

n°1 Janvier 2024

Bonne année
2024

LA DÉCISION DU MOIS

Les règles d'autorisation préalable de création de compétitions concurrentes et de participation des athlètes à ces compétitions de l'ISU, la FIFA et l'UEFA sont contraires aux articles 101 et 102 TFUE.

Dans ces deux affaires, la Cour de justice se prononce sur les relations entre sport et droit de la concurrence. Dans la première affaire (C-124/21 P), la fédération internationale de patinage (ISU) a formé un pourvoi contre la décision du Tribunal (TUE, 16 déc. 2020, aff. T-93/18) qui avait considéré que le système d'autorisation des patineurs à participer à des compétitions concurrentes contenu dans ses statuts, ainsi que la sanction infligée en cas de non-respect, était disproportionné à l'objectif poursuivi de protection des compétitions et des athlètes. Dans la seconde (C-333/21), la Cour est saisie d'une question préjudicielle par le tribunal de commerce de Madrid dans le cadre du litige entre l'UEFA, la FIFA et la Superleague, les premières s'étant opposées à la création de la seconde. Dans les deux cas, sont en cause l'organisation par les fédérations sportives des compétitions de manière exclusive et la possibilité de créer des compétitions concurrentes, et pour les athlètes, d'y participer.

La Cour rappelle qu'en dehors des règles spécifiques portant sur l'exclusion des joueurs étrangers de la composition des équipes participant aux compétitions entre équipes représentatives de leur pays ou sur la fixation des critères de classement utilisés pour sélectionner les athlètes participant à des compétitions à titre individuel, les règles que les associations sportives adoptent relèvent du droit de l'Union et notamment du droit de la concurrence. Il en est ainsi, en particulier, des règles relatives à l'exercice, par une association sportive, de pouvoirs en matière

d'autorisation préalable des compétitions sportives, dont l'organisation et la commercialisation constituent une activité économique pour les entreprises qui s'y livrent ou qui envisagent de s'y livrer. Aussi l'ISU, la FIFA et l'UEFA qui exercent une activité économique consistant à organiser et commercialiser des compétitions doivent-elles être qualifiées d'entreprises et les règles qu'elles posent de décisions d'associations d'entreprises.

Les règles d'autorisation préalable et d'éligibilité de fédérations sportives présentent par leur nature même un degré de nocivité suffisant pour la concurrence, lorsqu'elles ne sont pas encadrées par des critères matériels et par des modalités procédurales propres à en garantir le caractère transparent, objectif, précis, non discriminatoire et proportionné.

La Cour rappelle que les spécificités qui caractérisent un secteur économique peuvent éventuellement être prises en considération, pour autant qu'elles s'avèrent pertinentes, lors de l'application de l'article 101 TFUE et plus spécialement lors de l'examen de la question de savoir si un comportement donné doit être considéré comme ayant pour objet ou, à défaut, pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Tel est le cas de la nature, de l'organisation ou encore du fonctionnement du sport et, plus spécifiquement, de son degré de professionnalisation, de la manière dont il est exercé, de la façon dont interagissent les différents acteurs qui y participent ainsi que du rôle joué

par les structures ou les organismes qui en sont responsables à tous les niveaux, avec lesquels l'Union favorise la coopération, conformément à l'article 165, paragraphe 3, TFUE. Elle souligne cependant que pour que des critères promouvant la tenue de compétitions sportives fondées sur l'égalité des chances et le mérite soient non discriminatoires, ils ne doivent pas soumettre l'organisation et la commercialisation de compétitions tierces ainsi que la participation des athlètes à celles-ci à des exigences différentes de celles applicables aux compétitions organisées et commercialisées par l'entité décisionnaire, ou identiques ou similaires, mais impossibles ou excessivement difficiles à remplir en pratique par une entreprise qui n'a pas la même qualité d'association ou les mêmes pouvoirs que cette entité et qui se trouve, dès lors, dans une situation différente de celle-ci (aff. C-124/21). Les règles gouvernant l'autorisation préalable des compétitions, la participation des athlètes et des clubs à des compétitions concurrentes, ainsi que les sanctions prévues en cas de non-respect de ces règles doivent être encadrées par des critères matériels et des modalités procédurales propres à en garantir le caractère transparent, objectif, précis, non discriminatoire et proportionné, afin d'éviter qu'elles puissent être utilisées de manière arbitraire (aff. C-124/21 et C-333/21). Dès lors, les règles d'autorisation préalable et d'éligibilité de l'ISU pour les compétitions concurrentes ont pour objet de restreindre la concurrence lorsqu'elles donnent à l'entité qui les



a adoptées et qui est habilitée à les mettre en œuvre le pouvoir d'autoriser, de contrôler ou de conditionner l'accès au marché de toute entreprise potentiellement concurrente, et de déterminer aussi bien le degré de concurrence qui peut exister sur ce marché que les conditions dans lesquelles cette éventuelle concurrence peut trouver à s'exercer (aff. C-124/21). De même, constitue une décision d'association d'entreprises ayant pour objet d'empêcher la concurrence, le fait, pour la FIFA et l'UEFA, qui sont responsables du football aux niveaux mondial et européen et qui exercent en parallèle différentes activités économiques liées à l'organisation de compétitions, d'avoir adopté et de mettre en œuvre, directement ou par l'intermédiaire des associations nationales de football qui en sont membres, des règles subordonnant à leur autorisation préalable la création, sur le territoire de l'Union, d'une nouvelle compétition de football interclubs par une entreprise tierce (Superleague) et contrôlant la participation des clubs de football professionnel et des joueurs à une telle compétition, sous peine de sanctions, sans que ces différents pouvoirs soient encadrés par des critères matériels ainsi que par des modalités procédurales propres à en assurer le caractère transparent, objectif, non discriminatoire et proportionné (C-333/21).

