



NEWSLETTER

Mars 2019 – n°8

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

- **Aut. Conc., 31 janvier 2019, décision n° 19-MC-01** : En raison d'une situation d'urgence et de la probabilité de l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle, l'Autorité de la concurrence ordonne des mesures d'urgence à Google pour clarifier son service de publicité en ligne «Google Ads»
- **Aut. Conc., 5 décembre 2018, décision n° 18-D-24** : L'Autorité de la concurrence ouvre une enquête dans le secteur de l'électroménager et condamne deux ententes anticoncurrentielles

DROIT DE LA DISTRIBUTION

- **CA de Paris, 23 janvier 2019, arrêt n° 16-16856** : Il n'existe pas de droit acquis, pour l'ancien distributeur-réparateur d'un réseau de distribution sélective purement qualitatif dont il a été mis fin au contrat régulièrement à être maintenu dans le réseau, quand bien même il serait capable de démontrer qu'il en remplit tous les critères
- **CA de Paris, Ordonnance du 23 janvier 2019 n° RF18/26546** : Le délégué du premier président de la Cour d'Appel de Paris ordonne le sursis à exécution des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 24 octobre 2018
- **Cass. Com., 23 janvier 2019, n° 15-14212** : L'agent commercial qui voit son contrat résilié par son mandant au cours de la période d'essai a droit à une indemnité compensatrice
- **Aut. Conc., 6 décembre 2018, décision n° 18-D25** : L'Autorité de la concurrence rejette la saisine de plusieurs franchisés qui reprochaient à leur franchiseur un abus de dépendance économique

DROIT DES CONCENTRATIONS ET DES AIDES D'ÉTAT

- **Communiqué de presse de la Commission européenne, 6 février 2019, n° IP/19/881** : La Commission européenne dit non au mariage entre le français Alstom et l'allemand Siemens
- **ACTUALITÉ JURIDIQUE** : Alors que l'assujettissement à l'impôt des géants du numérique fait débat au sein de l'Union Européenne, où en est le projet de taxation des GAFAs en Europe ?
- **Décision du 18 octobre 2018** : La Commission retire son assignation contre l'Irlande pour ne pas avoir récupéré les aides illégales octroyées à Apple



UNIVERSITÉ
CAEN
NORMANDIE

MASTER 2 DROIT DES AFFAIRES –
DROIT DE LA CONCURRENCE & DE LA DISTRIBUTION
Sous la direction de M. Dumarçay
Avec la participation de D. Bazin-Beust et G. Godiveau

SOMMAIRE

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Commentaires

- Aut. Conc., 31 janvier 2019, décision n° 19-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus **p.3**
- Aut. Conc., 5 décembre 2018, décision n° 18-D-24 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteurs des produits électroménagers **p.6**

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Commentaires

- CA de Paris, 23 janvier 2019, arrêt n° 16-16856, Absence de droits acquis pour un distributeur à se maintenir dans un réseau de distribution sélective **p.9**
- CA de Paris, Ordonnance du 23 janvier 2019 n° RF18/26546, relative à la décision Stihl rendue par l'Autorité de la concurrence **p.12**
- Cass. Com., 23 janvier 2019, n° 15-14212, Résiliation du contrat d'un agent commercial pendant la période d'essai **p.14**
- Aut. Conc., 6 décembre 2018, décision n° 18-D25 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la vente à emporter et de la livraison de pizzas **p.15**

DROIT DES CONCENTRATIONS ET DES AIDES D'ÉTAT

Commentaires

- Commission européenne, 6 février 2019, décision n° IP/19/881, la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens **p.16**
- La taxation des GAFAs en Europe **p.18**
- Commission européenne, 18 octobre 2018 : retrait de l'assignation à l'encontre de l'Irlande **p.20**

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

COMMENTAIRE - L'Autorité de la concurrence ordonne des mesures d'urgence à Google pour clarifier les règles de son service de régie publicitaire « Google Ads » pour les rendre plus précises et que leur application ne soit pas discriminatoire

Autorité de la concurrence, 31 janvier 2019, décision n° 19-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus

L'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité » ou « l'ADLC ») a prononcé, dans une décision du 31 janvier 2019¹, ses premières mesures conservatoires de l'année dans une affaire opposant Google, acteur vraisemblablement en position dominante sur le marché de la recherche internet, à Amadeus. Cette dernière propose des services de renseignements téléphoniques par des appels surtaxés. Il s'agit de sa seule activité, laquelle est principalement subordonnée à sa visibilité et son référencement lors des recherches d'internautes. Pour ce faire, la société dépense près de 73 % de son chiffre d'affaires auprès de Google Ads. Google semble très probablement en position dominante sur le marché des services de recherche en traitant plus de 90 % des requêtes françaises.

Or, à compter de janvier 2018, Amadeus a vu ses comptes Google Ads suspendus alors que ceux-ci lui offraient une importante visibilité sur le moteur de recherche moyennant une forte rémunération au profit de Google.

Privée de toute visibilité sur le moteur de recherche, Amadeus a connu une baisse de son chiffre d'affaires de 90 % entre 2017 et 2018 à la suite de la sus-

pension de ses comptes Google Ads, hypothéquant ses chances de maintien sur le marché. D'autant qu'il n'existe aucune alternative raisonnable au référencement Google pour Amadeus qui a pourtant tenté - vainement - d'obtenir une visibilité auprès d'autres acteurs concurrents.

Face à la suspension de ses comptes ainsi qu'aux refus d'annonces considérés comme discriminatoires, non objectifs et insuffisamment transparents par Amadeus, celle-ci a tenté d'obtenir des clarifications auprès de Google. Les réponses apportées se sont révélées insuffisantes pour comprendre la raison exacte des refus d'annonces.

L'ADLC a ainsi été saisie par Amadeus de ces pratiques pouvant être anticoncurrentielles afin que soient prononcées des mesures d'urgence tendant principalement à clarifier les règles de Google Ads et au réexamen de la situation d'Amadeus au regard des règles clarifiées. À cette occasion et avant une prochaine décision au fond, l'Autorité devait démontrer que ces pratiques peuvent avoir un caractère anticoncurrentiel mais aussi que celles-ci portent une atteinte grave et immé-

¹ Aut. Conc., 31 janvier 2019, n° 19-MC-01, relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus

diète à la concurrence ou à une entreprise intervenant sur ce marché.

