalable à la protection en propriété intellectuelle

SOMMAIRE

EDITORIAL

- *Vers une nouvelle architecture du contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ?* p.3

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Commentaires

- *ADLC, déc. n°17-D-01, 26 janv. 2017* relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des arts de la table et de la cuisine. p.4
- *CJUE, 12 janv. 2017, aff. C-411/15 P, Timab Industries et Cie financière et de participations Roullier (CFPR) c/ Commission* p.5
- *CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/ Commission* p.8

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Commentaires

- *Cass. com. 11 janv. 2017, n°15-13780, Xerox* p.10
- *Cass. civ. 1ere, 18 janv. 2017, n°15-26105, Riviera Motors* p.11
- *Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23547, Le Galec c/ Ministre de l'économie* p.13

CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Actualité juridique

- *Commission Européenne, 6 déc. 2016, Microsoft/ LinkedIn, M. 8124* p.14
- *ADLC, déc. n° 17-DCC-12, 31 janv. 2017* relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Anios par le groupe Ecolab p.15
- *Commission Européenne, 23 nov. 2016, UASC / Hapag Lloyd, M.8120* p.15
- *Conseil de surveillance PSA, 6 mars 2017* p.15

AIDES D'ETAT

Article

- *Aides d'Etat fiscales : la lutte de la Commission contre les rulings fiscaux* p.16

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Commentaire

- *CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie "Oławska Telewizja Kablowa" c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich* p.24

Article

- *Enveloppe Soleau : un préalable à la protection en propriété intellectuelle* p.25

EDITORIAL

Vers une nouvelle architecture du contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ?

Ces dernières semaines ont placé la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles sous le signe du renouveau. Ardemment attendue de ceux qui s'intéressent à la question de la réparation du préjudice découlant des pratiques anticoncurrentielles, la transposition de la Directive n° 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne en droit français est désormais chose faite. Deux textes – l'Ordonnance n° 2017 – 303 et le Décret n° 2017 – 305 du 9 mars 2017 entrés en vigueur le 11 mars 2017 – sont venus, pour ce faire, compléter le Livre IV du Code de commerce par un Titre VIII dévolu aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles. Les apports sont tant substantiels que procéduraux, mêlant droit commun de la responsabilité et règles spéciales.

Sur le plan substantiel, tout d'abord, l'article L. 481-1 du Code de commerce établit les fondations, (trans)posant ainsi le principe de la responsabilité de l'auteur d'un dommage causé par son comportement anticoncurrentiel. Afin de faciliter la démonstration de la faute, les textes étendent le principe de « l'autorité de la chose décidée » naguère consacré par la jurisprudence de l'Union européenne « *Masterfoods* »¹ au profit des décisions par lesquelles la Commission constate une infraction, à celles de l'Autorité de la concurrence, conférant au constat valeur de présomption irréfragable à l'égard des personnes auxquelles l'infraction a été imputée. Parmi les apports les plus notables que ce propos ne peut mentionner de façon exhaustive, l'on notera également deux mécanismes de présomption visant à alléger le travail probatoire des victimes dans les hypothèses plus spécifiques de la répercussion des dommages d'une part, et d'une autre, celle du préjudice issu d'une entente entre concurrents.

Sur le plan procédural, des passerelles entre le juge de la réparation et l'Autorité de la concurrence sont, ensuite, édifiées. Celles-ci visent à la fois les pouvoirs et compétences reconnus à chacun, mais aussi l'articulation des procédures elles-mêmes dans le contexte de contentieux consécutifs ou parallèles. Parmi les différents apports, outre les modifications des règles de prescription, et celles relatives à la production et la communication des éléments de preuve et des secrets des affaires, deux mécanismes relativement audacieux attirent l'attention. Le premier permet désormais au juge de la réparation de solliciter l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir des orientations quant à l'évaluation du préjudice individuel à réparer. La mesure mérite d'être saluée tant la quantification du dommage est parfois difficile à effectuer. Si cette nouvelle disposition va *a priori* dans le bon sens, reste à savoir comment et dans quelle mesure ce nouvel instrument sera et pourra être accueilli par les différents acteurs. Outre la question de la stricte répartition des missions à laquelle les autorités de concurrence sont traditionnellement attachées, se pose celle de l'aide qu'elles peuvent matériellement fournir compte tenu de la complexité de certaines affaires, du nombre et de la potentielle diversité des victimes et donc des dommages susceptibles d'être indemnisés. Aucune réponse générale ne peut pour l'heure être apportée. La latitude laissée à l'Autorité de la concurrence paraît dès lors opportune. Enfin, un troisième alinéa s'est ajouté à l'article L. 464-2 du Code de commerce relatif aux « sanctions » susceptibles d'être imposées par l'Autorité de la concurrence. En vertu de ce dernier, l'Autorité peut désormais réduire le montant de l'amende infligée à un contrevenant lorsque ce dernier a, en cours de procédure devant elle, indemnisé la ou les victimes en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil. Cette nouvelle disposition n'est *a priori* ni la plus spectaculaire, ni la plus débattue. Le pont qu'elle édifie pourtant entre *Public* et *Private Enforcement* - suggérant de manière assez inédite que le premier puisse tenir compte du second - favorise ainsi une approche globale de la sanction de l'infraction. Sur le plan philosophique, cet outil est assurément plus audacieux qu'il n'y paraît. Certains ne manqueront pas d'y voir une confusion des genres... Les rédacteurs ont cependant pris soin de reconnaître à l'Autorité la faculté, non l'obligation, de tenir compte d'une éventuelle indemnisation. Ce dernier alinéa pourrait néanmoins être le prélude à une nouvelle pratique qui consisterait à intégrer de manière plus formelle l'indemnisation des victimes au nombre des engagements susceptibles d'accompagner les procédures de transaction menées devant les autorités de concurrence dont le recours est appelé à s'intensifier au détriment des procédures ordinaires. En témoignent les lignes du dernier numéro de la newsletter des étudiants du Master 2 Droit de la concurrence et de la distribution.

Marie Dumarçay

**Codirectrice du Master 2 Droit de la concurrence et de la distribution
Maitre de conférences - Université de Caen Normandie**

¹ CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-344/98, *Masterfoods Ltd*, ECLI :EU :C : 2000 : 689

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

COMMENTAIRE - Procédure de transaction devant l'Autorité de la concurrence

ADLC, déc. n°17-D-01 du 26 janvier 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des arts de la table et de la cuisine.

L'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») condamne la société Sanbri à une sanction de 3200€ pour des ententes visant la fixation des prix de revente de ses articles commercialisés sous la marque « L'Atelier du vin », avec certains de ses distributeurs sur Internet, de mars 2011 à mars 2016.

En premier lieu, concernant la procédure antérieure à la décision, les pratiques litigieuses ont été rapportées en 2013 à l'Autorité suite à des enquêtes menées par les services de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (ci-après « DGCCRF »). Cette enquête fait elle-même suite à une plainte déposée par la société Zencontact, *pure player*, distribuant notamment les produits de la société Sanbri. L'Autorité s'est alors saisie d'office.

En deuxième lieu, concernant les infractions, sont reprochées des pratiques de fixation des prix pour des biens commercialisés sur le marché des produits liés à la dégustation du vin, qui fait partie du marché plus global des arts de la table et de la cuisine².

Le réseau de distribution de la société Sanbri comporte un circuit de distribution en propre, d'une part, et un circuit reposant sur des distributeurs indépendants, d'autre part. C'est au sein de ce second circuit que les pratiques litigieuses ont été relevées.

Parmi les documents contractuels établis par la société Sanbri figuraient des barèmes de prix de vente public conseillés, ainsi qu'une « Charte partenariat Internet » (ci-après « Charte Internet »), qui prévoyait, dans ses versions de 2011, 2012 et 2013, l'obligation expresse pour le distributeur d'appliquer les barèmes de prix de vente public conseillés.

En ce qui concerne les barèmes de prix de vente public conseillés, ceux-ci étaient mis à jour deux fois par an en moyenne, et avaient vocation, à s'adresser à

l'ensemble des distributeurs français, sans distinction entre points de vente physiques et sites Internet.

Toutefois, ces barèmes n'étaient pas « systématiquement transmis » aux distributeurs, mais « bien souvent liés à des demandes » de ceux-ci³.

En ce qui concerne la Charte Internet, la version de 2011 prévoyait expressément l'obligation pour le distributeur de respecter les prix de vente conseillés, tandis que les versions de 2012 et 2013 imposaient aux distributeurs de respecter « *au mieux* » les prix de vente conseillés, sous peine d'entraîner immédiatement la résiliation du contrat⁴. La Charte Internet n'a plus été envoyée depuis 2014, et résiliée le 11 et 12 avril 2016.

Sur les sept distributeurs Internet qui ont signé la Charte Internet dans sa version de 2011, au moins quatre d'entre eux ont déclaré respecter les prix de vente conseillés diffusés par Sanbri : les distributeurs Ctendance, Timelessdéco, Les Casiers du Manoir et Vinéabox.

En troisième lieu, concernant la mise en œuvre de la procédure de transaction, la société Sanbri n'a pas contesté la réalité du grief qui lui a été notifié et a sollicité l'application du III de l'article L.464-2 du Code de commerce.

L'Autorité considère que les faits reprochés sont constitutifs d'une entente de fixation des prix, anticoncurrentielle par son objet, rappelant du même coup les termes de l'arrêt du 16 mai 2013, *Kontiki*, de la Cour d'appel de Paris⁵. Ainsi n'était-t-il pas nécessaire de démontrer que l'entente a produit des effets anticoncurrentiels.

S'agissant de la preuve de l'entente, et plus particulièrement de la condition de l'accord de volontés, la Charte Internet constituait une preuve documentaire directe, sous la forme d'un accord ou de clauses contractuelles ; Ce qui permettait à l'Autorité de

² Voir points 4 à 6 de la décision commentée

³ Voir point 23 de la décision commentée

⁴ Voir point 31 de la décision commentée

⁵ A l'occasion de l'affaire « Kontiki », la Cour d'appel de Paris a indiqué que « *les pratiques de prix imposés sont considérées par le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 comme des restrictions caractérisées et que, dès lors, un accord ou une pratique concertée ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter, est présumé restreindre la concurrence* » (CA Paris, 16 mai 2013, *Kontiki*, 2012/01227)

ne pas recourir à l'autre mode de preuve, bien qu'elle en fasse mention⁶ : la méthode du faisceau d'indices telle que dégagée à l'occasion de l'affaire des « Parfums »⁷.

Elle condamne la société Sanbri à une sanction de 3200€, sur le fondement des articles L.420-1 du Code de commerce et 101 §1 TFUE.

Concernant le montant peu élevé de la sanction prononcée, celui-ci s'explique en plusieurs points. Tout d'abord, le dommage causé à l'économie est faible. L'Autorité relève qu'il ne s'agit pas d'une entente horizontale entre concurrents, mais d'une entente verticale, qui ne revêt pas le même « caractère de gravité exceptionnelle »⁸. En outre, l'entente poursuivie ne s'est pas accompagnée d'une police des prix, ni de représailles. Enfin, seul un nombre restreint de distributeurs ont mis en œuvre la Charte Internet litigieuse.

Par ailleurs, le faible niveau de l'amende imposée trouve également explication dans le double recours à la procédure simplifiée - qui limite le maximum encouru à 750 000 euros - et de transaction, laquelle permet au contrevenant de bénéficier d'une réduction non négligeable du montant de la sanction. Cette procédure, anciennement dite de « *non contestation des griefs* », permet à une entreprise qui ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, de se voir proposer une transaction par le rapporteur général de l'Autorité, fixant le montant maximal et le montant minimal de la transaction⁹.

Jonathan Journeau

A RETENIR : L'Autorité de la concurrence prononce une sanction de 3200€ contre une société ayant mis en place une entente verticale sur les prix, et qui a eu recours à la procédure simplifiée et à la procédure de transaction

COMMENTAIRE - La fourchette d'amende, instrument propre à la procédure de transaction.

Cour de justice de l'Union européenne, 12 janvier 2017, aff. C-411/15 P, Timab Industries et Cie financière et de participations Roullier (CFPR) c/ Commission¹⁰.

Dans une décision du 20 juillet 2010¹¹, la Commission européenne a constaté la participation du groupe Roullier à une entente secrète sur les prix dans le secteur des phosphates pour l'alimentation animale (les « PAA »), susceptible de constituer une infraction unique et continue contraire à l'article 101 TFUE. Elle a infligé solidairement au groupe de sociétés Roullier, dont Timab Industries et la CFPR sont les filiales, une amende de **59 850 000** euros. Ce montant comprenait une réduction de 5% au titre de la clémence, pour une durée de participation à l'infraction de **1993 à 2004**.

