

Affaire C-311/24**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

29 avril 2024

Juridiction de renvoi :

Oberlandesgericht Wien (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

26 avril 2024

Partie requérante :

Bundewettbewerbsbehörde (Autriche)

Partie défenderesse :

M GmbH

Dans les affaires de droit des ententes jointes opposant la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale de la concurrence, Autriche, ci-après l'« autorité de la concurrence »), [OMISSIS] 1030 Vienne (Autriche), partie requérante, à M GmbH, [OMISSIS] partie défenderesse, et portant sur l'article 6, paragraphe 2, de la Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz) (loi autrichienne portant amélioration de l'approvisionnement de proximité et des conditions de concurrence afin de garantir des conditions de concurrence loyale, BGBl. 392/1977), telle que modifiée en dernier lieu par la Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert wird (loi autrichienne modifiant la loi portant amélioration de l'approvisionnement de proximité et des conditions de concurrence, BGBl. I 239/2021) (ci-après la « FWBG »), l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne, Autriche), siégeant en tant que juridiction compétente en matière d'ententes, [OMISSIS] rend la présente

ORDONNANCE

La Cour est saisie des questions préjudicielles suivantes au titre de l'article 267 TFUE :

1 a) L'article 6, paragraphe 1, sous e), de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019, sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (JO 2019, L 111, p. 59), doit-il être interprété en ce sens que cette disposition, lorsqu'un acheteur, mû par une résolution procédant d'un mobile unique, demande le même jour, individuellement, à divers fournisseurs bénéficiant de la protection conférée par l'article 1^{er} de cette directive, un paiement contraire à l'article 3, paragraphe 1, sous d), de ladite directive, s'oppose à une réglementation nationale selon laquelle ces demandes de paiement sont prises ensemble et considérées comme une infraction unique (concours idéal d'infractions) que les autorités d'application n'ont le pouvoir de sanctionner qu'une seule fois ?

1 b) Sachant que, aux termes de l'article 6, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2019/633, la sanction doit être effective, proportionnée et dissuasive, compte tenu de la nature, de la durée, de la récurrence et de la gravité de l'infraction, le fait que la disposition nationale autrichienne répressive (l'article 6, paragraphe 2, FWBG) prévoit dans un tel cas une amende d'un montant maximal de (seulement) 500 000 euros a-t-il une incidence sur la réponse à la question 1, sous a) ?

2) Pour le cas où la question 1, sous a), appellerait une réponse affirmative :

L'article 6, paragraphe 1, sous e), de la directive 2019/633 doit-il être interprété en ce sens que chaque demande de paiement adressée à un fournisseur différent, pour autant qu'elle viole l'interdiction prévue à l'article 3, paragraphe 1, sous d), de cette directive, doit être considérée comme une pratique commerciale devant être sanctionnée de manière autonome et, conformément au principe du cumul, faire l'objet d'une sanction (amende) distincte, de sorte qu'il y a lieu d'infliger plusieurs amendes, sachant que la disposition nationale autrichienne répressive (l'article 6, paragraphe 2, FWBG) prévoit une amende d'un montant maximal de 500 000 euros ?

[OMISSIS] [suspension des procédures nationales concernées]

MOTIFS

I La position des parties et les antécédents du litige

I.1 L'action introduite par l'autorité de la concurrence

Le 10 novembre 2023, l'autorité de la concurrence a saisi la juridiction autrichienne compétente en matière d'ententes de seize demandes au total à l'encontre de la défenderesse, tendant à l'imposition d'une amende raisonnable au

titre de l'article 6, paragraphe 2, FWBG, au motif que la défenderesse a violé les dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG, en ce que, en tant qu'acheteur, elle a demandé à seize fournisseurs un paiement qui n'est pas en lien avec la vente de produits agricoles et alimentaires.

Les demandes tendant à l'imposition d'une amende, qui ont été attribuées à la 25^e chambre de l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne), auteur de la présente demande de décision préjudicielle, concernent les quatre fournisseurs ci-après pour les montants suivants :

- P GmbH – demande de paiement pour un montant de 12 000 euros (références 25 Kt 7/23a) ;
- L GmbH – demande de paiement pour un montant de 10 000 euros (références 25 Kt 8/23y) ;
- R GmbH – demande de paiement pour un montant de 12 000 euros (références 25 Kt 9/23w) ;
- S GmbH – demande de paiement pour un montant de 18 000 euros (références 25 Kt 10/23t).

I.2 Les faits tels que présentés par les parties

L'autorité de la concurrence fait valoir ce qui suit.

La défenderesse exploite des magasins de vente au détail de produits alimentaires en Autriche.

Les demandes de paiement adressées par la défenderesse à ses fournisseurs de produits agricoles et alimentaires au mois de mai 2023, qui, selon l'autorité de la concurrence, ne sont pas en lien avec la vente de ces produits agricoles et alimentaires, s'inscrivent dans le contexte suivant.

La défenderesse a entamé un processus de restructuration complète de son entreprise, y compris un processus de transformation des achats. Aux fins de ce processus de transformation, elle a engagé un consultant externe, qui lui a conseillé de solliciter une contribution des fournisseurs pour compenser en partie les coûts élevés liés à ce processus.

Le 16 mai 2023, la défenderesse a mis en œuvre ce projet en organisant, sur proposition du consultant, un « salon des fournisseurs » (« Supplier Day ») dans le cadre duquel elle a expliqué son processus de transformation à ses fournisseurs. L'objectif de ce processus a été défini comme étant la professionnalisation de la gestion des catégories (« Category Management ») et l'optimisation des processus internes. La défenderesse a également expliqué ce besoin d'investissement à ses

fournisseurs en soulignant la nécessité d'investir dans des unités de production d'hydrogène respectueuses du climat et dans un parc de poids lourds neutres en CO₂. Elle leur a indiqué qu'elle avait besoin de leur aide pour réaliser ce projet et que, s'ils étaient disposés à lui apporter leur soutien, elle en prendrait bonne note.

À la suite de ce salon des fournisseurs, la défenderesse a envoyé à chacun de ses fournisseurs l'une de deux variantes d'un même courriel, selon qu'ils avaient été présents ou non lors du salon. Dans ce courriel, elle leur demande de verser une contribution d'un montant déterminé aux fins de la mise en œuvre du processus de transformation.

Chacune de ces demandes de paiement viole les dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG.

Selon ces dispositions, toute pratique commerciale consistant pour l'acheteur à demander au fournisseur des paiements qui ne sont pas en lien avec la vente de produits agricoles et alimentaires est interdite.

Les chiffres d'affaires respectifs de la défenderesse, en tant qu'acheteur au sens de l'article 5 ter, point 2, FWBG, et du fournisseur, au sens de l'article 5 ter, point 3, FWBG, présentent le rapport (fixé à l'article 5 bis, paragraphe 2, FWBG) requis pour l'application de la section 2 de la FWBG.

Avec un chiffre d'affaires annuel consolidé de XXX XXX XXX,XX euros en 2022, la défenderesse, en tant qu'acheteur au sens de l'article 5 ter, point 2, FWBG, excède le seuil de 350 millions d'euros visé à l'article 5 bis, paragraphe 2, point 5, FWBG (et, a fortiori, les seuils visés aux points 1 à 4 de cette disposition).

Le chiffre d'affaires annuel de P pour l'exercice concerné s'élève à 42,8175 millions d'euros, de sorte que la relation commerciale entre ces deux entreprises relève de l'article 5 bis, paragraphe 2, point 3, FWBG (25 Kt 7/23a).

Le chiffre d'affaires annuel de L pour l'exercice concerné s'élève à 32,1 millions d'euros, de sorte que la relation commerciale entre ces deux entreprises relève de l'article 5 bis, paragraphe 2, point 3, FWBG (25 Kt 8/23y).

Le chiffre d'affaires annuel de R pour l'exercice concerné s'élève à 1 301 300,75 euros, de sorte que la relation commerciale entre ces deux entreprises relève de l'article 5 bis, paragraphe 2, point 1, FWBG (25 Kt 9/23w).

Le chiffre d'affaires annuel de S pour l'exercice concerné s'élève à 723 453 euros, de sorte que la relation commerciale entre ces deux entreprises relève de l'article 5 bis, paragraphe 2, point 1, FWBG (25 Kt 10/23t).

La **défenderesse** conteste avoir violé la FWBG, car elle estime n'avoir pas demandé de paiement au sens des dispositions combinées de l'article 5 quater,

paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG. Elle a simplement sollicité un investissement en insistant sur le caractère volontaire du paiement.

La défenderesse se trouvait dans un processus de transformation touchant à l'ensemble de ses domaines d'activité du fait, notamment, de la forte pression concurrentielle et de la grande concentration du marché de la vente au détail de produits alimentaires.

Les répercussions de la pandémie du coronavirus sur le tourisme et le déficit de clientèle en résultant dans le domaine de la vente au détail de produits alimentaires ont fortement impacté la défenderesse sur le plan économique. Elle doit faire face à des augmentations de coûts massives, surtout dans le domaine de l'énergie, et elle est également confrontée à une forte inflation touchant d'autres postes de coûts. En outre, les coûts de financement de son entreprise ont très fortement augmenté du fait de l'évolution des taux d'intérêt.

Sans processus de transformation, la pérennité de l'entreprise est menacée en raison de la forte pression concurrentielle et de la grande concentration du marché de la vente au détail de produits alimentaires. En conséquence, la défenderesse a engagé une société de conseil pour l'aider à élaborer une stratégie tarifaire.

