



BULLETIN CONCURRENCE VI

PARIS | OCTOBRE • NOVEMBRE • DÉCEMBRE 2022

McDermott
Will & Emery

TABLE DES MATIÈRES

3	ÉDITO
4	CONTENTIEUX
11	CONCENTRATIONS
12	INVESTIGATIONS

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 sixième *Bulletin Concurrence* qui vous permettra de parcourir la riche actualité du droit de la concurrence en France au cours du dernier trimestre 2022.

Nous vous en souhaitons une belle lecture et vous donnons rendez-vous le 15 février 2023 pour un *Café Concurrence* sur le thème « E-commerce et concurrence », en nos locaux pour ceux qui le souhaitent et par visioconférence pour les autres.

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



1. CONTENTIEUX

ACTION EN FOLLOW-ON : ABSENCE DE RÉPARATION POUR LES SOCIÉTÉS DU GROUPE COLAS DANS L'AFFAIRE DU CARTEL DES CAMIONS

Dans un jugement remarqué du 27 octobre 2022, le tribunal de commerce de Lyon a rejeté l'action en réparation introduite par les sociétés du groupe Colas contre les constructeurs de camions, condamnés pour entente par la Commission européenne à une amende de 2,9 milliards d'euros.

Au cas d'espèce, le groupe Colas demandait la réparation du préjudice subi des suites de l'entente. En effet, ces sociétés actives dans le BTP avaient acquis un nombre important de véhicules auprès des constructeurs incriminés, durant la période de l'infraction (1997-2011). Au soutien de ses prétentions, le groupe Colas avançait notamment qu'il aurait existé manifestement un lien direct entre les prix bruts et les prix nets appliqués aux clients finaux.

En premier lieu et à l'instar de l'arrêt de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 2022 (voir *infra.*), le tribunal lyonnais écarte d'emblée l'application de la directive « Dommages » du 26 novembre 2014, les faits reprochés étant antérieurs à son entrée en vigueur en France.

Ensuite, pour rejeter sa demande, les juges retiennent que le groupe Colas n'a pas suffisamment rapporté la preuve de l'étendue du préjudice subi. Reprenant en détails le contrefactuel mis en avant par le demandeur, le tribunal énonce que la méthode de détermination du quantum comporte une addition d'incertitudes, voire d'empirismes. De plus, le tribunal rejette la demande de mesures d'instruction de Colas aux fins d'évaluation du préjudice dans la mesure où la preuve du lien de causalité entre la coordination des constructeurs et le préjudice de surcoût allégué n'est pas rapportée.

Surtout, considérant spécifiquement ce lien de causalité, le tribunal rappelle que la décision de la Commission a condamné une infraction par objet, sans démontrer une corrélation automatique entre les

prix bruts et les prix nets sur le marché des camions. Le tribunal souligne que si la présomption d'effets négatifs sur le marché est inhérente à la condamnation par objet prononcée par la Commission, la démonstration de leur existence incombe toutefois aux sociétés du groupe Colas. Or ces dernières ne démontrent pas de manière suffisante l'existence de cette corrélation des prix bruts et des prix nets sur le marché des camions.

En conséquence, le tribunal estime que les sociétés du groupe Colas demeurent très éloignées des conditions probatoires requises pour prétendre à l'existence d'un préjudice certain de surcoût d'achats. Cette décision est, pour l'heure, la première décision française en follow-on dans cette affaire.

ABSENCE DE RUPTURE BRUTALE EN CAS DE MODIFICATIONS NON SUBSTANTIELLES DES CONDITIONS COMMERCIALES AU COURS DU PRÉAVIS

Le 7 décembre 2022, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt concluant à l'absence de rupture de relations commerciales lorsque des modifications non substantielles sont apportées durant l'exécution du préavis d'une négociation annuelle.

Dans cette affaire, la société Concurrence, distributeur indépendant de produits électroniques grand public, était engagée contractuellement depuis le début des années 2000 avec la société Samsung Electronics France, dont elle distribuait les produits dans un point de vente physique et sur son site internet. Les relations s'étant ensuite détériorées, Samsung a notifié à Concurrence, en mars 2012, la rupture des relations commerciales assortie d'un préavis de 15 mois.

