Cour de cassation, chambre commerciale, 13 mai 2026, n° 22-22.623

Cour de cassation | chambre commerciale | 13 mai 2026

Résumé

Les pièces annexées à la notification des griefs ou au rapport sont portées à la connaissance des entreprises mises en cause, lesquelles sont en mesure de les discuter dans des conditions ne les plaçant pas dans une situation de net désavantage par rapport à leurs adversaires. Ne viole donc pas les principes de la contradiction, de l'égalité des armes et de loyauté, le fait pour l'Autorité de la concurrence de fonder sa…

Chronologie de l’affaire

Cour d'appel - Paris
Pôle 5 - Chambre 7
06/10/2022
N° 20/08582

Cour de cassation
Chambre commerciale
13/05/2026
N° 22-22.623

COMM.

MB

COUR DE CASSATION

_____

Arrêt du 13 mai 2026

Rejet

M. VIGNEAU, président

Arrêt n° 173 FS-B+R

Pourvois n°

V 22-22.623

W 22-22.647

D 22-22.677

G 22-22.727 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

_____

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

_____

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 13 MAI 2026

I. 1°/ La société Ingram Micro, société par actions simplifiée, dont le siège est 5-[Adresse 1], [Localité 1],

2°/ la société Ingram Micro Inc., société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 2], [Localité 2], Californie (États-Unis),

3°/ la société Ingram Micro Europe BV, société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 3], [Localité 3] (Pays-Bas),

ont formé le pourvoi n° V 22-22.623 contre un arrêt n° RG 20/08582 rendu le 6 octobre 2022 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié [Adresse 4], [Localité 4],

2°/ au ministre de l'économie et des finances, domicilié [Adresse 5], [Localité 5],

3°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié en son parquet général [Adresse 6], [Localité 4],

4°/ à la société Apple Operations International Limited, société de droit étranger,

5°/ à la société Apple Sales International Limited, société de droit étranger,

toutes deux ayant leur siège [Adresse 7], [Localité 6] (Irlande),

6°/ à la société Apple Inc., société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 8], [Localité 7] (États-Unis),

7°/ à la société Apple France, société à responsabilité à associé unique, dont le siège est [Adresse 9], [Localité 8],

8°/ à la société Apple Distribution International Limited, société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 7], [Localité 6] (Irlande),

9°/ à la société Apple Europe Limited, société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 10], [Localité 9] (Royaume-Uni),

10°/ à la société Apple Operations Europe Limited, société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 7], [Localité 6] (Irlande), aux droits de laquelle vient la société Apple Operations International Limited,

11°/ à la société TD Synnex France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 11], [Localité 10], anciennement dénommée Tech Data France,

12°/ à la société Tech Data Corporation, société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 12], [Localité 11] (États-Unis),

13°/ à la société TD Synnex France Holding, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 11], [Localité 10], anciennement dénommée Tech Data France Holding,

14°/ à la société Tech Data (Netherlands) B.V., société de droit étranger, dont le siège est [Adresse 13], [Localité 12] (Pays-Bas),

15°/ à la société Mandataires judiciaires associés (MJA), société d'exercice libéral à forme anonyme, dont le siège est [Adresse 14], [Localité 13], représentée par Mme [R] [K], prise en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com,

défendeurs à la cassation.

II. 1°/ La société Tech Data Corporation, société de droit étranger,

2°/ la société Tech Data (Netherlands) B.V., société de droit étranger,

3°/ la société TD Synnex France Holding, société à responsabilité limitée, anciennement dénommée Tech Data France Holding,

4°/ la société TD Synnex France, société par actions simplifiée, anciennement dénommée Tech Data France,

ont formé le pourvoi n° W 22-22.647 contre le même arrêt rendu dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ à la société Apple France, société à responsabilité limitée à associé unique,

3°/ à la société Apple Distribution International Limited, société de droit étranger,

4°/ à la société Apple Operations Europe Limited, société de droit étranger, aux droits de laquelle vient la société Apple Operations International Limited,

5°/ à la société Apple Europe Limited, société de droit étranger,

6°/ à la société Apple Operations International Limited, société de droit étranger,

7°/ à la société Apple Sales International Limited, société de droit étranger,

8°/ à la société Appel Inc., société de droit étranger,

9°/ à la société Ingram Micro Inc., société de droit étranger,

10°/ à la société Ingram Micro Europe BV, société de droit étranger,

11°/ à la société Ingram Micro, société par actions simplifiée,

12°/ à la société Mandataires judiciaires associés (MJA), société d'exercice libéral à forme anonyme, représentée par Mme [R] [K], prise en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com,

13°/ au ministre de l'économie et des finances,

défendeurs à la cassation.

III. 1°/ La société Apple France, société à responsabilité limitée à associé unique,

2°/ la société Apple Distribution International Limited, société de droit étranger,

3°/ la société Apple Operations Europe Limited, société de droit étranger, aux droits de laquelle vient la société Apple Operations International Limited,

4°/ la société Apple Europe Limited, société de droit étranger,

5°/ la société Apple Inc., société de droit étranger,

6°/ la société Apple Sales International Limited, société de droit étranger,

7°/ la société Apple Operations International Limited, société de droit étranger,

ont formé le pourvoi n° D 22-22.677 contre le même arrêt rendu dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre l'économie et des finances,

3°/ à la société Ingram Micro Inc., société de droit étranger,

4°/ à la société Ingram Micro Europe BV, société de droit étranger,

5°/ à la société Ingram Micro, société par actions simplifiée,

6°/ à la société TD Synnex France, société par actions simplifiée, anciennement dénommée Tech Data France,

7°/ à la société Tech Data Corporation, société de droit étranger,

8°/ à la société TD Synnex France Holding, société à responsabilité limitée, anciennement dénommée Tech Data France Holding,

9°/ à la société Tech Data (Netherlands) B.V., société de droit étranger,

10°/ à la société Mandataires judiciaires associés (MJA), société d'exercice libéral à forme anonyme, représentée par Mme [R] [K], prise en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com,

défendeurs à la cassation.

IV. Le président de l'Autorité de la concurrence a formé le pourvoi n° G 22-22.727 contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Ingram Micro, société par actions simplifiée,

2°/ à la société Ingram Micro Europe BV, société de droit étranger,

3°/ à la société Ingram Micro Inc., société de droit étranger,

4°/ au ministre de l'économie et des finances,

5°/ à la société société Mandataires judiciaires associés (MJA), société d'exercice libéral à forme anonyme, représentée par Mme [R] [K], prise en qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com,

6°/ à la société Tech Data (Netherlands) B.V., société de droit étranger,

7°/ à la société Tech Data Corporation, société de droit étranger,

8°/ à la société TD Synnex France, société par actions simplifiée, anciennement dénommée Tech Data France,

9°/ à la société TD Synnex France Holding, société à responsabilité limitée, anciennement dénommée Tech Data France Holding,

10°/ à la société Apple Distribution International Limited, société de droit étranger,

11°/ à la société Apple France, société à responsabilité limitée à associé unique,

12°/ à la société Apple Operations Europe Limited, société de droit étranger, aux droits de laquelle vient la société Apple Operations International Limited,

13°/ à la société Apple Sales International Limited, société de droit étranger,

14°/ à la société Apple Europe Limited, société de droit étranger,

15°/ à la société Apple Inc., société de droit étranger,

16°/ à la société Apple Operations International Limited, société de droit étranger,

défendeurs à la cassation.

Les demanderesses au pourvoi V 22-22.623 invoquent, à l'appui de leur recours, trois moyens de cassation.

Les demanderesses au pourvoi W 22-22.647 invoquent, à l'appui de leur recours, trois moyens de cassation.

Les demanderesses au pourvoi D 22-22.677 invoquent, à l'appui de leur recours, cinq moyens de cassation.

Le demandeur au pourvoi G 22-22.727 invoque, à l'appui de son recours, trois moyens de cassation.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseillère, et M. Regis, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat des sociétés Ingram Micro, Ingram Micro Inc. et Ingram Micro Europe BV, de la SCP Duhamel, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SARL Matuchansky, Poupot, Valdelièvre et Rameix, avocat des sociétés Tech Data Corporation, Tech Data (Netherlands) B.V., TD Synnex France Holding et TD Synnex France, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Apple France, Apple Distribution International Limited, Apple Operations Europe Limited, aux droits de laquelle vient la société Apple Operations International

Limited, Apple Europe Limited, Apple Inc., Apple Sales International Limited et Apple Operations International Limited, de la SAS Boucard-Capron-Maman, avocat de la société Mandataires judiciaires associés (MJA), ès qualités, et l'avis de M. Lecaroz et Mme Texier, avocats généraux, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, après débats en l'audience publique du 17 février 2026 où étaient présents M. Vigneau, président, Mme Michel-Amsellem, conseillère co-rapporteure, M. Regis, conseiller référendaire co-rapporteur, M. Mollard, conseiller doyen, Mmes Poillot-Peruzzetto, Sabotier, Tréfigny, Valay-Brière, conseillères, M. Le Masne de Chermont, Mmes Comte, Bessaud, Bellino, M. Richaud, conseillers référendaires, M. Lecaroz et Mme Texier, avocats généraux, et Mme Labat, greffière de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, du président et des conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° V 22-22.623, W 22-22.647, D 22-22.677 et G 22-22.727 sont joints.

Désistement partiel

2. Il est donné acte aux sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Inc. et Ingram Micro Europe BV du désistement partiel de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre le procureur général près la cour d'appel de Paris.

Faits et procédure

3. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 octobre 2022), le 12 avril 2012, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a été saisie par la société eBizcuss, distributeur spécialisé de produits Apple haut de gamme (« Apple Premium Reseller » ou APR), de diverses pratiques anticoncurrentielles imputées à plusieurs sociétés du groupe de sociétés Apple.

4. Par une décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de la marque Apple (la décision attaquée), l'Autorité a dit qu'il était établi, en premier lieu, que les sociétés Apple France, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Tech Data France et Ingram Micro SAS, en tant qu'auteures des pratiques, et Apple Inc., Apple Operations Europe, Apple Operations International, Tech Data France Holding, Tech Data BV, Tech Data Corp., Ingram Micro Europe BVBA et Ingram Micro Inc., en leur qualité de sociétés mères, avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), pour avoir mis en œuvre, de décembre 2005 à mars 2013, des pratiques de restriction de clientèle sur le marché de la distribution en gros de produits informatiques et électroniques grand public (grief n° 2), en deuxième lieu, que les sociétés Apple France, Apple Distribution International et Apple Europe Limited, en tant qu'auteures des pratiques, et Apple Inc., Apple Operations Europe et Apple Operations International, en leur qualité de sociétés mères, avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour avoir mis en œuvre, d'octobre 2012 à avril 2017, des pratiques visant à limiter la liberté tarifaire des APR en fixant directement ou indirectement le prix de vente aux consommateurs des produits de marque Apple sur le marché de la distribution au détail de produits informatiques et électroniques grand public (grief n° 3), en dernier lieu, que ces mêmes sociétés du groupe Apple, en leurs mêmes qualités, avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce, pour avoir mis en œuvre, de novembre 2009 à avril 2013, des pratiques visant à exploiter de manière abusive la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvaient les APR en appliquant un ensemble de règles et de comportements qui restreignaient de manière anormale l'activité de ces distributeurs (grief n° 4).

5. L'Autorité a prononcé des sanctions pécuniaires à l'égard des sociétés Apple France, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Operations Europe, Apple Operations International et Apple Inc. (ensemble, les sociétés Apple), à l'égard des sociétés Ingram Micro, Ingram Micro Europe BVBA et Ingram Micro Inc. (ensemble, les sociétés Ingram), ainsi qu'à l'égard des sociétés Tech Data France, Tech Data France Holding, Tech Data BV et Tech Data Corp. (ensemble, les sociétés Tech Data).

6. Ces sociétés ont formé un recours contre cette décision devant la cour d'appel de Paris.

7. En cours d'instance, les sociétés Tech Data France et Tech Data France Holding sont respectivement devenues les sociétés TD Synnex France et TD Synnex France Holding.

8. La société Apple Operations Europe Limited est devenue la société Apple Operations International Limited.

9. La société eBizcuss.com a été mise en liquidation par un jugement du 31 mai 2012 désignant la SELAFA Mandataires judiciaires et associés (MJA), prise en la personne de Mme [R] [K], en qualité de mandataire liquidateur.

