



Tactics

Octobre 2023 *News*

Concurrence

- *L'avocat général Rantos invite la CJUE à juger qu'un échange d'informations « autonome » peut être qualifié de restriction de concurrence par « objet » à condition de présenter un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence (Conclusions de l'AG Rantos, 5 octobre 2023, C-298/22, Etablissements bancaires / Autoridade da Concorrência)*

Le Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de la concurrence, de la régulation et de la supervision du Portugal) a saisi la CJUE de plusieurs questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, et les conditions sous lesquelles un échange d'informations entre entreprises concurrentes peut être qualifié de « restriction de la concurrence par objet ».

Sur la nécessité de disposer d'une « expérience solide et fiable » (au sens de la jurisprudence de la CJUE) afin qu'une pratique soit qualifiée de restriction par objet, l'AG préconise de répondre par la négative, en précisant que « si des pratiques pour lesquelles il n'existe pas de précédents, peuvent être considérées comme des restrictions par objet, cette qualification devrait se limiter aux cas où le caractère anticoncurrentiel d'un accord ou d'une pratique ressort de manière manifeste ou lorsque les pratiques en cause n'ont aucune explication crédible autre que la restriction de la concurrence sur le marché ».

Sur la différence entre les deux catégories de restriction de concurrence, l'AG considère que « l'analyse de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne devrait « basculer » vers une analyse des effets anticoncurrentiels [que] lorsqu'il est impossible de déterminer, malgré une analyse de l'ensemble des éléments intrinsèques et contextuels pertinents, que cet accord est apte à restreindre la concurrence ». Sur l'application de la notion de restriction de concurrence par objet à un échange d'informations « autonome », l'AG estime que

« [c]ompte tenu de l'impératif d'interpréter [cette notion] de manière restrictive, cette qualification ne peut être retenue que « pour les échanges d'informations pour lesquels il ressort de manière claire et sans ambiguïté que, au vu de leurs caractéristiques et sans qu'il soit nécessaire d'en examiner les effets, le critère de la réduction ou de la suppression de l'incertitude sur le marché est rempli, de sorte que ces échanges peuvent influencer directement sur la stratégie commerciale des concurrents ». Il précise alors que « la circonstance que cet échange soit « autonome », en ce sens qu'il n'est pas associé à la constatation d'une entente, n'est pas de nature à remettre en cause la constatation d'une restriction de la concurrence par objet, à condition [de présenter] un degré suffisant de nocivité ».

- *Adoption par le Parlement du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 qui introduit un legal privilege à la française applicable aux enquêtes de concurrence Adoption par le Parlement du projet de loi d'orientation et de programmation. (Texte de la commission mixte paritaire, article 19, II)*

Suite à l'accord parvenu en commission mixte paritaire, la version définitive du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 a confirmé l'introduction d'un *legal privilege* « à la française » pour les juristes d'entreprises. Le *legal privilege* est applicable aux enquêtes en droit de la concurrence. L'amendement n°1512 du 10 juillet 2023 avait introduit la confidentialité des consultations juridiques rédigées par (i) un juriste d'entreprise, ou un membre de son équipe placé sous son autorité, lequel est titulaire d'un master en droit ou d'un diplôme équivalent français ou étranger et (ii) justifie du suivi de formation initiale et continue en déontologie. La mention « *confidentiel — consultation juridique — juriste d'entreprise* » doit être apposée sur la consultation, permettant une identification et une traçabilité particulières dans les dossiers de l'entreprise et, le cas échéant, dans les dossiers de l'entreprise membre du groupe qui est destinataire desdites consultations. Grâce au *legal privilege*, les consultations juridiques ne pourront faire l'objet d'une saisie ou d'une obligation de remise à un tiers, y compris à une autorité administrative française ou étrangère dans le cadre d'une procédure ou d'un litige en matière civile, commerciale ou administrative sans que cette confidentialité ne soit pour autant opposable dans le cadre d'une procédure pénale ou fiscale. Par ailleurs, la procédure de levée de la confidentialité devant le juge des libertés et de la détention, susceptible de recours, a également été maintenue. Toutefois, aucune disposition n'a été ajoutée concernant l'application du texte aux



enquêtes de droit de la concurrence. En définitive, l'adoption finale du texte devra attendre que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité de la loi à la constitution en raison de la saisine des Sages de la rue de Montpensier par plus de soixante députés.

