

ECONOMIE

Droit de la concurrence : l'essentiel du 2nd semestre 2014

Pas le temps de suivre l'actualité du droit de la concurrence? Nathalie Jalabert-Doury, avocate, a sélectionné pour les acteurs du BTP les informations essentielles à retenir du 2nd semestre. Une chronique utile pour connaître les décisions pertinentes, les évolutions des textes applicables ainsi que ceux en préparation.



Par **NATHALIE JALABERT-DOURY**
avocate à la cour, cabinet Mayer Brown

Ententes et abus

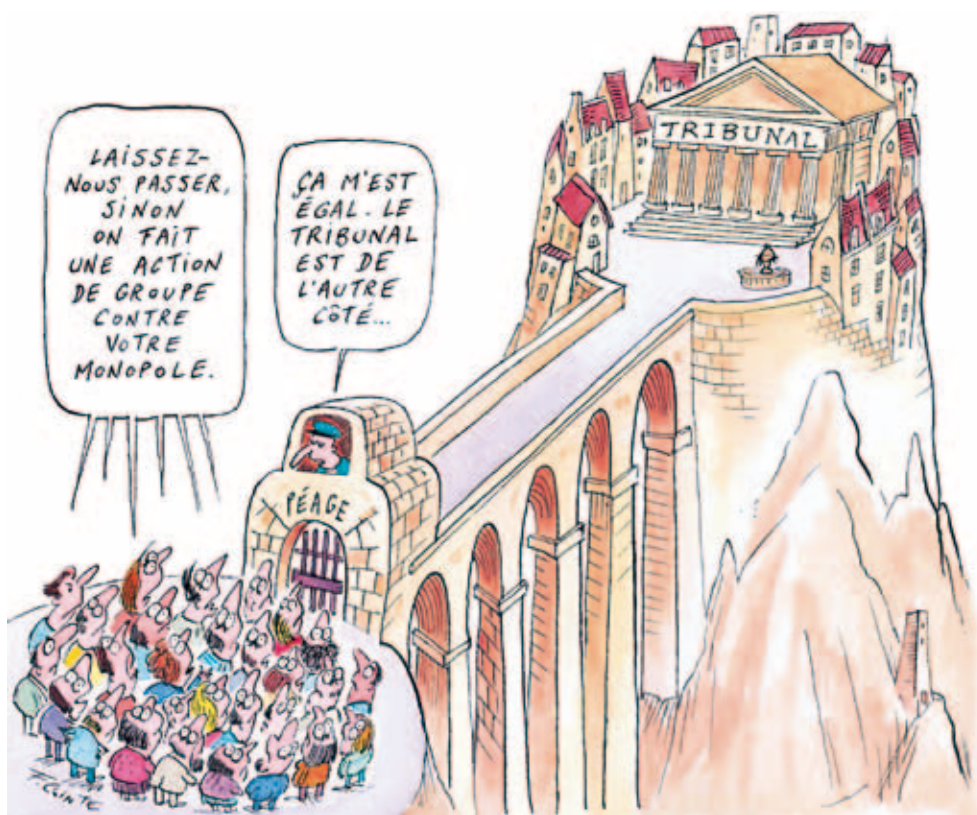
L'action de groupe en vigueur

La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a créé l'action de groupe, permettant notamment aux consommateurs d'agir collectivement en réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre et un décret du 24 septembre 2014 a finalisé le dispositif.

Les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national sont les seules à pouvoir l'initier, au nom d'au moins deux personnes physiques se trouvant dans une situation similaire et ayant subi un préjudice patrimonial individuel résultant des dommages matériels du fait des pratiques en cause. L'action se décompose en deux temps, avec d'abord un jugement déclaratoire de responsabilité, qui ordonnera aussi des mesures de publicité. Une fois ce jugement devenu définitif, l'indemnisation individuelle de tous les consommateurs qui ont rejoint le groupe sera fixée. Le décret précise les règles de procédure applicables et prévoit des règles de compétence territoriale simplifiées. Il établit aussi les modalités d'information qui peuvent être mises en œuvre par les associations pour faire connaître l'action et les modalités d'adhésion au groupe. **Décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014** (www.lemoniteur.fr/groupe).