Cette société lui a conseillé d'organiser un salon des fournisseurs. Lors de ce salon, qui s'est déroulé le 16 mai 2023, les fournisseurs ont pu avoir un aperçu de la situation actuelle du marché et des problèmes existants. À cette occasion, ils ont été invités à investir dans la mise en œuvre du processus de transformation et à compenser partiellement les coûts élevés liés à celui-ci au moyen d'une contribution financière.

Le lendemain de la tenue du salon des fournisseurs, le 17 mai 2023, le conseil d'entreprise, par l'intermédiaire d'un compte de la défenderesse, a envoyé des courriels de suivi formalisant la demande d'investissement de la défenderesse, lesquels étaient accompagnés de factures pro forma proposant un montant à verser dans le cadre d'un investissement volontaire. Face à la réaction des fournisseurs, la défenderesse a retiré sa demande par courriel dès ce même mois de mai 2023 et a remboursé les sommes déjà payées.

I.3 La position des parties sur l'introduction de demandes distinctes

L'**autorité de la concurrence** justifie l'introduction de demandes distinctes en indiquant que la défenderesse a violé les dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG seize fois, en ce qu'elle a demandé à seize fournisseurs différents divers montants au titre d'un paiement interdit par ces dispositions.

La section 2 de la FWBG transpose la directive 2019/633 qui vise à protéger les fournisseurs de produits agricoles et alimentaires contre les pratiques commerciales déloyales des acheteurs de ces produits. La directive 2019/633 a

pour vocation de garantir un équilibre raisonnable entre les intérêts des fournisseurs et ceux de leurs clients dans les relations interentreprises (« B2B »). Il ressort clairement de cette directive que les personnes que celle-ci vise à protéger des conséquences négatives, directes ou indirectes, des pratiques commerciales déloyales sont les producteurs primaires dans la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire. Il résulte sans équivoque du choix des mots dans la directive 2019/633 et dans la FWBG que le législateur entendait que l’appréciation des infractions dont les éléments constitutifs sont réalisés se fasse au niveau de chaque fournisseur et de chaque acheteur individuellement concerné, c’est-à-dire que ces deux individus constituent le critère central d’appréciation intuitu personae. Cela résulte d’emblée de la définition des termes « acheteur » et « fournisseur », par lesquels on entend « toute personne physique ou morale, indépendamment de son lieu d’établissement » ou « un groupe de personnes physiques et morales appartenant à cette catégorie ». Il résulte d’une lecture combinée de ces définitions et des dispositions relatives au calcul du chiffre d’affaires annuel pertinent (article 5 bis, paragraphe 2, FWBG), eu égard à la définition des notions d’« entreprise autonome », d’« entreprise partenaire » et d’« entreprise liée » contenue à l’annexe de la recommandation (2003/361/CE) de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO 2003, L 124, p. 36), que peuvent en principe être qualifiées d’« acheteur » ou de « fournisseur » les entreprises individuelles et autonomes qui n’appartiennent pas à un groupe d’entreprises.

Aux termes de l’article 6, paragraphe 1, sous e), de la directive 2019/633, les autorités d’application nationales doivent avoir le pouvoir d’infliger des amendes et d’autres sanctions aussi efficaces et de prendre des mesures provisoires visant l’auteur d’une infraction ou d’engager une procédure dans ce but.

Lors de la formulation de la peine encourue, le législateur autrichien a opté pour un montant maximal de 500 000 euros plutôt que pour un pourcentage du chiffre d’affaires annuel (article 6, paragraphe 2, FWBG).

Dans la liste énumérant les différentes pratiques commerciales déloyales interdites, la directive 2019/633 et la FWBG emploient les termes « fournisseur » et « acheteur » au singulier. L’utilisation délibérée du singulier s’inscrit dans la logique du recours au chiffre d’affaires annuel en vertu de l’article 5 bis FWBG, dont le calcul se limite en principe à l’« entreprise autonome », à l’« entreprise partenaire » ou à l’« entreprises liée ». Le choix spécifique du singulier résulte en particulier du libellé de la pratique commerciale déloyale visée à l’annexe I, point 4, FWBG. Celle-ci dispose que le fait de demander un ou plusieurs paiements (au pluriel) à un fournisseur constitue une pratique commerciale déloyale.

Il résulte de la protection que visent à conférer la directive 2019/633 et la section 2 de la FWBG qu’il est en principe nécessaire d’engager une procédure distincte pour chaque fournisseur ciblé par une pratique commerciale déloyale d’un acheteur.

La directive 2019/633 et la section 2 de la FWBG qui la transpose ne constituent pas un « droit spécial des ententes », comme le soutient la défenderesse. En effet, elles cherchent à instaurer un environnement réglementaire dans lequel le processus de négociation entre les acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire aboutit à un résultat équitable.

À cet égard, il convient de différencier les problèmes issus de pratiques commerciales potentiellement déloyales de ceux qui ont trait à des comportements anticoncurrentiels. La directive 2019/633 n'a pas pour vocation de protéger la concurrence en tant qu'institution, ni de protéger les consommateurs contre la publicité mensongère et d'autres pratiques déloyales, mais de garantir un équilibre raisonnable entre les intérêts des fournisseurs et ceux de leurs clients dans les relations interentreprises.

Dans ce contexte, le considérant 1 de la directive 2019/633 rappelle que, au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, les déséquilibres significatifs entre le pouvoir de négociation des fournisseurs de produits agricoles et alimentaires et celui des acheteurs de ces produits sont fréquents. L'instauration, au niveau de l'Union, d'une norme minimale de protection contre les pratiques commerciales déloyales vise à réduire la fréquence de ces pratiques qui sont susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur le niveau de vie de la population agricole. Le considérant 6 de cette directive relève l'incertitude dont la production agricole est chargée et constate que la protection contre les pratiques commerciales déloyales revêt désormais une importance accrue pour les opérateurs présents dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

En outre, il ressort clairement des considérants 7 et 14 de la directive 2019/633 que les personnes que celle-ci vise à protéger contre les conséquences négatives, directes ou indirectes, des pratiques commerciales déloyales sont les producteurs primaires dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. À cette fin, le critère retenu est toujours celui du pouvoir de négociation relatif entre le fournisseur individuel et l'acheteur individuel, lequel doit être apprécié à l'aune de leurs chiffres d'affaires respectifs.

Ce n'est précisément que si ce pouvoir de négociation (entre le fournisseur individuel et l'acheteur individuel) présente un déséquilibre que la directive 2019/633 s'applique et qu'il devient ainsi nécessaire de lutter contre les pratiques commerciales déloyales. Par conséquent, le déséquilibre au niveau du pouvoir de négociation constitue un élément essentiel de la caractérisation de l'infraction. En ce qui concerne les caractéristiques de celle-ci, il convient, eu égard à la nature de la protection conférée par cette directive, de se fonder sur la relation individuelle entre l'acheteur et le fournisseur, à l'aune de laquelle il convient également d'apprécier l'élément matériel de chaque pratique commerciale déloyale.

La Commission elle-même, dans l'exposé des motifs de sa proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales

déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire du 12 avril 2018 [COM(2018) 173 final] (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173>, consulté le 3 janvier 2024), indique clairement que la portée du droit des ententes est différente de celle de la réglementation relative à la lutte contre les pratiques commerciales déloyales et que ces blocs normatifs coexistent de manière indépendante et complémentaire. Enfin, il convient également de prendre en considération la base juridique sur laquelle la directive 2019/633 a été adoptée. Si l'intention avait été de créer des règles de concurrence (droit spécial des ententes) pour la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, on aurait pu invoquer l'article 103 TFUE à titre de base juridique. Or, il n'a pas été fait usage de cette possibilité. Au lieu de cela, c'est l'article 43, paragraphe 2, TFUE, relatif à la poursuite des objectifs de la politique commune de l'agriculture et de la pêche, qui a été choisi.

Cela signifie qu'il n'existe aucun fondement justifiant l'application du concept juridique de l'infraction unique, complexe et continue développée dans le cadre du droit de la concurrence de l'Union.

Au contraire, eu égard à la vulnérabilité des fournisseurs, qui doit être appréciée individuellement, une appréciation au cas par cas n'est pas seulement indiquée, mais s'impose. Ainsi qu'il ressort de l'article 5 bis FWBG, il convient d'examiner la relation contractuelle concrète du fournisseur avec son acheteur en ce qui concerne la vente de produits agricoles et alimentaires afin de pouvoir déterminer d'emblée si les conditions d'application des dispositions de la section 2 de la FWBG sont réunies.

Lors de la formulation de la peine encourue, le législateur autrichien a opté pour un montant maximal fixe plutôt que pour un pourcentage comme dans le droit des ententes. Eu égard à cette limite, la tranche de chiffre d'affaires (article 5 bis, paragraphe 2, FWBG) dont relève l'acheteur sera également pertinente pour le calcul du montant concret de l'amende. Alors qu'une peine encourue d'un montant maximal de 500 000 euros est susceptible de menacer la survie d'un acheteur relevant de l'article 5 bis, paragraphe 2, point 1, FWBG, elle ne semble pas adaptée pour sanctionner de manière adéquate, dans la limite d'un montant maximal globalement applicable, des infractions graves et de grande ampleur commises par un acheteur relevant des tranches correspondant à l'article 5 bis, paragraphe 2, points 2 à 6, FWBG. Ainsi, il convient de partir du principe que le principe du cumul s'applique ici comme en droit pénal administratif et qu'il y a dès lors lieu d'infliger une amende pour chaque infraction individuelle, dans la limite de 500 000 euros chacune. Dans le contexte de ce qui précède, selon une interprétation conforme à la directive 2019/633, cela signifie que le principe qui sous-tend la section 2 de la FWBG est celui d'une appréciation au cas par cas et donc de l'introduction de procédures distinctes.

