

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

◆ LE NOUVEAU COMMUNIQUÉ SANCTION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : UNE SÉVÉRITÉ ACCRUE EN MATIÈRE D'AMENDES

Après une consultation expresse menée en juin 2021 et à laquelle ont participé de nombreuses organisations, l'Autorité a publié le 30 juillet 2021 son nouveau communiqué de procédure relatif à la méthode de détermination des sanctions, qui abroge et remplace le communiqué du 16 mai 2011.

Justifiée par l'entrée en vigueur de la directive 2019/1 du 11 décembre 2018 (directive ECN+), la révision du communiqué sanction va pourtant bien au-delà des modifications apportées par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive ECN+. De nombreuses modifications conduisent en effet à un alignement du communiqué sanction sur les lignes directrices pour le calcul des amendes de la Commission de 2006 et viennent ainsi **plus que doubler les sanctions encourues** par les entreprises et encore davantage pour les associations d'entreprises.

Il sera exposé ci-après les principales modifications entraînant des conséquences significatives pour le calcul des amendes.

Modification du périmètre de la valeur des ventes

A l'instar des lignes directrices de la Commission, l'Autorité entend désormais retenir, au titre de valeur des ventes, l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation directe ou indirecte avec l'infraction, vendues par l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle-ci (point 22).

Selon la définition que donnera l'Autorité à cette notion de « relation indirecte », le montant de l'amende risque d'augmenter de manière significative.

Par ailleurs, l'Autorité pourra écarter toute référence à la valeur des ventes notamment en présence de marchés biface ou multiface : l'Autorité prendra en compte la valeur des ventes réalisées par l'entreprise sur les marchés amont, aval et connexe lorsqu'ils sont en lien direct avec l'infraction (point 26).

Élargissement des critères d'appréciation de la gravité de l'infraction

L'Autorité déterminera le montant de base de la sanction encourue en considération de la seule gravité des faits et non plus du dommage à l'économie (point 18).

Figurent désormais parmi les éléments à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction (point 28), (i) l'impact sur l'innovation et l'environnement, (ii) le fait que la pratique ait été mise en œuvre sur un marché innovant (iii) le fait que les personnes susceptibles d'être affectées soient des acheteurs captifs. Il se pose dès lors la question de savoir comment l'Autorité pondérera ces nouveaux critères.

Création d'un « droit d'entrée » au titre de la gravité de l'infraction

A l'instar des lignes directrices de la Commission, l'Autorité pourra ajouter au montant déterminé en fonction de la valeur des ventes, un montant additionnel compris entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes en cas d'abus de position dominante ou d'ententes horizontales telles que les accords de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production (point 31).

Modification des modalités de prise en compte de la durée de l'infraction

Dans le communiqué sanction de 2011, seule la première année comptait intégralement dans le calcul de la sanction et les années suivantes comptaient pour moitié. Désormais, à l'instar du communiqué sur les amendes de la Commission, le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes sera multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction (les périodes de moins d'une année seront prises en compte au *pro rata temporis* de la durée de participation), ce qui est de nature à doubler automatiquement les sanctions encourues (point 34).

Création de deux nouvelles circonstances atténuantes

Au titre de circonstances atténuantes susceptibles de réduire le montant de base de l'amende, l'Autorité pourra désormais prendre en considération (point 37) : (i) le fait que l'infraction a été autorisée et non plus seulement sollicitée ou encouragée par les autorités publiques, (ii) le fait que l'entreprise a mis en œuvre, en cours de procédure, des mesures de réparation bénéficiant spécifiquement aux victimes de la pratique, notamment le versement à ces dernières d'une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

Majoration de l'amende en cas de gains illicites au stade de l'individualisation de l'amende

L'amende pourra être majorée si l'auteur de l'infraction a réalisé grâce à l'infraction des gains illicites supérieurs au montant de l'amende estimé par l'Autorité (point 42).

Réitération en cas de condamnation par une autorité étrangère

Pour apprécier l'existence d'une réitération, l'Autorité pourra tenir compte d'une décision de sanction antérieure prononcée par une autorité étrangère. Ce point risque de soulever des difficultés si les autorités et juridictions d'autres Etats membres n'ont pas la même définition ou interprétation des éléments constitutifs de l'infraction anticoncurrentielle (point 44).

Régime de sanction beaucoup plus sévère pour les associations d'entreprise

L'Autorité est venue préciser la notion d'associations d'entreprises (note de bas page 1), introduit en droit français par la directive ECN+, et pour lesquelles il existe désormais des règles de sanction spécifiques.

