

◆ RÉFORMES EN COURS AU NIVEAU EUROPÉEN

Un encadrement renforcé de l'activité des plateformes en ligne et de leurs acquisitions

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne (la « **Commission** ») a publié deux propositions de règlement : une proposition sur les services numériques (**Digital Services Act**, « **DSA** »), visant à mieux protéger les consommateurs et les entreprises utilisatrices de services numériques, et une proposition sur les marchés numériques (**Digital Markets Act**, « **DMA** »), qui vise à réguler le comportement de certaines plateformes en ligne pour rendre le marché du numérique plus ouvert et plus concurrentiel.

Le DMA prévoit en effet de **sanctionner les pratiques déloyales des plateformes en ligne** (telles que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les services d'intermédiation) pouvant se comporter en tant que « **contrôleurs d'accès** ».

Pourront être considérés comme contrôleurs d'accès par la Commission, les plateformes en ligne qui (i) détiennent une position économique forte, (ii) constituent un point d'accès important des entreprises utilisatrices pour toucher leur clientèle, et (iii) occupent une position solide et durable sur le marché.

Ces entreprises seront présumées remplir ces critères (mais pourront renverser cette présomption) dès lors que :

- l'entreprise réalise un chiffre d'affaires annuel dans l'Espace Economique Européen (EEE) d'au moins 6,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices, ou si sa capitalisation boursière moyenne ou sa juste valeur marchande équivalente s'est élevée à au moins 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice, et qu'elle fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres ; et
- l'entreprise exploite un service de plateforme essentiel comptant plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs chaque mois établis ou situés dans l'Union Européenne (UE) avec en moyenne plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives établies dans l'UE au cours du dernier exercice ; et
- l'entreprise a rempli les deux critères précédents au cours de chacun des trois derniers exercices.

Si ces seuils ne sont pas dépassés, les entreprises seront soumises à une enquête de la Commission visant à déterminer leur qualité de contrôleur d'accès.

Une fois désignés comme tels par la Commission, les contrôleurs d'accès devront respecter un certain nombre d'obligations réglementaires, par exemple : permettre aux entreprises utilisatrices d'accéder aux données générées par leurs activités sur leur plateforme, autoriser les entreprises utilisatrices à promouvoir leur offre et à conclure des contrats avec leurs clients en dehors de leur plateforme, ne pas empêcher les utilisateurs de désinstaller des logiciels ou des applications préinstallés ou d'accéder aux services qu'ils ont éventuellement acquis en dehors de leur plateforme (...).

En cas de non-respect de ces obligations et interdictions, la Commission pourra infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'entreprise, et des astreintes pouvant aller jusqu'à 5 % de son chiffre d'affaires journalier moyen. En cas d'infractions répétées, la Commission pourra également adopter des mesures correctives de nature comportementales ou structurelles.

Par ailleurs, les « contrôleurs d'accès » auront l'obligation de notifier ex ante toute opération de concentration, envisagée au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations, impliquant un autre fournisseur de services de plateforme de base ou de tout autre service fourni dans le secteur numérique, et ce, que l'opération soit ou non notifiable auprès d'une autorité de concurrence ou de la Commission.

Cette proposition s'inscrit dans la droite ligne des dernières déclarations de la Commissaire européenne à la Concurrence, Margrethe Vestager, du 11 septembre 2020 quant à la possibilité pour la Commission d'utiliser le mécanisme de renvoi de l'article 22 du règlement européen sur les concentrations visant à examiner les opérations pour lesquelles les seuils de notification au niveau européen et national ne sont pas franchis (voir newsletter n°1 - 10-2020).

AVOCATS



Marie de Drouas
Avocate associée

md@niddam-drouas.com



Elise Nachbaur
Avocate

en@niddam-drouas.com

NIDDAM-DROUAS

AVOCATS

57, avenue Franklin D.
Roosevelt,
75008 Paris

Tel. : +33.1.83.79.27.45

www.niddam-drouas.com

La proposition sera examinée, et très probablement modifiée, par le Parlement Européen et le Conseil de l'Union européenne dans les prochains mois. Il est fort à parier que l'adoption de ce règlement fera l'objet d'après débats et d'une intense activité de lobbying, conduisant ainsi à ce qu'il n'entre pas en vigueur avant 2022, voir 2023...