Dans le litige concernant l'ISU, étaient en cause également les règles d'arbitrage qu'elle impose. Ces règles, qui visent notamment deux types de différends susceptibles de survenir dans le cadre d'activités économiques, consistant, l'une, à organiser et commercialiser des compétitions internationales et, l'autre, à participer, en tant qu'athlète professionnel, à de telles compétitions, s'appliquent, selon les juges européens, à des litiges portant sur l'exercice d'un sport en tant qu'activité économique et relèvent, à ce titre, du droit de la concurrence de l'Union. La sentence rendue doit donc pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel afin de s'assurer qu'elle respecte bien les dispositions fondamentales qui relèvent de l'ordre public de l'Union, dont font partie les articles 101 et 102 TFUE, en particulier lorsque le

mécanisme d'arbitrage est, en pratique, imposé par un sujet de droit privé, telle qu'une association sportive internationale, à un autre, tel qu'un athlète. Le respect de cette exigence d'un contrôle juridictionnel effectif vaut, selon la Cour, tout particulièrement, pour des règles d'arbitrage comme celles imposées par l'ISU. Aussi, la Cour considère-t-elle que le Tribunal a commis une erreur de droit en décidant de façon indifférenciée et abstraite, que les règles d'arbitrage « peuvent se justifier par des intérêts légitimes liés à la spécificité du sport » en ce qu'elles confient le contrôle des différends liés à la mise en œuvre des règles d'autorisation préalable et d'éligibilité à une « juridiction spécialisée », sans chercher à s'assurer que ces règles d'arbitrage permettraient un contrôle effectif du respect des règles de concurrence de l'Union.

Dans l'affaire de la Superleague, la FIFA et l'UEFA étaient aussi soupçonnées d'abuser de leur position dominante. En effet, tant la FIFA que l'UEFA détiennent chacune une position dominante sur le marché de l'organisation et de la commercialisation des compétitions de football interclubs sur le territoire de l'Union ainsi que de l'exploitation des différents droits liés à ces compétitions, dès lors qu'elles sont les seules associations qui organisent et commercialisent de telles compétitions à l'échelle mondiale et européenne, à la différence de la situation qui prévaut s'agissant d'autres disciplines sportives. En effet, même si la FIFA et l'UEFA ne jouissent pas d'un monopole légal et que des entreprises concurrentes peuvent, en théorie, créer de nouvelles compétitions qui ne seraient pas soumises aux règles adoptées et appliquées par ces deux associations, leur position dominante sur le marché de l'organisation et de la commercialisation des compétitions internationales de football interclubs est telle qu'en pratique, il est impossible de créer, de façon viable, une compétition extérieure à leur écosystème.

La Cour précise dans un premier temps que dans la mesure où les règles d'autorisation préalable et de participation qui permettent de soumettre l'organisation et le dérou-

lement des compétitions internationales de football professionnel à des règles communes destinées à garantir l'homogénéité et la coordination de ces compétitions et, plus largement, à promouvoir la tenue de compétitions sportives fondées sur l'égalité des chances et le mérite, sont légitimes dans le contexte spécifique du football professionnel et des activités économiques auxquelles l'exercice de ce sport donne lieu, ni l'adoption de celles-ci ni leur mise en œuvre ne peuvent être qualifiées, dans leur principe et de façon générale, d'exploitation abusive d'une position dominante. En revanche, lorsque ces règles ne sont pas assorties de limites, d'obligations et d'un contrôle propres à exclure le risque d'exploitation abusive d'une position dominante, et ne sont pas encadrées par des critères matériels et par des modalités procédurales propres à garantir leur caractère transparent, objectif, précis et non discriminatoire, alors même qu'elles confèrent à l'entité qui est appelée à les mettre en œuvre le pouvoir d'empêcher toute entreprise concurrente d'accéder au marché, elles doivent être considérées comme violant l'article 102 TFUE. Ainsi, constitue un tel abus, le fait, pour la FIFA et l'UEFA, d'avoir adopté et mis œuvre des règles subordonnant à leur autorisation préalable la création, sur le territoire de l'Union, d'une nouvelle compétition de football interclubs par une entreprise tierce, et leur permettant de contrôler la participation des clubs de football professionnel et des joueurs à une telle compétition, sous peine de sanctions, sans que ces différents pouvoirs soient encadrés par des critères matériels ainsi que par des modalités procédurales propres à en assurer le caractère transparent, objectif, non discriminatoire et proportionné.

ENTENTES ET ABUS DE DOMINATION

Cour de Justice de l'Union européenne

21 décembre 2023

Aff. C-124/21 P et C-333/21





Négociations annuelles : un fournisseur peut-il être tenu coresponsable, avec le distributeur, du non-respect du délai butoir ?

A l'heure où les négociations annuelles pour les PME viennent de se clore et où celles avec les grands groupes se poursuivent jusqu'à fin janvier, en vertu du nouveau calendrier défini par la loi Le Maire du 17 novembre 2023, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles ne manquera pas d'attirer l'attention des deux camps. Dans cette espèce, qui concernait un grand groupe fournisseur, la convention écrite annuelle n'avait été signée que le 13 mars de l'année en cours, alors que l'article L. 441-3, dans sa rédaction applicable à la date des faits, imposait que celle-ci soit au plus tard conclue le 1er mars. La DGCCRF, dans le cadre d'un contrôle des pratiques de l'enseigne de distribution en cause, lui avait infligé une amende administrative de 247 000 euro. L'enseigne avait alors saisi le Tribunal de commerce de Nanterre – un litige fondé sur les dispositions de l'article L. 441-3 ne relevant pas de la compétence du juge spécialisé – d'une demande de condamnation du fournisseur concerné, à titre de dommages et intérêts, à supporter la moitié du montant de l'amende. Débouté de cette demande, il avait interjeté appel.