Lorsque l'infraction d'une association d'entreprises porte sur les activités de ses membres, l'Autorité tient compte de la somme des ventes de biens et de services en relation directe ou indirecte avec l'infraction qui sont réalisées par les entreprises membres de l'association durant leur dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction (point 25).

S'agissant du montant maximum de la sanction encourue par une association d'entreprises, celui-ci est désormais de 10%, et non plus de 3% (points 50 à 52). Lorsque l'infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de la sanction est égal à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté.

Par ailleurs, s'agissant des difficultés financières dont pourrait se prévaloir une association d'entreprises (points 59 à 61), si l'association n'est pas solvable, l'Autorité peut lui enjoindre de lancer un appel à contributions auprès de ses membres pour couvrir le montant de la sanction pécuniaire. En l'absence de paiement intégral dans le délai fixé par l'Autorité, cette dernière peut exiger directement le paiement de l'amende par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de cette association au moment de l'infraction puis, en cas de non-paiement, à tout membre de l'association actif sur le marché au moment de l'infraction.

Un débat contradictoire intervenant plus en amont

Le débat sur les éléments constitutifs de la sanction est désormais mené au stade de la notification des griefs (et non plus au stade du rapport), au sein de laquelle figureront les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles d'influer, du point de vue des services d'instruction, sur la détermination de la sanction par le collège. L'entreprise pourra alors formuler des observations sur ces éléments (point 14). Lors de la séance, le collège pourra également autoriser l'entreprise à produire une note en délibéré à la suite du rapport oral des services d'instruction (point 16).

Si le nouveau communiqué sanction a pour effet d'augmenter très significativement le montant des sanctions encourues par les entreprises et les associations d'entreprises, il n'en demeure pas moins que l'Autorité converse toujours la possibilité de s'en écarter, dans des circonstances particulières et en motivant ce choix (point 6).

L'issue incertaine du renvoi de l'affaire Illumina/Grail à la Commission

Enième rebondissement dans le cadre de l'acquisition par la société américaine Illumina de la startup américaine Grail : la Commission a annoncé le 20 août 2021 avoir ouvert une enquête à l'encontre de ces sociétés pour *gun-jumping*.

Pour rappel, en septembre 2020, Illumina, groupe spécialisé dans le séquençage et l'étude des variations génétique, a annoncé son projet de rachat de Grail, société commercialisant des tests sanguins destinés à diagnostiquer les cancers en phase très précoce et qui ne génère aucun chiffre d'affaires, pour un montant de 8 milliards de dollars.

En février 2021, la Commission a invité les Etats membres à lui renvoyer le projet d'acquisition, ce à quoi l'Autorité a répondu favorablement en formulant une demande de renvoi le 9 mars 2021, en application de l'article 22 du règlement européen n°139/2004 sur les concentrations. Les Pays-Bas, la Belgique, la Grèce, l'Islande et la Norvège ont également communiqué à la Commission une demande de renvoi. Ces demandes correspondaient à la nouvelle approche de la Commission en matière de renvoi annoncée le 11 septembre 2020.

En effet, la Commission entend désormais examiner, sur renvoi des Etats membres, les opérations de concentration qui ne franchissent pas les seuils de notification nationaux et européens mais qui sont susceptibles de nuire à la concurrence. Sont ici visées les acquisitions d'entreprises à haute valeur mais ne générant que peu ou pas de chiffre d'affaires.

Les sociétés Grail et Illumina ont tenté de contester la demande de renvoi de l'Autorité en formant devant le Conseil d'État un référé-suspension. Par une ordonnance en date du 1^{er} avril 2021 (pourvoi n°450878), le juge des référés du Conseil d'État s'est toutefois déclaré incompetent et a rejeté leur requête.

Le 19 avril 2021, la Commission a accepté les demandes de renvoi formulées par la France, les Pays-Bas, la Belgique, la Grèce, l'Islande et la Norvège et s'est déclaré compétente pour examiner la concentration en vertu du règlement sur les concentrations.

Le 28 avril 2021, Illumina a formé un recours devant le Tribunal de l'Union européenne à l'encontre des six décisions d'acceptation de la Commission des demandes de renvoi (affaire T-227/21), contestant ainsi la compétence de la Commission.

Après une enquête préliminaire, la Commission a annoncé le 22 juillet 2021 ouvrir une enquête approfondie sur le projet d'acquisition, celle-ci craignant que l'acquisition envisagée ne réduise la concurrence et l'innovation sur le marché émergent du développement et de la commercialisation des tests de détection du cancer fondés sur des technologies de séquençage. Les parties n'ayant pas fourni les informations essentielles aux fins de l'appréciation de la Commission, cette dernière a suspendu, le 11 août, son enquête approfondie sur le projet d'acquisition. Les parties n'ont, selon la Commission, toujours pas fourni les informations demandées.

