

# Points de vue pratiques

par ailleurs le périmètre des produits contractuels dès lors qu'« il n'est nullement mentionné que les produits 'marque de distributeur' (MDD) étaient exclus du périmètre de vente ». Au contraire, le terme général utilisé au contrat – « nos produits » – engloberait la totalité des produits du mandant y compris ceux MDD. En l'absence d'éléments factuels plus précis, nous ne savons pas si cette notion renvoyait à une annexe détaillant les produits contractuels sous marque de fournisseur. Si tel avait été le cas, la commercialisation auprès de ces enseignes de produits MDD aurait-elle caractérisé une violation par le mandant de ses obligations ? Réponse affirmative dans l'hypothèse d'une exclusivité concédée à l'agent ; exclusivité que la Cour a consacré en l'espèce au motif – erroné – que les commissions étaient dues sur les ventes directes et indirectes. En revanche, en l'absence d'exclusivité, rien n'est moins sûr. Il a ainsi été jugé que la proposition d'un nouveau produit à un taux de commission inférieur à celui prévu dans le contrat initial ne peut en effet être analysée comme une modification unilatérale du contrat mais comme la proposition d'un nouveau contrat (Aix-en-Provence, 21 mars 2012, n° 2012/137). La commercialisation de ce produit, lorsqu'elle répond à des impératifs commerciaux, et non à une volonté de nuire à l'agent, ne caractérise donc pas une faute du mandant (Montpellier, 6 juin 2017, n° 14/05046). La liberté du mandant sera toutefois limitée si ces ventes affectent la mission de l'agent. Il s'agit en effet dans ce cas d'une violation de l'obligation de loyauté lui incombant (C. com., art. L. 134-4), peu important qu'une exclusivité ait été concédée à l'agent (Versailles, 7 juill. 1999, RJDA 99, n°1203), dès lors que le mandant ne met pas l'agent en mesure d'exécuter son mandat (Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357). Autrement dit, ce sont les effets d'une telle décision sur la situation de l'agent qui auraient été pris en considération.

Enfin, l'argument relatif à l'absence de livraison directe des produits par le mandant aux magasins dévolus à l'agent n'est pas directement abordé par la Cour. L'on sait néanmoins que les commissions ne sont pas dues lorsque les opérations sont conclues avec des tiers sans l'intervention directe ou indirecte du mandant (Com., 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 03-12.724 ; CJCE, 17 janv. 2008, aff. C-19/07). Or, il paraît difficile en l'espèce pour le mandant de se réfugier derrière la vente de ces produits MDD à la centrale et non aux magasins, alors même qu'il livre directement ces derniers. Pour l'ensemble de ces raisons, la rupture du contrat est imputable au mandant. Les conséquences financières de cette imputabilité, abordées dans un second temps par la Cour, sont lourdes pour le mandant. La Cour condamne en effet celui-ci à un rappel de commissions pour les produits à marque fournisseur sous opération promotionnelle et à une perte de chance d'obtenir les commissions sur les ventes de produits MDD. Classiquement les premières sont prises en compte pour le calcul de l'indemnité de fin de contrat, les secondes en sont exclues mais sont réparées sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun. Cette décision rappelle, au regard des différents niveaux de négociation, de la multiplicité des produits livrés, de la complexité des opérations promotionnelles négociées et de l'hétérogénéité des organisations logistiques par enseigne, la nécessité pour les mandants d'être attentifs à la rédaction de la clause rémunération. L'équilibre est néanmoins difficile à trouver entre cadre strict ancré sur une définition précise et limitative des notions utilisées (gamme de produits, localisation du client, assiette des commissions sur le net, double net ou triple net, etc.) et souplesse permettant au mandant d'appréhender les demandes évolutives de ses clients ; demandes parfois impulsées par les évolutions législatives nombreuses en matière de négociations commerciales...

A. Louvet

CJUE, 19 septembre 2019, aff. C-34/18

## Clauses abusives dans les contrats avec les consommateurs

La Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs comporte en annexe une liste indicative de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives. Parmi celles-ci, figurent respectivement en points m) et q) les clauses ayant pour objet ou pour effet « d'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat » ou « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur (...) ». La Directive comporte également en son article 5 un principe de transparence, les clauses devant toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. Une citoyenne tchèque souscrit un prêt auprès d'une banque tchèque. Le contrat de prêt comportait une clause par laquelle les parties déclarent s'en remettre, pour le décompte du montant de l'encours ou de toute autre dette, aux comptes ouverts par le débiteur dans les livres de la banque et aux registres et livres comptables de la banque. Le même jour l'emprunteuse souscrit devant notaire une reconnaissance de dette, cet acte authentique constituant titre exécutoire.

