

Droit de la concurrence / distribution - Ce qu'il faut retenir de 2019... et anticiper en 2020

L'année 2019 a notamment été marquée par la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce, ainsi que par plusieurs décisions de sanctions ayant imposé de lourdes amendes dans des affaires d'ententes horizontales et d'abus de position dominante, tant au niveau national qu'europpéen. Nous avons effectué une sélection des principaux sujets qu'il nous semble important de retenir.

Pratiques anticoncurrentielles

Nouveau pouvoir d'enquête : Le nouvel article L. 450-3-3 du code de commerce, issu de la Loi PACTE, permet à l'Autorité d'avoir accès aux données de connexion des opérateurs de télécommunication telles que les numéros de téléphone appelés, la date, l'heure et la durée de l'appel. Ce nouveau pouvoir est assorti de garanties : il sera nécessaire d'obtenir l'autorisation préalable du contrôleur des demandes de données de connexion, la demande d'autorisation devant préciser le nom de la personne suspectée d'avoir pris part aux infractions, les données de connexion demandées, la période sur laquelle elles sont requises et les éléments justifiant cette demande.

Le contrôleur n'ayant, pour l'heure, pas été nommé, cette nouvelle procédure n'est toutefois pas encore applicable.

Articles L450-3-3 et R450-4 à R450-8 du Code de commerce

Transaction – Possibilité de contester la sanction infligée : La Cour d'appel de Paris a jugé recevable le recours en réformation d'une décision de sanction prise dans le cadre d'une procédure de transaction. Elle a en effet estimé que le fait d'entrer en voie de transaction – et donc d'accepter le principe d'une fourchette de sanction – ne signifie pas, pour l'entreprise sanctionnée, reconnaître la proportionnalité de la sanction infligée, d'autant plus que l'entreprise ne peut l'apprécier qu'à l'aune des motifs de la décision de condamnation.

A noter que si le recours a été jugé recevable, la demande de réformation a toutefois été rejetée.

CA Paris, 13 juin 2019, n°18/20229

Opérations de visite et saisie – Obstruction : L'Autorité a infligé une amende de 900.000 euros au groupe Akka pour avoir fait obstruction aux opérations de visite et saisie qui se sont déroulées en octobre 2018 dans ses locaux en brisant un scellé et en altérant la réception de courriels sur la messagerie d'un salarié, notamment pendant la fouille sommaire de son ordinateur.

Il s'agit de la première décision de l'Autorité sanctionnant une pratique d'obstruction au cours d'opérations de visite et saisie.

Décision n°19-D-09 du 22 mai 2019

Abus de position dominante – Google de nouveau sous les feux de la rampe :

Au niveau européen tout d'abord, Google a de nouveau été sévèrement sanctionnée par la Commission européenne (la Commission) à hauteur de 1.49 milliard d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'intermédiation publicitaire liée aux recherches en ligne, par le biais de pratiques d'exclusivité, depuis au moins 2006.

Google a déposé un recours en annulation de cette décision devant le Tribunal.

Au niveau national ensuite, c'est le service d'annonces publicitaires Google Ads qui a été au cœur de l'attention de l'Autorité de la concurrence (l'Autorité).

En janvier 2019, sur saisine de la société Amadeus qui dénonçait l'existence de pratiques abusives tenant notamment à la suspension de certains de ses comptes Google Ads, l'Autorité a prononcé plusieurs mesures conservatoires – confirmées pour une large part par la Cour d'appel de Paris – à l'encontre de Google consistant, en substance, en la clarification des règles d'utilisation des services Google Ads (Règles Google Ads). Les pratiques dénoncées font toujours l'objet d'un examen sur le fond.

En décembre 2019, statuant cette fois au fond sur des pratiques similaires dénoncées par la société Gibmédia, l'Autorité a infligé une amende de 150 millions d'euros à Google estimant que les Règles Google Ads n'étaient pas appliquées de manière objective, transparente et non discriminatoire et, partant, étaient constitutives d'un abus de position dominante. Dans la lignée de la décision rendue en janvier 2019, l'Autorité a également enjoint Google de clarifier les Règles Google Ads et les procédures de suspension des comptes.