Le fournisseur opposait à son action qu'un tel litige relevait de la compétence exclusive du juge administratif. Le distributeur répliquait que son action ne visait pas à remettre en cause la décision de sanction de la DGCCRF, mais à obtenir une indemnisation sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle de droit commun.

De fait, la cour d'appel estime le juge judiciaire compétent, dès lors qu'il ne s'agit pas pour lui d'empiéter sur la compétence exclusive de la DGCCRF telle que reconnue par l'article L. 470-2 du Code de commerce, ni de remettre en cause la décision de cette autorité, mais de se prononcer sur la responsabilité pour faute d'une société commerciale, durant la phase pré-contractuelle de négociation, et sur l'indemnisation éventuelle de son partenaire commercial.

Au fond, la cour avait à déterminer si, comme en matière de facturation, où la jurisprudence retient un régime de responsabilité partagée entre acheteur et vendeur, il existe, en matière de convention écrite, une coresponsabilité du fournisseur et du distributeur. En préambule, la cour relève, à la suite de la DGCCRF, que tous les fournisseurs en relations avec le distributeur en cause avaient adressé à ce dernier leurs conditions générales de vente dans les délais légaux, et que 157 infractions avaient été retenues contre lui, dont 8 concernant le fournisseur en question. Or, selon la cour, le distributeur, qui invoque la part de responsabilité de ce fournisseur dans le non-respect du délai butoir n'a apporté aucun élément de preuve de nature à établir cette allégation. Le courrier produit, daté du 19 février, rappelant au fournisseur le délai butoir du 1er mars, lui indiquant que ses propositions étaient « encore trop éloignées [des] demandes [du distributeur] pour pouvoir envisager la conclusion d'un accord » et lui demandant de faire de

nouvelles propositions afin que les négociations puissent être finalisées, ne suffit pas à établir un comportement dilatoire ou déloyal, d'autant que, dès le lendemain, le fournisseur y a répondu en précisant les propositions qu'il avait été conduit à faire depuis le mois de novembre, en indiquant que ses équipes mettaient tout en œuvre afin de pouvoir respecter les échéances légales et en déclinant toute responsabilité si un accord ne devait pas être trouvé au 1er mars. Le juge en conclut que ces échanges ne corroborent nullement que la conclusion des conventions a été retardée par la faute du fournisseur, mais seulement qu'à leur date, les parties ne s'étaient toujours pas accordées sur les conditions de leur collaboration. Elle rejette par conséquent l'action en responsabilité du distributeur.

Bien que la cour ne l'affirme pas clairement, il semble pouvoir se déduire de cette décision que le principe même d'une coresponsabilité n'est pas exclu en soi, mais que celle-ci doit être solidement établie. En outre, un comportement déloyal et dilatoire ne semble pas pouvoir être établi par le seul fait qu'un fournisseur ne se plie pas aux exigences du distributeur.

CONVENTION ÉCRITE
Cour d'appel de Versailles
21 décembre 2023
n° 21/06836

★★★



L'interdiction générale et absolue de vendre des montres de luxe en ligne ne peut être justifiée ni par la préservation de l'image de marque, ni par la lutte contre la contrefaçon.

Dans cette affaire, Rolex était poursuivie pour s'être entendue avec ses distributeurs exclusifs pour interdire la revente sur internet et pour fixer le prix de vente de ses montres. Si ce second grief n'est pas retenu par l'Autorité de la concurrence (AdlC), celle-ci inflige en revanche à Rolex une lourde amende de 91,6 millions d'euro pour avoir interdit à ses distributeurs agréés de vendre ses montres en ligne.

Rolex contestait non seulement l'existence d'un accord avec ses distributeurs visant à restreindre la vente de montres en ligne, notamment parce que ses contrats inchangés de longue date ne visaient que la vente par correspondance, et non la vente sur internet, mais aussi l'application unanime et uniforme par ses distributeurs de l'interdiction de vente en ligne. Tel n'est pas l'avis de l'Autorité qui estime que l'existence d'un accord entre Rolex et ses distributeurs agréés résulte tant des termes mêmes du contrat de distribution sélective, qui interdisait toute vente hors du magasin de vente ou par correspondance, ce qui revient à interdire la vente en ligne, que d'éléments factuels, tels que les déclarations et le comportement de la tête de réseau et de ses distributeurs. En outre, dans un courrier destiné à l'un de ses distributeurs, Rolex indiquait : « nous vous confirmons qu'en aucune manière nos Distributeurs Agréés qui sont les seuls autorisés à vendre nos produits, ne peuvent le faire par internet, pas plus que par correspondance ».

Rolex soutenait ensuite que l'interdiction de vente en ligne ne constituait en l'espèce ni une restriction par objet ni une restriction par effet, cette interdiction permettant de protéger l'image de prestige de Rolex, de lutter contre la contrefaçon et d'améliorer la distribution de ses montres. Tout d'abord, les autorités de contrôle européennes ou françaises qualifient invariablement de restriction de la concurrence par objet l'interdiction de revente en ligne depuis l'arrêt Pierre Fabre du

13 octobre 2011 (V. en dernier lieu, AdlC, 11 déc. 2023, n° 23-D-12, qui qualifie de restriction par objet la clause de CGV qui assimile le site internet des revendeurs à un point de vente individuel distinct, pour lequel une autorisation ad hoc doit être obtenue et qui doit donner lieu à la conclusion d'un contrat séparé). Ensuite, en l'occurrence, l'interdiction générale et absolue de la vente en ligne n'est, selon l'Autorité, ni justifiée, ni proportionnée à la poursuite d'un objectif légitime alors que des alternatives moins restrictives sont envisageables.

