

n°8 Octobre 2023

LA DÉCISION DU MOIS

Reviement de jurisprudence : la méconnaissance des règles de spécialisation des juridictions sera désormais sanctionnée non plus par une fin de non-recevoir, mais par une exception d'incompétence.

Assignée en paiement devant le Tribunal de commerce de Saint-Etienne, une entreprise avait invoqué, à titre reconventionnel, les règles de l'actuel article L. 442-1 du Code de commerce. Reconnaisant son incompetence pour en connaître, le juge stéphanois avait renvoyé les parties devant le Tribunal de commerce de Lyon. La demanderesse a alors interjeté appel devant la Cour d'appel de Lyon, qui a infirmé le jugement en reprochant aux juges du fond d'avoir renvoyé l'affaire devant les juges lyonnais. L'intimé a alors formé un pourvoi en cassation.

La Haute juridiction commence par rappeler qu'elle juge depuis 2013 que, la Cour d'appel de Paris étant seule investie du pouvoir de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'actuel article L. 442-1, la méconnaissance de ce pouvoir juridictionnel exclusif est sanctionnée par une fin de non-recevoir (Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089), qui doit être relevée d'office (Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10.016). Cette règle a été appliquée à toutes les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'article L. 442-1, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées.

Puis, elle a estimé que seuls les recours formés contre les jugements rendus par les tribunaux spécialisés devaient être portés devant la Cour d'appel de Paris. Les autres cours d'appel devaient connaître de tous les recours formés contre les déci-

sions rendues par les juridictions non spécialisées de leur ressort, même si elles avaient, à tort, apprécié l'applicabilité de l'article L. 442-1, auquel cas elles devaient relever, d'office, l'excès de pouvoir commis par ces juridictions (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-15.337). Si les demandes fondées sur l'article L. 442-1 devaient être déclarées irrecevables lorsqu'elles étaient présentées devant une juridiction non spécialisée, celle-ci pouvait néanmoins valablement statuer sur celles reposant sur le droit commun (Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086).

Un revirement de jurisprudence qui soulève de nombreuses interrogations.

Le bilan que la Haute juridiction tire aujourd'hui de cette jurisprudence est qu'il s'agit d'une construction « complexe », qui ne répond pas aux objectifs de bonne administration de la justice. Elle l'estime par ailleurs peu en phase avec la terminologie des actuels articles D. 442-2 et D. 442-3, qui se réfèrent à la « compétence » de ces juridictions et non à leur « pouvoir juridictionnel », et en contradiction avec l'article 33 du Code de procédure civile en vertu duquel la désignation d'une juridiction en raison de la matière relève de la compétence d'attribution. Enfin, elle la considère source de solutions confuses et génératrice d'insécurité juridique.

Ce constat la conduit à modifier sa jurisprudence pour juger désormais que les textes relatifs à la spécialisation des juridictions en matière de

pratiques restrictives instituent une règle de compétence d'attribution exclusive et non une fin de non-recevoir. Par conséquent, lorsqu'un défendeur à une action fondée sur le droit commun présente une demande reconventionnelle en invoquant les dispositions de l'article L. 442-1, deux options s'offrent désormais à la juridiction saisie, si elle n'est pas une juridiction spécialisée et si son incompetence est soulevée, selon les circonstances et l'interdépendance des demandes : soit se déclarer incompétente au profit de la juridiction spécialisée et surseoir à statuer dans l'attente que celle-ci ait statué sur la demande, soit renvoyer l'affaire pour le tout devant cette dernière.