Com. Eur., communiqué de presse IP/19/1770, 20 mars 2019 ; Décision n°19-MC-01, 31 janvier 2019 ; CA Paris, 4 avr. 2019, n°19/03274 ; Décision n°19-D-26, 19 décembre 2019

Entente – Condamnation de quatre émetteurs de titres-restaurant :

Les émetteurs historiques de titres-restaurant ainsi que la Centrale de Règlement des Titres (CRT) ont été sanctionnés par l'Autorité à hauteur de 415 millions d'euros pour avoir, d'une part, échangé des informations commerciales confidentielles sur leurs parts de marché par le biais de la CRT et, d'autre part, conclu des accords

ayant pour objet de contrôler l'adhésion de nouveaux membres au sein de la CRT et de s'interdire de développer, en dehors de la CRT, l'émission de titres dématérialisés.

Ce niveau de sanction est notamment dû à l'application d'une majoration de 20% de la sanction pour la première pratique et de 30% pour la seconde au titre de la réitération, 3 des 4 émetteurs de titres-restaurant ainsi que la CRT ayant été condamnés 18 ans auparavant pour des pratiques de partage de marché et de fixation des taux de commission dus par les restaurateurs.

Décision n°19-D-25 du 17 décembre 2019

Entente – Condamnation des principaux fabricants de compotes :

Les 6 principaux fabricants de compotes se sont vu infliger une amende de 58.3 millions d'euros pour avoir participé à une entente secrète et relativement sophistiquée visant à augmenter de manière coordonnée les prix de vente des compotes auprès des clients de la grande distribution et de la restauration collective, ainsi qu'à se partager les marchés et les volumes.

L'Autorité a tenu compte de circonstances aggravantes ou atténuantes pour le calcul de la sanction. Elle a par exemple appliqué (i) des abattements allant de 15 à 30% au titre de l'intensité de la participation de certains participants à l'entente, (ii) une majoration de 10% à Materne du fait de son rôle particulier dans l'organisation de l'infraction, (iii) une réduction de 15% à Andros du fait de son rôle de franc-tireur et (iv) des augmentations allant de 10 à 65% pour tenir compte de la puissance économique du groupe auquel appartiennent certaines entreprises sanctionnées.

Cette décision montre une nouvelle fois l'importance de la procédure de clémence. La pratique a en effet été dénoncée par les sociétés du groupe néerlandais Coroos, lesquelles ont bénéficié d'une exonération totale de la sanction.

Décision n°19-D-24 du 17 décembre 2019

Entente – Décisions Forex : Par deux décisions de transaction, la Commission a prononcé une amende de 1,07 milliard d'euros à 5 banques (Barclays, RBS, Citigroup, JPMorgan et UBS) pour avoir participé à deux ententes, entre 2007 et 2013 pour l'une et entre 2009 et 2012 pour l'autre, sur le marché des opérations de

change au comptant. La pratique consistait, pour les traders, à échanger des informations sensibles sur des forums de discussion professionnels, ce qui leur permettait de prendre des décisions éclairées sur la vente et l'achat des devises qu'ils avaient dans leurs portefeuilles, ainsi que sur le moment opportun pour le faire.

La société UBS, qui a dénoncé les pratiques, a ainsi pu bénéficier d'une immunité, échappant ainsi à une amende de 285 millions d'euros.

Com. Eur., Communiqué de presse IP/19/2568, 16 mai 2019

Procédure indemnitaire : la Cour d'appel de Paris a rendu une des rares décisions dans laquelle une action indemnitaire a abouti, indépendamment de toute décision d'une autorité de concurrence. Après avoir procédé à un examen approfondi du marché pertinent (marché du comptage en décompte, pour le Département des Bouches-du-Rhône et dans le cadre du marché défini par l'appel d'offres), de la position d'ERDF sur ce marché et du caractère abusif des pratiques de ventes liées mises en œuvre par cette dernière, la Cour d'appel de Paris a octroyé une indemnité de plus de 1.5 million d'euros aux demandeurs au titre de la perte de chance de contracter.