Pour cela, l'Autorité - bien que prudente à ce stade - convoque plusieurs fondements desquels ces pratiques pourraient relever. Ils nous offrent quelques indices propres à nous aiguiller sur la décision au fond à venir, à savoir une probable position dominante, une éventuelle dépendance économique d'Amadeus et enfin, une possible rupture abusive des relations commerciales établies.

Sur le seul terrain du potentiel abus de position dominante, l'Autorité a déjà considéré à deux reprises en 2010 et 2014 que Google disposait d'une position largement prépondérante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches.

De surcroît, Google ne connaît qu'une très faible concurrence effective sur ce marché marqué par d'importantes barrières à l'entrée et à l'expansion, ces dernières rendant illusoire la possibilité de trouver des alternatives viables au service Google Ads.

Constatant à ce stade de la procédure que Google est fortement susceptible de détenir une position dominante sur le marché français de la publicité en ligne liée aux recherches et qu'Amadeus se trouve manifestement dans une situation critique résultant directement des pratiques mises en œuvre par Google, l'Autorité prononce des mesures conservatoires.

En effet, les pratiques dénoncées par Amadeus qui se trouve en concurrence avec d'autres fournisseurs de services payants de renseignements ont pu produire des effets anticoncurrentiels dans la mesure où ses concurrents disposaient toujours de la possibilité de publier des annonces quand Amadeus en était privée quand bien même la rédac-

tion de celles-ci était strictement la même. De plus, l'asymétrie de l'information délivrée à ces prestataires de services sur les règles de Google Ads laisse penser à une absence d'objectivité et de transparence pouvant constituer une discrimination à l'égard de la plaignante.

Dans ces conditions, l'Autorité a imposé à Google de :

- clarifier sous un mois à compter de la notification de la décision les règles Google Ads applicables aux services payants de renseignements par voie électronique et ce, en des termes clairs et accompagnés d'exemples précis. Ces clarifications devront être communiquées aux annonceurs de manière objective, transparente et non discriminatoire (i) ;
- prévoir dans le même délai et dans le secteur concerné les règles pouvant justifier la suspension d'un compte Google Ads par un avertissement motivé et en laissant un délai suffisant à l'annonceur pour justifier, remédier ou demander des clarifications quant aux manquements qui lui sont reprochés. Ce délai ne jouera pas si il existe un risque pour l'ordre public, les biens ou les personnes (ii) ;
- dans le même délai, organiser une revue manuelle de la conformité des annonces Google Ads d'Amadeus selon les règles clarifiées. Ainsi, en cas de conformité des annonces aux règles, permettre à Amadeus la diffusion de ses annonces et à défaut de conformité, informer clairement Amadeus de l'absence de conformité pour lui permettre de se conformer aux règles (iii) ;

- fournir sous deux mois à compter de la notification de cette décision, une formation à son personnel chargé du suivi des comptes Google Ads dans le secteur concerné afin de permettre une bonne information des entreprises sur les règles de Google Ads ainsi que les conséquences de la violation de ces règles (iv) ;
- informer, dans les dix jours suivant l'exécution de ces mesures, l'Autorité des mesures prises pour le respect de cette décision (v).

Ces mesures conservatoires rappellent celles prononcées en 2010 à Google lui ordonnant de mettre en œuvre de manière objective, transparente et non discriminatoire les règles Google Ads.²

Bien que relativement rares (8 décisions en 10 ans), les décisions ordonnant de telles mesures pourraient augmenter à l'issue de la transposition de la directive 2019/1³ autorisant la saisine d'office de l'Autorité pour le prononcé de mesures conservatoires.

Tanguy Renault

² Aut. Conc., 30 juin 2010, n° 10-MC-01, relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx

³ La directive n° (UE) 2019/1 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur

COMMENTAIRE - Affaire du cartel de l'électroménager : L'Autorité de la concurrence ouvre une enquête dans le secteur de l'électroménager et condamne deux ententes anticoncurrentielles

Autorité de la Concurrence, 5 décembre 2018, décision n° 18-D-24 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits électroménagers

Par une décision du 5 décembre 2008 extrêmement riche d'enseignements, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité » ou « l'ADLC ») a infligé une amende totale de 189 millions d'euros à six fabricants d'électroménager pour la mise en œuvre de deux ententes au sens des articles 101 du TFUE et L420-1 du Code de Commerce⁴. Ces entreprises, dont BSH, opéraient toutes sur le marché de la fabrication et de la commercialisation des produits de gros électroménager.

Les investigations et la demande de clémence de la société BSH ont permis d'établir deux pratiques anticoncurrentielles qualifiées d'entente :

La première entente, qui a eu lieu entre le 7 septembre 2006 et le 10 avril 2009, reposait sur des réunions secrètes entre concurrents et avait pour objet de fixer des prix à travers des accords et des pratiques concertées. Cette pratique s'était interrompue entre le 8 janvier 2007 et le 29 mai 2008. Toutefois, après cette interruption les acteurs économiques, l'objet anticoncurrentiel, et les moyens

mis en œuvre à savoir les réunions secrètes n'ont pas changé. L'Autorité a donc considéré que ces deux pratiques n'en forment en réalité qu'une et fait ainsi une application inédite de la notion de pratique unique et répétée développée par la jurisprudence européenne précédemment. L'infraction unique vise une situation où plusieurs entreprises participent à une infraction constituée d'un comportement poursuivant un même objectif économique destiné à fausser la concurrence ou encore des infractions individuelles liées entre elles par une identité d'objet.⁵ Dans le cadre d'une infraction continue, dès lors qu'une série d'infractions s'inscrit dans une stratégie d'ensemble, l'infraction est présumée non-interrompue. Dans ce cas, elle pourra infliger une amende pour toute la période infractionnelle⁶.

Lorsque la participation d'une entreprise à l'infraction s'est interrompue et que cette dernière a participé à l'infraction avant et après cette interruption, cette infraction doit être qualifiée de répétée s'il existe un objectif unique poursuivi par elle avant et après l'interruption. L'infraction est alors unique et répétée. Selon

⁴ Aut. Conc., 5 décembre 2018, n° 18-D-24 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits électroménagers

⁵ CJUE, 8 juillet 1999, Commission contre Anic Partecipazioni SpA, aff. C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356

⁶ CJUE, 2 avril 2010, Gûtermann et Zwicky / Commission, aff. T-456/05 et T-457/05, ECLI:EU:T:2010:168

la jurisprudence, une amende peut être infligée pour toute la période infractionnelle, exceptée pour la période pendant laquelle l'infraction a été interrompue.⁷

Cette décision mérite attention car si, depuis 2005⁸, l'ADLC fait une application régulière de la notion d'infraction unique et continue, c'est en revanche la première fois qu'elle a recours à celle d'infraction unique et répétée.