La nouvelle solution règle certes certaines difficultés, mais soulève également de nouvelles interrogations, de sorte que l'objectif de sécurité juridique recherché par la Cour de cassation semble loin d'être atteint. Elle avantage les demandeurs qui n'ont pas saisi le juge compétent, car ils ne risqueront plus de se voir opposer la prescription lorsque leur action aura été jugée irrecevable et qu'il leur faudra saisir le juge spécialisé. En outre, le défendeur ne pourra plus soulever la fin de non-recevoir de leurs demandes à toute hauteur de la procédure, mais devra bien veiller à soulever l'exception d'incompétence *in limine litis*, avant toute défense au fond. A l'inverse, elle peut favoriser les manœuvres dilatoires de la part de défendeurs assignés sur le fondement du droit



commun. Ceux-ci ne seront-ils pas incités à invoquer fallacieusement le déséquilibre de toute clause contractuelle, afin d'obtenir un sursis à statuer ou un renvoi de l'entier litige au juge spécialisé ? Le risque d'une telle stratégie n'est-il pas de voir le juge spécialisé absorber tous types

de contentieux, voire même d'être saisi préventivement, pour parer à cette éventualité, l'allongement des délais de procédure constituant la conséquence inéluctable d'un tel engorgement ?

**COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS
SPÉCIALISÉES**
Cour de cassation
Chambre commerciale
18 octobre 2023
n° 21-15.378



L'ACTUALITÉ

Uber condamné à verser 850 000 euro au total pour avoir mis en œuvre UberPop.

De février 2014 à juillet 2015, la société Uber France (Uber) a lancé, par l'intermédiaire de son application, un service consistant à mettre en relation des particuliers entre eux - les uns conduisant leur véhicule et les autres souhaitant être transportés -, sous le nom de « UberPop ». Faisant valoir que la société avait développé ce service en violation des règles applicables au secteur du transport, et s'appuyant sur plusieurs décisions la condamnant au titre de son offre UberPop, 155 chauffeurs de taxi ont agi en concurrence déloyale à l'encontre d'Uber pour obtenir l'indemnisation de leur préjudice économique et moral. Par jugement du 19 novembre 2021, le Tribunal de commerce de Paris a rejeté leur demande en réparation d'un préjudice économique, mais condamné Uber à leur verser à chacun, 300 euro, pour préjudice d'image, et 200 euro, pour préjudice moral.

Les chauffeurs de taxis ont interjeté appel devant la Cour d'appel de Paris. Devant la Cour, Uber soutenait notamment que sa faute n'était pas démontrée par les décisions de condamnation invoquées par les appelants, dès lors que d'autres décisions de justice avaient considéré que l'illicéité d'UberPop n'était pas établie, ou refusé d'interdire ce service, au pénal ou en référé, en l'absence de démonstration de son caractère illicite. Sur ce point, la Cour rappelle la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique ont, au civil, autorité absolue, à l'égard de tous, en ce qui concerne ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification et la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé ». Elle constate par ailleurs que, dans la mesure où UberPop ne remplissait pas les conditions applicables au covoiturage, qui suppose un but non lucratif, puisque sa tarification, imposée tant au passager qu'au conducteur, ne correspondait pas au partage des frais, mais au paiement d'une course, qu'il était ouvert aux conducteurs particuliers propriétaires de leur voiture souhaitant gagner de l'argent et que ledit conducteur acceptait d'emmener le passager vers une destination qui n'était pas nécessairement la sienne, ce service était soumis à la réglementation applicable soit aux taxis, soit aux véhicules de petite remise, qui requiert nécessairement une autorisation administrative. Or, les conditions d'exercice d'UberPop ne respectaient pas ces réglementations. Énonçant les condamnations diverses d'Uber, liées au service UberPop, pour pratique commerciale trompeuse, complicité d'exercice illégal de l'activité d'exploitation de taxi, ou organisation illégale par personne morale d'un système de mise en relation de clients, la cour relève que l'activité commerciale d'Uber a consisté à promouvoir et faciliter le développement, en France, de prestations de transport illicites, de sorte que cette société a commis des fautes génératrices de préjudices, et notamment d'un trouble commercial, pour les chauffeurs de taxi respectant la réglementation. En effet, alors que les conducteurs UberPop n'avaient d'autres charges que celles liées aux frais de carburants et à l'entretien de leur véhicule personnel, estimées à 16,5 % du chiffre d'affaires

