

Droit de la concurrence

L'essentiel du second semestre 2017

Sélection des décisions pertinentes et des évolutions des textes applicables.

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

Ententes et abus

L'Autorité de la concurrence sanctionne le cartel du lino et précise sa nouvelle approche en matière de transaction.

La condamnation - à hauteur de 302 millions d'euros - du cartel dit « du lino » concernant les revêtements de sol résilients, prise le 18 octobre dernier, constitue l'une des décisions de condamnation les plus importantes de 2017. Elle a pu être rendue par l'Autorité après transaction avec l'ensemble des parties concernées, sur la base des nouvelles dispositions issues de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron »). Auparavant, l'entreprise qui renonçait à contester les griefs notifiés bénéficiait d'un plafond de sanction réduit de moitié (5 % et non plus 10 % de son chiffre d'affaires total) et d'une amende directement réduite de 10 à 25 % par rapport à l'amende qui lui aurait été infligée sans transaction. Désormais, l'entreprise s'entend sur une fourchette d'amende avec le rapporteur général, dans les limites de laquelle l'Autorité de la concurrence statue à l'issue de la procédure.

Le mécanisme de détermination des amendes en cas de transaction est de ce fait profondément modifié, ainsi qu'il ressort de la lecture de la décision « Cartel du lino ». Le calcul, auquel l'Autorité se livrait sous l'empire du texte précédent, avant d'appliquer la fourchette de réduction, a tout simplement disparu de la motivation de la décision. Même les réductions accordées au titre de la clémence (1) n'apparaissent plus en lecture directe dans la décision. Le bénéfice effectivement retiré de la transaction est de fait beaucoup moins lisible. Un communiqué succinct, du 19 octobre 2017, annonce qu'un document relatif aux conditions de mise en œuvre de la nouvelle procédure de

transaction sera prochainement publié par l'Autorité. Et que le document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité (2) est retiré : si l'Autorité réaffirme l'importance qu'elle attache au sujet, ces programmes n'ont plus aujourd'hui vocation pour elle à justifier une atténuation des sanctions.

Décision n°17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients (www.lemoniteur.fr/cartel).

Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité (www.bit.ly/transactionconformite).

La DGCCRF publie deux nouvelles transactions dans le domaine du BTP. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a rendu publiques deux affaires supplémentaires d'ententes, clôturées sur la base de transactions, concernant des marchés publics de travaux (entretien et rénovation de bâtiment dans le département du Rhône; travaux de menuiserie à Reims). Pour mémoire, les affaires locales qui sont le fait d'entreprises au chiffre d'affaires limité peuvent être réglées par le biais de transactions, conclues avec ce service de Bercy, si les entreprises l'acceptent. Les montants prononcés ne peuvent alors dépasser le plafond de 150 000 euros (ou 5 % du chiffre d'affaires si cette valeur est plus faible).

La DGCCRF a par ailleurs attiré l'attention sur le risque de sanction augmentée en cas de refus de transaction. Elle a en effet publié sur son site Internet les détails d'une affaire dans laquelle elle avait proposé à une entreprise de transiger à hauteur de 56 000 euros; offre que l'entreprise a déclinée. Le dossier a donc été transmis à l'Autorité de la concurrence, qui a infligé à la contrevenante une amende d'un montant supérieur (80 000 euros). A bon entendeur...

Transactions 2017 de la DGCCRF au titre des pratiques anti-concurrentielles (www.bit.ly/dgccrfPAC).

Concentrations

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rappelle la Commission à l'ordre sur le cas des entreprises communes.

Le règlement européen du 20 janvier 2004 sur les concentrations prévoit que la création d'une entreprise commune de plein exercice est une concentration, et qu'elle doit faire l'objet d'une notification préalable si les seuils qu'il prévoit sont franchis. Cette règle existe de longue date et les contours de la notion d'entreprise commune de plein exercice sont maintenant clairs. Ainsi, une entreprise commune dotée des ressources nécessaires pour exercer de manière autonome, et qui réalise moins de 80 % de ses ventes ou achats avec ses mères ou qui les effectue aux conditions du marché, est *a priori* une entreprise de plein exercice.