Concurrence a alors tenté de faire valoir une rupture abusive de la relation contractuelle, sans respect du préavis fixé. La Cour d'appel de Paris n'a pas fait droit à cette demande, soulignant que les négociations annuelles sous-tendent une évolution des conditions commerciales et que de fait, aucun accord annuel n'est par principe immuable, y compris pendant le préavis.

Confirmant la position de la Cour d'appel, la Cour de cassation retient que les modifications apportées aux conditions commerciales durant le préavis, au titre de la négociation annuelle, n'équivalaient pas à une rupture brutale si ces modifications n'étaient pas d'une importance portant atteinte à l'effectivité du préavis.

« Lorsque les conditions de la relation commerciale établie entre les parties font l'objet d'une négociation annuelle, ne constituent pas une rupture brutale de cette relation les modifications apportées durant l'exécution du préavis qui ne sont pas substantielles au point de porter atteinte à l'effectivité de ce dernier. »

La Cour suprême rappelle que Concurrence ne démontre pas que des conditions particulières lui avaient été accordées, ni que Samsung avait supprimé ces conditions durant l'exécution du préavis. Le pourvoi est ainsi rejeté.

SUR LE POUVOIR D'AGIR DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE RELATIF AUX CENTRALES D'ACHAT À L'ÉTRANGER

Dans le cadre d'un litige national opposant Eurelec (centrale de négociation du groupe E. Leclerc) au Ministre de l'Économie, la Cour d'appel de Paris a adressé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »), laquelle a exprimé sa position le 22 décembre 2022.

Dans cette affaire, le Ministre de l'Économie reprochait à Eurelec d'avoir soumis ses fournisseurs à un déséquilibre significatif en leur imposant des baisses de prix sans contrepartie et le droit belge comme loi applicable aux négociations, conduites en Belgique, motivée par la volonté de contourner les dispositions du droit français.

Assignée devant le tribunal de commerce de Paris, Eurelec contestait la compétence de la juridiction française pour connaître de l'action du Ministre dans la mesure où la nature et l'objet de cette action, ainsi que les moyens de preuve utilisés par celui-ci à l'appui de cette action ne relevaient pas de la

« matière civile et commerciale » et étaient ainsi hors du champ d'application du règlement Bruxelles I bis.

Par jugement du 15 avril 2021, le tribunal de commerce avait rejeté l'exception d'incompétence. Eurelec a alors formé un recours devant la Cour d'appel de Paris. Celle-ci, considérant qu'un doute subsistait dès lors que le Ministre utilise des pouvoirs d'enquête spécifiques pour établir l'existence de pratiques constitutives d'un déséquilibre significatif et sollicite du juge judiciaire le prononcé d'une amende civile pour le faire sanctionner, a transmis une question préjudicielle à la CJUE.

Cette question portait sur la compétence des juridictions françaises dans le cadre d'une action du Ministre fondée sur l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (maintenant L. 442-1, I, 2°), afin de savoir si cette action relevait ou non de la notion de matière civile et commerciale, entrant ainsi dans le champ d'application du règlement européen.

Par son arrêt du 22 décembre 2022, la CJUE dit pour droit que l'action du Ministre sur ce fondement a pour objet la défense de l'ordre public économique et a été introduite en l'espèce sur la base d'éléments de preuve obtenus après opérations de visites et saisies exorbitantes de droit commun, même si elles sont préalablement autorisées par un juge, car elles ne peuvent être mises en œuvre par des personnes privées et que toute obstruction est punie d'une peine d'emprisonnement et d'une amende.

La CJUE donne donc raison à Eurelec dans la mesure où l'action du Ministre n'apparaît pas recevable car exorbitante de droit commun. Cependant, la position de la CJUE ne préjuge pas de l'applicabilité du droit français à Eurelec dans le cadre de litiges civils ou commerciaux.

PAS DE TROUBLE MANIFESTEMENT ILLICITE POUR GOOGLE ET SES NOUVELLES RÈGLES GOOGLE ADS

A la faveur d'un arrêt du 19 octobre 2022, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue confirmer la décision de la Cour d'appel de Paris du 15 janvier 2021, rejetant la demande de report de l'entrée en vigueur des nouvelles règles

« *Google Ads* » interdisant l'accès aux services de publicité à des entreprises exploitant un service payant de renseignements téléphoniques à partir d'un numéro surtaxé.