Selon l'autorité de la concurrence, la défenderesse, dans ses écritures, méconnaît que, à elle seule, la « demande d'investissement » (qui, selon la défenderesse, constitue le critère exclusif de caractérisation des faits) ne suffit pas pour vérifier l'existence de faits interdits par la FWBG. Comme indiqué dans les demandes tendant à l'imposition d'une amende, cette demande s'adressait également à des entreprises ne relevant pas du champ d'application de la FWBG. Ce sont l'objet et le champ d'application de la FWBG qui constituent le critère d'appréciation essentiel dont dépend l'application de la protection conférée par la FWBG, parce qu'étant celui qui doit obligatoirement être appliqué dans chaque cas, ce critère prévoyant et même imposant de procéder à la délimitation et à l'individualisation concrète des différentes infractions caractérisées par les faits. Partant, l'introduction de seize procédures distinctes ne représente pas un cloisonnement artificiel, mais s'impose au vu des critères d'appréciation individuels prévus par la FWBG.

Eu égard aux considérations qui précèdent, la juridiction compétente en matière d'ententes a été saisie de seize demandes distinctes, une pour chaque relation commerciale avec un fournisseur individuel.

La **défenderesse**, qui conteste l'introduction de demandes et de procédures distinctes, fait valoir que les seize demandes introduites séparément par l'autorité de la concurrence sont toutes basées sur les mêmes faits et qu'il lui est donc reproché une infraction unique. Le fait de scinder artificiellement celle-ci en seize procédures méconnaît le principe « ne bis in idem ».

Depuis quelque temps, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH »), pour établir s'il s'agit d'une même infraction, se base sur les circonstances de l'espèce (c'est-à-dire sur les mêmes faits) (voir, principalement, Cour EDH, 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, points 71 et suiv. ainsi que 82 et 83). En conséquence, le fait qu'une même situation ayant pour origine « des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » donne lieu à des poursuites ou condamnations multiples constitue une violation de l'article 4 du protocole n° 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, il y a toujours lieu de considérer que l'élément « idem » est caractérisé lorsque les deux infractions ont pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes. La Cour EDH estime que sont pertinents à cet égard ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace. Selon l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche), il convient de considérer qu'il y a identité de faits (« idem »), sans préjudice de leur qualification juridique, voire indépendamment de l'intérêt juridique lésé, lorsque les procédures, c'est-à-dire les décisions, procèdent en fait du même enchaînement de circonstances. Ainsi, dans son ordonnance du 17 septembre 2013 (11 Os 73/13i), l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) a jugé que « [l]es critères d'appréciation sont le moment, le lieu, l'objet, le procédé, l'auteur, la victime et le résultat causé ou recherché de l'acte. Dans ce contexte, un

ensemble de faits qui, de par leur nature, sont indissolublement liés entre eux et coïncident dans l'espace et dans le temps, ne peut pas être divisé en actes artificiellement séparés les uns des autres. »

Du fait de cette définition de l'« idem », le grief tiré de l'infraction aux dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 5, FWBG que l'autorité de la concurrence reproche à la défenderesse dans le cadre de seize procédures trouve son origine dans des faits identiques.

Ces seize procédures procèdent toutes de la demande d'investissement qui a été présentée aux fournisseurs par la défenderesse lors du salon des fournisseurs et qui leur a été par la suite transmise par écrit.

Les demandes d'investissement adressées par la défenderesse aux différents fournisseurs présentent un lien de complémentarité étant donné qu'elles sont similaires, qu'elles ont été présentées simultanément, que les circonstances les accompagnant étaient identiques et que la défenderesse a été mue par une résolution unique procédant de son plan d'ensemble, à savoir compenser les coûts liés au processus de transformation de l'entreprise de la défenderesse au moyen d'une contribution financière de ses fournisseurs de produits agricoles et alimentaires afin d'assurer sa propre pérennité. La défenderesse, mue par une résolution unique, ayant adressé simultanément à seize fournisseurs des demandes d'investissement similaires, voire identiques, il s'agit en définitive d'un seul et unique ensemble de faits identiques.

Aux termes de l'article 6, paragraphe 2, FWBG, la juridiction compétente en matière d'ententes peut « [...] infliger [...] une amende d'un montant maximal de 500 000 euros ».

En introduisant des procédures distinctes, l'autorité de la concurrence contourne la disposition légale prévoyant l'imposition d'une amende d'un montant maximal de 500 000 euros. Cela non seulement met à mal la capacité financière de la défenderesse, mais entraîne aussi une multiplication des frais de justice et conduit à l'engorgement des tribunaux.

Le processus de transformation de la défenderesse était nécessaire pour diverses raisons : les répercussions de la pandémie du coronavirus sur le tourisme dans le Tyrol et le déficit de clientèle en résultant dans le domaine de la vente au détail de produits alimentaires ont fortement impacté la défenderesse sur le plan économique ; celle-ci doit faire face à des augmentations de coûts massives, surtout dans le domaine de l'énergie ; elle est également confrontée à une forte inflation touchant d'autres postes de coûts. En outre, les coûts de financement de l'entreprise de la défenderesse ont très fortement augmenté du fait de l'évolution des taux d'intérêt.

Sans processus de transformation, la pérennité de l'entreprise de la défenderesse est menacée en raison de la forte pression concurrentielle et de la grande concentration du marché de la vente au détail de produits alimentaires. Étant

donné que les demandes d'investissement procèdent toutes d'un plan d'ensemble, à savoir compenser les coûts liés au processus de transformation de la défenderesse au moyen d'une contribution financière de ses fournisseurs de produits agricoles et alimentaires afin d'assurer sa propre pérennité, il s'agit d'un acte unique.

À titre subsidiaire, la défenderesse fait valoir qu'il lui est reproché une **infraction unique et continue** (« **einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung** »). Il ressort d'une jurisprudence constante qu'une infraction au droit des ententes peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer, en eux-mêmes et pris isolément, une violation de cette disposition (arrêt du 16 juin 2022, Sony Corporation et Sony Electronics/Commission, C-697/19 P, EU:C:2022:478, point 62). Il s'agit là d'un concept juridique prétorien qui trouve son origine dans l'arrêt de principe du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356). À cet égard, les juridictions de l'Union ont estimé que « [...] les accords et les pratiques concertées constatés s'inscrivaient, en raison de leur objet identique, dans des systèmes de réunions périodiques, de fixation d'objectifs de prix et de quotas, systèmes qui s'inscrivaient à leur tour dans une série d'efforts des entreprises en cause poursuivant un seul but économique, à savoir fausser l'évolution des prix. [...] il serait donc artificiel de subdiviser ce comportement continu, caractérisé par une seule finalité, en y voyant plusieurs infractions distinctes. »

En Autriche aussi, il est de jurisprudence constante d'avoir recours au concept juridique de l'infraction unique et continue pour les infractions au droit de la concurrence [ordonnance de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 8 octobre 2015, 16 Ok 2/15b].

La notion d'« infraction unique et continue » suppose l'existence d'un « plan d'ensemble », dans lequel s'inscrivent différents actes, en raison de leur objet identique, et ce indépendamment du fait qu'un ou plusieurs de ces actes puissent également constituer, en eux-mêmes et pris isolément, une infraction au droit de la concurrence.

Les juridictions de l'Union ont également recours à ce concept juridique pour les infractions à l'article 102 TFUE [article 5 de la Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005) (loi autrichienne relative à la lutte contre les ententes et autres restrictions de la concurrence, BGBl. I 61/2005, ci-après la « KartG 2005 »]. Dans son arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T-321/05, EU:T:2010:266, points 892 et 893), le Tribunal a estimé que, aux fins de l'application du concept juridique de l'infraction unique et continue à des faits d'abus, il y a lieu de vérifier si les différents actes présentent un lien de complémentarité.

Le concept juridique de l'infraction unique et continue est également applicable aux infractions à la FWBG, notamment aux dispositions transposant la directive 2019/633 aux articles 5 bis et suivants de la FWBG, lorsque ces infractions présentent un lien de complémentarité, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été commises d'une manière similaire, qu'elles sont étroitement liées en raison de rapports de connexité dans le temps et qu'elles procèdent d'une intention générale ou d'un plan d'ensemble, car l'économie des dispositions transposant la directive 2019/633 aux articles 5 bis et suivants de la FWBG et des infractions y visées au regard de la protection conférée, de l'objectif de la législation et de son effet présente un niveau de similarité élevé avec celle des interdictions prévues à l'article 102 TFUE (article 5 KartG 2005) en matière d'ententes.

Le comportement de la défenderesse à l'égard des seize fournisseurs s'inscrit dans un ensemble de faits qui, de par leur nature, sont indissolublement liés entre eux. Le concept d'investissement a été intégralement élaboré par le conseil d'entreprise engagé par la défenderesse et (partiellement) accepté par cette dernière. L'objectif était de permettre une meilleure présence sur le marché grâce à une restructuration et des investissements supplémentaires. À cet effet, il était prévu d'inviter de manière ciblée des fournisseurs disposant d'une solide capacité financière à effectuer un investissement pour contribuer au maintien de leur client. Dans ce contexte, il y a lieu de considérer que, dans le cadre de cette demande d'investissement, l'exigence susvisée relative à l'existence d'un « plan d'ensemble » est clairement remplie.

Si l'on analyse l'objet de la directive 2019/633 et celui de la FWBG, cette dernière relève du droit de la concurrence ou du droit des ententes.

