

LA DÉCISION DU MOIS

Le délai de prescription d'une action en réparation du préjudice concurrentiel commence à courir à compter de la publication de la décision de la Commission, même si celle-ci n'est pas définitive.

Le 27 juin 2017, la Commission a condamné Google pour avoir abusé de sa position dominante en accordant systématiquement la première position à son propre service de comparaison de prix dans les résultats de recherche des utilisateurs et en rétrogradant les services concurrents dans la liste des résultats. Outre une amende de près de 2,5 milliards d'euro, elle a imposé à Google de mettre un terme à l'infraction. Deux mois plus tard, entrant en vigueur la loi tchèque de transposition de la directive 2014/104. Dans le même temps, Google introduisait un recours contre la décision de la Commission devant le Tribunal de l'Union. Enfin, en juin 2020, la société Heureka, éditrice d'un comparateur de prix, qui s'estimait victime des pratiques de Google, a engagé une action en réparation de son préjudice devant le juge civil. Dans le cadre de ce litige, Google a opposé l'acquisition de la prescription, Heureka ayant, selon la plateforme, eu connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction bien avant la décision de la Commission. La cour de renvoi, constatant que la pratique avait commencé à être mise en œuvre avant l'entrée en vigueur de la directive 2014/104 et n'avait cessé qu'après l'expiration du délai de transposition de celle-ci, mais avant sa transposition effective, s'est interrogée sur les règles de prescription applicables, et a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle.

La première difficulté tenait au fait que la réglementation applicable avant la loi de transposition de la directive, prévoyait un délai de prescription de trois ans dont le point de

départ était fixé à la date à laquelle la personne lésée avait ou pouvait avoir eu connaissance de son dommage et de l'identité de la personne tenue de le réparer, sans qu'il soit exigé qu'elle ait connaissance du fait que le comportement concerné constituait une infraction aux règles de la concurrence ou que l'infraction ait pris fin. En vertu de cette réglementation, le délai de prescription ne pouvait par ailleurs être ni suspendu ni interrompu au cours de l'enquête de la Commission concernant l'infraction, ni suspendu jusqu'à un an après que la décision de la Commission constatant l'infraction devienne définitive. Enfin, cette réglementation était interprétée en ce sens que l'ensemble du dommage naissant au cours d'une infraction continue au droit de la concurrence était divisible en dommages partiels et que, pour chaque dommage partiel, un délai de prescription autonome commençait à courir, de sorte que le droit à réparation se prescrivait séparément et progressivement.

Le droit national antérieur à la transposition de la directive 2014/104 ne peut s'appliquer que s'il respecte le principe d'effectivité, qui impose de ne pas rendre excessivement difficile l'exercice de l'action en réparation.

Avant de déterminer si l'article 10 de la directive relatif aux règles de prescription de l'action, s'oppose à une telle réglementation, il convient, selon la Cour, de vérifier si la situation en cause était acquise avant l'expiration du délai de transposition, c'est-à-dire si le délai de prescription applicable en vertu de cette réglementation était écoulé. Pour ré-

pondre à cette question, il faut aussi vérifier si la règle de prescription nationale respecte le principe d'équivalence et d'effectivité. Or, selon la Cour, l'exercice du droit à réparation serait rendu pratiquement impossible ou excessivement difficile si les délais de prescription applicables commençaient à courir avant que l'infraction ait pris fin et que la personne lésée ait pris ou ait pu prendre connaissance des informations indispensables pour l'introduction de son action, en raison de l'asymétrie d'information entre les parties et de la difficulté de quantifier le préjudice causé par une infraction qui serait toujours en cours. En outre, si une action pouvait se trouver prescrite avant même l'intervention d'une décision de la Commission, l'exercice des *follow-on* actions serait pratiquement rendu impossible, en dépit des avantages probatoires indéniables de telles actions. Il en irait d'ailleurs de même si la prescription n'était pas interrompue pendant la durée de l'enquête de la Commission et pouvait donc se trouver acquise avant le prononcé de sa décision.

Ensuite, pour faire courir le délai de prescription, la Cour rappelle qu'il faut que la victime ait connaissance de l'existence d'une infraction au droit de la concurrence, d'un préjudice, du lien de causalité entre ce préjudice et cette infraction ainsi que de l'identité de son auteur. Or, selon le juge européen, le moment d'une telle connaissance coïncide nécessairement avec la date de publication du résumé de la décision de la Commission au Journal officiel. Si l'auteur des pratiques estime que cette connaissance peut être anté-



rière à la publication, il lui revient de démontrer que tel est le cas. Le point de départ peut-il être fixé à la date de publication du résumé de la décision même si celle-ci n'est pas définitive, comme en l'espèce, du fait de l'existence de recours intentés contre celle-ci ? Le juge de l'Union répond par l'affirmative. D'une part, les actes des institutions de l'Union jouissent d'une présomption de légalité et, partant, produisent des effets juridiques aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés ou retirés. D'autre part, l'article 16, paragraphe 1, du règlement 1/2003, qui impose aux juridictions nationales, lorsqu'elles statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 101 ou 102 TFUE qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, de ne pas prendre de décisions qui iraient à l'encontre

de la décision adoptée par la Commission, n'exige nullement que la décision de la Commission soit devenue définitive pour que le juge national soit tenu de s'y conformer.