La seconde pratique anticoncurrentielle découverte exclusivement par la coopération de BSH s'est déroulée entre mai et septembre 2009. Elle s'est révélée plus brève et moins grave que la première. Les six mis en cause ont fixé les conditions commerciales de mise à disposition de leur matériel aux cuisinistes. Ces derniers exposent le matériel des fournisseurs dans leurs magasins et peuvent ainsi le fournir aux clients finaux des cuisines équipés. Ces accords ont alors conduit à figer la capacité de négociation de ces distributeurs, réduisant ainsi le prix des contrats d'exposition dont ils bénéficiaient.

À la suite de la constatation de ces pratiques, l'Autorité a donc sanctionné toutes ces entreprises. Pour calculer le montant de l'amende elle a pris en compte la gravité des pratiques anticoncurrentielles, leur durée et leurs effets sur le marché en cause ainsi que le caractère secret des réunions.

Afin de pouvoir bénéficier d'une réduction du montant de l'amende

toutes les entreprises mises en cause ont opté pour la procédure de transaction⁹ en ne contestant pas les faits reprochés.

Lors de cette transaction le rapporteur général a fixé le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée, en y incluant pour BSH la fourchette indicative de la réduction susceptible d'être consentie au titre de la clémence, laquelle pouvait évoluer en fonction de sa coopération.

Pour rappel, lors d'une procédure de clémence, en l'absence de toute mesure d'enquête préalable, l'entreprise peut initier une demande de clémence de premier rang lui permettant une exonération totale.

Si l'Autorité a d'ores et déjà connaissance de l'infraction, le candidat peut éventuellement demander une clémence dite de second rang ou de type II, donnant droit à une exonération partielle.

En l'espèce, la société BSH participait à un programme de clémence de rang II. Sa coopération lui a permis d'obtenir une réduction d'amende particulièrement substantielle.

A cet égard, la décision sous commentaire est particulièrement novatrice car l'autorité utilise pour la première fois la notion de « Clémence Plus ». En effet lorsque l'entreprise qui présente la demande - dans le cadre d'un programme de rang ou de type II -

⁷ CJUE, 17 mars 2013, Trelleborg Industrie SAS et Trelleborg AB contre Commission européenne, aff. T-147/09, ECLI:EU:T:2013:259

⁸ Aut. Conc., 15 décembre 2005, n° 05-D-69, relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime

⁹ Article L. 464-2 III du Code de commerce

« est la première à fournir des preuves incontestables permettant à l'Autorité d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant pour conséquence d'aggraver ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions il ne sera pas tenu compte de ces derniers pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les fournis »¹⁰.

L'Autorité a décidé - à double titre - de permettre à la société BSH de bénéficier d'une réduction d'amende supérieure à la réduction envisagée initialement dans l'avis provisoire de clémence. Outre la coopération particulièrement efficace de BSH, l'Autorité a souhaité récompenser la révélation d'éléments infractionnels qu'elle ignorait jusqu'alors, lesquels s'accompagnaient mécaniquement d'une

augmentation du montant de l'amende que la seule réduction au titre de la clémence de rang 2 n'aurait peut-être pas suffi à neutraliser. L'octroi de la « Clémence Plus » mérite donc d'être saluée. Elle permet à la clémence de conserver au moins en partie ses attraits dans un contexte où le risque d'action en réparation est par ailleurs accru.

Mimoun Attahia

¹⁰ Paragraphe 22 du communiqué de procédure du 3 avril 2015 relative au programme de clémence français

DROIT DE LA DISTRIBUTION

COMMENTAIRE - Pour la Cour d'appel de Paris, il n'existe pas de droit acquis, pour l'ancien distributeur-réparateur d'un réseau de distribution sélective purement qualitatif dont il a été mis fin au contrat régulièrement à être maintenu dans le réseau, quand bien même il serait capable de démontrer qu'il en remplit tous les critères

Cour d'appel de Paris, 23 janvier 2019, arrêt n° 16-16856

La société Palau, ex réparateur agréé de véhicules Mazda et qui a vu son contrat résilié par la société Mazda, tête de réseau de distribution sélective purement qualitatif de réparation des véhicules du même nom, assigne cette dernière afin d'obtenir sa réintégration forcée au sein du réseau de réparateurs agréés. L'ex distributeur sélectionné fait valoir qu'à partir du moment où il remplit tous les critères qualitatifs établis préalablement par la tête de réseau, cette dernière serait dans l'obligation de renouveler son agrément.

Cet arrêt n'est pas sans rappeler l'arrêt *Élysée Shopping*¹¹. À cette occasion, la Cour d'appel de Paris avait estimé que le refus d'agrément opposé par la société Rolex relevait de la liberté contractuelle de la tête de réseau de distribution sélective d'horlogerie, et n'était pas fautif à partir du moment où il n'était pas constitutif d'une entente anticoncurrentielle.

La Cour d'appel de Paris semble ici raisonner par analogie en matière de refus de renouvellement d'agrément. Dans un réseau de distribution sélective purement qualitatif, la liberté de la tête de réseau de réorganiser son

réseau ne devrait donc trouver de limite que dans l'atteinte au droit de la concurrence, encore faut-il la prouver.

L'absence de droit acquis pour l'ex distributeur agréé d'un réseau de distribution sélective à se maintenir dans le réseau.

Pour pouvoir espérer voir son agrément renouvelé, l'ancien distributeur d'un réseau de distribution sélective purement qualitatif doit bien évidemment remplir les critères fixés par la tête de ce réseau. Mais le simple respect de ces critères semble insuffisant, comme nous le laisse entrevoir cet arrêt.

À partir du moment où la rupture n'est pas abusive, il est admis qu'elle relève de la liberté contractuelle de la tête de réseau. Cette solution, conforme à l'article 1102 du Code civil, peut également se justifier par la prohibition des engagements perpétuels, comme le soulève la société Mazda. La Cour de cassation avait d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer en 2017¹² que la tête d'un réseau de distribution sélective n'avait pas à motiver l'absence de renouvellement du

¹¹ CA Paris, Pôle 5- chambre 4, 19 octobre 2016, RG n° 14-07956

¹² Cass. Com., 8 juin 2017, n° 15-28355

contrat de distribution, lorsqu'il y a été mis fin régulièrement, ou lorsqu'il est arrivé à son terme.