Elle estime que l'objectif de préservation d'un modèle économique à forte valeur ajoutée, fondé sur l'image de la marque, la qualité du service et la relation personnalisée avec le client, peut être atteint autrement qu'en neutralisant la possibilité de vendre en ligne. En effet, des obligations de service peuvent être imposées aux distributeurs en ligne, par exemple le respect d'un certain design du site internet, l'octroi de conseils en ligne ou la possibilité pour le client de contacter le bijoutier. Par ailleurs, des concurrents de Rolex également fabricants de montres de luxe, dont les prix sont identiques voire plus importants, autorisent la vente en ligne à leurs distributeurs agréés, ce qui démontre qu'il est possible de vendre en ligne tout en maintenant une image haut de gamme.

L'objectif de lutte contre la contrefaçon est également écarté puisque cet objectif préexistait au développement d'internet et n'est pas propre à la marque Rolex, ses concurrents étant eux aussi affectés par ce phénomène. L'AdlC considère qu'il existe des moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre cet objectif, notamment grâce à des solutions technologiques au service de la reconnaissance et de la traçabilité des produits originaux, telles que la technologie de la blockchain, qui est la plus répandue dans le monde des entreprises et utilisée par plusieurs concurrents pour lutter contre la

contrefaçon et garantir l'authenticité et la traçabilité des articles vendus en ligne.

Enfin, la préservation de l'image de marque de Rolex, notamment lors de l'envoi à distance des produits et de leur retour éventuel peut être garantie par de nombreuses alternatives moins restrictives de concurrence comme le font ses concurrents qui choisissent des transporteurs assurant la sécurité des envois de valeur, souscrivent des assurances adaptées ou proposent la possibilité d'un retrait en boutique.

L'interdiction générale et absolue de vendre en ligne ne peut pas non plus bénéficier d'une exemption individuelle, puisque les restrictions qui en résultent ne sont pas indispensables, comme le montrent les solutions développées par les concurrents qui autorisent la vente en ligne, et encore moins d'une exemption par catégorie sur le fondement de l'article 2 du règlement 330/2010, dont l'article 4 interdit les restrictions caractérisées.

L'Autorité sanctionne donc l'interdiction de vente en ligne imposée par Rolex à ses distributeurs car elle limite par sa teneur, ses objectifs et le contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, la concurrence entre les distributeurs, conduit à reconstituer les zones de chalandise physiques en réduisant la possibilité des distributeurs de vendre des produits aux clients situés hors de leur zone d'activité, limite le choix des acheteurs finals désireux d'acheter sans se déplacer et restreint, par voie de conséquence, la concurrence dans le secteur de la distribution des montres de luxe.

ENTENTES

Autorité de la concurrence
19 décembre 2023
23-D-13





Les recommandations des organisations professionnelles visant à ne pas faire de l'absence de Bisphénol A dans les contenants alimentaires un argument marketing qualifiées de restriction par objet par l'Autorité de la concurrence.

À la suite de l'adoption de la loi 2012-1442 du 24 décembre 2012 visant à suspendre l'utilisation du Bisphénol A (BPA) dans tous les contenants alimentaires à compter du 1er janvier 2015, des organismes professionnels des secteurs de la fabrication de boîtes métalliques destinées à être en contact avec des denrées alimentaires et de l'industrie alimentaire ont pu émettre des recommandations tendant à éviter les communications sur l'absence de BPA dans les contenants alimentaires durant la période transitoire courant entre 2012 et 2015 et au cours de laquelle cohabitaient sur le marché à la fois des boîtes avec et sans BPA. Considérant que les positions prises par les organisations portent atteinte aux règles de la concurrence, l'Autorité de la concurrence (AdC) a communiqué à ces organismes ainsi qu'à certaines entreprises deux griefs : l'un concernant notamment la limitation de la communication sur l'absence de BPA, l'autre sur l'information sur les substituts au BPA.

En définitive, seul le premier grief dont le champ a en outre été réduit, a été retenu par le Collège de l'Autorité.

Concernant le grief retenu et portant notamment sur la limitation de la communication sur l'absence de BPA dans les emballages, les organismes prétendaient que leur volonté était contrainte par la loi en application de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Il ne pouvait, par conséquent, pas y avoir d'accord de volontés, puisqu'ils étaient privés de leur autonomie de volonté par les textes qui proscrivent la mention « sans BPA » lorsqu'elle est trompeuse. L'AdC, après avoir rappelé que les pratiques anticoncurrentielles doivent constituer la conséquence directe et nécessaire de l'application des textes invoqués, précise que les règles du Code de la consommation en matière de pratique commerciale trompeuse ne constitueraient pas une contrainte dès lors qu'elles n'imposeraient pas aux entreprises de s'abstenir de toute forme de communication sur les mesures visant à limiter l'absence de BPA dans leurs produits, n'édicteraient aucune interdiction automatique et laisseraient une place importante à l'interprétation des juges. L'Autorité qualifie ensuite de décision d'association d'entreprises les comportements de l'organisme professionnel, qui a

engagé et mis en œuvre une stratégie visant à empêcher l'utilisation du BPA comme argument commercial, en enjoignant à ses adhérents de ne pas en faire un argument marketing et en surveillant leur comportement, et qui a, en outre, recherché et obtenu le concours d'autres organisations professionnelles afin d'étendre sa stratégie auprès des fabricants de boîtes et de rallier les distributeurs.