Par la suite, munie de ce titre exécutoire, la banque engage une action en exécution forcée, amenant la cour tchèque à poser quatre questions préjudicielles, autour des notions d'inversion de la charge de la preuve ou du défaut d'information du consommateur quant aux conséquences légales des actes qu'il signe. Nous en retiendrons les apports suivants :

1) La clause non négociée portant renversement de la charge de la preuve au détriment du consommateur telle que visée au point q) de l'Annexe ne doit pas être qualifiée d'abusives par elle-même mais doit faire l'objet d'un examen complémentaire.

2) La formule exécutoire de l'acte notarié est admise dans la mesure où le consommateur, compte tenu de la réglementation nationale applicable, ne se voit pas entravé dans l'exercice d'actions en justice ou de voies de recours.

3) Concernant l'exigence de transparence devant présider dans les relations avec les consommateurs, la question se posait de l'information de l'emprunteuse sur les conséquences juridiques d'une reconnaissance de dette par acte authentique ayant force exécutoire. La CJUE rappelle sa jurisprudence (C-472/10, EU :C :2012 :242 pt 29 ; C-191/15, EU :C :2016 :612 pt 69) selon laquelle, lorsque le contrat prévoit que la loi applicable est celle du vendeur et que celle-ci est différente de celle du consommateur acheteur, il appartient au vendeur d'informer ledit consommateur étranger du fait que le choix de cette loi applicable ne peut le priver de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi applicable en l'absence de choix. Cela étant rappelé, la Cour constate que la situation est ici différente dans la mesure où le droit applicable est bien le droit national de la consommatrice. Le droit devait-il alors, dans cette même exigence de transparence, être expliqué par la banque à l'emprunteuse ? La Cour répond par la négative : « l'article 5 de la directive n'exige pas que le professionnel fournisse des informations complémentaires relatives à une clause rédigée de manière claire, mais dont les effets juridiques ne peuvent être établis qu'au moyen d'une interprétation d'une disposition du droit national qui ne font pas l'objet d'une jurisprudence uniforme ». Ainsi comprenons-nous que si le professionnel doit rappeler au consommateur étranger dont la loi n'a pas été retenue par le contrat qu'il peut bénéficier des dispositions impératives de son droit, il n'en va pas de même lorsque le droit applicable est celui du consommateur. Dans ce cas, le professionnel est dispensé d'expliquer son droit national au consommateur.

4) Enfin, la Cour valide la clause du prêt selon laquelle les parties acceptent comme éléments de preuve les éléments figurant dans les comptes, registres et livres comptables de la banque. On aurait pu y voir une clause interdite au titre du point m) de l'annexe de la Directive, en ce qu'elle autoriserait le professionnel « à apprécier unilatéralement si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ». Or, selon la Cour, « le point m) ne fait pas référence aux obligations du consommateur découlant du contrat, mais seulement aux obligations du professionnel ». Ainsi, le point m) ne vise pas les clauses qui autorisent le professionnel, ici la banque, à apprécier unilatéralement, ici par les écritures figurant dans ses propres livres, si la contreprestation du consommateur, comprenons le remboursement du prêt, a été exécutée conformément au contrat. Une telle analyse peut surprendre. Elle a son importance, à l'heure des contrats digitaux, où fleurissent dans les Conditions générales des professionnels les conventions de preuve donnant autorité aux informations enregistrées dans les systèmes informatiques du professionnel. L'exclusion du point m) de l'annexe de la Directive ne devrait toutefois pas dispenser d'une analyse du caractère abusif ou non de la clause et en tout état de cause de sa validité au regard des règles du droit français.