Examen des moyens

Sur les premier moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches, deuxième moyen, pris en ses deuxième, cinquième, dixième et onzième branches, et troisième moyen du pourvoi V 22-22.623, les premier moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches, deuxième moyen, pris en ses troisième, quatrième, sixième, septième, huitième et dixième branches, et troisième moyen du pourvoi W 22-22.647, les deuxième moyen, pris en ses première, troisième, cinquième et onzième branches, troisième moyen, pris en ses deuxième, cinquième, sixième et huitième branches, quatrième et cinquième moyens du pourvoi D 22-22.677, et le troisième moyen du pourvoi G 22-22.727

10. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Moyens relatifs à la procédure

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi n° D 22-22.677

Enoncé du moyen

11. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de rejeter les moyens d'annulation dirigés contre la décision tirés d'une violation des principes du contradictoire, du droit à un procès équitable et de l'égalité des armes et de dire n'y avoir lieu d'écarter des débats aucune pièce, alors « que les parties doivent pouvoir connaître et commenter tous les éléments de preuve produits et toutes les observations présentées de manière à orienter la décision du tribunal ; que, tenue de respecter le principe du contradictoire, l'Autorité doit produire et analyser précisément, dans la notification des griefs et la décision elle-même, tous les éléments de preuve sur lesquels elle se fonde ; qu'en affirmant, pour refuser d'annuler la décision déférée, que certaines pièces mobilisées par l'Autorité en réplique aux écritures des requérantes qui invoquaient, notamment, l'insuffisance d'éléments étayant la caractérisation des infractions en cause, correspondent à des cotes versées au dossier (ayant été annexées à la notification des griefs ou au rapport) qui n'avaient pas spécialement été exploitées lors de la procédure administrative (ni dans la notification des griefs, ni dans le rapport, ni dans la décision attaquée) et n'avaient donc pas été spécifiquement discutées par les parties, tout en constatant que certaines de ces pièces sont néanmoins parfois visées dans la décision mais sans que leur contenu ne soit particulièrement explicité, ce dont il résulte que la décision de l'Autorité était, au moins partiellement fondée sur des pièces qui n'ont jamais été discutées contradictoirement pendant la procédure administrative, la cour d'appel, qui

n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

12. Ayant relevé que toutes les pièces sur lesquelles s'était fondée l'Autorité avaient été annexées à la notification des griefs ou au rapport, de sorte qu'elles avaient été portées à la connaissance des sociétés mises en cause, qui avaient été mises en mesure de les discuter dans des conditions qui ne les plaçaient pas dans une situation de net désavantage par rapport à leurs adversaires, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu l'absence de violation du principe de la contradiction, de l'égalité des armes et de la loyauté au stade de la procédure administrative.

13. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième quatrième et cinquième branches, du pourvoi n° D 22-22.677 et le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi n° W 22-22.647, pour partie rédigés en termes similaires, réunis

Enoncé du moyen

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

« 2°/ que les parties doivent pouvoir connaître et commenter tous les éléments de preuve produits et toutes les observations présentées de manière à orienter la décision du tribunal ; que, tenue de respecter le principe du contradictoire, l'Autorité doit produire et analyser précisément, dans la notification des griefs et la décision elle-même, tous les éléments de preuve sur lesquels elle se fonde ; qu'en affirmant, au contraire, que des pièces extraites du dossier d'instruction et versées à la procédure sont librement accessibles et sont dès lors réputées avoir été soumises au contradictoire, sauf à établir qu'il en est tiré des éléments affectant la situation des entreprises mises en cause (en ce qu'ils modifieraient la nature de l'infraction retenue, la gravité des faits ou encore la durée de participation à l'infraction poursuivie...), de sorte qu'elles auraient dû faire l'objet d'un débat contradictoire spécifique, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

3°/ que les parties doivent pouvoir connaître et commenter tous les éléments de preuve produits et toutes les observations présentées de manière à orienter la décision du tribunal ; qu'ainsi la seule transmission d'une masse de pièces saisies par l'accusation ne suffit pas à garantir le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes ; qu'en affirmant au contraire, concernant les pièces classées au titre du secret des affaires, qu'à l'issue des opérations de visites et saisies, chaque société visitée a reçu une copie intégrale du scellé informatique réalisé par les services d'instruction, qui comprenait l'ensemble des documents saisis et ultérieurement versés au dossier par l'Autorité" même s'il est exact que ces pièces n'étaient alors pas cotées", la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

4°/ que l'Autorité prive les sociétés requérantes de l'effectivité du recours qu'elles ont formé et méconnaît le principe de l'égalité des armes lorsqu'elle produit, pour la première fois devant la cour d'appel, des éléments nouveaux venant au soutien de sa décision ; qu'en décidant au contraire que les pièces nouvelles, classées au titre du secret des affaires ou non, illustrant une argumentation qui reste dans la limite de la qualification retenue par la notification des griefs, en réponse aux requérantes qui mettaient en cause l'insuffisance des éléments retenus pour établir les infractions

poursuivies et sanctionnées, sont recevables, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce ;

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

15. Les sociétés Tech Data font le même grief à l'arrêt, alors « que l'exercice effectif des droits de la défense, comprenant l'exigence de loyauté et d'égalité des armes, implique que les preuves de la réalité d'une pratique anticoncurrentielle sur lesquelles l'Autorité entend se fonder pour prononcer une sanction, soient portées à la connaissance des entreprises concernées lors de l'instruction contradictoire et figurent de manière exhaustive dans la décision de sanction qu'elle adopte ; que ces principes interdisent, au stade du recours, de suppléer à l'insuffisance des éléments de preuve retenus à l'appui de la décision de sanction par des éléments dont les parties, avant l'exercice dudit recours, n'ont pas été en mesure de débattre de manière effective, soit que ces pièces n'aient pas été versées au dossier, soit que la décision ne s'y soit pas référée, soit encore qu'elles n'aient pas été spécialement exploitées par la décision pour démontrer l'implication d'une partie ; qu'en l'espèce, pour retenir que la preuve d'une entente initiée par Apple et à laquelle Tech Data aurait consenti était apportée, la cour d'appel s'est fondée sur de nombreuses pièces qui n'avaient pas été débattues contradictoirement au cours de la procédure administrative ou qui n'avaient pas été exploitées par l'Autorité, dans sa décision, pour prétendre apporter la preuve de l'acquiescement de Tech Data à l'entente litigieuse ; qu'en se prononçant de la sorte, en méconnaissance des droits de la défense des sociétés Tech Data, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 463-1 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

16. L'arrêt relève qu'en réplique aux mémoires des parties soutenant l'insuffisance des éléments retenus par l'Autorité pour caractériser les infractions en cause, celle-ci a invoqué plusieurs éléments du dossier sur lesquels ni le rapporteur ni la décision ne s'étaient spécifiquement fondés. Il précise que ces éléments se rangent en deux catégories : d'une part, des pièces provenant respectivement des sociétés Apple, Ingram et Tech Data, qui avaient été admises au bénéfice de la protection du secret des affaires, d'autre part, des pièces cotées qui n'ont été mentionnées ni dans la notification des griefs ni dans le rapport ni dans la décision ou l'ont été sans que leur contenu ne soit explicité, et qui n'ont pas été spécifiquement discutées lors de la procédure devant l'Autorité.

17. S'agissant de cette seconde catégorie de pièces, l'arrêt retient d'abord que, figurant au dossier d'instruction et ayant été versées à la procédure, elles étaient accessibles aux parties et réputées avoir été soumises au débat contradictoire, sauf à établir qu'il en aurait été tiré des éléments ayant modifié la nature de l'infraction poursuivie, la gravité des faits ou encore la durée de participation à cette infraction, et que, ce faisant, la situation des entreprises mises en cause en aurait été affectée. Il précise que les pièces litigieuses correspondent à des éléments factuels similaires à ceux qui ont été discutés au cours de la procédure administrative et que l'Autorité s'est bornée à les mentionner devant la cour d'appel, en réponse aux entreprises mises en cause, mais sans en tirer de conséquence nouvelle sur la situation juridique de ces dernières. L'arrêt retient ensuite que ces sociétés ont déposé leurs dernières conclusions plusieurs mois après le dépôt des observations de l'Autorité et qu'elles ont donc été mises en mesure d'y répliquer dans le respect du principe de la contradiction. Il ajoute que l'Autorité n'a invoqué aucun nouvel élément de fait qui n'ait été issu de l'enquête et de l'instruction et qu'elle est demeurée dans la limite des qualifications retenues par la notification

des griefs. L'arrêt en déduit l'absence de violation des principes invoqués et d'irrégularités de la procédure de nature à justifier l'annulation de la décision ou le retrait des débats des pièces concernées.

18. S'agissant des pièces admises au bénéfice de la protection du secret des affaires et non communiquées aux parties tierces lors de la procédure administrative, l'arrêt relève d'abord qu'à l'issue des opérations de visites et saisies, chaque société visitée a reçu une copie intégrale du scellé informatique réalisé par les services d'instruction, comprenant l'ensemble des documents saisis et versés ultérieurement au dossier par l'Autorité. Il constate que s'il est exact que ces pièces n'étaient alors pas cotées, l'Autorité les a néanmoins communiquées, dans leur version cotée, à l'occasion du recours introduit devant la cour d'appel, au cours duquel les sociétés mises en cause ont été mises en mesure de répliquer.

19. L'arrêt relève ensuite, s'agissant des sociétés qui n'ont pas eu accès aux pièces saisies dans les locaux de leurs concurrents, que ces pièces demeurent couvertes par le secret des affaires devant la cour d'appel. Il rappelle qu'en réponse aux demandes de communication de ces pièces, l'Autorité a invité les sociétés concernées à présenter une demande de levée de la protection de ce secret à la cour d'appel en application de l'article L. 153-1 du code de commerce, ce qu'elles n'ont pas fait. L'arrêt ajoute que ces documents, à l'instar de ceux figurant dans l'autre catégorie de pièces, ont servi à appuyer la réponse faite à l'argumentation des requérantes tirée de l'insuffisance des éléments retenus par l'Autorité pour établir les infractions et que cette réponse s'est bornée à signaler l'existence au dossier d'autres éléments factuels similaires à ceux retenus par la décision attaquée, mais sans excéder les limites de la qualification fixée par la notification des griefs.

20. En l'état de ces constatations et appréciations, c'est à bon droit, et sans méconnaître les droits garantis par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention), que la cour d'appel a retenu que l'Autorité pouvait, en réponse aux sociétés mises en cause, invoquer à hauteur d'appel des pièces non discutées durant la procédure administrative ou non citées par la décision, mais régulièrement soumises au débat contradictoire, sans que, s'agissant des pièces couvertes par le secret des affaires d'une entreprise, le choix des autres entreprises de ne pas demander la levée de ce secret prive l'Autorité de la possibilité de les exploiter.

21. Le moyen n'est donc pas fondé.

Moyens relatifs à l'entente par répartition de clientèle

Sur les preuves retenues

Sur le premier moyen, pris en sa sixième branche, du pourvoi n° V 22-22.623, le premier moyen, pris en ses sixième et septième branches, du pourvoi n° W 22-22.647, et le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche, du pourvoi n° D 22-22.677, réunis

22. Par leur premier moyen, pris en ses sixième et septième branches, les sociétés Tech Data font grief à l'arrêt de dire, après une réformation partielle de la décision, qu'elles ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour avoir mis en œuvre, du 25 novembre 2009 à mars 2013, des pratiques de restriction de clientèle sur le marché de la distribution en gros de produits informatiques et électroniques grand public, et de leur infliger, en conséquence, des sanctions pécuniaires au titre de cette pratique, alors :

« 6°/ que le juge ne peut se dispenser de rechercher si un distributeur s'est conformé de manière significative aux recommandations de son fournisseur que lorsque l'existence de l'accord de volontés des parties à une entente verticale est apportée au moyen de preuves directes, et non pas lorsque la démonstration du prétendu acquiescement du distributeur à l'invitation du fournisseur ne repose que sur des preuves de nature comportementale ; que, par ailleurs, constituent des preuves directes les clauses contractuelles, écrits de toute nature ou déclarations exprimant, sans

ambiguïté, l'existence d'un accord ; que ne peuvent dès lors constituer des preuves directes les éléments faisant état du comportement des parties ou les écrits susceptibles d'interprétation ; qu'en l'espèce, pour dire que la preuve de l'existence de l'accord de volontés litigieux était apportée s'agissant de Tech Data, la cour d'appel a retenu, contredisant en cela les termes de la décision de sanction, que l'Autorité se fondait sur des preuves directes complétées par des preuves comportementales, ce dont elle a déduit que les analyses économiques produites par les sociétés Tech Data, en vue de démontrer que les allocations préconisées par Apple n'avaient pas été significativement suivies, étaient inopérantes pour démentir l'existence de l'accord de volontés supposé ; que, cependant, les pièces examinées par la cour d'appel à ce titre sont toutes sujettes à interprétation et relatives au comportement des parties, excluant qu'elles puissent être regardées comme des preuves directes de l'accord de volontés supposé, de sorte que la cour d'appel était tenue de rechercher si les études économiques ainsi produites ne contredisaient pas l'existence d'un accord entre Apple et Tech Data portant sur des allocations de produits et de clientèle ; qu'en refusant de procéder à cette recherche, la cour d'appel a violé les articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

7°/ que tout jugement doit être motivé ; qu'en se bornant à dire, contrairement à l'analyse expressément faite par l'Autorité dans sa décision, que la preuve de l'acquiescement de Tech Data reposait sur des preuves directes, sans toutefois identifier les éléments de preuve de cette nature sur lesquels elle se fondait, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile. »

23. Par leur deuxième moyen, pris en sa deuxième branche, les sociétés Apple font le même grief à l'arrêt, alors « que la preuve d'une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à condition de démontrer l'adhésion libre et volontaire de chaque distributeur à la politique commerciale unilatéralement mise en œuvre par le fournisseur ; qu'en l'absence de clause contractuelle, la volonté des parties ne peut résulter que d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants ; que l'absence d'adhésion des distributeurs peut en particulier, dans ce contexte, être déduite de leur non-respect des consignes du fournisseur, qui dément toute volonté de participer au comportement anticoncurrentiel allégué ; qu'en considérant que les éléments fournis par les parties relatifs aux taux de respect des allocations étaient susceptibles d'apporter un éclairage sur l'étendue du dommage causé à l'économie mais étaient en revanche inopérants pour démontrer l'existence d'un accord de volonté, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