Réexamen du règlement européen d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux

Après avoir évalué si le règlement d'exemption par catégorie n°330/2010 (qui doit expirer le 31 mai 2022) et les lignes directrices sur les restrictions verticales étaient toujours des outils pertinents pour les entreprises, la Commission a décidé de modifier ces textes.

Elle a ainsi publié le 23 octobre 2020 une analyse d'impact initiale au sein de laquelle sont exposées les options politiques envisagées pour remédier aux problématiques identifiées pendant la phase d'évaluation.

Il y est notamment question des situations de double distribution, des restrictions de ventes actives, des mesures indirectes limitant les ventes en ligne, et des obligations de parité. En outre, la Commission envisage d'accepter de possibles gains d'efficacité résultant de prix de vente imposés ou encore de faire bénéficier d'une exemption les obligations de non-concurrence tacitement renouvelable lorsque l'acheteur a la possibilité de renégocier ou résilier périodiquement l'accord.

Le 18 décembre 2020, une consultation publique a été ouverte jusqu'au 26 mars 2021 pour que les parties intéressées puissent donner leur avis sur l'impact des options envisagées. La consultation prend la forme d'un questionnaire.

◆ ...ET AU NIVEAU NATIONAL

L'Autorité de la concurrence entend se doter de pouvoirs élargis

Le 17 novembre 2020, l'Autorité de la concurrence (« l'Autorité ») a rendu un avis n°20-A-11 du 17 relatif au niveau de concentration des marchés en Corse et son impact sur la concurrence locale, à la suite d'une demande d'avis du ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance.

L'analyse a été menée dans quatre secteurs en particulier : le transport maritime, la distribution de carburants, les grandes et moyennes surfaces alimentaires et la gestion des déchets.

Au-delà des recommandations formulées par l'Autorité visant à stimuler la dynamique concurrentielle de l'île, l'Autorité en a profité pour faire passer quelques messages à l'intention des pouvoirs publics.

Selon elle, il serait nécessaire que l'Autorité dispose de nouveaux outils juridiques pour faire face aux problèmes de concurrence identifiés sur des **territoires métropolitains souffrant de « déficit structurel de concurrence en raison de caractéristiques géographiques et économiques propres à ces territoires** (i.e. éloignement ou isolement ; infrastructures routières ou de transport limitées ; contraintes topographiques ou foncières) ». Ce déficit peut aboutir à une concentration excessive de certains marchés ou certains secteurs.

Pour y remédier, l'Autorité propose d'être dotée :

- du pouvoir de se saisir d'office d'opérations de concentration ne dépassant pas les seuils légaux de chiffre d'affaires mais suscitant des préoccupations de concurrence (par exemple, sur les marchés du numérique, de la biotechnologie et de la santé ou sur des marchés disposant de fortes barrières à l'entrée);
- du pouvoir d'imposer des mesures correctrices structurelles en l'absence de dominance (sur le modèle du « *nouvel outil de concurrence* » actuellement en discussion devant la Commission européenne) ;
- du pouvoir d'imposer des mesures correctrices structurelles en présence d'une dominance (sur le modèle de l'article L.752-27 du Code de commerce, applicable dans les territoires ultramarins), pour des territoires métropolitains présentant des caractéristiques géographiques et économiques particulières et dont le fonctionnement concurrentiel local serait affecté ;

En outre, l'Autorité suggère que le Gouvernement soit doté du pouvoir de prendre des mesures de régulation des marchés de gros et d'approvisionnement dans les quatre secteurs analysés au sein de l'avis, par décret et après avis public de l'Autorité (par exemple, encadrer les prix amont des « infrastructures essentielles », mutualiser des équipements ou, dans certains cas, imposer une séparation comptable, fonctionnelle ou une filialisation des activités d'approvisionnement et de stockage).