Cette décision était rendue aux termes d'une procédure administrative « hybride », mêlant procédures de transaction et ordinaire. Et c'est là tout l'intérêt de cette affaire. Alors que les autres groupes

impliqués dans l'entente avaient opté pour la procédure de transaction, le groupe Roullier a finalement préféré s'orienter vers une procédure ordinaire. En effet, lors des discussions en vue de parvenir à une transaction, la Commission avait fixé une fourchette d'amende entre **41 et 44 millions** pour la participation des deux sociétés à l'infraction entre **1978 et 2004**. Ce montant incluait plusieurs réductions : 10% au titre de la transaction, 35% au titre des circonstances atténuantes pour avoir permis à la Commission d'étendre la durée de participation du groupe Roullier à l'entente et 17% dans le cadre du programme de clémence. Espérant bénéficier d'une amende moins élevée, le groupe Roullier a alors changé de stratégie procédurale, abandonnant du même coup la procédure de transaction au profit d'une procédure ordinaire dans

⁶ Voir points 54 et 55 de la décision commentée. Concernant les deux modes de preuves de l'accord de volontés dans le cadre d'une entente sur les prix, voir CA Paris, 28 janvier 2009 *Epsé Joué Club*, n°2008/00255

⁷ ADLC, n°06-D-04 bis, 13 mars 2006, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe

⁸ Voir point 60 et suivants de la décision commentée

⁹ Article L.464-2, III du code de commerce

¹⁰ CJUE, 12 janv. 2017, aff. C-411/15 P, *Timab Industries et Cie financière et de participations Roullier (CFPR) / Commission*, ECLI:EU:C:2017:11

¹¹ Décision (2010) 5001 final, du 20 juillet 2010, relative à une procédure d'application de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. COMP/38866 – Phosphates pour l'alimentation animale).

le cadre de laquelle l'infraction a dû être redéfinie et sa durée discutée afin d'être réduite. La stratégie ainsi à l'œuvre n'a cependant pas rencontré le succès attendu si l'on s'en tient à l'amende finalement imposée par la Commission au groupe Roullier à l'issue de la procédure, par rapport à celle qui était encourue si le contrevenant avait accepté la transaction. C'est donc sans surprise que le groupe Roullier a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse et à une réduction du montant de l'amende devant le Tribunal.

Par arrêt du 20 mai 2015¹², ce dernier l'a rejeté dans son intégralité. Le Tribunal a confirmé le raisonnement de la Commission, considérant qu'elle n'a pas sanctionné le groupe du fait de son retrait et précisé qu'elle n'était pas liée par la fourchette établie dans le cadre de la transaction.

Insatisfait de l'arrêt du Tribunal, le groupe Roullier a demandé son annulation à la Cour de justice. Par arrêt du 12 janvier 2017¹³, la Cour a rejeté le pourvoi du groupe Roullier et confirmé l'amende infligée par la Commission de près de 60 millions d'euros.

La question des implications du retrait de la transaction au profit d'une procédure ordinaire, en particulier au regard de la valeur et la portée de la fourchette de sanction communiquée par la Commission lors de la procédure de transaction a offert des développements particulièrement intéressants.

Rappelons que la conclusion d'une transaction vise à simplifier la procédure, les entreprises concernées reconnaissant leur participation à l'infraction et acceptant des engagements obligatoires en contrepartie d'une réduction d'amende de 10%. Une fourchette d'amende fixant un montant minimal et maximal de la sanction encourue est communiquée au contrevenant en cours de procédure.

La fourchette d'amende est un instrument propre à la procédure de transaction, qui permet à l'entreprise de se prononcer en connaissance de cause sur les faits qu'elle renonce à contester.

Le point 19 de la communication sur la transaction prévoit que les entreprises qui ne présentent pas de proposition de transaction dans le délai imparti doivent se retirer et suivre la procédure ordinaire du règlement n°773/2004.

Dans cette affaire, la Cour rappelle que la procédure de transaction est une procédure administrative alternative à la procédure ordinaire, distincte de celle-ci et présentant certaines particularités, telles que, notamment, une communication d'une fourchette d'amendes probables.¹⁴

Elle constate que le Tribunal a « à bon droit » dissocié le déroulement de la procédure de transaction et celui de la procédure ordinaire, qui a abouti à la décision litigieuse.¹⁵ C'est précisément le changement de situation procédurale des sociétés requérantes qui a conduit à la prise en compte par la Commission d'éléments qualifiés de « nouveaux ».¹⁶ Reprenant le constat du Tribunal,¹⁷ la Cour rappelle que dans la procédure ordinaire, la Commission est uniquement liée par la communication des griefs, qui ne fixe pas de fourchette d'amendes, et est tenue de prendre en considération les éléments nouveaux portés à sa connaissance lors de cette même procédure.

S'agissant des « éléments nouveaux », la Cour relève que c'est seulement après le retrait de la transaction, lorsque le groupe Roullier a pu avoir un plein accès au dossier, recevoir une communication complète des griefs, répondre à celle-ci et bénéficier d'une audition, qu'il a formellement contesté pour la première fois sa participation à l'infraction reprochée pour la période antérieure à l'année 1993.

Sur ce point, la Cour confirme l'avis de l'avocat général¹⁸, selon lequel la question posée devant le Tribunal n'était pas tant de savoir s'il était justifié d'infliger une amende plus lourde pour une durée d'infraction plus courte mais de vérifier que la Commission a correctement motivé le calcul de l'amende imposée par la décision litigieuse et a bien pris en compte tous les éléments qui étaient en sa possession lorsqu'elle a rendu sa décision.

¹² Arrêt du Tribunal 20 mai 2015, aff. T-456/10, *Timab Industries et Cie financière et de participations Roullier (CFPR) c/Commission*, ECLI:EU:T:2015:296.

¹³ CJUE 12 janvi. 2017, aff. C-411/15, P *Timab Industries et Cie financière et de participations Roullier (CFPR)/Commission*, ECLI:EU:C:2017:11.

¹⁴ Voir point 136 de la décision commentée.

¹⁵ Voir point 119 de la décision commentée.

¹⁶ Voir point 121 de la décision commentée.

¹⁷ Voir point 136 de la décision commentée.

¹⁸ Voir point 107 de la décision commentée.

A ce titre, la Cour relève que le Tribunal a dûment vérifié le bien-fondé de l'analyse effectuée par la Commission au cours de la procédure ordinaire ainsi que les éléments retenus par la Commission pour calculer le montant de l'amende infligée dans la décision litigieuse.¹⁹

Le groupe Roullier pouvait, selon la Cour, s'attendre à ce que la contestation de sa participation à l'entente pour la période précédant 1993 ait des répercussions sur les réductions pouvant lui être accordées en procédure ordinaire, l'essentiel des réductions ayant été obtenues au titre de la clémence et des lignes directrices de 2006, pour sa coopération à la détection de l'infraction pour cette même période. En limitant l'infraction à la période allant de 1993 à 2004, la réduction de 35% qui avait été promise pour récompenser les requérantes d'avoir apporté des éléments les incriminant durant la période 1978-1993, n'était plus pertinente. De même, la réduction de 17% au titre de la clémence était également remise en cause par la moindre valeur ajoutée des éléments apportés à

la Commission, une fois cette période enlevée. La requérante ne pouvait dès lors valablement se prévaloir du principe de confiance légitime dans le maintien de l'estimation de l'amende encourue telle que définie par la Commission à l'occasion de la procédure transactionnelle.

En procédant ainsi, la Commission confortée par les juridictions de l'Union européenne envoie un message particulièrement clair à l'adresse des entreprises qui se sont – au moins dans un premier temps – orientées vers une procédure de transaction : si le changement de stratégie en cours de procédure est possible, il n'est cependant pas sans risque. La fourchette d'amendes incluant diverses réductions communiquées lors de la procédure de transaction ne saurait s'accompagner du jeu du principe de confiance légitime quant à l'amende finalement infligée dans le cadre de la procédure ordinaire, la Commission étant tenue de prendre en compte tout élément nouveau.

Marion Duperray

A RETENIR : Le retrait d'une procédure de transaction est possible mais risqué pour une entreprise. La Commission européenne n'est pas tenue de se conformer à la fourchette transactionnelle pour le calcul de l'amende infligée dans le cadre de la procédure ordinaire.

¹⁹ Voir point 110 de la décision commentée.

COMMENTAIRE – L’influence déterminante de la société mère sur la filiale commune : cause de condamnation solidaire

Cour de justice de l’Union européenne, 18 janvier 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/ Commission²⁰

La Commission, par une décision du 5 décembre 2012²¹, a condamné l’entreprise Toshiba pour infraction dans le domaine des téléviseurs et des écrans d’ordinateurs, à une amende d’un montant total d’environ 1,47 milliards d’euros. En effet, sept entreprises – dont Toshiba et Panasonic - se sont entendues sur le marché des tubes à rayon cathodique (CRT) qui comprend les tubes couleur pour téléviseurs (CPT) et les tubes couleur pour écrans d’ordinateur (CDT) entre 1996/97 et 2006.

Deux ententes ont eu lieu. Elles consistaient en des fixations de prix, des répartitions de marchés et des clients, et des limitations de la production. Par ailleurs, des informations commerciales sensibles ont été échangées par ces sept entreprises.

Suite à la décision de la Commission de 2012, un recours a eu lieu devant le Tribunal, lequel a rendu trois arrêts, le 9 septembre 2015²².

Le Tribunal a, d’une part, annulé l’amende infligée individuellement à Toshiba et d’autre part, diminué celle infligée à titre solidaire à Toshiba, et à Panasonic/MTPD – filiale commune des deux premières entités : Toshiba et Panasonic.

Il a considéré que la Commission n’avait pas suffisamment établi que Toshiba avait connaissance de l’infraction CPT, et souhaité contribuer aux objectifs communs poursuivis par les participants à l’entente, pour la période allant du 16 mai 2000 au 31 mars 2003²³.

C’est sur ce terrain que Toshiba a développé une partie de son argumentation devant la Cour de Justice de l’Union Européenne qu’elle a saisie d’une

demande en annulation de l’arrêt du Tribunal et de réduction de l’amende infligée à titre solidaire.

Pour retenir la responsabilité solidaire de Toshiba et de la filiale commune, la Commission comme le Tribunal, avaient considéré qu’elles constituaient une seule et même unité économique. Tout en s’appuyant sur le précédent constat du Tribunal, c’est précisément ce point que Toshiba a tenté de combattre, considérant qu’elle ne pouvait dès lors avoir exercé d’influence déterminante sur MTPD sur l’ensemble de la durée de l’infraction. Partant, elle ne pouvait être tenue responsable, selon elle, de la pratique anticoncurrentielle commise par MTPD.

En l’espèce, la difficulté résidait dans le fait que la pratique illicite résultait d’un groupe de sociétés ; Ce qui renvoie à la notion d’entreprise et la question de l’imputabilité de l’infraction au sein du groupe de sociétés²⁴.

Faute de définition textuelle, la jurisprudence a édifié la notion d’entreprise au sens du droit de la concurrence²⁵.

Ainsi, ont été posés les critères d’exercice d’une activité économique, et d’autonomie de l’entité²⁶. Cette autonomie fait cependant défaut au sein d’un groupe de sociétés lorsqu’une société mère exerce une influence déterminante sur sa filiale. A cet égard, une présomption réfragable d’exercice d’une influence déterminante par les sociétés mères sur leurs filiales a été posée par la jurisprudence²⁷ : Le simple fait que la filiale soit entièrement détenue par la société mère suffit pour retenir la responsabilité de cette dernière, la mise en œuvre de la présomption n’étant en principe pas subordonnée à la production d’indices

²⁰ CJUE, 18 janv. 2017, Toshiba Corp. c/ Commission, aff. C-623/15, ECLI:EU:C:2017:21

²¹ CJUE, 5 déc. 2012 aff. COMP/39.437, Tubes cathodiques pour téléviseurs et écrans

²² TPICE, 9 sept. 2015, T-82/13, Panasonic et MT Picture Display/Commission, TPICE, 9 sept. 2015, T-104/13, Toshiba/Commission, TPICE, 9 sept. 2015, CP n° 97/15

²³ CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/Commission, ECLI:EU:C:2017:21, point 14

²⁴ L. ARCELIN, « imputabilité de l’infraction au sein du groupe : réception de la jurisprudence communautaire par l’Autorité de la concurrence », RLC 2011/27, n°1777

²⁵ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41-90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH

²⁶ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41-90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, Point 21 « la notion d’entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et que, d’autre part, l’activité de placement est une activité économique. »

²⁷ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, Akzo Nobel e.a. c/ Commission, Rec. CJCE, I. p. 8237, pts. 60 à 62

supplémentaires relatifs à l'exercice effectif d'une influence de la société mère²⁸.