En l'espèce, trois entreprises visées par l'interdiction d'utiliser les services de publicité en ligne Google Ads avaient assigné Google France et Google Ireland aux fins d'obtenir, sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile, le report de la mesure annoncée. Mettant hors de cause Google France, la Cour d'appel avait infirmé le jugement du tribunal de commerce et considéré qu'aucun trouble manifestement illicite ou dommage imminent n'est établi au regard de l'entrée en vigueur des nouvelles règles Google Ads.

Aux termes de son arrêt, la Cour de cassation confirme la position de la Cour d'appel qui avait relevé que les nouvelles règles entrées en vigueur le 30 mars 2020, à destination des services de renseignements téléphoniques qui proposent un service payant de mise en relation, étaient simples, avaient été clairement notifiées et n'étaient pas discriminatoires, les opérateurs exploitant des services d'annuaires en ligne étant manifestement différents des opérateurs téléphoniques qui proposent un service payant de mise en relation.

Dans un second temps, la Cour de cassation souligne que Google Ireland est libre de définir la politique de contenus Google Ads et peut notamment mettre en œuvre des exigences plus strictes que celles fixées par les pouvoirs publics, en particulier concernant la protection des consommateurs, si ces règles sont objectives, transparentes et non-discriminatoires.

Enfin, la Cour confirme que le caractère illicite du trouble invoqué, un abus de position dominante, n'est pas manifeste. La seule constatation d'un refus de vente d'une entreprise, à la supposer en position dominante, ne caractérise pas un abus, lequel nécessite de rapporter la preuve que l'objet ou l'effet de cette pratique est de limiter ou d'exclure directement ou indirectement la concurrence réelle ou potentielle et de renforcer sa position sur le marché dominé ou sur un marché connexe ou aval.

CARTEL DES COMPOTES : LA COUR D'APPEL RÉDUIT LA SANCTION DE L'AUTORITÉ

Dans un arrêt du 6 octobre 2022, la chambre 5-7 de la Cour d'appel de Paris réduit également les sanctions prononcées par l'Autorité dans l'affaire dite du « cartel des compotes », malgré une confirmation de l'essentiel des points relatifs à l'entente sur les prix et la répartition de marché.

Pour mémoire, six des principaux fabricants de compote s'étaient entendus pour moduler leurs prix de vente à la grande distribution sous marques de distributeur et aux distributeurs de la restauration hors foyer et se répartir les différents marchés, en clients et volumes, lors de différents appels d'offres.

La Cour d'appel confirme l'objet anticoncurrentiel des pratiques en cause, ainsi que leur caractère unique. Cependant, les juges réforment la décision de l'Autorité notamment sur la durée des pratiques et la proportion de la valeur des ventes retenues, réduisant les sanctions des entreprises en cause.

La Cour revient sur les dates de fin des pratiques pour Délis, Charles Faraud, Conserves France, Valade et Andros, en l'absence d'éléments permettant de démontrer des échanges ou la présence de ces entreprises à certaines réunions multilatérales.

La Cour d'appel diminue ensuite à 12% la proportion de la valeur des ventes retenue à l'égard des entreprises en cause : si l'Autorité avait retenu une proportion de 16%, soit 1 point au-dessus de la valeur plancher fixée à 15% par le communiqué sanctions (point 41) dans le cadre de pratiques similaires, la Cour d'appel considère cette valeur excessive en l'espèce au regard des caractéristiques objectives des pratiques (pas de mécanisme organisé de surveillance, de police ou de repréailles, pas de hausse fixée d'un commun accord) et de leur très faible impact sur le jeu concurrentiel des secteurs concernés. Enfin, et après examen des éléments d'individualisation avancés par les entreprises mises en cause, le montant total de l'amende est réduit à 31 millions d'euros, en lieu et place des 58 millions fixés initialement par l'Autorité.

De même, la Cour d'appel a également réduit de manière significative la sanction infligée par l'Autorité dans sa décision n°20-D-04 (produits électroniques) :

TABLEAU N°1

AMENDE	PRODUITS ÉLECTRONIQUES	COMPOTES
Amende totale infligée par l'Autorité (en M€)	1 241	58
	-66%	-46%
Amende totale réduite par la Cour d'appel de Paris (en M€)	416	31

ESSILOR LUXOTTICA SANCTIONNÉE POUR ENTRAVER AU DÉVELOPPEMENT DE LA VENTE EN LIGNE DE VERRES CORRECTEURS

Dans une décision du 6 octobre 2022, l'Autorité est venue sanctionner la société Essilor International SAS, à hauteur de 81 millions d'euros, pour des pratiques d'abus de position dominante sur le marché des verres optiques, entre 2009 et 2020.