24. Par leur premier moyen, pris en sa sixième branche, les sociétés Ingram font le même grief à l'arrêt, alors « qu'en l'absence de documents contractuels formalisant l'engagement d'un grossiste de se soumettre aux directives de son fournisseur de contracter avec certains clients et de s'abstenir de le faire avec d'autres, l'acquiescement à de telles directives ne peut être caractérisé que par la réunion de preuves de nature comportementale, précises et concordantes, propres à établir que de telles directives ont été significativement respectées en pratique par le grossiste ; qu'en l‘espèce, l'Autorité avait indiqué dans sa décision devoir recourir à des preuves comportementales" pour pouvoir établir l'acquiescement d'Ingram Micro et de Tech Data aux allocations de clientèle décidées par Apple ; que, pour juger que les entreprises poursuivies n'étaient pas fondées, pour combattre les conclusions de l'Autorité sur ce point, à faire état d'analyses économiques ayant pour objet de chiffrer de manière concrète le taux de respect des allocations litigieuses par les grossistes, la cour d'appel retient que de telles études étaient seulement susceptibles d'apporter un éclairage concernant l'étendue du dommage causé à l'économie, mais étaient inopérantes pour démentir l'existence d'un accord tripartite, compte tenu de la nature des éléments de preuve réunis" ; qu'en se prononçant de la sorte, cependant que les éléments de preuve sur lesquels elle s'est elle-même fondée ne participaient pas d'une nature différente de ceux que l'Autorité avait qualifiés de preuves comportementales" , de sorte que ne pouvaient être regardées comme inopérantes par principe les preuves comportementales de sens contraire administrées par les entreprises poursuivies, la cour d'appel a violé l'article 101 TFUE, ensemble l'article L. 420-1 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

25. S'agissant des pratiques de répartition des produits et clients, l'arrêt retient que la décision de l'Autorité s'est fondée sur le contenu d'un certain nombre de courriels émanant d'Apple, évoquant explicitement la mise en place du système d'allocations litigieux, ainsi que sur d'autres échanges de courriels établissant, d'une part, l'existence d'une immixtion d'Apple dans le processus de vente entre les grossistes et leurs clients et limitant la possibilité pour ces derniers de passer commande et de s'approvisionner auprès des grossistes en général ou de l'un ou l'autre en particulier, d'autre part, le fait qu'Apple avait mis en place une politique d'allocation à destination de ses grossistes, consistant à répartir la clientèle au moyen de consignes de répartition de produits et indiquant à ceux-ci dans quelle mesure ils étaient autorisés à satisfaire les commandes de leurs différentes clientèles, en termes de quantité comme de produits, et à écouler leurs produits en stocks ou à en recevoir. L'arrêt ajoute que ces échanges de courriels, dont il reproduit le contenu, confirment le caractère à la fois contraignant et évolutif du mécanisme d'allocations litigieux, allant bien au-delà de simples préconisations ou recommandations portant sur des priorités de livraison et pouvant conduire à bannir l'accès des grossistes à une catégorie de clientèle pour en privilégier une autre ou à rediriger tout ou partie des commandes passées auprès de l'un des grossistes vers l'autre.

26. S'agissant de l'adhésion des sociétés Ingram et Tech Data à cette politique d'allocations, l'arrêt retient qu'il ressort d'un ensemble d'éléments, notamment des courriels émanant de ces deux sociétés, sur lesquels s'est fondée la décision attaquée, dont il reprend le contenu de ceux qu'il considère être les plus significatifs, qu'Ingram et Tech Data ont adhéré à la politique d'allocations décidée par Apple, sans la remettre en cause, soit en lui demandant confirmation que leur concurrent « joue[rait] le jeu », soit en relayant les directives d'Apple en interne ou auprès de leurs clients. Il ajoute que ces mêmes éléments correspondent, soit à des preuves directes, soit à des preuves comportementales, et forment de façon globale un faisceau d'indices précis et concordants démontrant que cette politique d'allocation n'était pas une stratégie unilatérale élaborée par Apple, mais un accord auquel chacun des grossistes a souscrit.

27. L'arrêt en déduit, d'une part, que l'existence de la pratique litigieuse de répartition des clients et des produits ainsi que l'acquiescement des deux grossistes à cette politique sont établis et qu'il n'est pas nécessaire, en présence de preuves directes, de démontrer que les allocations ont été significativement suivies par chacun des grossistes, d'autre part, que si les analyses économiques produites par les parties en vue de chiffrer le taux de respect des allocations litigieuses par les grossistes sont susceptibles d'apporter un éclairage concernant l'étendue du dommage causé à l'économie par l'accord intervenu entre Apple et ses grossistes, elles sont en revanche inopérantes pour démentir l'existence de cet accord tripartite, compte tenu de la nature des éléments de preuve réunis.

28. En l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort que la cour d'appel ne s'est pas exclusivement fondée sur une interprétation du comportement des entreprises, mais sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants, incluant des preuves directes telles que des courriels, de la politique d'allocation litigieuse initiée par Apple et de l'adhésion des grossistes à cette pratique, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, et sans être tenue de s'expliquer sur ceux qu'elle décidait d'écarter, que la cour d'appel a estimé que l'entente verticale entre ces entreprises était établie.

29. Les griefs ne sont donc pas fondés.

Sur la durée de l'entente

Sur le premier moyen du pourvoi n° G 22-22.727

Enoncé du moyen

30. Le président de l'Autorité fait grief à l'arrêt de réformer la décision en ses articles 2 et 6, en ce que le premier retenait que les pratiques visées par le grief n° 2 étaient caractérisées à compter de décembre 2005 jusqu'à mars 2013 et en ce que le second infligeait une sanction à ce titre tenant compte de cette durée, de dire que les pratiques de restriction de clientèle (grief n° 2) visées à l'article 2 précité sont établies à compter du 25 novembre 2009 et jusqu'à

mars 2013 et, en conséquence, de réduire le montant des sanctions pécuniaires infligées au titre de ce grief, alors « que, pour déterminer la durée d'une entente anticoncurrentielle, il convient de rechercher la période écoulée entre la date de sa conclusion et la date à laquelle il y a été mis fin ; que l'Autorité a considéré que la manifestation d'un accord de volontés entre Apple et ses grossistes, en ce qui concerne l'allocation de produits et d'une clientèle, était établie par un premier échange de courriels en interne du 2 décembre 2005, énonçant notamment Problème d'allocation : process trop lourd et pas fiable. De plus en plus de dépannage de nos Ac sur les grossistes !!!! impossibilité d'allouer des produits sur des comptes (ipods sur Acropom/actimac - Powerbooks sur France syst)", dont il résultait que les grossistes ne décidaient pas librement des clients revendeurs qu'ils approvisionnaient ; qu'en affirmant le contraire, sans rechercher s'il résultait des termes de ce courriel, pris dans leur intégralité, tandis que la référence aux Apple centers, devenus APR directs, c'est-à-dire approvisionnés par Apple et non par les grossistes, n'a pas été citée par l'arrêt, que Apple organisait, outre des répartitions de premier niveau", c'est-à-dire entre le canal direct et ses grossistes, des allocations de produits visant les clients de ces grossistes, désignés par les comptes" mentionnés par le courriel précédemment reproduit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE. »

Réponse de la Cour

31. Après avoir rappelé que l'Autorité avait retenu que le point de départ de l'entente était matérialisé par un courriel interne des sociétés Apple du 2 décembre 2005, par lequel le groupe pointait la défaillance d'un système d'allocation jugé « trop lourd », pas fiable, avec un « système de priorité qui ne fonctionne pas », l'arrêt retient que les termes de ce message n'ont de sens qu'en considération de répartitions opérées en interne par Apple à l'égard de ses clients directs (allocations de premier niveau) et ne comporte pas de référence aux revendeurs indirects (allocations de second niveau). Il ajoute qu'à supposer que le constat de l'impossibilité d'allouer des produits sur des comptes, fait dans ce message, se rapporte à une allocation de second niveau, ce que l'ambiguïté de la phrase ne permet pas d'affirmer compte tenu de la référence à l'allocation sur les grossistes qui suit, il contredit en tout état de cause le fait que l'entente avait débuté à la date de ce courriel. L'arrêt en déduit que c'est à tort que la décision attaquée a considéré que cette pièce démontrait que la pratique avait débuté en octobre 2005.

32. L'arrêt relève ensuite que la décision attaquée ne fait état d'aucun élément relatif aux allocations litigieuses concernant la période du 2 décembre 2005 au 10 décembre 2008, et rejette comme insuffisamment probants un échange de courriels entre un APR et Apple du 17 au 20 décembre 2008 ainsi qu'un courriel du 10 septembre 2010 invoqués par l'Autorité.

33. En cet état, sous le couvert d'un grief non fondé de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui, interprétant les termes ambigus du courriel du 2 décembre 2005, a retenu qu'ils n'exprimaient pas la reconnaissance d'une entente illicite.

34. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le deuxième moyen, pris en sa quatrième branche, du pourvoi n° D 22-22.677

Enoncé du moyen

35. Les sociétés Apple font grief à l'arrêt de dire qu'elles ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ainsi que celles de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour avoir mis en œuvre, du 25 novembre 2009 à mars 2013, des pratiques de restriction de clientèle sur le marché de la distribution en gros de produits informatiques et électroniques grand public et, en conséquence, de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire au titre de cette pratique, alors « que la preuve d'une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à condition de démontrer l'adhésion libre et volontaire de chaque distributeur à la politique commerciale unilatéralement mise en œuvre par le fournisseur ; qu'en considérant que l'entente explicite entre Apple et ses deux grossistes était établie à

partir du 25 novembre 2009, quand les premiers courriels de Tech Data mis en avant par l'Autorité pour démontrer l'acquiescement de Tech Data aux allocations ne sont pas antérieurs à octobre 2012 et que ceux analysés par l'arrêt attaqué ne sont pas antérieurs à 2011, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

36. L'arrêt relève d'abord que, s'agissant de la durée de participation individuelle de chaque grossiste à l'entente, les courriels adressés par Apple au cours de toute la période, tant en interne qu'à destination de chacun des grossistes, traduisent l'existence d'un objectif commun qui, d'une part, impliquait nécessairement une organisation tripartite, Apple ne comptant que deux grossistes agréés au sein de son réseau, d'autre part, emportait l'adhésion des deux grossistes concernés, compte tenu des conditions dans lesquelles il avait été mis en œuvre tout au long de la période de 2009 à 2013. Il énonce qu'il ne saurait être retenu que la preuve de la durée de participation individuelle de chaque grossiste ne peut être rapportée que sur la base de preuves directes émanant exclusivement du grossiste lui-même. Il précise sur ce point qu'il ressort du faisceau d'indices réunis, consistant, notamment, en des éléments concordants contenus dans les courriels émanant d'Apple, de chacun des grossistes et de certains de leurs clients, qu'aucun des grossistes n'a remis en cause les directives transmises par Apple et qu'il s'y sont conformés, à de très rares exceptions près, lesquelles ont, au demeurant, été considérées par Apple comme de simples « loupés ».

37. L'arrêt retient ensuite que, par le courriel du 25 novembre 2009 précité, Ingram a ainsi dressé l'état du système en place : « ce business est aujourd'hui COMPLÈTEMENT piloté par Apple. Nous n'avons pas la main. Apple décide des allocations produits à livrer et des clients à livrer. Nous exécutons ». Il ajoute que les deux grossistes étaient destinataires de courriels périodiques, incluant des tableaux et des listes établis par Apple, organisant l'approvisionnement de leurs différentes clientèles et que plusieurs courriels de Tech Data confirment que cette dernière n'entendait pas s'opposer à cette politique et qu'elle l'avait intégrée comme étant la règle à suivre pour fournir les produits Apple. Il cite en ce sens les échanges en interne intervenus au sein de la société Tech Data le 8 septembre 2010, constatant qu'« Apple intervient dans les commandes gros coups des clients, surtout de plus en plus chez les clients APR qui nous étaient fidèles. Les clients n'ont plus le choix de passer les commandes chez nous (...). L'interférence d'Apple sur le choix de passation de commande est plus ressentie depuis la distribution des iPAD » ainsi que les courriels de Tech Data échangés en interne en juin 2011 évoquant un transfert de clientèle « grâce à une précieuse aide chez Apple ».

38. L'arrêt retient encore que la participation de Tech Data et d'Ingram à l'entente initiée par Apple sur toute la période 2009-2013 ressort ainsi du faisceau d'indices précis et concordants qui a été analysé dans les développements précèdant, étant observé qu'en présence d'un marché reposant sur deux grossistes agréés seulement, le système de répartition de produits et de clientèle litigieux reposait nécessairement sur la concomitance et la réciprocité des engagements acceptés par ces deux concurrents, ce que confirment le courriel du 24 janvier 2013 dans lequel Ingram demande à Apple de lui confirmer que la politique à laquelle il s'astreint est également respectée par Tech Data, ainsi que le courriel de Tech Data du 10 octobre 2012 par lequel ce grossiste demande, en substance, à Apple de vérifier que les commerciaux d'Ingram respectent les priorités qui leur sont fixées par Apple lorsqu'ils démarchent la clientèle.

39. En cet état, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a retenu l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que Tech Data et Ingram avaient volontairement adhéré à la politique de répartition de clientèle mise en place par Apple dès le mois de novembre 2009.

40. Il n'y a donc pas lieu de poser les questions préjudicielles proposées par les sociétés Apple, qui remettent en cause le pouvoir souverain d'appréciation de la cour d'appel quant à la portée des éléments de preuve produits.

41. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur les moyens relatifs à la qualification de restriction par objet

Moyens relatifs à la qualification de restriction de clientèle

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi n° W 22-22.647 et le deuxième moyen, pris en ses sixième et septième branches, du pourvoi n° D 22-22.677

Enoncé des moyens

42. Par leur deuxième moyen, pris en sa première branche, les sociétés Tech Data font grief à l'arrêt de qualifier les pratiques notifiées au titre du grief n° 2 de restriction de clientèle alors, « qu'au sens de l'article 4, sous b), du règlement d'exemption des restrictions verticales, une restriction de clientèle et de produits est une restriction par laquelle le fournisseur restreint, directement ou indirectement, les ventes réalisées par un acheteur ou ses clients, pour autant que la restriction porte sur le territoire sur lequel, ou sur la clientèle à laquelle, l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels ; qu'en tenant pour équivalent à une restriction de clientèle et de produits prohibée, de surcroît pour constitutif d'une restriction de concurrence par objet, le mécanisme d'allocations en litige, dont l'arrêt constatait qu'il n'interdisait aux grossistes agréés par Apple, directement ou indirectement, ni de s'adresser activement à des clients potentiels, ni de répondre aux demandes de ces clients, ni encore de vendre les produits Apple sur un territoire déterminé, la cour d'appel a violé les articles 4, sous b), du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 et du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, et les articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce. »

43. Par leur deuxième moyen, pris en ses sixième et septième branches, les sociétés Apple font le même grief à l'arrêt, alors :

« 6°/ que l'article 4, sous b), du règlement (CE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, prévoit que, sauf conditions particulières, l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement ; qu'une restriction de clientèle ne peut être identifiée au sens de ce texte que dans le cas où il apparaît que le distributeur ou le grossiste se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse, exposé à une perte de marché ou de clientèle ; qu'à l'inverse, l'intervention d'un fournisseur directement auprès du client final pour sélectionner le distributeur ou le grossiste par lequel ce client sera approvisionné ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ; qu'en décidant que l'accord entre Apple et ses grossistes constituait une restriction de clientèle au sens du règlement précité, dans la mesure où les grossistes n'étaient plus libres de gérer leurs stocks et de les affecter aux clients de leurs choix, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à établir une telle restriction de concurrence et privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE, L. 420-1 du code de commerce et 4, sous b), du règlement susvisé ;

7°/ que l'article 4, sous b), du règlement (CE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, prévoit que, sauf conditions particulières, l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement ; qu' une restriction de clientèle ne peut être identifiée au sens de ce texte que dans le cas où il apparaît que le distributeur ou le grossiste se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse, exposé à une perte de marché

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

Réponse de la Cour

44. L'article 81, paragraphe 1, sous a) à c), du Traité instituant la Communauté européenne, applicable aux pratiques en cause antérieures au 1er décembre 2009, dispose :

« Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

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

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

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; »

45. L'article 101, paragraphe 1, sous a) à c),TFUE, applicable aux pratiques en cause postérieures au 1er décembre 2009, dispose :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

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

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

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; »

46. Selon l'article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité instituant la Communauté européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, dont les dispositions figurent désormais à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ensemble, les règlements d'exemption), applicables, pour le premier, aux pratiques en cause antérieures au 1er juin 2010, et, pour le second, aux mêmes pratiques postérieures à cette date, les dispositions du paragraphe 1 respectivement des articles 81 et 101 des traités précités ne s'appliquent pas aux accords verticaux conclus entre un distributeur et un fournisseur lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %.

47. Selon l'article 4, sous b), des mêmes règlements, sont exclus de ces exemptions, sauf dans les cas limitatifs qu'ils prévoient, les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre la clientèle à laquelle un acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou services contractuels.

48. Selon les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000, accompagnant les règlements précités, la restriction caractérisée visée à l'article 4, sous b), est liée au partage du marché en clientèles et peut être le résultat d'obligations directes, comme l'obligation de ne pas revendre à certains clients ou encore l'obligation de renvoyer à d'autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de revendre à ces clients.

49. Après avoir énoncé qu'en tant qu'opérateurs économiques autonomes sur le marché, les grossistes, qui acquièrent la propriété des produits de marque Apple, auraient dû être libres de gérer leurs stocks et de les affecter aux clients de leur choix, l'arrêt retient que le mécanisme litigieux ne se bornait pas à formuler de simples recommandations de priorités de livraison, mais consistait pour Apple à intervenir dans la gestion des stocks de ses deux grossistes, déterminant pour chacun d'eux la liste des clients revendeurs à privilégier et les quantités de produits Apple pouvant leur être vendues, et allait parfois jusqu'à interférer dans la finalisation d'une commande en cours ainsi que dans le choix du grossiste par le client-revendeur.

50. Il ajoute que ces allocations de produits et de clientèle décidées par Apple, qui s'imposaient aux grossistes et faisaient l'objet de mesures de contrôle et de surveillance, avaient pour objet de répartir la clientèle entre les deux seuls grossistes agréés concurrents et ainsi de restreindre la clientèle à laquelle ces derniers pouvaient vendre les biens et services contractuels.

51. Après avoir relevé qu'au moyen du système d'allocations litigieux, Apple s'était comporté à l'égard de ses grossistes comme il l'aurait fait envers des entités intégrées, en les privant de leur capacité à déterminer librement les quantités de produits vendus à leurs clients-revendeurs, ainsi que les clients à approvisionner (APR et retailers indirects aussi bien que directs), l'arrêt retient encore que ce système s'analysait comme un moyen de maintenir leurs parts de marché dans une fourchette stable, sans égard pour le jeu normal de la concurrence.

52. Il relève enfin que les mouvements de clientèle ne se sont pas systématiquement opérés au regard des mérites de l'opérateur, mais en considération des allocations décidées par Apple et appliquées par les grossistes, et que les clients directs étaient, par le jeu des allocations désignant des APR indirects, de fait, réservés à Apple.

53. L'arrêt en déduit que les allocations ainsi décidées par Apple et mises en œuvre par les grossistes, qui s'inscrivaient dans un système « fermé » limité à deux grossistes agréés au niveau du marché de gros et s'appliquaient nonobstant le système de distribution « ouvert » sur le marché aval, dans lequel Apple ne s'était réservé que l'approvisionnement de son canal de distribution en propre, avaient pour objet de répartir la clientèle entre les deux seuls grossistes agréés concurrents.

54. En l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a exactement retenu que le mécanisme d'allocations en cause caractérisait une restriction de clientèle et de produits au sens de l'article 4, sous b), des règlements d'exemption, peu important qu'il ne soit pas démontré que les grossistes auraient subi des pertes de clientèle auxquelles ce système les exposait par nature, a légalement justifié sa décision.

55. Les griefs ne sont donc pas fondés.

Sur la demande de questions préjudicielles

56. Les sociétés Apple demandent que la Cour de justice de l'Union européenne (la Cour de justice) soit saisie d'une question préjudicielle selon laquelle « [...] une restriction de clientèle ne peut être identifiée au sens de [L'article 4 sous b) du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010] que dans le cas où il apparaît que le distributeur ou le grossiste se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse, exposé à une perte de marché ou de clientèle (Conclusions Wahl sur CJCE, 6 décembre 2017, Coty Germany, aff. C-230-16, n° 144) ; que dès lors, la pratique, consistant, pour un fabricant de produits innovants confronté à une demande importante impossible à satisfaire, à fixer avec ses grossistes des

priorités de livraison des revendeurs indirects approvisionnés par ces mêmes grossistes, voire à conseiller à certains clients de s'adresser à un grossiste plutôt qu'un autre, peut-elle être interprétée comme une restriction de clientèle au sens de l'article 4 sous b) du règlement susvisé, alors que la juridiction constate par ailleurs que les parts de marché entre grossistes ont fluctué sur certaines périodes ou ont été maintenues et que la pratique n'a donc pas résulté en un quelconque cloisonnement des marchés ».

57. Cette question reposant sur un postulat erroné, il n'y a pas lieu d'en saisir la Cour de justice.

Sur la qualification de restriction par objet

Sur le deuxième moyen, pris en ses première, troisième, quatrième, sixième, septième, huitième et neuvième branches, du pourvoi n° V 22-22.623, le deuxième moyen, pris en ses deuxième, cinquième et neuvième branches, du pourvoi n° W 22-22.647, et le deuxième moyen, pris en ses huitième, neuvième, dixième, douzième, treizième et quatorzième branches, du pourvoi n° D 22-22.677, réunis

Enoncé du moyen

58. Par leur deuxième moyen pris en ses première, troisième, quatrième, sixième, septième, huitième et neuvième branches, les sociétés Ingram font grief à l'arrêt de qualifier les pratiques notifiées au titre du grief n° 2 d'infraction par objet et de leur infliger des sanctions, alors :

« 1°/ que la notion de restriction de la concurrence par objet" doit être interprétée de manière stricte et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordinations entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire ; qu'une telle qualification doit, selon la Cour de justice, être écartée en présence d'éléments contradictoires ou ambivalents quant à la capacité de l'accord considéré de produire de tels effets (CJUE, arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank, C-228/18, point 82) ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a concédé que la pratique d'allocation de clientèle imputée à Apple dans ses rapports avec ses deux grossistes avait pu avoir des effets bénéfiques sur la concurrence intra-marque en permettant d'approvisionner les détaillants les plus petits en période de contrainte et d'éviter la captation des quantités disponibles par les enseignes de la grande distribution, et que ce dispositif avait pu permettre de limiter aussi bien le nombre d'expéditions aux fins de satisfaire les commandes de produits Apple que le risque d'invendus supporté par les grossistes ; qu'elle a également relevé que la preuve n'avait pas été rapportée de ce qu'Apple ait mis en œuvre des mesures de rétorsion, que ces pratiques n'avaient affecté que certaines ventes", dans certains cas", et que la concurrence entre ces grossistes avait continué à jouer, de nombreux échanges faisant état de mesures suggérées par Apple pour stimuler la concurrence entre ses deux grossistes sur le marché aval ; qu'en retenant néanmoins la qualification de restriction de concurrence par objet, au motif que les allocations de vente en cause avaient eu pour effet de priver les grossistes de la jouissance de leur entière liberté commerciale, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles ressortait l'existence d'éléments ambivalents quant à la capacité de la pratique considérée de produire des effets d'une nocivité suffisante pour justifier une telle qualification, a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ que la capacité de la pratique collusive considérée de déployer des effets anticoncurrentiels présentant le degré de nocivité requis pour justifier la qualification de restriction de concurrence par objet" doit ressortir de manière manifeste de l'examen de sa teneur et de ses objectifs ; qu'ainsi, la présence d'un objectif légitime et pro-concurrentiel suffit à exclure cette qualification lorsqu'elle permet de provoquer un doute sur le degré de nocivité de la pratique collusive considérée, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le point de savoir si d'autres moyens auraient pu permettre d'atteindre le même objectif, une telle recherche ne relevant que d'un examen approfondi des effets de la pratique collusive considérée ou, le cas échéant, de l'examen d'une exemption individuelle ; qu'en jugeant que les parties n'étaient pas fondées à se prévaloir d'un objectif légitime consistant à assurer un approvisionnement équitable et

ordonné des distributeurs appartenant aux divers canaux de distribution des produits Apple, au motif que d'autres méthodes auraient pu être mises en œuvre pour satisfaire cet objectif (§. 301), la cour d'appel s'est prononcée par un motif impropre à écarter l'existence d'éléments permettant de douter du degré de nocivité de la pratique alléguée, en violation des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

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

6°/ qu'afin d'apprécier si une pratique collusoire présente le degré de nocivité à l'égard de la concurrence requis pour être qualifiée de restriction de concurrence par objet, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il incombe à l'autorité de concurrence et à sa juridiction de contrôle de s'attacher à en cerner précisément la teneur ; qu'en présence d'une collusion verticale qui n'a pas été formalisée dans une convention et qui, selon l'autorité poursuivante, a consisté, de la part d'un fournisseur de produits à impartir unilatéralement à ses grossistes des directives régulières quant aux clients à servir et ceux à délaisser, il incombe à l'autorité de concurrence, afin de cerner la teneur de cette pratique collusoire, d'en apprécier ainsi le degré d'impérativité et, donc, de nocivité, de rechercher si ces directives ont été respectées ; que cette recherche s'impose à d'autant plus forte raison lorsque, comme en l'espèce, la cour d'appel relève qu'il n'a pas été établi de manière probante qu'Apple ait mis en œuvre des mesures de rétorsion pour sanctionner d'éventuelles déviances des grossistes, ni d'ailleurs de ce que des distributeurs aient eux-mêmes été confrontés à des refus de vente de la part des grossistes ; qu'en l'espèce, Ingram avait produit une étude du cabinet Veltys qui faisait apparaître, par une comparaison concrète des quantités citées dans les tableaux regardés par l'Autorité comme représentatifs de directives d'allocations de ventes et de clients et des quantités effectivement vendues par Ingram aux clients mentionnés dans ces tableaux, que le respect de ces allocations était très relatif, le différentiel oscillant entre - 59 % à + 26 %, ce qui démontrait que les directives d'Apple n'entravaient pas de manière significative sa liberté de vendre les quantités qu'elle souhaitait aux clients de son choix ; qu'en jugeant que si cette étude, au même titre que les analyses concordantes produites par Apple et Tech Data, était de nature à donner un « éclairage » sur le dommage causé à l'économie, elle n'était pas de nature à écarter l'existence d'une entente verticale, sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette étude ne démontrait pas que les allocations diffusées par Apple étaient peu respectées, et si les pratiques alléguées n'étaient pas, pour cette seule raison, dépourvues du degré de nocivité requis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