Il en résulte que le régime de prescription national applicable avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition ne respecte pas les principes d'équivalence et d'effectivité. Il doit donc en être fait abstraction pour vérifier si l'action d'Heureka était prescrite à la date d'expiration du délai de transposition de la directive, date à partir de laquelle le droit national se devait d'être interprété conformément aux objectifs de celle-ci. En l'occurrence, la Cour estime que le délai n'a pu courir avant la date d'adoption de la décision, puisque celle-ci a fait injonction à Google de mettre un terme à ses pratiques. La situation n'étant dès lors pas acquise

avant l'expiration du délai de transposition de la directive, l'article 10 de celle-ci est donc applicable ratione temporis. Or, en vertu du paragraphe 4 de ce texte, la prescription doit être suspendue, à tout le moins, jusqu'à un an après la date à laquelle la décision constatant l'infraction est devenue définitive. La réglementation nationale, qui ne prévoyait pas une telle suspension, était dès lors incompatible tant avec le principe d'effectivité qu'avec l'article 10.

SANCTIONS CIVILES

Cour de justice de l'Union européenne

19 avril 2024

Aff. C-605/21



L'ACTUALITÉ

Se prétendre moins cher ne constitue pas un acte de concurrence déloyale.

La société Méga Dental, spécialisée dans l'achat, la vente, l'importation et la distribution de produits dentaires et orthodontiques aux professionnels, est titulaire de plusieurs marques protégées, dont la marque française « MEGA DENTAL ». Reprochant à la société Promodentaire, qui vend sur internet du matériel médical dentaire pour professionnels, d'avoir commis des actes de concurrence déloyale et parasitaire à son préjudice, en reprenant notamment ses codes couleurs et slogans sur certains outils de communication, la société Méga Dental l'a attraite devant le Tribunal de commerce de Paris, devant lequel elle a obtenu gain de cause.

Devant la Cour d'appel de Paris, la société Promodentaire demandait non seulement l'infirmité du jugement, mais faisait valoir reconventionnellement que la société Méga Dental s'était rendue coupable de diffusion de publicités comparatives illicites en usant des slogans « Forcément moins cher, la preuve ! » et « Vous savez que nous sommes moins chers ».

Sur les faits de concurrence déloyale invoqués par Méga Dental, la cour d'appel relève que la communication de cette société ne présente aucune spécificité ou originalité particulière s'agissant de l'emploi, sur des flyers publicitaires, de couleurs

vives combinées à des slogans accrocheurs laissant penser que les prix qu'elle pratique sont les plus compétitifs. Selon la Cour, Méga Dental n'établit pas l'existence d'un risque de confusion entre ses flyers et ceux de Promodentaire, dès lors que les flyers litigieux produisent une impression visuelle d'ensemble nettement distincte, que les slogans utilisés « Forcément moins cher la preuve ! » par Méga Dental et « Moins cher la preuve ! » par Promodentaire, diffèrent. En outre, l'emploi du slogan « Moins cher la preuve ! » s'inscrit chez Promodentaire, dans le cadre d'une publicité comparative dans laquelle les noms de trois autres concurrents sont systématiquement cités, alors que tel n'est pas le cas des flyers de Méga Dental. Par ailleurs, Méga Dental ne saurait revendiquer un monopole sur l'usage du slogan « Forcément moins cher la preuve ! », utilisé depuis longtemps dans les campagnes de communication des enseignes de la grande distribution.

Concernant les lettres d'informations mensuelles adressées par les deux sociétés, la Cour constate qu'elles diffèrent visuellement : la lettre de Méga Dental est au format A4 habituel, la marque et l'enseigne figurant en haut, avec la mention « offre incroyable économisez 40% » ainsi que le prix du produit proposé à la vente tandis que la lettre de

Promodentaire se présente en format paysage avec son nom inscrit en lettres blanches, la mention « Méga Offre », les produits offerts à la vente ainsi que leur prix. Dès lors, même si, sur deux publicités, le même produit est proposé à la vente en deux exemplaires, avec un signe « + » ou le prix mentionné dans un encadré jaune, les différences de présentation nettement marquées des lettres d'information en cause écartent tout risque de confusion, qui ne saurait ressortir du seul emploi du superlatif « méga » dans « méga offre », utilisé régulièrement en matière de publicité. Bien que les deux sociétés se situent sur le même marché restreint de la vente de matériel dentaire, et que Méga Dental se présente comme le leader, fournissant entre 40 à 50 % des cabinets dentaires français, la Cour exclut par ailleurs tout risque que le client soit induit en erreur quant à l'origine des produits proposés ou qu'il soit amené à penser que ces offres proviennent d'entités économiquement liées.

