



BULLETIN CONCURRENCE X

OCTOBRE • NOVEMBRE • DÉCEMBRE 2023

McDermott
Will & Emery

TABLE DES MATIÈRES

3	ÉDITO
4	CONTENTIEUX
10	INVESTIGATIONS
11	DIVERS

EN SAVOIR PLUS

Pour toute information, vous pouvez contacter votre avocat habituel chez McDermott, ou :

FRÉDÉRIC PRADELLES ASSOCIÉ

fpradelles@mwe.com

+33 1 81 69 99 43

Pour plus d'informations sur McDermott Will & Emery, vous pouvez visiter le site mwe.com.



ÉDITO

Nouvelle année, nouveau *Bulletin Concurrence* !

Nous sommes heureux aujourd'hui de partager avec vous le dixième *Bulletin Concurrence* qui couvre l'actualité relative au droit de la concurrence français au cours de la période allant d'octobre à décembre 2023.

Nous vous en souhaitons une belle lecture, en espérant que vous pourrez y trouver des éléments utiles et des pistes de réflexion sur les problématiques auxquelles vos entreprises sont confrontées.

L'Équipe Concurrence de McDermott Will & Emery – Paris.



1. CONTENTIEUX

BISPHÉNOL A DANS LES CONTENANTS ALIMENTAIRES : PRÈS DE 20 MILLIONS D'EUROS DE SANCTIONS

Par une décision du 29 décembre 2023, l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« Autorité ») a prononcé une sanction de près de 20 millions à l'encontre de 3 organismes professionnels, le syndicat des fabricants de boîtes et 11 entreprises pour avoir mis en place une stratégie collective visant à ne pas se faire concurrence sur la question de l'absence ou non de Bisphénol A (ci-après « BPA ») dans les contenants alimentaires.

Pour mémoire, plusieurs études ont démontré la nocivité du BPA présent dans les contenants alimentaires, notamment en tant que perturbateur endocrinien. La loi n°2012-1442 du 24 décembre 2012 est alors venue interdire l'utilisation du BPA dans tous les contenants alimentaires à compter du 1^{er} janvier 2015. Or c'est pendant la période transitoire durant laquelle circulaient simultanément des boîtes avec et sans BPA que deux pratiques d'entente ont été reprochées aux parties mises en cause.

Néanmoins, seul le premier grief notifié, dont le champ a été réduit, a finalement été retenu par l'Autorité. Dans cette décision, l'Autorité sanctionne deux volets de ce qu'elle considère être une infraction unique, complexe et continue visant à neutraliser les risques concurrentiels liés à l'introduction sur le marché de contenants alimentaires sans BPA.

Tout d'abord, l'Autorité constate que les parties se sont entendues pour ne pas faire état de la présence ou non de BPA dans leurs conserves. Les différents organismes professionnels mis en cause ont alerté les fabricants de conserves et de boîtes sur la nécessité de ne pas se faire concurrence sur cet aspect.

L'Autorité retient également l'existence d'une pratique ayant consisté à inciter les industriels à refuser de livrer des boîtes sans BPA avant le 1^{er}

janvier 2015, puis d'arrêter de commercialiser des boîtes avec BPA après cette date.

L'Autorité considère que ces deux volets de la stratégie mise en œuvre ont permis de neutraliser le paramètre de concurrence qu'est la présence ou non de BPA dans les contenants alimentaires et ont, eu égard à leur nature, leur finalité et leur contexte, un objet anticoncurrentiel.

Quant aux autres aspects du premier grief, les éléments du dossier n'ont pas permis d'établir l'existence d'une concertation visant à accélérer dès 2013, la commercialisation des boîtes sans BPA. L'Autorité ne retient pas non plus le second grief selon lequel les mises en cause auraient collectivement décidé de limiter l'information concernant la composition des vernis employés en substitut de ceux contenant du BPA.

Sur les 14 organisations professionnelles et 101 entreprises à qui les griefs ont été notifiés, seules 4 organisations professionnelles et 11 entreprises ont finalement été sanctionnées.

Pour les 11 entreprises poursuivies en leur qualité de membres des organismes professionnels, leur implication individuelle à l'entente s'est essentiellement manifestée par leur participation à des réunions qui étaient organisées par les associations ou syndicats et dont l'objet était anticoncurrentiel.

En revanche, en application de l'article L. 462-7 du code de commerce aux termes duquel « *la prescription est acquise lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci* », il a été constaté qu'aucune participation n'étant démontrée postérieurement au 28 décembre 2013 pour plusieurs des entreprises membres des associations professionnelles, les pratiques étaient prescrites à leur égard.