Ceci peut cependant être renversé par la preuve du contraire, autrement dit, lorsque l'autonomie de la filiale peut être démontrée²⁹.

En l'espèce, toute la question était de savoir si Toshiba avait effectivement exercé une influence déterminante sur sa filiale MTPD tout au long de l'infraction.

La Cour indique, tout d'abord, que dans la mesure où le comportement sur le marché d'une filiale commune doit être déterminé de manière conjointe par plusieurs sociétés mères au regard des dispositions légales ou des stipulations contractuelles, il peut être jugé que ce comportement a été déterminé de manière conjointe. Lorsqu'aucune preuve du contraire n'est apportée, les sociétés mères doivent être considérées comme ayant exercé une influence déterminante sur leur filiale.

Ensuite, elle conforte le raisonnement du Tribunal qui avait pris soin de constater que la société Toshiba avait le pouvoir d'exercer un droit de veto en ce qui concerne le plan de développement de l'entreprise commune MTPD³⁰. Ce critère permettait valablement à lui seul, selon la Cour, d'établir que

Toshiba exerçait effectivement une influence déterminante sur MTPD conjointement avec Panasonic. Le seul fait que Toshiba n'ait usé de son droit de veto ne saurait exclure l'exercice d'une influence déterminante sur sa filiale³¹.

La Cour retient, par ailleurs, que le Tribunal a rapporté la preuve d'autres éléments factuels permettant d'établir l'influence déterminante des sociétés mères sur l'entreprise commune. Certaines décisions prises par la filiale commune nécessitaient, notamment, l'aval des sociétés mères et d'autres requéraient l'autorisation d'au moins un directeur désigné par chacune des sociétés mères³². En outre, les sociétés mères disposaient d'un droit de regard sur les dépenses de la filiale commune MTPD, y compris lorsque celles-ci étaient faibles au regard du capital de cette filiale³³. Enfin, le fait que l'un des deux administrateurs représentant de l'entreprise commune soit nommé par Toshiba, la société mère, offre, selon la Cour, un indice supplémentaire de la capacité de Toshiba à exercer une influence déterminante sur sa filiale³⁴.

Pour conclure, la Cour a considéré que le Tribunal n'avait commis aucune erreur de droit. L'amende de 82 millions d'euros infligée solidairement à Toshiba et Panasonic/MTPD a donc été pleinement confirmée.

Héloïse Royer, Clara Caraës.

A RETENIR : Pour pouvoir infliger une amende solidaire, il convient de prouver l'influence déterminante qu'exerce une société mère sur sa filiale. Le simple fait que la société mère puisse exercer un droit de veto suffit à établir son influence déterminante.

²⁸ C. LE CORRE et E. DAOUD, « *La présomption d'influence déterminante : l'imputabilité de responsabilité des sociétés mères en droit français* », RLDA, 2012/76, n° 4334.

²⁹ M. DUMARCAY, « *Du délicat maniement de la notion d'unité économique : bref retour sur la mise en oeuvre de la notion par les juridictions française et de l'Union européenne* », RLC 2016/53, n°3028

³⁰ CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/Commission, ECLI:EU:C:2017:21, Point 56

³¹ CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/Commission, ECLI:EU:C:2017:21, Point 73

³² CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/Commission, ECLI:EU:C:2017:21, Points 50 et 52

³³ CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/Commission, ECLI:EU:C:2017:21, Point 72

³⁴ CJUE, 18 janv. 2017, aff. C-623/15, Toshiba Corp. c/Commission, ECLI:EU:C:2017:21, Point 77

DROIT DE LA DISTRIBUTION

COMMENTAIRE - Retour sur la nature de la responsabilité pour rupture brutale de relation commerciale établie (art. L.442-6, I, 5° du Code de commerce).

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 janvier 2017, n°15-13780, Xerox³⁵

A l'occasion de l'affaire Xerox, la Cour de cassation revient sur la nature de la responsabilité dans le cadre d'une rupture brutale de relation commerciale établie, au regard de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

En l'espèce, la société Xerox avait conclu plusieurs contrats de concession successifs avec la société Impression, le dernier datant du 1^{er} Novembre 2006 pour une durée de trente-six mois. En 2009, et anticipant un futur contrat, elle a souhaité modifier la zone géographique concédée à la société Impression. Face au refus de son partenaire du nouveau découpage géographique, la société Xerox a décidé de ne pas renouveler son contrat, confiant ainsi sa zone à d'autres concessionnaires. La société Impression a alors assigné la société Xerox en paiement de dommages-intérêts pour avoir manqué à ses obligations contractuelles et avoir manœuvré pour détourner la clientèle de la société Impression.

Cette demande ayant été rejetée par la Cour d'appel de Paris le 16 Avril 2015, la société Impression s'est pourvue en cassation. Le 11 Janvier dernier, et sur le deuxième moyen du pourvoi qui retiendra seul notre attention, la Chambre commerciale approuve la Cour d'appel d'avoir retenu que le contrat de concession étant à durée déterminée, le concédant n'était pas tenu de le renouveler et n'a fait qu'user de son droit en proposant à son concessionnaire, dans un délai raisonnable précédant l'expiration du contrat, un nouveau découpage territorial. L'arrêt d'appel rejetant des demandes fondées sur la responsabilité contractuelle, elle refuse de le censurer au vu de l'article L.442-6 I° 5° du Code de commerce.

La problématique soulevée ici est notamment celle de la nature de la responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, laquelle est constitutive d'une pratique restrictive de concurrence. Mais l'arrêt pose également la question de l'éventuelle applicabilité de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce à la conclusion d'une série de contrats de concession exclusive sans tacite reconduction.

Dans un premier temps, la Chambre commerciale s'attache à réaffirmer la nature de la responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie. Les demandeurs à l'action reprochaient à la Cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce en manquant de rechercher à quelle date la société Xerox avait clairement indiqué à son contractant sa décision de mettre un terme au contrat. Selon eux, conformément à ce texte, le concédant qui entend mettre un terme à des relations commerciales établies doit adresser au concessionnaire un préavis clair et dépourvu de toute équivoque, indiquant sa volonté de mettre un terme à la relation, et à quelle date. Et la Cour suprême de répondre, que la responsabilité encourue en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie est de nature délictuelle.

Le principe avait déjà été posé par la même Chambre commerciale en 2007³⁶, prenant alors le contrepied de la Première Chambre civile³⁷, partisane d'une responsabilité de nature contractuelle.

Un parallèle s'avère opportun avec un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendu en 2016³⁸. Saisie d'une question préjudicielle de la Cour d'appel de Paris, le juge européen a affirmé que, au sens du règlement n° 44/201 (Bruxelles I), la nature de la responsabilité encourue pour rupture brutale de relations commerciales établies de longue date dépendait du point de savoir s'il existait ou non une relation contractuelle tacite. Dans l'affirmative, il faut considérer qu'il s'agit d'une responsabilité contractuelle. *A contrario*, s'infèrera une responsabilité délictuelle. Il faut ainsi en déduire qu'au plan interne la Chambre commerciale garde ses distances et maintient sa position de principe selon laquelle l'action indemnitaire fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie n'est pas contractuelle.

Dans un deuxième temps, la Chambre commerciale rejette une censure de la Cour d'appel sur

³⁵ Com. 11 janv. 2017, n°15-13780, OFII c/ Sté l'Estival SARLU e.a., ECLI:FR:CCASS:2017:CO00013

³⁶ Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178, Dudule

³⁷ Cass. civ. 1ere, 6 mars 2007, n° 06-10946, Frankonia

³⁸ CJUE, 14 juil. 2016, aff. C- 196/15, Granarolo, ECLI:EU:C:2016:559

le fondement de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce qu'elle estime inapplicable en l'espèce. De fait, la société concédante n'avait invoqué que l'article 1147 du Code civil devant la Cour d'appel, soit un manquement à des obligations contractuelles engageant la responsabilité de même nature. Les arguments fondés sur la rupture brutale, pratique restrictive légalement réprimée, n'ont été évoqués qu'en cassation. L'arrêt d'espèce, tout en écartant le moyen, rappelle que pour obtenir une sanction sur la base de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, il convient en premier lieu d'invoquer ce texte, puis de vérifier si les conditions légales sont réunies.

Toutefois, il paraît légitime de s'interroger quant à l'éventuelle applicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce dans l'hypothèse où ce dernier aurait été invoqué dès le début de la procédure.

En effet, si l'on suit le raisonnement opéré par la Cour de Justice européenne (*voir supra*), la responsabilité ne sera pas délictuelle s'il est établi que les contractants entretenaient une relation contractuelle tacite, laquelle peut se déduire d'indices comme l'existence d'une relation commerciale établie de longue date, de transactions régulières etc. Or en l'espèce, il s'agissait d'un contrat de concession exclusive conclu pour une durée de trente-six mois ne

comportant pas de clause de tacite reconduction, de sorte que la société défenderesse n'était pas tenue de signer un nouveau contrat à l'identique. *A priori* il ne s'agit pas ici d'une relation commerciale établie.

Néanmoins, comme indiqué dans les faits de l'arrêt commenté, ce contrat venait s'ajouter à une série de contrats de concession « successifs » qui le précédaient. Dès lors, le caractère continu de la relation commerciale ne pourrait-il pas se déduire du caractère répétitif et régulier de la conclusion de plusieurs contrats de concession à durée déterminée ? La Cour de cassation avait déjà rendu un arrêt en ce sens en 2009³⁹, en affirmant qu'une relation commerciale établie peut recouvrir des contrats successifs distincts ayant un objet identique. Ne pourrait-on pas alors prétendre que la relation commerciale établie est avérée ? La condition légale pour appliquer l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce aurait donc bien été remplie. De là ensuite à considérer que cette relation de longue date a une nature contractuelle, il y a un pas que la Chambre commerciale ne semble pas encore vouloir franchir puisqu'elle associe toujours ce texte à une responsabilité de nature délictuelle. Elle n'a visiblement pas encore précisé cette question qui, pourtant, pourrait avoir des conséquences notoires au plan de la responsabilité.

Alexandra Ignace

A RETENIR : Alors que la question aurait pu être renouvelée sous l'influence du juge européen, la Chambre commerciale réaffirme que la responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie issue de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce est de nature délictuelle.

COMMENTAIRE - La « contractualisation » des actions intentées sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce : à propos de l'arrêt n° 15-26105 de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 janvier 2017

Cour de cassation, Chambre civile 1, 18 janvier 2017, n°15-26105 Riviera Motors⁴⁰

L'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale peut-elle relever d'une clause attributive de juridiction prévue dans un contrat international de distribution ? C'est sur cette question « épineuse » que se sont penchés les juges de la Cour de cassation dans un arrêt le 18 janvier 2017. Et si celui-ci vient conforter une position désormais acquise de la Haute juridiction, certaines difficultés demeurent.

Pour rappel, le contrat de concession conclu

entre les sociétés Riviera Motors et Aston Martin Lagonda Limited ayant pris fin, la première saisit une juridiction judiciaire française pour demander réparation des dommages subis au titre d'une rupture brutale de relation commerciale établie prévue à l'article L.442-6, 5° ; et ce malgré la présence dans le contrat de concession d'une clause attributive de juridiction aux tribunaux anglais pour « tout différend relatif à l'exécution des obligations contractuelles ». L'incompétence de cette juridiction, soulevée par la

³⁹ Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200 (n°772 F-PB), Sté Comexpo Paris c/ Sté Christian Carbonnières

⁴⁰ Cass. civ. 1ere, 18 janv. 2017, n°15-26105, Riviera Motors ECLI:FR:CCASS:2017:C100081

société Aston Martin, est reconnue tant par la Cour d'appel que par la Cour de cassation dans le présent arrêt au motif que la référence, dans le contrat de concession, à l'expression « *au présent contrat* » devait s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle. En conséquence de quoi, la clause attributive de compétence devait s'appliquer.