7°/ que la société Ingram produisait une étude économique révélant qu'au cours de la mise en œuvre des pratiques, les parts de marché des sociétés Ingram et Tech Data avaient fluctué selon une amplitude de 26 points de pourcentage ; que la cour d'appel, constatant ces fluctuations démontrées par les études produites, a énoncé que la concurrence entre les deux grossistes d'Apple n'a pas été totalement entravée par le système d'allocations en cause" et que de nombreux échanges font état de mesures suggérées par Apple ou prises par l'un ou l'autre des grossistes pour stimuler la concurrence entre eux ; que, pour affirmer néanmoins que les allocations en cause devaient être qualifiées de restriction de concurrence par objet, la cour d'appel a énoncé que cette étude confortait prétendument la position de l'Autorité dans la mesure où elle démontrait qu'aucun des deux grossistes n'avait fini par acquérir une part disproportionnée par rapport à l'autre et qu'il n'en demeurait pas moins que la concurrence intra-marque avait été contrainte" par le mécanisme d'allocations en cause dans la mesure où les mouvements de clientèle n'étaient pas systématiquement opérés au regard des mérites de l'opérateur, mais en considération des allocations décidées par Apple et appliquées par les grossistes ; qu'en se prononçant de la sorte, par une motivation abstraite et impropre à faire apparaître que les pratiques en cause appartenaient aux formes de collusion les plus nocives, seules justiciables

de la qualification de restriction de concurrence par objet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

8°/ qu'afin d'apprécier si une pratique collusoire présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être considérée comme une restriction de concurrence par objet", au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il y a lieu de tenir compte du contexte économique dans lequel elle s'insère et de prendre en considération la nature des biens affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure des marchés concernés ; qu'en l'espèce, Ingram avait invoqué les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales lesquelles faisaient état de ce que, selon la théorie économique, il est peu probable que sur un marché où la concurrence inter-marques est particulièrement soutenue, une restriction de la concurrence intra-marque puisse produire des effets négatifs tangibles ; que, pour repousser ce moyen, la cour d'appel énonce que les passages invoqués de ces lignes directrices se réfèrent à l'hypothèse d'une distribution mono-marque ou exclusive, qui ne correspond pas au modèle spécifique de distribution adopté par Apple et que le positionnement particulier des produits Apple", engendrant une fidélisation de la clientèle, est de nature à relativiser la pression concurrentielle" exercée par les autres marques ; qu'en se prononçant de la sorte, cependant que de telles considérations, tirées de la spécificité du système de distribution adopté par Apple, irréductible à tout modèle de classique de distribution sélective ou monomarque, et du positionnement particulier de ses produits de nature à relativiser" la pression concurrentielle exercée par les autres marques, constituaient au contraire d'impérieux motifs de répudier la qualification de restriction de concurrence par objet" et d'engager un examen approfondi des effets des pratiques en cause, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

9°/ que, pour justifier le fait qu'un accord soit qualifié de restriction de concurrence par objet, sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide, fiable, générale et constante, pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence ; que, pour justifier d'une telle expérience au cas d'espèce, la cour d'appel s'est bornée, d'une part, à faire état, par motifs adoptés, de deux décisions administratives de la Commission européenne de 1971 et 1979 et concernant des accords entre des producteurs concurrents ayant décidé de distribuer leurs produits dans un autre État membre via une entreprise commune et au même prix, la Commission estimant que ces accords avaient pour objet de limiter la concurrence entre producteurs et d'entraver les exportations vers d'autres États membres ; qu'elle s'est également référée, d'autre part, à deux décisions du Conseil de la concurrence concernant des accords d'exclusivité territoriale réciproques et à une décision du Conseil de la concurrence qui, sans appliquer la méthode de qualification requise par la Cour de justice, avait qualifié de restriction de concurrence par objet" des conditions générales de vente par lesquelles un fournisseur prévoyait qu'un grossiste ne pouvait vendre qu'à des points de vente autorisés ; qu'en jugeant que ces précédents constituaient une expérience suffisamment fiable et solide, au motif qu'ils concernaient une même catégorie d'accords" et qu'il n'y avait pas lieu d'exiger que les faits concernés soient strictement identiques", quand il lui appartenait à tout le moins de s'assurer de similitudes suffisantes pour que des conclusions puissent être tirées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; »

59. Par leur deuxième moyen, pris en ses deuxième, cinquième et neuvième branches, les sociétés Tech Data font le même grief à l'arrêt, alors :

« 2°/ que, pour qu'un accord soit qualifié de restriction de concurrence par objet, sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable ayant constaté que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence ; qu'en se fondant, pour retenir l'existence d'une restriction de concurrence par objet, sur les précédents cités dans la décision de l'Autorité relatifs à des accords restrictifs de clientèle, sans caractériser l'existence d'une expérience acquise ayant qualifié de restriction de concurrence par objet des allocations de volume dans un accord vertical non tarifaire, dont il était constaté, de surcroît, qu'elles étaient variables selon les périodes et non-assorties de restrictions territoriales, la cour d'appel a

méconnu le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet, et violé les articles 101, paragraphe 1,TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ qu'un objectif légitime peut exclure la qualification de restriction de concurrence par objet lorsqu'il permet de douter du degré de nocivité suffisant d'un accord ou d'une pratique concertée entre entreprises à l'égard de la concurrence ; que la cour d'appel a approuvé l'Autorité pour avoir retenu le caractère artificiel de la notion de contrainte, après avoir relevé que Apple était en mesure de générer seul cette situation en sous-estimant la demande sur ses produits au stade de la production ; qu'en statuant ainsi, sans contester la réalité des périodes de contrainte vécues par les grossistes agréés, ni mettre en cause la légitimité de l'objectif de leur participation au système d'allocations en litige, d'assurer un approvisionnement équitable des clients revendeurs pendant les périodes de pénurie de produits Apple, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé de manière positive que le mécanisme d'allocations ne répondait pas, pour Tech Data, à un objectif légitime, a méconnu le principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet, et violé les articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

9°/ que les accords verticaux étant, par nature, moins nuisibles à l'égard de la concurrence que les accords horizontaux, un accord vertical ne peut constituer une restriction de concurrence par objet que s'il comporte un effet potentiel restrictif particulièrement élevé ; qu'en outre, la qualification de restriction de concurrence par objet doit être écartée lorsqu'il existe des éléments contradictoires ou ambivalents quant au degré de nocivité de l'accord sur la concurrence ; qu'il résulte de l'arrêt que l'accord vertical non tarifaire entre les parties, variable selon les périodes et non-assorti de restrictions territoriales, n'a eu aucun impact sensible ni sur les prix, ni sur les consommateurs, et ni encore sur la concurrence inter-marques et intra-marque, et qu'il a même eu des effets bénéfiques sur cette dernière en permettant, notamment, d'approvisionner les détaillants les plus petits en période de contrainte et d'éviter la captation des quantités disponibles par les enseignes de la grande distribution" ; qu'en l'état de ces éléments contradictoires ou, tout au moins, ambivalents quant au degré de nocivité du système d'allocations en litige sur la concurrence, la cour d'appel, en qualifiant ce dernier de restriction de concurrence par objet, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres énonciations, en méconnaissance du principe d'interprétation stricte de la notion de restriction de concurrence par objet et en violation des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; »

60. Par leur deuxième moyen pris en ses huitième, neuvième, dixième, douzième, treizième et quatorzième branches, les sociétés Apple font le même grief à l'arrêt, alors :

« 8°/ que la notion de restriction de la concurrence par objet" doit être interprétée de manière stricte et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordinations entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire ; que, pour qu'un accord soit qualifié de restriction de la concurrence par objet", sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence ; que la thèse d'une restriction par objet doit être étayée par des études ou des rapports élaborés à partir d'auteurs indépendants et fondés sur des méthodes, principes et normes reconnus par la communauté économique internationale ; qu'en affirmant, pour considérer que cette condition était remplie, que le système d'allocation de produits mise en œuvre s'analyse en réalité comme une restriction de clientèle, si bien que les précédents cités par l'Autorité qui concernent des restrictions de clientèle sont topiques, tout en constatant que ces précédents diffèrent néanmoins des allocations en cause sur des points essentiels, en ce que les allocations de produits mises en place par Apple en période de contrainte sont ici variables et n'ont pas été assorties de restrictions territoriales, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

9°/ que, pour qu'un accord soit qualifié de restriction de la concurrence par objet", sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence ; qu'il incombe au juge de

démontrer l'existence de cette expérience solide et fiable ; que la thèse d'une restriction par objet doit être étayée par des études ou des rapports élaborés à partir d'auteurs indépendants et fondés sur des méthodes, principes et normes reconnus par la communauté économique internationale ; qu'en considérant, pour estimer que cette condition était remplie, que le seul fait que des restrictions de clientèle aient pu, par le passé, être analysées comme une restriction de concurrence par objet, sans se fonder sur la moindre analyse économique fiable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

10°/ que, pour qu'un accord soit qualifié de restriction de la concurrence par objet", sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence ; que cette expérience acquise ne saurait se déduire d'une présomption ou d'une qualification contestée de l'accord ; qu'en décidant, pour dire que la condition de l'expérience acquise était démontrée, que le système d'allocation mis en œuvre ne devait pas s'analyser comme un ordre de priorité de livraison mais comme une restriction de clientèle et de produits, s'inscrivant dans une relation verticale ne comportant que deux grossistes agréés, quand cette qualification était contestée par les parties, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

12°/ que la notion de restriction par objet doit être interprétée de manière restrictive et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence ; qu'il en est ainsi des seules formes de coordination entre entreprises qui peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; qu'en décidant que l'accord entre Apple et ses grossistes était suffisamment nocif pour constituer une restriction de concurrence par objet, après avoir constaté que la concurrence intra-marque n'avait pas été totalement entravée, qu'il existait une concurrence inter-marques et qu'il n'a pas été démontré d'impact sensible [de cette pratique] sur les prix", ce qui attestait nécessairement d'une nocivité insuffisante de la pratique en cause, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

13°/ que, pour qualifier une pratique de restrictive par objet, il faut qu'elle présente en elle-même un degré suffisant de nocivité pour la concurrence ; que cette nocivité est d'abord appréciée par elle-même, puis en s'attachant in concreto à la teneur de l'accord, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère ; que, dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu de tenir compte des objectifs légitimes et des effets pro-concurrentiels de l'accord et qu'en cas d'effets ambivalents de celui-ci sur la concurrence, une analyse des effets de cet accord est requise ; qu'en se bornant, pour dénier tout effet pro-concurrentiel à l'accord en cause à affirmer que le maintien de la concurrence intra-marques n'était pas liée à l'accord et qu'Apple aurait pu atteindre les mêmes objectifs par d'autres moyens, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si le système d'allocation mis en place n'avait pas atteint ses objectifs en ce qu'il visait aussi à garantir un niveau minimum d'approvisionnement aux APR et à préserver la concurrence inter-marques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

14°/ que, pour qualifier une pratique de restrictive par objet, il faut qu'elle présente en elle-même un degré suffisant de nocivité pour la concurrence, que cette nocivité est d'abord appréciée par elle-même, puis en s'attachant in concreto à la teneur de l'accord, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère ; que, dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question ; que, pour analyser le contexte économique, la substituabilité des produits de différentes marques doit être appréciée concrètement au regard des caractéristiques commerciales et techniques de tous les produits présents sur le même marché ; qu'en se bornant, pour retenir dans le cadre de son analyse du contexte économique de l'accord, que la concurrence inter-marques devait être relativisée, à déduire la prétendue faible substituabilité des produits concurrents à ceux de la marque Apple" des caractéristiques des produits de la marque Apple", de leur positionnement haut de gamme, de la notoriété de la marque et de la fidélité de la clientèle à la

marque, sans procéder à la moindre analyse concrète des produits en cause et de leur substituabilité réelle avec les produits concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

61. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que si la notion de « restriction de concurrence par objet » doit être interprétée de manière restrictive et ne peut ainsi être appliquée qu'à certains types de coordination entre des entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire, un accord peut être qualifié de pratique anticoncurrentielle par objet même s'il ne produit pas réellement des effets négatifs sur la concurrence (CJUE, arrêts du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14, point 18 et jurisprudence citée, et du 18 novembre 2021, Visma Enterprise, C-306/20, point 60 ; Com., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-11.001 et a.). Il suffit qu'il soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il soit concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur. Il n'est donc en aucune manière nécessaire d'examiner et à plus forte raison de démontrer les effets de ce comportement sur la concurrence, qu'ils soient réels ou potentiels et négatifs ou positifs (CJUE, arrêts du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, point 166, et du 27 juin 2024, Servier e.a./Commission, C-201/19, point 76). La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts (CJUE, arrêt du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, point 38).

62. Le critère juridique essentiel pour déterminer si un accord, qu'il soit horizontal ou vertical, comporte une « restriction de concurrence par objet » réside donc dans la constatation qu'un tel accord présente, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence (CJUE, arrêts du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, point 57, et du 18 novembre 2021, Visma Enterprise, précité, point 59, ainsi que la jurisprudence citée).

63. Afin d'apprécier si ce critère est rempli, il convient de s'attacher à la teneur des dispositions de l'accord en cause, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Pour l'appréciation de ce contexte, il y a également lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question (CJUE, arrêts du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, point 67, et du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., précité, point 36, ainsi que la jurisprudence citée).