En outre, les entreprises de la grande distribution initialement mises en cause ont vu leur participation dans les pratiques sanctionnées écartée dans la

mesure où elles ont, au contraire, cherché à communiquer sur l'absence de BPA et à s'approvisionner en boîtes sans BPA avant le 1^{er} janvier 2015.

Sur le point des sanctions, l'Autorité écarte les objections relatives à l'application du communiqué sanctions de 2021 en considérant qu'il n'est pas susceptible de porter atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

L'Autorité écarte également toutes contestations relatives à la suppression du plafonnement de l'amende de 750 000 euros pour les affaires sans établissement préalable d'un rapport, ainsi qu'à l'applicabilité de l'ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021 et la suppression du dommage à l'économie.

Néanmoins, en raison de l'hétérogénéité des entreprises mises en cause, l'Autorité s'écarte de son communiqué sanctions de 2021 et retient un mode de fixation forfaitaire pour la détermination des amendes.

SANCTION D'UN ABUS DE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ DE LA FOURNITURE DE MANETTES DE JEUX VIDÉO

Le 20 décembre 2023, l'Autorité de la concurrence a sanctionné, à hauteur de 13 millions d'euros, la société mère et trois filiales du groupe Sony pour abus de position dominante sur le marché de la fourniture de manettes de jeux vidéo pour consoles Playstation 4 (ci-après « PS4 »).

Pour rappel, à la suite d'une plainte déposée en 2016 par un fabricant de manettes tierces, l'Autorité avait refusé en 2020 les engagements proposés par Sony et renvoyé le dossier à l'instruction.

Dans la présente décision, l'Autorité sanctionne tout d'abord la mise en place par Sony de contre-mesures techniques ayant eu pour effet d'affecter le bon fonctionnement de manettes produites par des fabricants tiers, ne bénéficiant pas d'une licence officielle de Sony.

Ces contre-mesures visaient, lors de certaines mises à jour du système d'exploitation de la PS4, à déconnecter les manettes non produites et non licenciées par Sony. Les utilisateurs pouvaient alors raisonnablement penser que les déconnexions qui affectaient leurs manettes étaient imputables aux fabricants et à leur défaut de qualité.

Bien que l'objectif soutenu par Sony de lutte contre la contrefaçon soit reconnu légitime, l'Autorité relève que de telles mesures étaient disproportionnées. L'absence de licence ne saurait suffire à établir que la manette est une contrefaçon. L'Autorité rappelle qu'en droit français, la protection de la propriété intellectuelle passe principalement par les recours juridictionnels.

L'Autorité sanctionne également Sony pour avoir instauré une politique de licence opaque. Les critères d'accès à la licence et aux numéros d'identification n'étaient pas communiqués à tous les fabricants qui en faisaient la demande et pouvaient prêter, en raison de leur imprécision, à une application discrétionnaire.

La combinaison de ces deux pratiques a, selon l'Autorité, porté une atteinte significative à l'image de marque des fabricants tiers vis-à-vis des joueurs et des distributeurs pouvant conduire à terme, à une éventuelle éviction du marché.

INTERDICTION DE VENTE EN LIGNE : SANCTION SIGNIFICATIVE DANS LE SECTEUR DES MONTRES DE LUXE

Par une décision du 19 décembre 2023, l'Autorité a sanctionné Rolex France, à hauteur de 91 millions d'euros, pour avoir interdit à ses distributeurs agréés de vendre en ligne ses montres, et ce pendant plus de 10 ans.

Sur le marché français, Rolex commercialise ses montres au travers d'un réseau de revendeurs indépendants agréés, liés par un contrat de distribution sélective. Celui-ci interdisait aux distributeurs agréés de vendre les montres Rolex par correspondance et donc, en ligne.

L'instruction menée par l'Autorité a confirmé l'application concrète de cette clause, considérée comme restrictive de concurrence par nature.

L'Autorité considère que l'interdiction de vente en ligne n'est pas une mesure proportionnée pour lutter contre la contrefaçon et la vente hors réseau, objectif soutenu par Rolex. Dans son analyse des contrats de distribution sélective des concurrents de Rolex, l'Autorité constate que l'ensemble autorisait la vente en ligne à leurs distributeurs agréés.

Ainsi, selon l'Autorité, l'interdiction de vente en ligne des montres de la marque Rolex est constitutive d'une entente verticale.