Actions en dommages et intérêts

La directive européenne du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts pour violations des règles de concurrence vient d'être publiée. Les Etats membres ont deux ans pour la transposer. Elle permettra d'harmoniser le champ de l'indemnisa-



tion, et plus précisément d'obtenir réparation du préjudice actuel, de la perte de profit ou du manque à gagner, augmentés d'intérêts. Les principes de responsabilité conjointe et solidaire des contrevenants ou encore de «*passing-on defense*» (1) sont aussi traités. La directive vise également à faciliter la preuve de l'infraction et du dommage. Toute décision finale d'une autorité de concurrence constituera automatiquement la preuve de l'existence de l'infraction devant les juridictions de l'Etat membre concerné. La directive établit, par ailleurs, une présomption de dommage en matière de cartels et prévoit un dispositif d'injonction de divulgation d'éléments de preuve. Elle ne devrait pas provoquer de grands bouleversements en France; mais sa transposition aura le mérite de fixer plus précisément certains points

dégagés par la jurisprudence (injonctions de divulgation de preuve par exemple) ou qui font encore l'objet de divergences jurisprudentielles (*passing-on defense*).

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 (www.lemoniteur.fr/reparationPAC).

Amendes des filiales autonomes

En février, la Cour de cassation avait déjà cassé l'arrêt d'appel rendu dans l'affaire des monuments historiques pour un motif lié à la détermination des amendes des filiales autonomes (2). Elle frappe à nouveau, dans l'affaire des travaux d'électrification du Sud-Ouest dans laquelle l'Autorité de la concurrence avait sanctionné, en 2011, des échanges d'informations entre concurrents dans le cadre de marchés publics et privés.

Deux entreprises se plaignaient d'avoir été considérées comme autonomes par rapport à leurs groupes s'agissant de l'imputabilité des pratiques, mais d'avoir vu leur sanction augmentée compte tenu de leur appartenance à un grand groupe. La cour d'appel leur avait répondu qu'il n'y avait là aucune incohérence, le Code de commerce prescrivant des sanctions proportionnées, entre autres, à la situation de la société mère.

Ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation qui sanctionne à nouveau, en des termes plus catégoriques encore : à partir du moment où l'Autorité de la concurrence retient dans sa décision qu'une société d'un groupe s'est comportée de manière autonome sur le marché, l'obligation d'individualisation prévue par le Code de commerce «exclut (...) le relèvement automatique de la sanction en raison de sa seule appartenance à un groupe». L'appartenance à un groupe de taille importante – dont le communiqué «Sanctions» de l'Autorité prévoit la prise en compte pour alourdir la sanction – supposera donc désormais de ne pas aller au-delà de la société sanctionnée et des filiales qu'elle contrôle.

Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-16602.

Concentrations

Rejet du recours dans le dossier «Bouyer-Leroux/Imerys»

En 2013, l'Autorité de la concurrence a approuvé l'acquisition par la société Bouyer-Leroux d'actifs du groupe Imerys dans le secteur de la fabrication et la commercialisation de matériaux de structure essentiellement destinés à la construction de maisons individuelles. L'une des particularités de cette décision réside dans le remède retenu pour éviter que l'opération ne restreigne la concurrence sur le marché des briques de mur en région Aquitaine. La solution consiste en un engagement de mise à disposition de briques à prix coûtant à hauteur de 25 000 tonnes par an pendant cinq ans, voire dix.

Un concurrent a introduit un recours contre cette décision. En vain. Le Conseil d'Etat juge notamment que l'engagement est suffisant, car les concurrents pourront commercialiser des briques à des prix aussi compétitifs que ceux de l'entité fusionnée, pour un volume correspondant précisément à ce qu'était la part de marché de l'entreprise acquise. Par ailleurs, cet engagement ne peut être regardé comme conduisant à des échanges d'informations restrictifs de concurrence au motif que le coût de revient départ usine de l'entité fusionnée serait, de ce fait, connu de ses concurrents.

CE, 5 novembre 2014, n° 373065.

Enquêtes

Investigations informatiques

Le Tribunal de l'UE a rejeté le recours intenté par une entreprise tchèque contre une décision de la Commission européenne, qui l'avait sanctionnée à hauteur de 2,5 millions d'euros pour entrave lors d'une enquête. Classiquement désormais, la Commission étend ses investigations aux serveurs et messageries électroniques en cas d'inspection. Dans ce cadre, elle demande le blocage de comptes de messageries le temps de procéder à l'examen des données. Cette opération se réalise par la réinitialisation des codes d'accès (équivalent des scellés qui peuvent être apposés sur les locaux).