d'un taxi, les taxis, en respectant la réglementation, étaient soumis à des charges d'exploitation avoisinant 70 % de leur chiffre d'affaires. Se fondant sur l'arrêt n° 17-31.614 Cristal de la Cour de cassation du 12 février 2020, qui, pour évaluer les effets préjudiciables d'actes de concurrence déloyale, fondés sur le non-respect de la réglementation, préconise la prise en considération de l'avantage indu que s'est octroyé leur auteur, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes, la cour d'appel retient que l'évaluation du préjudice économique qui résulte du développement d'UberPop, pour chaque appelant, doit s'effectuer en calculant l'économie de charges qu'il aurait faite, s'il avait bénéficié du taux de charges réduit d'un chauffeur UberPop, cette économie de charge étant ensuite rapportée à la proportion de la commission perçue par Uber sur les courses de ses chauffeurs, à savoir 20 %. Enfin, estimant que le maintien d'UberPop, jusqu'en juillet 2015, malgré les protestations de la profession des taxis et les interventions des pouvoirs publics avait causé aux appelants un préjudice moral certain, intégrant une atteinte à leur image, la cour condamne en outre Uber à leur verser à chacun, la somme de 1 500 euro.

CONCURRENCE DÉLOYALE
Cour d'appel de Paris
4 octobre 2023
n° 21/22383





Non-respect du délai butoir pour la conclusion de la convention écrite : 1 140 000 euro d'amende administrative pour un distributeur coupable de 140 manquements !

Par le niveau éminemment symbolique de la sanction infligée, la présente affaire illustre parfaitement l'importance pratique du projet de loi portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation, en cours d'examen au Parlement, qui vise à avancer la date des négociations annuelles. A l'heure actuelle, l'article L. 441-6 du Code de commerce sanctionne par une amende administrative d'un montant de 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale, le fait de ne pas respecter l'obligation, prévue par l'article L. 441-3, IV du même code, de conclure une convention écrite au plus tard le 1er mars de l'année au cours de laquelle elle prend effet.

Or, en l'occurrence, la DGCCRF avait constaté 140 manquements de la part d'une grande enseigne de la distribution, pour l'année 2019, certaines conventions ayant été signées entre le 5 et le 12 mars. Sanctionnée, elle faisait valoir que l'Administration lui avait appliqué une présomption de responsabilité en sa qualité de distributeur, et lui avait imputé l'entière responsabilité du retard des signatures de conventions sans rechercher la part incombant aux fournisseurs dans ce retard. Cependant, le tribunal souligne que le prononcé

d'une amende est subordonné au seul fait pour le distributeur de ne pas avoir respecté la date du 1er mars de l'année en cause, alors qu'il avait disposé de plusieurs mois pour conclure les conventions, puisque les fournisseurs concernés lui avaient adressé leurs conditions générales de vente avant le 1er décembre ou, dans de rares cas, à une date très proche.

Il faisait par ailleurs valoir que le montant de l'amende, qui s'élevait à 1 140 000 euro, était disproportionné. Cependant, le tribunal rappelle que l'auteur du manquement s'expose à une amende pour chaque convention non signée avant l'échéance du 1er mars 2019, les sanctions étant cumulatives. Dès lors, il écarte l'argument selon lequel l'Administration aurait dû n'infliger qu'une amende par fournisseur concerné (40) au lieu d'une amende par contrat non signé avec ceux-ci dans le délai légal (140). En outre, le juge relève que pour fixer le montant de l'amende, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France a pris en considération la gravité et l'ampleur des manquements constatés, le nombre de jours de retard pour chacune des 140 conventions signées postérieurement au 1er mars 2019 et le chiffre d'affaires prévisionnel sti-

pulé dans les conventions en cause, alors même que les fournisseurs concernés avaient transmis leurs conditions générales de vente dès les mois d'octobre ou de novembre 2018, soit plusieurs mois avant le 1er mars 2019. Il constate également que l'Administration a procédé à une modulation de chacune des amendes, en fonction du fournisseur concerné, allant de 1 000 à 135 000 euro, soit en deçà du maximum prévu par l'article L. 441-6.

