



## Régulation

### Droit de la concurrence :

### l'essentiel du second semestre 2015

Sélection des décisions pertinentes et des évolutions notables des textes applicables, sur le plan national mais aussi européen.

Par Nathalie Jalabert-Doury, avocate à la cour, cabinet Mayer Brown

#### Ententes et abus

**Vers un devoir de précaution renforcé en cas de communication de projets d'offres à des tiers ?** La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a été saisie d'une demande préjudicielle sur une question de standard de preuve des ententes, qui est du plus grand intérêt pour les entreprises participant régulièrement à des appels d'offres.

Dans l'affaire concernée, un soumissionnaire avait élaboré son offre de manière indépendante, mais avait ensuite fait appel à un prestataire pour se charger de la préparation de son dossier d'offre. Sans qu'il y ait de preuve que ce soumissionnaire l'ait su, le prestataire s'est aussi chargé de l'élaboration d'offres d'autres candidats, et ce, à partir de l'offre du premier soumissionnaire.

La question posée dans cette affaire est celle du standard de preuve applicable pour considérer que le premier soumissionnaire est, ou non, responsable du comportement de son pres-

tataire en l'absence de toute preuve d'implication de sa part ou de connaissance des faits concernés. L'arrêt de la CJUE ne sera connu que dans quelques semaines ; mais les conclusions de l'avocat général Wathelet, présentées le 3 décembre 2015, proposent à la Cour de retenir un standard de preuve particulièrement exigeant pour les entreprises faisant appel à des prestataires dans le cadre d'appels d'offres.

L'avocat général recommande en effet de poser une présomption réfragable de responsabilité du fait des actes de tels prestataires. Cette présomption ne pourrait être renversée que par la démonstration que l'entreprise a pris toutes les précautions pour empêcher une infraction au moment de l'embauche du tiers (choix du prestataire, obligations contractuelles qui lui ont été imposées), pendant la période d'exécution (contrôle que le tiers s'en tienne strictement aux missions contractuelles) et au moment auquel une infraction est commise par le tiers.

A cette dernière étape, l'avocat général estime que « l'entreprise ne peut simplement choisir de l'ignorer, elle doit se distancier publiquement de l'acte prohibé, empêcher qu'il se reproduise et/ou le dénoncer aux entités administratives ».

La position ainsi suggérée à la CJUE va beaucoup plus loin que la jurisprudence existante tant en France qu'au niveau européen. Elle serait de nature à couvrir d'autres cas que ceux des prestataires de préparation de dossiers d'offres pour inclure des hypothèses posant des problématiques de nature comparable (sous-traitants et cotraitants pour la réalisation du marché, mandataires de groupement, etc.).

On restera donc prudent dans l'attente de l'arrêt de la Cour ; mais il semble que cette position participe d'une tendance assez générale en faveur d'un abaissement du standard de preuve et d'un alourdissement des obligations des entreprises, à l'instar de ce qui se pratique déjà en matière de lutte contre la corruption. *Conclusions dans l'affaire C-542/14, « VM Remonts SIA contre Konkurences padome »*

► [www.bit.ly/concustandard](http://www.bit.ly/concustandard)

**Normalisation et certification : un avis qui cible le secteur du bâtiment.** Le 16 novembre 2015, l'Autorité de la concurrence a publié les conclusions de son enquête dans le domaine de la normalisation et de la certification. L'avis rappelle que la normalisation est susceptible de restreindre la concurrence si elle produit des normes inutiles ou si elle permet l'homologation d'une norme biaisée au profit de certains acteurs du marché, lesquels peuvent alors l'instrumentaliser pour ériger une barrière à l'entrée. Afin de garantir un système de normalisation de qualité, l'Autorité recommande de rationaliser les organes de normalisation et leurs méthodes de travail, de mieux contrôler le lancement des travaux de normalisation et la validation du projet de norme en aval. L'Autorité suggère, sur cette base, un toilettage du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

S'agissant de la certification, l'Autorité prône le renforcement de la transparence sur les cas dans lesquels l'accréditation est obligatoire, sur le coût correspondant ainsi que sur les listes de membres des commissions d'accréditation. Elle préconise également de clarifier la séparation entre les activités d'intérêt public et les activités commerciales des filiales de l'Afnor et de fixer des règles d'usage commercial du sigle NF.