Il ressort des considérants de la directive 2019/633 que celle-ci a vocation à protéger les fournisseurs, secteur par secteur, contre les clients bénéficiant d'une forte position sur le marché. À cet effet, cette directive définit une série de « comportements » qui sont apparemment frappés d'une interdiction relative ou absolue. À cet égard, il convient de relever que, dans le cas des entreprises jouissant d'une position dominante, ces comportements sont de toute façon déjà contraires au droit des ententes dans le cadre du contrôle des abus.

Les pratiques visées sont très proches du droit des ententes. La directive 2019/633 et le droit des ententes poursuivent globalement la même idée fondamentale de la « protection contre les déséquilibres du marché ».

En particulier, le libellé du considérant 9 de la directive 2019/633, à savoir « [les différences de] pouvoir de négociation [qui] correspondent à la dépendance économique du fournisseur vis-à-vis de l'acheteur », établit un lien direct avec la réglementation relative au contrôle des abus contenue à l'article 5 KartG 2005 (article 102 TFUE).

De même, dans ses grandes lignes, la description des « accords équitables et source d'efficacité » est comparable à l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3, TFUE (article 2 KartG 2005).

Enfin, l'on ne saurait ignorer la manière dont la directive 2019/633, mais aussi les articles 5 bis et suivants de la FWBG, sont structurés, cette structure, s'agissant de la « liste des interdictions », rappelant dans une large mesure les dispositions du même nom des règlements d'exemption par catégorie du droit des ententes, la « liste noire », ainsi que les pratiques autorisées sous certaines conditions, la « liste grise ».

En conclusion, il y a lieu de constater, en définitive, que le concept juridique de l'infraction unique et continue a été développé pour des faits complexes comme dans la présente affaire. L'économie des articles 5 bis et suivants de la FWBG est calquée sur celle du droit des ententes, notamment sur l'article 5 KartG 2005, dont le champ d'application ne s'écarte de celui de la directive 2019/633 et de la FWBG qu'en ce qui concerne l'exigence stricte de position dominante sur le marché. Pour conclure, il serait artificiel de scinder une infraction formant un tout cohérent, caractérisée par un plan d'ensemble, en diverses infractions simplement parce que les poursuites sont fondées sur les articles 5 bis et suivants de la FWBG et non sur l'article 5 KartG 2005. Au contraire, il convient également d'appliquer aux infractions à la FWBG la jurisprudence relative au concept de l'infraction unique et continue.

Le fait de ne pas appliquer le concept de l'infraction unique et continue ou celui de l'infraction répétée (« fortgesetztes Delikt ») serait également contraire au principe d'équivalence existant en droit de l'Union.

L'obligation de garantir l'effet utile du droit de l'Union, qui se fonde sur l'obligation de loyauté et de coopération incombant aux États membres en vertu de l'article 4, paragraphe 3, TUE, comprend aussi l'obligation de protéger de manière effective, lors de la mise en œuvre de ce droit, les situations juridiques subjectives résultant d'une règle de conduite objective. Il en découle des exigences concrètes en ce qui concerne l'aménagement du droit national applicable à défaut de dispositions correspondantes en droit de l'Union. Par exemple, les règles de fond et de procédure applicables à la sanction des infractions au droit de l'Union doivent être équivalentes aux règles sanctionnant les infractions au droit interne correspondantes (principe d'équivalence).

Il en est de même en ce qui concerne l'articulation entre les articles 5 bis et suivants de la FWBG, qui s'appuient sur le droit de l'Union (notamment la directive 2019/633), et les dispositions de droit national contenues aux articles 1^{er} et suivants de la KartG 2005. L'autonomie procédurale des États membres, mais aussi la liberté dont ils disposent dans l'aménagement de leur droit matériel (lors de la transposition de la directive 2019/633) s'arrête là où commence l'atteinte au principe d'équivalence. Dans ce contexte, il serait porté atteinte à ce principe si, en dépit de leur grande similitude avec la KartG 2005, la mise en œuvre des

articles [5] bis et suivants de la FWBG en droit interne devait suivre d'autres modalités d'application. Cela résulte aussi de la directive 2019/633 elle-même, aux termes de laquelle les autorités d'application doivent assurer le respect des droits de la défense garantis à l'acheteur (par le droit de l'Union) (considérant 35 et article 6, paragraphe 2, de cette directive). Il convient de ne pas restreindre ces droits en procédant à la scission sans fin d'une infraction (répétée), car cela serait contraire au principe d'équivalence.

I.4 Répartition des procédures entre toutes les chambres de la juridiction compétente en matière d'ententes

[OMISSIS] [droit procédural national]

II Les faits

II.1 Faits constants

La défenderesse a engagé une société de conseil pour l'aider à mettre en œuvre un « processus de transformation ».

Cette réorientation stratégique prévoyait une transformation dans toutes les branches de l'entreprise, notamment en matière de gestion des catégories, de logistique et de marketing, ainsi que le réaménagement des magasins (par exemple, il était prévu de procéder à une extension verticale des rayonnages, ce qui nécessite d'abaisser les sols).

Le 16 mai 2023, sur les conseils de la société de conseil, la défenderesse a organisé un salon des fournisseurs en ligne dans le cadre duquel elle a donné à ses fournisseurs un aperçu de la situation actuelle du marché et des problèmes afférents ainsi que des pertes qu'elle subissait alors. S'agissant des perspectives d'avenir, elle a expliqué le processus de transformation dans lequel elle se trouvait.

À cette occasion, la défenderesse a annoncé à ses fournisseurs qu'ils seraient sollicités pour apporter leur soutien financier à ce processus.

Le 17 mai 2023 a vu l'envoi de courriels de suivi accompagnés de factures pro forma de différents montants sous la forme de sommes forfaitaires. Ces courriels, qui avaient chacun pour destinataire un fournisseur différent, ont été envoyés simultanément.

À l'exception du montant de la facture pro forma et de la distinction selon que le fournisseur concerné avait ou non participé au salon, les courriels de suivi étaient les mêmes pour tous les fournisseurs.

a) Le courriel envoyé aux fournisseurs qui n'ont pas participé au salon des fournisseurs était libellé comme suit :

« [...]

Nous regrettons votre absence lors de la tenue en ligne de notre “salon des fournisseurs”, à l'occasion duquel nous avons informé nos partenaires commerciaux de la transformation stratégique qui touche aussi en grande partie la gestion des catégories.

[...]

Il s'agit avant tout de renforcer notre compétitivité et de faire prospérer nos affaires avec nos partenaires commerciaux. C'est la raison pour laquelle [la défenderesse] a entamé le processus de transformation susmentionné.

[...]

Pour pouvoir réaliser ce projet, nous avons besoin de votre aide. Concrètement, [la défenderesse] attend de vous, en tant que grand compte, que vous investissiez 10 000 euros [note : ce montant varie selon les courriels] dans notre avenir commun.

À cet effet, nous avons déjà établi une facture pro forma.

Nous prendrons bonne note du fait que vous êtes disposés à nous apporter votre soutien en tant que partenaire. Notez bien que votre investissement renforcera durablement notre partenariat et nous aidera à construire ensemble un avenir prospère. Il ne tient qu'à vous de faire de ce projet une réalité.

[...] »

b) Le courriel envoyé aux fournisseurs qui ont participé au salon des fournisseurs était libellé comme suit :

« [...]

Nous vous remercions vivement pour votre participation au “salon des fournisseurs” [de la défenderesse].

Nous espérons avoir su vous communiquer notre demande.

[La défenderesse] est un partenaire robuste et fiable qui s'est clairement fixé comme objectif d'augmenter sa compétitivité à travers un processus de transformation.

[...]

Pour pouvoir réaliser ce projet, nous avons besoin de votre aide. Concrètement, [la défenderesse] attend de vous, en tant que grand compte, que vous investissiez 15 000 euros [note : ce montant varie selon les courriels] dans notre avenir commun.

À cet effet, nous avons déjà établi une facture pro forma.

Nous prendrons bonne note du fait que vous êtes disposés à nous apporter votre soutien en tant que partenaire. Notez bien que votre investissement renforcera durablement notre partenariat et nous aidera à construire ensemble un avenir prospère. Il ne tient qu'à vous de faire de ce projet une réalité.

[...] »

II.2 Éléments non contestés exposés par la [défenderesse]

Les répercussions de la pandémie du coronavirus sur le tourisme et le déficit de clientèle en résultant dans le domaine de la vente au détail de produits alimentaires ont fortement impacté la défenderesse sur le plan économique, laquelle a dû faire face à des augmentations de coûts massives, surtout dans le domaine de l'énergie, ainsi qu'à une forte inflation et une augmentation de ses coûts de financement du fait de l'évolution des taux d'intérêt.

Avec l'aide d'une société de conseil, la défenderesse a planifié le processus de transformation ci-dessus exposé afin d'assurer la pérennité de son entreprise ainsi que sa compétitivité. Les factures pro forma avaient pour finalité et plan d'ensemble de financer les coûts liés à ce processus à l'aide d'une contribution pécuniaire de la part des fournisseurs.

III Les dispositions de droit pertinentes

III.1 La transposition de la directive 2019/633 en droit national autrichien

L'autorité de la concurrence fonde les seize demandes qu'elle a introduites à l'encontre de la défenderesse devant la juridiction compétente en matière d'ententes sur une infraction aux dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG.

La FWBG transpose la directive 2019/633 en droit interne [voir explications relatives au projet de loi (ErlRV 1167 d.B. XXVII. GP)].

[OMISSIS] [description détaillée du processus de transposition]

La FWBG est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

III.2 Le cadre juridique instauré par la FWBG

L'article 5 bis FWBG définit le champ d'application de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la vente de produits agricoles et alimentaires, sachant que, aux termes de la définition du champ d'application général figurant à l'article 5 bis, paragraphe 1, FWBG, la section 2 de la FWBG s'applique, tout au long de la chaîne de création de valeur interentreprise, aux pratiques commerciales déloyales qui interviennent dans le cadre de la vente de produits agricoles et alimentaires.