64. La circonstance qu'un accord constitue une entente verticale n'exclut pas la possibilité que celle-ci comporte une « restriction de concurrence par objet ». En effet, si les accords verticaux sont, par leur nature, souvent moins nuisibles pour la concurrence que les accords horizontaux, ils peuvent, eux aussi, comporter un potentiel restrictif particulièrement élevé (voir, en ce sens, CJUE, arrêts du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., précité, point 43, du 18 novembre 2021, Visma Enterprise, précité, point 61, et du 29 juin 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, point 33).

65. Lorsque les parties à l'accord se prévalent d'effets pro-concurrentiels attachés à celui-ci, ces éléments doivent être pris en compte en tant qu'éléments de contexte de cet accord. En effet, pourvu qu'ils soient avérés, pertinents, propres à l'accord concerné et suffisamment importants, de tels effets pourraient permettre de raisonnablement douter du caractère suffisamment nocif à l'égard de la concurrence de cet accord (CJUE, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, points 103, 105 et 107). Toutefois, la simple existence d'effets pro-concurrentiels ne saurait suffire à écarter la qualification de restriction par objet (CJUE, arrêt du 26 octobre 2023, EDP – Energias de Portugal e.a., C-331/21, précité, point 104).

66. Par ailleurs, le fait qu'une mesure soit considérée comme poursuivant un objectif légitime n'exclut pas que, eu égard à l'existence d'un autre objectif poursuivi par celle-ci et devant être regardé, quant à lui, comme illégitime, compte tenu également de la teneur des dispositions de cette mesure et du contexte dans lequel elle s'inscrit, ladite mesure puisse être considérée comme ayant un objet restrictif de la concurrence (CJUE, arrêts du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., précité, point 52).

67. En premier lieu, sur la teneur de l'accord, après avoir rappelé que l'accord en cause s'inscrit dans une relation verticale nouée entre Apple et ses deux seuls grossistes agréés et qu'il porte sur les conditions d'approvisionnement des clients de ces derniers en produits Apple, l'arrêt retient que le mécanisme mis en place par cet accord ne s'est pas borné à formuler de simples recommandations de priorités de livraisons, dès lors qu'Apple intervenait dans la gestion des stocks de ses grossistes, déterminant pour chacun d'eux la liste des clients revendeurs à privilégier et les quantités de produits pouvant leur être vendues et allait parfois jusqu'à interférer dans la finalisation d'une commande en cours et dans le choix du grossiste par le client-revendeur. Se fondant sur le contenu des auditions de certains représentants des entreprises concernées et de différents courriels échangés entre celles-ci, évoquant des ordres d'Apple auxquels il était obéi, l'arrêt en déduit que le mécanisme était contraignant pour les grossistes. Il ajoute que cette contrainte était renforcée par un système de contrôle et de surveillance, reposant sur un dispositif de recueil d'informations concernant l'activité économique des grossistes, de micro-pilotage et d'alerte pour s'assurer de la bonne mise en œuvre des directives par chaque grossiste. Il précise qu'en tant qu'opérateurs économiques autonomes sur le marché, les grossistes, qui acquièrent la propriété des produits de marque Apple, auraient dû être libres de gérer leurs stocks et de les affecter aux clients de leur choix et qu'au moyen du système d'allocations litigieux, Apple s'est comporté à l'égard de ses grossistes comme il l'aurait fait envers des entités intégrées, en les privant de leur capacité à déterminer librement les quantités de produits vendues à leurs clients-revendeurs ainsi que les clients à approvisionner (APR et retailers indirects aussi bien que directs).

68. L'arrêt retient ensuite que ces allocations de produits et de clientèle, décidées par Apple et mises en œuvre par les grossistes, qui s'inscrivaient dans un système « fermé » limité à deux grossistes agréés au niveau du marché de gros et s'appliquaient nonobstant le système de distribution « ouvert » sur le marché aval, dans lequel Apple ne s'était réservé que l'approvisionnement de son canal de distribution en propre, avaient pour objet de répartir la clientèle entre les deux seuls grossistes agréés concurrents.

69. Renvoyant aux précédents jurisprudentiels relatifs à des situations de répartition de clientèle invoqués par la décision de l'Autorité, l'arrêt retient ensuite qu'il importe peu que ces exemples ne soient pas en tous points identiques à la répartition de clientèle en cause dès lors qu'il s'agit d'une même catégorie d'accords.

70. En l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel qui n'était pas tenue d'effectuer les recherches invoquées par la sixième branche du deuxième moyen du pourvoi V 22-22.623 et par la neuvième branche du deuxième moyen du pourvoi D 22-22.677, que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, et qui, sans encourir le grief de la dixième branche du deuxième moyen du pourvoi D 22-22.677, rendu inopérant par le rejet précédent des griefs portant sur la qualification de restriction de clientèle, a, procédant à la recherche prétendument omise visée à la neuvième branche du deuxième moyen du pourvoi V 22-22.623, pu retenir qu'il existait une expérience suffisamment solide et fiable pour conclure que ce type d'accord était, par sa teneur même, particulièrement nuisible au bon fonctionnement de la concurrence et était à ce titre susceptible de constituer une infraction par objet, et ainsi légalement justifié sa décision sans encourir les autres griefs relatifs à la teneur de l'accord.

71. En deuxième lieu, sur les objectifs invoqués par les sociétés mises en cause, l'arrêt retient, d'une part, qu'il ressort de diverses déclarations figurant au dossier que la pénurie, qu'Apple prétendait gérer par le mécanisme litigieux d'allocations, était organisée par le groupe lui-même, d'autre part, que ce système d'allocations a été maintenu au-delà des périodes alléguées de contrainte pesant sur l'approvisionnement en produits Apple. Il ajoute que, compte tenu du

nombre extrêmement restreint d'opérateurs agréés pour la distribution des produits Apple sur le marché amont et du positionnement spécifique de ces produits sur le marché aval des produits informatiques et d'équipements d'électroniques grand public, les grossistes avaient un intérêt commercial à se maintenir dans l'entente afin de préserver l'avantage concurrentiel qu'ils retiraient de leur agrément et, en particulier, de l'attractivité que celui-ci leur conférait par rapport aux autres opérateurs concurrents sur la clientèle des revendeurs multimarques. Il retient encore que la mise en place, en 2013, d'un nouveau système de distribution démontre que le groupe Apple disposait d'autres moyens, moins attentatoires à la concurrence que les allocations litigieuses, lui permettant de réduire les périodes de contraintes et les pénuries y afférentes, et préserver son système dual reposant, d'un côté, sur un canal de détaillants offrant des services additionnels aux consommateurs, de l'autre, sur un canal organisé autour de la grande distribution n'offrant pas ou peu de services et des prix possiblement plus bas.

72. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à la recherche inopérante invoquée par la treizième branche du deuxième moyen du pourvoi n° D 22-22.677, a pu retenir que l'objectif légitime invoqué par les sociétés mises en cause n'était pas établi et, en tout état de cause, ne permettait pas de neutraliser le caractère particulièrement nocif de la pratique litigieuse, et a ainsi légalement justifié sa décision sans encourir les autres griefs relatifs aux objectifs de l'accord.

73. En troisième lieu, sur le contexte économique, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord, que le groupe Apple bénéficie d'un pouvoir de marché supérieur à celui que reflètent ses parts de marché (16,3 % en volume et 24,7 % en valeur), du fait de la différenciation de ses produits et de son rôle clé dans l'innovation. Il précise à cet effet que les produits de marque Apple sont innovants et de haut de gamme, présentant une plus forte complémentarité entre eux que les produits concurrents, dans la mesure où leurs fonctionnalités matérielles et logicielles respectives sont conçues pour fonctionner de manière optimale lorsqu'elles sont combinées. Il retient ensuite qu'à l'inverse, l'interopérabilité des produits Apple avec les matériels concurrents est limitée, ce qui peut accroître les coûts de transfert des clients Apple qui souhaiteraient passer à un autre fournisseur, et que ces caractéristiques font d'Apple l'une des entreprises de haute technologie ayant les consommateurs les plus fidèles à la marque. Il ajoute que si la concurrence inter-marques existe sur le marché amont de la distribution des produits informatiques et électroniques grand public, les grossistes agréés par Apple étant multimarques, un certain nombre de caractéristiques, dont l'identité forte et spécifique des produits Apple, la notoriété de la marque, le positionnement haut de gamme, l'interopérabilité limitée avec d'autres marques, la création d'un écosystème propre à la marque, entraînent une fidélisation notable de la clientèle Apple et rendent les produits de cette marque faiblement substituables avec les produits d'autres marques, ce qui a pour effet de relativiser la pression concurrentielle de ces dernières.

74. L'arrêt retient encore, s'agissant de la concurrence intra-marque, que celle-ci est réduite dès lors que seuls deux grossistes sont agréés pour la distribution sur le marché de gros et qu'Apple assure lui-même une part prépondérante de l'approvisionnement des détaillants.

75. Il retient enfin que le système d'allocations litigieux s'analyse comme un moyen de maintenir les parts de marchés des grossistes dans une fourchette stable, sans égard pour le jeu normal de la concurrence, dès lors, d'une part, qu'Apple intervenait et contrôlait le niveau des stocks de ses grossistes et qu'il diffusait des informations à chacun d'eux pour réduire les écarts éventuels entre eux, d'autre part, qu'aucun des grossistes n'avait été en mesure d'atteindre durablement une part de marché disproportionnée par rapport à l'autre, ce qui conforte ainsi la position de l'Autorité selon laquelle les pratiques ont conduit à apporter des correctifs aux déséquilibres survenant entre ces grossistes, sans pour autant tendre à un verrouillage des parts de marché tourné vers un partage égal de celui-ci.

76. En cet état, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, et sans encourir les griefs de manque de base légale et de violation de la loi des quatrième, septième et huitième branches du deuxième moyen du pourvoi V 22-22.623 et des douzième et quatorzième branches du deuxième moyen du pourvoi D 22-22.677, que la cour d'appel, analysant le contexte économique dans lequel la pratique d'allocation de clientèle et de produits s'inscrivait, a

estimé que cette pratique, qui permettait au groupe Apple de piloter les débouchés de ses grossistes et de répartir la clientèle sur le marché de gros de manière à maintenir ses parts de marché ainsi que celles de ses grossistes dans une fourchette stable, était, par sa nature même, susceptible d'affecter le jeu normal de la concurrence tant entre les deux grossistes qu'à l'égard d'Apple.

77. Les sociétés Apple demandent que la Cour de justice soit saisie de deux questions préjudicielles à ce sujet.

78. La réponse à ces questions n'étant manifestement pas susceptible d'influer sur la solution du litige, il n'y a pas lieu d'en saisir la Cour de justice.

79. En dernier lieu, sur l'existence d'éléments contradictoires ou ambivalents devant conduire à douter du caractère particulièrement nocif de la pratique en cause, sous le couvert de griefs infondés de violation de la loi, les première et septième branches du deuxième moyen du pourvoi V 22-22.623 et la neuvième branche du deuxième moyen du pourvoi W 22-22.647 ne tendent qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel, qui, à l'issue d'une analyse circonstanciée et globale de la pratique litigieuse, incluant les éléments prétendument contradictoires et ambivalents, a estimé que, de par sa nature même, cette pratique présentait une nocivité suffisante pour être qualifiée d'infraction par objet, la dispensant, à ce stade de son analyse, de rechercher la réalité et l'importance de ces effets sur le marché concerné.

80. Les griefs ne sont donc pas fondés.

81. Les sociétés Apple demandent que la Cour de justice soit saisie d'une question préjudicielle à ce sujet.

82. Les questions trouvant leurs réponses dans la jurisprudence de la Cour de justice, telle qu'elle a été rappelée, et n'étant dès lors manifestement pas de nature à susciter une réponse susceptible d'influer sur la solution du litige, il n'y a pas lieu d'en saisir cette Cour.

83. Les sociétés Tech Data demandent que la Cour de justice soit saisie d'une question préjudicielle sur le point de savoir si un mécanisme d'allocations de volume tel que celui en litige peut être considéré comme une restriction de clientèle et de produits, au sens de l'article 4, sous b), des règlements d'exemption, et, a fortiori, comme une restriction de concurrence « par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

84. Cette question, qui qualifie le mécanisme en cause d'allocations de volume, ne correspond pas au mécanisme en cause, qui constitue une répartition de clientèle et non une simple allocation de volumes. Il n'y a donc pas lieu d'en saisir cette Cour.