M-P. Bonnet-Desplan

Saint-Denis de la Réunion, 5 juillet 2019, n° 18/00110

## L. 441-7 C. com. et 1134 C. civ. : autres fondements au contentieux des services et/ou au contrôle devant les juridictions spécialisées ou non

Le litige rapporté opposait Profima, une centrale de référencement basée à La Réunion, ayant pour mission de référencer les fournisseurs pour le compte de grandes surfaces. Celle-ci avait conclu avec un fournisseur, Sofexi, le 22 mars 2007 puis le 29 février 2008, des contrats cadre de coopération commerciale, pour la fourniture de marchandises aux supermarchés à enseigne Carrefour. En exécution de ces contrats, la centrale avait émis des factures au cours de l'année 2009, que Sofexi s'est refusé d'honorer, en invoquant la nullité des accords pour non-respect des dispositions de l'article L. 441-7 du Code de commerce dans sa version alors applicable. Signalons que l'arrêt fait référence à la seule loi du 2 août 2005 en faveur des PME dite « loi Dutreil » applicable en l'espèce à l'accord 2007. Cette loi a introduit dans le Code de commerce un article spécifique à la coopération commerciale et instauré les « services distincts » de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale. La loi du 3 janvier 2008, dite « loi Chatel », a par la suite instauré l'obligation d'établir une convention écrite

# Points de vue pratiques

dans l'article L. 441-7 (désormais, L. 441-3 et L. 441-4) consacré précédemment à la seule coopération commerciale. Cette dernière loi n'est pas nommément citée, mais apparaît avoir été applicable à la convention commerciale de 2008. L'arrêt ici rapporté, loin de n'avoir qu'un intérêt historique, est doublement intéressant. En l'espèce, il déporte le traitement de ce type de litige, depuis le fondement des pratiques abusives interdites (avantage sans contrepartie voire déséquilibre significatif), vers celui du formalisme et de la force obligatoire des contrats (II). Un tel mouvement permet que ces litiges soient tranchés par des juridictions non spécialisées (I).

## I. – Sur la procédure

Dans le cadre de l'appel interjeté par Sofexi contre le jugement l'ayant condamné au paiement des factures (Trib. mixte de com., Saint-Denis, 2 avr. 2014, n° 12/00969), la Cour d'appel de Saint-Denis avait soulevé d'office le moyen de l'irrecevabilité de l'appel au regard des articles L. 442-6 et D 442-2 à 4 du Code de commerce, attribuant compétence au Tribunal de commerce et à la Cour d'appel de Paris. Dans son arrêt avant dire droit du 27 novembre 2015, la Cour relevait que Sofexi fondait ses prétentions « notamment » sur les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, de sorte que l'appel était irrecevable comme étant porté devant une juridiction incompétente « et ce nonobstant les autres fondements avancés à l'appui de ses prétentions ». Rappelons que pareille solution a vécu depuis le revirement issu des arrêts de la Cour de cassation (Com., 29 mars 2017, n° 15-17659, Lettre distr. avr. 2017, C.M-G), dont l'un était d'ailleurs intervenu dans un contentieux de rupture brutale de relations commerciales établies sur l'île de la Réunion et ayant conduit à une saisine du Tribunal mixte de commerce de Saint-Denis sur le fondement de l'article L. 442-6. Depuis, les cours d'appel saisies de recours contre des décisions rendues par des tribunaux de commerce non spécialisés doivent, en vertu de l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, statuer sur les demandes des parties tout en relevant d'office l'excès de pouvoir commis par ces tribunaux. L'arrêt avant dire droit fut ici cassé (Com., 20 sept. 2017, n° 16-13144), au motif qu'« en statuant ainsi, alors qu'un litige dans lequel une partie invoque la violation de l'article L. 441-7 du code de commerce ne relève pas des juridictions spécialement désignées à l'article D. 442-3 de ce code et qu'elle avait constaté que la société Sofexi précisait que ses prétentions étaient uniquement fondées sur les articles 1134 du code civil et L. 441-7 du code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Rappr. Com., 18 sept. 2019, n° 18-10225 et n° 17-19653, supra). « Notamment » disait la Cour d'appel avant dire droit. « Uniquement » lui a rétorqué la Cour suprême. La Cour d'appel était donc à juste titre dotée du pouvoir de statuer sur les faits. Il semble pourtant, à la seule lecture de l'arrêt du 5 juillet dernier, que les moyens développés par l'appelant aient été très inspirés des contentieux en matière de services « fictifs » fondés sur l'article L. 442-6 I 1° ancien. Cette disposition, a fortiori depuis ses modifications issues de la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 certes non applicable à l'époque des faits, se situait à la croisée des chemins du formalisme et des pratiques abusives, alors d'ailleurs que jusqu'à l'ordonnance du 24 avril dernier, la convention écrite devait indiquer les obligations auxquelles se sont engagées les parties « dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6 » (nota : la référence aux pratiques abusives, maintenant logées, notamment, dans l'article L. 442-1 nouveau du Code de commerce, se retrouve à ce jour dans le nouvel article L. 441-3 du Code de commerce sur la convention écrite en régime dit « général »). Mais la Cour de cassation a retenu que l'action était en l'espèce fondée sur les articles L. 441-7 C. com et 1134 C. civ. La Cour d'appel « non spécialisée » devait alors s'exécuter : dans l'arrêt ici rapporté, la Cour de Saint-Denis, juridiction non spécialisée, juge dans le style pourrait-on dire, d'une juridiction spécialisée, évitant ainsi la délocalisation d'un contentieux à quelques 10.000 kilomètres. Voilà qui ouvre le champ des choix procéduraux.