En revanche, l'Autorité estime que les éléments du dossier ne permettaient pas d'établir une entente entre Rolex et ses distributeurs sur les prix de vente des montres.

Cette décision, intervenant une semaine après une autre décision de l'Autorité sanctionnant notamment une interdiction totale des ventes en ligne (cf. *infra*), démontre l'intérêt persistant de l'Autorité pour cette thématique et sa vigilance sur le sujet.

SECTEUR DES THÉS HAUT DE GAMME : SANCTION POUR ENTRAVE À LA LIBERTÉ COMMERCIALE DES DISTRIBUTEURS

Le 11 décembre 2023, l'Autorité a prononcé à l'égard du groupe Mariage Frères une sanction de 4 millions d'euros, pour avoir entravé la liberté commerciale de ses distributeurs.

Dans cette décision, il est reproché à Mariage Frères d'avoir, pendant près de 15 ans, interdit à ses distributeurs par le biais de ses conditions générales de vente (ci-après « CGV ») d'une part de vendre ses produits en ligne et d'autre part, de revendre ses produits à d'autres revendeurs.

L'Autorité retient tout d'abord que l'objectif de préservation d'une image de marque des produits ne saurait justifier l'interdiction totale de ventes en ligne

par les distributeurs ni l'exclusivité de la vente en ligne que Mariage Frères se réservait.

L'Autorité souligne par ailleurs, que la part relative des ventes réalisées en ligne par Mariage Frères a plus que triplé entre 2013 et 2021.

Les CGV interdisaient également aux distributeurs de revendre les produits Mariage Frères à d'autres revendeurs. Mariage Frères conservait alors l'exclusivité de la vente en gros, cantonnant ainsi ses distributeurs à la vente aux particuliers.

Ces différentes interdictions ont conduit selon l'Autorité à une restriction de la concurrence intra-marque dans un secteur connaissant un développement important de la vente en ligne.

« De surcroît, la pratique en cause a également affecté les consommateurs finaux. En effet, ceux-ci ont été privés de la possibilité de faire pleinement jouer la concurrence entre les distributeurs, d'une part, et entre les distributeurs et Mariage Frères, d'autre part. Or la pratique est intervenue dans un secteur concentré et dans un contexte de concurrence inter-marque limitée, au regard de la notoriété de Mariage Frères. Ainsi, les effets négatifs de la restriction de la concurrence intra-marque sur les consommateurs finaux sont d'autant plus importants ».

NOUVEAU REJET D'UNE SAISINE POUR DÉFAUT DE PRIORITÉ

A la faveur d'une décision rendue le 4 octobre 2023, l'Autorité, usant pour la seconde fois des prérogatives conférées en la matière par la transposition de la directive ECN+, a déclaré irrecevable la saisine déposée contre le Groupe Canal Plus par Mediapro Sport France (« Mediapro »), ancien diffuseur de la Ligue 1.

En l'espèce, la requérante avait saisi l'Autorité pour des pratiques alléguées de position dominante du groupe Canal Plus sur le marché de la distribution de

la télévision payante. Elle soutenait que Canal Plus avait imposé des conditions de transaction inéquitable pour la distribution de la chaîne Téléfoot. Elle aurait par ailleurs tenu des propos dénigrants à l'encontre de Mediapro. Enfin, elle aurait commercialisé des offres similaires à des conditions plus avantageuses, dans le but d'évincer Mediapro du marché lors du lancement de sa chaîne.

Pour rappel, l'article L. 468-8, al. 2 du code de commerce, tel qu'issu de la transposition de la directive ECN+ par l'ordonnance n°2021/649 du 26 mai 2021, permet à l'Autorité de « *rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ou, pour les saisines reçues en application du II et du IV de l'article L. 462-5, lorsqu'elle ne les considère pas comme une priorité* ».

Afin de rejeter la saisine de Mediapro pour défaut de priorité, l'Autorité constate en premier lieu l'action qui a été introduite contre la société GCP devant le juge judiciaire portant sur ces mêmes faits et a donné lieu au rejet des prétentions des parties. En second lieu, l'Autorité observe que, à la date de sa décision, la saisissante avait été liquidée et n'exploitait plus sa chaîne sur le marché pertinent, de sorte que l'objet principal de sa plainte était devenu caduc. Enfin, l'Autorité constate que l'impact de ces pratiques sur le consommateur ou le fonctionnement concurrentiel du marché apparaît relatif.