Pour démontrer que son refus de renouveler l'agrément de son distributeur n'est pas constitutif d'un abus de droit, la tête de réseau peut également invoquer le comportement fautif ce dernier. La Cour d'appel de Paris semble adopter en l'espèce une approche relativement souple. Il est ainsi notamment reproché au distributeur-réparateur d'avoir refusé d'exposer le nouveau modèle de la marque et l'absence de participation à des formations dans le cadre de la vente de véhicules neufs Mazda.

La seule voie qui semble devoir rester à l'ancien distributeur déçu est donc celle du droit antitrust, encore faut-il qu'il parvienne à démontrer que le refus de renouvellement de son agrément est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle et que cette dernière ne puisse pas faire l'objet d'une exemption catégorielle ou individuelle.

La limite à la liberté contractuelle de la tête d'un réseau de distribution sélective : l'atteinte au droit de la concurrence.

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de déclarer que le refus d'une tête de réseau de distribution sélective d'agréer un distributeur pouvait être constitutif d'une entente prohibée par le droit tant européen qu'interne de la concurrence¹³. Signalons d'ailleurs que l'arrêt précité « Caudalie »¹⁴ était énigmatique, car à propos de faits si-

milaires à la présente affaire Mazda, la chambre commerciale approuvait les juges du fond d'avoir écarté les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, « *le litige ne portant pas sur le refus d'un nouvel agrément du distributeur à l'issue du non-renouvellement de son contrat, mais sur la cessation de celui-ci* ». Telle n'est pas la position de la Cour d'appel de Paris qui déclare ici que le refus d'agrément litigieux constitue un accord de volontés et non une pratique unilatérale.

Il convient dès lors de prouver que le refus d'agrément est constitutif d'un accord vertical entre la tête de réseau et ses distributeurs sélectionnés. Or, il n'existe pas de présomption d'adhésion à la politique de celle-ci¹⁵. Dans ces conditions, il faudra démontrer leur accord, exprès ou tacite, ce qui peut se révéler être une tâche ardue. La Cour d'appel estime cependant que la preuve serait rapportée en cas d'application effective par les distributeurs de la pratique demandée par la tête de réseau.

Une fois la preuve de l'existence d'un accord vertical effectuée, l'ancien distributeur sélectionné devra encore prouver que celui-ci a un objet ou un effet anticoncurrentiel. Selon la Cour d'appel de Paris dans l'affaire examinée, le refus de renouvellement d'agrément aurait pu présenter un objet anticoncurrentiel s'il avait eu un caractère systématique traduisant la volonté de la tête de réseau et de ses distributeurs de restreindre la concurrence. Or là, le motif de non renouvellement tenait à la qualité dégradée des relations contractuelles. L'effet anticoncurrentiel d'un refus d'agrément s'apprécie quant à lui en obser-

¹³ CJCE, 25 octobre 1983, « AEG », aff. C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293

¹⁴ Cass. Com., 8 juin 2017, n° 15-28355

¹⁵ CJCE, 13 juillet 2006, Commission /Volkswagen, aff. C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460

vant les effets de cette pratique sur le marché pertinent. En l'espèce les juges parisiens considèrent qu'étant donné le nombre de réparateurs indépendants ou membres distributeurs sélectionnés, le refus par la société Mazda de renouveler la société Palau ne saurait présenter un quelconque effet anticoncurrentiel.¹⁶

La Cour d'appel de Paris rappelle ensuite à juste titre que, même si cet accord était constitutif d'une entente prohibée par l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et L420-1 du code de commerce, il pourrait encore faire l'objet d'une exemption catégorielle automatique ou d'une exemption individuelle s'il était démontré des effets pro-concurrentiels. L'exemption catégorielle automatique ne pourrait cependant pas jouer si l'ensemble des parts de marché des entreprises parties à l'entente était supérieur à 30%¹⁷, d'où l'intérêt pour la tête de réseau de faire en sorte que le marché retenu

pour calculer cette part de marché soit le plus large possible. C'est d'ailleurs ce que tentait de faire la société Mazda qui souhaitait prendre en compte le marché de la vente et de la réparation des véhicules Mazda, alors que la Cour d'appel de Paris, qui se fonde sur un avis de l'Autorité de la concurrence¹⁸, estime que le marché pertinent est celui sur lequel la société Mazda et son réseau vendent les prestations d'entretien et de réparation propres aux véhicules Mazda.

On retiendra que la présente décision semble faire la part belle à la tête d'un réseau de distribution sélective purement qualitative qu'elle réorganise, laquelle ne paraît limitée que par le droit antitrust et, qui plus est, par la démonstration par le distributeur éconduit d'une entente verticale anticoncurrentielle.

Marie-Eve Bösigier

¹⁶ « Le marché de la réparation et de l'entretien des véhicules automobiles est un marché concurrentiel, de sorte que l'entrée ou la sortie d'un opérateur est indifférent » CA Paris, Pôle 5 - chambre 4, 23 janvier 2019, RG n° 16-16856 ; CA Paris, Pôle 5 - chambre 4, 12 décembre 2018, RG n° 16-19853

¹⁷ Article 3 du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010

¹⁸ Aut. Conc., 8 octobre 2012, avis n° 12-A-21, relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange

COMMENTAIRE - Le délégué du premier président de la Cour d'Appel de Paris ordonne le sursis à exécution des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 24 octobre 2018, en raison de restrictions à la vente en ligne de produits de motoculture

Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 15, Ordonnance du 23 janvier 2019 N° RG 18/26546

Par une décision du 24 octobre 2018 présentée dans notre précédente newsletter¹⁹, l'Autorité de la concurrence s'était prononcée sur des restrictions de ventes en ligne intervenant dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

Elle reprochait à la société Stihl, fabricant allemand spécialisé dans le domaine de la motoculture, de restreindre la vente en ligne de ses produits en exigeant de ses distributeurs sélectionnés une remise en main propre aux acheteurs de produits dangereux comme les tronçonneuses et les débroussailleuses ; ce qui supposait de leur part un retrait en magasin ou une livraison à leur domicile. L'Autorité de la concurrence avait ainsi conclu à une interdiction *de facto*, faite par la société Stihl à ses distributeurs, de vendre à partir de leurs sites Internet. Elle sanctionnait la tête de réseau à une amende de 7 millions d'euros, et exigeait d'elle qu'elle modifie ses contrats de distribution sélective dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision pour que ses distributeurs agréés puissent procéder à la vente en ligne de tous les produits Stihl et Viking sans exiger d'eux une « mise en main » des produits auprès de l'acheteur. La société Stihl était aussi tenue de faire publier dans des journaux et

sur des sites internet la décision de l'Autorité de la concurrence.