## II. – Sur le fond

Avant de livrer son analyse du bien-fondé ou non des créances de Profima au titre des services facturés, la Cour, citant la « circulaire Dutreil » de 2005 dans la continuité de la loi dont elle tire son nom, devait rappeler que « les services de coopération recouvrent des actions de nature à stimuler au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits au consommateur par le distributeur, et notamment (...). Ils ne peuvent donc pas recouvrir d'autres aspects de la relation commerciale, et notamment les modalités de vente ». Elle ajoute, selon la formule consacrée, que le service doit être « détachable de l'achat vente », qui est « la fonction naturelle » du distributeur. L'examen des accords s'ensuit.

- S'agissant de l'année 2007, Profima s'était engagée pour le compte de Carrefour à l'égard de la Sofexi à assurer dans le cadre d'un accord de coopération commerciale, « la présence d'un certain nombre de produits en catalogue, leur mise en avant en magasin et lors de communications événementielles, le nombre de produits pour les magasins devant être définis en l'annexe 1 ». Ce service devait être facturé à hauteur de 3,5 % du chiffre d'affaires H.T. La Cour relève que cette annexe 1 n'avait pas été complétée, en sorte que la nature exacte des services

rendus n'était pas mentionnée puisque les produits concernés n'étaient pas identifiés, ni la date de réalisation des services, puisqu'en l'absence de précisions sur les produits concernés, le rétroplanning publicitaire joint en annexe 2 ne pouvait être utilisé (voir récemment, sur la problématique de la facturation de prestations de services et de leur contestation, Paris, 31 juill. 2019, n° 16/11545, Lettre distr. sept. 2019, nos obs.).

En outre, dans le cadre de « conditions particulières à l'accord commercial de l'année 2007 », Profima s'était engagée à faire bénéficier Sofexi « d'une classification et d'un positionnement spécifique pour chacun des produits sélectionnés afin de les présenter de la façon la mieux adaptée à leurs caractéristiques, en assurant le suivi et permettre à la société Sofexi de lui proposer un ou plusieurs nouveaux produits ». Le service ainsi fourni devait être facturé 3% du chiffre d'affaires annuel H.T. Comme pour les précédents services, le détail du ou des assortiments devaient figurer en annexe 1, laquelle était restée vierge à cet égard. Ainsi selon la Cour, la nature exacte des services rendus n'était pas déterminée, puisque les produits concernés par l'assortiment n'étaient pas identifiés.

Ces mêmes conditions particulières prévoyaient enfin que le distributeur « mette en œuvre les moyens nécessaires afin de favoriser la vente de ses produits et atteindre des objectifs fixés moyennant le versement de ristournes par palier de chiffre d'affaires ». À nouveau, la Cour constatait que les moyens mis en œuvre n'étaient pas définis et qu'une ristourne était prévue « dès un chiffre d'affaires zéro » (i.e. semble-t-il, à compter du premier euro). Le service rendu n'étant pas précisé, la ristourne ainsi définie n'était pas détachable de l'achat vente (sur la problématique des ristournes, rappr. Paris 22 mars 2017, n° 14/26103, Lettre distr. mai 2017, nos obs. ou Paris, 31 juill. 2019, n° 16/11545, Lettre distr. sept. 2019, nos obs.).