Le tribunal a par ailleurs écarté des arguments classiquement opposés par les entreprises dans les contentieux relatifs au dépassement des délais de paiement. Dans la ligne d'une jurisprudence administrative bien établie, il rappelle en effet que le cumul des pouvoirs de constatation et de répression des infractions par la Directe ne méconnaît pas le principe d'impartialité ou tout autre principe, stipulation ou disposition imposant la séparation des autorités administratives respectivement responsables du déclenchement des poursuites et de leur sanction.

CONVENTION ÉCRITE

Tribunal administratif de Melun

6 octobre 2023

n° 2001822



De simples discussions entre les partenaires sur la renégociation des tarifs applicables ne suffisent pas à précariser une relation commerciale établie.

Une relation commerciale établie, au sens de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, doit-elle nécessairement être un long fleuve tranquille ?

Certaines décisions récentes de la cour d'appel de Paris pouvaient faire craindre l'émergence d'un tel courant de jurisprudence. Les juges parisiens ont en effet estimé qu'une relation émaillée d'incidents ayant remis en cause sa stabilité ne pouvait plus être qualifiée d'« établie » au moment de sa rupture (Paris, 14 juin 2023, n° 21/04536). De même, de très nombreuses mises en garde, restées vaines, relatives à la nécessité pour le fournisseur de respecter ses délais de livraison (Paris, 7 juin 2023, n° 21/01064), ou la dégradation des rapports au cours des

dernières années de la relation, marquées par une tentative de réduction significative de la remise accordée au distributeur et les efforts de ce dernier pour diminuer sa dépendance (Paris, 31 mai 2023, n° 21/10748), ont été jugées comme de nature à précariser la relation.

Or, considérer que les accrocs d'une relation sont de nature à lui faire perdre son caractère établi emporte de lourdes conséquences, car la rupture de celle-ci est exclue du champ d'application de l'article L. 442-1, II et le partenaire évincé est privé de toute indemnisation sur ce fondement. Par le passé, les juges arrivaient au même résultat en considérant que les péripéties affectant la relation rendaient la rupture prévisible, donc non brutale (V. not.

Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00-12.461, retenant que la rupture n'est pas brutale lorsque les difficultés rencontrées par les parties sont anciennes ; Aix-en-Provence, 21 juin 2005, n° 05/02808, estimant qu'une rupture prévisible pour le fournisseur, en raison du caractère conflictuel des rapports entretenus par les parties, n'est pas brusque ; Paris, 29 nov. 2007, n° 04/09125, considérant que la rupture précédée de six années de vaines mises en garde du fournisseur sur l'impropriété des locaux de vente du distributeur n'est pas brutale). Mais la Cour de cassation avait mis un coup d'arrêt à ces solutions, en soulignant que la prévisibilité de la rupture ne dispense pas son auteur de l'obligation d'accorder un préavis écrit à



son partenaire (V. Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-25.891 ; V. égal. Paris, 30 sept. 2016, n° 14/03928, soulignant que le caractère prévisible de la cessation des relations, en raison de tensions entre les partenaires, ne prive pas la rupture de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte manifestant l'intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis). La cour a-t-elle voulu, avec les décisions évoquées, contourner cet obstacle ?

Fort heureusement, les juges parisiens semblent à présent revenir à

plus de mesure. Dans l'arrêt commenté, ils estiment que la seule tentative de renégociation des tarifs applicables ne peut exclure la croyance légitime du prestataire dans la pérennité de la relation. De même, dans une autre affaire, ils ont considéré que l'annonce d'une volonté de réduction du flux d'affaires, non mise à exécution, puis sa répétition, des années plus tard, dans des conditions plus modestes, ne suffisait pas à précariser la relation (Paris, 13 sept. 2023, n° 21/06076).