En l'espèce, l'Autorité retient une position dominante d'Essilor sur le marché français, pour la fabrication et la distribution en gros de verres optiques. Pour rappel, la fusion entre les deux entreprises en cause avait été autorisée par la Commission européenne dans une décision du 1^{er} mars 2018.

Si l'Autorité écarte le grief selon lequel Essilor aurait mis en place une pratique de diffusion d'un discours trompeur, elle retient néanmoins qu'Essilor a entravé le développement en France de la vente en ligne de verres correcteurs, en usant de pratiques discriminatoires, visant à favoriser un canal de vente alternatif et maintenant des niveaux de prix élevés. Ces pratiques se sont d'abord matérialisées par des restrictions de livraison et de vente de verres de marque à l'égard des opérateurs, ainsi que des restrictions en matière de communication, en empêchant les sites de vente d'utiliser le logo d'Essilor et de communiquer sur l'origine des verres. Enfin, Essilor avait subordonné la garantie produit

pour les opérateurs de vente en ligne au respect d'un protocole de prise en charge conçu pour la vente en magasin.

À l'égard de ces pratiques, l'Autorité note une très forte demande protectionniste de la part des opticiens physiques clients d'Essilor en France, alors qu'Essilor commercialisait ces types de verre à l'étranger, en partie sur des sites tiers.

Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours.

ABSENCE DE PRÉSUMPTION DE PRÉJUDICE EN CAS D'ENTENTE VERTICALE

Par un arrêt du 28 septembre 2022, la Chambre commerciale de la Cour de cassation affirme qu'une entente verticale entre un concédant et son concessionnaire ne vaut pas présomption de préjudice pour ce dernier.

Dans cette affaire, une société spécialisée dans la fabrication et l'installation de menuiseries industrielles sur mesure et exploitant sa propre marque, avait conclu plusieurs contrats d'exploitation exclusive avec un concessionnaire. Ces contrats comprenaient notamment une clause de prix imposés, sous la forme de prix conseillés obligatoires, avec pour objet de faire obstacle à une fixation libre des prix, en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse.

Dans un arrêt du 9 juin 2021, la Cour d'appel de Paris avait jugé qu'une entente entre concurrents reconnue en tant que telle, consacrait l'existence du préjudice commercial qui en découlait.

Partant, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel. Elle dit pour droit, que pour condamner le concédant à indemniser son concessionnaire, il appartenait aux juges d'établir l'existence d'un préjudice subi par ledit concessionnaire. Aucune présomption de préjudice ne peut être inférée d'une entente verticale, à la différence d'une entente horizontale.

« En statuant ainsi, alors que la pratique qu'elle avait retenue n'était pas une entente entre concurrents, qu'aucune présomption de préjudice ne découlait de la pratique relevée et qu'il lui appartenait d'établir le dommage causé par celle-ci, la cour d'appel a violé les textes susvisés »

RESPONSABILITÉ ENGAGÉE EN CAS DE COMMUNICATION DE CGV INAPPLICABLES A L'ACHETEUR PROFESSIONNEL

Le 28 septembre 2022, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu deux arrêts similaires, pour établir que le débiteur des obligations découlant des articles L. 441-6, I et L. 442-6, I, 9° du code de commerce doit communiquer ses conditions générales de vente au cocontractant qui en fait la demande, tout en étant tenu de négocier sur la base de ces mêmes CGV.

En l'occurrence, la société Pyxis Pharma (désormais « Mon Courtier en pharmacie »), structure de regroupement à l'achat et la société Sagitta Pharma, centrale d'achat thérapeutique et intervenant en qualité de prestataire logistique, avaient souhaité entrer dans une relation commerciale avec la société Cooper. Un litige est alors survenu sur la communication des CGV par la société Cooper. Cette dernière refusait de transmettre les CGV relatives aux officines, assimilant la SRA à la catégorie des grossistes répartiteurs.

Pour rappel, l'article L. 441-6 du code de commerce permet de différencier les CGV selon les catégories d'acheteurs de produits ou demandeurs de prestation de services.

Approuvant l'arrêt du 4 juillet 2019 de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation rejette le pourvoi et dit que la SRA Pyxis Pharma était fondée à demander la communication des CGV accordées aux officines indépendantes, même en l'absence de relation directe avec les clients, puisqu'elle n'était pas propriétaire des produits commandés et ne percevait aucune commission sur les commandes.