Enfin, s'agissant de territoires tels que la Corse où la concurrence par les prix est limitée du fait de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, l'Autorité suggère que le Gouvernement puisse actionner le dispositif de l'article L.410-2 du Code de commerce lui permettant de réglementer les prix, par décret en Conseil d'Etat après consultation de l'Autorité.

◆ **PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES**

Distribution : sévérité maintenue en matière de prix de revente imposés et confirmation de la possibilité d'interdire la revente de produits sur des plateformes en ligne tierces

Par une décision n°20-D-20 du 3 décembre 2020, l'Autorité a sanctionné la société Damman Frères à hauteur de 226 000 euros, pour avoir imposé à ses distributeurs pendant deux ans un prix minimum de revente en ligne de ses thés haut de gamme (grief n°1). L'Autorité maintient ainsi sa jurisprudence en matière de prix de vente imposés et l'applique en dehors de tout système de distribution sélective ou exclusive.

L'Autorité a en revanche écarté le grief relatif à l'interdiction de revente de produits Damman Frères sur des places de marchés tierces en ligne (grief n°2) et fait ainsi application pour la première fois de la jurisprudence *Coty* de la Cour de justice de l'Union européenne.

S'agissant du grief n°1, l'Autorité a relevé que :

- **Damman Frères diffusait à ses distributeurs, par le biais du catalogue annuel de la marque, des prix de revente « conseillés », sous l'appellation « prix généralement constatés ».**
- **les distributeurs étaient incités à respecter ces prix de revente** : d'une part, les conditions générales de vente disposaient que le client s'obligeait à « *faire en sorte que les ventes pratiquées à partir de son site revêtent à tout moment les caractéristiques d'une vente usuelle pratiquée dans un point de vente réel* », (afin que les prix soient les mêmes qu'en boutique) et à ne pratiquer « *aucune offre promotionnelle, ni remise tarifaire sans accord préalable* » ; d'autre part, Damman Frères avait posé, dans ses conditions générales et ses accords de distribution en ligne, comme condition à l'ouverture et à l'exploitation d'un site de vente en ligne le respect des prix conseillés.
- **Damman Frères assurait une surveillance des distributeurs**, grâce aux remontées d'informations de ses commerciaux et de son service client mais également de certains distributeurs.

- **des mesures de sanction étaient prises à l'égard des distributeurs récalcitrants** (menaces, remontrances par courriers, par téléphone ou lors de visites du fabricant, suppression ou modification des remises, retard ou suppression de livraisons, suppression des coordonnées de la liste de distributeurs présentée sur le site Internet de Dammann Frères ou encore rupture unilatérale des relations commerciales).
- **Les distributeurs avaient largement respecté les prix diffusés par Damman Frères.**

L'Autorité a considéré que ces éléments étaient constitutifs d'une entente sur les prix, ayant non seulement eu pour objet mais également pour effet de restreindre la concurrence intra-marque entre les sites de vente en ligne des produits Damman Frères. Cette entente s'analyse comme une restriction caractérisée non exemptable au titre du Règlement d'exemption par catégorie n°330/2010 de la Commission.

S'agissant du grief n°2, les conditions générales de vente (rappelées dans les catalogues annuels et accords de distribution en ligne) disposaient que : « *le client s'interdira de proposer, d'offrir à la vente, d'accepter des commandes ou de vendre en ligne, directement ou indirectement à partir du site internet d'un tiers non agréé par DAMMANN Frères* ». L'Autorité a jugé qu'une telle clause pouvait bénéficier d'une exemption au titre du Règlement d'exemption n°330/2010, dans la mesure où :

- les clients de plateformes tierces ne peuvent être identifiés ;
- il n'existe pas d'interdiction de vendre sur Internet et de se faire connaître par le biais de plateformes (publicité et utilisation de moteurs de recherches), qui serait constitutive d'une restriction de clientèle ;
- les parts de marché de Damman Frères et ses distributeurs sont inférieures à 30 %.