Les organismes faisaient également valoir que l'allégation relative à la présence ou l'absence de BPA ne pouvait constituer un paramètre de concurrence au moment des faits dans la mesure où elle était inconnue des consommateurs. En outre, son illicéité au regard du droit de la consommation excluait également qu'elle puisse être considérée comme un tel paramètre. L'AdC considère de son côté que la communication sur l'absence de BPA constituerait non seulement pour les parties à l'entente, mais également pour d'autres acteurs de la production ou de la grande distribution, ainsi que pour le législateur, un paramètre de concurrence dès lors qu'elle représente un critère de choix pour les consommateurs et donc un paramètre de nature à influencer sur la demande adressée aux conserveurs et in fine sur la concurrence, le caractère essentiel ou non de ce critère étant indifférent. En outre, le fait que la présence ou non de BPA n'ait pas d'influence sur les ventes n'exclurait pas de la qualifier de paramètre de concurrence. D'autres considérations peuvent, selon l'Autorité, tout à fait expliquer qu'une pratique, bien que portant sur un paramètre de concurrence, génère des effets limités ou difficilement mesurables. De même, le fait que la coordination entre les organismes professionnels et leurs adhérents ait eu pour objectif d'assurer la transition vers des boîtes sans BPA ne la prive pas de son objet anticoncurrentiel. Dès lors, pour l'Autorité, constitue une restriction par objet la stratégie collective mise en place par les organismes professionnels en cause dont l'objectif était, selon elle, d'empêcher toute entreprise de prendre un avantage concurrentiel par la mise en avant de l'absence de BPA dans ses produits et de s'assurer que les consommateurs ne seraient pas informés de la présence ou de l'absence de BPA pendant cette période de transition.

La motivation de cette décision

n'emporte pas la conviction. Selon la jurisprudence, une présomption de restriction de concurrence par objet doit être fondée sur l'expérience acquise, laquelle a pour fonction de démontrer la nocivité du comportement en cause, cette expérience devant être constituée à la date de qualification de la pratique (V. not., Paris, 4 juill. 2019, n° 16-23609). En l'occurrence, les parties considéraient qu'il n'existait aucun précédent dans lequel une autorité de concurrence aurait sanctionné des entreprises exclusivement pour des pratiques de communication relatives à une caractéristique technique d'un produit. Tel n'est pas l'avis de l'AdC qui estime que la notion d'expérience acquise ne se résume pas à la détermination d'un catalogue exhaustif d'accords dont la nocivité aurait été déjà démontrée par le passé. Aussi, le fait que les comportements soient, pour la première fois, appréhendés par une autorité de concurrence n'empêcherait-il pas, selon elle, de la qualifier de pratiques anticoncurrentielles par objet. Par ailleurs, selon l'Autorité, le fait que la DGCCRF ait rappelé qu'elle n'encourageait pas les entreprises à utiliser les allégations négatives du type « sans BPA » car elles ne sont pas les plus informatives pour les consommateurs, ne permet pas d'écarter la qualification de restriction par objet en l'absence de caractère contraignant pour les entreprises concernées. De même, l'absence de mise en œuvre concrète de la pratique par les parties ou son inutilité pour certaines d'entre elles n'entrent pas en ligne de compte dans l'analyse de son objet anticoncurrentiel. Ces affirmations péremptoires sont contraires à la jurisprudence en matière de restriction par objet dont elles ne respectent pas les conditions. Enfin, certaines parties alléguaient que cette stratégie de non-communication sur l'absence de BPA constituait une restriction accessoire à la coopération principale consistant dans la mise en commun de travaux de recherche afin de trouver des substituts fiables au BPA et visait à favoriser le développement technologique et à assurer le respect de la date butoir du 1er janvier 2015 pour les acteurs de la filière. Selon l'Autorité, cette qualification doit être écartée car la restriction qui résulte de la stratégie de communication sur l'absence de BPA n'est pas proportionnée à



cette opération de R&D ni dans son champ matériel, ni dans son champ temporel, dès lors qu'elle a concerné une grande partie de la filière agro-alimentaire, bien au-delà des entreprises impliquées via leurs organisations professionnelles, qu'elle a porté sur tout type de produits, que des substituts au BPA aient été trouvés ou non, et qu'elle a commencé à une date où la recherche collective n'était pas encore lancée.

Enfin, l'AdIC qualifie les pratiques qui viseraient à empêcher d'une part qu'un acteur ne fasse du BPA un argument marketing pendant la période de transition et d'autre part à opposer un refus aux demandes des distributeurs de commercialisation de boîtes sans BPA, empêchant toute initiative individuelle liée au basculement vers des contenants sans BPA d'infraction unique, complexe et continue dès lors qu'elles

s'inscrivent dans un plan d'ensemble qui a pour objectif de neutraliser les risques concurrentiels liés à l'introduction sur le marché de contenants alimentaires sans BPA. Selon l'Autorité, ces pratiques auraient présenté un lien de complémentarité, la règle commune fixée par un premier organisme professionnel ayant ensuite été reprise par l'ensemble des organisations professionnelles de conservateurs puis par celle des fabricants de boîtes et que cette action commune a été prolongée par d'autres comportements destinés à en garantir le succès et l'efficacité, notamment en rappelant à l'ordre les entreprises déviantes. Faute de distanciation publique, l'AdIC exclut que le fait qu'une entreprise vende des boîtes de conserve, mais ne décide pas de leur fabrication, n'a joué qu'un rôle technique dans les diverses présentations et considère que le fait

qu'il n'ait pas été fait mention dans l'ordre du jour de réunions de l'objet anticoncurrentiel ne permet pas de s'exonérer de la participation à l'infraction complexe. Dans l'ensemble, la décision apparaît très critiquable et méconnaît le rôle indispensable et utile des organisations professionnelles dans l'accompagnement des mutations réglementaires voulues par les pouvoirs publics.