Notons que, en vertu de L.442-6, 5° du Code de commerce, le fait de rompre, même partiellement une relation commerciale établie sans préavis écrit engage la responsabilité de l'auteur de la rupture. Ce texte, d'ordre public, est fréquemment invoqué par les partenaires pour contester une rupture. Il soulève de nombreuses difficultés, c'est particulièrement le cas quand la relation présente un caractère international.

En effet, l'articulation des dispositions de L.442-6 du Code de commerce avec les clauses attributives de juridictions est, pour les opérateurs économiques français et étrangers, un enjeu essentiel. Et cela, notamment, en raison d'un contentieux spécialisé d'ordre public en droit interne prévu à l'article D. 442-3 du Code de commerce. En effet, selon ce texte certaines juridictions judiciaires sont spécialement compétentes pour connaître des litiges fondés sur L.442-6 du code de commerce. C'est, en outre un enjeu important puisque le texte prévoit une action spécifique et d'ordre public du ministre. Les juges, en tenant compte de l'équilibre du contrat et de la liberté contractuelle, ont ici admis que le contentieux né de la rupture brutale d'un contrat de concession relève d'une clause attributive de compétence.

En réalité, la position des juges a évolué sur ce point et un bref historique est nécessaire. Dans un premier temps, la Cour de cassation a estimé que la clause attributive de juridiction était inapplicable aux litiges fondés sur L.442-6, 1° puisque le texte intéressait la matière délictuelle⁴¹ et était une loi de police. Pourtant, dans les relations internationales cette solution semblait inopportune car ; cette disposition française spécifique était peu connue des contractants étrangers et pouvait conduire à des situations contraires aux principes de la liberté contractuelle. Ce n'est donc plus le raisonnement retenu par la Cour de cassation, qui prend le contre-pied de cette analyse ; certains auteurs évoquant d'ailleurs, aujourd'hui, la « valorisation quasi-systématique des clauses attributives de juridiction »⁴². A titre d'illustration, une décision du 24 novembre⁴³ a, posé le principe selon

lequel la détermination de la juridiction compétente devait se faire, en toute hypothèse, eu égard aux règles de l'Union européenne de compétence (en particulier à l'article 5 du règlement 44/2001 du 22 décembre 2003) et à leurs interprétations spéciales, peu important le caractère de loi de police de l'article L.442-6, 5° en France et sa qualification délictuelle⁴⁴. En cela, la rupture brutale d'une relation commerciale établie relève d'un litige lié à une relation contractuelle et la clause attributive de juridiction trouve donc, logiquement, à s'appliquer.

La décision sera identique en l'absence de clause attributive de juridiction dans un rapport de droit international. Dans cette hypothèse, il conviendra, en effet, de se référer au règlement précité pour déterminer la juridiction compétente en fonction des règles de conflit de juridiction prévue. Cette solution a été affirmée dans un arrêt du 15 décembre 2015⁴⁵.

Cette solution semble équilibrée puisqu'elle sécurise les partenaires de relations internationales, (et en particulier le partenaire étranger auteur de la rupture) et fait preuve d'un pragmatisme économique. Pour une plus grande prévisibilité certains auteurs estiment cependant que les contrats internationaux devraient prévoir, avec le plus grand soin, le sort des situations dont les interprétations peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Certaines formulations comme celles faisant référence aux seuls « litiges contractuels » ou à la seule « résiliation » peuvent en effet donner lieu à contestation du point de vue de savoir si elles couvrent, ou non, le litige relatif à la « rupture » d'une « relation commerciale ».

En revanche, et il est important de le souligner, les solutions diffèrent quand l'action est intentée par le ministre chargé de l'économie sur le fondement du même article L.442-6, III qui réserve au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles. En effet, une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 juillet 2016⁴⁶ est venue réaffirmer le caractère autonome de l'action du ministre qui n'est soumise ni aux clauses compromissaires, ni aux clauses attributives de juridictions prévues dans les contrats internationaux de distribution.

Ainsi, dans cette espèce, le ministre de l'économie avait assigné les sociétés Apple distribution

⁴¹ Cass. com, 6 fév. 2007, n°04-13178, Dudule

⁴² P. DELEBECQUE, « *Contrats de distribution. Franchise. Clause attributive de juridiction. Litige découlant de l'interprétation et/ou de l'exécution du contrat. Action en nullité. Application de la clause (oui)* », RTD com. 2016. 588

⁴³Cass. com, 24 nov. 2015, n°14-14924, Lauterbach

⁴⁴S. TEMPLE BOYER, « *Contrat international – Rupture des relations établies et juridictions compétentes* », fév. 2016, Temple Boyer Légal

⁴⁵CA Paris, 15 déc. 2015, n° 44/02001

⁴⁶Cass. civ. 1ere, 6 juil. 2016, n°15-21811, Apple, ECLI:FR:CCASS:2016 :C100805

international et Apple France devant la justice étatique sur le fondement de L.442-6, III du Code de commerce pour faire prononcer la nullité de certaines clauses du contrat conclu entre elles et la société Orange.

Les sociétés Apple avaient alors soulevé l'incompétence de la juridiction étatique en arguant

d'une clause compromissoire. Les juges ayant rappelé l'autonomie de l'action du ministre parce que son objectif est de « préserver l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence », la convention d'arbitrage était donc, par principe, inapplicable.

Daphné Léonard

A RETENIR : La première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé une position désormais largement acquise de la Haute juridiction selon laquelle la rupture brutale des relations établies peut relever d'une clause attributive de juridiction prévue dans un contrat international de distribution, peu important le caractère de loi de police de l'article L.442-6, 5° et la qualification délictuelle de l'action en droit interne.

COMMENTAIRE - La consécration du principe de contrôle judiciaire des prix dans les contrats B to B sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

Cour de cassation, chambre commerciale, 25 janvier 2017, n° 15-23547, Le Galec c/ Ministre de l'économie⁴⁷

Le Ministre de l'économie, sur la base de son action autonome de protection de marché, a agi contre Le Galec, le groupement d'achats des centres Leclerc, afin d'obtenir la restitution des sommes indûment versées par ses fournisseurs en application de deux clauses, figurants dans les contrats cadres, qui créaient potentiellement un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Le Ministre avait procédé à un examen de cent dix-huit contrats cadres et avait relevé un mécanisme de versement de ristournes de fin d'années (RFA) inséré en annexe. Il s'agissait pour le fournisseur de consentir une RFA en cas de franchissement d'un seuil de chiffres d'affaires sur la vente de ses produits ou de ses services. Ce mécanisme s'accompagnait d'un système d'acomptes sur les RFA alors calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel aligné sur celui de l'année précédente, offrant ainsi potentiellement au Galec une avance en trésorerie aux frais de ses fournisseurs.

Dans un arrêt du 1er juillet 2015, la Cour d'appel de Paris, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° confirmait le déséquilibre significatif, annulait les clauses en question et ordonnait la restitution des sommes indûment perçues pour un montant avoisinant les 61 millions d'euros. Devant la chambre commerciale de la Cour de cassation, le pourvoi du Galec est rejeté.

La Cour de cassation apporte un éclairage important sur le champ d'application de l'article L442-6-I-2° du Code de commerce. L'enjeu essentiel de la décision a été de répondre à la question suivante : le

juges peut-il sanctionner, sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence du Code de commerce, une lésion, soit un déséquilibre d'ordre économique, dans les contrats liant une grande enseigne de la distribution et ses producteurs ?

Elle relève d'abord que le fait que le Conseil constitutionnel⁴⁸ ait relevé une similitude entre la notion de déséquilibre significatif du Code de commerce et de l'article L212-1 du Code de la consommation, n'aboutit pas pour autant à une appréciation juridique uniforme des deux domaines car il existe des différences de régimes compte tenu des objectifs poursuivis par le Code de la consommation et le Code de commerce.

Elle note ensuite que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce « *n'exclut pas, contrairement à l'article L212-1 du Code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* ». La Cour accepte ici de contrôler un prix qui a été fixé conformément aux règles légales de transparence tarifaire (celles de l'article L. 441-7) mais dont les modalités ne résultent pas d'une libre négociation. Ainsi, par l'exigence d'une convention écrite unique qui indique le barème des prix préalablement communiqué par les fournisseurs, l'Administration peut exercer un contrôle *a posteriori* sur les engagements des cocontractants et sur les négociations commerciales en vertu de l'article L. 442-6, I, 2°.

⁴⁷ Cass. com, 25 janv. 2017, n° 15-23547, Le Galec c/ Ministre de l'économie, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00135

⁴⁸ Décision n°2010-85 QPC du 13 janv. 2011

En conséquence, la Cour de cassation consacre le principe du contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation entre les parties. Cet arrêt confirme la position très audacieuse de la Cour d'appel, qui, en 2013⁴⁹, avait admis la possibilité d'examiner les prix fixés entre les parties contractantes dans la mesure où ces prix créent entre elles un déséquilibre suffisamment important pour qu'il soit qualifié de significatif.

Cet arrêt de principe reconnaît dorénavant aux autorités judiciaires et administratives une prérogative exorbitante au regard tant du nouveau droit commun des contrats (art. 1171 Code civ.) que du droit de la consommation (art. L. 212-1 Code cons.). Force est de constater en effet que la Cour de cassation tire profit de ce que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne contient pas de réserve quant au contrôle de l'abus

tenant à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix à la prestation. Elle leur permet de contrôler l'équilibre tarifaire des contrats conclus entre fournisseurs et distributeurs, y compris les aspects des conventions uniques. De plus, s'agissant d'une décision rendue sur le fondement d'un texte de portée générale, il n'est pas exclu que, au regard de la formulation de l'arrêt, tous les contrats B to B, soit ceux conclus avec « *un partenaire commercial* » relèvent de l'article L. 442-6, I, 2°.

Les arrêts à venir seront scrutés avec attention. Dans l'attente, la solution rendue dans l'affaire du Galec témoigne une fois de plus de l'originalité du droit des pratiques restrictives de concurrence et de l'action corrélative du Ministre de l'économie, à mi-chemin entre la logique du droit des contrats et celle du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Laurine Blondé & Aroussiak Chaboyan

A RETENIR : La Cour de cassation consacre la possibilité pour le juge d'exercer un contrôle judiciaire des prix dans les contrats d'affaires, sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence si celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation des parties.

CONTROLE DES CONCENTRATIONS

ACTUALITE JURIDIQUE :

Rachat de LinkedIn par Microsoft : l'Union européenne autorise sous conditions, Commission européenne 6 décembre 2016, IP/16/4284

Le 6 décembre 2016, la Commission européenne a autorisé, en vertu du règlement européen n° 139/2004 sur les concentrations, le projet de rachat de *LinkedIn* par *Microsoft*. Cette autorisation a été subordonnée au respect de certains engagements par *Microsoft*.

En effet, la Commission européenne craignait que cette entreprise use de sa position dominante sur le marché pour évincer les concurrents de *LinkedIn* ou pour obliger les clients à se fournir avec ses propres produits. La Commission s'est penchée plus spécifiquement sur trois secteurs qui auraient pu être

affectés par cette acquisition : les services de réseaux sociaux professionnels, les solutions logicielles en matière de gestion de la relation client et les services de publicité en ligne.

Après enquête de la Commission, la véritable crainte reposait sur le marché des services de réseaux sociaux professionnels. *Microsoft* a donc pris trois engagements pour remédier aux problèmes et plus spécifiquement pour éviter les ventes liées et ne pas bloquer l'accès aux réseaux sociaux professionnels concurrents. Les engagements doivent s'appliquer dans l'Espace économique européen (EEE) pendant 5 ans.

Autorisation du rachat d'Anios par Ecolab sous réserve d'engagements, ADLC, déc. n°17-DCC-12, 31 janvier 2017 relative à relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Anios par le groupe Ecolab

⁴⁹ CA Paris, 23 mai 2013, n°12-01166

Le 25 octobre 2016, la société *Ecolab* a notifié à l’Autorité de la concurrence son projet de prise de contrôle exclusif de la société *Anios*. Afin de vérifier la légalité de cette opération au regard du droit des concentrations, l’Autorité a procédé à la consultation des concurrents et des clients actifs sur les marchés concernés par cette opération. Il en est ainsi ressorti que la nouvelle entité détiendra une position importante sur ce marché sans que ses concurrents, en particulier les fabricants de produits de nettoyage à usage professionnel, ne puissent exercer une pression concurrentielle suffisante pour empêcher d’éventuelles hausses de prix à l’issue de l’opération.