Fort de cette analyse, qui aurait pu, peu ou prou, être celle livrée sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° par une juridiction spécialisée, les factures dont le paiement était sollicité en exécution des accords de 2007 (...), lesquelles ont été établies « en exécution de conventions qui contreviennent aux dispositions légales d'ordre public » ne pouvaient être utilement invoquées à l'appui d'une demande en paiement. La Cour donne raison à Sofexi, sur le fondement des articles 1134 ancien du Code Civil et L. 441-7 du Code de commerce. Il s'agit d'une application littérale du premier de ces articles, qui disposait que les conventions « légalement formées » tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites : les conditions de l'article L. 441-7 n'ayant pas été respectées, les convention discutées n'étaient pas « légalement formées » et ne tenaient pas lieu de loi entre les parties (« Par conséquent les factures dont le paiement est sollicité en exécution des accords de 2007 (...) établies en exécution de conventions qui contreviennent aux dispositions légales d'ordre public ci-dessus rappelées ne peuvent être utilement invoquées à l'appui d'une demande en paiement »). CQFD.

- S'agissant de l'année 2008, Profima n'est pas plus heureuse dans le recouvrement de ses factures. La centrale, qui s'était engagée sur un service de référencement de Sofexi auprès des magasins, en contrepartie duquel cette dernière s'engageait à lui payer une « commission » annuelle égale à 1% du chiffre d'affaires annuel H.T, est déboutée au motif que « le référencement qui consiste au cas d'espèce en une simple présentation du fournisseur aux magasins n'est pas détachable de l'achat vente qui est la fonction naturelle du distributeur ». A l'occasion d'un banal contentieux de factures impayées, la « vieille lune » de la qualification du référencement en tant que service facturable, resurgit sous les rayons du beau soleil de l'île de la Réunion, qui pourrait venir réchauffer les contentieux de Métropole.

La convention 2008, comme auparavant celle de 2007, prévoyait la mise en œuvre des moyens nécessaires afin de favoriser la vente de ces produits et atteindre des objectifs fixés moyennant le versement de ristournes par palier de chiffre d'affaires. À partir d'un même constat qu'en 2007 (cf. ci-dessus) tirés du défaut de définition de ces moyens, c'est la même sanction. La facture n'est pas reconnue fondée.

Le dernier service débattu était celui de « présentation de nouveaux produits », au titre duquel et moyennant l'octroi par le fournisseur d'un « budget annuel » en guise de rémunération, les magasins s'engageaient à assurer la présence de ces nouveautés au sein des linéaires, dans un délai maximum d'un mois à compter de la demande du fournisseur « selon une liste précise qui devait être annexée à la convention ». La Cour constatait que l'annexe 1 devant identifier les nouveaux produits proposés à la vente et concernés par ce service n'avait pas été établie et annexée à la convention. En outre, le prix du service qui devait être rendu, n'était pas indiqué dans la convention. La facture n'est pas due.

Même solution donc pour ces trois sujets relatif à l'année 2008 (facturation de ristournes sur chiffre d'affaires, d'une commission de référencement, d'un budget relatif à l'introduction de nouveaux produits), motif pris de la contravention aux dispositions légales d'ordre public logées dans l'article L. 441-7 ancien du Code de commerce.

# Points de vue pratiques

La numérotation des articles a changé, les lois sont passées mais, au lendemain de l'ordonnance du 24 avril 2019, bon nombre des enseignements de cette affaire sont transposables sous les nouveaux textes. Nous le voyons, le contentieux des pratiques restrictives offre toujours d'intéressants développements. Aux praticiens de les prendre en compte.

J-M. Vertut

CJUE, concl. av. gén., 5 septembre 2019, Aff. C-228/18

**Comment identifier une restriction de concurrence par l'objet : méthode proposée par l'Avocat général**

La Cour suprême hongroise a saisi la CJUE de questions préjudicielles dans une affaire concernant la fixation d'une commission multilatérale d'interchange (CMI) réglée par les banques acquéreuses aux banques émettrices de cartes de crédit, entre 22 banques et les entreprises de cartes de crédit, Mastercard Europe SA et Visa Europe Ltd. Cet accord parfaitement officiel, a perduré entre 1996 et 2008.

