

Réglementation



Régulation économique Droit de la concurrence: l'essentiel du premier semestre 2017

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

L'Inrap prend des engagements dans le secteur de l'archéologie préventive. Lorsque des travaux entrepris par un aménageur sont susceptibles d'endommager un site pouvant contenir des vestiges archéologiques, l'Etat peut prescrire des fouilles préventives. L'aménageur doit alors mandater un opérateur de diagnostic, dans le cadre d'un monopole légal, tandis que les travaux de fouilles ont, eux, été ouverts à la concurrence. La coexistence des deux activités au sein de l'Institut national de recherches archéologiques préventives (Inrap) a conduit plusieurs entreprises du secteur à déposer une plainte pour des pratiques potentiellement abusives de la part d'une entité en position dominante.

L'Autorité de la concurrence a ainsi considéré que la possibilité pour l'Inrap d'utiliser, dans son activité fouilles, des informations obtenues dans le cadre de son activité diagnostic, pourrait le faire bénéficier d'un avantage compétitif indu. Le cumul d'activités en

monopole, financées en partie sur des deniers publics, et d'activités concurrentielles pose aussi la question d'éventuelles subventions croisées entre les deux activités, surtout en l'absence d'outils de comptabilité analytique à l'Inrap.

Afin de répondre aux préoccupations de l'Autorité, l'Inrap a proposé des engagements. Ils n'ont finalement pas été nécessaires sur le premier point, l'Etat ayant décidé entre-temps de mettre en place une plate-forme informatique sécurisée qui permet à l'ensemble des opérateurs de fouilles d'accéder aux informations concernées. Sur le second point, l'engagement de mettre en œuvre une comptabilité analytique afin d'assurer une stricte séparation comptable, sous contrôle d'un prestataire extérieur et avec un audit financier confié à un expert indépendant, a été considéré comme suffisant pour clôturer la procédure. Les comptes audités et la méthode de répartition annuelle des coûts seront transmis à l'Autorité tandis qu'un programme de formation des



agents de l'Inrap au droit de la concurrence sera mis en œuvre
Decision n°17 D 09 du 1^{er} juin 2017 (www.lemoniteur.fr/archeo)

La DGCCRF combat activement les micropratiques anti-concurrentielles. A la mi 2017, la DGCCRF a déjà sanctionné huit affaires concernant des micropratiques, pour lesquelles elle dispose d'un pouvoir d'injonction et de transaction. Celui-ci ne peut porter que sur des pratiques locales commises par des entreprises de taille modeste. Quatre de ces affaires visent le BTP et des pratiques d'échanges d'informations ou d'ententes dans le cadre de marchés publics, dans les secteurs de l'aménagement paysager (Vaucluse), des prestations topographiques et foncières (Haute Loire), des travaux et fourniture de matériel pour la rénovation de cuisines (Val d'Oise) et de l'éclairage public (Ardèche).

Il s'agissait, selon les cas, d'anomalies dans les dossiers d'offres laissant supposer des échanges en amont du dépôt des plis, de constitution de groupements surdimensionnés ou encore d'échanges d'informations et de remise d'offres de couverture. Les transactions sont fondées sur une injonction de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des comportements analogues et/ou une amende de quelques centaines à quelques dizaines de milliers d'euros pour les entreprises concernées.

Transactions 2017 de la DGCCRF (www.lemoniteur.fr/dgccrf)

Le BTP faiblement sanctionné en 2016. Si l'année 2015 s'était achevée sur un montant d'amendes infligées par l'Autorité de la concurrence absolument inédit (1,25 milliard d'euros), les peines cumulées sont retombées à 203 millions d'euros en 2016. Les sanctions les plus importantes ont concerné le secteur des télécommunications, tandis que le BTP n'a représenté que 2% des amendes (avec notamment 5,02 millions d'euros pour la décision n°16 D 09 concernant le secteur du BTP à la Réunion - *www.lemoniteur.fr/trellis*). Mais la proportion augmente si l'on intègre également les matériaux de construction, avec la décision n°16 D 14 concernant des pratiques commerciales abusives concernant les produits de couverture en zinc pour un total de sanctions de 69,24 millions d'euros (*www.lemoniteur.fr/zinc*).
Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2016 (www.bit.ly/adlc2016)

Concentrations

La détention d'une centrale d'enrobage en commun approvisionnant ses sociétés mères est-elle une concentration ?