En conséquence, l'Autorité rejette la saisine, considérant que « *la mobilisation par l'Autorité de ressources internes non négligeables* » pour l'examen de la plainte n'est pas justifiée. Précisons que cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours.

C'est la seconde fois que l'Autorité utilise la procédure de rejet pour défaut de priorité. Cette décision fait suite à une affaire survenue environ un an auparavant, où l'Autorité avait rejeté la plainte d'une organisation professionnelle de marchands de presse demandant la condamnation de La Poste.

Pour plus d'informations sur la précédente utilisation de la procédure de rejet pour défaut de priorité, nous vous invitons à consulter le [Bulletin Concurrence VI](#).

REVIREMENT DE JURISPRUDENCE : L'INCOMPÉTENCE DES JURIDICTIONS NON SPÉCIALISÉES PLUTÔT QUE L'IRRECEVABILITÉ

Par un arrêt en date du 18 octobre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a opéré un important revirement de jurisprudence en matière de compétence des juridictions spécialisées pour connaître des litiges relatifs aux pratiques restrictives de concurrence.

La Cour de cassation juge que la spécialisation des juridictions au sens de l'article L. 442-4, III du code de commerce institue une règle de compétence d'attribution exclusive sanctionnée par une exception d'incompétence. Elle abandonne ainsi sa jurisprudence antérieure, réitérée pendant plus de 11 ans, par laquelle elle jugeait que les juridictions non spécialisées étaient dépourvues de pouvoir juridictionnel et sanctionnait leur saisine par une fin de non-recevoir d'ordre public.

« La juridiction saisie, si elle n'est pas une juridiction désignée par l'article D. 442-3 précité, doit, si son incompétence est soulevée, selon les circonstances et l'interdépendance des demandes, soit se déclarer incompétente au profit de la juridiction désignée par ce texte et surseoir à statuer dans l'attente que cette juridiction spécialisée ait statué sur la demande, soit renvoyer l'affaire pour le tout devant cette juridiction spécialisée ».

Par cette décision, la Haute juridiction constate que cette construction jurisprudentielle complexe, qui ne correspond pas à la lettre des articles susmentionnés, est source « *d'insécurité juridique quant à la détermination de la juridiction ou de la Cour d'appel pouvant connaître de leurs actions, de leurs prétentions ou de leur recours* ». Elle ajoute que « *sa*

complexité de mise en œuvre ne répond pas aux objectifs de bonne administration de la justice ».

Tirant les enseignements de ces constatations, la chambre commerciale opère donc un revirement de jurisprudence. Elle déclare que la règle issue de l'application combinée des articles L. 442-4, III et D. 442-2 du code de commerce, qui désigne les juridictions compétentes pour les dispositions du I et II de l'article L. 442-6, établit une compétence d'attribution exclusive et non une fin de non-recevoir.

RUPTURE DES RELATIONS ÉTABLIES : APPRÉCIATION SOUVERAINE DU CARACTÈRE SUFFISANT DU DÉLAI DE PRÉAVIS PAR LE JUGE

Le 18 octobre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt en matière de pratiques restrictives à propos du caractère suffisant du préavis de rupture d'une relation commerciale établie.

En l'espèce, une société de conseil avait signé avec un client successivement deux contrats. À l'issue du second contrat, le client a eu recours aux services de deux autres sociétés. La société de conseil, se prévalant d'une rupture brutale des relations commerciales établies, l'avait assigné en réparation de ses préjudices subis.

Pour rappel, pour que la rupture d'une relation commerciale ne soit pas considérée comme brutale, les dispositions du code de commerce exigent le respect d'un préavis tenant compte de l'ancienneté de la relation et dont la durée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Dans son arrêt, la Cour d'appel de Paris avait retenu que, compte tenu de la durée de la relation de 2 ans, de l'évolution des coûts et chiffres d'affaires constatés sur cette période et de leur importance dans le bilan du prestataire, la durée du préavis aurait dû être de 3 mois pour permettre à cette dernière de se réorganiser.

La Haute juridiction juge qu'en statuant ainsi la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision. En effet,

en appréciant le caractère suffisant du préavis en considération du seul critère légal alors applicable et des circonstances propres à la relation en cause, la Cour d'appel n'était pas tenue d'expliquer davantage la raison pour laquelle la durée de 3 mois permettait au prestataire de trouver d'autres débouchés.