La Cour suprême hongroise pose quatre questions préjudicielles :

1°) Un même comportement peut-il être qualifié d'infraction à la fois par son objet anticoncurrentiel et par ses effets anticoncurrentiels ?

2°) L'accord conclu entre des banques membres hongroises constitue-t-il une restriction de la concurrence par son objet dans la mesure où il fixe à un montant uniforme pour les deux entreprises de cartes de crédit Visa et MasterCard la commission d'interchange revenant aux banques émettrices en contrepartie de l'utilisation des cartes desdites entreprises ?

3°) Les entreprises de cartes de crédits – Visa et MasterCard – doivent-elles être considérées comme parties à l'accord interbancaire, même si elles n'ont pas participé directement à la détermination du contenu de l'accord mais ont permis la conclusion de cet accord, et l'ont également accepté et appliqué, ou faut-il conclure à l'existence d'une pratique concertée entre elles et les banques ayant conclu l'accord ?

4°) Une autorité de concurrence est-elle tenue, aux fins d'établir une infraction à l'article 101, § 1, TFUE, de préciser expressément s'il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée ?

Les réponses proposées à la Cour par l'Avocat général sont les suivantes :

« 1°) un même comportement d'une entreprise est susceptible d'être qualifié d'infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE par son objet et par ses effets restrictifs de concurrence sur le marché intérieur simultanément ;

2°) il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier dans quelle mesure l'accord CMI constitue une restriction par son objet même. Pour ce faire, la juridiction de renvoi doit tout d'abord examiner la teneur et l'objectif de l'accord en vue de déterminer s'il relève d'une catégorie d'accords dont il est généralement reconnu, au regard de l'expérience, qu'ils sont préjudiciables à la concurrence. Si elle constate que tel est en effet le cas, la juridiction de renvoi se doit ensuite de vérifier qu'une telle conclusion n'est pas remise en cause par des considérations tenant au contexte juridique et économique dans lequel s'insère cet accord en particulier. La juridiction de renvoi devrait tout particulièrement vérifier si une autre justification selon laquelle l'accord CMI aurait pour logique de favoriser la concurrence est, à premier vue, plausible, en tenant également compte de la période au cours de laquelle l'accord a été appliqué ;

3°) il n'est pas exigé d'une autorité de concurrence, lorsqu'elle établit une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, qu'elle qualifie une forme déterminée de comportement d'accord ou de pratique concertée, à condition qu'elle apporte la preuve des éléments constitutifs des différentes formes d'infractions alléguées ;

4°) dans une situation telle que celle en cause au principal, dans laquelle les entreprises de cartes de crédit n'ont pas participé directement à la détermination du contenu de l'accord dont il est allégué qu'il est contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, mais ont permis sa conclusion et l'ont également accepté et appliqué, circonstances qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, lesdites entreprises peuvent être tenues pour responsables d'une telle infraction ».

Les conclusions de l'Avocat général présentent un intérêt particulier quant à leurs développements, présentant la méthode d'analyse et d'identification de la restriction de concurrence par l'objet.

Après avoir rappelé que l'article 101 § 1 du TFUE avait un champ d'application large couvrant les accords ayant un objet et/ou des effets anticoncurrentiels, il précise que la distinction entre les deux catégories d'accords « repose davantage sur des considérations d'ordre procédural ». En effet, une démonstration d'un accord anticoncurrentiel par les « effets » requière un degré d'analyse plus poussé du contexte économique de l'accord, une fois exclue la qualification de l'infraction par « l'objet ». Concernant cette dernière, la méthodologie suivante est proposée :

« La première étape consiste pour l'autorité à se concentrer principalement sur le contenu des dispositions de l'accord et ses objectifs afin de vérifier si l'accord

incriminé relève d'une catégorie d'accords dont le caractère nocif est, au vu de l'expérience acquise, avéré et facilement décelable » (pt. 42).

« La deuxième étape consiste pour l'autorité de concurrence à vérifier que la nature anticoncurrentielle présumée de l'accord, déterminée à l'issue d'une appréciation purement formelle de celui-ci, n'est pas remise en question par des considérations liées au contexte économique et juridique dans lequel il a été mis en œuvre. Pour ce faire, il y a lieu de prendre en considération la nature des biens et des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question » (pt. 42).