Ecolab a donc proposé des engagements à l’Autorité pour prévenir les risques d’atteinte à la concurrence identifiés sur le marché de la distribution des produits de nettoyage à destination des industries pharmaceutiques et cosmétiques. En effet, *Ecolab* s’engage à céder son portefeuille de clients des industries pharmaceutique et cosmétique. La société *Ecolab* s’engage aussi à proposer un accord de licence exclusif à l’acquéreur, s’il le demande, pour une période de 10 ans et sur le seul territoire français. L’acquéreur pourra utiliser ses propres marques et/ou les marques d’*Ecolab*.

Autorisation du rachat de UASC par Hapag Lloyd sous réserve d’engagements, Commission européenne 23 novembre 2016, IP/16/3942

Le 3 octobre 2016, *Hapag Lloyd* a notifié à la Commission Européenne son intention de prendre le contrôle de *UASC* dans le secteur du transport maritime régulier par conteneurs. La Commission, ayant examiné les effets de cette concentration sur le marché concerné, en a conclu que la pratique aurait créé, à travers les compagnies de transports *Consortiums* et *Alliances* puis *Consortium NEU1* desquelles *Hapag Lloyd* et *UASC* sont respectivement membres, des liens qui

auraient pu influencer les capacités et les prix sur une part importante du marché au détriment des concurrents et des consommateurs. En vue de dissiper les risques anticoncurrentiels, la Commission a accepté les engagements pris par *Hapag Lloyd* à savoir de mettre fin à la participation d’*UASC* au *Consortium NEU1*, initiative qui supprimera les liens avec les routes commerciales entre le nord de l’Europe et l’Amérique du Nord.

Le conseil de surveillance de PSA autorise le rachat de Opel / Vauxhall, 6 mars 2017⁵⁰

Le 6 mars dernier, le conseil de surveillance du groupe *Peugeot Société Anonyme (PSA)* a rendu sa décision et autorise ainsi l’accord du français *PSA* avec l’américain *General Motors* pour le rachat des filiales allemande *Opel* et britannique *Vauxhall*. Cette opération qui constituera une concentration horizontale présentera aussi des effets verticaux et congloméraux notamment car elle permettra au groupe de réaliser d’importantes économies d’échelle et de dégager des synergies dans les domaines des achats, de la production et de la recherche et développement.

Le groupe *PSA* étant susceptible de gagner la deuxième position européenne sur le marché de l’automobile (après *Volkswagen*), avec des chiffres

d’affaires réalisés principalement en Europe, en 2016, s’élevant à 54 milliards d’euros pour *PSA*⁵¹ et 17,7 milliards d’euros pour *Opel/Vauxhall*⁵², la dimension communautaire⁵³ ne semble pas faire de doutes et ce projet de concentration devrait être notifié à la Commission européenne qui sera amenée à autoriser ou non une telle opération. Les questions qui se poseront seront de déterminer les conséquences qu’entraînera cette fusion sur le marché.

La Commission européenne contrôlera ainsi dans quelle mesure le marché européen des constructeurs automobile sera affecté, si le groupe *PSA* est susceptible de porter une atteinte significative à une concurrence effective sur le marché, notamment du fait

⁵⁰ Communiqué de presse PSA groupe, 6 mars 2017 : Opel/Vauxhall rejoint le Groupe PSA

⁵¹ <https://www.groupe-psa.com/fr/groupe-automobile/chiffres-cles/>

⁵² <http://media.gm.com/media/fr/fr/opel/home.detail.html/content/Pages/news/fr/fr/2017/opel/03-06-opel-vauxhall-psa.html>

⁵³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprise, Art.1er :

« 2. Une concentration est de dimension communautaire lorsque:

a) le chiffre d’affaires total réalisé sur le plan mondial par l’ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d’euros, et

b) le chiffre d’affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d’euros »

de la création ou du renforcement d'une position dominante. Au vu de la dynamique du marché de l'automobile qui rassemble des groupes se livrant une concurrence acharnée et enchaînant les fusions/acquisitions/cessions et en prenant en compte le fait que PSA avait déjà bénéficié de cette position sur

ce marché avant de se faire dépasser par *Renault*, la perspective d'une autorisation de cette concentration, éventuellement sous réserve d'engagements, comme c'est de plus en plus souvent le cas dans les décisions de la Commission, semble envisageable.

Laura Cart, Marine Gualtieri, Camille Ogereau, Michèle Camara

AIDES D'ETAT

ARTICLE – Aides d'Etat fiscales : la lutte de la Commission contre la pratique des *rulings*

Le 15 mars dernier, la Commission européenne publiait le tableau de bord des aides d'Etat de l'année 2016⁵⁴ et dressait le bilan⁵⁵ des avancées positives effectuées depuis le lancement de la modernisation des aides d'Etat en 2012⁵⁶.

Dans le cadre de cette modernisation, de nombreux textes ont été adoptés ou révisés : le nouveau règlement *de minimis*⁵⁷, le nouveau règlement d'exemption⁵⁸ qui liste de nouvelles catégories pouvant bénéficier de sa protection, le nouveau règlement de procédure⁵⁹ qui vient renforcer les pouvoirs de la Commission ainsi que des règlements spécifiques à certaines catégories, des communications et des lignes directrices.

« *Le processus de modernisation du contrôle des aides d'Etat est achevé avec la publication de la communication sur la notion d'aide⁶⁰»⁶¹. Cette communication, en plus de préciser la manière dont l'aide d'Etat et les critères qui la composent doivent être interprétés au regard de la jurisprudence européenne, comporte un point qui s'intéresse spécifiquement aux mesures fiscales⁶² et notamment à la pratique des rescrits fiscaux⁶³.*

La Commission s'est donné pour mission de lutter contre les *rulings* fiscaux et, à travers eux, l'évasion fiscale. De nombreuses enquêtes sont menées et de grands groupes font les gros titres, condamnés à payer des millions d'euros d'impôts impayés après que des *rulings* fiscaux aient été qualifiés d'aide d'Etat (I.) ayant un caractère anticoncurrentiel (II.).

I. L'identification d'une aide fiscale

Le contrôle des droits fiscaux nationaux par la Commission Européenne est amplifié, depuis quelques années, par le recours au droit de l'Union européenne relatif aux aides d'Etat aux articles 107 à 109 du TFUE⁶⁴. Les autorités européennes ont en effet conféré de nouveaux objectifs fiscaux à l'Europe, et elles se sont appuyées pour cela sur le droit des aides d'Etat. Sur son fondement, le fait qu'une multinationale bénéficie d'avantages publics financiers par rapport à des concurrents qui n'en bénéficient pas peut être, en effet, utilement combattu. Nous examinons ce type d'aide fiscale, aussi bien sur le fond (B.) que sur la forme (A.).

⁵⁴http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html.

⁵⁵ Communiqué de presse, 15 mars 2017, « *Aides d'Etat: le tableau de bord 2016 montre les avantages résultant de la modernisation pour une mise à exécution rapide des mesures d'aide dans les États membres* », IP/17/624.

⁵⁶ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions sur la modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'Etat, /* COM/2012/0209 final */.

⁵⁷ Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis.

⁵⁸ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

⁵⁹ Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶⁰ Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'Etat visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C/2016/2946, JO C 262 du 19 juillet 2016.

⁶¹ L. IDOT, « *Aides d'Etat - Notion d'aide* », *Europe* 2016, n° 10, comm. 358.

⁶² Partie 5.4.

⁶³ Partie 5.4.4.1, points 169 à 174.

⁶⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

A. L'originalité formelle des *rulings* fiscaux

Selon le *credo* libéral qui est celui de l'Union, l'interventionnisme étatique fausse ou est susceptible de fausser le jeu de la concurrence en empêchant l'allocation de ressources à certaines entreprises au détriment d'autres. Le contrôle des aides d'Etat anticoncurrentielles permet dans cette perspective de garantir une concurrence équitable entre les entreprises, quel que soit leur lieu d'établissement, dans le marché intérieur européen. Il en constitue un ressort essentiel. Il permet concomitamment de poser des garde-fous à une éventuelle course aux subventions des Etats membres, qui se ferait au détriment de l'intérêt général européen. Ces aides prohibées aux articles 107 et suivants du TFUE peuvent prendre la forme d'avantages fiscaux, notamment ceux qu'entérinent les *rulings* (ou rescrits) fiscaux. Propres à la matière fiscale, ces derniers sont un instrument dont les législateurs dotent leurs exécutifs en vue d'apaiser les rapports entre les entreprises et l'administration fiscale en privilégiant la *prévention* des difficultés plutôt que leur règlement par la *répression*⁶⁵. Ils sont, en toute hypothèse, l'expression de la puissance publique en matière fiscale. Fondés sur le principe de bonne foi, les *rulings* fiscaux sont ainsi des accords conclus entre une entreprise et l'Etat compétent pour l'assujettir à l'impôt qui établissent les modalités de cette imposition. C'est notamment par la pratique des *rulings* que les sociétés multinationales font ainsi administrativement valider les modalités de répartition de leurs bénéfices entre leurs différentes filiales ou succursales. Pour être valables, ils doivent néanmoins satisfaire à cinq conditions :

- ils doivent être octroyés par l'autorité fiscale compétente ;
- l'accord doit porter sur un cas concret ;
- le *ruling* doit être conforme au droit⁶⁶ ;
- les faits doivent être énoncés de manière complète et fidèle par l'entreprise ;
- le *ruling* ne doit être valable qu'aussi longtemps que le cadre légal n'aura pas changé.

Inspirés par la pratique américaine, bon nombre d'Etats ont, en effet, pris pour habitude de sécuriser la situation des contribuables en leur

garantissant un régime fiscal favorable. D'autres Etats goûtent moins cet instrument en raison du risque d'atteinte à l'égalité de traitement entre les contribuables. Certaines pratiques de *rulings* constituent d'ailleurs l'instrument d'un dumping fiscal au sein même de l'Union Européenne, notamment pour les Etats voulant attirer de grandes multinationales sur leur territoire. Les règles européennes spécifiquement relatives à la fiscalité (articles 110 et suivants du TFUE) semblent inefficaces à les encadrer, compte tenu de la compétence très fragmentée de l'Union en ce domaine. Ces pratiques sont cependant susceptibles de tomber sous le coup des règles de l'Union Européenne en matière d'aides d'Etat si elles viennent à fixer des avantages anormaux au bénéfice de certaines entreprises (par exemple en rétrécissant indûment leur assiette fiscale ou en leur accordant un taux préférentiel sans justification) et au détriment de leurs concurrents. La Commission européenne condamne ainsi les pratiques fiscales déviantes qui constituent des aides d'Etat anticoncurrentielles, notamment en raison de leur caractère discriminatoire. S'il apparaît légitime pour un Etat membre d'octroyer un régime fiscal favorable à certains contribuables, lorsqu'il est justifié par l'intérêt général et est conforme à la légalité - notamment concurrentielle -, son caractère sélectif est généralement subodoré si son octroi repose sur un pouvoir d'appréciation discrétionnaire⁶⁷. Et lorsqu'il n'entre pas dans le cadre des justifications autorisées par les Traités, la Commission peut ordonner à l'Etat complaisant de le récupérer auprès de l'entreprise qui en a bénéficié.

C'est dans cette perspective, et ès qualité d'autorité de conduite de la politique européenne de concurrence, que la Commission Européenne a intensifié, à partir de juin 2013, son contrôle des *rulings* fiscaux. Elle se heurte souvent aux administrations fiscales qui les pratiquent et qui voient en eux plusieurs points positifs non seulement d'allègement de leur contrôle *a posteriori* mais également en termes de sécurisation de la situation juridique des administrés contribuables⁶⁸.

B. L'attention singulière portée aux prix de transfert

⁶⁵M. COLLET, *Droit fiscal*, PUF, Thémis droit, 5ème édition mise à jour, p. 183.

⁶⁶ La question de la conformité au droit revêt une dimension particulière en raison du degré parfois important d'abstraction de la règle de droit. L'administration fiscale a ainsi souvent un véritable pouvoir discrétionnaire dans l'exécution du droit.

⁶⁷http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/02/05/les-avantages-fiscaux-des-entreprises-remis-en-question_4860082_4862750.html

⁶⁸ Ainsi, en France, le recours aux rescrits fiscaux est favorisé par la loi depuis 2005. Voy. , sur le sujet, M. COLLET, *Droit fiscal*, PUF, Thémis droit, 5ème édition mise à jour, p. 184.