CA Paris, 8 fév. 2019, n°16/06164

Concentrations

Procédure de notification en ligne : Dans le cadre du mouvement de modernisation et de simplification du contrôle des concentrations, l'Autorité a ouvert depuis octobre 2019 la procédure de notification en ligne pour certaines opérations de concentration. Cette procédure dématérialisée concerne (i) les opérations relevant du régime simplifié, (ii) certaines opérations des secteurs de la distribution alimentaire et de la distribution automobile (iii) ainsi que les opérations sans chevauchement horizontal, ni liens verticaux ou connexes, tous secteurs confondus.

Interdiction du rachat d'Alstom par Siemens : Jugeant les mesures correctives proposées par les parties insuffisantes pour répondre aux problèmes de concurrence identifiés par la Commission, cette dernière a refusé d'autoriser l'acquisition d'Alstom par Siemens.

Sur le marché des matériels roulants à grande et très grande vitesse, la Commission a considéré, en substance, que l'opération aurait eu pour effet de créer une entité aux parts de marché très importantes (entre 70 et 80% dans l'EEE y compris la Suisse) et que les autres acteurs du marché, y compris les acteurs chinois, ne seraient pas en mesure de la concurrencer de manière effective, dans un horizon temporel raisonnable et prévisible.

Sur les marchés des systèmes de signalisation pour les lignes ferroviaires et le métro, la nouvelle entité serait, selon la Commission, devenue un leader incontesté

Magenta – 11 février 2020

et aurait réduit significativement la concurrence, restreignant ainsi le choix des clients.

Com. Eur., M. 8677, 6 février. 2019

Marché unique de la vente en ligne et en magasin dans le secteur du jouet :

Appliquant les principes dégagés dans la décision FNAC/DARTY de 2016, l'Autorité définit, pour la première fois dans le secteur du jouet, un marché unique comprenant la vente en ligne et la vente en magasin. Elle a, pour ce faire, appliqué la grille d'analyse retenue dans FNAC/DARTY à savoir (i) le taux de pénétration des ventes en ligne sur le marché en cause, (ii) l'existence d'une organisation interne multicanale, (iii) l'application d'une politique tarifaire et commerciale tenant compte des similarités entre les gammes de produits vendus en ligne et en magasin et (iv) l'uniformisation tarifaire au sein de ces deux canaux de distribution.

Décision n°19-DCC-65 du 17 avril 2019

Gun-Jumping : la Commission a, pour la quatrième fois, sanctionné une pratique de gun-jumping. Elle a ainsi infligé une amende de 28 millions d'euros à Canon pour avoir mis en œuvre le rachat de Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC) avant de l'avoir notifié et d'avoir été autorisée à procéder à cette acquisition. En l'espèce, l'opération était organisée en deux étapes. Dans un premier temps, Canon a acheté 5% du capital de TMSC et des options d'achat sur les 95% restants, ces 95% faisant l'objet d'un portage auprès d'un tiers. Dans un deuxième temps, Canon a notifié l'opération afin de pouvoir exercer les options d'achat en sa possession. Après autorisation, Canon a exercé ses options et acquis 100% du capital de TMSC.

La Commission européenne a considéré que les deux étapes de l'opération constituaient en réalité une seule et même concentration et qu'en conséquence, Canon aurait dû procéder à la notification de celle-ci dès la première phase. Le fait d'avoir mis en œuvre cette première étape sans notification préalable matérialise une violation de l'obligation de notification, d'une part, et de l'obligation de suspendre l'opération tant qu'elle n'est pas autorisée, d'autre part. L'importance de la sanction prononcée rappelle que, même si une opération est autorisée, le non-respect des obligations de notification préalable et de suspension reste sanctionnable.

Com. Eur., M. 8179, 27 juin 2019

Respect d'engagements : Lors du rachat du groupe SFR par le groupe Altice/Numericable, ce dernier s'était engagé, pour répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité sur le marché des accès cuivre destinés aux entreprises, à céder les actifs composant le réseau DSL de Completel, filiale de Numericable (décision n°14-DCC-160). En mars 2018, l'Autorité a engagé une procédure pour vérifier le respect de cet engagement structurel. Au terme d'une

instruction de plus d'une année, l'Autorité a conclu au respect de cet engagement et a clôturé la procédure.