ENTENTE SUR LES PRODUITS D'HYGIÈNE ET D'ENTRETIEN : CONFIRMATION DE LA SANCTION INFLIGÉE À L'ORÉAL

Aux termes d'un arrêt rendu le 18 octobre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation, statuant sur renvoi après cassation, est venue confirmer l'amende infligée à L'Oréal pour sa participation à l'entente portant sur les produits d'hygiène et produits d'entretien.

Pour rappel, dans sa décision du 18 décembre 2014, l'Autorité avait sanctionné 13 fournisseurs de la grande distribution pour leur participation à une entente portant sur des hausses tarifaires relatives à des produits d'hygiène et d'entretien. Les 13 fabricants procédaient à des échanges d'informations sensibles telles que les tarifs qu'ils pratiquaient à l'égard des distributeurs, leurs politiques promotionnelles, leurs chiffres d'affaires, etc. Ces échanges d'informations étaient formalisés à l'occasion de réunions entre les directeurs commerciaux/responsables de vente des différents fabricants.

En particulier, L'Oréal SA avait été condamnée – en tant qu'auteure de l'infraction – au paiement d'une amende de 189 millions d'euros et sa filiale Lascad tenue pour solidairement responsable à la somme de 45 millions d'euros. Le 27 octobre 2016, la Cour d'appel de Paris avait partiellement réformé la décision de l'Autorité en réduisant certaines sanctions pécuniaires. Concernant la société L'Oréal SA, seule sa filiale Lascad avait bénéficié d'une réduction de sa sanction.

Dans son arrêt du 27 mars 2019, la Cour de cassation avait rejeté les pourvois des entreprises sanctionnées à l'exception de celui de L'Oréal SA. La Haute

juridiction considérait que la Cour d'appel n'aurait pas dû prendre en compte, dans l'assiette de la sanction de L'Oréal SA, la valeur des ventes réalisées par la société Gemey Maybelline Garnier (« GMG »), filiale du groupe L'Oréal, alors qu'aucun grief ne lui avait été notifié. Puis, l'affaire a été renvoyée et à nouveau réexaminée devant la Cour d'appel de Paris, mais seulement sous l'angle du montant de la sanction infligée à ces sociétés.

Par un arrêt du 18 juin 2020, la Cour d'appel de Paris maintenait sa position initiale, s'opposant ainsi à la position de la Cour de cassation, et confirmait que la valeur des ventes de la société GMG devait être intégrée dans l'assiette de la sanction pécuniaire infligée à sa société mère, quand bien même aucun grief ne lui avait été notifié, dans la mesure où les ventes de GMG étaient liées à l'infraction.

L'Oréal avait alors formé un pourvoi en cassation, contestant l'inclusion des ventes de sa filiale GMG dans le calcul de l'amende ainsi que le calcul de l'amende sur la base du chiffre d'affaires « double net » plutôt que « triple net ». La Cour de cassation, soutenant l'approche des juges du fond, rejette les deux arguments. La Haute juridiction souligne que, bien que GMG n'ait pas activement participé à l'entente, ses ventes ont été influencées par l'infraction commise par sa société mère, de sorte qu'il était approprié de les inclure dans la sanction, même si GMG n'a pas reçu de notification de griefs.

Par ailleurs, la Cour de cassation maintient que l'amende devrait refléter l'ampleur économique de l'infraction et ses effets sur les marchés, plutôt que la valeur économique réelle des ventes de L'Oréal, selon les principes établis dans son communiqué sanctions, confirmant ainsi la méthode de calcul retenue par l'Autorité.

ANNULATION D'UNE DÉCISION DE L'AUTORITÉ REFUSANT DE RÉFORMER DES ENGAGEMENTS

Dans un arrêt en date du 30 novembre 2023, la chambre 5-7 de la Cour d'appel de Paris a annulé une décision de l'Autorité refusant de réviser les

engagements souscrits par TDF et ordonné une levée partielle de ces engagements.

Pour rappel, l'Autorité avait rendu obligatoires en 2015, trois engagements proposés par TDF afin de faire jouer la concurrence en matière d'hébergement d'équipement de téléphonie mobile. TDF s'était notamment engagé à limiter la durée de ses futurs contrats-cadres d'hébergement à dix ans.

En 2021, TDF avait demandé la révision de ces engagements au motif que les changements intervenus dans le secteur depuis la décision, étaient suffisamment importants pour modifier la structure de la concurrence sur ce marché. Le maintien de ces engagements était alors devenu injustifié.