Le 18 août 2021, Illumina a annoncé avoir finalisé l'opération d'acquisition, alors que l'examen de l'opération envisagée par la Commission était toujours en cours.

Pour rappel, une opération en cours d'examen par la Commission ne peut pas être mise en œuvre avant que celle-ci l'ait autorisée (« *standstill obligation* »). En cas de violation de cette obligation, la Commission peut infliger une amende pouvant atteindre jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total des entreprises, conformément à l'article 14 du règlement sur les concentrations.

La Commission avait d'ailleurs précisé dans ses orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du règlement sur les concentrations, publiées le 26 mars 2021, que :

« L'obligation de suspension énoncée à l'article 7 du règlement sur les concentrations s'applique dans la mesure où la concentration n'a pas été réalisée à la date à laquelle la Commission informe les entreprises concernées qu'une demande de renvoi a été faite. L'obligation de suspension cesse si la Commission décide par la suite de ne pas examiner la concentration. » (traduction libre).

C'est pourquoi, la Commission a décidé le 20 août 2021 d'ouvrir une enquête afin de déterminer si les sociétés avaient violé leur obligation de suspension.

A voir donc si la Commission prononcera une amende à l'encontre de ces sociétés pour *gun-jumping*, précisant ainsi les modalités de mise en œuvre de sa nouvelle approche en matière de renvoi. A voir également quelle sera l'analyse du Tribunal de l'Union européenne relative aux décisions d'acceptation de la Commission des demandes de renvoi.

◆ **ABUS DE POSITION DOMINANTE**

Affaire Sanicorse : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel pour avoir désavoué la méthodologie de l'Autorité en matière de prix excessifs

Dans un arrêt du 7 juillet 2021 (pourvois n° 19-25.586 et 19-25.602), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par l'Autorité et le Ministre de l'Économie à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel ayant réformé pour l'essentiel la décision de l'Autorité dans l'affaire Sanicorse.

Pour rappel, dans une décision n°18-D-17 du 20 septembre 2018, l'Autorité avait sanctionné la société Sanicorse, en situation de monopole de fait sur le marché de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux (DASRI) en Corse depuis 1997, pour avoir augmenté de façon brutale, significative, durable et injustifiée ses tarifs à l'égard de ses clients, les établissements de soins.

L'Autorité avait ainsi jugé qu'une augmentation de tarifs pouvait être anticoncurrentielle (car synonyme de conditions de transactions non équitables) et constitutive d'un abus d'exclusion et d'exploitation.

L'Autorité avait alors marqué les esprits en remettant à l'ordre du jour l'abus d'exploitation. S'ajoutait ainsi à la liste des pratiques abusives prohibées les hausses de tarifs abusives auprès de clients captifs.

Dans une décision du 19 novembre 2019 (RG n°18/23992), la Cour d'appel de Paris a néanmoins réformé pour l'essentiel la décision de l'Autorité et jugé que :

- l'abus d'exclusion n'était pas caractérisé, l'augmentation des tarifs étant au contraire susceptible de « *persuader les établissements de soin corses et l'ARS de la nécessité de susciter une concurrence* » et non de les faire renoncer à des projets alternatifs d'élimination des déchets ;

- l'abus d'exploitation n'était pas caractérisé. La Cour d'appel a rappelé que deux conditions devaient être réunies pour que des conditions de transaction soient qualifiées d'abus d'exploitation : (i) la position dominante de l'entreprise lui a permis d'obtenir des avantages, (ii) ces avantages ne sont pas équitables.

S'agissant de cette 2^{ème} condition, la Cour d'appel a relevé qu'il n'appartenait pas à l'Autorité de déterminer quelle devait être la politique tarifaire d'une entreprise, celle-ci devant seulement établir si les conditions de transaction étaient objectivement non équitables. A cet égard, la Cour a considéré que l'appréciation du caractère équitable ou non d'une augmentation se confondait avec celle du caractère équitable ou non du prix en résultant. Or, l'Autorité n'a pas cherché à démontrer que les prix résultant des augmentations « *étaient sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie* ».

Dans son arrêt du 7 juillet 2021, la Cour de cassation a confirmé en tout point l'analyse retenue par la Cour d'appel et réaffirmé qu'à défaut de preuve que les prix pratiqués par Sanicorse étaient excessifs, les augmentations pratiquées sont présumées être équitables, la Cour d'appel n'ayant pas à effectuer cette recherche.