Dans cette affaire, Magenta a assisté le groupe Altice.

Décision n°19-CSO-02 du 3 septembre 2019

Rachat du Club de OGC Nice : Si le rachat du club OGC Nice par le groupe Ineos, actif dans le secteur pétrochimique, a été autorisé sans condition par l'Autorité, cette décision est la première, tant au niveau de l'Autorité que de la Commission européenne, où les conditions de rachat d'un club de football ont été examinées. Cette procédure a notamment conduit à définir le marché du transfert de joueurs professionnels.

Décision n°19-DCC-160 du 21 septembre 2019

Distribution

Refonte du titre IV du livre IV du code de commerce : Applicables depuis le 26 avril 2019, les nouvelles dispositions du titre IV relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence ainsi qu'à d'autres pratiques prohibées ont pour objectif de clarifier et de simplifier ces dispositions, qui s'articulent maintenant autour de trois piliers.

Le premier chapitre, intitulé « de la transparence dans les relations commerciales », a vocation à régir la formalisation de la relation commerciale. Son principal apport porte sur la simplification du régime général à la convention unique et l'instauration d'un régime spécifique réservé aux produits de grande consommation.

Le deuxième chapitre relatif aux pratiques commerciales déloyales est totalement remodelé puisqu'il remplace les 13 pratiques prohibées de l'ancien article L442-6, I par trois fondements juridiques sous lesquels devrait pouvoir être appréhendé l'ensemble des pratiques abusives : (i) le déséquilibre significatif, (ii) l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné et (iii) la rupture brutale ou partielle d'une relation commerciale établie. Pour cette dernière, il est dorénavant instauré une forme de plafonnement de responsabilité : dès lors qu'un préavis de 18 mois aura été respecté, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne pourra plus être retenue sur ce fondement.

Les interdictions de revente hors réseau d'un système de distribution sélectif ou exclusif, de bénéficier de remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs ou d'obtenir automatiquement des conditions plus favorables ont été maintenues.

Le troisième – et nouveau – chapitre est quant à lui consacré aux produits agricoles et aux denrées alimentaires.

QPC – Conseil Constitutionnel – Réglementation des prix en Nouvelle Calédonie : Dans le cadre de l'instauration

de la taxe générale sur la consommation, la Nouvelle-Calédonie avait mis en place un mécanisme de contrôle des prix et des marges pour tous les produits et services, visant à éviter que cette réforme conduise à un effet inflationniste sur les prix.

En raison des atteintes disproportionnées suscitées à la liberté d'entreprendre, le Conseil Constitutionnel a censuré les dispositions du mécanisme relatives (i) aux modalités de détermination des produits et services soumis à la réglementation des marges et (ii) au système de réglementation *ex post* des dérivés des prix et des marges.

Dans cette affaire, Magenta a assisté la société Magenta Discount, à l'origine de la QPC.

Décision n°2019-774 QPC du 12 avril 2019

Déséquilibre significatif – Valeur probante des pièces anonymisées : Au motif qu'il n'était pas porté une atteinte excessive aux droits de la défense, la Cour d'appel de Paris a reconnu la valeur probante de 28 procès-verbaux de déclarations de fournisseurs dont les

informations permettant l'identification du déposant avaient été anonymisées (nom du fournisseur et de la personne auditionnée, activité de la société et information relative au marché sur lequel elle opère, chiffres d'affaires passés et futurs et parts de marché réalisées avec le défendeur) pour éviter, notamment toute mesure de représailles de la société mise en cause, General Electric EPF.

General Electric EPF a été condamnée à 2 millions d'euros pour déséquilibre significatif (clause prévoyant la primauté des CGA et clause de paiement anticipé).

CA Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323

Déséquilibre significatif – Preuve effective de l'absence de négociation : La structure concentrée du marché de la grande distribution n'est pas suffisante pour établir l'existence d'un déséquilibre significatif. Il appartient en outre au demandeur de démontrer l'absence effective de négociation. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation pour confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant rejeté les injonctions de cessation de

pratiques sollicitées par le Ministre à l'encontre d'ITM Alimentaire International.