Notre cabinet assiste l'une des organisations professionnelles dans le cadre de ce dossier.

ENTENTES

Autorité de la concurrence
29 décembre 2023
23-D-15



Le consommateur, qui souscrit un contrat de leasing automobile sans obligation d'achat, ne dispose pas de droit de rétractation.

Après s'être rendu dans les locaux d'un concessionnaire automobile, un consommateur allemand s'est vu proposer un contrat de leasing par un employé, agissant en tant qu'intermédiaire d'un établissement de crédit, qui l'a renseigné sur le contrat envisagé et a procédé au calcul des différents éléments du leasing. Le 10 novembre 2018, le consommateur a conclu, au moyen d'une technique de communication à distance, le contrat de leasing concernant un véhicule automobile affecté à un usage privé. Souscrit pour une durée de 24 mois, le contrat n'emporte aucune obligation pour le consommateur d'acheter le véhicule à son échéance. Après versement d'un acompte, le consommateur prend possession du véhicule à partir de janvier 2019 et paie les mensualités prévues. Le 25 juin 2020, il notifie à la banque son intention de se rétracter du contrat de leasing, conformément à la réglementation allemande. L'affaire ayant été portée en justice, le consommateur faisait valoir devant la juridiction de renvoi que le délai de rétractation de quatorze jours n'avait jamais commencé à courir, compte tenu du caractère insuffisant et illisible des informations, pourtant obligatoires, qui lui avaient été fournies. En outre, selon lui, le contrat devait être qualifié de contrat à distance ou hors établis-

sement, bénéficiant en tant que tel du droit de rétractation prévu pour ce type de contrats par le droit allemand. La banque soutenait, quant à elle, que les règles de rétractation relatives aux contrats de crédit à la consommation ne s'appliquaient pas à un tel contrat de leasing et contestait toute qualification de contrat à distance ou hors établissement.

Sur la qualification du contrat de leasing litigieux, et notamment sur la question de savoir s'il relève de la directive 2008/48 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, de la directive 2002/65 sur la commercialisation à distance des services financiers, ou de la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs (et notamment au droit de rétractation), la Cour de justice rappelle d'abord que s'il incombe au seul juge de renvoi d'effectuer cette qualification, elle peut néanmoins dégager, des dispositions de ces directives, les critères que ce dernier peut ou doit appliquer à cette fin. Ainsi, relevant que la directive 2008/48 ne s'applique pas aux contrats de location ou de crédit-bail dans le cadre desquels l'obligation d'acheter l'objet du contrat n'est prévue, ni par le contrat lui-même, ni par un contrat séparé, qu'en l'espèce, le contrat de leasing en cause répond à la définition de contrat de crédit-bail et qu'il est sans obligation

d'achat, la Cour en déduit qu'il est exclu du champ d'application de cette directive. S'agissant de la directive 2002/65, elle écarte également son application au contrat de leasing litigieux, dès lors qu'il n'a pour objet de fournir ni un service ayant trait à la banque, entendu au sens d'activité commerciale traditionnellement exercée par les banques, puisqu'un tel service est le plus souvent proposé par des banques liées à des constructeurs automobiles ou par des sociétés spécialisées dans le leasing automobile, ni un service ayant trait au crédit, puisque son objet principal a trait à la location d'un véhicule. En revanche, la Cour considère qu'un contrat de leasing d'un véhicule automobile sans obligation d'achat, tel que celui en cause, relève de la directive 2011/83, dès lors qu'il entre dans la définition de « contrat de service » prévue à son article 2, paragraphe 6, visant « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci ».

S'agissant du droit de rétractation prévu par la directive 2001/83, celui-ci n'est applicable que pour autant que le contrat de leasing en cause relève de la notion de contrat conclu à distance, défini à l'article 2,



point 7, ou de celle de contrat hors établissement, retenue à l'article 2, point 8, et qu'il ne tombe pas sous le coup de l'exception au droit de rétractation prévue à l'article 16, sous l). Selon la Cour, le contrat de leasing en cause ne peut pas être qualifié de contrat à distance au sens de l'article 2, point 7, dès lors que sa conclusion a été précédée d'une phase de négociation, qui s'est déroulée en la présence physique simultanée du consommateur et d'un intermédiaire agissant au nom ou pour le compte du professionnel, au cours de laquelle le consommateur a reçu de la part de cet intermédiaire, aux fins de cette négociation, l'ensemble des informations relatives à son droit de rétractation et a pu l'interroger sur le contrat envisagé ou l'offre proposée, afin de dissiper toute incertitude quant à la portée de son éventuel engagement contractuel avec le professionnel. De même, il ne peut pas être qualifié de contrat hors établissement, au sens de l'article 2, point 8, dès lors qu'au cours de la phase préparatoire à la conclusion du contrat par le recours à une technique de communication à distance, le consommateur s'est rendu dans l'établissement commercial d'un intermédiaire, agissant au nom ou pour le compte du professionnel, aux fins de la négociation de ce contrat mais opérant dans un autre domaine d'activité que ce professionnel, à condition toutefois que le consommateur ait pu, en tant que consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, s'attendre, en se rendant dans l'établissement commercial de l'intermédiaire, à faire l'objet d'une sollicitation commerciale de la part de ce dernier et qu'il ait en

outre pu aisément comprendre que cet intermédiaire agissait au nom et pour le compte dudit professionnel. Si, en l'espèce, la juridiction de renvoi constatait que le consommateur ne pouvait s'attendre à faire l'objet d'une telle sollicitation commerciale, le contrat de leasing litigieux relèverait alors de la notion de contrat conclu hors établissement.