Surtout, la Cour de cassation précise que le débiteur des obligations prévues aux articles L. 441-6, I et L. 442-6, I, 9°, du code de commerce, doit communiquer ses CGV à tout acheteur de produits ou demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle et que, si sauf abus de droit, il est toujours libre de ne pas lui vendre, il est tenu, lorsqu'il entre en négociation commerciale avec cet opérateur, de le faire sur la base de ces CGV.

Partant, engage sa responsabilité au titre de l'article L. 442-6, I, 9° du code de commerce le fournisseur qui ne fait pas usage de sa faculté de refuser de vendre des produits à une société qui en fait la demande et est entré en négociation avec celle-ci sur la base de CGV qui lui étaient inapplicables.

ACTIONS EN FOLLOW-ON : INAPPLICABILITÉ DE LA DIRECTIVE « DOMMAGES » POUR DES FAITS ANTÉRIEURS A SA TRANSPOSITION

Par un arrêt du 19 octobre 2022, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a établi qu'il appartenait à la victime de l'entente de prouver qu'elle n'avait pas répercuté sur les consommateurs le surcoût occasionné par les pratiques illicites de leurs fournisseurs, lorsque les faits générateurs d'une action en responsabilité sont antérieurs à la transposition de la directive « Dommages ».

À la suite de la transposition en droit national de la directive n°214/104/UE du 26 novembre 2014 (dite « Dommages »), l'article L. 481-4 du code de commerce vient renverser la charge de la preuve de l'existence du préjudice. Il incombe désormais à l'auteur des pratiques anticoncurrentielles de prouver que la victime avait bien transféré les surcoûts sur ses clients.

Au cas d'espèce, plusieurs sociétés du groupe Carrefour avaient assigné la société Johnson & Johnson Santé Beauté France, en réparation du préjudice subi. Cela fait suite à une condamnation par l'Autorité de la société JJSBF pour une entente sur les prix des produits d'hygiène sur le marché français de l'approvisionnement auprès de la grande distribution.

« (...) Lorsque que les faits générateurs d'une action en responsabilité engagée par une victime d'une entente sont antérieurs à l'entrée en vigueur de l'article L. 481-4 du code de commerce, (...) il appartient en conséquence à la victime de l'entente de prouver qu'elle n'avait pas répercuté sur les consommateurs le surcoût occasionné par les pratiques illicites de leurs fournisseurs. »

Cet arrêt précise une modalité importante des actions en *follow-on*, alors que le Tribunal de commerce de Lyon a rendu la première décision en la matière, le 27 octobre 2022, écartant lui-même l'application de la directive « Dommages » pour des faits générateurs antérieurs (cf. *supra*).

NOUVELLE DÉCISION POUR SONY, QUI CONTINUE AVEC UNE QPC

Dans le cadre de la saga judiciaire impliquant Sony Interactive Entertainment Europe et Sony Interactive Entertainment France, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») transmise par les deux sociétés.

Pour mémoire, l'Autorité avait refusé les engagements proposés par Sony dans le cadre d'un octroi plus transparent et non-discriminatoire des licences officielles pour la fabrication et la commercialisation de manettes compatibles PlayStation 4, renvoyant le dossier à l'instruction. Par un arrêt du 21 avril 2022, la Cour d'appel de Paris déclarait irrecevable le recours en annulation formé par Sony contre cette décision de l'Autorité.

Sony a donc soumis une QPC à la Cour de cassation. En substance, Sony soulève la conformité à la Constitution de la seconde phrase de l'article L. 464-2, I, al. 1, du code de commerce, dans sa rédaction en vigueur entre le 11 mars 2017 et le 5 décembre 2020 et relatif à la possibilité pour l'Autorité d'accepter des engagements. Sony invoque l'article 16 de la Déclaration de 1789 et les principes d'indépendance

et d'impartialité, ainsi que le principe des droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif.

Pour la Cour de cassation, la question présente un caractère sérieux, en particulier concernant les principes d'indépendance et d'impartialité et les droits de la défense. Elle considère que les rapporteurs et les membres du collège, qui participent à la procédure d'engagements, peuvent se forger une opinion sur les pratiques en cause, ce qui présente un risque de préjugement en cas d'ouverture d'une procédure de sanction à la suite de cette procédure d'engagement.

