

Droit de la concurrence

L'essentiel du premier semestre 2019

Sélection des décisions pertinentes et des évolutions des textes applicables.

Par **Nathalie Jalabert-Doury**, avocate associée, cabinet Mayer Brown

Comme chaque été, l'Autorité de la concurrence (ADLC) publie son bilan pour l'année passée. Certes, 2018 n'aura pas été une année record en termes d'amendes, mais les 237,5 millions d'euros cumulés demeurent toutefois significatifs et sont toujours bien supérieurs à son budget de fonctionnement (21 M€).

L'ADLC est, en outre, l'une des autorités nationales les plus actives en nombre d'enquêtes ouvertes et de décisions adoptées sur le fondement du droit européen. En 2018, elle maintient ainsi son rang en haut du classement des autorités de concurrence de la « Global Competition Review », avec cinq étoiles. *Rapport annuel 2018 (www.autoritedelaconcurrence.fr).*

Ententes anticoncurrentielles

L'Autorité clôt le dossier des travaux d'extension du tramway de Bordeaux. Le 23 avril, l'ADLC a rendu publique une décision rejetant, faute d'éléments probants suffisants, la saisine de la communauté urbaine de Bordeaux (CUB), désormais Bordeaux Métropole, concernant des marchés publics de travaux d'extension de son tramway. La collectivité suspectait une entente anticoncurrentielle, en raison de différentiels de prix et d'éléments techniques jugés quasi nuls entre les offres reçues, ainsi que d'un dépassement important de l'estimation financière des marchés. La CUB avait même fait procéder à une analyse des supports informatiques des offres, qui aurait montré que des tiers seraient intervenus sur certains documents, voire que certains documents d'offres différentes auraient été créés par les mêmes personnes.

L'ADLC estime toutefois que ces pièces étaient insuffisantes pour établir une concertation entre les offreurs. Elle ajoute que les services d'instruction peuvent en principe compléter les

éléments de preuve remis par le saisissant en utilisant leurs pouvoirs d'enquête simple ou lourde, mais que la CUB a, en l'espèce, « privé les services d'instruction de l'opportunité de pouvoir procéder à des opérations de visites et saisies avec une probabilité raisonnable de trouver des éléments probants ». La décision expose en effet qu'à la suite des appels d'offres concernés, la CUB a averti individuellement les entreprises des principales difficultés issues de l'appel d'offres et du fait qu'elle étudiait une éventuelle saisine de l'ADLC.

Décision n°19-D-06 du 23 avril 2019 (<http://bit.ly/19-D-06>).

Une transaction hybride concernant des appels d'offres de travaux. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a conclu une transaction hybride s'agissant de pratiques d'ententes dans le

Dans des affaires locales, les petites entreprises s'exposent à des sanctions de l'ADLC en cas de refus de transactions avec la DGCCRF.

cadre d'appels d'offres en matière de gestion technique des bâtiments lancés par Lille Métropole Communauté urbaine (LMCU).

Il s'agissait plus précisément de pratiques d'échanges d'informations en amont du dépôt des offres, deux entreprises ayant élaboré leur offre en commun en trompant l'acheteur public sur la réalité de la concurrence entre les deux plis. L'une de ces deux sociétés s'est plus tard associée à une

troisième. Leurs offres ont été coordonnées en amont de leur dépôt, et le lien de sous-traitance qui les unissait a été dissimulé.

Deux des contrevenants ont accepté la transaction, pour des montants de 19 400 € et 14 850 €, tandis que la DGCCRF a saisi l'ADLC des pratiques imputables à la troisième. En effet, si la DGCCRF peut proposer aux petites entreprises impliquées dans des affaires locales de clôturer les dossiers par des transactions, celles-ci peuvent refuser... et s'exposent alors à des sanctions devant l'ADLC.

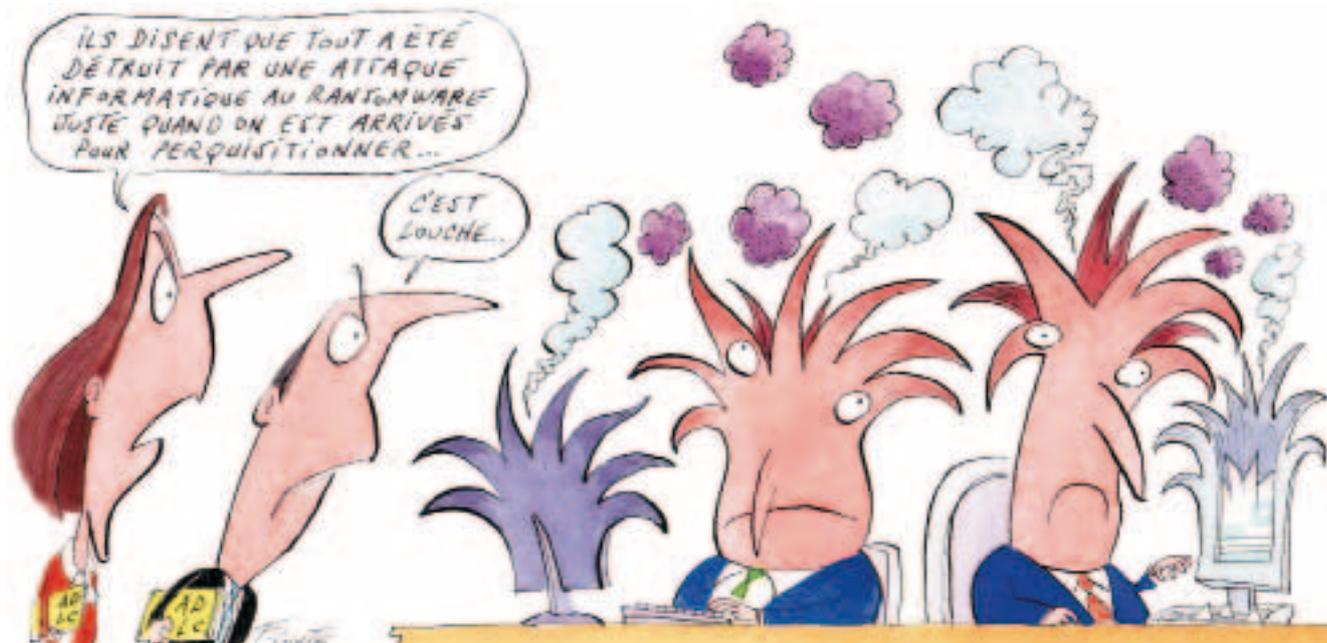
Transaction publiée le 10 avril 2019 (<http://bit.ly/DGCCRF-LMCU>).