Mais sur recours de la société Stihl, le délégué du premier président de la Cour d'Appel de Paris²⁰ a ordonné le sursis à exécution - en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce - de l'ensemble des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de la tête de réseau, et ce jusqu'à ce que la Cour statue sur le bien-fondé de ce recours. Il considère que l'injonction figurant à l'article 4 ordonnant la réécriture des contrats de distribution sélective aura pour conséquence de modifier de façon substantielle le système et la nature du réseau de distribution sélective du groupe Stihl et entraînera à sa charge des coûts substantiels. Il estime également que cette modification du réseau Stihl à l'échelle nationale pouvant être étendue au niveau européen, cela pourrait provoquer des coûts supplémentaires. Dans le cas contraire, il y aurait deux niveaux de services distincts selon la localisation géographique des distributeurs - en France et dans l'Union européenne - ; ce qui engendrerait une distorsion de concurrence entre ces mêmes distributeurs. L'Autorité de la concurrence avait fait état, dans sa décision précitée, de pratiques alternatives à celle de la

¹⁹ Newsletter MASTER 2 DROIT DES AFFAIRES - DROIT DE LA CONCURRENCE & DE LA DISTRIBUTION de l'Université de Caen Normandie, janvier 2019, p11

²⁰ CA PARIS, Pôle 5, Chambre 15, Ordonnance du 23 janvier 2019 N° RG 18/26546

mise en main et adoptées par des sociétés concurrentes. Cependant pour le délégué du premier président de la Cour d'Appel, le coût de la mise en place de ces pratiques ne saurait être recouvré, ni faire l'objet de compensation en cas d'annulation ou de réformation de la décision contestée. Enfin, il soulève qu'il existe un risque juridique pouvant résulter du contentieux fondé sur la responsabilité de la société Stihl ainsi que celui de l'atteinte à la réputation induit par une moindre qualité de la prestation fournie.

Considérant donc l'absence d'urgence dans le cas d'une exécution immédiate de la décision et le risque de conséquences manifestement excessives (conformément à l'article L. 464-8 précité) pour la société Stihl, le délégué du premier président de la Cour d'Appel de Paris ordonne le sursis à exécution des injonctions prononcées à son encontre, estimant que les autres injonctions sont indissociables de celle de l'article 4 examinée.

Cette ordonnance mérite d'être saluée en raison des critiques qui pouvaient être formulées à l'encontre de la décision de l'Autorité de la concurrence. En effet, il ne nous paraît pas exagéré d'organiser des services de distribution permettant de garantir la sécurité des acheteurs en leur fournissant des indications, des consignes quant à l'utilisation de produits dangereux que constituent les tronçon-

neuses. Ce n'est pas comme si le groupe Stihl interdisait purement et simplement la vente par internet, comme le faisait Pierre Fabre²¹. Ici, il s'agit d'un encadrement de la vente en ligne, motivé par des raisons de sécurité. Il paraît donc regrettable de caractériser des restrictions graves à la revente de produits en ligne envers le groupe Stihl, tant il semble évident que la simple remise d'un mode d'emploi ne peut suffire à préserver cette sécurité. Une telle limitation pourrait aussi être justifiée au regard de l'une des conditions posées par l'arrêt Coty de la CJUE²² qui, pour admettre la licéité d'une interdiction de revente en ligne sur une place de marché dans le secteur du luxe, exigeait entre autres que cette interdiction soit proportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; lequel serait ici un objectif de sécurité. Signalons que cet argument de la préservation de la sécurité a été retenu par l'Autorité de la concurrence elle-même²³ pour admettre l'interdiction faite par Stihl à ses distributeurs de revendre sur des plateformes tierces.

Cependant, pour l'heure, on notera qu'il ne s'agit « que » d'une ordonnance ordonnant un sursis à exécution. Cela ne préjuge en rien la position au fond qu'adoptera la Cour d'Appel de Paris par la suite. On peut simplement espérer qu'elle soit plus mesurée et moins péremptoire que ne l'a été l'Autorité de la concurrence.

Henri Saliou

²¹ CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'économie, de l'Industrie et de l'Emploi, aff. C- 439/09, ECLI:EU:C:2011:649

²² CJUE, 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, aff. C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941

²³ Aut. Conc., 24 octobre 2018, décision n° 18-D-23, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture

COMMENTAIRE - L'agent commercial qui voit son contrat résilié par son mandant au cours de la période d'essai a droit à une indemnité compensatrice

Cour de cassation, chambre commerciale, 23 janvier 2019, n° 15-14212

C'est ce qu'a jugé la chambre commerciale de la Cour de cassation dans cet arrêt rendu à la suite d'une question préjudicielle soumise au juge européen²⁴. Par cette décision, elle met fin à sa jurisprudence antérieure qui déniait le droit à une telle indemnité à l'agent commercial si la rupture des relations intervenait au cours d'une période d'essai prévue conventionnellement, au motif que le contrat d'agence n'était pas définitivement formé.

La question posée était celle du champ d'application de l'article 17 de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 transposé à l'article L134-12 du Code de commerce et qui est d'ordre public. Ce texte prévoit que la cessation des relations entre le mandant et son agent commercial ouvre droit, si elle n'est pas imputable à l'agent, à une indemnité compensatrice visant à réparer le préjudice résultant pour ce dernier de la perte des commissions sur les ventes réalisées auprès d'une clientèle qu'il a contribué à développer.

Il s'agissait de savoir si cet article est applicable en cas de rupture interve-

nant au cours d'une période d'essai prévue par le contrat d'agence commerciale, alors même que celle-ci constitue une période de test qui ne donne pas droit à une indemnité pour un salarié. Le juge européen ayant répondu qu'il est possible d'appliquer l'article L. 134-12 du Code de commerce lorsque le contrat d'agence commerciale prévoit une période d'essai, la Cour de cassation en tire les conséquences. Elle casse, au visa de l'article L. 134-12 précité interprété à la lumière de l'article 17 de la directive 86/53, l'arrêt d'appel qui déniait l'octroi de cette indemnité à l'agent commercial au motif que son contrat n'était pas définitivement conclu.