Demeure donc la question de savoir si l'exception au droit de rétractation, prévue à l'article 16 sous l), pour les contrats à distance ou hors établissement portant sur des services de location de voitures assortis d'une date ou d'une période d'exécution spécifique serait opposable au consommateur qui a, comme en l'espèce, conclu avec un professionnel, pour une durée de 24 mois, un contrat de leasing, sans obligation d'achat, relatif à un véhicule automobile. Pour ce faire, la Cour rappelle que cette exception vise à protéger le professionnel « *contre le risque lié à la réservation de certaines capacités que ce dernier pourrait avoir des difficultés à remplir en cas d'exercice du droit de rétractation* ». Dans le cadre du contrat de leasing en cause, le professionnel acquiert le véhicule, à la demande et en fonction des spécifications du consommateur, en en demeurant propriétaire pendant la durée du contrat, le consommateur étant tenu de le lui restituer à l'échéance du terme, afin qu'il le destine à une nouvelle utilisation, telle qu'un nouveau leasing, une autre forme de location ou une vente. Dès lors, indépendamment de la durée pour laquelle un tel contrat est conclu, le professionnel pourrait, dans le cas où un droit de rétractation serait reconnu au consommateur, rencontrer des difficultés à

réaffecter, sans subir à cet égard des inconvénients disproportionnés, le véhicule spécialement acquis à la demande du consommateur. En effet, en fonction de la marque, du modèle, du type de moteur, de la couleur de la carrosserie ou des options dont le véhicule est équipé, le professionnel pourrait ne pas réussir, dans un délai raisonnable suivant l'exercice du droit de rétractation, à l'affecter à une autre utilisation équivalente pour la période correspondant à la durée du leasing originellement prévue, sans subir un dommage économique important. Pour cette raison, la Cour affirme qu'un contrat de leasing relatif à un véhicule automobile conclu pour une durée de 24 mois, tel que celui en cause au principal, se rapporte à une « *prestation de services [...] de location de voitures [pour] une date ou une période d'exécution spécifique* », au sens de l'article 16, sous l), de la directive 2011/83.

CONTRAT À DISTANCE ET HORS ÉTABLISSEMENT

Cour de justice de l'Union européenne
21 décembre 2023
C-38/21, C-47/21 et C-232/21

★★★



Comment assurer le secret de la correspondance échangée entre l'entreprise et ses avocats en cas de perquisition de concurrence ?

Le secret des correspondances entre les avocats et leurs clients constitue un principe fondamental dans tous les pays démocratiques dont l'organisation repose sur un Etat de droit. Comme l'a dit pour droit la Cour européenne des droits de l'Homme, « cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or, un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels » (Cour EDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, pts 118 et 119). La Cour de justice de l'Union estime de même que le secret se justifie par le fait que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat dont la profession englobe, par essence, la tâche de donner de façon indépendante des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin (CJUE, 8 déc. 2022, aff. C-694/20, pt 28). En outre, la mission de prévention des infractions implique que l'avocat puisse prodiguer un conseil à son client en vue de le mettre en garde contre une éventuelle infraction sans que cette consultation ne puisse par la suite être utilisée pour prouver ou faire présumer une infraction. Malheureusement, autant le principe est proclamé, autant il est bien peu respecté en pratique, en particulier dans le cadre des opérations de visite et saisie (OVS) menées par l'Autorité de la concurrence. Les rapporteurs sont particulièrement intéressés par la prise de connaissance des correspondances avocats-clients et en particulier des consultations qui retracent l'analyse des pratiques de l'entreprise. Il est indispensable de réagir à ces dérives qui mettent en cause à la fois la mission fondamentale de défense des justiciables et la prévention efficace des infractions aux règles de conformité. Que faire ?

1. Protéger par anticipation au maximum le secret des correspondances.

Il est important de mentionner sur chaque correspondance reçue de son conseil ou qui lui est destinée le fait qu'il s'agit d'une correspondance avocat-client soumise à la confidentialité. Il convient de privilégier

l'envoi de mails directs entre l'entreprise et son avocat et non de mettre l'avocat en copie. Même si le secret est portable, à savoir que le contenu d'une consultation donnée par un avocat continue d'être protégé en cas de retransmission interne au sein de l'entreprise selon un arrêt récent (Cass. com., 26 janv. 2022, n° 17-87.359), cette portabilité peut donner lieu à contestation. Il est donc préférable de s'en tenir à des correspondances directes et, au cas où une retransmission ou réutilisation s'avérerait nécessaire, de reproduire exactement la teneur de la consultation et de la sourcer en indiquant qu'il s'agit d'une consultation de l'avocat de l'entreprise.

2. Faire valoir immédiatement l'existence de correspondances avocat-client en cas d'OVS.

Il convient de signaler la présence de correspondances avocat-client aux rapporteurs de l'Autorité en charge de l'OVS et à l'officier de police judiciaire assistant aux OVS. Compte tenu du refus anormal, mais désormais généralisé, des rapporteurs d'accepter d'inclure les réserves de l'occupant des lieux et des avocats dans leur procès-verbal, il est prudent de formuler des réserves par écrit et de les remettre à l'OPJ en vue de leur transmission au juge des libertés et de la détention (JLD). En principe, en cas d'invocation de l'existence de correspondances avocats-clients dans les fichiers saisis, les rapporteurs de l'Autorité procéderont à la mise sous scellé fermé provisoire des fichiers. Ceci ne constitue cependant absolument pas une garantie du respect du secret mais simplement la première étape d'un long combat pour obtenir une protection limitée.