Ces solutions doivent être saluées, car la tendance qui commençait à se

dessiner conduisait à priver de protection, en les soustrayant du champ d'application de l'article L. 442-1, II, des partenaires entretenant des relations certes pas toujours sereines, mais stables.

RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

Cour d'appel de Paris

20 septembre 2023

n° 21/01999



Accord de *pay for delay* : les clauses de non-concurrence et de non-contestation caractérisent une restriction par objet de la concurrence.

Teva, fabricant de génériques, et Cephalon, fabricant de princeps, ont conclu un accord de règlement amiable en vertu duquel Teva s'engageait à ne pas entrer de manière indépendante ni concurrencer Cephalon sur sa molécule phare, le modafinil, ni à contester ses brevets. Considérant que ces entreprises avaient ce faisant enfreint les articles 101 TFUE et 53 EEE, la Commission leur a infligé des amendes de respectivement 30 480 000 et 30 000 000 euro. Saisi par les parties d'un recours en annulation contre la décision de la Commission, le Tribunal précise les critères de qualification de la restriction par objet en cas d'accord de *pay for delay*.

En l'occurrence, dans la ligne de sa jurisprudence (TUE, 12 décembre 2018, aff. T-677/14), le Tribunal considère, que pour examiner si la qualification de restriction par objet peut être retenue à l'encontre d'un accord de règlement amiable entre des fabricants de médicaments princeps et des fabricants de médicaments génériques, il doit être tenu compte du solde positif net des transferts de valeurs opérés dans le cadre de l'ensemble des transactions intervenues entre ceux-ci et déterminé s'il est suffisamment important pour inciter le fabricant de génériques à renoncer à entrer sur le marché concerné et à ne pas concurrencer par les mérites le fabricant de princeps. Elle souligne également que le fait que l'appréciation de la gravité objective d'une restriction par objet s'effectue à l'issue d'une analyse détaillée de l'accord concerné et particulière-

ment de l'effet incitatif des transferts de valeurs qu'il prévoit, mais également de ses objectifs ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrit, n'implique pas une appréciation des effets anti-concurrentiels de cet accord sur le marché. En effet, selon le Tribunal, le scénario contrefactuel a uniquement pour but d'établir les possibilités réalistes de comportement d'un fabricant de médicaments génériques en l'absence de l'accord de règlement amiable. Aux termes de cette analyse contrefactuelle, la Commission doit comparer ce qui s'est réellement passé avec ce qui se serait passé sans les clauses restrictives. En revanche, la Commission n'est pas tenue, afin d'établir si cet accord produit des effets sensibles potentiels ou réels sur la concurrence, de constater soit que le fabricant de médicaments génériques aurait probablement obtenu gain de cause dans une procédure relative au brevet, soit que les parties auraient probablement conclu un accord de règlement amiable moins restrictif. En l'occurrence, elle a à juste titre constaté, selon les juges européens, que l'élimination d'une source importante de concurrence potentielle, du fait de l'accord de règlement, et le retard de l'entrée sur le marché qui en résulte peuvent, en soi, donner lieu à des effets négatifs sur les paramètres de la concurrence, en particulier sur les prix. Dès lors, le Tribunal approuve la Commission d'avoir considéré que l'accord de règlement amiable, qui a pour objet de maintenir un fabricant de génériques hors des marchés du princeps par

des transferts de valeurs d'un niveau global suffisamment élevé pour l'inciter à reporter ses efforts indépendants pour entrer sur ces marchés, a pour objet de restreindre la concurrence, et ce, indépendamment de la question de savoir si le fabricant du médicament princeps aurait ou non pu, en vertu du droit des brevets, obtenir la même exclusion par une décision juridictionnelle.