Sous l'angle du parasitisme, la Cour estime que Méga Dental ne démontre pas que les supports commerciaux qu'elle diffuse, même associés à un slogan, constituent une valeur économique individualisée, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel ou d'investissements spécifiques, dès lors que les flyers et



lettres de communication invoqués ne témoignent pas clairement d'une « identité visuelle et sémantique propre », s'agissant de l'emploi de couleurs vives associé à un slogan accrocheur et à la mise en avant de la marque et des prix moindres pratiqués.

Concernant la demande reconventionnelle de Promodentaire, se référant à la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. Com, 22 mars 2023, n° 21-22.92), la cour rappelle qu'une publicité comparative n'est trompeuse, et donc illicite, au sens de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, interprété à la lumière de l'article 4, point a) de la directive 2006/114, nonobstant le fait qu'elle soit objectivement inexacte, que si elle est susceptible d'avoir une incidence sur le comportement économique des per-

sonnes auxquelles elle s'adresse. En l'espèce, Méga Dental ne prétend pas être la moins chère du marché, mais se contente de mentionner le slogan « Forcément moins cher la preuve » ou « vous savez que nous sommes moins chers », sans procéder à une étude comparative avec ses concurrents et les caractéristiques de leurs produits. Dès lors, elle ne se rend pas coupable de publicité comparative illicite, nonobstant la mention associée figurant en petits caractères d'imprimerie « Étude réalisée sur les principaux distributeurs sur les flyers postaux du mois précédent », alors, en outre, qu'il n'est pas démontré que ces publicités auraient été susceptibles d'avoir une incidence sur le comportement économique des professionnels dans le domaine dentaire. Enfin, le fait, pour Méga Dental, de prétendre sur son

site internet ou dans des publicités, « vous savez que nous sommes moins chers », ne saurait constituer une pratique commerciale trompeuse compte tenu de la généralité des termes employés, alors même qu'aucune publicité comparative illicite n'est caractérisée à son égard, cette société ne se présentant ni comme la société la moins chère sur le marché, ni comme garantissant les prix les plus bas sur l'intégralité des produits en vente.

CONCURRENCE DÉLOYALE

Cour d'appel de Paris

3 avril 2024

n° 22/04723



Le montant de l'amende administrative doit être corrélé au seul gain en besoins de fonds de roulement établi par l'Administration.

Condamnée par la DIRECCTE à une amende administrative de 350 000 euro pour dépassement des délais de paiement impératifs visés au I de l'article L. 441-10 du Code de commerce et à la publication de la décision pour une durée de douze mois, une société a formé un recours hiérarchique, qui a été rejeté. Saisi d'un recours, le Tribunal administratif de Marseille l'a également déboutée.

Dans le cadre de son recours, l'entreprise invoque l'insuffisante motivation de la décision. Tel n'est pas l'avis de la cour, qui relève que celle-ci mentionne le texte d'incrimination, la période du contrôle, le nombre de factures étudiées, le nombre et le pourcentage de factures payées en retard et le montant de l'encours de ces factures. L'argument selon lequel le contrôle n'a porté que sur un échantillon réduit de factures, représentant moins de 1 % des opérations de la période analysée, est également écarté, dès lors qu'il n'est pas jugé de nature à vicier la procédure. Par ailleurs, très classiquement, la cour rejette la critique tirée de la méconnaissance, par la DIRECCTE, du principe de séparation des autorités de poursuite et de sanction.

Sur le calcul du montant de l'amende, la cour relève que pour la période de contrôle, sur les 70 factures étudiées, 48,57 % ont été

réglées en retard, dont 38 % avec un retard inférieur à 12 jours, 6 % avec un retard de 12 à 24 jours et 56 % avec un retard supérieur à 24 jours. Le montant cumulé des factures payées en retard s'est élevé à plus de 165 000 euro. Le retard moyen pondéré s'élève en l'occurrence à 35,25 jours. La durée du contrôle étant de 210 jours, le gain annuel en besoins de fonds de roulement s'établit donc à 27 743,35 euro.

Pour justifier ses retards, la société a soutenu qu'elle aurait reçu tardivement 10 des 34 factures en cause. Si la cour admet qu'une sanction ne peut être infligée à une personne à raison de faits qui ne lui sont pas imputables, encore faut-il que celle-ci établisse avoir accompli les diligences nécessaires pour en obtenir communication. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce. De même, la société faisait valoir qu'elle avait été désorganisée, peu de temps avant la période du contrôle, par l'absorption de deux autres sociétés, ce qui aurait entraîné des erreurs d'adressage des factures ainsi que des problèmes de réorganisation interne, sans établir ces allégations ni les précautions prises pour éviter ces erreurs. Enfin, bien que prétendant pâtir elle-même de retards de trésorerie imputables à certains de ses clients qui la payaient avec retard, la société ne prouvait pas avoir subi des difficultés financières,

alors que son activité enregistrait des résultats largement excédentaires sur la période correspondant à l'exercice clos en 2017.