Cette solution est opportune tant on a vu se multiplier ces dernières années, dans les contrats d'agence commerciale, des périodes d'essai n'ayant d'autre finalité que de faire échapper le mandant aux coûts engendrés par la rupture de ses relations avec son mandataire, alors même que cette indemnité est d'ordre public.

Marie-Eve Bösiger

²⁴ CJUE, 19 avril 2018, Société Conseils et mise en relations c/ société Demeures terre et tradition, aff. C-645/16, EU:C:2018:262

COMMENTAIRE - L'Autorité de la concurrence rejette la saisine de plusieurs franchisés qui reprochaient à leur franchiseur un abus de dépendance économique

Autorité de la concurrence, 6 décembre 2018, décision n° 18-D-25, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente à emporter et de la livraison à domicile de pizzas

L'Autorité de la concurrence, par une décision du 6 décembre 2018, est de nouveau intervenue dans le secteur de la vente à emporter et de livraison de pizzas. Il s'agit, en effet, de la seconde fois en peu de temps, après sa décision du 17 octobre 2018²⁵ par laquelle elle rejeta la saisine de franchisés Pizza Sprint qui reprochaient à leur franchiseur, cédant du réseau, de vouloir les évincer du marché en s'accordant avec Domino's Pizza, cessionnaire.

Dans cette nouvelle décision, l'Autorité de la concurrence rejette encore la saisine de franchisés qui dénonçaient un abus de dépendance économique de la part de leur franchiseur respectif, Pizza Sprint et Domino's Pizza, qui recouraient à des délais de paiement abusifs. Elle considère ici que les faits allégués par les saisissants produiraient peu ou pas d'impact sur la structure de la concurrence sur le marché sur lequel ils sont présents ; et ce alors même que ces pratiques pourraient être susceptibles de conduire à l'éviction des franchisés. On verra là un simple rappel de l'un des critères exigés par l'article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce pour caractériser l'abus de dépendance économique.

Henri Saliou

²⁵ Aut. conc., 17 octobre 2018, n° 18-D-22, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente à emporter et de la livraison à domicile de pizzas

DROIT DES AIDES D'ÉTAT

COMMENTAIRE - La Commission européenne dit non au mariage entre Alstom et Siemens

Communiqué de presse de la Commission européenne, 6 février 2019, n° IP/19/881, la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens

Par un communiqué de presse en date du 6 février 2019²⁶, la Commission européenne a annoncé qu'elle interdisait le projet de concentration entre Alstom et Siemens en vertu du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises²⁷. Ce projet de concentration avait pour but premier de créer un mastodonte européen du marché du transport ferroviaire, en alliant les forces du français Alstom et de l'allemand Siemens face à la concurrence mondiale.

Une interdiction simple de concentration entre deux entreprises n'est pas la règle au niveau européen²⁸. En effet, la tendance montre que la Commission Européenne est plus à même à autoriser purement ou simplement ou d'autoriser avec engagements les projets de concentration. Ce n'est que lorsque les effets d'une éventuelle concentration sont graves pour le consommateur et le marché que la Commission rend une telle décision.

Compte tenu du déclenchement des seuils européens déterminés à l'ar-

ticle premier paragraphe 2 du règlement 139/2004, le projet de concentration entre Alstom et Siemens a été soumis au contrôle de la Commission Européenne. L'essence même du contrôle des concentrations est de vérifier si, à l'issue du projet, la concentration n'est pas susceptible d'entraîner une diminution significative d'une concurrence effective notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante sur les marchés en cause.

Suite à son enquête approfondie, la Commission Européenne a interdit le projet en raison de la diminution d'une concurrence effective liée à des problèmes de concurrence relevés dans les deux secteurs des signaux et des trains à très grande vitesse.

Comme l'analyse la Commission, ce projet aurait eu comme conséquences l'éviction de concurrents plus faibles, une réduction de l'innovation dans les marchés en cause et en définitive des prix plus élevés et un choix plus étroit pour les consommateurs. Eu égard à leurs structures, les marchés auraient

²⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne du 6 février 2019, Concentrations : la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens

²⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁸ L'un des derniers refus simple remonte à 2013, Communiqué de presse 27 février 2013 : Concentrations : la Commission interdit à Ryanair de prendre le contrôle d'Aer Lingus

de surcroît été affaiblis : la pression concurrentielle exercée par les autres concurrents n'aurait pas été suffisante pour assurer une concurrence effective. La concentration de ces deux groupes aurait créé un quasi-monopole sur le marché des signalétiques et un monopole sur le marché des trains à très grande vitesse.

Afin de répondre aux préoccupations de concurrence de la Commission Européenne, les entreprises parties ont proposé des engagements qui se sont avérés insuffisants pour sauver le mariage²⁹. La décision - controversée - de la Commission Européenne a suscité un certain émoi tant politique que médiatique des deux côtés du Rhin³⁰.

Pour le ministre français de l'Économie et des Finances, M. Bruno Le Maire, cette décision sert les intérêts de la Chine³¹. De la même manière, le ministre allemand de l'économie, M. Altmaier, estime que le marché mondial aurait dû être considéré comme le marché pertinent. Cela aurait permis de satisfaire l'ambition de créer un leader européen incontesté de la construction ferroviaire afin de peser face à la concurrence chinoise.

Mais contrairement aux propos des ministres, il semble que la Commission ait bien pris en considération le marché mondial. Elle a en effet estimé qu'il était peu probable que le groupe ferroviaire chinois puisse être

un concurrent sérieux sur le marché Européen et mondial à court et moyen terme. Face à ces critiques, la commissaire européenne à la concurrence, Margrethe Vestager, a d'ailleurs répondu lors d'une conférence de presse que le rejet du projet de concentration « *signifie que l'Europe a deux champions mondiaux plutôt qu'un seul* » et donc *in fine* que cela permettra une concurrence effective et saine en Europe sur les marchés en cause ce qui est nécessaire à la protection du consommateur et qui contribue à l'innovation.