Pour s'exonérer, les parties faisaient valoir que les clauses de non-concurrence et de non-contestation n'étaient qu'accessoires à l'accord de règlement amiable, qui avait pour objet principal les droits génériques de Teva. Le Tribunal écarte cet argument et rappelle qu'il résulte de la jurisprudence que la qualification de restriction par objet ne saurait être écartée au motif que les entreprises ayant conclu l'accord en cause se prévalent du fait que les restrictions découlant de celui-ci ne présenteraient qu'un caractère accessoire (CJUE, 30 janvier 2020, aff. C-307/18).

ENTENTES

Tribunal de l'Union européenne

18 octobre 2023

n° T-74/21





Sur la conformité au droit européen de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise

Le 11 octobre 2023, le Parlement a entériné le principe de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise dans le cadre de l'adoption de la loi d'orientation et de programmation de la Justice pour 2023-2027. Sous réserve de la saisine en cours du Conseil constitutionnel par le groupe LFI, la confidentialité devrait être reconnue en droit positif. Outre la bataille à venir devant le Conseil constitutionnel, le combat pour la confidentialité des avis des juristes d'entreprise n'est cependant pas terminé. Une nouvelle contestation a été formulée récemment faisant valoir que la confidentialité serait contraire au droit européen de la concurrence et qu'en conséquence elle ne serait pas opposable en matière d'enquêtes de concurrence en vue de l'application tant du droit européen que du droit français de la concurrence (S. Martin, Les Echos, 20 sept. 2023).

Plusieurs arguments sont mobilisés à l'appui de cette thèse : le secret professionnel ne serait opposable à la Commission en droit européen de la concurrence qu'en présence d'avocats externes indépendants de l'entreprise et non à l'égard d'avocats internes ou de juristes d'entreprise ; le principe d'effectivité du droit européen de la concurrence aurait pour conséquence que lorsque l'autorité française de la concurrence applique en France le droit européen, elle ne saurait avoir moins de pouvoirs que la Commission et qu'elle ne pourrait donc pas se voir opposer une quelconque confidentialité des avis des juristes d'entreprise ignorée du droit européen lorsqu'il est appliqué par la Commission ; enfin, les consultations des juristes d'entreprise pourraient être saisies même dans les cas, plus rares, où l'Autorité de la concurrence n'applique pas le droit de l'Union, mais le seul droit national, notamment outre-mer, car la récente directive ECN+ qui harmonise le droit des enquêtes en Europe ne permettrait pas de prévoir des pouvoirs d'enquête à géométrie variable. Cette argumentation n'apparaît pas fondée en droit.

1. La confidentialité des avis des juristes d'entreprise ne doit pas être confondue avec le secret professionnel des avocats.

Elle n'a pas le même objet et ne suit pas le même régime. Le secret professionnel des avocats garantit les droits de la défense dans une

société démocratique : il prévient le risque d'arbitraire et assure le droit de tout justiciable à être défendu par un avocat protégé et tenu par le secret des confidences de son client. La confidentialité des avis des juristes a quant à elle un objet différent, celui de faciliter le respect de la loi et des obligations de conformité des entreprises. La confidentialité de leurs avis a pour but de permettre aux juristes d'entreprise de détecter, d'identifier et de corriger des comportements déviants au sein de l'entreprise en faisant en sorte que leurs notes, avis et courriers à leur direction rappelant au respect des règles ne constituent pas automatiquement des présomptions d'infraction en cas de contrôle. Cette distinction a été reconnue de longue date dans les pays où la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est reconnue (cf. CA Bruxelles, 5 mars 2013 ; Cour de cassation de Belgique, 22 janv. 2015). Il en résulte que le fait que la jurisprudence européenne limite le secret professionnel des avocats aux avocats externes n'empêche en aucun cas de reconnaître le bénéfice de la confidentialité des avis aux juristes d'entreprise. Il s'agit de deux questions différentes.

2. L'existence de différences dans les procédures de concurrence européenne et nationales est normale et inhérente à l'autonomie procédurale de chaque système juridique.