Néanmoins, la société a fait valoir avec succès que les infractions ne se présument pas, l'amende devait être calculée au regard des seuls manquements constatés, sans que l'Administration puisse, comme en l'espèce, la majorer pour tenir compte du caractère réduit de l'échantillon contrôlé. Par conséquent, la sanction ne pouvait être portée à un montant de 350 000 euro, alors que son gain annuel en besoins de fonds de roulement, représentatif de l'atteinte portée à l'ordre public économique, se limitait à 27 743,35 euro. Le montant de l'amende est donc ramené à 27 500 euro.

DÉLAIS DE PAIEMENT

Cour administrative d'appel de Marseille

15 avril 2024

n° 23MA01153





Des pouvoirs d'investigation sans entrave, ou presque...

Le premier président de la Cour d'appel de Paris a rendu plusieurs ordonnances dans le cadre de recours exercés par quatre grands groupes laitiers visés par une enquête sur des pratiques de répartition de marchés qui auraient été mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement en lait de vache.

S'agissant des ordonnances d'autorisation, les groupes laitiers faisaient valoir qu'elles ne seraient pas fondées sur des preuves de pratiques anticoncurrentielles et que l'Administration aurait dénaturé les éléments produits pour convaincre le juge des libertés et de la détention d'autoriser les visites. Cependant, comme toujours, le premier président rappelle qu'au stade de l'enquête, le juge n'a pas à se fonder sur des preuves de pratiques anticoncurrentielles, mais seulement sur des présomptions de pratiques, qui peuvent émerger d'un faisceau d'indices, voire même d'une seule présomption. Par conséquent, il apparaît inutile de contester les documents versés par l'Administration à l'appui de sa demande pièce par pièce, ou de faire valoir que l'entreprise en cause n'est pas mentionnée spécifiquement dans chacune d'elles.

S'agissant du déroulement des opérations, les ordonnances commentées confirment la très large portée des pouvoirs des enquêteurs, tout en leur apportant quelques limites bienvenues. Les contestations relatives aux mentions du procès-verbal apparaissent invariablement vouées à l'échec : le juge n'accepte pas que la preuve selon laquelle les procès-verbaux établis par les agents enquêteurs ne refléteraient pas la réalité des opérations puisse résulter des seules réserves déposées par l'occupant des lieux auprès

de l'officier de police judiciaire. De même, il considère qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux rapporteurs de l'Autorité de la concurrence de porter au procès-verbal une mention relative au constat que les documents papier sélectionnés, inventoriés et finalement saisis entrent dans le champ de l'autorisation de visite et de saisie donnée par le juge des libertés et de la détention.

Les ordonnances rappellent aussi que des documents peuvent être saisis même lorsqu'ils ne sont que partiellement en lien avec l'objet de l'enquête, ce qui peut entraîner l'appréhension de documents relevant de la vie privée des salariés ou du secret des correspondances avocat-client. Les documents privés échappent, selon le juge, à la protection du RGPD et de la loi informatique et libertés, dès lors que la procédure de saisie organisée par l'article L. 450-4 du Code de commerce est encadrée par le contrôle du juge des libertés et de la détention et, sur recours, du premier président de la cour d'appel. La restitution des documents en cause n'est pas non plus couverte par la procédure d'expurgation, qui ne concerne que les documents couverts par le *legal privilege*. Le juge indique que la demande de restitution doit être présentée par les salariés eux-mêmes et non par l'entreprise.

En ce qui concerne les documents couverts par la confidentialité des échanges avocat-client, le juge est loin de faire preuve de la même rigidité envers l'Administration qu'envers les entreprises. Alors que les inventaires de documents saisis peuvent se limiter à des informations plus que sommaires, aucun formalisme n'étant imposé aux enquê-

teurs, le juge attend de l'entreprise qu'elle identifie précisément chaque document saisi, qui, selon elle, relèverait de la protection, sans pouvoir se limiter à des indications tirées du nom du document ou de celui de ses expéditeurs ou destinataires, et qu'elle établisse précisément, pour chacun d'eux, les raisons pour lesquelles il serait en lien avec les droits de la défense.

De façon plus rassurante, le juge parisien retient, ce qui contribuera à alimenter la controverse qui l'oppose au juge douaisien (V. notre numéro de février 2024), que les demandes des agents enquêteurs, formulées au cours des opérations, tendant à ce que les entreprises leur communiquent, après celles-ci, le contenu de certaines messageries, constituent un détournement de procédure, dès lors qu'elles les privent de la protection prévue par l'article L. 450-4. Comme nous l'indiquions précédemment, le souci de ne pas allonger inconsidérément la durée des opérations ne doit pas se traduire par un sacrifice des droits de la défense. Par ailleurs, dans deux des affaires, le juge annule une partie des saisies. En effet, celles-ci ont porté sur le marché du lait de chèvre, alors que le champ de l'autorisation se limitait au marché du lait de vache.

