



REVUE DE PRESSE
MASTER 2 CONCURRENCE, CONSOMMATION, DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

LA MISE EN OEUVRE DE MESURES PROVISOIRES DANS L'AFFAIRE « BROADCOM »

PAR JEANNE LE BRAS

Propos introductif

Le 7 octobre dernier la Commission Européenne rendait juridiquement contraignants les engagements pris par la société Broadcom dans le cadre de la procédure pour abus de position dominante qui visait le géant américain des semi-conducteurs. L'occasion de revenir sur les différentes étapes d'une affaire en apparence banale, mais qui n'en demeure pas moins intéressante d'un point de vue juridique, notamment en raison de l'application pour la première fois, sous l'empire du règlement 1/2003, de mesures provisoires.

Une affaire d'apparence simple

En Juin 2019, des soupçons d'abus de position dominante, au sens de l'article 102 du TFUE, conduisent la Commission Européenne à ouvrir une enquête contre la société Broadcom. Rapidement, il est démontré que la Firme, principal concepteur, développeur et fournisseur de composants pour décodeurs de télévision et Modems, détiendrait une position dominante sur trois marchés distincts des systèmes de jeux de puces pour téléviseurs et Modems, position dont le géant userait afin d'imposer à 6 fabricants de décodeurs des clauses d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, des ventes liées, ou encore des ventes groupées.

Ces éléments dévoilés, le 16 octobre 2019 la Commission prend la décision d'user de l'article 8 du règlement 1/2003 qui permet d'ordonner des mesures provisoires. Ainsi, afin d'éviter qu'un préjudice grave et

irréparable n'intervienne avant le prononcé de la décision finale sur le fond de l'affaire, la Commission impose à Broadcom : de cesser d'appliquer lesdites clauses, pressenties anti-concurrentielles ; et de s'abstenir d'en conclure d'autres.

L'année 2020 permettra finalement un dénouement à l'affaire, Broadcom proposera des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement 1/2003, engagements rendus juridiquement contraignants par la Commission. Dès lors, Broadcom s'engage à la fois à suspendre les accords existants contenant des clauses d'exclusivité, et à ne plus conclure d'accords comportant de telles clauses. A défaut, la firme risque une amende pouvant aller jusqu'à 10% de son chiffre d'affaire annuel.

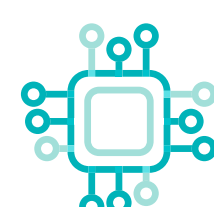
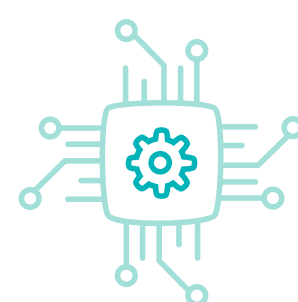
Un recours exceptionnel à l'article 8 du règlement 1/2003

Si l'affaire s'achève assez simplement, par l'acceptation d'engagements, la procédure est

néanmoins riche d'un point de vue juridique. En effet, il faut souligner le recours par la Commission, et pour la première fois sous l'empire du règlement 1/2003, à l'article 8 permettant d'ordonner des mesures provisoires.

Il s'agit d'un pouvoir conféré à la Commission seule, lui permettant de prendre des mesures avant même de statuer définitivement sur le fond, lorsque l'urgence est justifiée en raison d'un risque de dommage grave et irréparable à la concurrence (comme en l'espèce la société qui doit cesser d'appliquer les clauses d'exclusivité).

Une question se pose alors, pourquoi une première utilisation si tardive ?



REVUE #7

Deux raisons peuvent sans doute être évoquées. Tout d'abord, la rédaction de l'article rend celui-ci complexe à mettre en oeuvre, le recours aux mesures provisoires étant strictement conditionné :

1. Il faut être face à une infraction vraisemblable, c'est à dire que l'infraction soit constatée *prima facie*, soit à première vue ;
2. Les mesures doivent viser à prévenir une situation intolérable pour l'intérêt général ou qui pourrait causer un préjudice grave et irréparable à la concurrence, dans le cas où il ne sera plus possible d'y remédier au moment où la Commission rendra sa décision formelle ;
3. Il faut également caractériser l'urgence des mesures à prendre ;
4. Enfin, ces mesures doivent enfin être limitées dans le temps et limitées à ce qui est strictement nécessaire afin de mettre un terme aux pratiques incriminées.

Au regard de ces conditions, le standard de preuve exigé pour mettre en oeuvre de telles mesures semble quelque peu élevé.

Autre explication, selon l'avocat Stephane Hautbourg, les mesures provisoires « *doivent trouver un équilibre entre la protection des droits de la défense, d'une part, et la rapidité, l'efficacité de l'application des règles de concurrence, d'autre part* ».

Les mesures conservatoires : l'exemple français plus aisé à mettre en oeuvre

Les mesures provisoires trouvent un équivalent en droit français via les mesures conservatoires de l'article L.464-1 du Code de Commerce, pour lesquelles le niveau d'exigence est sensiblement moindre qu'en droit de l'Union Européenne. En effet, l'Autorité de la Concurrence n'exige pas le constat à « première vue » de l'infraction, mais que les faits dénoncés « apparaissent susceptibles », en l'état des éléments produits au débat, de constituer une pratique anticoncurrentielle. Un allègement probatoire qui explique sans doute un recours plus fréquent à ces mesures par l'Autorité de la concurrence française.

Une autre différence portant sur la nature même de ces mesures doit toutefois être soulignée, alors que les mesures provisoires visent à éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit causé à la concurrence, les mesures conservatoires françaises visent quant à elles à éviter qu'une pratique susceptible d'être anticoncurrentielle ne nuise gravement et de façon irrémédiable à la concurrence ou à l'entreprise qui en est victime. Une différence qui conduit justement à permettre aux entreprises de former une demande de mesures conservatoires.

CRITIQUE

La Commission Européenne dit réfléchir à développer ce type de mesures, notamment sur les marchés technologiques en évolution rapide. Mais si justement elle n'avait pas mis en oeuvre ce dispositif auparavant, c'est en raison du niveau de preuve exigé par le texte, l'infraction devant être constatée à « première vue ».

Il sera peut être nécessaire de modifier la procédure, afin de lui conférer toute son efficacité.

En l'espèce, il y avait urgence à agir, afin d'éviter que Broadcom ne provoque l'exclusion de ses concurrents, notamment au regard de l'introduction de la norme Wifi 6 pour les modems et décodeurs. En effet, celle-ci allait impliquer dans les prochaines années des appels d'offres de la part de fournisseurs notamment. Si le comportement de Broadcom avait du se poursuivre, il aurait probablement affecté plusieurs de ces appels d'offres.