L'Autorité a ainsi appliqué la jurisprudence *Coty* en dehors de tout réseau de distribution sélective et en présence de produits hauts de gammes certes mais non de luxe.

◆ PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Licéité des échanges d'informations entre un EPIC, un syndicat et une entreprise dans le secteur des isolants thermiques

Dans une décision n°21-D-01 du 14 janvier 2021, l'Autorité a prononcé un non-lieu dans une affaire relative à des échanges d'informations entre un Etablissement Public Industriel et Commercial (EPIC) ayant pour mission principale de procéder à des recherches scientifiques dans le domaine de la construction et de l'habitat, le Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales et la société Saint-Gobain Isover, fabricant de produits isolants en laine minérale.

Le contexte était le suivant : en 1999, le Syndicat avait engagé une action devant la cour d'appel de Versailles à l'encontre de la société Actis, fabricant de produits isolants mince réfléchissants (« PMR »), lui reprochant d'avoir présenté dans sa documentation commerciale ses produits comme plus performants que les isolants en laine minérale.

Par ailleurs, Actis cherchait à remettre en cause les méthodes normalisées d'évaluation de la performance des isolants, ces méthodes conduisant à sous-évaluer les PMR. Actis a ainsi déposé en 2002 une demande d'agrément technique européen (« ATE ») pour un de ses produits PMR, afin d'attester de la qualité et de l'aptitude à l'usage de son produit grâce à cette méthode d'évaluation facultative.

La délivrance d'un ATE se fait dans le cadre de l'Organisation européenne de l'agrément technique (« OEAT ») qui élabore une position commune quant aux critères d'évaluation du produit (le « common understanding of assessment procedure », « CUAP »).

L'Autorité reprochait à l'EPIC, au Syndicat et à la société Saint-Gobain Isover :

- d'avoir entre mars 2002 et mars 2007 échangé des informations stratégiques et confidentielles relatives (i) à la demande d'ATE d'Actis (ii) à l'élaboration du CUAP et (iii) au contentieux opposant le FILMM et Actis (grief n°1) ;
- de s'être concertés dans le cadre d'une infraction unique, complexe et continue entre le 24 novembre 2001 et le 18 janvier 2003 afin d'entraver l'entrée et la commercialisation des PMR (grief n°2).

S'agissant du grief n°1, l'Autorité a considéré que les informations relatives au contentieux opposant Actis au Syndicat et à la demande d'ATE d'Actis ont été échangées entre des acteurs qui ne sont pas des concurrents sur le marché visé, si bien que ces échanges n'ont « pas été de nature à réduire l'indépendance de comportement » de ces acteurs. Quant aux échanges relatifs à l'élaboration d'un CUAP, l'Autorité a jugé qu'ils n'avaient pas porté sur des données commerciales sensibles telles que les prix ou les quantités vendues, propres à Actis ou à un autre fabricant.

L'Autorité a ainsi conclu que, même si ces informations n'étaient pas dépourvues d'intérêt pour les mis en cause, ces échanges n'ont pas eu un objet ou un effet anticoncurrentiel.

S'agissant du grief n°2, l'Autorité a considéré que les informations échangées au cours des diverses réunions n'avaient pas été évoquées dans le cadre d'un plan d'ensemble visant à entraver la commercialisation des PMR. Pour rappel, une infraction unique, complexe et continue réunit dans une seule infraction une pluralité de comportements successifs ou simultanés mis en œuvre pour atteindre un objectif commun anticoncurrentiel.

Plus particulièrement, l'Autorité a relevé que « la seule existence de prise de position et d'intérêts convergents » ne suffit pas pour caractériser une stratégie anticoncurrentielle commune. En outre, si l'ensemble des pratiques concernaient l'évaluation des performances des PMR, « elles n'en demeuraient pas moins très diverses, quant à leur nature, à l'identité des participants, à l'échelle et à la période à laquelle elles ont été menées ».

L'Autorité a ainsi conclu à l'absence d'infraction unique, complexe et continue, et n'a pas retenu de caractère anticoncurrentiel à chacune des pratiques prises isolément.