3. Transmettre à l'Autorité un listing motivé des correspondances que l'on souhaite voir protégées.

En fin d'OVS, les rapporteurs remettent souvent à l'entreprise non pas une copie des éléments numériques saisis, mais un simple chemin d'accès visé dans l'inventaire qui oblige l'entreprise, d'une part, à reconstituer les documents saisis et, d'autre part, à tenter de recenser en leur sein les documents à protéger dans un tableau au format prédéfini imposé par les rapporteurs. Cette façon de faire inverse la charge du respect de la protection et implique

un travail colossal qui en pratique ne peut se faire sans l'aide d'une entreprise de forensic. Il convient en l'état de la pratique d'effectuer ce travail long et fastidieux de recensement et de justification pour chaque document pour lequel l'entreprise estime qu'il doit être protégé. A défaut, l'entreprise risque de voir sa demande purement et simplement rejetée (Paris, 6 déc. 2023, n° 22/16777 citant Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 19-84.304).

4. Redoubler de prudence lors de l'ouverture des scellés fermés provisoires.

L'expérience montre que l'ouverture des scellés fermés provisoires ne se fait pas, actuellement, de façon satisfaisante. Les rapporteurs se contentent d'ouvrir le scellé et de répartir les fichiers à analyser entre plusieurs équipes de rapporteurs puis d'examiner de façon unilatérale les documents pour lesquels la confidentialité est invoquée. Aucune discussion contradictoire n'est autorisée par eux avec l'occupant des lieux et ses avocats à propos du bien-fondé ou non des documents signalés comme étant couverts par le secret des correspondances avocats-clients, contrairement aux usages établis par exemple en cas d'ouverture de scellés à la suite de constats sur ordonnance dans le cadre de l'article 145 CPC. En dépit des demandes qui leur sont faites, les rapporteurs refusent toute discussion, se contentent d'examiner par équipes de deux les documents et décident discrétionnairement des documents qu'ils acceptent de considérer comme couverts par le secret ou non. Cette méthode non contradictoire conduit à multiplier la proportion des documents considérés comme non couverts et donc librement consultables par eux et à créer des incohérences entre les différentes équipes de rapporteurs, le même type de document pouvant être considéré comme couvert ou non selon les équipes. Cette méthode permet également aux rapporteurs, dont certains participeront ensuite à l'instruction du dossier, de prendre longuement connaissance des échanges avocats-clients lors du tri. Enfin, elle alourdit inutilement le travail des magistrats en cas de recours car une discussion contradictoire aurait permis de res-



treindre significativement le nombre de documents contestés comme le démontre la procédure suivie en cas de mesure au titre de l'article 145 CPC. Il est très important de faire constater tous ces dysfonctionnements. A cette fin, il convient, par précaution, de demander que l'ouverture des scellés se fasse dans les locaux de l'entreprise et de se faire assister par un commissaire de justice pour faire constater le déroulement des opérations. Sa présence pourrait donner lieu à contestation par les rapporteurs, mais elle est utile car il prendra note de l'entier déroulement là où l'OPJ pourrait se limiter à un rapport succinct. Bien entendu, il convient de solliciter un examen contradictoire, qui sera refusé selon toute vraisemblance, de faire acter ce refus et de faire toutes les réserves qui s'imposent en les transmettant par écrit à l'OPJ et au commissaire de justice.

5. Contester toutes les limites au secret opposées par les rapporteurs.

La vision du secret des correspondances par les rapporteurs est très limitée et ne respecte pas le droit positif. Pour eux, le secret est restreint

aux droits de la défense en matière de concurrence, ce qui contrevient frontalement à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé à plusieurs reprises que le secret en matière d'OVS de concurrence devait être protégé au titre de toutes les procédures où un avocat assure la défense de son client, donc en toutes matières (Cass. crim., 20 avr. 2022, n° 20-87.248 ; 4 janv. 2022, n° 20-83.813 ; 20 janv. 2021, n° 19-84.292). De même, les rapporteurs peuvent avoir tendance à exclure des consultations d'avocat en dehors d'une procédure alors qu'il est acquis que la confidentialité des correspondances de l'avocat concerne aussi bien l'exercice de la défense que les activités de conseil ainsi que l'ont rappelé la Cour de cassation (Cass. 2e civ., 7 nov. 1994, n° 92-17.799 ; Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14.008) et la Cour EDH (Cour EDH, 17 déc. 2020, *Saber c. Norvège*, req. n° 459/18).

6. Former un recours contre le déroulement des opérations devant le premier président de la cour d'appel.

La procédure actuelle de scellé fermé provisoire ne permet pas

une protection effective du secret des correspondances à de multiples égards. Aussi, son déroulement devra-t-il être contesté devant le premier président de la cour d'appel. Il n'empêche que les correspondances classées à tort comme non confidentielles seront librement accessibles aux rapporteurs en attendant que le premier président statue, ce qui peut intervenir un an après l'ouverture des scellés. La procédure actuelle organise donc structurellement un non-respect du secret des correspondances avocat-client, ce qui n'est pas admissible dans une société démocratique.

* Notre cabinet a conseillé l'une des organisations professionnelles mises en cause dans le cadre de la procédure n° 23-D-15, V. commentaire ci-dessus.