Par une décision n°22-D-24 du 6 décembre 2022, l'Autorité avait considéré que TDF n'avait pas établi sur la base d'éléments suffisamment précis, la disparition effective de l'ensemble des préoccupations de concurrence. Par conséquent, l'Autorité avait rejeté la demande en révision des engagements.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris confirme tout d'abord la recevabilité du recours contre une décision de l'Autorité refusant de lever des engagements en cours.

« Les décisions, modifiant des engagements rendus obligatoires comme refusant de telles demandes, sont ainsi incluses dans le champ d'application de l'article L. 464-8 du code de commerce, et ce peu important le caractère négocié de la procédure, au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner pour l'entreprise en cause le refus de modification des engagements lorsque l'un des faits sur lesquels la décision d'engagements repose a subi un changement important ».

La Cour d'appel annule ensuite la décision de l'Autorité en raison du non-respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, notamment

par l'adoption d'une nouvelle méthode de calcul des parts de marché de TDF sans que celle-ci n'ait eu la faculté d'en débattre contradictoirement.

Enfin, sur le fond, la Cour d'appel constate que de nouveaux concurrents de TDF en tant que « Towerco » sont présents sur le marché de l'hébergement des équipements de téléphonie mobile.

Par conséquent, la Cour d'appel considère que l'engagement relatif à la limitation de la durée des contrats-cadres de TDF n'est plus nécessaire et proportionné au regard du marché actuel, en rejetant la levée des autres engagements.

2. INVESTIGATIONS

ATTEINTE AU SECRET DES AFFAIRES RÉSULTANT DE LA COMMUNICATION PAR L'AUTORITÉ D'ÉLÉMENTS DÉCLASSÉS : UNE QUESTION DE COMPÉTENCE À TRANCHER

Dans un arrêt du 22 décembre 2023, le Conseil d'État a renvoyé au Tribunal des conflits le soin de déterminer l'ordre compétent pour connaître d'une action en cessation et en prévention d'une atteinte illicite au secret des affaires par la communication d'éléments déclassés par l'Autorité, en parallèle d'une action en contestation du déclassé de ces informations.

En l'espèce, l'Autorité saisie de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de la publicité extérieure, avait obtenu de la société JCDecaux une communication d'informations concernant sa politique commerciale, sa stratégie et son organisation.

L'Autorité, sur demande de JCDecaux, avait dans un premier temps classé ces informations comme protégées par le secret des affaires. Par la suite, le rapporteur général de l'Autorité avait estimé que ces informations étaient nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'autres parties et rendu les pièces accessibles à l'ensemble des parties.

Par une ordonnance du 25 mai 2022, la Cour d'appel de Paris avait annulé partiellement les décisions du rapporteur général rendant accessibles certaines pièces.

Le 20 décembre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'Autorité et exigé du rapporteur général de l'Autorité qu'il motive concrètement ses décisions de déclassé de pièces protégées par le secret des affaires.

Deux jours plus tard, le Conseil d'État a considéré que le référé visant à faire cesser l'atteinte au secret des affaires résultant de la communication par l'Autorité de ces informations, est indissociable de la contestation de la décision par laquelle le rapporteur général lève la protection au titre du secret des affaires.

Le Conseil d'État estime donc que les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour statuer sur cette demande. Or le juge des référés de la Cour d'appel de Paris s'était déjà déclaré incompétent au profit de la juridiction administrative.

Par conséquent, le Tribunal des conflits aura la charge de déterminer l'ordre compétent pour connaître de cette action.

RÉALISATION D'OVS DANS LE SECTEUR DE LA PRODUCTION ET DE LA DISTRIBUTION DE PRODUITS DE GRANDE CONSOMMATION ALIMENTAIRE ET NON ALIMENTAIRE

Le 23 novembre 2023, les services d'instruction de l'Autorité ont procédé, après autorisation du juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et saisie (« OVS ») inopinées auprès d'un acteur suspecté d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la production et de la distribution de produits de grande consommation alimentaire et non alimentaire.

Ces OVS constituent les sixièmes menées depuis le début de l'année 2022 par les services d'instruction de l'Autorité :

DATE	SECTEUR
Mai 2022	Agrofourniture
Septembre 2022	Articles de maroquinerie
Novembre 2022	Approvisionnement en lait de vache
Mai 2023	Transport ferroviaire de voyageurs, distribution de services et produits d'agence de voyages et des systèmes et outils numériques de mobilité
Septembre 2023	Cartes graphiques
Novembre 2023	Production et distribution de produits de grande consommation alimentaire et non alimentaire

NOTIFICATION DE GRIEFS : LES SECTEURS DE L'INGÉNIERIE, DU CONSEIL EN TECHNOLOGIES ET DES SERVICES INFORMATIQUES DANS LE VISEUR DE L'AUTORITÉ

Courant novembre 2023, les services d'instruction de l'Autorité ont notifié des griefs à des entreprises actives dans les secteurs de l'ingénierie, du conseil en technologies et des services informatiques. Il est reproché à ces entreprises d'avoir conclu et mis en œuvre des accords de « non-débauchage », visant à s'interdire de solliciter et d'embaucher leur personnel respectif.