L'article 5 bis, paragraphe 2, points 1 à 5, FWBG reprend les seuils de chiffre d'affaires énoncés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a) à e), de la directive 2019/633, tandis qu'à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de cette directive correspond l'article 5 bis, paragraphe 3, FWBG.

L'article 5 bis FWBG dispose :

« 1. Les dispositions de la présente section ont pour objet de lutter contre les pratiques commerciales déloyales qui interviennent dans le cadre de la vente de produits agricoles et alimentaires. Elles transposent la [directive 2019/633]. Elles sont sans incidence sur la section 1 et sur la [KartG 2005].

2. Les dispositions de la présente section s'appliquent aux pratiques commerciales qui interviennent dans le cadre de la vente de produits agricoles et alimentaires par :

1) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 2 millions d'euros, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 2 millions d'euros ;

2) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 2 millions et 10 millions d'euros, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 10 millions d'euros ;

3) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 10 millions et 50 millions d'euros, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 50 millions d'euros ;

4) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 50 millions et 150 millions d'euros, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 150 millions d'euros ;

5) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 150 millions et 350 millions d'euros, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 350 millions d'euros ;

[...]

3. *La présente section s'applique aux ventes pour lesquelles soit le fournisseur, soit l'acheteur, ou les deux, sont établis dans l'Union.*

[...] »

L'article 5 bis, paragraphe 2, points 1 à 5, FWBG transpose l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a) à e), de la directive 2019/633 à l'identique.

L'article 5 quater, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'annexe I, point 4, FWBG, sur la violation duquel sont fondées les demandes de l'autorité de la concurrence tendant à l'imposition d'une amende, est libellé comme suit.

Article 5 quater, paragraphe 1, FWBG : « *Les pratiques commerciales visées à l'annexe I sont interdites. [...] »*

L'annexe I FWBG est intitulée « *Pratiques commerciales interdites en toutes circonstances* ».

Annexe I, point 4, FWBG : « *L'acheteur demande au fournisseur des paiements qui ne sont pas en lien avec la vente de produits agricoles et alimentaires du fournisseur.* »

La pratique interdite par les dispositions combinées de l'article 5 quater et de l'annexe I, point 4, FWBG correspond à la pratique visée à l'article 3, paragraphe 1, sous d), de la directive 2019/633. Cette interdiction légale a été transposée mot pour mot en droit interne.

L'article 5 ter, point 2, FWBG dispose :

« “[A]cheteur” : *toute personne physique ou morale qui n'est pas un consommateur, indépendamment du lieu d'établissement de cette personne, ou toute autorité publique dans l'Union, qui achète des produits agricoles et alimentaires ; le terme “acheteur” peut englober un groupe de personnes physiques et morales appartenant à cette catégorie.* »

L'article 5 ter, point 3, FWBG dispose :

« “[F]ournisseur” : *tout producteur agricole ou toute personne physique ou morale, indépendamment de son lieu d'établissement, qui vend des produits agricoles et alimentaires ; le terme “fournisseur” peut englober un groupe de producteurs agricoles ou de personnes physiques et morales appartenant à cette catégorie, tel que des organisations de producteurs, des organisations de fournisseurs et des associations de ces organisations.* »

Les définitions des termes « acheteur » et « fournisseur » figurant à l'article 5 ter, points 2 et 3, FWBG sont identiques à celles figurant dans la directive 2019/633 (article 2, point 2, de cette directive).

L'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, sous e), et paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2019/633 dispose :

« 1. Les États membres veillent à ce que chacune de leurs autorités d'application dispose des ressources et de l'expertise nécessaires pour s'acquitter de sa mission et lui confèrent les pouvoirs suivants :

[...]

e) le pouvoir d'infliger des amendes et d'autres sanctions aussi efficaces et de prendre des mesures provisoires visant l'auteur de l'infraction ou d'engager une procédure dans ce but, conformément aux règles et procédures nationales ;

[...]

Les sanctions visées au premier alinéa, point e), sont effectives, proportionnées et dissuasives, compte tenu de la nature, de la durée, de la récurrence et de la gravité de l'infraction. »

L'article 6, paragraphe 2, FWBG dispose :

« À la demande de l'autorité chargée de l'enquête aux fins de la section 2, la juridiction compétente en matière d'ententes peut infliger à un acheteur au sens de l'article 5 ter, point 2, qui viole les dispositions de l'article 5 quater une amende d'un montant maximal de 500 000 euros. Le calcul du montant de l'amende tient compte notamment de la gravité et de la durée de l'infraction, de l'enrichissement obtenu grâce à cette dernière, du degré de responsabilité et de la capacité économique. L'article 33 KartG 2005 s'applique mutatis mutandis. »

L'article 33 KartG 2005 dispose :

« Prescription

[OMISSIS] [non pertinent pour la présente affaire] »

IV Motifs du renvoi préjudiciel

IV.1 Introduction

Eu égard à l'objectif défini dans la directive 2019/633, à savoir compenser les fréquents déséquilibres entre le pouvoir de négociation des fournisseurs et celui des acheteurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, il est nécessaire d'évaluer la mise en œuvre de cette directive en droit interne à l'aune de ce principe directeur. Par conséquent, il convient dans un premier temps de mettre en lumière l'orientation générale de ladite directive (voir sous IV.2), puis, dans un deuxième temps, de déterminer la nature de la sanction, sous forme d'amende, prévue à l'article 6, paragraphe 2, FWBG (voir sous IV.3), avant,

enfin, d'examiner les considérations de la doctrine autrichienne spécialisée en droit de la concurrence à propos des infractions multiples (voir sous IV.4) et d'étudier ce système à la lumière de la même directive (voir sous IV.5).

IV.2 Les considérants de la directive 2019/633 en tant que point de départ de la réflexion

La directive 2019/633 a pour objectif d'instaurer au niveau de l'Union une norme minimale de protection contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (voir considérant 1 de cette directive).

La protection prévue par la directive 2019/633 devrait bénéficier aux producteurs agricoles et aux personnes physiques ou morales qui fournissent des produits agricoles et alimentaires en fonction de leur pouvoir de négociation relatif. Ces producteurs et personnes sont particulièrement vulnérables aux pratiques commerciales déloyales et moins à même d'y faire face sans que leur viabilité économique en pâtisse (considérant 10 de cette directive).

Au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, les déséquilibres significatifs entre le pouvoir de négociation des fournisseurs de produits agricoles et alimentaires et celui des acheteurs sont fréquents. Ces déséquilibres entre les pouvoirs de négociation sont susceptibles de conduire à des pratiques commerciales déloyales lorsque des partenaires commerciaux de plus grande taille et plus puissants essaient d'imposer certaines pratiques ou dispositions contractuelles qui leur sont favorables dans le cadre d'opérations de vente (voir considérant 1 de la directive 2019/633).

Les pratiques commerciales déloyales sont, quant à elles, susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur le niveau de vie de la population agricole. Ces conséquences peuvent être soit directes, dans la mesure où elles touchent les producteurs agricoles et leurs organisations en tant que fournisseurs, soit indirectes du fait d'un effet domino des conséquences des pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire qui affectent les producteurs primaires de cette chaîne (voir considérant 7 de la directive 2019/633).

Il convient que la directive 2019/633 s'applique au comportement commercial des opérateurs de plus grande taille à l'encontre des opérateurs qui ont un pouvoir de négociation moins important. Le chiffre d'affaires annuel des différents opérateurs constitue une estimation adéquate de leur pouvoir de négociation relatif (voir considérant [14] de cette directive).

Même s'il ne s'agit que d'une estimation, ce critère assure une prévisibilité aux opérateurs quant à leurs droits et obligations au titre de la directive 2019/633. Une limite supérieure devrait permettre d'éviter qu'une protection soit accordée aux

opérateurs qui ne sont pas vulnérables ou beaucoup moins vulnérables que leurs partenaires ou concurrents de plus petite taille (considérant 14 cette directive).

Une approche dynamique, qui est fondée sur la taille relative du fournisseur et de l'acheteur en termes de chiffre d'affaires annuel, devrait garantir aux opérateurs qui en ont le plus besoin une meilleure protection à l'égard des pratiques commerciales déloyales (considérant 9 de la directive 2019/633).

La disparité entre la capacité économique du fournisseur et celle du client (acheteur) se traduit à l'article 1^{er} de la directive 2019/633 par des seuils et des plafonds du chiffre d'affaires, lesquels ont été transposés en droit autrichien par l'article 5 bis, paragraphe 2, points 1 à 5, FWBG. Conformément à la directive 2019/633, l'article 5 bis, paragraphe 2, points 1 à 5, FWBG fixe des montants maximaux et minimaux du chiffre d'affaires dont dépend l'application des articles 5 bis et suivants de la FWBG [voir explications relatives au projet de loi (ErlRV 1167 d.B. XXVII. GP)].