« La question posée présente un caractère sérieux au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, ainsi que des droits de la défense, en ce que les rapporteurs et les membres du collège, qui participent à la procédure d'engagements, peuvent se forger une opinion sur les pratiques en cause, susceptibles de justifier l'ouverture d'une procédure de sanction en cas d'échec des négociations. »

La Cour relève en outre que cette disposition n'avait pas fait l'objet d'un examen de constitutionnalité par le Conseil des Sages. Il faut donc désormais attendre leur décision, pour connaître l'épilogue de cette saga.

Il est à noter que Sony avait également formé un recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'État, lequel avait affirmé que la décision par laquelle l'Autorité refuse les engagements proposés n'était pas susceptible d'un recours en excès de pouvoir et avait décliné sa compétence.

Pour davantage d'informations sur les précédents moments de l'affaire Sony, nous vous invitons à consulter les [Bulletins Concurrence IV](#) et [V](#), disponibles sur mwe.com.

PREMIÈRE APPLICATION DES NOUVEAUX PLAFONDS DE SANCTION POUR LES ASSOCIATIONS D'ENTREPRISES

Le 16 novembre 2022, l'Autorité a appliqué, pour la première fois, le nouveau plafond de sanction de la directive ECN+ à l'égard des associations d'entreprises.

En l'espèce, l'Association Réunionnaise Interprofessionnelle de la Pêche et de l'Aquaculture (« ARIPA »), composée de dix organisations d'entreprises, représente l'ensemble de la chaîne de valeur de la filière du poisson à La Réunion. Elle a été créée en 2010, pour répondre aux difficultés économiques locales du secteur et représentait 90% de la débarque locale de poisson frais à La Réunion, en 2020.

L'Autorité reproche à l'ARIPA la mise en place de grilles tarifaires, dès 2011, indiquant les prix minimum à appliquer à tous les échelons de la chaîne de valeur, à l'exception du consommateur final. En parallèle, l'ARIPA œuvrait pour réguler le marché du poisson à La Réunion, à travers plusieurs contraintes : définition stricte des transactions autorisées selon la famille professionnelle des opérateurs, concertation préalable et mise en œuvre collective des opérations promotionnelles et mise en place de différentes catégories d'aides interprofessionnelles visant à restreindre ou à promouvoir la vente du poisson sur le marché local.

Pour calculer la sanction applicable, l'Autorité fait application de l'article L. 464-2, I, al. 6 du code de commerce, qui fixe le nouveau plafond pour les associations d'entreprises, à 10% de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association. Pour rappel, le précédent plafond en droit national s'élevait à 3 millions d'euros.

PREMIER REJET D'UNE SAISINE POUR DÉFAUT DE PRIORITÉ PAR L'AUTORITÉ

Usant pour la première fois des pouvoirs conférés en la matière par la transposition de la directive ECN+,

dans une décision du 20 octobre 2022, l'Autorité déclare irrecevable la saisine portée contre La Poste par une organisation professionnelle représentant les marchands de presse.

Au cas d'espèce, l'organisation professionnelle Culture Presse, avait saisi l'Autorité pour des pratiques alléguées d'abus de position dominante de La Poste, dans le secteur de la revente des timbres postaux destinés à être affranchis. La saisissante soutenait que La Poste bénéficiait de son monopole sur le marché de l'émission de timbres postaux pour traiter différemment et sans justification des opérateurs qui seraient dans une situation identique, avec des commissions plus avantageuses pour certains exploitants de bureaux de tabac par rapport aux marchands de presse.

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 ».

L'Autorité, sans considérer un défaut de preuve ou l'établissement des pratiques, se contente de lister les raisons motivant ce rejet. Elle relève ainsi que la pratique imputée a un impact économique limité, puisqu'elle n'affecte pas le consommateur sur le marché aval de la revente du timbre (le prix de ce dernier étant fixe), ni la qualité du produit ou l'innovation. Elle ajoute que l'impact sur le chiffre d'affaires des marchands de presse est faible, pour seulement environ 300 à 400€ par an et par marchand de presse.

En outre, l'Autorité retient que cette problématique a déjà fait l'objet de plusieurs décisions, au niveaux européen et national, sans soulever de nouvelle question d'ordre économique. Il est par ailleurs précisé que Culture Presse peut introduire une action privée devant les juridictions nationales.