Moyens relatifs à l'abus de dépendance économique

Sur le troisième moyen, pris en ses première, troisième, quatrième, septième, neuvième et dixième branches, du pourvoi n° D 22-22.677

Enoncé du moyen

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

« 1°/ que l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur à l'égard de son fournisseur s'apprécie notamment en tenant compte de la part de ce fournisseur sur le marché considéré ainsi que de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ; qu'en considérant que les revendeurs APR se trouvaient dans un état de dépendance économique, tout en constatant que les parts de marché d'Apple étaient en 2013 de 16,3 % en volume et 24,7 % en valeur, tous produits confondus, tandis que celles de Samsung représentaient 27,2 % en volume et 24,7 % en valeur, plaçant Apple, avec Samsung, en position de leader du marché" et que Samsung constitue, prima facie, un fournisseur alternatif en termes de parts de marché", ce dont il résultait nécessairement que les APR n'étaient pas dépourvus de solution alternative, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce ;

3°/ que l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur à l'égard de son fournisseur s'apprécie en tenant compte notamment de la part de ce fournisseur sur le marché considéré, ainsi que de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ; qu'ainsi, la substituabilité des produits du fournisseur en cause doit être appréciée concrètement au regard des caractéristiques techniques de tous les produits, et notamment des produits concurrents présents sur le même marché ; qu'en se bornant à déduire la prétendue non-substituabilité des produits de la marque Apple avec les produits concurrents des caractéristiques alléguées des produits de la marque Apple relative à leur positionnement haut de gamme, la notoriété de la marque et la fidélité de la clientèle à la marque, sans procéder à la moindre analyse concrète des produits en cause et de leur substituabilité avec les produits concurrents, qui seule aurait pu permettre de conclure à l'existence ou l'absence de solutions alternatives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce ;

4°/ que, pour caractériser l'existence d'un état de dépendance économique, il est notamment tenu compte de l'impossibilité pour un distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ou de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'un distributeur dispose donc d'une solution de substitution équivalente si cette solution lui permet de réorienter son activité, même si le recours à un circuit alternatif peut lui occasionner des difficultés passagères ou entraîner un léger manque à gagner ; qu'ainsi, il n'est pas exigé, pour que le distributeur puisse bénéficier de solutions d'approvisionnement de substitution, que le ou les fournisseurs alternatifs puissent lui garantir des conditions de distribution identiques ; que, dès lors, en retenant, pour décider qu'aucune solution alternative effective, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, ne pouvait être trouvée par les APR auprès d'un autre fournisseur dans des conditions techniques et économiques comparables, qu'Apple était seul à exploiter un réseau de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à sa marque propre sur tout le territoire national et que la sortie du réseau d'Apple aurait également signifié la perte d'une clientèle attachée au fonds de commerce, fidèle à la marque, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

7°/ que, s'il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur le marché, cette responsabilité doit être interprétée strictement ; qu'une telle obligation ou une obligation analogue ne s'impose donc qu'en présence d'une position dominante et ne saurait être appliquée à une entreprise non dominante vis-à-vis de ses partenaires, fussent-ils en état de dépendance économique à son égard ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce ;

9°/ que l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard un client n'est prohibée que si elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ; qu'en décidant qu'à la différence des abus commis par une entreprise en position dominante, l'exploitation abusive d'une dépendance économique pouvait être réprimée au titre des pratiques

anticoncurrentielles sans tenir compte du moindre seuil de sensibilité de l'atteinte à la concurrence, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce ;

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

Réponse de la Cour

86. En premier lieu, sur l'existence d'un état de dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce, l'existence d'un tel état dans le chef d'un fournisseur s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque de ce dernier, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur, ainsi que de l'impossibilité pour celui-ci de disposer dans un délai raisonnable d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'il a nouées avec ce fournisseur (Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.090, 91-16.988, Bull. IV, n° 337 ; Com., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.192, Bull. IV, n° 310 ; Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.921 ; Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-14.529, Bull. IV, n° 44).

87. Sur la notoriété de la marque Apple et l'importance de sa part dans le chiffre d'affaires des APR, l'arrêt retient d'abord que la forte notoriété de la marque n'est pas contestée et qu'elle n'a cessé de progresser, selon le classement Best Global Brands d'Interbrand, sur toute la période visée par le grief n° 4 (2009-2013), pour se hisser au premier rang dès 2012 et s'y maintenir les années suivantes. Il ajoute que, comme les développements consacrés au grief n° 2 l'ont établi, les produits Apple sont difficiles à contourner pour des distributeurs de produits électroniques, compte tenu des caractéristiques de ces produits, de leur positionnement haut de gamme et d'une réputation technologique à l'origine d'une fidélisation importante de la clientèle. L'arrêt retient ensuite que la part des produits Apple dans le chiffre d'affaires des distributeurs ayant adhéré au programme APR est importante et a pu, selon les sources, être évaluée entre 78 et 90 %.

88. Sur les parts d'Apple dans le marché considéré, l'arrêt retient que celles-ci étaient, en 2013, de 16,3 % en volume et de 24,7 % en valeur, tous produits confondus, tandis que celles du groupe Samsung représentaient 27,2 % en volume et 24,7 % en valeur, les plaçant tous deux en position de leader du marché. Il relève que, néanmoins, seul le groupe Apple exploitait un réseau de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à sa marque propre sur tout le territoire national et qu'aucun fournisseur de taille comparable sur le marché national des produits électroniques ne détenait de marque ayant un portefeuille équivalent, une notoriété et une clientèle comparables et n'exploitait un réseau de détaillants spécialisés de dimension nationale tel celui du groupe Apple. Il en déduit que, n'ayant pas organisé de système de distribution spécialisée similaire à celui du groupe Apple et ne disposant pas d'une notoriété équivalente, le groupe Samsung ne constituait pas un fournisseur alternatif. L'arrêt retient ensuite que le lancement du programme APR par Apple, annoncé par lettre du 19 mai 2006, a été rendu incontournable pour les Apple Center qui souhaitaient maintenir leur modèle économique, compte tenu, d'une part, de l'arrêt du programme Apple Center fixé au 30 octobre 2006, d'autre part, de la spécialisation dans laquelle ils avaient déjà investi au plan humain et matériel, et d'une clientèle attachée au fonds de commerce spécialisé en produits Apple. Il retient encore que la plupart des points de vente APR sont installés en centre-ville, où la demande généraliste est desservie par les grands retailers, comme la Fnac, et que l'étude économique produite par les sociétés Apple démontre qu'en janvier 2012, 97 % des magasins APR actifs faisaient face à au moins un retailer à moins de 15 minutes en voiture et que 89 % d'entre eux avaient deux retailers dans cette même zone de chalandise, de sorte que la spécialisation, qui offre des avantages

tarifaires et des éléments de différenciation, était une condition nécessaire pour faire face à la pression concurrentielle par les prix et assurer la pérennité d'un fonds de commerce de centre-ville. L'arrêt ajoute qu'en raison de la notoriété et de la puissance économique d'Apple, de la pression concurrentielle s'exerçant sur les commerces de centre-ville, de la nécessité de se démarquer de la concurrence, de l'importance des investissements consentis ainsi que de l'absence d'élément étayant l'existence de négociations possibles concernant les clauses précitées du contrat-type APR établi par Apple, il ne peut être considéré que la part importante de chiffre d'affaires des APR avec Apple résulte du choix initial et délibéré de ces revendeurs de privilégier l'une de leurs sources potentielles d'approvisionnement.

89. Sur l'absence de solutions alternatives pour les APR en cours de contrat, l'arrêt retient d'abord que, si le statut d'APR n'est pas nécessaire pour permettre à un revendeur d'offrir à la vente des produits Apple considérés comme « incontournables » en raison de la notoriété de la marque et des particularités de ces produits, un agrément de base, dit « Apple Authorized Reseller » (AAR), permettant cette commercialisation, la structure de la concurrence dans la zone de chalandise des lieux habituels d'implantation des points de vente APR suffit à établir que la perte du statut d'APR au profit de celui d'AAR ou de NAR (pour « Non Authorized Reseller ») aurait entraîné automatiquement un transfert de la clientèle attachée à l'offre de service propre à l'univers Apple auprès d'un point de vente spécialisé Apple (Apple Store ou magasin indépendant) ou vers le retailer le plus proche susceptible, en raison de son statut, de proposer les produits à des prix plus bas, contrairement aux AAR ou NAR. Il ajoute que cette analyse est confirmée par les déclarations des APR eux-mêmes, selon lesquels « il serait inconcevable de passer la boutique en point de vente informatique multi-marques » et qu'il « n'y a pas le marché pour cela en centre-ville ». L'arrêt relève à ce titre que ces constatations ne sont pas remises en cause par le rapport économique annexé aux écritures des sociétés Apple, lequel ne permet notamment pas d'établir qu'il était possible, entre novembre 2009 et avril 2013, pour une entreprise exploitant un point de vente en centre-ville d'y exercer une activité généraliste ou, pour une entreprise bénéficiant d'un statut d'APR, de se reconvertir en revendeur généraliste, dans des conditions comparables et des délais raisonnables. L'arrêt retient ensuite que la reconversion dans la distribution spécialisée est entravée par les clauses contractuelles limitant les possibilités de présentation et de vente de produits concurrents sur le point de vente, lesquelles ont à cet égard des effets proches d'une clause d'exclusivité. Il ajoute que, compte tenu, d'une part, des spécificités du réseau Apple de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à sa marque propre sur tout le territoire national, ainsi que de l'attachement de la clientèle Apple à l'environnement spécifique de la marque, d'autre part, des coûts importants de réaménagement des locaux et de changement de mobilier ainsi que de nouvelle formation des vendeurs, aucune solution alternative effective, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, ne pouvait être trouvée auprès d'un autre fournisseur dans des conditions techniques et économiques comparables.

90. En cet état, sans avoir à effectuer la recherche invoquée par la troisième branche du moyen, rendue inopérante par ses constatations selon lesquelles les conditions de la concurrence et la structure du marché excluaient que les produits d'autres fabricants de produits de haute technologie soient substituables aux produits Apple dans des conditions et un délai raisonnables pour les APR, quelles que soient par ailleurs les caractéristiques techniques respectives des produits et des services concurrents proposés, la cour d'appel, qui a pu retenir l'existence d'un état de dépendance économique des APR à l'égard d'Apple, a légalement justifié sa décision de ce chef.

91. Par conséquent, le moyen, qui manque en fait en sa quatrième branche dès lors que la cour d'appel n'a pas retenu que le ou les fournisseurs alternatifs devraient pouvoir garantir aux APR des conditions de distribution identiques, mais s'est fondée sur un ensemble d'éléments démontrant qu'une reconversion des APR était particulièrement coûteuse financièrement et ne pouvait être mise en œuvre dans un délai raisonnable, de sorte que les solutions alternatives ne pouvaient être qualifiées d'équivalentes, n'est pas fondé pour le surplus.

92. En second lieu, sur l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique et l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, si le fait pour une entreprise de tenir une ou plusieurs autres en état de dépendance économique ne saurait, en soi, générer aucun reproche à son égard, il incombe à celle-ci, sous peine de

commettre un abus, de veiller à ne pas leur imposer des mesures que toute entreprise devrait rationnellement refuser et qu'elles n'acceptent qu'en raison, précisément, de leur état de dépendance.

93. Après avoir retenu qu'Apple avait abusé de l'état de dépendance économique des APR en leur appliquant des conditions d'approvisionnement discriminatoires, l'arrêt ajoute que ces conditions ont entraîné pour les APR un désavantage dans la concurrence par rapport aux Apple Stores directement concurrents ainsi que par rapport aux autres canaux de distribution sur le marché de la distribution de produits informatiques et d'équipements d'électroniques grand public au détail, dans la mesure où ces pratiques abusives étaient de nature à décrédibiliser les APR auprès de leur clientèle et à la détourner de cette catégorie de distributeurs, sans que cette situation ne résulte du jeu normal de la concurrence par les mérites. Il retient encore que le niveau d'activité et la viabilité économique des revendeurs APR, au regard des fortes contraintes et limites pesant sur la vente de produits concurrents, dépendaient des volumes de ventes réalisées en aval, à partir de leur approvisionnement en amont en produits Apple. Il en déduit que les conditions d'approvisionnement des APR étaient de nature à affaiblir ce canal de distribution et la concurrence intra-marque. Il précise sur ce point que l'évolution du nombre d'APR et de la part des ventes réalisées par ces derniers dans les ventes de produits de marque Apple hors iPhone est passée de 13 % en 2008 à moins de 6 % en 2013, tandis que, dans le même temps, les canaux de distribution détenus en propre par Apple ont connu une progression significative.

94. L'arrêt retient enfin qu'après avoir utilisé le canal des APR comme facteur de pénétration du marché du détail en France, Apple a décidé d'ouvrir, dans les zones de chalandise les plus rentables, des Apple Stores, en concurrence avec certains APR, ce choix permettant à Apple, compte tenu du maintien sur le marché des autres APR en place dans les zones de chalandise moins attractives, de distribuer ses produits sur tout le territoire, sans avoir à investir dans des magasins en propre sur ces zones moins rentables et sans que ses ventes directes en ligne comme en magasins n'en subissent la concurrence du fait de la politique d'approvisionnement mise en œuvre. Il en déduit que, les APR étant soumis à des sujétions comparables à celles d'opérateurs intégrés, tout en assumant les risques commerciaux et financiers d'entreprises indépendantes, la situation litigieuse avait également conféré un avantage à Apple dans la concurrence inter-marques.

95. En l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que les pratiques avaient produit un effet sensible sur le fonctionnement et la structure de la concurrence, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les septième et neuvième branches, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche visée à la dixième branche dès lors que, quand bien même, à l'époque des pratiques, la vente en ligne n'aurait pas été considérée comme totalement substituable à la vente en magasin aux fins d'apprécier des opérations de concentration, les consommateurs ne trouvant pas le produit de leur choix en magasin étaient susceptibles d'en faire l'achat en ligne, a exactement retenu que les pratiques en cause constituaient un abus de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce et a légalement justifié sa décision.