La preuve d'absence de négociation effective est d'autant plus requise dans des cas où, comme en l'espèce, le Ministre ne versait au débat que cinq contrats signés avec des fournisseurs d'envergure (Danone eaux France, Mars, Orangina/Schweppes et Herta)...

Cass. Com., 20 novembre 2019, n°18-12823 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879

Distribution sélective – Pas de droit acquis à la poursuite d'un contrat : Un « ancien » distributeur agréé, quand bien même il remplit les critères de sélectivité appliqués par le fournisseur, ne dispose d'aucun droit acquis à la poursuite de son contrat de distribution en raison de la prohibition des engagements perpétuels et de la liberté de tout opérateur économique de choisir librement ses partenaires commerciaux.

CA Paris, 31 juillet 2019, n°16/20683

Dans le viseur de 2020 ...

Directive ECN+ – Syndicats et organismes professionnels : A l'issue de la transposition de la directive ECN+ qui devrait intervenir avant le 4 février 2021, les syndicats et organismes professionnels, dont la sanction encourue en cas de pratiques anticoncurrentielles était jusqu'alors plafonnée à 3 millions d'euros, pourront se voir infliger une amende allant jusqu'à 10% de la somme des chiffres d'affaires des entreprises membres.

L'Autorité a d'ailleurs annoncé au titre de ses priorités pour 2020 qu'elle s'intéressera en particulier au respect des règles de concurrence par ces organismes dans les affaires de cartels. Elle a ainsi lancé une étude sur l'application du droit de la concurrence aux syndicats et organismes professionnels qui devrait être publiée mi-2020.

Communiqué de presse de l'Autorité du 28 mai 2019

Concentration – Nouvelles lignes directrices : Début 2020, l'Autorité devrait publier de nouvelles directrices sur les concentrations qui devraient notamment intégrer le champ d'application élargi de la procédure simplifiée ainsi que la pratique

décisionnelle récente de l'Autorité et du Conseil d'Etat. Ce travail de modernisation des lignes directrices a pour objectif de les rendre plus claires et plus intelligibles pour permettre aux entreprises, qui ne sont pas toujours rompues à l'exercice, de mieux anticiper les opérations notifiables et les éléments d'information à fournir.

Priorités 2020 pour l'ADLC : le 9 janvier 2020, l'ADLC a publié ses priorités pour 2020. Outre la mise en place de la directive ECN+ et la modernisation du contrôle des concentrations, l'ADLC a notamment identifié un certain nombre de secteurs d'activité sur lesquels elle entend plus particulièrement concentrer son action : économie numérique, distribution, développement durable, vie chère en Outre-mer, vie chère en Corse, marchés publics... Parallèlement, l'Autorité souhaite développer la pédagogie de la concurrence et le développement international. Vaste programme !

Communiqué de presse de l'Autorité du 9 janvier 2020

Commission européenne – refonte du règlement 330/2010/UE sur les restrictions verticales : Le règlement

330/2010/UE relatif aux restrictions verticales arrivera à expiration le 31 mai 2022. Depuis quelques mois, la Commission européenne a initié un travail de réflexion et d'évaluation sur le règlement afin de déterminer les aménagements qui pourraient être adoptés à l'issue de la période d'application actuelle pour assurer le bien-être du consommateur. Les travaux devraient s'intensifier cette année.

Brexit – Accord de retrait – application des règles européennes de concurrence au Royaume-Uni : en application de l'accord de retrait entré en vigueur le 1^{er} février 2020, les règles de concurrence de l'Union européenne (notamment celles relatives au contrôle des concentrations) continueront de s'appliquer au Royaume-Uni jusqu'au 31 décembre 2020. Les négociations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni qui vont avoir lieu cette année devront déterminer les conditions d'organisation à l'issue de cette période de transition. Des évolutions majeures pourraient en résulter, notamment dans le domaine du contrôle des concentrations.



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 / grande distribution et secteur pharmaceutique
gael.hichri@magenta-legal.com