

Droit de la concurrence / distribution - Ce qu'il faut retenir de 2018

L'année 2018 a notamment été marquée par la publication récente par l'Autorité de la concurrence de son communiqué sur la procédure de transaction, ou encore par la saga des arrêts Coty concernant la revente sur internet de produits de luxe. Nous avons effectué une sélection des principaux sujets qu'il nous semble important de retenir pour l'année 2018.

Pratiques anticoncurrentielles

Abus de position dominante - Amende record de 4,34 milliards d'euros pour Google : La Commission européenne a infligé une amende de 4,34 milliards d'euros à Google pour avoir imposé depuis 2011 des restrictions injustifiées aux fabricants d'appareil Android et aux opérateurs de réseaux mobiles.

Pour mémoire, Google exigeait des fabricants de terminaux la pré-installation de l'application Google Search et de son navigateur Google Chrome comme condition de l'octroi de la licence pour sa boutique d'application Play Store.

Google payait certains des grands fabricants et opérateurs de réseaux mobiles afin qu'ils préinstallent en exclusivité Google Search sur leurs appareils.

Enfin, Google empêchait également les fabricants souhaitant installer d'autres versions d'Android de le faire.

L'objectif était de consolider sa position dominante sur le marché de la recherche sur internet et, ainsi, de restreindre la concurrence à une période où l'internet mobile était en plein développement.

Le groupe américain a interjeté appel de cette décision le 9 octobre 2018.

Commission, 18 juillet 2018, AT.40099, Google Android

Abus de position dominante - Précisions sur la notion de désavantage dans la concurrence :

Dans le cadre d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a interprété, au sens de l'article 102 du TFUE, la notion de « désavantage dans la concurrence » pour apprécier le caractère le cas échéant abusif de prix discriminatoires appliqués par une entreprise dominante à des entreprises clientes situées en aval (abus d'exploitation).

A ce titre, un « désavantage dans la concurrence » vise les hypothèses dans lesquelles la pratique de prix discriminatoire est susceptible d'avoir pour effet une distorsion de la concurrence entre les entreprises situées sur ce marché aval. La constatation du désavantage doit reposer sur un faisceau d'indices. Ces indices peuvent être, par exemple, le pouvoir de négociation en ce qui concerne les tarifs, les conditions et modalités d'imposition de

ceux-ci ou encore la durée d'application ou le montant des tarifs.

Il ne demeure cependant pas nécessaire de démontrer une détérioration effective et quantifiable de la position concurrentielle pour que l'article 102 TFUE s'applique.

CJUE, 19 avril 2018, C-525/16, MEO

Entente - Condamnation d'entreprises dans le secteur des produits électroménagers : L'Autorité de la concurrence (AdIC) a sanctionné des pratiques d'ententes dans le secteur des produits de gros électroménagers qui ont eu lieu entre septembre 2006 et septembre 2009 à hauteur de 189 millions d'euros.

Dans le cadre de cette procédure, le groupe BSH a demandé, à la suite de perquisitions menées dans les locaux de différentes entreprises du secteur, à bénéficier du programme de clémence. Grâce aux pratiques que l'AdIC a pu établir à la suite des éléments apportés par elle, BSH s'est vu appliquer une « clémence + ». En conséquence, l'AdIC n'a pas tenu compte des faits que BSH lui a permis d'établir dans le calcul de sa sanction.

Toutes les entreprises ont, par la suite, conclu une transaction.

Dans cette affaire, Magenta a assisté le groupe Candy Hoover.

Décision n°18-D-24 du 5 décembre 2018

Entente - Question préjudicielle dans le secteur pharmaceutique :

Une entreprise a créé et produit deux médicaments, l'un pour le secteur de l'oncologie et l'autre l'ophtalmologie, qui ont été commercialisés par deux entreprises distinctes. Le médicament dédié à l'oncologie a été commercialisé en premier, à la suite de quoi il a été découvert que le médicament dédié à l'oncologie pouvait également servir à traiter des pathologies visées par le médicament dédié à l'ophtalmologie.

Souhaitant se prémunir de la concurrence qui pourrait naître entre les deux médicaments, les deux entreprises ont diffusé des informations trompeuses sur les effets indésirables de l'utilisation en dehors du champ de l'autorisation de mise sur le marché (AMM) du médicament dédié à l'oncologie.