Enfin, l'Autorité avance une mobilisation de ressources internes non négligeables, qui pourraient

être utilisées plus utilement à d'autres fins, compte tenu des intérêts juridiques et économiques limités de l'affaire. Précisons que cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours.

2. CONCENTRATIONS

CONFIRMATION DE LA PREMIÈRE DECISION D'INTERDICTION DE L'AUTORITÉ

Par un arrêt du 14 octobre 2022, le Conseil d'État a validé la première décision d'interdiction d'une opération de concentration prononcée par l'Autorité, dans le cadre de l'acquisition d'un hypermarché par un membre de l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc.

Pour rappel, l'Autorité avait refusé d'autoriser la concentration en cause, après un examen approfondi (phase II), dans une décision du 28 août 2020. L'Autorité avait alors considéré que l'opération aboutissait à la création d'une position dominante collective, augmentant les incitations et capacités des parties à maintenir un équilibre collusif sur le marché. En outre, elle estimait que ce rapprochement présentait des risques d'effets unilatéraux de hausse des prix dans certains hypermarchés.

Reprenant le raisonnement de l'Autorité dans son ensemble, le Conseil d'État vient en particulier confirmer l'existence des risques qui découleraient d'une telle concentration, tant sur les effets coordonnés que sur des effets unilatéraux, avec un risque de hausse relative des prix dans le magasin cible.

« Pour apprécier si une opération de concentration présente le risque de tels effets coordonnés, il incombe à l'autorité régulatrice de s'interroger, dans le cadre d'une analyse prospective du marché pertinent, sur sa probabilité, en appréhendant, sans s'en tenir à l'application de chacun des trois critères énumérés ci-dessus pris isolément, le mécanisme économique global d'une éventuelle coordination. »

FRANÇAISE DES JEUX : UNE PRISE DE CONTRÔLE EXCLUSIF SOUS CONDITION DE LA SOCIÉTÉ ALEDA

Le 4 novembre 2022, l'Autorité a autorisé, sous réserve d'engagements, la prise de contrôle exclusif de la société Aleda, par La Française des Jeux.

L'acquisition concerne le secteur des solutions globales de caisse destinées aux commerces de proximité, notamment les tabacs/presse, sur lequel est active la société cible. En l'occurrence, la FDJ opère aussi dans le secteur des solutions de caisse et des services associés, pour les cafés-hôtels-restaurants, par l'intermédiaire de sa filiale L'Addition.

Identifiant un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux liés au monopole détenu par la FDJ sur la distribution des jeux et paris, comme des ventes couplées de solutions de caisse, l'Autorité a sollicité que des engagements soient pris avant d'autoriser l'opération.

Ainsi, la FDJ a proposé des engagements comportementaux, qui consistent à interdire les ventes couplées et à ne pas subordonner l'octroi, la modification ou le retrait de l'agrément FDJ à l'achat d'une solution globale de caisse Aleda. Enfin, la FDJ s'est engagée à garantir l'interopérabilité de ses services pour les utilisateurs de solutions de caisse concurrentes à celles d'Aleda.

NON-RESPECT D'ENGAGEMENTS : FAUTE CIVILE ET TROUBLE COMMERCIAL

Le 16 novembre 2022, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue préciser les conséquences du non-respect d'engagements souscrits lors d'une opération de concentration, à l'égard des entreprises concurrentes sur le marché.

En l'espèce, la société Canal + Overseas (désormais Canal + International) avait acquis en 2016, sous réserve d'engagements, la société Mediaserv (désormais Canal + Telecom), fournisseur d'accès à internet actif dans les territoires ultra-marins.

Les engagements consistaient notamment à ne pas commercialiser d'offres couplées de télévision

payante Canal + et d'accès à internet Mediaserv à des tarifs inférieurs aux tarifs pratiqués individuellement pour chacune de ces offres.

Assignées par Orange en réparation du préjudice subi devant le tribunal de commerce de Paris, les sociétés du groupe Canal + en cause ont été condamnées à payer la somme de 50.000 € à titre de dommages et intérêts et 50.000 € au titre du préjudice moral, pour avoir abusé de leur position dominante et contrevenu aux engagements souscrits devant l'Autorité.

Rejetant le pourvoi des sociétés Canal +, la Cour de cassation rappelle que les engagements sont destinés à protéger le marché et que de fait, leur méconnaissance est constitutive d'une faute civile. L'arrêt ajoute que le non-respect de ces engagements crée nécessairement un préjudice pour les concurrents sur le marché en cause.