Pour mémoire, suite à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018, transposée par l'ordonnance n°2021-649 modifiant l'article L. 463-6 du code de commerce, l'Autorité est désormais autorisée à publier des informations relatives aux actes qu'elle accomplit, lorsque la publication de ces informations est effectuée dans l'intérêt du public et dans le strict respect de la présomption d'innocence des entreprises ou associations d'entreprises concernées.

3. DIVERS

CENSURE DU *LEGAL PRIVILEGE* A LA FRANÇAISE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

À la faveur d'une décision du 16 novembre 2023, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition de la loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 relative à la confidentialité des consultations juridiques des juristes d'entreprise, au motif qu'une telle disposition constituerait un cavalier législatif.

Pour rappel, le 16 octobre 2023, la présidente du groupe parlementaire de La France insoumise avait déféré au Conseil constitutionnel ce projet de loi, tel qu'adopté par le Parlement le 11 octobre 2023. Elle soutenait que l'article 49 du projet de loi introduisant un *legal privilege* applicable aux enquêtes de concurrence avait pour effet de limiter les pouvoirs de contrôle des autorités de régulation et contrevenait aux objectifs de sauvegarde de l'ordre public économique et de recherche des auteurs d'infractions.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel constate que, adopté selon une procédure contraire aux exigences constitutionnelles posées par l'article 45 de la Constitution, le paragraphe IV de l'article 49 du projet de loi déféré est contraire à la Constitution. Ce faisant, le Conseil constitutionnel censure cette disposition comme « cavalier législatif ».

En statuant ainsi, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur les griefs opposés dans le recours. Il ne préjuge donc pas de la conformité du contenu de ces dispositions à la Constitution.

PROGRAMME DE CLÉMENCE : PUBLICATION D'UN NOUVEAU COMMUNIQUÉ DE PROCÉDURE

Le 15 décembre 2023, l'Autorité a publié un nouveau communiqué de procédure relatif au programme de clémence.

Pour rappel, la procédure de clémence prévue à l'article L. 464-2, IV du code de commerce, permet à l'entreprise qui révèle l'existence d'une entente et dénonce son implication, d'être exonérée, sous conditions, totalement ou partiellement d'une sanction pécuniaire.

Ce nouveau communiqué vient remplacer la version précédente de 2015 et intègre les dernières modifications législatives et réglementaires issues notamment de la directive ECN +, la loi DDADUE et du décret n°2021-568 du 10 mai 2021.

D'un point de vue procédural, le communiqué explicite tout d'abord la pratique de demande de marqueur de rang. Celle-ci permet à l'entreprise demandant la clémence, d'obtenir un délai lors du dépôt, d'un mois en principe, pour rassembler tous les éléments nécessaires à sa demande, tout en conservant son rang d'arrivée pour la clémence.

Le communiqué modernise également la procédure de dépôt de la demande de clémence en permettant une dématérialisation des échanges.

De plus, le communiqué, conformément à la loi DDADUE, supprime la procédure de l'avis de clémence rendu par le collègue de l'Autorité. Désormais, le rapporteur général informe l'entreprise de son éligibilité à une exonération. Il appartiendra par la suite au collègue de la confirmer au stade de la décision au fond.

Sur le fond, le nouveau communiqué reprend notamment les conditions d'éligibilité à une exonération totale et clarifie l'articulation de la procédure de clémence avec la responsabilité civile et pénale des personnes.

Ce nouveau communiqué relatif au programme de clémence intervient à peine 2 mois après l'annonce par l'Autorité, de la création d'un dispositif de recueil des signalements pour les lanceurs d'alerte (cf. *infra*).

TRANSPORTS TERRESTRES ET DES PERSONNES : L'AUTORITÉ REND SON AVIS

Le 29 novembre 2023, l'Autorité a rendu public son avis consultatif sur le fonctionnement concurrentiel du secteur des transports terrestres de personnes.