Une affaire en cours devant la Cour de Justice de l'UE repose la question de la qualification de concentration pour des entreprises communes de production qui fournissent essentiellement leurs sociétés mères (ci après « mères »).

Le contrôle européen des concentrations est en effet basé sur la notion d'entreprise commune de plein exercice, seules les entreprises communes autonomes sur un marché et ne dépendant pas de leurs mères pour leurs approvisionnements ou leurs ventes entrant dans le champ de la notion de concentration. Toutefois, les règles européennes prévoient que le passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint sur une entreprise existante constitue également une concentration, sans faire référence à cet égard à la notion de plein exercice. Le droit français renvoyant à cet égard au droit européen, les mêmes règles s'appliquent dans le contrôle national des concentrations.

Sur cette base, on considère de longue date que la création d'une centrale d'enrobage en commun livrant essentiellement ses

mères, sans rôle autonome sur le marché, n'est pas une concentration. Cependant, la question reste ouverte s'agissant de la prise de contrôle conjoint sur une centrale existante, la pratique décisionnelle de la Commission n'étant pas des plus claires. Un projet d'acquisition du contrôle conjoint sur une centrale existante qui approvisionnait jusque là sa seule mère et avait vocation à approvisionner ensuite ses deux mères a suscité un débat devant l'autorité nationale autrichienne, puis devant la juridiction nationale, qui a soulevé une question préjudicielle.

L'avis de l'avocate générale Juliane Kokott est que deux interprétations du règlement sont en effet possibles. Mais elle recommande résolument à la Cour de trancher ce point d'interprétation en faveur de l'application de la condition de plein exercice dans tous les cas de figure, qu'il y ait création d'entreprise commune ou prise de contrôle conjoint sur une entreprise existante.
Conclusions du 27 avril 2017 sous l'affaire C 248/16 « Austria Asphalt GmbH & Co AG c Bundeskartellamt » (www.bit.ly/AustriaAsphalt)

Enquêtes

L'avocat peut être appelé dès le démarrage de la visite et saisie, rappelle la Cour de cassation. L'article L. 450 4 du Code de commerce prévoit que l'occupant des lieux faisant l'objet d'une visite et saisie a le droit de faire appel à un conseil de son choix, sans que l'exercice de cette faculté ne permette de suspendre les opérations. Dans une affaire où les agents de l'Autorité de la concurrence avaient interdit à l'occupant de prévenir son conseil après la notification de l'ordonnance mais avant qu'ils aient apposé les scelles sur les locaux, la Cour de cassation a annulé les opérations. Motif : « Dans les procédures fondées sur la violation du droit de la concurrence, les droits de la défense peuvent être exercés par l'occupant des lieux dès la notification de l'ordonnance ».

Cass. crim., 4 mai 2017, n°16 81071 (www.bit.ly/VisiteSaisie)

A suivre

Directive ECN+ : des règles de procédure minimales applicables dans l'ensemble de l'Union. Il y a près de quinze ans, le régime d'application des règles de concurrence a été modifié pour prévoir que la Commission et les autorités nationales appliqueraient parallèlement et en réseau les mêmes règles de fond dès lors que le droit européen est applicable, tandis que chacune continuerait à opérer procéduralement sur la base de ses propres règles. Ces différences procédurales se sont réduites au fil du temps, en particulier sur les nouveaux mécanismes tels que la clemence. Mais il semble que la voie de l'harmonisation volontaire ne permette plus vraiment d'avancer. Et les différences qui subsistent deviennent d'autant plus difficiles à justifier que les affaires passent du niveau national au niveau communautaire et que les marchés sont intégrés au sein de l'UE.

La proposition de directive dite « ECN+ » vise donc à établir un socle de règles minimales s'agissant des enquêtes, des amendes, des procédures de clemence ou de transaction. L'initiative est bien sûr pertinente, mais de plus en plus de commentateurs suggèrent un approfondissement significatif du projet public.
Proposition de directive visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, 22 mars 2017 (www.bit.ly/ECNplus)