ENQUÊTE LOURDE

Cour d'appel de Paris

27 mars 2024

4 affaires

n° 22/19200, 22/19206, 22/19211 et

22/19280



L'interdiction de vendre sur des places de marché peut-elle s'étendre à des produits standards ?

La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a été saisie, au nom d'une place de marché en ligne, de l'interdiction faite par la tête d'un réseau de distribution sélective à ses revendeurs agréés de commercialiser les produits contractuels par l'intermédiaire de certaines plateformes numériques. La saisissante indique que l'interdiction en cause s'applique même à des « produits standards », par opposition aux produits de luxe ou de haute technicité, et ne concerne que certaines places de marché en ligne intervenant comme intermédiaires et non comme revendeurs. Elle invite la CEPC à apprécier la licéité de

l'interdiction tant au regard de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles que de celle des pratiques restrictives de concurrence.

La CEPC indique que l'examen de pratiques commerciales au regard de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles ne constitue pas sa vocation première et qu'elle ne dispose pas des moyens de mener elle-même une analyse *in concreto* consubstantielle à la mise en œuvre de ces règles. C'est la raison pour laquelle elle précise qu'elle ne s'en tiendra, en l'occurrence, qu'à un rappel des solutions acquises en la matière.

De fait, contrairement à l'interdiction totale de vente en ligne, qui est

prohibée par les autorités de concurrence, l'accord entre un fabricant et les distributeurs agréés d'un système de distribution sélective pour ne pas recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur internet des produits de la marque n'est pas en lui-même contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En effet, l'interdiction en cause relève du droit du fabricant d'organiser son réseau sous la réserve, posée par l'arrêt *Coty*, qu'elle « vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle (soit) fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle (soit) proportionnée au regard de l'objectif



poursuivi » (CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16).

Comme le souligne la CEPC, la solution, initialement énoncée pour les produits de luxe, a été étendue aux produits de haute qualité et technicité (Aut. conc., 24 oct. 2018, n° 18-D-23). En revanche, si elle n'exclut pas qu'elle puisse également s'appliquer à d'autres produits, la CEPC précise ne pas disposer des moyens de procéder à l'appréciation in concreto requise. En outre, l'interdiction du recours aux plateformes est éligible à l'exemption prévue par le règlement 2022/720 du 10 mai 2022, dans les conditions définies par les lignes directrices.

Également interrogée sur le caractère discriminatoire de l'interdiction lorsqu'elle ne s'applique qu'à certaines places de marché, la CEPC décline sa réponse, ne s'estimant pas en mesure d'effectuer l'analyse circonstanciée qui s'imposerait.

La saisissante soulevait aussi la contrariété de l'interdiction, lorsqu'elle ne s'applique qu'à certaines plateformes, à l'article L. 442-1, I, 4° du Code de commerce et la question de la responsabilité qu'elle encourrait pour absence de retrait des offres de distributeurs faites par son intermédiaire en dépit de cette interdiction, sur le fondement de

l'article L. 442-2 du même code.

Sur le premier point, elle souligne que le champ d'application de la prohibition des pratiques discriminatoires, posée par L. 442-1, I, 4° est très limité. Il ne s'applique en effet qu'aux produits de grande consommation (PGC), c'est-à-dire aux produits non durables dont la fréquence et la récurrence de consommation est élevée, et uniquement dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs détaillants, à l'exclusion des grossistes. Or, des « produits standards », ne sont donc pas nécessairement des PGC. En outre, le fabricant n'entretient aucun lien contractuel avec la plateforme, qui joue un rôle d'intermédiaire entre les distributeurs agréés et les clients. Par conséquent, l'interdiction per se de l'article L. 442-1, I, 4° paraît inapplicable à ces pratiques. Pour autant, selon la CEPC, rien n'empêche les plateformes victimes de pratiques discriminatoires d'engager la responsabilité du fabricant et des distributeurs agréés au motif qu'elles s'analysent en une pratique anticoncurrentielle ou une faute justiciable du droit commun de la responsabilité civile.

Sur le deuxième point, la CEPC écarte la distinction suggérée par la saisissante entre les plateformes

exerçant une activité d'intermédiaire (facilitateurs), qui n'engageraient pas leur responsabilité, et celles intervenant comme revendeurs (free riders). En effet, l'article L. 442-2 incrimine aussi bien une participation directe qu'indirecte à l'interdiction de revente hors réseau. Du reste, lorsqu'elle intervient comme intermédiaire, la plateforme peut être considérée comme un tiers complice de la violation de l'interdiction de revente hors réseau s'il est établi qu'elle avait connaissance de l'existence de ventes illicites. Cependant, la mise en cause de sa responsabilité est subordonnée à la preuve de licéité du réseau de distribution, qui pèse sur son animateur, et de sa connaissance que les ventes en cause sont intervenues au mépris des règles du réseau, qui peut résulter d'une mise en demeure de retirer les offres.

DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Commission d'examen des pratiques commerciales
9 avril 2024
Avis n° 24-5



LE CONSEIL DU MOIS

La dérive des enquêtes de concurrence en France

Il existe en matière d'enquêtes de concurrence un décalage croissant entre l'affirmation des principes et la réalité de leur mise en œuvre. Des textes toujours plus nombreux proclament le respect absolu et sacrosaint des droits fondamentaux des personnes et des entreprises. La Convention européenne des droits de l'Homme affirme solennellement le droit à un procès équitable (article 6), le droit à la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (article 8) et le droit à un recours effectif (article 13) pour protéger et garantir les droits et libertés reconnus par la Convention (article 13). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît notamment le droit à une bonne administration (article 42), le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (article 47), la présomption d'innocence et les droits de la défense (article 48). Le Pacte

international sur les droits civils et politiques prévoit des principes analogues. Les droits de la défense font également l'objet d'une protection constitutionnelle clairement revendiquée par le Conseil constitutionnel. Celui-ci les rattache depuis 2006 à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Ils sont présentés dans la jurisprudence du Conseil comme faisant partie, avec le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable, des droits constitutionnels processuels qui découlent de la garantie des droits.

Le paradoxe des enquêtes de concurrence est qu'en réalité leur mise en œuvre va de plus en plus à l'encontre de tous ces beaux prin-

cipes. Certes, les textes semblent en apparence conformes à l'énoncé théorique des principes affirmés. Ils distinguent bien les enquêtes simples (sur le fondement de l'article L. 450-3 du Code de commerce) qui ne permettent en principe que de solliciter des documents sans pouvoir de fouille et les enquêtes lourdes (au titre de l'article L. 450-4) beaucoup plus intrusives mais qui requièrent une autorisation judiciaire préalable et prévoient tout un ensemble de garanties des droits de la défense. Mais l'on assiste depuis quelques années à une double dérive des enquêtes de concurrence en France : en premier lieu, les garanties prévues par chaque type d'enquête apparaissent très faibles et ne sont pas toujours pleinement assurées de manière effective en pratique ; en deuxième lieu, il peut être fait usage aux lieu et place des règles procédurales normalement applicables, de



règles moins protectrices des droits de la défense.

I. La faiblesse et l'absence de respect suffisant des garanties procédurales prévues par chaque type d'enquête de concurrence

A. En matière d'enquêtes simples.

1. Les garanties limitées prévues en matière d'enquêtes simples sont devenues assez formelles en pratique.

En principe, les enquêteurs sont tenus de faire connaître aux personnes interrogées l'objet de leur enquête de façon suffisamment claire et précise. En effet, les enquêteurs ne doivent pas conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre et qui seraient ensuite utilisées contre elles. En pratique, certains enquêteurs indiquent clairement les infractions sur lesquelles ils enquêtent. Mais ce n'est pas toujours le cas. Les procès-verbaux comportent généralement une formule pré-imprimée indiquant « après avoir indiqué l'objet de l'enquête ». Un premier courant de jurisprudence avait pendant une brève période jugé cette mention insuffisante, mais a été rapidement suivi par une jurisprudence constante tolérant cette mention pré-imprimée (Cass. Com., 20 nov. 2001, BOCC, 31 déc. 2001, constamment suivie depuis) même si dans d'autres domaines de telles mentions sont désormais reconnues insuffisantes (Paris, 13 déc. 2017, n° 13/19504 : absence de force probante de la mention du contrat reconnaissant que le document d'information précontractuelle a été reçu). Le fait que les enquêtes puissent être inopinées réduit également l'effectivité de la faculté d'être assisté par son conseil tandis que la rédaction du procès-verbal par les enquêteurs sans enregistrement audio ne garantit pas nécessairement une reproduction exhaustive et parfaitement fidèle des déclarations des personnes entendues.

2. La faculté reconnue aux enquêteurs depuis la loi Hamon du 17 mars 2014 d'accéder en enquête simple aux logiciels et aux données stockées permet malheureusement des fishing expeditions.