Chaque droit suit ses propres règles de procédure. Il est normal qu'il existe des différences entre les procédures de la Commission et celles de chaque Etat membre ou entre Etats membres de l'Union européenne. Le fait que la procédure française présente des particularités par rapport à la procédure européenne n'emporte aucune obligation d'alignement.

3. La confidentialité des avis des juristes d'entreprise, parfaitement légitime en vertu du principe fondamental de l'autonomie procédurale des Etats membres, ne porte en aucun cas atteinte à l'effectivité du droit européen de la concurrence.

Le principe d'autonomie procédurale des Etats membres constitue une règle fondamentale de la construction européenne (CJCE, 7 juill. 1981, aff. 158/80 ; CJUE, 4 oct. 2012, aff. C-249/11) qui veut que lorsque les autorités ou juridictions nationales appliquent les règles européennes de concurrence, elles le fassent, en l'absence d'harmonisation

de ces règles, en vertu de leurs règles internes de procédure (CJUE, 15 janv. 2020, aff. C-381/19). L'atteinte à l'autonomie procédurale en vertu du principe d'effectivité du droit européen n'est possible que si les procédures nationales conduisent à « rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » (CJUE, 15 avr. 2010, aff. C-542/08 ; CJCE, 27 févr. 1980, aff. 68/79). Or tel n'est pas le cas de la confidentialité des avis reconnue au profit des juristes d'entreprise. En premier lieu, en effet, celle-ci a précisément pour objet de mieux prévenir les infractions, en particulier celles au droit de la concurrence. Pour remplir leur mission, les juristes d'entreprise doivent pouvoir avertir leur entreprise de possibles infractions et jouer un rôle pédagogique et dissuasif pour prévenir et empêcher les infractions sans que leurs avis préventifs ne puissent être utilisés par la suite pour faire présumer une éventuelle infraction. Dès lors que cette mesure contribue à la prévention des infractions au droit européen de la concurrence pour éviter les infractions *ab initio*, la confidentialité garantit la pleine effectivité du droit de l'Union.

En deuxième lieu, la confidentialité reconnue aux avis des juristes d'entreprise demeure très encadrée pour éviter toute dérive ou mauvais usage. Pour en bénéficier, les consultations juridiques doivent remplir de nombreuses conditions : le juriste d'entreprise, ou le membre de son équipe placé sous son autorité, doit d'abord être titulaire d'un master en droit ou d'un diplôme équivalent, français ou étranger, et il doit justifier du suivi de formations initiale et continue en déontologie, ces formations devant en outre être conformes à un référentiel défini par le ministère de la Justice et celui de l'Economie. En outre, « ces consultations sont destinées exclusivement au représentant légal, à son délégué, à tout autre organe de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise qui l'emploie, ou toute autre entité ayant à émettre des avis auxdits organes, aux organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise qui, le cas échéant, contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce l'entreprise qui emploie le juriste d'entreprise ainsi qu'aux organes



de direction, d'administration ou de surveillance des filiales contrôlées, au sens du même article L. 233-3, par l'entreprise qui emploie le juriste d'entreprise ». De plus, ces consultations doivent porter la mention « confidentiel – consultation juridique – juriste d'entreprise » et doivent faire l'objet d'une identification et d'une traçabilité particulières dans les dossiers de l'entreprise, étant précisé que le fait d'apposer la mention sur un document qui ne remplit pas les conditions est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euro d'amende. Le champ d'application de la confidentialité sous conditions ainsi reconnue est limité aux procédures ou litiges en matière civile, commerciale ou administrative, à l'exclusion des procédures pénales ou fiscales. Enfin, cette confidentialité peut être contestée et levée le cas échéant. Plusieurs procédures de contestation sont prévues selon le domaine concerné. Ainsi, le président de la juridiction qui a ordonné une mesure d'instruction dans le cadre d'un litige civil ou commercial peut être saisi en référé, dans le délai de 15 jours à compter de la mise en œuvre de ladite mesure, aux fins de contestation de la confidentialité alléguée de certains documents. De même le JLD qui a autorisé une opération de visite et saisie dans le cadre d'une procédure administrative peut être saisi par requête motivée de l'autorité administrative ayant conduit cette opération, dans un délai de 15 jours à compter de celle-ci, aux fins de voir contester la confidentialité alléguée de certains documents et ordonner la levée de la confidentialité de certains documents, dans l'hypothèse où ces documents auraient eu pour finalité d'inciter ou de faciliter la commission des manquements aux règles applicables qui peuvent faire l'objet d'une sanction au titre de la procédure administrative concernée. Les nombreux garde-fous entourant

