

Points de vue pratiques

cadre du « private enforcement ». Selon la Cour, pour engager la responsabilité de la filiale, la victime de la pratique devra apporter une double preuve : (i) que le lien unissant la filiale et la société mère auteur qualifie l'unité économique, à savoir que « *la filiale ne détermine pas de façon autonome, au moment de la commission de l'infraction, son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques* » (§43), et (ii) « *le lien concret [...] entre l'activité économique de cette société filiale et l'objet de l'infraction dont la société mère a été tenue responsable* ».

S'agissant de la première branche de la preuve, on comprend à la lecture du § 43 précité et au principe d'application harmonisée de la notion d'« unité économique » énoncé par la Cour, que ce lien devrait s'apprécier « *au moment de la commission de l'infraction* ». Une question émerge alors quant au standard de preuve à appliquer dans ce cas. La victime bénéficiera-t-elle de la présomption capitalistique appliquée en matière de « public enforcement » ? En effet, il ne sera pas aisé pour la victime de démontrer ce lien interne aux sociétés d'un même groupe.

S'agissant de la seconde branche de la preuve, il s'agit ici d'une nouveauté par rapport aux règles de l'imputabilité en matière de « public enforcement ». En effet, la filiale ne pourra être tenue pour responsable que si son activité est en lien avec l'objet de l'infraction. Là encore, des précisions devront être apportées : s'agit-il d'une activité sur le même marché ou concernant, de façon plus restrictive, les mêmes produits ?

Enfin, la Cour précise que ce principe pourra s'appliquer tant dans les actions « *follow on* », lorsqu'une décision de condamnation a été prononcée, que « *stand-alone* », lorsque la société mère n'a pas été condamnée et que la victime doit apporter la preuve de la pratique.

Les incertitudes sur l'application de la solution proposée par la Cour, et sa complexité de mise en œuvre, conduisent à la prudence et à inciter les victimes de pratiques anticoncurrentielles à agir tant à l'encontre de la société mère auteur, que de la filiale, et ce malgré les contraintes procédurales et les coûts parfois dissuasifs d'une assignation internationale. On rappelle qu'en l'espèce les demandes étaient de 22 204.35 euros.

K. Biancone

Cass. crim., 19 octobre 2021, n° 20-85.644

Enquêtes : de la confidentialité inopposable aux enquêteurs

Faits et procédure. Aux fins d'établir si la société Swarovski France et des sociétés du même groupe se livraient à des pratiques anticoncurrentielles, le rapporteur général de l'ADLC a saisi sur requête en juin 2019, le JLD en application de l'article L. 450-4 du code de commerce (enquête dite « lourde »), d'une demande aux fins d'autorisation d'opérations de visite et de saisie dans les locaux des sociétés précitées. Le JLD a autorisé la mesure et les opérations sont intervenues. Swarovski France a fait appel de l'ordonnance autorisant ces mesures et a formé un recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie devant le premier président de la Cour d'appel de Paris. Celui-ci a annulé l'ordonnance du JLD, autres motifs, entre autres, qu'il avait été transmis par l'ADLC à l'appui de la demande d'ordonnance aux fins de visite et saisie, un contrat contenant une clause de confidentialité, obtenu par l'ADLC dans le cadre des pouvoirs d'enquête qu'elle tient de l'article L. 450-3 du code de commerce (enquête dite « simple »). Sur pourvoi de l'ADLC, la Cour de cassation casse et annule l'ordonnance du premier président.

Problème. Lorsqu'il examine le bien-fondé d'une demande d'autorisation aux fins de visite et saisie, le juge doit-il s'abstenir d'analyser des contrats obtenus par les enquêteurs dans le cadre d'une enquête simple et pouvant laisser présumer une infraction aux règles de concurrences, au motif que ces contrats comportent une clause de confidentialité ?

Solution. Selon la Cour de cassation « *le juge ne pouvait s'abstenir d'analyser les contrats de distribution (...) au motif qu'ils contiennent une clause de confidentialité, dès lors que ces documents ont été régulièrement obtenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des pouvoirs d'enquête qu'elle tient de l'article L. 450-3 du code de commerce.* » (arrêt, pt. 23).

Observations. Toutes les confidentialités n'ont pas le même degré de valeur à l'occasion ou en suite d'une enquête et l'on aurait pu anticiper, sans trop se risquer, la réponse donnée par la Cour de cassation dans cette affaire étrangère à la thématique de la confidentialité dans la relation avocat/client (Rappr. Visites domiciliaires, saisies et pratiques anticoncurrentielles : scellés fermés provisoires et autres problématiques de déroulement des opérations, Rev. Lamy dr. conc. n° 96, Juillet-Août 2020, nos obs. ; Crim., 4 mars 2020, n° 18-84.071, Lettre distrib. 05/2020, nos obs.). La solution rapportée méritait-elle vraiment d'ailleurs