Interrogée sur ces pratiques par le biais d'une question préjudicielle, la CJUE a considéré (i) qu'une autorité nationale de la concurrence peut inclure dans le marché

pertinent, outre les médicaments autorisés pour le traitement des pathologies concernées, un autre médicament dont l'AMM ne couvre pas ce traitement, mais qui est utilisé à cette fin et présente ainsi un rapport concret de substituabilité avec les premiers, et (ii) la pratique en cause est restriction de la concurrence par objet.

De plus, la diffusion d'informations trompeuses ne peut pas être considérée comme indispensable et ne peut donc bénéficier de l'exemption prévue par l'article 101, paragraphe 3 du TFUE.

CJUE, 23 janvier 2018, C-179/16, Hoffmann Laroche

Procédure - Publication du communiqué de procédure sur la transaction :

L'AdIC apporte des modifications à la procédure de transaction telle qu'instaurée en 2015 et donne par exemple la possibilité aux entreprises de l'interroger sur la transaction à tout stade de la procédure et de présenter de brèves observations écrites sur la détermination du montant de sanction au sein de la fourchette.

En revanche, les questions plus sensibles n'ont pas été traitées, dont notamment les conditions de détermination de la fourchette d'amende par les services d'instruction.

Communiqué de procédure

Opérations de visite et de saisie - Impossibilité pour les enquêteurs de différer l'appel du client à son conseil :

Pendant le déroulement d'opérations de visite et de saisie, les enquêteurs avaient demandé à l'entreprise visitée de différer l'appel de ses conseils le temps qu'ils apposent des scellés sur différents bureaux.

Sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris a considéré que le principe d'assistance effective et immédiate allait à l'encontre de cette pratique. Elle a annulé en conséquence les opérations de visite et de saisie pour atteinte au droit de la défense.

Cet arrêt confirme que les enquêteurs ne peuvent, sous aucun prétexte, retarder l'appel par l'entreprise visitée à son conseil.

Magenta a développé une application mobile (Magentapp) gratuite et téléchargeable sur iOS et Android pour aider les entreprises soumises à de telles perquisitions de concurrence.

CA Paris, 28 mars 2018, n° 17/16586, Darty

Coopération entre les autorités de concurrence - Adoption de la directive ECN+

La directive ECN+ témoigne de la volonté des Etats Membres, ainsi que de la Commission, de renforcer et harmoniser les moyens de mise en œuvre de la politique européenne de concurrence. L'objectif est de doter les autorités nationales de concurrence de moyens similaires, nécessaires à la cohérence et la bonne mise en œuvre des règles du droit de la concurrence.

Grâce à cette directive, les autorités nationales de concurrence pourront mener leur action en toute indépendance et avec les ressources nécessaires. Elles pourront utiliser des pouvoirs renforcés d'enquête et de décision ainsi que des pouvoirs d'assistance mutuelle élargis.

Pour l'AdIC, cette directive, bien que ne révolutionnant pas ses pouvoirs, offre quelques avancées significatives. C'est le cas concernant la faculté de se saisir d'office pour imposer des mesures conservatoires.

L'AdIC pourra également fixer ses priorités, ce qui reviendra à choisir des axes qui prioriseront son action (quand bien même elle communique déjà sur les orientations annuelles qu'elle entend suivre).

Enfin, l'AdIC pourra imposer des mesures structurelles aux entreprises lors de la constatation d'infractions anti-concurrentielles.

Directive n°2019/01 du 11 décembre 2018

Actions indemnitaires - Possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts à la suite d'une procédure d'engagements

Le PMU a souscrit devant l'AdIC des engagements pour mettre un terme à une procédure engagée pour abus de position dominante. A la suite de cette procédure, Betclac a engagé une action indemnitaire pour solliciter l'indemnisation des conséquences des pratiques auxquelles les engagements avaient mis un terme.

La Cour d'appel de Paris a considéré que la décision d'engagements de l'AdIC constitue un commencement de preuve pouvant utilement être utilisé au soutien d'une telle action indemnitaire. Cette décision confirme que la souscription d'engagements, sans constat d'infraction, ne fait pas le cas échéant obstacle aux actions en *private enforcement*.

Cette décision entérine la solution retenue par la CJUE dans le cadre d'une question préjudicielle du 23 novembre 2017.

CA Paris, 12 septembre 2018, n°18/04914, PMU

Concentrations

Pouvoir d'évocation du Ministre : Dans le cadre du démantèlement du groupe Agripole, la reprise du pôle « plats cuisinés » soulevait des problématiques de concurrence dans la mesure où la nouvelle entité résultant de l'opération disposait d'une position dominante sur les marchés pertinents en cause. Cette situation a conduit l'AdIC à mener un examen approfondi de phase II et à autoriser l'opération sous réserve d'engagements (cession d'une marque et d'un site de production).