Qu'il s'agisse de l'affaire *Apple*⁶⁹ ou des affaires *Fiat*⁷⁰ et *Starbucks*⁷¹, les Etats concernés se sont vus reprocher d'avoir alloué une souplesse fiscale - considérée par la Commission comme étant des aides d'Etats anticoncurrentielles - sous la forme de prix de transfert. Ces derniers sont définis par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) comme « *les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées* »⁷². Matériellement, il s'agit des prix des transactions réalisées en interne entre des entreprises appartenant à un même groupe mais situées dans des Etats différents. Sont concernées toutes les ventes de biens ou marchandises ainsi que toutes les prestations de services intragroupe. La détermination des prix de transfert représente une donnée essentielle dans la vie des entreprises puisqu'elle concerne directement le montant de l'assiette fiscale dans les Etats concernés par les transactions. En particulier, l'utilisation des prix de transfert par les entreprises pour bénéficier d'avantages et s'exonérer au moins en partie de l'impôt sur le revenu est bien connue. En jouant sur les prix de transfert, il devient possible pour les groupes d'organiser une véritable répartition des bénéfices en interne afin de faire en sorte d'optimiser les résultats. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Starbucks*, les grains de café vert achetés par la société néerlandaise *Starbucks Manufacturing* à la société suisse *Starbucks Coffee Trading SARL* étaient facturés à un prix bien supérieur à celui du marché ce qui permettait de réduire le montant de l'assiette fiscale de la société néerlandaise de façon considérable. A cela s'ajoutait le paiement d'une redevance à la société britannique *Alki* qui, là encore, n'était pas justifié et ne constituait qu'une stratégie de réduction du montant des bénéfices déclarés aux Pays Bas.

Ce type d'opérations est, on le comprend aisément, susceptible d'intéresser plusieurs compétences normatives nationales en même temps. Et c'est sans doute parce que l'enjeu est transversal (aussi bien concurrentiel que fiscal, aussi bien micro-économique, aussi bien économique que financier, aussi bien national qu'euro-péen) que le sujet est aussi important.

L'accord préalable sur les prix de transfert, source de sécurité juridique ?

Dans certains Etats membres de l'Union, possibilité est donnée aux entreprises, afin de leur garantir une certaine sécurité juridique, de fixer le montant de ces prix de transferts en amont. C'est ce qui caractérise les différents *rulings* fiscaux épinglés par la Commission dans les affaires *Apple*, *Fiat* et *Starbucks*.

Ce dispositif permet de rendre les échanges intragroupes plus avantageux pour les multinationales que les mêmes opérations qui seraient effectuées entre des entreprises respectant les conditions « normales » du marché. L'objectif est ainsi de fixer des prix de transfert inférieurs au prix de marché de manière à ce que cela soit bénéfique pour l'entreprise. D'ailleurs, « *l'application d'un prix de transfert plus bas que le prix de marché n'est pas nécessairement illégale : la réglementation concernant les prix de transfert est suffisamment vague* »⁷³. La compétence des Etats membres est quasi-exclusive en matière de fiscalité. Si des lignes directrices publiées par l'OCDE posent des grands principes applicables en matière de prix de transfert et notamment l'application d'un principe de pleine concurrence, ils n'ont pas force contraignante et les Etats.

L'objectif des *rulings* est d'établir un accord préalable entre l'administration et l'entreprise contribuable sur la détermination de l'assiette fiscale qui sera retenue dans le cadre de l'imposition dans cet Etat afin de ne pas risquer de se faire condamner en aval. Force est cependant de constater qu'un accord entre l'administration fiscale et une multinationale ne suffit plus face à la politique de la Commission en matière d'aides d'Etats. Le loup de la concurrence est désormais dans la bergerie de la fiscalité.

Le droit de l'Union européenne, par son encadrement des aides d'Etats, condamne en effet les discriminations concurrentielles qui pourraient être concédées par un Etat à une entreprise, au détriment de ses concurrentes. Si, à s'en tenir à une lecture cursive des traités, la concurrence fiscale entre Etats n'est apparemment pas la préoccupation la plus directe de l'Union européenne, la compétence de la Commission lorsque la concurrence économique européenne entre

⁶⁹ Commission Européenne, 30 août 2016, Aide d'Etat SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) mise à exécution par l'Irlande en faveur d'Apple, non publiée, IP/16/2923.

⁷⁰ Décision (UE) n° 2016/2326 de la Commission, 21 octobre 2015, Aide d'Etat SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat, JOCE L/351/2016.

⁷¹ Décision de la Commission, 21 octobre 2015, Aide d'Etat SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) mise à exécution par les Pays Bas en faveur de Starbucks, non publiée, IP/15/5880.

⁷²http://www2.impots.gouv.fr/documentation/prix_transfert/index.htm.

⁷³ F. TOUBAL, R. B. DAVIES, J. MARTIN, M. PARENTI, "Prix de transfert et optimisation fiscale : le fait d'un faible nombre d'entreprises multinationales dans les paradis fiscaux", 2014, document de travail du CEPIL.

entreprises est affectée ne fait pas de doute. Et l'interdiction de la discrimination concurrentielle, dont elle est garante, produit des effets parallèles sur la discrimination fiscale, prohibée par ricochet. En d'autres termes : accorder un avantage fiscal à un opérateur économique est interdit dès lors que cela est susceptible d'avoir des conséquences concurrentielles négatives. Mais cela n'est-il pas un « simple » et « juste » retour des choses ? En matière fiscale, la concurrence est bien présente à plusieurs niveaux, et de façon circulaire : la concurrence entre entreprises pousse les Etats à se livrer concurrence, la question étant à la fois de savoir quelles entreprises sont en mesure d'offrir économiquement des biens et des services dans les meilleures conditions et à la fois d'identifier les Etats qui ont la possibilité de proposer les meilleures conditions fiscales d'implantation sur leur territoire.

Prix de transferts et évasion fiscale

Dans l'affaire *Apple*, les souplesses accordées par l'administration au géant américain lui permettaient d'enregistrer les bénéfices de ses ventes réalisées dans toute l'Europe en Irlande, l'un des pays européens où l'impôt sur les sociétés est le moins élevé - et qui avait, de plus, été diminué pour *Apple* jusqu'à atteindre un taux de 0,005% en 2014 -. Par ailleurs, la quasi-totalité des bénéfices étaient affectés à une société fictive située dans un paradis fiscal, ce qui permettait de minorer artificiellement l'assiette de l'impôt dû.

Les principes de l'OCDE⁷⁴ préconisent de fixer un prix de transfert qui soit conforme au prix de pleine concurrence qui correspond au prix qui serait appliqué entre deux entreprises indépendantes pour la réalisation de la même opération. Force est pourtant de constater que, en pratique, la détermination de ces prix de transferts n'est pas si évidente que pressentie. Une zone grise subsiste et les entreprises savent s'y maintenir avec habileté pour obtenir les meilleurs taux possibles et s'assurer une méthode efficace de redistribution des bénéfices vers les endroits les plus avantageux fiscalement. Cela était sans compter sur l'opiniâtreté de la Commission à mettre à jour les comportements opaques attentatoires à la liberté de concurrence. Si l'utilisation des prix de transferts comme moyen d'évasion fiscale n'est donc pas une

méthode nouvelle, la politique européenne de concurrence conduite par la Commission à leur égard l'est, pour sa part, assurément. Elle permet d'ailleurs de bâtir des ponts disciplinaires entre le droit de la concurrence et le droit fiscal européens.

II. La qualification du caractère anticoncurrentiel de l'aide fiscale

En matière d'aides d'Etat fiscales, la Commission européenne suit un raisonnement classique quant au contrôle de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur (A.). Cependant, l'autorité européenne de concurrence ne semble pas prendre en compte les gains d'efficacité qu'une telle aide peut apporter, et par conséquent, l'exemption d'une telle aide fiscale, qu'elle soit individuelle ou catégorielle, semble aujourd'hui exclue. Nous pouvons en effet critiquer cette absence de prise en compte, d'autant plus que la méthode de la Commission semble se préciser dans le sens d'une lutte résolue contre ces pratiques (B.).

A. Le raisonnement classique de la Commission européenne

Aujourd'hui, l'affaire *Apple*⁷⁵, très largement médiatisée, fait l'objet de toutes les attentions. Cependant, la Commission européenne avait déjà, quelques mois plus tôt, entrepris une nouvelle démarche au sujet des *rulings* mettant notamment en place des prix de transfert. Le communiqué de presse de l'affaire *Apple* le rappelle expressément. En effet, en octobre 2015, la Commission avait décidé que le Luxembourg et les Pays-Bas avaient respectivement accordé des avantages fiscaux anticoncurrentiels à *Fiat* et à *Starbucks*⁷⁶. En janvier 2016, elle avait également conclu que les avantages fiscaux sélectifs accordés par la Belgique à trente-cinq multinationales, principalement basées dans l'Union européenne, dans le cadre de son régime d'imposition des bénéfices, dits « excédentaires », étaient illégaux au regard des règles

⁷⁴ Rapport OCDE, 1995, "Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales".

⁷⁵ Commission Européenne, 30 août 2016, Aide d'Etat SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) mise à exécution par l'Irlande en faveur d'Apple, non publiée, IP/16/2923.

⁷⁶ Décision (UE) n° 2016/2326 de la Commission, 21 octobre 2015, Aide d'Etat SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat, JOCE L/351/2016.

Décision de la Commission, 21 octobre 2015, Aide d'Etat SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) mise à exécution par les Pays Bas en faveur de Starbucks, non publiée, IP/15/5880.

européennes en matière d'aides d'État⁷⁷. Deux autres enquêtes de la Commission sont par ailleurs également en cours au sujet de *rulings* fiscaux accordés à *Amazon* et *McDonald's* par le Luxembourg.

Si la Commission s'est appuyée dans ces affaires sur la méthodologie qu'elle emploie classiquement en matière de contrôle des aides d'Etat nouvelles, plusieurs singularités du raisonnement tenant à la particularité des objets sous analyse méritent d'être soulevées. On rappellera que quatre conditions cumulatives doivent être satisfaites pour qu'une mesure de soutien financier public soit considérée comme incompatible avec le marché intérieur. La Commission en livre ici une grille de lecture dans le cas des rescrits fiscaux.

De manière classique, suivant les dispositions de l'article 107 du TFUE, la Commission européenne procède par étapes. Elle recherche tout d'abord si la mesure en question peut être qualifiée d'aide d'Etat *anticoncurrentielle*, c'est-à-dire si elle confère un avantage gratuit, sélectif et affectant le commerce entre Etats membres. Ensuite, la garante des traités vérifie si l'aide en question peut bénéficier d'une exemption.

Tout d'abord, la mesure en question doit pouvoir être imputée à un Etat et doit être financée au moyen de ressources d'Etat. Dans l'affaire *Fiat*, les autorités fiscales luxembourgeoises ont pris une décision anticipative au profit d'une filiale du groupe *Fiat*, validant des accords en matière de transfert de prix. La filiale a utilisé ces accords pour calculer son assiette fiscale au titre de l'impôt sur les sociétés au Luxembourg. Les autorités fiscales ont accepté ces calculs et c'est sur cette base qu'elles ont fixé l'impôt dû par la filiale de *Fiat*. Mais encore, ces prix de transfert ont entraîné une perte de ressources pour l'Etat. En effet, toute réduction de l'impôt à charge de la filiale de *Fiat* a entraîné une perte de recettes fiscales dont le Luxembourg aurait bénéficié sans cela.

Dans l'affaire *Apple*, c'est l'Etat irlandais qui a apporté son aide à la mise en place de deux *rulings* fiscaux visant à valider un mode de répartition interne des bénéfices entre deux sociétés de droit irlandais d'*Apple* : Apple Sales international (ASI) et Apple Operations Europe (AOE). Le règlement des prix de

transfert qui a été réalisé par ces mesures permet de diminuer la part d'impôt payée par *Apple* en Irlande, occasionnant parallèlement un manque à gagner fiscal pour cet Etat. Il faut dire qu'*Apple* est le plus important employeur de la région de Cork, représentant 1 000 emplois et 500 sous-traitances, et que cette stratégie fiscale, attractive pour les entreprises susceptibles de s'implanter sur le territoire Irlandais, a démontré son efficacité dans la création d'emplois. Mais ce sont là des considérations extra concurrentielles dont la Commission n'a manifestement pas jugé bon de tenir compte. Pourtant, l'on comprend assez vite que deux mondes sont possibles : celui de la fiscalité *favorable* à l'emploi et celui de la fiscalité *neutre* vis-à-vis de l'emploi. Encore faudrait-il considérer que favoriser l'emploi est un gain d'efficience ... marche que la Commission ne semble pas prête à monter.