« Le non-respect d'engagements auxquels l'Autorité a subordonné une opération de concentration, aux fins de garantir un fonctionnement concurrentiel du marché concerné par une telle opération, crée nécessairement un trouble commercial aux entreprises qui opèrent sur le marché en cause, constitutif d'un préjudice, fût-il seulement moral. »

OUVERTURE D'UNE PHASE II POUR L'ENTREPRISE COMMUNE EURALIS / MAÏSADOUR

Le 14 décembre 2022, l'Autorité a annoncé que ses services ouvraient une phase d'examen approfondi (phase II) de l'opération visant à constituer une entreprise commune entre Euralis et Maïsadour, pour regrouper leurs activités dans le domaine des canards gras.

Il s'agit pour l'Autorité de sa 4^e phase II depuis fin 2021.

TABLEAU N°2

OPÉRATION	DATE	ISSUE
Acquéreur : Mobilux Cible : Conforama	09/21	Autorisation (avril 2022)
Acquéreur : Bouygues Cible : Métropole Télévision	03/22	Retrait en septembre 2022
Euralis / Maïsadour (entreprise commune)	12/22	Examen en cours

3. INVESTIGATIONS

VISITES ET SAISIES DEVANT L'AMF

Aux termes de deux arrêts rendus en Assemblée plénière le 16 décembre 2022, la Cour de cassation vient préciser les modalités de saisie des documents, ordinateurs et téléphones lors de visites domiciliaires. Si ces pourvois concernent une procédure devant l'Autorité des Marchés Financiers, et non l'Autorité de la concurrence, ces nouveaux développements restent particulièrement pertinents au regard des enquêtes de concurrence.

En l'occurrence, deux sociétés font l'objet d'une enquête devant l'AMF. À ce titre, le juge des libertés et de la détention avait autorisé les enquêteurs de l'AMF à procéder à une visite domiciliaire à l'occasion du conseil d'administration d'une de ces sociétés et à saisir tous les éléments susceptibles de caractériser la communication ou l'utilisation d'une information privilégiée. À cette occasion, ont également été saisis les ordinateurs et téléphones de membres de la seconde société en cause, participant aussi au conseil d'administration.

La Cour de cassation dit pour droit, que les enquêteurs de l'AMF peuvent saisir les documents, ordinateurs et téléphones de personnes de passage dans un lieu déterminé faisant l'objet d'une ordonnance du JLD, sous certaines conditions : les éléments saisis doivent être en lien avec l'objet de l'enquête et se trouver dans le lieu désigné par le JLD ou être accessibles depuis ceux-ci.

« Il en résulte que sont saisissables les documents et supports d'information qui sont en lien avec l'objet de l'enquête et se trouvent dans les lieux que le juge a désignés ou sont accessibles depuis ceux-ci, sans qu'il soit nécessaire que ces documents et supports appartiennent ou soient à la disposition de l'occupant des lieux. »

En conséquence, il n'est pas pertinent que les documents, ordinateurs et téléphones saisis n'appartiennent pas aux occupants des lieux visités, augmentant ainsi le risque de saisie de documents utiles par les enquêteurs.

RÉALISATION D'OVS DANS LE SECTEUR DE L'APPROVISIONNEMENT EN LAIT DE VACHE

Le 17 novembre 2022, les services d'instruction de l'Autorité ont procédé, après autorisation d'un juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et saisie inopinées auprès d'entreprises suspectées d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'approvisionnement en lait de vache.

À notre connaissance, ces OVS constituent les quatrièmes menées depuis fin 2021 par les services d'instruction de l'Autorité.

TABLEAU N°3

DATE	SECTEUR
Novembre 2021	Grande distribution à dominante alimentaire
Mai 2022	Agrofourniture
Septembre 2022	Articles de maroquinerie
Novembre 2022	Approvisionnement en lait de vache

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



NABIL LAKHAL
COLLABORATEUR

nlakhal@mwe.com
Tél. +33 1 81 70 15 89



ADRIEN BARROCAS
STAGIAIRE

abarrocas@mwe.com
Tél. +33 1 81 69 08 33



FRANCESCA CASALONE
STAGIAIRE

fcasalone@mwe.com
Tél. +33 1 81 69 08 78

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.

©2023 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.