Le secteur du bâtiment figure par ailleurs au cœur de l'avis, compte tenu de l'importance des normes obligatoires et de l'importance des normes d'origine française dans ce secteur. L'Autorité recommande à plusieurs titres de rapprocher le secteur du BTP du droit commun de la normalisation, de redéfinir le rôle du CSTB dans ce processus et d'ouvrir l'instruction des avis techniques à d'autres certificateurs que le CSTB, de même que de renforcer la transparence de ces procédures.

*Avis 15-A-16 du 16 novembre 2015 portant sur l'examen, au regard des règles de concurrence, des activités de normalisation et de certification*

► [www.lemoniteur.fr/normalisation](http://www.lemoniteur.fr/normalisation)

### Concentrations

**Autorisation dans le secteur de la location de matériel de chantier.** L'acquisition par Loxam de Hertz Equipement France et Hertz Alquiler de Maquinaria a été autorisée par l'Autorité de la concurrence le 2 octobre 2015. Si les parties assemblent des

parts de marché significatives au niveau national sur les différents marchés concernés (jusqu'à 30-40% sur le marché de la location de matériel d'élévation de personnes), elles demeureront confrontées, selon l'Autorité, à la concurrence des loueurs généralistes ou spécialistes, ainsi que des fabricants et distributeurs de matériel de chantier, qui sont entrés sur le marché de la location ces dernières années.

Il s'agit, par ailleurs, de marchés pour lesquels les barrières à l'entrée sont faibles et, à l'inverse, le contre-pouvoir de la demande est important.

*Décision n° 15-DCC-132 du 2 octobre 2015 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Hertz Equipement France et Hertz Alquiler de Maquinaria par la société Loxam SAS*

► [www.bit.ly/concuHertz](http://www.bit.ly/concuHertz)

### Enquêtes

**Adaptation aux évolutions informatiques de la note explicative en matière d'inspections de concurrence.** La Commission européenne a apporté quelques modifications à la note explicative qu'elle remet aux entreprises faisant l'objet d'une procédure d'inspection sur place. Les nouveautés visent essentiellement à adapter ses procédures sur le terrain informatique pour couvrir les serveurs, les données stockées sur le *cloud* ou encore les outils personnels dans les entreprises pratiquant le *bring your own device* (en français : « apportez votre équipement personnel de communication »).

La nouvelle mouture de la note contient, par ailleurs, une présentation plus précise des conditions de poursuite de l'inspection lorsque toutes les données électroniques n'ont pu être traitées sur place. Dans ce cas de figure, une copie authentique des données restant à exploiter est réalisée et placée sous enveloppe scellée, pour un examen ultérieur dans les locaux de la Commission ou ceux de l'entreprise.

Ces nouveaux développements sont le signe de l'importance grandissante des opérations réalisées sur support informatique dans ces procédures d'enquête.

*Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20 (4) of Council Regulation n° 1/2003, mise à jour du 11 septembre 2015*

► [www.bit.ly/concuinformatique](http://www.bit.ly/concuinformatique)

### Sujets à suivre...

**Pratiques anticoncurrentielles : une consultation sur le renforcement des compétences de mise en œuvre des autorités nationales de concurrence.** La Commission européenne invite le grand public et les parties intéressées à partager leur expérience et à donner leur avis sur les actions législatives potentielles de l'UE visant à renforcer les outils de mise en œuvre des règles de concurrence et de sanction dont disposent les autorités nationales de concurrence, et ce, avant le 12 février 2016. Des mesures sont attendues dans le prolongement de cette consultation pour harmoniser les conditions de traitement des dossiers par les autorités nationales.

*Consultation de la Commission européenne pour habiliter les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement, du 4 novembre 2015 au 12 février 2016*

► [www.bit.ly/concuconsultation](http://www.bit.ly/concuconsultation)