le présent commentaire, tant elle paraissait devoir s'imposer ? Pourtant et pour dire mal fondée l'autorisation des opérations de visite et de saisie et annuler l'ordonnance initiale du JLD, l'ordonnance du Premier président indiquait, entre autres motifs, que « *la légalité de la production, par l'Autorité de la concurrence, des contrats entre (...) interroge dès lors que ces documents comportent une clause de confidentialité* ». Par ce motif, l'ordonnance fleurait avec la solution, bien que non formellement exprimée, d'une confidentialité s'imposant entre les parties et primant sur le droit pour l'autorité poursuivante, de faire état des pièces recueillies dans l'exercice régulier et légalement organisé de ses prérogatives d'enquête. La motivation était d'autant plus surprenante, à tout le moins selon l'éclairage procuré par le moyen du pourvoi. Selon ce moyen, pour écarter la présomption d'abus de position dominante retenue par le JLD sur le fondement de contrats litigieux et annuler l'autorisation, le premier président avait relevé que lesdits contrats comportaient une clause de confidentialité, en sorte que « *la légalité de [leur] production (...) sans l'accord de la société Swarovski France interroge[ait]* ». Fallait-il alors entendre par cela qu'il eut été nécessaire de solliciter l'accord de la partie à visiter - motifs pris de la confidentialité en cause - avant de divulguer le contenu du document litigieux au JLD, afin d'obtenir de sa part une ordonnance autorisant la mesure d'enquête lourde dans les locaux de la société visitée ? L'approche reviendrait à avoir doté les enquêteurs de pouvoirs d'enquête forts dont l'entrave est sanctionnée à divers titres et, dans le même temps, à permettre aux auteurs présumés de pratiques anticoncurrentielles visées par les mesures d'enquête de refuser, pour des motifs de confidentialité tels ceux ici rapportés, que lesdits enquêteurs fassent usage des pièces recueillies, comme ici dans le cadre d'une enquête simple. L'observation vaut tout autant pour les enquêtes lourdes. Pour mémoire et afin de garantir l'effectivité de ces enquêtes, les personnes enquêtées ne peuvent s'y opposer sauf, notamment, à risquer la sanction pour obstruction à l'enquête (Rappr. Droit d'opposition en matière de visites domiciliaires versus obligation de soumission aux inspections : l'improbable conciliation à l'aune de l'obstruction, Rev. Lamy dr. conc. n° 89, décembre 2019, nos obs. ; ADLC, 22 mai 2019, n° 19-D-09, Lettre distrib. 06/2019, nos obs.). L'impératif d'effectivité de l'enquête vise aussi à garantir l'effectivité de la procédure qui lui est subséquente. Ainsi, la confidentialité ici invoquée en tant que parade aux pouvoirs d'enquête et à l'utilisation des éléments qui en sont issus, n'est qu'un moyen de défense illusoire.

J-M. Vertut

Loi 2021-1357 du 18 octobre 2021 (art. 7)

Pénalités logistiques dans le monde de la distribution : un encadrement très renforcé pour tous produits

La loi Egalim 2 s'attaque également et ce de manière assez drastique aux pénalités de retard. Le sujet avait déjà fait l'objet d'une recommandation de la CEPC en 2019. Il est désormais dans la loi (C. com., art. L. 441 -17) et appelle plusieurs précisions.

– Le champ d'application de cette nouvelle réglementation des pénalités de retard ne se limite pas aux produits alimentaires mais s'applique à tous produits. Il semble toutefois ne concerner que les relations entre fournisseurs et distributeurs. En effet, à la différence d'autres articles de la loi qui évoquent les « acheteurs », celui-ci vise spécifiquement les pénalités logistiques appliquées par les « distributeurs ».

– Le caractère indemnitaire des pénalités est affirmé, en ce qu'elles « *doivent être proportionnées au préjudice subi au regard de l'exécution d'engagements contractuels* ». Le texte va plus loin en disposant que « *seules les situations ayant entraîné des ruptures de stocks peuvent justifier l'application de pénalités logistiques* ». Et ce n'est que par exception que l'application des pénalités de retard est admise dans d'autres situations : « *Par dérogation, le distributeur peut infliger des pénalités logistiques dans d'autres cas dès lors qu'il démontre et documente par écrit l'existence d'un préjudice* ». Est-ce à dire que les situations de rupture de stocks seraient présumées causer un préjudice, l'existence du préjudice devant être démontrée dans les autres cas ? En outre si les pénalités « *doivent être proportionnées au préjudice subi* », comment anticiper ce préjudice lors de la fixation du taux des pénalités dans le contrat ? Et si ce taux a été insuffisamment fixé lors de la conclusion du contrat, le préjudice réel s'avérant beaucoup plus lourd, le distributeur pourra-t-il réclamer le versement de dommages intérêts complémentaires aux pénalités afin d'obtenir l'entière indemnisation du préjudice ? En d'autres termes, les pénalités ont-elles un caractère libératoire et sont-elles ou non soumises aux dispositions du Code civil relatives à la clause pénale (art 1231-5 du code civil) ?

– La proportionnalité au prix d'achat. « *Les pénalités infligées au fournisseur par le distributeur ne peuvent dépasser un montant correspondant à un pourcentage du prix d'achat des produits concernés* ». Ceci ne devrait pas exclure les pénalités fixées en valeur