En l'espèce, un collaborateur concerné par l'enquête avait pu, pendant l'inspection, obtenir à distance que son compte de messagerie soit débloqué, en appelant le service informatique pour signaler qu'il ne parvenait plus à se connecter. L'entreprise exposait que cette opération résultait tout au plus d'une négligence, faute d'information des personnes concernées. Par ailleurs, le service informatique de l'entreprise avait pris l'initiative de bloquer tous les courriels entrants vers les messageries concernées.

Le Tribunal écarte tous les arguments mis en avant par l'entreprise et laisse la plus grande latitude à la Commission pour déterminer le niveau des amendes. L'arrêt précise notamment que c'est à l'entreprise qu'il appartient de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les instructions des inspecteurs, ainsi que de s'assurer que les personnes autorisées à agir pour son compte n'entravent pas la réalisation de ces instructions. Le message est clair...

Tribunal de l'Union, 26 novembre 2014, «Energeticky a prumyslovny holding a.s. (EPH) e.a.», T-272/12 (<http://bit.ly/1ui2iXT>).

La CEDH prend position en matière d'enquêtes simples

Interrogée sur les garanties devant entourer la réalisation d'enquêtes de concurrence tchèques très proches de notre régime d'enquête simple (article L. 450-3 du Code de commerce, L. 215-3 du Code de la consommation etc.), la Cour européenne des droits de l'homme fixe la barre très haut. Le même niveau de garanties fondamentales qu'en matière de visites domiciliaires s'applique. Cela implique, notamment, que l'enquête simple soit soumise à un contrôle judiciaire *ex ante* ou *ex post* permettant un contrôle effectif de la légalité de la mesure et de ses conditions de mise en œuvre.

L'enquête simple n'est guère utilisée par l'Autorité de la concurrence, mais la DGCCRF

et la Direccte en font une utilisation régulière. Or, l'enquête simple ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire direct et les autorités s'abstiennent à ce jour de toute justification de la mise en œuvre de telles enquêtes. Cet arrêt pourrait donc avoir pour effet de renforcer le formalisme auquel s'astreignent les autorités qui la pratiquent et de multiplier les contestations contre ces enquêtes, à défaut, pour l'heure, de recours en bonne et due forme.

CEDH, 2 octobre 2014, aff. 97/11, «Delta Pekarny» (<http://bit.ly/1BwQGry>).

Sujet à suivre

Autoroutes: l'un des avis les plus politiques de l'Autorité

Saisie depuis décembre 2013 d'une demande de la commission des finances de l'Assemblée nationale, l'Autorité de la concurrence a rendu le 17 septembre un avis sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires. Il ne s'agit pas du premier avis de l'Autorité dans ce secteur, puisqu'elle avait été amenée à s'exprimer sur les conséquences de la privatisation en 2005 sur les marchés de travaux des sociétés concessionnaires. A l'époque, l'Autorité avait formulé un certain nombre de recommandations dans le sens d'une application aussi large que possible des règles existantes pour la passation des marchés une fois que les sociétés d'autoroutes seraient privatisées et rattachées à des grands groupes de travaux publics.

L'avis de 2014 revient sur ce terrain et l'Autorité considère que les marchés de travaux sont, pour une large part, attribués en pratique à des entreprises liées et qu'il est souhaitable que ceci évolue. Mais l'avis de l'Autorité traite également de la rentabilité des sociétés d'autoroute, des modalités d'augmentation de tarifs et du plan de relance autoroutier. Ce faisant, l'Autorité prend effectivement part au débat politique actuel, dans lequel la concurrence n'est finalement pas autant en cause que l'équilibre financier des concessions. Au total, 13 recommandations sont formulées sur quatre axes d'amélioration relatifs aux modalités de tarification, au renforcement de la régulation des concessions autoroutières, aux appels d'offres passés par les concessionnaires et au rééquilibrage du plan de relance autoroutier.

Autorité de la concurrence, avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 (www.lemoniteur.fr/concessionnaires).

(1) Argument selon lequel le cocontractant direct du contrevenant a répercuté le surcoût généré par la pratique sur ses propres clients et ne peut donc se prévaloir d'aucune perte.

(2) Voir l'article «Droit de la concurrence: l'essentiel du 1^{er} semestre» dans «Le Moniteur» du 1^{er} août 2014, p. 25.