



Régulation

Droit de la concurrence :

l'essentiel du premier semestre 2016

Sélection des décisions pertinentes et des évolutions notables des textes applicables.

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

Ententes et abus

Abus de position dominante sur les produits de couverture en zinc. L'Autorité de la concurrence a sanctionné une pratique concernant les produits de couverture et ceux d'évacuation des eaux pluviales en zinc vendus en France par l'entreprise Umicore - qui détenait de 50 à 70 % des parts de marché sur les différents produits pour les années visées. Ce fournisseur avait des contrats imposant un approvisionnement exclusif à ses principaux distributeurs - des négociants en matériaux pour la plupart - jusqu'en 2003. Probablement conscient des limites que lui imposait sa position de leader sur les marchés, il a fait disparaître cette obligation de ses contrats à compter de 2004.

L'Autorité a toutefois considéré que la politique commerciale n'avait pas pour autant été modifiée. Un certain nombre de pièces visées par la décision montrent qu'en pratique, Umicore comme ses distributeurs considéraient toujours ces contrats comme exclusifs, notamment sur la base de clauses incitant les distributeurs à ne pas s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs (clauses de promotion, clauses d'obligation de stock, de prévision d'achat, etc.), complétées de mesures de surveillance et de représailles.

Ces pratiques sont considérées comme ayant eu pour objet et effet de contribuer à figer la dynamique de la concurrence sur les marchés concernés et d'avoir conduit à des niveaux de prix supra-concurrentiels. Elles sont dès lors condamnées sur le fondement de l'abus de position dominante.

Cette décision montre l'importance pour les entreprises susceptibles d'être considérées comme dominantes d'assurer non seulement la conformité formelle de leurs contrats, mais aussi de suivre de près la manière dont ils sont mis en œuvre en pratique. La sanction infligée est en l'occurrence de 69 millions d'euros. Umicore a fait appel.

Décision n°16-D-14 du 23 juin 2016 (www.lemoniteur.fr/zinc).

BTP à la Réunion: l'organisation du secteur des treillis soudés à revoir. L'Autorité a également infligé une amende de 5 millions d'euros à plusieurs entreprises réunionnaises pour s'être entendues dans le secteur des treillis soudés et des armatures métalliques.

La décision décrit un système d'approvisionnement de l'île entre les mains de deux groupes ayant constitué un pôle armaturier dont les composants avaient été définies par plusieurs

protocoles. De nombreux autres paramètres de concurrence avaient également fait l'objet de discussions (volumes, prix, répartitions des volumes entre les revendeurs, etc.).

Avec l'attention portée par l'Autorité et par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) sur les marchés ultra-marins depuis quelques années, une telle situation ne pouvait que générer tôt ou tard une enquête, notamment à l'occasion de chantiers d'ampleur comme celui de la route des Tamarins. Les sanctions prononcées restent limitées compte tenu de la taille des marchés et des acteurs concernés, mais les entreprises devront assurer la transition vers une concurrence non faussée...

Décision n° 16-D-09 du 12 mai 2016 (www.lemoniteur.fr/treillis).

Trois pratiques anticoncurrentielles locales réprimées par la DGCCRF dans le secteur de la construction. La DGCCRF a rendu publiques trois transactions concernant plus ou moins directement le secteur de la construction sur le premier semestre 2016. Il s'agit d'affaires locales sur lesquelles le ministre peut transiger si elles sont le fait d'entreprises au chiffre d'affaires limité.

Les pratiques en cause : une concertation entre cabinets de géomètres experts à l'occasion d'appels d'offres locaux en Meurthe-et-Moselle ; une entente sur les prix entre quatre entreprises intervenant dans le secteur du courtage en diagnostic immobilier, via une société commune gérant une plate-forme de mise en relation (en Lorraine, Rhône-Alpes et Ile-de-France) ; et enfin une entente entre organisations professionnelles dans le secteur de la construction et la rénovation de bâtiments d'élevage réservant le versement d'une prime aux entreprises signataires d'une charte sans l'entourer des garanties nécessaires, notamment de non-discrimination (en Bretagne - voir « *Le Moniteur* » du 1^{er} avril 2016, page 92).

Les décisions de transactions sont publiées sur www.economie.gouv.fr/dgccrf, onglets Concurrence puis Pratiques anticoncurrentielles.