Les considérants de la directive 2019/633 ne sont pas reproduits dans la FWBG. Néanmoins, ils sont repris, en substance, dans les travaux préparatoires, à savoir dans les explications relatives au projet de loi (ErlRV 1167 d.B. XXVII. GP, 1) :

« Au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, les déséquilibres significatifs entre le pouvoir de négociation des fournisseurs de produits agricoles et alimentaires et celui des acheteurs de ces produits sont fréquents. La directive vise à renforcer la position des fournisseurs, qui sont souvent de petites et moyennes entreprises (sont concernés tant les producteurs agricoles que les producteurs industriels et commerciaux), dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Dans les relations verticales, le cocontractant peut être amené à accepter des clauses contractuelles en raison de rapports de force inégaux. Les entreprises plus puissantes sur le marché (y compris au regard du pouvoir de marché relatif) peuvent être en mesure de fixer des conditions qui sont souvent préjudiciables pour leurs partenaires commerciaux plus faibles. L'acceptation de conditions qui font obstacle à une concurrence fondée sur les performances comporte de nombreux risques. Elle pourrait conduire à ce que des produits ou des catégories de produits ne soient plus proposés sur le marché. En définitive, elle pourrait pousser des petites et moyennes entreprises à quitter le marché et entraîner une plus forte concentration de celui-ci, laquelle pourrait s'avérer préjudiciable à la concurrence à long terme. »

IV.3 La nature pénale de l’amende prévue à l’article 6, paragraphe 2, FWBG

IV.3.a Contenu de la norme

L’article 6, paragraphe 2, FWBG, qui transpose l’article 6 de la directive 2019/633, prévoit l’imposition d’une amende à titre de sanction en cas d’infraction à l’interdiction des pratiques commerciales déloyales.

Pour faciliter la compréhension, l’article 6, paragraphe 2, FWBG est de nouveau reproduit ci-après.

L’article 6, paragraphe 2, FWBG dispose :

« À la demande de l’autorité chargée de l’enquête aux fins de la section 2, la juridiction compétente en matière d’ententes peut infliger à un acheteur au sens de l’article 5 ter, point 2, qui viole les dispositions de l’article 5 quater une amende d’un montant maximal de 500 000 euros. Le calcul du montant de l’amende tient compte notamment de la gravité et de la durée de l’infraction, de l’enrichissement obtenu grâce à cette dernière, du degré de responsabilité et de la capacité économique. L’article 33 KartG 2005 s’applique mutatis mutandis. »

Aux yeux de la juridiction de renvoi, cette sanction légale présente une nature pénale, et ce, eu égard aux considérations suivantes.

IV.3.b L’amende prévue par la KartG 2005

De par son objet et ses effets, l’amende prévue par la KartG 2005 est une sanction de nature quasi-pénale [voir jurisprudence de l’Oberster Gerichtshof (Cour suprême) citée dans RIS-Justiz RS0120560]. Les amendes prévues à l’article 29 KartG 2005 ont pour objet de sanctionner les actes illicites (caractère répressif) et, que le comportement illicite ou ses effets perdurent ou non, de prévenir la commission d’autres infractions (caractère préventif). Les amendes infligées en vertu du droit des ententes sont des moyens de contrainte étatique et relèvent à ce titre du droit pénal au sens large (Koprivnikar, A., et Mertel, M., dans Egger, A., et Harsdorf-Borsch, N., Kartellrecht [Le Droit des ententes], § 29 KartG 2005 [article 29 KartG 2005]).

L’amende prévue à l’article 29 KartG 2005 remplit également les critères dégagés par la Cour dans l’arrêt du 22 mars 2022, Nordzucker e.a. (C-151/20, EU:C:2022:203), pour qualifier de pénale une sanction.

Dans cet arrêt, la Cour a dit :

« 29 L’article 50 de la Charte dispose que “[n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d’une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l’Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi”.

Ainsi, le principe ne bis in idem interdit un cumul tant de poursuites que de sanctions présentant une nature pénale au sens de cet article pour les mêmes faits et contre une même personne (arrêt du 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, point 25 et jurisprudence citée).

30 En ce qui concerne l'appréciation de la nature pénale des poursuites et des sanctions en cause, qu'il revient à la juridiction de renvoi d'effectuer, il y a lieu de rappeler que trois critères sont pertinents. Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le deuxième la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé (voir, en ce sens, arrêts du 5 juin 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, point 37, ainsi que du 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, points 26 et 27).

31 Il convient de souligner, à cet égard, que l'application de l'article 50 de la Charte ne se limite pas aux seules poursuites et sanctions qui sont qualifiées de "pénales" par le droit national, mais s'étend – indépendamment d'une telle qualification en droit interne – à des poursuites et à des sanctions qui doivent être considérées comme présentant une nature pénale sur le fondement des deux autres critères visés au point précédent (voir, en ce sens, arrêt du 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, point 30). »

IV.3.c L'amende prévue à l'article 6, paragraphe 2, FWBG

L'article 6, paragraphe 2, FWBG remplit lui aussi les critères retenus aux fins de la qualification de l'amende prévue par la KartG 2005 en tant que sanction présentant une nature pénale.

L'amende encourue au titre de l'article 6, paragraphe 2, FWBG est la transposition en droit interne de la sanction prévue à l'article 6, paragraphe 1, sous e), de la directive 2019/633. Conformément à l'article 6, paragraphe 2, FWBG, le calcul du montant de l'amende tient compte de la gravité et de la durée de l'infraction, de l'enrichissement obtenu grâce à celle-ci, du degré de responsabilité et de la capacité économique. Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2019/633, cette sanction doit être effective, proportionnée et dissuasive, compte tenu de la nature, de la durée, de la récurrence et de la gravité de l'infraction. Ainsi, l'article 6, paragraphe 1, de cette directive indique, à titre de critère pertinent pour déterminer le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé (arrêt du 22 mars 2022, Nordzucker e.a., C-151/20, EU:C:2022:203), que celle-ci doit sanctionner **de manière effective** les actes illicites (caractère répressif) et, dans une finalité **dissuasive**, prévenir la commission d'autres infractions (caractère préventif). La sanction devant impérativement avoir un effet tant répressif que préventif, comme l'exige clairement l'article 6, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2019/633, ce qui est une caractéristique typique d'une peine [ordonnance de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 27 février 2006, 16 Ok 52/05], l'amende d'un montant

maximal de 500 000 euros prévue à l'article 6, paragraphe 2, FWBG, qui est issue de la transposition de cette directive en Autriche, est une sanction présentant une nature pénale.

La sanction légale autrichienne devant être juridiquement qualifiée de sanction présentant une nature pénale, il convient de déterminer la forme sous laquelle il y a lieu de sanctionner un comportement ayant entraîné de multiples infractions aux dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG [article 3, paragraphe 1, sous d), de la directive 2019/633], comme le fait valoir l'autorité de la concurrence dans le cadre de la procédure en cause.

IV.4 Concepts de droit pénal autrichien en cas d'infractions multiples – la doctrine spécialisée en droit de la concurrence

IV.4.a Contrairement à la Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch) [loi fédérale autrichienne du 23 janvier 1974 sur les actes encourant une peine judiciaire (code pénal), BGBl. 60/1974, ci-après le « StGB »] et à la Verwaltungsstrafgesetz 1991 (loi autrichienne de 1991 sur les sanctions administratives, BGBl. 52/1991, ci-après la « VStG »), la FWBG ne précise pas la forme que doit prendre la sanction en cas de pluralité d'infractions.

La KartG 2005 ne contient, elle non plus, aucune règle à ce sujet (voir Koprivnikar, A., et Mertel, M., dans Egger, A., et Harsdorf-Borsch, N., Kartellrecht [Le Droit des ententes], § 29 [KartG 2005] [article 29 KartG 2005]).

En ce qui concerne les infractions récurrentes et continues au droit de la concurrence, une jurisprudence constante et une doctrine dominante ont développé, dans les conditions détaillées sous IV.4.b ci-dessous, le concept juridique de l'infraction unique et continue, selon lequel les infractions multiples sont dogmatiquement traitées comme une infraction unique dans le cadre d'un concours idéal d'infractions.

Dans l'affaire au principal se pose la question de savoir si le concept juridique de l'infraction unique et continue est applicable en cas d'infractions multiples à la FWBG. À cette fin, il convient d'analyser plus avant ce concept.

IV.4.b L'infraction unique et continue

L'article 25, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [devenus articles 101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), fait référence à la notion d'« infraction répétée ».

Selon une jurisprudence constante de la Cour, une infraction unique et continue est caractérisée par l'existence d'un « plan d'ensemble » dans lequel s'inscrivent

différents actes, en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence dans le marché intérieur, et ce, indépendamment du fait qu'un ou plusieurs de ces actes pourraient également constituer, en eux-mêmes et pris isolément, une violation de l'article 101 TFUE (arrêts du 22 octobre 2020, *Silver Plastics et Johannes Reifenhäuser/Commission*, C-702/19 P, EU:C:2020:857, et du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch Belgium/Commission*, C-642/13 P, EU:C:2017:58).

Ainsi, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un « plan d'ensemble », en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence dans le marché intérieur, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble (arrêt du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch Belgium/Commission*, C-642/13 P, EU:C:2017:58 ; voir, en ce sens, arrêt du 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P et C-294/13 P, EU:C:2015:416, point 156 ainsi que jurisprudence citée).

Dans le cas où ces conditions seraient réunies, il serait artificiel de subdiviser ce comportement continu, caractérisé par une seule finalité, pour en faire plusieurs infractions distinctes (voir arrêts du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch Belgium/Commission*, C-642/13 P, EU:C:2017:58 ; du 22 octobre 2020, *Silver Plastics et Johannes Reifenhäuser/Commission*, C-702/19 P, EU:C:2020:857, et du 16 juin 2022, *Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Commission*, C-700/19 P, EU:C:2022:484).

En Autriche, la KartG 2005, contrairement à l'article 25 du règlement 1/2003, n'opère pas de distinction entre les infractions répétées et les autres types d'infraction (voir Schwarz, L., dans Egger, A., et Harsdorf-Borsch, N., *Kartellrecht [Le Droit des ententes]*, § 33 KartG 2005 [article 33 KartG 2005]).