Cela étant, une autre disposition du règlement prévoit que l'acquisition du contrôle conjoint sur une entreprise existante est également une concentration, sans rappeler à cette occasion la condition de plein exercice. La pratique s'est développée, sur cette base, de ne pas vérifier la condition de plein exercice en cas d'acquisition du contrôle conjoint sur une telle entreprise préexistante.

La CJUE vient d'y mettre bon ordre. Elle considère en effet que la condition s'impose dans tous les cas. Elle le rappelle à



l'occasion d'une affaire concernant la mise en commun d'une centrale d'enrobage destinée à produire des enrobés essentiellement pour le compte de ses mères, et qui n'était donc pas de plein exercice.

CJUE, 7 septembre 2017, « Austria Asphalt », aff. C-248/16 (www.bit.ly/austriaAsphalt). Lire aussi notre article « La mise en commun d'outils de production n'est pas une "concentration" », publié dans « Le Moniteur » du 13 octobre 2017, p. 85).

Enquêtes

La cour d'appel de Paris veille à la loyauté des enquêtes.

Dans le cadre des recours exercés contre les visites et saisies diligentées par l'Autorité de la concurrence dans l'« affaire des compotes », une entreprise contestait les conditions de déroulement des dites visites et saisies, au motif que deux de ses représentants avaient fait l'objet d'auditions denses portant sur le fond, dont elle demandait l'annulation.

Dans sa décision rendue le 28 juin dernier, la cour d'appel de Paris estime en effet que des « questions/réponses ciblées sur les agissements frauduleux supposés », alors qu'à ce stade les griefs n'ont pas été notifiés, ont porté atteinte aux droits de la défense. Les personnes ne peuvent qu'être librement auditionnées, ce qui ne supposait pas, à l'époque des faits, qu'elles soient prévenues de leur droit au silence (cette disposition est aujourd'hui pleinement applicable), mais impliquait en revanche qu'elles ne fassent pas l'objet d'un interrogatoire. Une telle décision doit être saluée. Le contexte de l'exécution d'une ordonnance de visite et saisie ne se prête pas à la réalisation d'auditions sur le fond.

CA Paris, 28 juin 2017, RG n° 15/21 316.

Première décision de condamnation pour obstruction.

L'Autorité de la concurrence a infligé pour la première fois une sanction - de 30 millions d'euros - à une entreprise pour obstruction à l'instruction sur la base de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Cette disposition permet de sanctionner un tel

comportement par une amende pouvant aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires mondial des entreprises concernées. En l'occurrence, l'Autorité reprochait à l'entreprise concernée d'avoir d'abord transmis des informations incomplètes, imprécises et hors délais avant de refuser de communiquer les informations et éléments matériels qui lui avaient été demandés à plusieurs reprises. En l'occurrence, l'amende infligée est de l'ordre de 0,3% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise concernée.

Décision n° 17-D-27 du 21 décembre 2017 relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par Brenntag (www.bit.ly/obstructionBrenntag).

A suivre...

L'Autorité de la concurrence lance une réflexion sur la modernisation du contrôle des concentrations.

Le gendarme de la concurrence a mené en octobre et novembre derniers une consultation publique destinée à moderniser le régime national de contrôle des concentrations, s'agissant notamment de la procédure simplifiée, de la possibilité de se saisir de cas échappant aux seuils, et enfin du rôle des mandataires (qui sont nommés pour contrôler la bonne exécution des engagements). Sur la base des contributions reçues, l'Autorité prévoit de définir des pistes d'évolution qui pourraient être embarquées dans le projet de loi pour la croissance et la transformation des entreprises (dit « projet de loi Le Maire »).

Consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur la modernisation et la simplification du droit des concentrations (www.bit.ly/consultationconcentrations). ●

(1) Dispositif qui permet à une entreprise, contre dénonciation de ses propres pratiques anticoncurrentielles, d'obtenir une immunité totale ou partielle d'amende.

(2) Programmes constitués de mesures mises en place par les entreprises pour s'assurer du respect par leurs salariés et dirigeants de la réglementation (ici, en matière de concurrence).