Là encore, dans un premier temps, la pratique décisionnelle et la jurisprudence exigeaient qu'en cas de demande de communication de document, les enquêteurs connaissent au moins l'existence des documents et soient en mesure de les identifier (Paris, 16 déc. 1994, BOCCRF 18 déc. 1994, 591. Cass. Com., 4 févr. 1997, D. Aff. 1997, 304) et considéreraient que les enquêteurs ne

pouvaient pas en matière d'enquête simple demander communication, d'une manière générale et imprécise, de tous les documents se trouvant dans les postes informatiques de l'entreprise (Paris, 26 oct. 2017, n° 2017/01658). Depuis la loi Hamon, l'article L. 450-3 permet aux agents d'accéder aux logiciels et aux données stockées. Lors des débats parlementaires, le rapporteur et le ministre ont voulu se montrer rassurants en indiquant que ces nouveaux pouvoirs ne changeaient rien au fait que les enquêteurs ne pouvaient exiger « que la fourniture de documents dont ils ont une connaissance certaine » (AN, séance du 27 juin 2013). En pratique, il arrive néanmoins que des enquêteurs demandent la remise d'une clé USB contenant tous les fichiers répondant à un mot clé, sans que cette pratique n'ait été sanctionnée jusqu'à présent.

3. Bien que la directive ECN+ prévoit un recours effectif contre tout type d'enquête, cette exigence n'a pas été transposée en droit français.

L'article 3, paragraphes 1 et 2, mis en perspective avec le considérant 14 de la directive ECN+, consacre clairement le droit à un recours effectif pour tous les actes d'enquête réalisés par les autorités nationales de concurrence. Cette disposition ne suppose aucune mesure d'exécution pour sa mise en œuvre et ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire à l'Etat membre. Or, force est de constater qu'aucune voie de recours immédiate et autonome contre les mesures d'enquête menées par l'Autorité de la concurrence n'existe en droit français (cf. Cass. crim., 26 avril 2017 ; Paris, 26 oct. 2017, Concurrences 2018/1, 157). La seule voie de recours possible consiste en un contrôle juridictionnel ultérieur, éventuel et très tardif dans le cadre d'un recours devant la Cour d'appel de Paris en cas de recours au fond contre la décision de l'ADLC. En cela, le droit français s'inscrit en contrariété avec la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE qui considèrent que le fait de ne pouvoir exercer un recours qu'en cas d'engagement de poursuites ne satisfait pas aux exigences du droit à un recours effectif, puisqu'un recours ne peut être formé si aucune poursuite n'a été engagée.

B. En matière d'enquêtes lourdes.

1. Le contrôle juridictionnel préalable peut s'avérer très léger.

Les enquêtes lourdes impliquent l'obtention d'une autorisation préalable du JLD. Le contrôle de fond requis du JLD demeure cependant très léger puisqu'il se limite à la vérifica-

tion de l'existence de simples présomptions de pratiques anticoncurrentielles sans même qu'il soit nécessaire qu'elles soient graves, précises et concordantes. En pratique, le recours aux ordonnances préédigées par l'Administration rend le contrôle du JLD assez théorique. Des incohérences manifestes (requête sollicitant une autorisation d'OVS dans un secteur et ordonnance l'autorisant dans un autre sans aucun rapport) ou des délais d'examen particulièrement brefs ou la reprise à l'identique dans l'ordonnance du texte de la requête ne sont jamais remis en cause, les motifs et le dispositif d'une ordonnance sur requête étant réputés avoir été établis par le juge qui l'a signée (jurisprudence constante, V. not. Cass. crim., 28 juin 2023, Concurrences 4/2023, 121).

2. La mise en œuvre des garanties prévues en matière d'enquêtes lourdes est d'une telle difficulté et lourdeur qu'elle les rend largement illusoire.

La quasi-totalité des recours contre l'ordonnance autorisant les OVS sont systématiquement rejetés en pratique. Quant à la contestation du déroulement, les exigences probatoires imposées aux entreprises la rendent très difficile, notamment pour des PME. Ainsi, s'agissant de l'invocation de la confidentialité des échanges avocats-clients, la jurisprudence impose à l'entreprise d'identifier précisément chaque document relevant selon elle de la protection de la confidentialité et de justifier document par document des raisons de la protection (cf. Paris, 27 mars 2024, commenté ci-dessus). En pratique, ces exigences impliquent de faire appel à un prestataire forensic avec tous les coûts liés à son intervention qu'une PME ne peut en général pas se permettre d'engager.

3. Les correspondances avocats-clients sont finalement bien peu protégées.

Selon la Chambre criminelle, le fait que les enquêteurs aient eu accès à des documents couverts par le secret avocat-client lors de la saisie des messageries électroniques n'exerce aucune influence sur la régularité des opérations. Seule l'utilisation de tels documents est prohibée. En cas de recours à des scellés fermés provisoires, le fait que le tri des documents confidentiels soit effectué unilatéralement par les enquêteurs leur permet d'en prendre connaissance alors qu'il est possible que les mêmes enquêteurs soient ensuite chargés de l'instruction du dossier. Par ailleurs, en pratique, les rapporteurs de l'Autorité considèrent



que la jurisprudence de la Cour de cassation étendant le respect de la confidentialité à toutes les matières (Cass. crim., 20 avril 2022, n° 20-87.248 ; 4 janv. 2022, n° 20-83.813 et 20 janv. 2021, n° 19-84.292) ne leur est pas applicable et que seuls les échanges avocats-clients en matière de concurrence pourraient être protégés. De même, ils considèrent que la protection devrait se limiter aux droits de la défense alors que de nombreuses décisions reconnaissent que la confidentialité des correspondances de l'avocat concerne tant la défense que le conseil (Cass. 2e civ., 7 nov. 1994, n° 92-17.799 ; Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14.008 ; Cour EDH, 17 nov. 2020, n° 459/18).