Depuis l'ordonnance de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 8 octobre 2015 (16 Ok 2/15b), le concept juridique de l'infraction unique et continue est également reconnu en Autriche par les plus hautes juridictions pour les infractions à l'article 101 TFUE.

L'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) a dit pour droit qu'une multitude de comportements illicites successifs constitue une infraction répétée et une unité juridique lorsque ces comportements sont liés entre eux par une identité d'objet (même finalité de l'ensemble des éléments). Les différents actes composant ce comportement doivent avoir été commis d'une manière similaire, être étroitement liés en raison de rapports de connexité dans le temps et procéder d'une intention générale [ordonnance de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 8 octobre 2015, 16 Ok 2/15b].

De manière générale, une telle infraction globale se caractérise par un comportement anticoncurrentiel continu des participants à l'entente poursuivant

une seule finalité économique [ordonnance de l’Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 11 mai 2023, 16 Ok 3/23m].

L’Oberster Gerichtshof (Cour suprême) souligne que, aux fins de qualifier différents agissements d’infraction répétée, il y a lieu de vérifier s’ils présentent un lien de complémentarité, en ce sens que chacun d’entre eux est destiné à faire face à une ou à plusieurs conséquences du jeu normal de la concurrence, et contribuent, par le biais d’une interaction, à la réalisation de l’ensemble des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d’un plan d’ensemble visant une seule finalité. Il n’est pas nécessaire que ce plan d’ensemble ait existé depuis le début, celui-ci pouvant être élaboré au fil du temps [ordonnance de l’Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 8 octobre 2015, 16 Ok 2/15b].

Ainsi, selon les jurisprudences concordantes des juridictions de l’Union et de l’Oberster Gerichtshof (Cour suprême), le concept juridique de l’infraction unique et continue en droit de la concurrence suppose que les participants aient un plan d’ensemble visant à fausser la concurrence par leurs actions.

Il ne semble pas conforme à ce système d’appliquer le concept juridique de l’infraction unique et continue développé en droit de la concurrence à la sanction d’infractions multiples à la FWBG.

Si l’on considère que, de manière générale, la directive 2019/633 et, partant, la FWBG ont avant tout pour objectif de compenser les disparités entre le pouvoir de négociation des fournisseurs et celui des acheteurs dans la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire, et qu’ils se fondent à cette fin sur le pouvoir de négociation relatif (considérant 14 de la directive 2019/633), il apparaît clairement que, en cas d’infractions multiples à l’interdiction des pratiques commerciales déloyales, de tels actes ne peuvent pas être qualifiés d’infraction unique et continue du fait de l’absence d’un plan d’ensemble visant à fausser la concurrence, c’est-à-dire d’une stratégie d’entrave à grande échelle. Dans le cadre de la FWBG, l’appréciation est toujours centrée sur la relation individuelle entre l’acheteur et le fournisseur et sur la disparité au niveau de leur pouvoir de négociation relatif.

La doctrine autrichienne ne voit pas, elle non plus, comment on pourrait justifier l’application, dans le cadre des pratiques commerciales déloyales, du concept juridique de l’infraction unique et continue développé en droit de la concurrence (Seper, G., dans Egger, A., et Harsdorf-Borsch, N., Kartellrecht [Le Droit des ententes], § 6 FWBG [article 6 FWBG], point 6).

Par conséquent, la réponse à la question de savoir comment traiter une infraction multiple aux interdictions énoncées dans la directive 2019/633 est à chercher dans le droit pénal (administratif) autrichien.

Comme expliqué ci-après, la juridiction de renvoi se demande si l’approche proposée par la dogmatique autrichienne à titre de solution est compatible avec les exigences de la directive 2019/633.

IV.4.c Le principe de l'absorption et le principe du cumul

En droit pénal et en droit pénal administratif autrichiens, le traitement des infractions multiples commises par une même personne est régi respectivement par l'article 28 StGB et par l'article 22 VStG.

L'article 28, paragraphe 1, StGB prévoit le « principe de l'absorption » pour les peines de même nature.

L'article 28, paragraphe 1, StGB dispose : *« Lorsqu'une personne commet plusieurs infractions pénales de même nature ou de natures différentes résultant d'un fait unique ou de faits indépendants les uns des autres et qu'elle est poursuivie en même temps pour ces infractions, il y a lieu de la condamner à une seule peine d'emprisonnement ou à une seule amende lorsque les lois pertinentes ne prévoient que des peines d'emprisonnement ou que des amendes. Cette peine doit être fixée conformément à la loi qui prévoit la peine la plus sévère. Néanmoins, sauf circonstances atténuantes exceptionnelles, la peine infligée ne peut être inférieure à la plus sévère des peines minimales prévues par les lois pertinentes. »*

Le droit pénal administratif autrichien, quant à lui, selon la règle de base énoncée à l'article 22, paragraphe 2, VStG, applique le principe du cumul en cas de concours d'infractions administratives : *« Lorsqu'une personne commet plusieurs infractions administratives résultant de faits indépendants les uns des autres ou lorsque les faits sont passibles de plusieurs peines non exclusives mutuellement, les peines sont infligées en parallèle. Il en est de même en cas de concours d'infractions administratives avec d'autres infractions passibles de sanctions infligées par une autorité administrative. »*

Le principe du cumul s'applique dans tous les cas où il existe un concours idéal ou réel d'infractions. Ainsi, lorsque l'auteur réitère plusieurs actes indépendants et que, partant, il existe un concours réel d'infractions de même nature, chaque infraction administrative doit donner lieu à l'imposition d'une peine, de sorte que, en définitive, plusieurs peines sont infligées en parallèle (Lewisch, P., dans Lewisch, P., Fister, M., et Weilguni, J., VStG, 3^e édition, § 22 [article 22], point 9).

Cependant, en cas de cumul des peines, il convient de tenir compte des restrictions prévues par le droit de l'Union et notamment du principe de proportionnalité (arrêts du 12 septembre 2019, Maksimovic e.a., C-64/18, C-140/18, C-146/18 et C-148/18, EU:C:2019:723, et du 9 novembre 2023, Altice Group Lux/Commission, C-746/21 P, EU:C:2023:836).

La FWBG ne précise pas le principe auquel est soumis l'imposition de la peine en cas de concours d'infractions.

Si l'on considère que l'application du principe du cumul ne nécessite pas d'autre règle que celle qui prévoit l'imposition de la sanction en tant que telle, tandis que

le principe de l'absorption (principe de la confusion des peines) doit s'accompagner de règles déterminant la peine absorbée et la peine absorbante, il convient de partir du principe que, en cas d'infractions multiples à la FWBG, les sanctions (amendes) sont à infliger en parallèle, conformément au principe du cumul.

Toutefois, selon la dogmatique autrichienne en droit pénal (administratif), ni le principe de l'absorption ni celui du cumul ne s'appliqueraient dans le cadre du litige au principal, étant donné qu'il y aurait lieu de qualifier d'unité d'action constitutive d'une infraction (« tatbestandliche Handlungseinheit », ci-après « unité d'action juridique ») (infraction répétée) le comportement que l'autorité de la concurrence reproche à la défenderesse.

IV.4.d Unité d'action juridique – infraction unique

L'arrêt de la chambre élargie de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 11 avril 2007 (13 Os 1/07g) a entraîné un changement de paradigme dans le cas de l'unité d'action, délaissant le concept juridique de l'infraction répétée au profit de celui de l'unité d'action juridique.

À cet égard, l'exposé des motifs de l'arrêt de la chambre élargie de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 11 avril 2007 (13 Os 1/07g) est libellé comme suit :

« En ce qui concerne la jurisprudence antérieure selon laquelle, par la notion d'“infraction répétée”, on regroupait (selon d'autres conditions parfois exigées, mais appliquées de manière non uniforme) sous une unité d'action juridique, inconnue de la loi, une pluralité d'actes constitutifs de la même infraction (qu'elle ait fait seulement l'objet d'une tentative ou qu'elle ait été consommée) et procédant d'une “intention générale”, ce qui avait pour conséquence que des infractions pénales de même nature, en soi indépendantes les unes des autres, ne donnaient lieu en définitive qu'à une infraction unique, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) est déjà revenu, en substance, sur ce concept juridique en affirmant sa divisibilité procédurale dans son arrêt de principe du 20 novembre 1985 (10 Os 211/84). [...] La reconnaissance d'un lien de continuité selon le seul critère de l'unité d'action juridique implique le rejet délibéré d'une vision absolue de l'infraction répétée et l'adoption d'une conception spécifique à chaque infraction. En effet, la différence entre le concept juridique de l'infraction répétée et celui de l'unité d'action juridique réside dans le fait que le premier découle du droit pénal matériel général tandis que le second regroupe des actes de même nature selon les éléments constitutifs de différentes infractions. Par conséquent, les critères d'un tel regroupement peuvent être très différents en fonction de l'infraction spécifique sans qu'il n'en résulte des contradictions à l'échelle du système pénal dans son entier. D'après Jescheck, H.-H., et Weigend, T., [Lehrbuch des Strafrechts [Manuel de droit pénal], 5^e édition, points 711 et suivants], on parle d'unité d'action juridique lors de la simple réalisation des

éléments constitutifs d'une infraction, c'est-à-dire lors de la réalisation des conditions minimales des éléments constitutifs prévus par la loi, notamment pour les infractions complexes et les infractions continues (unité d'action juridique au sens strict), mais aussi lorsque seule est pertinente l'intensité de la commission d'une infraction unique [arrêt de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 20 novembre 1985, 10 Os 211/84], donc lors de la réalisation réitérée des éléments constitutifs de la même infraction dans un bref intervalle de temps, c'est-à-dire lors d'une augmentation purement quantitative (acte illicite unique) procédant d'un mobile unique (intention criminelle unique), y compris en cas d'atteinte portée aux intérêts légalement protégés de divers sujets de droit présentant un caractère éminemment personnel, de même que lorsque la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction est en cours, c'est-à-dire que l'on se rapproche peu à peu de la consommation de l'infraction à travers plusieurs actes individuels commis dans une seule et même situation et procédant d'un même mobile, par exemple, lors du passage de la tentative à la consommation de l'infraction ou lors de la commission d'un vol avec effraction en deux étapes (unité d'action juridique au sens large). »

Depuis, l'unité d'action juridique au sens large est le concept juridique qui, selon une jurisprudence constante (RIS-Justiz RS0122006), s'applique lorsque sont réunies les conditions suivantes :

- réalisation réitérée des éléments constitutifs de la même infraction, c'est-à-dire une augmentation quantitative (acte illicite unique)
- dans un bref intervalle de temps
- procédant d'un mobile unique (intention criminelle unique).