Dans l'affaire *Starbucks*, le groupe américain a signé des « *tax rulings* », plus précisément des arrangements sur des prix de transfert à venir, avec l'administration fiscale néerlandaise. Cette dernière a accepté l'allocation de bénéfices qui a été proposée par *Starbucks* et sur la base de laquelle Starbucks manufacturing *EMEA BV (SMBV)* - entreprise sous le contrôle indirect du groupe *Starbucks* - détermine l'impôt sur les sociétés dont elle sera redevable aux Pays-Bas chaque année. La mesure peut donc être imputée aux autorités néerlandaises selon la Commission européenne. Grâce à l'accord sur la détermination de ces prix de transfert, la base taxable aux Pays-Bas de *SMBV* a pu être réduite. Sans ces *rulings*, la charge d'imposition de Starbucks manufacturing aux Pays-Bas aurait dû augmenter de 36 % à 66 %⁷⁸.

Ensuite, la mesure doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Cet avantage doit être, de surcroît, gratuit, c'est-à-dire que le bénéficiaire de la mesure ne doit pas procurer aux pouvoirs publics de contrepartie économique. Une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises un traitement fiscal avantageux qui place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue, dans cette perspective, une aide d'Etat⁷⁹. A ce propos, pour déterminer si une méthode de calcul des revenus imposables d'une entreprise constitue un avantage, il est nécessaire de

⁷⁷ Comm. UE, communiqué IP/16/42, 11 janv. 2016 : Aides d'Etat : la Commission estime que le régime belge d'exonération des bénéfices excédentaires est illégal et ordonne la récupération d'environ 700 millions d'euros auprès de 35 multinationales.

⁷⁸ Comm. UE, communiqué IP/15/5880, 21 oct. 2015 : Rescrits fiscaux : qualification d'aides d'Etat dans l'affaire Starbucks aux Pays-Bas.

⁷⁹ CJUE, 15 nov. 2011, *Government of Gibraltar and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, C-106/09 et C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, point 72.

comparer cette méthode au régime fiscal de droit commun⁸⁰. Plus précisément, pour savoir si le *ruling* fiscal en question constitue un avantage, il faut le comparer à un système d'impôt normal en opérant la comparaison entre, d'une part, profits et pertes d'une entreprise supportés sur ses activités sous le régime du *ruling* dont elle bénéficie et, d'autre part, entre profits et pertes d'une entreprise supportés à des conditions normales d'imposition. C'est ce raisonnement qu'a appliqué la Commission européenne dans les affaires *Apple*, *Fiat* et *Starbucks*.

Ensuite encore, cet avantage doit être sélectif. Il ressort de la jurisprudence que la notion d'aide comprend non seulement les prestations positives mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise⁸¹. Dans le cadre de *rulings* fiscaux, il y a effectivement un allègement des charges grevant normalement le budget d'une entreprise puisque la base d'imposition de cette dernière est moins importante. La Cour de justice a confirmé que si la méthode d'imposition appliquée aux transferts intragroupe ne respecte pas le principe de pleine concurrence préconisé par l'OCDE⁸², et conduit à une assiette fiscale inférieure à celle qui aurait été déterminée par l'application correcte de ce principe de pleine concurrence, elle confère un avantage sélectif à l'entreprise concernée⁸³. De manière générale, le caractère sélectif de l'avantage s'apprécie au regard de l'anormalité de ce dernier. Et dans ce cas précis, l'avantage se traduit en définitive par la minoration du montant de l'impôt dû, ce qui est anormal, et au demeurant discriminatoire.

Car il faut en effet ajouter que l'article 107 § 1 du TFUE impose de déterminer si, « *dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser certaines entreprises ou certaines productions par rapport à d'autres, lesquelles se trouveraient, au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime dans une situation factuelle et juridique comparable. Dans l'affirmative, la mesure concernée remplit la condition de sélectivité constitutive de la notion d'aide d'Etat prévue par cette disposition* »⁸⁴. Dans les affaires fiscales, la Cour de justice a mis au point une analyse en trois temps afin de déterminer si

une mesure fiscale spécifique est sélective⁸⁵. Pour commencer, il faut déterminer quel est le régime fiscal général ou normal applicable dans l'Etat membre, c'est le régime de référence. Ensuite, il convient de déterminer si le régime fiscal concerné déroge à ce régime c'est-à-dire s'il établit une distinction entre les opérateurs de marché qui se trouvent, compte tenu des objectifs inhérents au régime, dans une situation factuelle et juridique comparable. Si la mesure constitue une dérogation au régime de référence, il faut déterminer, au cours de la troisième étape de l'analyse, si cette mesure est justifiée par la nature ou la conception générale du régime de référence. Une mesure qui déroge à l'application du régime de référence peut être justifiée si l'Etat membre concerné parvient à démontrer que cette mesure résulte directement de principes fondateurs ou directeurs de ce régime fiscal. Si tel est le cas, la mesure fiscale n'est pas sélective. C'est à l'Etat membre qu'incombe la charge de la preuve ici.

Dans l'affaire *Starbucks*, le régime de référence est composé du système général néerlandais de l'impôt sur les sociétés qui a pour objet d'imposer le bénéfice réalisé par toutes les entreprises assujetties aux Pays-Bas. La Commission européenne estime qu'il y a un avantage sélectif par suite d'une dérogation au régime néerlandais général de l'impôt sur les sociétés. En effet, lorsqu'une règle fiscale engendre une diminution injustifiée de l'impôt dû par un bénéficiaire qui aurait autrement été soumis à un niveau d'imposition supérieur sur la base du régime de référence, cette réduction représente à la fois l'avantage octroyé par la mesure fiscale et la dérogation au régime de référence. Concernant la troisième étape, la Commission affirme que ni les autorités néerlandaises ni *Starbucks* n'ont avancé une justification valable du traitement sélectif accordé à *SMBV*. Cette dernière n'a donc trouvé aucun motif pouvant justifier le traitement préférentiel accordé à *SMBV*, dont on pourrait considérer qu'il découle directement des principes intrinsèques, fondateurs ou directeurs du cadre de référence ou qu'il résulte de mécanismes inhérents indispensables au fonctionnement et à l'efficacité de ce cadre qui est le régime général néerlandais d'impôt sur les sociétés.

Pour finir sur ce point, dans l'affaire *Apple*, la

⁸⁰ I. PAPADAMAKI, D. Berlin (dir.), « Les Aides d'Etat de nature fiscale en droit de l'Union européenne », Thèse Paris 2, 14 octobre 2016.

⁸¹ CJCE, 8 nov. 2001, *Adria-Wien Pipeline* et *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, point 38.

⁸² Rapport OCDE, 1995, "Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales".

⁸³ CJCE, 22 juin 2006, aff. jointes C-182/03 et C-217/03, *Belgique c/ Commission*, ECLI:EU:C:2006:416.

⁸⁴ CJCE, 3 mai 2005, C-172/03, *Heiser* ECLI:EU:C:2005:130, point 40.

⁸⁵ CJUE, 8 sept. 2011, C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos* ECLI:EU:C:2009:417, voy. I. PAPADAMAKI, *op. cit.*

Commission européenne confirme que si la méthode de calcul de l'impôt pour les prix de transfert intragroupe ne correspond pas au principe « *arms length* », c'est-à-dire au principe selon lequel les parties à une transaction sont indépendantes et sur un pied d'égalité, et conduit à une base imposable inférieure à celle qui aurait dû résulter d'une application correcte du régime général d'imposition alors cela apporte un avantage sélectif à son bénéficiaire. La Commission relève ici que, dans le *ruling* de 1991, la base imposable d'*Apple* a été négociée et le fondement de cette négociation n'avait pas d'autre base économique que des considérations tenant à l'emploi. De plus, elle relève que les autorités irlandaises ne semblent pas avoir eu l'intention d'établir la base imposable via les prix de transfert. Le fait que la méthode utilisée pour la détermination de la base imposable résulte d'une négociation renforce l'idée que l'issue de la méthode convenue ne correspond pas au principe « *arms length* » et qu'un opérateur prudent et indépendant sur le marché n'aurait pas accepté la rémunération accordée à ASI et AOE dans une même situation. Ce *ruling* a été appliqué pendant quinze ans par *Apple* sans renégociation. Un nouveau *ruling* a été conclu en 2007 et la Commission européenne, suivant la même méthode, a considéré que cet avantage avait été accordé de manière sélective.

Enfin, la quatrième et dernière condition tient à ce que cette mesure doit être susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres. De ce point de vue, la Commission européenne affirme que *Fiat* est une entreprise active à l'échelle mondiale, qui exerce ses activités dans divers Etats membres, de sorte que toute aide en sa faveur fausse ou menace de fausser la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union européenne. Dans l'affaire *Apple*, l'autorité européenne de concurrence tient le même raisonnement et conclut que toute aide accordée à cette dernière fausse ou peut fausser le commerce entre Etats membres. La Commission procède de manière similaire dans l'affaire *Starbucks* en énonçant que *SMBV* fait partie du groupe *Starbucks*, qui opère à l'échelle mondiale et dans tous les Etats membres de l'Union européenne, de sorte que toute aide à son profit a le potentiel d'affecter les échanges au sein de l'Union européenne.

Une exemption ?

Une fois qu'il est admis que la mesure incriminée pose des problèmes de concurrence, il reste à savoir si elle peut bénéficier d'une exemption sur la base des dérogations prévues à l'article 107, § 2 et 3, du TFUE. L'article 107, § 2 et § 3, du TFUE opère une

distinction entre les aides compatibles de plein droit avec le marché intérieur et les dérogations facultatives. Dans ce deuxième cas, les aides concernées *peuvent* être déclarées compatibles avec le marché intérieur, par décision individuelle faisant application du droit originaire et dérivé pertinent, ou par application d'un règlement d'exemption par catégorie. Vu la sensibilité et le caractère inédit des problèmes de droit posés par les rescrits fiscaux, la Commission s'y est penchée au cas par cas.

Concernant l'affaire *Fiat*, la Commission européenne n'applique aucune des exemptions prévues à l'article 107 du TFUE. Elle estime que le *ruling* de la filiale de *Fiat* a eu pour effet de réduire les charges que cette dernière aurait dû normalement supporter dans l'exercice de son activité, et donc que ce *ruling* doit être considéré comme une aide au fonctionnement. De plus, elle affirme que cette aide ne saurait être considérée comme compatible avec le marché intérieur, et donc bénéficiaire d'une telle exemption, dès lors qu'elle ne favorise pas le développement de certaines activités ou de certaines régions. Par ailleurs, elle n'est pas limitée dans le temps, ne se réduit pas progressivement et n'est finalement pas proportionnée à ce qui est nécessaire pour remédier à un désavantage économique spécifique dans les régions concernées.

Dans l'affaire *Starbucks*, la Commission relève que les autorités néerlandaises n'ont avancé aucun de ces motifs de compatibilité prévus dans les dispositions de l'article 107, § 2 et 3, du TFUE en ce qui concerne l'aide d'Etat qu'elles ont accordée à *SMBV*. Là encore, l'aide accordée est une aide au fonctionnement et la Commission européenne affirme qu'en règle générale, les aides de ce type ne peuvent normalement pas être considérées comme compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, § 3 point c), du TFUE car elles ne sont pas destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques. Les incitants fiscaux correspondants ne sont pas non plus limités dans le temps, pas plus qu'ils ne sont dégressifs et proportionnés à ce qui est nécessaire pour apporter une solution à un handicap économique spécifique dans les régions concernées. L'aide d'Etat accordée par les autorités néerlandaises à *SMBV* et au groupe *Starbucks* n'est donc pas compatible avec le marché intérieur. Enfin, la Commission écarte également tous les cas d'exemption prévus à l'article 107, § 2 et 3, du TFUE les uns après les autres dans l'affaire *Apple* pour ensuite affirmer que ces aides ne peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur.

Le raisonnement est rigoureux. On peut cependant s'interroger sur le fait de savoir s'il ne serait pas plus judicieux de reconsidérer les justifications susceptibles d'être admises en vue de valider de telles mesures, notamment à travers la distinction, issue du processus en cours de modernisation du droit des aides d'Etat, entre les aides « appropriées » et les aides « non appropriées ». Cela se comprend d'autant mieux selon nous que cette évolution du droit de la concurrence s'inscrit dans une stratégie plus globale de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales.