Suite à cette affaire, les gouvernements français et allemand ont annoncé qu'ils allaient proposer prochainement des règles afin de « réactualiser » le droit de la concurrence de l'Union Européenne : une prise en compte du marché mondial et surtout un droit d'évocation des États membres en cas de refus de concentration par la Commission Européenne sont à l'étude. Une réflexion sur la modernisation du contrôle des concentrations avait déjà eu lieu en 2014 par le biais d'un livre blanc³². Avec des variables économiques, stratégiques, politiques et sociales, cette affaire témoigne des liens extrêmement étroits entre le droit économique et la politique. Affaire à suivre...

Alexandre François

²⁹ Au cours de l'enquête, les consultations opérées ont révélé des réticences, la Commission a reçu plusieurs observations négatives d'acteurs économiques et surtout d'autorités nationales de concurrence

³⁰ Article de usinenouvelle.com « En Allemagne, Siemens réfléchit déjà à l'après Alstom » article consulté le 15 mars 2019

³¹ Article de latribune.fr « Bruxelles refuse la fusion entre Alstom et Siemens » article consulté le 15 mars 2019

³² Livre blanc « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'Union Européenne » et révision du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations

ACTUALITÉ JURIDIQUE - Où en est la taxation des GAFA en Europe ?

L'acronyme GAFA³³ désigne les entreprises les plus puissantes du monde numérique et incarnent l'économie du début du XXI^e siècle.

L'un des enjeux lié à leurs activités tient à leur assujettissement à l'impôt. Ces derniers ne payent en effet pas leurs impôts dans l'ensemble des États où ils réalisent leurs bénéfices. Le constat doit être fait : les règles fiscales actuelles ne sont pas adaptées à l'économie numérique.

En effet, la notion d'établissement stable³⁴ n'est plus opérationnelle et permet aux GAFA d'échapper massivement à l'impôt. Eu égard à la nature des services - numériques et dématérialisés - qu'ils offrent, leur installation dans des États aux conditions fiscales avantageuses leur est facile. Certains États, comme le Luxembourg ou l'Irlande par exemple, cherchent à les attirer en aménageant leurs situations fiscales.

Ces dernières années, la Commission européenne a condamné à plusieurs reprises certains GAFA sur le pan du droit *antitrust*³⁵. Mais cela n'est pas suffisant, la politique menée ne permet pas de faire face à toutes les distorsions de concurrence, notamment celles qui tiennent à l'absence de règles fiscales communes pertinentes.

Les dernières décisions de la Commission témoignent du fait qu'elle mobilise le droit des aides d'État pour réguler le comportement des GAFA et de certains États. La Commission a par exemple condamné en 2017 Apple à rembourser 13 milliards d'euros d'impôts dont l'Irlande lui avait fait cadeau³⁶. Pour mémoire, l'article 107 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) interdit en principe les aides octroyées par les autorités publiques aux entreprises sous quelque forme que ce soit, y compris sous la forme d'exonérations fiscales. Mais on ne saurait se satisfaire d'une telle action indirecte (détournement de pouvoir ?) sur le long terme.

Pour répondre à ce problème et adapter les règles fiscales européennes à l'économie numérique, la Commission Européenne a présenté le 21 mars 2018 un projet de taxe sur les services numériques (TSN). Ce projet permettrait de taxer à hauteur de 3% le chiffre d'affaires généré par les activités numériques caractérisées par la création de valeur par les utilisateurs eux-mêmes. Il s'agit plus spécifiquement de la vente de données personnelles, de la vente d'espaces publicitaires en ligne ciblant les utilisateurs selon les données qu'ils ont fournis, et

³³ Google, Apple, Facebook, Amazon

³⁴ Installation fixe d'affaire par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité

³⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 juillet 2018 n° IP/18/4581, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche

³⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne du 4 octobre 2017 n° IP/17/3702, Aides d'État : la Commission assigne l'Irlande devant la Cour de justice pour non-récupération des 13 milliards € d'avantages fiscaux perçus illégalement par Apple

les services qui permettent les interactions entre les utilisateurs et facilitent la vente de biens et de services entre eux (Airbnb, Uber par exemple.)

Mais l'adoption de cette taxe (Article 113 TFUE) requiert l'unanimité des membres du Conseil de l'Union. Or, certains États y sont fermement opposés³⁷.

Face à ce blocage, l'adoption d'une telle taxe au niveau national semble de plus en plus plausible. Plusieurs États membres ont déjà exprimé leur volonté en ce sens. Le ministre français de l'économie, M. Bruno Le Maire a ainsi annoncé fin 2018 que la taxe Gafa pourra être introduite dans la loi Pacte au courant de l'année 2019. Le gouvernement britannique a pour sa part adopté fin octobre une taxe de 2% sur le chiffre d'affaires généré par les utilisateurs britanniques pour 2020³⁸. Le gouvernement espagnol a averti quant à lui qu'il prendra les « *décisions opportunes au niveau national* »³⁹.

Ces préalables nationaux vont-ils encourager les travaux visant à l'adoption d'une directive sur la question ?

Une telle issue est toujours possible. Le projet en est d'ailleurs porté par la France et l'Allemagne au sein de l'Union. Et certains États préconisent même une solution plus large, au niveau mondial, par l'entremise de l'OCDE.

Jusqu'à et en l'absence d'harmonisation des règles fiscales européennes, le droit des aides d'États, sur le fondement des articles 107 et suivants du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), continuera sans doute pour quelques temps au moins à être le rempart le plus efficace contre la concurrence fiscale au sein de l'Union Européenne.

Valentin Durand et Alexandre François

³⁷ Finlande, Suède, Danemark, Irlande, Luxembourg

³⁸ Article de latribune.fr « Le Royaume-Uni envisage un impôt sur les Gafa dès 2020 » article consulté le 15 mars 2019

³⁹ Article de lesechos.fr « Taxe « Gafa » : quand l'Europe inspire le monde » article consulté le 15 mars 2019

COMMENTAIRE– Lutte de la Commission européenne contre les rulings fiscaux accordés par l'Irlande à Apple. La Commission a retiré son assignation, à l'égard de l'Irlande, de récupérer les 13 milliards d'euros octroyés à Apple par le biais d'avantages fiscaux et déclarés comme aides d'Etat illégales, puisque Apple a finalement « remboursé » la somme en question

Le 30 août 2016⁴⁰, la Commission européenne a conclu que l'Irlande avait accordé à Apple des avantages fiscaux pour un montant de 13 milliards d'euros. La pratique a été considérée comme illégale puisque contraire aux règles concernant les aides d'État, figurant aux articles 107 et suivants du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). L'Irlande se devait donc de récupérer les aides octroyées indûment.