Le ministre chargé de l'économie a alors décidé d'évoquer l'affaire sur le fondement de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce et, revenant sur l'analyse de l'AdIC et les engagements adoptés, a finalement autorisé l'opération au nom et sous condition du maintien de l'emploi.

AdIC, 14 juin 2018, n° 18-DCC-95 ; Min. de l'économie, 14 juin 2018, n° 543 ; Min. de l'économie, 19 juill. 2018, n° 602

Non-respect d'engagements : L'AdIC a sanctionné d'une amende de 20 millions d'euros le groupe FNAC-Darty pour non-respect de ses engagements de cession de trois magasins dans les délais impartis. L'AdIC justifie notamment le montant de cette sanction par des efforts jugés insuffisants de la part des entreprises concernées pour mettre en œuvre les engagements pris. Elle témoigne d'une appréciation stricte des obligations des entreprises en matière d'engagements.

Cette sanction fait suite au refus de la Présidente de l'AdIC (i) d'agréer la cession de deux des magasins visés et (ii) de prolonger les délais prévus pour la réalisation des engagements. Ces prérogatives de la Présidente ont d'ailleurs été validées par le Conseil Constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre du recours dirigé contre la décision de refus d'agrément et de prolongation des délais (recours rejeté par le Conseil d'Etat).

FNAC-Darty a indiqué engager toutes les voies de recours à sa disposition pour contester la sanction prononcée.

AdIC, 27 juillet 2018, n°18-D-16 ; Conseil constitutionnel, 20 avril 2018, n°2018-702 QPC ; CE, 26 juillet 2018, n°414657

Distribution

Distribution sélective - Possibilité pour les fournisseurs de produits de luxe d'interdire la revente en ligne sur les plateformes tierces : En 2017, la CJUE avait consacré la possibilité pour les fournisseurs de produits de luxe d'interdire à leurs distributeurs agréés de recourir de manière visible à des plateformes tierces, en raison de la nature et de l'image des produits. Les deux arrêts Coty et Caudalie marquent l'application par les juridictions françaises de cette solution.

En matière de produits de motoculture, l'AdIC a retenu une solution similaire, en considérant que l'interdiction de revente sur les plateformes tierces est justifiée et proportionnée. En revanche, elle a considéré que ces produits n'étaient pas d'une dangerosité telle qu'ils ne pouvaient être délivrés qu'en main propre. En l'absence de réglementation qui l'imposait, il n'était alors pas approprié et proportionné que Stihl impose à ses revendeurs une obligation de « mise en main » dans le cadre de la vente en ligne sur leurs propres sites internet. L'AdIC a en conséquence sanctionné Stihl à hauteur de 7 millions d'euros ainsi que plusieurs injonctions tendant à la modification des contrats de distribution sélective de Stihl dans un délai de trois mois (en particulier, la suppression de la condition de « mise en main »). Sur appel de Stihl, la Cour d'appel de Paris a ordonné le sursis à exécution des injonctions prononcées par l'AdIC jusqu'à l'arrêt d'appel.

CA Paris, 28 février 2018, n°16/02263, Coty ; CA Paris, 13 juillet 2018, n°17/20787, Caudalie et AdIC, 24 octobre 2018, 18-D-23, Stihl, CA Paris, 23 janvier 2019, n°18/26546

Déséquilibre significatif : Le Conseil constitutionnel a jugé, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, que le fait que le juge se fonde sur le prix afin de vérifier l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties est conforme à la Constitution.

Ce faisant, il confirme l'interprétation de la Cour de cassation qui avait retenu qu'il était possible, dans le cadre du déséquilibre significatif, de contrôler judiciairement l'adéquation du prix au bien vendu.

Conseil constitutionnel, 30 novembre 2018, n°2018-749 QPC, Société Interdis



Sylvain Justier, Avocat associé
Droit de la concurrence et secteurs régulés
sylvain.justier@magenta-legal.com



Vincent Jaunet, Avocat associé
Droit de la concurrence et secteurs régulés
vincent.jaunet@magenta-legal.com



Gaël Hichri, Avocat associé
Droit de la concurrence et droit de la distribution / Secteur pharmaceutique
gael.hichri@magenta-legal.com