l'usage de la confidentialité permettent d'écarter tout risque d'usage qui irait à l'encontre du caractère effectif de l'application du droit européen de la concurrence.

4. La directive ECN+ ne s'oppose pas à la confidentialité des avis des juristes d'entreprise, notamment dans des procédures où seul le droit français serait applicable.

Aucune disposition de la directive ECN+ ne s'oppose à la confidentialité des avis des juristes d'entreprise. Par ailleurs, la directive ECN+ ne s'applique, aux termes de son article premier point 2, qu'en cas d'application des articles 101 et 102 TFUE ou en cas d'application parallèle de ces articles et du droit national (sauf, s'agissant de la seule application du droit national, en ce qui concerne les procédures de clémence). Elle ne s'applique donc pas en cas de mise en œuvre du droit national de façon isolée.

5. La conformité de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise au droit européen a déjà été reconnue par la jurisprudence.

La confidentialité est reconnue en Belgique depuis plus de 20 ans. L'article 5 de la loi du 1er mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise dispose que « les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels » (Moniteur belge, 4 juill. 2020, 23253). La question de la conformité de ces règles au droit européen a été posée devant les juridictions belges dans le cadre de l'affaire Belgacom. Au cours de l'enquête, 759.000 fichiers ont été saisis et finalement 290.000 sélectionnés. Dans le cadre de cette affaire, l'autorité belge de concurrence a refusé de reconnaître la confidentialité revendiquée par Belgacom sur 197 fichiers émanant de juristes d'entreprise ou adressés à eux. Belgacom a contesté cette décision devant la cour d'appel de Bruxelles. L'arrêt de la Cour d'ap-

pel de Bruxelles rendu dans le cadre de cette affaire (Bruxelles, 5 mars 2013, n° F-20130305-3, RG 2011/MR/3) dit pour droit que « s'agissant d'ordres juridiques différents, l'approche du droit communautaire et celle du droit national justifient des pratiques différentes dans le chef des autorités de concurrence ». Cet arrêt a été approuvé par la Cour de cassation belge le 22 janvier 2015 (C.13.0532.F/1).

En conclusion, il apparaît que la confidentialité des avis des juristes d'entreprise reconnue de façon très encadrée par la loi Justice est tout à fait conforme au principe d'effectivité du droit européen. Plutôt que d'en réduire le champ d'application, il serait au contraire opportun de l'élargir. L'exclusion des procédures pénales apparaît problématique dès lors que de nombreuses règles de conformité sont sanctionnées pénalement. Pour que le juriste d'entreprise puisse prévenir pleinement d'éventuels manquements à la *compliance*, il serait donc nécessaire de supprimer l'exclusion de la procédure pénale, d'autant plus que le garde-fou de la levée de la confidentialité en cas de participation ou d'encouragement à une infraction écarte tout risque d'abus. De même le fait de limiter la portée de la confidentialité aux avis à la direction de l'entreprise en réduit la portée. Les juristes d'entreprise doivent pouvoir former et rappeler à l'ordre tous les salariés susceptibles de commettre des infractions. La pratique montre que le risque de commettre des pratiques anticoncurrentielles concerne plutôt des responsables locaux d'agence qui ne se sont pas conformés aux chartes éthiques adressées par la direction et sont susceptibles de commettre des infractions.