Ce faisant, l'analyse d'une restriction par objet ne saurait être purement abstraite, complètement détachée de la réalité, et ce, « même lorsque l'on a à faire à des formes de comportement telles que la fixation des prix, le partage du marché ou l'interdiction d'exporter dont il est plus généralement reconnu qu'elles sont particulièrement nocives à l'égard de la concurrence » (pt. 46), sans quoi « elle pourrait donner lieu à la condamnation d'accords inoffensifs voire favorables à la concurrence » (pt. 45). Cette seconde étape consiste donc « en un contrôle basique de la réalité sur le terrain » (pt. 49), permettant de révéler que « compte tenu des éléments du dossier, des circonstances particulières ne sont pas susceptibles de faire naître un doute sur la nocivité présumée de l'accord concerné ». Dans le cas contraire, une analyse complète par les effets s'imposera. L'Autorité devra alors « effectuer une comparaison entre la structure concurrentielle induite par l'accord incriminé et celle qui aurait prévalu en son absence » révélant si « les effets nets de l'accord sur le marché sont positifs ou négatifs » (pt. 50).

Faisant application de cette méthode à l'affaire en cause, sans procéder à une analyse au fond du dossier qu'il revient à la juridiction de renvoi de trancher, l'Avocat général en tire les conséquences suivantes :

- Au stade de la première étape, consistant dans l'introduction de la commission multilatérale d'interchange (CMI) à l'occasion de transactions par carte de crédit auprès d'un commerçant, laquelle concerne à la fois MasterCard et Visa, les interactions entre les différents marchés concernés n'ont pas été suffisamment expliquées, de sorte qu'il existe un doute sur le fait que les éventuels effets nocifs produits par l'accord CMI aient été suffisamment identifiés pour que l'accord incriminé puisse être considéré comme restrictif « par objet » (pt. 60).

L'Avocat général émet par ailleurs des doutes quant à l'existence d'expériences fiable et solide des autorités de concurrence démontrant que des accords tels que l'accord CMI sont communément considérés comme étant intrinsèquement anticoncurrentiels (pt. 65) : la pratique décisionnelle de la Commission n'est pas uniforme (pt. 67) et la jurisprudence de la Cour n'est pas d'un grand secours (pt. 71). En outre, il s'étonne qu'aucune analyse économique n'ait été engagée sur ce point, estimant qu'il serait de la plus haute importance de savoir si un consensus suffisant existe entre économistes quant au caractère intrinsèquement anticoncurrentiel d'accords tels que celui en cause au principal (pt. 72).

- Au stade de la seconde étape, consistant à déterminer si le contexte juridique et économique de l'accord remet en cause son caractère anticoncurrentiel présumé, les arguments des parties doivent être examinés pour déterminer (i) s'ils semblent crédibles à première vue pour justifier un examen approfondi et (ii) s'il convient d'appliquer l'hypothèse contraire raisonnable. Il suffit que l'explication contraire soit crédible à première vue pour justifier un examen des effets de l'accord : « il n'est pas nécessaire qu'elle soit établie, argumentée et prouvée : cela devra être effectué dans le cadre de l'analyse complète des effets. Ainsi, chaque fois qu'un accord présente des effets ambivalents sur le marché, une analyse de ses effets est requise » (pt. 79). Plus encore, l'Avocat général estime, à l'inverse de la Commission, que les effets pro-concurrentiels d'une pratique doivent impérativement être examinés dès le stade de l'existence d'une restriction au sens de l'article 101, § 1, TFUE, et que leur prise en compte ne saurait être renvoyée à une éventuelle exemption au titre de l'article 101, § 3, TFUE (pt. 81). A ces égards, selon la période de mise en œuvre de l'accord, l'analyse par l'objet ou par les effets peut être alternativement mise en œuvre, le contexte économique de l'accord pouvant être modifié.

Les parties font valoir à cet égard que l'uniformisation de la CI a permis une uniformisation du système, étant donné que le système était encore à un stade élémentaire au moment de la conclusion de l'accord et que l'accord visait à limiter la tendance à la hausse du montant des CI sur le marché. Ces éléments devront être analysés à la lumière des principes surexposés par la juridiction de renvoi.

La Cour de justice devra trancher pour valider ou non la méthodologie ici présentée, qui a le mérite de la clarté et d'une approche concrète des pratiques.

K. Biancone