Concentrations

Autorisation sous condition de l'opération Heidelberg/Italcementi. L'acquisition d'Italcementi par Heidelberg a été autorisée par Bruxelles en phase 1, sous réserve de la cession des activités belges d'Italcementi (CCB), dans la mesure où les parts de marché de l'entité fusionnée y auraient été supérieures à 50 %. Sur les autres marchés, les positions des parties ont en revanche été jugées complémentaires. La Commission a rendu ces derniers mois plusieurs décisions lourdes dans ce secteur, mais le sujet est de taille. La commissaire européenne à la concurrence Margrethe Vestager l'a rappelé à l'occasion de cette nouvelle affaire : « Les marchés du ciment et du béton concurrentiels sont cruciaux pour le secteur de la construction de l'UE. »

Décision de la Commission européenne, M.7744, du 26 mai 2016 (www.bit.ly/Italcementi7744).

Enquêtes

Le droit de demander des renseignements n'est pas sans limite ni condition. Dans l'enquête en cours concernant le secteur cimentier, la Commission européenne avait adressé une demande de renseignements très lourde (une centaine de pages) et reposant sur une motivation jugée particulièrement floue par les entreprises visées, ce qui avait conduit certaines

d'entre elles à solliciter l'annulation de la décision de renseignements auprès du Tribunal de l'Union européenne. Celui-ci avait toutefois jugé que les exigences légales avaient été dûment remplies par la Commission.

Sur pourvoi des entreprises, la Cour de justice de l'UE vient cependant d'annuler cet arrêt. Elle juge en effet que la décision litigieuse ne faisait pas apparaître, de manière claire et non équivoque, les produits concernés et les soupçons d'infraction qui justifient les demandes. C'est la position que l'avocat général avait recommandée à la Cour, considérant « inexcusable » que les entreprises aient pu après trois ans d'enquête être tenues dans l'ignorance de l'objet précis de l'enquête.

CJUE, 10 mars 2016, « HeidelbergCement et autres », aff. C-247/14P (www.bit.ly/Heidelberg24714).

La Cour de cassation refuse aux entreprises un droit d'accès au juge des libertés pendant les visites et saisies. La Cour a tranché un débat qui opposait les juridictions d'appel. Elle décide que les entreprises soumises à une visite et saisie ne disposent pas du droit de saisir elles-mêmes le magistrat sous l'autorité duquel se déroule la visite. Les entreprises visitées doivent donc s'en remettre aux officiers de police judiciaire présents qui ont l'obligation de tenir le magistrat informé.

En pratique, ceci signifie qu'en cas de problème grave dans le déroulement de la visite, les entreprises n'ont d'autre moyen que la négociation et la persuasion avec les agents et officiers pour tenter d'en limiter les conséquences, mais n'ont aucun droit à voir trancher ce problème par un magistrat. Le droit de recours n'existe qu'*a posteriori*, alors qu'il est déjà trop tard pour limiter les conséquences de certaines violations, et il faudra alors matérialiser les demandes qui ont été faites aux officiers et le refus apporté. *Cass. crim. 9 mars 2016, n°14-84566, « SRR » (www.bit.ly/SRR1484566).*

Droit de la commande publique

L'Autorité de la concurrence s'estime insuffisamment consultée sur les projets de réforme. Utilisant le droit qu'ont toutes les collectivités territoriales de saisir pour avis l'Autorité de la concurrence, la commune de Saint-Germain-en-Laye (Yvelines) a saisi l'Autorité de plusieurs questions générales relatives au traitement des offres non conformes, tel que prévu dans le cadre du projet de décret relatif aux marchés publics.

C'est l'occasion pour l'Autorité de rappeler qu'elle est régulièrement saisie de « dysfonctionnements du libre jeu de la concurrence dans les marchés publics » et qu'il serait souhaitable qu'elle soit saisie de tous les projets de textes en amont, par le gouvernement lui-même, ce qui n'a manifestement pas été le cas ici.

L'Autorité de la concurrence formule ensuite un certain nombre de recommandations dont il a été tenu compte, dans la fiche technique de la Direction des affaires juridiques de Bercy (1) plus que dans le texte du décret lui-même (2), à une exception notable : l'Autorité avait recommandé que l'acheteur public informe les autres soumissionnaires de la nature de la régularisation permise dans un délai utile à l'exercice des voies de recours. Elle n'a pas été entendue sur ce point.

Avis n° 16-A-05 du 15 février 2016 (www.lemoniteur.fr/offres). ●

(1) www.economie.gouv.fr/daj/examen-des-offres-2016.

(2) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.