Lorsque ces conditions sont réunies, le concept juridique de l'unité d'action juridique s'applique, même en cas d'atteinte portée aux intérêts légalement protégés de divers sujets de droit (Ratz, E., dans Höpfel, F., et Ratz, E., Wiener Kommentar zum StGB [Commentaire du code pénal autrichien], Vorbemerkungen zu §§ 28 à 31 [remarques préliminaires concernant les articles 28 à 31], point 89).

Le regroupement de comportements sous une unité d'action juridique a pour conséquence que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont réalisés qu'une seule fois (RIS-Justiz RS0120233 et RS0122006). En effet, tant du point de vue substantiel que du point de vue procédural, cette unité d'action juridique est constitutive d'une infraction unique [arrêt de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) du 30 juin 2011, 11 Os 51/11a]

Le droit pénal administratif applique toujours le concept juridique de l'infraction répétée dans le cas des infractions intentionnelles. Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche) définit la notion d'« infraction répétée » comme « une suite d'actes individuels illégaux qui, du fait de la manière similaire dont ils ont été commis et des éléments contextuels extérieurs, présentant un rapport de

connexité dans le temps encore identifiable », circonscrits par une « résolution unique prise au préalable » (l'« intention générale »), « forment une unité », sachant que cette résolution doit porter sur la réalisation successive d'une finalité globale définie dans ses grandes lignes. Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a récemment caractérisé la notion de « résolution unique » en tant que « mobile visant la commission réitérée d'infractions de même nature » (Lewisch, P., dans Lewisch, P., Fister, M., et Weilguni, J., VStG, 3^e édition, § 22 [article 22], point 20). L'infraction répétée a pour fonction de réduire la réalisation réitérée des éléments constitutifs d'une infraction (« infractions répétées ») à une seule « infraction répétée ». Ainsi, en cas d'infraction répétée, il s'agit en définitive, sur le plan juridique, d'un acte unique appelant donc également l'imposition d'une seule peine ; le cumul des peines pour chacun des actes individuels commis dans le cadre de l'infraction répétée est exclu (Lewisch, P., dans Lewisch, P., Fister, M., et Weilguni, J., VStG, 3^e édition, § 22 [article 22], point 24).

IV.5. Conclusions

Pour les affaires dont est saisie la juridiction de renvoi, cela signifie que les faits reprochés à la défenderesse par l'autorité de la concurrence, à savoir l'envoi simultané à seize fournisseurs différents de seize courriels accompagnés de factures pro forma, dont le contenu est reproduit ci-dessus, en violation des dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG, devraient être qualifiés d'unité d'action juridique selon la dogmatique autrichienne en droit pénal.

Les faits reprochés par l'autorité de la concurrence portent sur la réalisation réitérée, d'une manière similaire, des éléments constitutifs de la même infraction, à savoir ceux des dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG (acte illicite unique), présentant un rapport de connexité direct dans le temps, voire commis simultanément, procédant d'un mobile unique, c'est-à-dire d'une intention générale visant à mettre en œuvre le processus de transformation dans un cadre comportant les mêmes éléments contextuels, à savoir, notamment, la mise en œuvre de la proposition du conseil d'entreprise (intention criminelle unique). Par conséquent, ces actes doivent être regroupés sous une unité d'action juridique conformément à la jurisprudence nationale constante (RIS Justiz RS0122006), de sorte que les multiples infractions à la FWBG que l'autorité de la concurrence reproche à la défenderesse doivent être considérées comme une infraction unique à cette loi.

En conséquence, même si les faits portent sur des relations avec seize fournisseurs, il conviendrait d'infliger, parce qu'il s'agit d'une infraction unique (pour autant que les faits reprochés par l'autorité de la concurrence soient avérés après administration de la preuve), une seule fois une amende d'un montant maximal de 500 000 euros.

Cependant, la juridiction de renvoi estime que ce résultat s'oppose à l'objectif poursuivi par la directive 2019/633, à savoir compenser les déséquilibres entre le pouvoir de négociation des fournisseurs et celui des acheteurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, ceux-ci ne pouvant être compensés qu'au niveau de la relation avec chaque fournisseur. Le fait que, dans le cadre de cette directive, la relation individuelle avec le fournisseur et les disparités au niveau du pouvoir de négociation relatif sont toujours placées au centre de l'appréciation résulte également de l'article 1^{er} de ladite directive, lequel détermine, entre le fournisseur et le client, un certain rapport fondé sur leurs chiffres d'affaire respectifs et, si ce rapport est avéré, considère par principe que le pouvoir de négociation [du fournisseur] est menacé (voir aussi considérant 7 de cette directive). Cet objectif laisse entendre qu'il convient de procéder à une appréciation distincte au niveau de l'acheteur et du fournisseur, sur la base de leurs chiffres d'affaires annuels respectifs, pour chaque infraction à la FWBG. De cette manière, la relation avec chaque fournisseur individuel est mise en avant.

Si l'on regroupe sous une unité d'action juridique l'ensemble des infractions à la FWBG commises par un acheteur à l'encontre d'une pluralité de fournisseurs, cette appréciation ne sera plus centrée sur le pouvoir de négociation relatif alors que ce sont précisément les fréquents déséquilibres à cet égard qui ont donné lieu à l'adoption de la directive 2019/633. En outre, en qualifiant d'unité d'action juridique le comportement de l'acheteur à l'encontre d'une pluralité de fournisseurs, on ne satisfait pas, dans le meilleur des cas, à l'exigence relative au caractère effectif, proportionné et dissuasif de l'amende, mettant ainsi à mal l'effet utile de cette directive. Au contraire, la juridiction de renvoi estime que l'imposition cumulative d'amendes en fonction du nombre de fournisseurs dont la relation est affectée par la ou les infractions permettrait de tenir effectivement compte du pouvoir de négociation relatif.

La dogmatique autrichienne en droit pénal et l'état du droit national ne permettant pas de procéder à un tel cumul d'amendes, la Cour est saisie de la présente demande de décision préjudicielle tendant à l'interprétation de la directive 2019/633 ainsi qu'à l'examen de la conformité du droit autrichien avec cette directive, conformément aux questions posées.

IV.[6] Résumé des motifs du renvoi préjudiciel

Sur la première question préjudicielle

Selon la dogmatique autrichienne en droit pénal, il y aurait lieu de qualifier d'unité d'action juridique, constitutive d'une infraction unique aux dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe 1, point 4, FWBG, le comportement que l'autorité de la concurrence reproche à la défenderesse, à savoir l'envoi simultané à seize fournisseurs, procédant du même mobile (mise en œuvre du processus de transformation) et dans une seule et même situation, de

plusieurs demandes de paiement (factures pro forma) qui ne sont pas en lien avec la vente de produits agricoles et alimentaires.

Il n'est pas certain que le fait de qualifier d'unité d'action juridique le comportement reproché par l'autorité de la concurrence, qui donnerait lieu à l'imposition d'une amende (unique), permette d'atteindre de manière équivalente et effective l'objectif défini dans la directive 2019/633, à savoir compenser les déséquilibres entre le pouvoir de négociation des fournisseurs et celui des acheteurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. La première question préjudicielle et les deux sous-questions [sous a) et sous b)] visent à déterminer si la qualification d'infraction unique conformément à la dogmatique nationale est compatible avec la directive 2019/633.

Sur la seconde question préjudicielle

Étant donné que la FWBG n'inclut aucune disposition régissant l'imposition de sanctions en cas de cumul d'infractions, dans le cas où il y aurait lieu de qualifier d'infractions distinctes et non de concours idéal d'infractions les multiples infractions aux dispositions combinées de l'article 5 quater, paragraphe 1, et de l'annexe I, point 4, FWBG reprochés par l'autorité de la concurrence, il conviendrait d'infliger cumulativement une amende pour chacune de ces infractions. La question de savoir si l'application du principe du cumul est conforme à la directive 2019/633 dans le présent cas de figure forme l'objet de la seconde question préjudicielle.

En effet, dans le cas où il s'avérerait que la qualification du comportement de la défenderesse à l'égard de seize fournisseurs, que lui reproche l'autorité de la concurrence, en tant qu'unité d'action juridique, conformément à la dogmatique autrichienne, n'est pas conforme à la directive 2019/633 et que, partant, il convient de répondre par l'affirmative à la première question préjudicielle, il est nécessaire, aux fins de la solution du litige au principal, de préciser si l'application du principe du cumul et donc l'imposition en parallèle de plusieurs amendes au titre de l'article 6, paragraphe 2, FWBG est conforme à cette directive.

Tel est l'objet de la seconde question préjudicielle.

Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne)

siégeant en tant que juridiction compétente en matière d'ententes

1011 Vienne, [OMISSIS]

[OMISSIS] le 26 avril 2024

[OMISSIS]