B. Les nouvelles perspectives de contrôle

Les décisions évoquées précédemment montrent bien la volonté de la Commission de lutter contre les pratiques abusives d'optimisation fiscale au sein de l'Union Européenne. Ce besoin de contrôle de fiscalité s'est surtout manifesté après les différents scandales financiers qu'a connus l'Europe ces dernières années - notamment les révélations relatives au « *Luxembourg Leaks* » -. C'est dans ce contexte qu'a explosé, depuis 2013, le contentieux concurrence des aides d'Etat fiscales, notamment au sujet de la pratique des *rulings* fiscaux. Le but de la Commission est d'éviter que des entreprises, plus particulièrement des multinationales, optimisent leur charge fiscale en toute légalité et bénéficient du régime flexible de certains Etats membres en la matière. Par cette orientation, elle marque une *certaine* considération pour une *certaine* conception de la justice fiscale.

Cette nouvelle priorité politique s'inscrit d'ailleurs dans le nouveau mouvement de modernisation du droit des aides d'Etat. Celle-ci vise à simplifier les règles et à recentrer le contrôle sur les affaires ayant le plus d'effet anticoncurrentiel sur le marché⁸⁶. La modernisation du droit des aides d'Etat passe aussi et peut-être même surtout par une distinction entre « aide appropriée » et « non appropriée » qui constitue la pierre angulaire de ce projet. La Commission énonce ainsi que « *s'avèrent appropriées les aides qui renforcent le marché unique ; se révèlent inappropriées celles qui l'affaiblissent* ». La *compatibilité des aides d'Etat sera donc désormais appréciée sous ce critère de renforcement du marché unique. L'aide doit présenter « une réelle valeur ajoutée »*, ce qui aboutit à un contrôle plus approfondi. Par cette distinction, la Commission pourrait aussi

commencer à se pencher sur les éventuels effets bénéfiques des aides fiscales. Les *rulings* présentent en effet une utilité *certaine* puisqu'ils permettent aux entreprises d'avoir une meilleure visibilité fiscale et leur confère ainsi un gain de sécurité juridique qui pourrait, pourquoi pas, être un jour considéré comme un gain d'efficacité. Il reviendra à cet égard à la Commission européenne de préciser dans quel sens elle entend concrètement conduire la modernisation du droit des aides d'Etat parallèlement à son action visant à combattre les disparités fiscales anticoncurrentielles. Le droit européen pourrait dans servir de cadre non plus seulement à la régulation de la concurrence entre entreprises mais également à la régulation de la concurrence entre Etats membres.

En réalité, le droit de la concurrence n'est pas le seul levier que les institutions européennes peuvent actionner en ce domaine. Et les raisonnements concurrentiels sont en effet par ailleurs corroborés par d'autres instruments permettant le bon fonctionnement du marché intérieur. C'est dans cet esprit, et dans le but de lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui affectent le fonctionnement du marché intérieur, qu'a été adoptée la directive du 12 juillet 2016⁸⁷. Elle s'applique « *à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs Etats membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs Etats membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers* », selon son article 1^{er}. Ce texte s'inscrit bien dans une optique de contrôle visant à empêcher les groupes multinationaux de profiter des disparités entre les régimes fiscaux des Etats membres, comme cela a pu être le cas dans les affaires *Apple*, *Fiat* ou *Starbucks*.

La directive établit des règles qui retiennent l'attention à cinq égards notamment :

- Les règles de limitation des intérêts
- L'imposition à la sortie (*exit tax*)
- La clause anti-abus générale
- La règle relative aux sociétés étrangères contrôlées
- Le calcul des revenus des sociétés étrangères contrôlées

Les Etats membres ont jusqu'au 31 décembre 2018 pour la transposer (jusqu'au 31 décembre 2019 pour transposer les règles en matière d'imposition à la sortie). Si un certain nombre de ces mesures existent déjà en droit français, quelques ajustements seront

⁸⁶ F. MARTUCCI, *La modernisation des aides d'Etat : une réforme en demi-teinte*, Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2014, dossier 17.

⁸⁷ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

nécessaires. La directive s'adresse, il est vrai, surtout aux Etats membres qui proposent des systèmes très avantageux et qui causent des déséquilibres au sein de l'Union Européenne. Elle est l'aboutissement de plusieurs propositions de la Commission qui a œuvré, dès 2015, pour une meilleure transparence fiscale. En juin 2015, la Commission avait ainsi dévoilé un plan d'action permettant d'assurer une imposition effective là où les bénéfices d'une entreprise sont réalisés ainsi qu'une stratégie visant à relancer l'assiette commune

consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)⁸⁸. Elle a également invité les Etats membres à modifier les règles nationales favorables à l'évitement de certains impôts et à améliorer leurs échanges d'informations (déclaration pays par pays des informations financières de nature fiscale sur les multinationales)⁸⁹.

On l'aura compris, la question de la cohérence et de l'efficacité globales de cet ensemble normatif complexe est loin d'être définitivement résolue.

Michèle Camara, Camille Ogereau, Marine Gaultieri, Laura Cart.

A RETENIR : Depuis 2012, les aides d'Etat ont connu une réelle modernisation, laquelle s'est petit à petit portée sur les aides d'Etat fiscales qui ont montré certaines défaillances, notamment avec la pratique des rulings fiscaux. Des affaires comme Apple, Fiat ou Starbucks ont montré l'effet néfaste de ces pratiques sur le marché intérieur. La modernisation est toujours en marche et devra s'intensifier pour lutter contre l'évasion fiscale en Europe.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

COMMENTAIRE - Ouverture du principe de réparation par dommages et intérêts punitifs

Cour de justice de l'Union européenne, 25 janvier 2017, Stowarzyszenie "Oławska Telewizja Kablowa" c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich, aff. C-367/15

De par un arrêt rendu le 25 janvier 2017⁹⁰, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) est venue, sur question préjudicielle, clarifier le montant des dommages et intérêts que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle lésé peut demander au contrefacteur.

En l'espèce, la décision rendue concerne un litige entre SFP, organisme polonais de gestion des œuvres audiovisuelles protégées, et OTK, organisme diffusant des programmes de télévision. Suite à une résiliation du contrat de licence, OTK a continué à faire usage des œuvres protégées par le droit d'auteur. De ce constat, les juridictions polonaises saisies, ont douté de la conformité de leur législation avec l'article 13.1 de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative aux respects des droits de propriété intellectuelle⁹¹ prévoyant que : « Les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant [...] de verser au titulaire du

droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte. ».

La CJUE a ainsi été saisie d'une question préjudicielle et a dû répondre à la question suivante : une réglementation nationale peut-elle prévoir à titre de réparation du dommage causé à un titulaire de droit de propriété intellectuelle, le paiement d'une somme correspondant au double de la rémunération hypothétiquement applicable ?

A cette problématique, la CJUE répond par la positive. Elle estime, d'une part, que la Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle n'impose aucune obligation aux Etats, quant à la mise en œuvre de ces droits, leur laissant ainsi une certaine marge de manœuvre. En ce sens, le considérant 26 de l'arrêt n'impose pas aux Etats une obligation de prévoir dans leur législation des dommages et intérêts punitifs. Seul un standard

⁸⁸ Commission européenne, Communiqué de Presse, affaire *Apple*, 30 août 2016.

⁸⁹ *Ibid.* Dans cette optique, les Etats membres ont d'ailleurs conclu un accord politique qui s'est appliqué dès octobre 2015 sur l'échange automatique d'informations concernant les rulings fiscaux.

⁹⁰ CJUE, 25 janv. 2017, *Stowarzyszenie "Oławska Telewizja Kablowa" c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, aff. C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36

⁹¹ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

minimal est imposé laissant ainsi la possibilité aux Etats d'opter pour des mesures plus protectrices.

D'autre part, elle relève qu'une indemnisation forfaitaire n'est généralement pas proportionnelle au préjudice réellement subi par le titulaire de droit de propriété intellectuelle lésé, lequel bénéficie d'une présomption de lien de causalité entre le fait dommageable et préjudice qui en découle.

Cette décision est empreinte d'une évolution morale visant à sévèrement sanctionner les contrefacteurs.

On peut toutefois se demander si la solution aurait été similaire dans l'hypothèse où la question se serait posée en France. En effet, rappelons que le droit français de la réparation est gouverné par le principe de la réparation intégrale du préjudice. En décidant que les Etats ont la possibilité de consacrer le principe des dommages et intérêts punitifs, la CJUE semble ouvrir la voie à la consécration d'une telle réparation, laquelle fait depuis longtemps l'objet d'un débat doctrinal.

Adeline Ibos, Abdoul Bocar Sy, Marie Pellerin.

A RETENIR : La Cour de justice estime que la législation européenne d'allouer des dommages et intérêts punitifs à une partie lésée en cas de contrefaçon.

ARTICLE - Enveloppe Soleau : un préalable à la protection en propriété intellectuelle

L'enveloppe Soleau, du nom de son auteur⁹², est un moyen de preuve qui permet de fixer de façon certaine la date d'une invention (création, dessin, modèle...). Les formalités de dépôt de cette enveloppe à l'INPI sont peu contraignantes et peu coûteuses⁹³.

Toute personne (auteur, créateur, inventeur, etc.) voulant se constituer cette preuve dès la date de création peut déposer l'enveloppe Soleau à tout moment. Il est cependant recommandé de s'adresser à l'Institut National de la Propriété Industrielle (ci-après : INPI) dès l'invention pour bénéficier de l'antériorité attachée à ce dépôt.

L'enveloppe Soleau permet de dater vos inventions, tout en les gardant confidentielles, comme un concept original d'entreprise ou de service (ex : livraison de pizza à domicile), des procédés, des méthodes de fabrication (ex : une recette de cuisine), une œuvre artistique (ex : un script de film), etc.

L'enveloppe Soleau vous identifie comme auteur. Cependant, le dépôt d'une innovation sous enveloppe Soleau ne confère à son titulaire aucun droit privatif ou monopole d'exploitation, sur les éléments

objets du dépôt. Il permet uniquement de donner une date certaine à ces éléments. Une fois reçue et datée par l'INPI, l'enveloppe est valable 5 ans, renouvelable 1 fois.

Dans une volonté de dématérialisation de ses services, l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle) a lancé le 15 décembre 2016, l'enveloppe Soleau électronique dite « e-Soleau », en parallèle de la version papier. Cette démarche clé en main offre une souplesse au mécanisme en permettant un archivage rapide et sécurisé.

Ce nouveau mécanisme permet de pallier les difficultés que l'enveloppe Soleau « papier » rencontre. En effet, elle fait face à des contraintes postales liées aux étapes d'envoi et de réception ainsi qu'à des contraintes pratiques. L'enveloppe, une fois remplie, ne peut excéder 5 mm d'épaisseur (soit un maximum de 7 feuilles au format A4) et il est impossible d'y insérer des biens matériels (carton, cuir, CD etc.).

Pauline Ganem, Janis Bassi

A RETENIR : L'enveloppe Soleau ne suffit pas à protéger une invention, elle permet simplement de la dater. En comparaison aux brevets, dessins et modèles qui sont à la fois publics et dont l'antériorité est difficile à prouver, l'enveloppe Soleau est quant à elle confidentielle et la date d'antériorité qu'elle confère est incontestable.

⁹² Eugène Soleau, industriel et inventeur français

⁹³ L'enveloppe Soleau coûte 15 euros l'unité

Faculté de droit Université de Caen Normandie

Esplanade de la Paix - CS 14032

14032 Caen cedex 5

<http://www.unicaen.fr/recherche/mrsh/crdp>

<http://droit.unicaen.fr/recherche/institut-demolombe-e-a-967/>



**INSTITUT
DEMOLOMBE
EA967**

N'HESITEZ PAS A SUIVRE LE MASTER !

TWITTER : <https://twitter.com/m2concludistri?lang=fr>

FACEBOOK : <https://www.facebook.com/M2ConcurrenceDistributionCaen/>

SITE DU MASTER : <https://m2cdcaen.com/2015/02/02/bienvenue-sur-le-site-internet-du-m2-concurrence-distribution-de-caen/>

SITE DE LA FACULTE : <http://droit.unicaen.fr/formations/master-droit-des-affaires/le-master-droit-des-affaires-parcours-droit-de-la-concurrence-de-la-distribution-de-caen-est-classe-8eme-au-classement-smbg-2016-616576.kjsp?RH=1235646973061>