Concentrations

Bruxelles autorise sans réserve l'acquisition de Parex par Sika dans le secteur des mortiers de construction.

Le 27 mars 2019, la Commission européenne a autorisé l'acquisition du contrôle exclusif de la société française Parex par la société suisse Sika. Les deux entités sont actives sur un certain nombre de marchés en France - pour certains produits, également en Espagne -, dont le mortier prémélangé, les produits chimiques pour la construction, les mastics et les systèmes composites d'isolation thermique extérieure, avec des parts de marché cumulées généralement comprises entre 20 et 30 %.

Le test de marché réalisé par la Commission et les données fournies par les parties ont révélé que la pratique décisionnelle qui retenait jusqu'à présent des rayons de 120 km pour ce type de marchés (cas des mortiers, notamment) apparaissait de moins en moins pertinente. Par ailleurs, sur ces marchés, qu'ils soient analysés au niveau de ces zones de chalandise ou sur une base plus large, des concurrents significatifs continueraient à pouvoir exercer une concurrence effective à l'égard de l'entité fusionnée.



Les conséquences de la détention par Saint-Gobain d'une participation minoritaire d'un peu plus de 10 % dans Sika (à la suite d'une offre hostile) sur celle-ci ont aussi été étudiées.

In fine, Bruxelles délivre son feu vert sans réserve.

Décision du 27 mars 2019, aff. M.9276 (<http://bit.ly/M9276>).

Enquêtes

Nouvelle décision sanctionnant un bris de scellés et la diversion d'e-mails. L'ADLC a sanctionné une entreprise à hauteur de 900 000 €, soit 0,06 % de son chiffre d'affaires mondial, pour obstruction au cours d'opérations de visites et saisies.

En l'occurrence, un scellé placé sur une porte de bureau en début de journée avait été retrouvé brisé par les agents de l'ADLC. Cette dernière a été peu sensible aux arguments présentés par l'entreprise pour expliquer que le bris était dû à la négligence d'un salarié à la recherche de friandises... L'ADLC a également sanctionné le fait que l'entreprise a altéré la réception de courriels en retirant, pendant la visite, l'une des personnes sous enquête d'une liste d'envois d'e-mails sur laquelle elle figurait initialement afin de ne pas attirer l'attention des agents sur le sujet en question. L'e-mail interne signalant le retrait de la personne de la liste avait été supprimé par l'expéditeur de sa boîte mail avant qu'une copie de l'e-mail supprimé soit retrouvée sur son téléphone.

Un bris de scellé ou l'atteinte à l'intégrité d'une messagerie électronique pouvant empêcher d'établir, et donc de sanctionner, des pratiques anticoncurrentielles constituent « en eux-mêmes des pratiques graves », rappelle l'ADLC dans un communiqué.

Décision n° 19-D-09 du 22 mai 2019 (<http://bit.ly/19-D-09>).

L'Autorité pourra désormais demander les fadettes directement aux opérateurs de télécommunications. L'article 212 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « Pacte ») a créé un nouvel

article L. 450-3-3 du Code de commerce. Celui-ci permettra désormais au rapporteur général de l'ADLC de demander directement aux opérateurs de télécommunications les données de connexion aux services de communication qu'ils offrent (« fadettes », ou facturations détaillées contenant tous les numéros appelés et les données techniques : voix, SMS, durée, point de connexion au réseau, etc.). Cela, sous réserve, toutefois, d'y avoir été préalablement autorisé par un « contrôleur des demandes de données de connexion », à savoir un magistrat en activité ou honoraire, et d'avoir recueilli des présomptions d'infraction.

Un décret précisera les modalités d'application de ce nouveau texte, mais aucune information de la personne concernée ni aucun recours ne sont pour l'heure prévus.

A suivre...

Les autres mesures de concurrence de la loi Pacte inconstitutionnelles pour cause de cavaliers législatifs. Le Conseil constitutionnel a en revanche invalidé les autres dispositions de concurrence de la loi Pacte figurant à son article 211. Ce dernier habilitait le gouvernement à transposer la directive « ECN+ » (European Competition Network) du 11 décembre 2018 visant à améliorer la mise en œuvre des règles de concurrence européennes qui relève des autorités nationales. L'article 211 permettait aussi à l'exécutif de prendre par ordonnance diverses mesures en matière de simplification des enquêtes, des procédures de l'ADLC et d'amélioration des dispositifs de sanction, d'injonction et de transaction.

Les Sages de la rue de Montpensier ont soulevé d'office le fait qu'il s'agissait de cavaliers législatifs au sens de l'article 45 de la Constitution. On notera qu'il en allait de même pour l'article 212 commenté ci-dessus concernant les fadettes, mais que celui-ci a échappé à la censure. Les dispositions concernées devront donc être présentées dans le cadre d'un nouveau projet de loi. Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 (<http://bit.ly/CC-Pacte>). ●