Pour rappel, en raison de l'ouverture prochaine des transports ferroviaires à la concurrence, l'Autorité avait annoncé en décembre 2022, s'autosaisir pour avis.

Parmi ses recommandations, l'Autorité souligne, pour les marchés sur lesquels la concurrence peut s'exercer librement, la nécessité de lever un certain nombre de barrières à l'entrée ainsi que les facteurs favorisant le monopole historique.

L'Autorité formule également des recommandations quant aux bonnes pratiques à mettre en œuvre pour les collectivités territoriales afin de dynamiser la concurrence lors des appels d'offres.

De manière générale, l'Autorité réaffirme son soutien à l'ART, le régulateur sectoriel, dont le rôle est essentiel pour une ouverture à la concurrence réussie.

MARCHÉS DE GROS DU HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT FIXES : L'AUTORITÉ REND SON AVIS À L'ARCEP

Le 26 octobre 2023, l'Autorité a rendu son avis à l'Arcep dans le cadre du septième cycle d'analyse des marchés de gros du haut et très haut débit fixes sur la période allant de 2024 à 2028.

Pour mémoire, l'Arcep, régulateur français des télécoms, avait sollicité le 29 juin 2023 l'avis de l'Autorité sur trois projets de décision portant respectivement sur la délimitation des marchés pertinents pour lesquels une intervention ex-ante est nécessaire et sur la désignation de l'opérateur considéré comme « exerçant une influence déterminante » sur ces marchés. Dans cet avis, l'Autorité approuve d'une part, la proposition de l'Arcep de substituer les offres haut et très haut débit

et d'autre part, l'existence d'une définition séparée pour le marché de l'accès en gros aux infrastructures de génie civil.

En anticipant la fermeture du réseau cuivre d'Orange en 2030 et la migration vers la fibre, l'Autorité recommande à l'Arcep de veiller à la mise en œuvre de ce plan et de favoriser la concurrence sur le marché des entreprises en renforçant leur accès aux réseaux de fibre optique.

CRÉATION DU STATUT DE LANCEURS D'ALERTE PAR L'AUTORITÉ

Le 19 octobre 2023, l'Autorité a annoncé la création d'un dispositif de recueil et de traitement des signalements pour les lanceurs d'alerte.

Les lanceurs d'alerte sont compris comme une personne physique identifiée qui signale ou divulgue sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations concernant des pratiques relatives aux ententes, abus de position dominante et aux aides d'État.

Ce dispositif résulte de la loi n°2022-401 du 21 mars 2022, transposant une directive européenne du 23 octobre 2019 et destinée à renforcer la protection des lanceurs d'alerte. Par la suite, le décret n°2022-1284 du 3 octobre 2022 avait désigné l'Autorité en tant qu'autorité compétente pour recueillir et traiter des alertes portant sur des pratiques anticoncurrentielles et des aides d'État.

Le lanceur d'alerte est protégé par la confidentialité de son identité et est à l'abri des représailles, y compris disciplinaires. Il est également exonéré de responsabilité pénale et civile en cas de violation de secret ou de dommages causés par son signalement.

CONTRIBUTEURS



FRÉDÉRIC PRADELLES
ASSOCIÉ

fpradelles@mwe.com
Tél +33 1 81 69 99 43



JACQUES BUHART
ASSOCIÉ

jbuhart@mwe.com
Tél +33 1 81 69 15 01



MATTHIEU ADAM
COUNSEL

madam@mwe.com
Tél +33 1 81 69 15 24



MARY HECHT
COLLABORATRICE

mhecht@mwe.com
Tél +33 1 81 70 15 89



HELENA MOULIN-SMITH
STAGIAIRE

hmoulinsmith@mwe.com
Tél +33 1 81 69 15 00



VICTOIRE SIPP
STAGIAIRE

vsipp@mwe.com
Tél +33 1 81 69 14 64

This material is for general information purposes only and should not be construed as legal advice or any other advice on any specific facts or circumstances. No one should act or refrain from acting based upon any information herein without seeking professional legal advice. McDermott Will & Emery* (McDermott) makes no warranties, representations, or claims of any kind concerning the content herein. McDermott and the contributing presenters or authors expressly disclaim all liability to any person in respect of the consequences of anything done or not done in reliance upon the use of contents included herein. *For a complete list of McDermott entities visit mwe.com/legalnotices.

©2024 McDermott Will & Emery. All rights reserved. Any use of these materials including reproduction, modification, distribution or republication, without the prior written consent of McDermott is strictly prohibited. This may be considered attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