II. Le recours à des procédures moins protectrices des droits de la défense que la procédure d'OVS de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

En pratique, les services d'instruction n'hésitent pas à utiliser la procédure d'enquête simple pour effectuer des demandes de communication massive de documents, générales et imprécises, conduisant à des recherches informatiques très proches d'une enquête lourde, ou encore à utiliser les perquisitions pénales au lieu des opérations de visites et saisies prévues par le droit spécial de la concurrence.

A. Le recours à une enquête simple « alourdie » de préférence à une enquête lourde.

En matière d'enquête simple, il a ainsi pu être demandé une recherche sur les boîtes mails d'une organisation professionnelle portant sur près de 10 années de communications électroniques concernant toutes les correspondances échangées avec 32 personnes sur une question, conduisant à la remise contrainte, sous peine de sanctions, de 17 000 documents sans qu'une telle pratique ne soit condamnée par l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., 29 déc. 2023, n° 23-D-15). Pourtant,

elle permet des pêches aux informations similaires à celle pouvant être réalisée en matière d'enquête lourde mais sans aucune des garanties prévues en cas d'OVS réalisées sur le fondement de l'article L 450-4 du Code de commerce.

B. Le recours aux perquisitions pénales de préférence aux enquêtes lourdes.

Comme l'a relevé la doctrine (BOSCO, Pénal et concurrence : la nouvelle donne, Contrats Conc. Consom., 2020, repère 2), une nouvelle pratique s'est développée récemment dans le cadre des enquêtes initiées par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence. Elle consiste à utiliser de façon combinée les articles 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale et L. 463-5 du Code de commerce. Dans plusieurs affaires, disposant d'éléments relatifs selon eux à l'existence d'une entente, les services d'instruction de l'Autorité n'ont pas saisi le JLD d'une demande d'autorisation d'opérations de visite et saisie sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, mais ont préféré provoquer le déclenchement d'une enquête pénale en adressant au parquet un signalement d'infraction au titre de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Suite à l'ouverture d'une information pénale, les rapporteurs de l'Autorité se voient ainsi délivrer des commissions rogatoires leur permettant de procéder à des auditions et perquisitions et participent pleinement et activement aux actes de l'instruction pénale. Après auto-saisine, l'Autorité demande ensuite au juge d'instruction la communication des pièces du dossier qui l'intéressent et les utilise dans le cadre de sa procédure. Les avantages procurés par le recours à l'enquête pénale par rapport à la procédure classique d'OVS sont clairement assumés et reconnus par le rapporteur général de l'Autotiyté (cf. Concurrences, Enquêtes pénales, transactions – Entre efficacité de

l'action de l'Autorité de la concurrence et effectivité des droits de la défense, 6 déc. 2018). Il appartiendra aux juridictions saisies de statuer sur la validité du recours aux perquisitions pénales dans le cadre des dossiers dans lesquels elles ont été mises en œuvre. Quel que soit le résultat de ces recours, il apparaît que la voie choisie par les services d'instruction n'offre pas les mêmes garanties que la procédure de l'article L. 450-4 du Code de commerce. L'entreprise qui fait l'objet d'une perquisition pénale ne bénéficie ainsi pas d'un contrôle juridictionnel autonome et immédiat du bien-fondé de la visite domiciliaire, ni d'un contrôle judiciaire du déroulement des opérations, ni de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou des auditions de ses salariés en tant que simples témoins (sous réserve d'une évolution de la jurisprudence pénale suite à Cass. crim., 5 mars 2024, n° 23-80.229, JCP G 2024, 488, obs. BOTTON; Ibid. 506, obs. SURIN et BAUDESSON), ni de la remise d'un procès-verbal à l'issue des perquisitions, ni de la procédure des scellés fermés provisoires alors que tous ces droits sont prévus par l'article L. 450-4. Il appartient désormais à la jurisprudence de dire pour droit si le recours à des enquêtes simples alourdies ou à des perquisitions pénales en matière de concurrence constitue une option ouverte aux autorités de concurrence ou un détournement de procédure. S'il devait être considéré qu'il s'agit d'une option, force serait de conclure qu'elle conduirait à une garantie des droits de la défense beaucoup plus limitée que celles prévues par les OVS de l'article L. 450-4 du Code de commerce. Une intervention législative serait alors bienvenue pour corriger la situation et adopter des dispositifs plus protecteurs.

Notre cabinet a assisté des entreprises ou des organisations professionnelles dans plusieurs des affaires évoquées dans la présente note.