Le mécanisme consistait en l'émission de rulings fiscaux par l'Irlande au profit d'Apple permettant ainsi de réduire substantiellement le montant de son impôt. Sur ce fondement, Apple enregistrait donc les bénéfices de ses ventes en Europe, dans un pays à fiscalité qui s'est avérée très avantageuse puisqu'une infime partie de ses bénéfices s'y est en définitive trouvée assujettie. La grande majorité de ces derniers se voyait en effet transférer au sein d'une autre société qui n'avait ni salarié, ni locaux et dont le siège n'était en réalité situé dans aucun pays. Cette partie substantielle des bénéfices échappait donc à l'impôt.

Ainsi, en 2011, la société de droit irlandais Apple a enregistré des bénéfices d'un montant d'environ 22 milliards de dollars (à peu près 16 milliards d'euros). Néanmoins, aux termes du ruling fiscal litigieux, seuls 50 millions d'euros ont composé l'assiette

fiscale de l'impôt perçu en Irlande. Les 15,95 autres milliards ont donc échappé à l'impôt. *In fine*, Apple n'a payé que 10 millions d'euros d'impôts sur les sociétés en Irlande pour l'année 2011. Cela représente un taux d'impôt effectif (si l'on se fonde sur le total des 16 milliards d'euros) de 0,05%. La pratique s'est aggravée jusqu'en 2014, puisque le taux d'imposition effectif a chuté à 0,005%.

Pour la Commission européenne, les rulings sont en principe légaux en ce qu'ils permettent, dans un objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, à une entreprise de connaître l'assiette et le montant de l'impôt qu'elle aura à payer (en l'espèce, en autorisant une certaine méthode de répartition des bénéfices entre ses différents démembrements). Néanmoins, en sa qualité de garante de la libre-concurrence, l'Autorité européenne veille à empêcher que certains Etats n'octroient d'avantages fiscaux incompatibles avec le marché intérieur, sur le fondement du droit des aides d'États.

La Commission a ainsi enquêté sur les deux rulings émis par l'Irlande au bénéfice d'Apple. Elle en a conclu que les aides ne se justifiaient ni sur le plan factuel ni sur le plan économique. Notamment, l'affectation des bénéfices des filiales au siège ne correspondait à aucune réalité. La société mère ne disposait en effet pas des capacités opérationnelles lui permettant de gérer ou d'exercer quelque activité que ce soit

⁴⁰ Décision (UE) 2017/1283 de la Commission du 3 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple

(pas même celle de distribution). Le siège ne disposait il est vrai ni d'aucun salarié ni d'aucun local. Il n'était en définitive le lieu que de prises de décisions des directeurs relatives à la distribution de dividendes ainsi qu'à la gestion de la trésorerie. En conclusion, les rulings fiscaux émis par l'Irlande au profit d'Apple permettaient une affectation artificielle des bénéfices afin d'écarter une grande partie de ces derniers de l'impôt sur les sociétés en Irlande.

L'article 108 § 3 TFUE prévoit un système de notification préalable qui permet de porter à la connaissance de la Commission européenne les projets d'aide que les Etats entendent accorder à certaines entreprises, et lui permettre ainsi de se prononcer sur leur *compatibilité* avec le marché intérieur. En attendant son autorisation, tout projet doit être gelé. C'est là que se situe le cœur du problème : en ne notifiant pas le projet de rescrit fiscal qu'elle souhaitait accorder à Apple, la République d'Irlande a enfreint les règles, notamment procédurales, du droit européen des aides d'Etat. Elle a placé ce soutien dans une position d'*illégalité*. Dans ces conditions, on rappelle que les aides illégales doivent être récupérées par l'Etat qui en est à l'origine. Il n'est pas à proprement parler question ici d'amende mais d'une somme correspondant à l'avantage susceptible d'être qualifié d'aide d'Etat. En l'occurrence, la Commission a esti-

mé que le montant des impôts économisés se chiffrait à 13 milliards d'euros, plus les intérêts. Néanmoins, une aide en position d'illégalité peut être déclarée compatible avec le marché intérieur si elle ne comporte pas d'avantage anticoncurrentiel ou si elle peut bénéficier de l'une des exemptions mentionnées aux articles 107 § 2 ou 3 TFUE. En l'occurrence, tel n'était pas le cas et l'aide contestée constituait également une aide *incompatible*.

Suite à cette décision du 30 août 2016⁴¹, l'Irlande a formé un recours devant la Cour de justice. Ce recours n'est pas suspensif et l'obligation faite à l'Irlande de récupérer les aides ne se trouve donc pas suspendue.

L'article 16 § 3 du règlement (CE) 2015/1589⁴² et la communication⁴³ du 15 novembre 2007 de la Commission sur la récupération des aides d'Etat disposent que les Etats membres sont tenus de récupérer sans délai et de manière effective les aides auprès des bénéficiaires. Les Etats membres se doivent donc de récupérer les aides d'Etats illégales dans un délai fixé par la Commission, qui est en général de quatre mois.

En l'espèce l'Irlande disposait d'un tel délai de quatre mois à compter de la notification officielle de la décision de la Commission pour mettre en œuvre l'obligation. Le délai courait donc jusqu'au 3 janvier 2017.

⁴¹ Décision (UE) 2017/1283 de la Commission du 30 août 2016 concernant l'aide d'Etat SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple

⁴² 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

⁴³ Communication (2007/C 272/05) du 15 novembre 2007 de la Commission européenne, Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux Etats membres de récupérer les aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché commun

Dans sa décision du 4 octobre 2017, la Commission constatait qu'à ce jour l'Irlande n'avait toujours pas récupéré l'intégralité des aides illégales ni même une partie simplement. Partant, elle introduisit un recours en manquement devant la Cour de Justice à l'encontre de l'Irlande (article 108 § 2 TFUE), au motif d'une non-exécution de sa propre décision.

In fine, si un État membre ne respecte pas l'arrêt de la Cour de justice, la Commission peut demander à la Cour d'infliger à l'État le paiement d'astreinte en vertu de l'article 260 TFUE.

La procédure s'achève enfin le 18 octobre 2018 (la Commission retire son assignation) après que, le 6 septembre 2018, l'Irlande a recouvré les 13 milliards d'euros d'aides illégales ainsi que les intérêts. Le montant se chiffre en définitive à 14,3 milliards d'euros.

Valentin Durand