96. Le grief n'est donc pas fondé.

Sur le moyen relatif aux prix imposés

Sur le deuxième moyen du pourvoi n° G 22-22.727

Enoncé du moyen

97. Le président de l'Autorité fait grief à l'arrêt de réformer la décision en ses articles 3 et 7, en ce que le premier retenait que les pratiques visées par le grief n° 3 étaient établies et le second infligeait une sanction à ce titre, puis statuant de nouveau sur ce point, de dire qu'il n'est pas établi que les sociétés du groupe Apple ont mis en œuvre les pratiques visées au grief n° 3 tendant à limiter la liberté tarifaire des APR, en fixant directement ou indirectement le

prix de vente aux consommateurs des produits de marque Apple, sur le marché de la distribution au détail de produits informatiques et électroniques grand public sur la période d'octobre 2012 à avril 2017, alors :

« 1°/ que, pour apprécier l'incertitude relative aux modalités d'obtention des remises et ristournes, il convenait de se placer à la date à laquelle les contrats entre la société Apple et les APR ont été conclus, ou, en toute hypothèse, à la date de fixation de leurs prix par les APR, dans la mesure où l'acquiescement des APR à ces conditions, qui ne prévoyaient qu'un très faible écart entre le prix de vente public (ALP) et le prix d'achat revendeurs (DAC) et laissaient une marge d'appréciation discrétionnaire à la société Apple s'agissant du niveau et des critères d'attribution des principales remises et ristournes, avait fondé l'accord de volontés et que, par ailleurs, une appréciation a posteriori de l'absence d'incertitude ne reflétait pas la situation des APR au moment de la fixation de leurs prix de vente ; qu'en écartant cependant le moyen tiré de l'incertitude et de l'imprévisibilité imposées par la société Apple et acceptées par les APR en raison de révisions successives des contrats et de l'appréciation discrétionnaire s'agissant des niveaux et des critères d'attribution de ces remises, aux motifs, d'une part, que les contrats n'avaient connu que trois modifications successives et, d'autre part, que la société Apple n'avait pas, en pratique, modifié les conditions d'octroi de la remise fonctionnelle, bien qu'elle en eût la possibilité, la cour d'appel, qui a évalué l'absence d'incertitude, pour les APR, a posteriori, pour en déduire que la société Apple n'avait pas fait usage des pouvoirs discrétionnaires qui lui étaient attribués par les contrats, et non au moment de la conclusion des contrats ou de la fixation des prix de vente, ce qui était pourtant nécessaire pour apprécier la situation des APR pendant les pratiques, a statué par des motifs impropres à écarter l'existence d'un accord de volontés, en violation des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

2°/ que l'Autorité peut se fonder sur un faisceau d'indices, à la fois de nature documentaire et comportementale, qui, examinés ensemble, permettent d'établir que les prix communiqués par un fabricant à ses distributeurs spécialisés avaient le caractère de prix imposés, sans que chacun de ces indices ne doive, pris isolément, revêtir un caractère de preuve parfaite ; qu'en l'occurrence, l'Autorité a retenu que la société Apple avait incité les APR à respecter des prix imposés, par un faisceau d'indices comprenant une communication transparente sur les prix pratiqués dans ses propres canaux de vente, perçus par un certain nombre d'APR comme des prix imposés et, outre une surveillance des prix pratiqués par les APR et un contrôle des promotions, la mise en œuvre d'un ensemble de mesures indirectes au travers de diverses filiales, en organisant l'absence de marge de manœuvre des APR sur les prix de revente des produits Apple, de sorte que les APR étaient, de facto, tenus de respecter les prix communiqués comme des prix minimum ; qu'en écartant un à un ces indices pris isolément au motif qu'ils n'étaient pas suffisants pour apporter la preuve d'une entente verticale entre la société Apple et les APR, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si ces indices, pris ensemble, permettaient d'établir une incitation des APR à appliquer les prix communiqués par la société Apple ou une dissuasion à baisser leurs prix de vente, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

3°/ que la recommandation d'un prix de vente est susceptible de constituer une restriction caractérisée lorsqu'elle a pour objet l'établissement d'un prix de revente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter, ce qui est notamment le cas lorsqu'elle s'accompagne de mesures incitant à appliquer ce prix ou dissuadant de pratiquer des prix plus bas ; qu'en se bornant, pour écarter le moyen tiré de l'application, par la société Apple aux APR, de conditions désincitatives pour pratiquer des opérations promotionnelles, à relever que les critères permettant l'allocation d'un certain pourcentage de remise fonctionnelle n'avaient, en pratique, jamais été modifiés par la société Apple, bien qu'elle en eût la faculté, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si cette incertitude résultait du caractère subjectif et non transparent de l'appréciation des critères communiqués aux APR, qui devait être appréhendé à la lumière des circonstances spécifiques de l'espèce, au terme desquelles les relations entre la société Apple et ses revendeurs APR était gouvernée par une forte asymétrie d'information, la société Apple disposant d'une connaissance approfondie de la situation des APR, inhabituelle s'agissant de relations impliquant des entreprises indépendantes, ce qui lui permettait de contrôler précisément leur niveau de marge et, en conséquence,

leur capacité à pratiquer des promotions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce ;

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

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

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

7°/ qu'en considérant que l'Autorité n'apportait pas la preuve du fait que l'encadrement, par la société Apple, des promotions réalisées par ses revendeurs APR, fondé sur la préservation de l'image de marque des produits Apple, devait être assimilé à une police des prix destinée à conférer aux prix diffusés un caractère impératif, aux motifs que des opérations promotionnelles autonomes avaient pu être réalisées par sept d'entre eux sur un total de vingt, sans répondre au moyen selon lequel les opérations promotionnelles autonomes réalisées, à la marge, par certains APR, avaient été rares et généralement limitées à certains événements particuliers, la cour d'appel, qui s'est fondée uniquement sur le nombre des revendeurs ayant déclaré pratiquer des opérations promotionnelles, sans tenir compte

de la fréquence et du volume de ces opérations, ce qui était pourtant essentiel pour apprécier le caractère substantiel des éventuelles déviations à l'entente, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

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

Réponse de la Cour

98. L'arrêt retient d'abord qu'il est constant qu'aucune clause des contrats liant Apple aux APR n'impose, en elle-même, le respect par ces derniers d'un prix de vente minimal fixé par le fournisseur et qu'aucun élément du dossier n'a établi l'existence d'une police des prix ou de représailles mises en œuvre par Apple pour s'assurer du respect d'un certain niveau de prix par les APR. Il en déduit qu'il convient de vérifier, au regard de l'ensemble des obligations contractuelles prises dans leur contexte économique et juridique, ainsi que du comportement des parties, si un prix de vente au public n'a pas été recommandé par le fournisseur et si celui-ci ne constituait pas, dans le contexte en cause, un prix de vente fixe ou minimal imposé, comme l'a retenu la décision attaquée. L'arrêt retient ensuite que, si Apple assure, de manière générale, une très grande transparence concernant les prix au détail qu'il pratique dans ses propres réseaux de vente, les rendant publics et accessibles à tous sur son site Internet, aucune preuve directe n'établit l'existence d'une communication de cette dernière, effectuée auprès de l'ensemble des APR (directs et indirects), leur demandant de respecter un certain niveau de prix. Il ajoute que, si certaines modalités de communication de ses prix à ses différents distributeurs peuvent être interprétées comme constituant une diffusion de prix implicitement recommandés par Apple, il n'en résulte pas pour autant que ce fournisseur aurait, par ces différentes méthodes, entendu inviter l'ensemble de ses revendeurs APR à respecter les prix ainsi diffusés, lesquels ont globalement été perçus par ces derniers comme délimitant un seuil maximal au-delà duquel il était difficile de vendre, mais qui n'était pas pour autant restrictif de concurrence.

99. Examinant la question de savoir si les revendeurs APR disposaient d'une possibilité réelle de diminuer ces prix de vente recommandés, l'arrêt retient que les réponses au questionnaire des services d'instruction de l'Autorité révèlent que la portée contraignante attachée par les APR aux prix diffusés ne résulte pas de la volonté du fournisseur de voir ceux-ci les respecter, mais d'autres considérations résultant, d'une part, de la pression inter-marques les empêchant de pratiquer des prix plus élevés, d'autre part, de la faible marge financière dont ils disposent. Il précise s'agissant de ce second élément, que néanmoins ni le niveau des remises ni celui des marges des APR n'ont été mis en cause par la décision attaquée et qu'il est ainsi admis que l'activité des APR peut leur permettre de disposer d'une marge commerciale suffisante pour dégager un bénéfice. Il ajoute qu'il convient de tenir compte des différentes remises puisque celles-ci augmentent le différentiel entre le prix de gros (DAC) et les prix publics Apple (PAS) et peut ainsi accroître la marge commerciale des revendeurs.

100. À ce sujet, et concernant une éventuelle entrave à la liberté tarifaire des APR résultant de l'incertitude pesant sur l'existence des remises nécessaires à la rentabilité de leur activité, l'arrêt retient que, s'il est exact qu'Apple se réserve la possibilité d'accorder ou de refuser de manière discrétionnaire deux remises, toutes deux prises en compte pour le calcul de la marge arrière, la remise la plus élevée (remise fonctionnelle), qui relève de la marge avant, variant entre 4 % et 13 % selon le statut du reseller et l'expertise développée, est conditionnée par de nombreux critères appréciés lors d'un « audit merchandising » servant à contrôler de manière régulière le respect des consignes de vente. Il précise qu'il n'est pas contesté qu'une remise de base de 4 % était systématiquement attribuée à l'ensemble des resellers et que d'autres remises supplémentaires pouvaient aisément être anticipées dans la mesure où elles avaient la même automaticité, telle la remise de 2 % acquise pour ceux exploitant plus de trois points de vente. Il ajoute que la part des

APR directs obtenant plus de 80 % du maximum théorique de remise fonctionnelle a augmenté au cours de la période incriminée et que le cumul du différentiel prix de revente/prix de gros, d'une part, et de la remise fonctionnelle, d'autre part, suffit à assurer une marge de manœuvre tarifaire aux APR.

101. L'arrêt retient encore qu'il n'est pas démontré en quoi le rythme d'évaluation semestrielle ou trimestrielle des remises engendrerait, au regard notamment de la fréquence des lancements de nouveaux produits et de la vitesse de leur obsolescence, une imprévisibilité préjudiciable à la liberté tarifaire des APR, ni en quoi la stabilité des remises passées ne leur permettait pas d'escompter une stabilité future similaire au regard de l'ancienneté et des caractéristiques de la relation commerciale établie avec Apple. Il en déduit qu'il ne saurait être inféré du fait que les APR ont signé les contrats comportant les stipulations relatives aux conditions applicables aux remises et ristournes que ces derniers ont acquiescé à un système de prix imposés par le fabricant.

102. L'arrêt retient enfin, d'une part, qu'un nombre significatif d'APR a admis pouvoir pratiquer des actions promotionnelles et que plusieurs ont déclaré qu'Apple ne donnait aucune consigne concernant le suivi des prix diffusés, ni aucune interdiction de s'en écarter, d'autre part, que le fait que plusieurs de ces distributeurs aient indiqué s'être alignés sur les prix de détail pratiqués par le réseau propre d'Apple, ce que confirmaient les relevés de prix pratiqués en 2016 et 2017, ne saurait davantage suffire à caractériser l'adhésion à un système de prix imposés, dès lors qu'il ressort de leurs déclarations, dont l'arrêt cite les extraits pertinents, que ce positionnement résulte du choix des APR ou de contraintes inhérentes au libre jeu de la concurrence.

103. Il déduit de l'ensemble de ces éléments que le faisceau d'indices sur lequel s'est fondée l'Autorité ne permet pas d'établir, sans équivoque, dans le contexte factuel, économique et juridique en cause, l'existence d'une pratique de prix imposés par Apple et l'adhésion des APR à une telle politique.

104. En l'état de ces constatations et appréciations, sous le couvert de griefs infondés de violation de la loi et de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la suffisance du faisceau d'indices retenu par l'Autorité par la cour d'appel, qui, sans être tenue de suivre l'Autorité dans le détail de son argumentation, a estimé que le cumul de la remise fonctionnelle de base, dont le taux minimum de 4 % était systématiquement octroyé, et du différentiel prix conseillé / prix de gros, permettait aux APR de dégager une marge de manœuvre tarifaire et que cette marge pouvait être augmentée par l'octroi d'autres remises, connues des APR au moment de la fixation de leurs prix, de sorte que l'existence d'une pratique de prix imposés par Apple et l'adhésion des APR à cette pratique n'étaient pas établies.

105. Le moyen ne peut donc être accueilli.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois ;

Condamne les sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Inc., Ingram Micro Europe BV, Tech Data Corporation, Tech Data (Netherlands) B.V., TD Synnex France Holding, TD Synnex France, Apple France, Apple Distribution International Limited, Apple Europe Limited, Apple Inc., Apple Sales International Limited, Apple Operations International Limited, et le président de l'Autorité de la concurrence aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes formées par les sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Inc., Ingram Micro Europe BV, Tech Data Corporation, Tech Data (Netherlands) B.V., TD Synnex France Holding, TD Synnex France, Apple France, Apple Distribution International Limited, Apple Europe Limited, Apple Inc., Apple Sales International Limited, Apple Operations International Limited et le président de l'Autorité de la concurrence et condamne les sociétés Ingram Micro SAS, Ingram Micro Inc., Ingram Micro Europe BV, Tech Data Corporation, Tech Data (Netherlands) B.V., TD Synnex France Holding, TD Synnex France, Apple

France, Apple Distribution International Limited, Apple Europe Limited, Apple Inc., Apple Sales International Limited et Apple Operations International Limited in solidum à payer à la société Mandataires judiciaires associés (MJA), prise en la personne de Mme [K], en sa qualité de mandataire liquidateur de la société eBizcuss.com, la somme globale de 10 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé publiquement le treize mai deux mille vingt-six par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.