- *Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'amende infligée dans le cartel de l'éthylène et rejette la demande reconventionnelle de la Commission visant au retrait de la réduction octroyée au titre de la coopération dans le cadre d'une transaction (TUE, 18 octobre 2023, T-590/20, Clariant AG / Commission)*

Sur la majoration de l'amende infligée au titre de la récidive (paragraphe 28 des lignes directrices pour le calcul des amendes), le Tribunal, après avoir rappelé que « la notion de « récidive » n'implique pas nécessairement le constat d'une sanction pécuniaire préalable, mais seulement celui d'une infraction préalable au droit de l'Union de la concurrence », juge que « le fait que les requérantes ne se sont pas vu infliger d'amende dans la décision relative à l'entente AMCA, n'est pas susceptible de remettre en cause [l'application d'une majoration au titre de la récidive] ». Il estime également que la Commission n'était pas tenue, au titre de l'obligation de motivation, de justifier le choix d'un taux de majoration de 50% dès lors qu'il se situe dans la fourchette explicitement prévue par le paragraphe 28 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées.

Sur l'ajustement du montant de base de l'amende (paragraphe 27 des lignes directrices pour le calcul des amendes), le Tribunal constate que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle a « tenu compte des particularités de l'affaire, à savoir du fait que l'entente en cause était une entente en matière d'achats et que la valeur des achats, prise en compte en lieu et place de la valeur des ventes, n'était pas en soi susceptible de constituer une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction [ainsi que] de la nécessité d'atteindre un montant dissuasif de l'amende en constatant que, si la méthode générale était appliquée sans le moindre ajustement, l'effet dissuasif ne serait pas assuré ». Sur la demande reconventionnelle, le Tribunal la rejette après avoir relevé que l'argumentation de la Commission « repose sur la prémisse erronée selon laquelle les requérantes contestent, par le présent recours, des éléments qu'elles auraient reconnus dans leur proposition de transaction ou qu'elles auraient acceptés lors de ladite procédure » et que « le fait d'avoir accepté un montant maximal de l'amende dans [a] proposition de transaction ne saurait être assimilé à une acceptation de son montant exact final, des modalités de son calcul et

du raisonnement sur lequel la Commission s'est fondée pour déterminer ce montant final ».

- *Le Tribunal de l'Union européenne rejette le recours en annulation contre la décision de la Commission sanctionnant des accords « pay-for-delay » mis en place par des sociétés pharmaceutiques (TUE, 18 octobre 2023, T-74/21, Teva Pharmaceutical – Cephalon Inc / Commission)*

Le Tribunal a confirmé l'amende de 60,5 millions d'euros imposée par la Commission européenne à Teva et Cephalon en novembre 2020 pour avoir violé l'article 101 paragraphe 1 du TFUE en s'accordant, par le biais d'un montage contractuel complexe, pour retarder l'entrée sur le marché d'une version générique du modafinil médicament phare de Cephalon traitant les troubles du sommeil. Premièrement, le Tribunal valide la qualification de l'accord de règlement en tant que restriction par « objet » retenue par la Commission dans sa décision. Le Tribunal précise qu'« un tel accord, qui détermine le comportement futur de concurrents potentiels sur le marché, a pour objet de restreindre la concurrence, et ce indépendamment de la question de savoir si Cephalon aurait ou non pu, en vertu du droit des brevets, obtenir la même exclusion par une décision juridictionnelle ».

Deuxièmement, le Tribunal retient que « l'affirmation des requérantes selon laquelle la Commission n'aurait pas identifié, dans la décision attaquée, d'effets de l'accord de règlement qui auraient été négatifs pour la concurrence sur les marchés du modafinil doit être écartée [car] comme l'a fait valoir à juste titre la Commission, l'élimination d'une source importante de concurrence potentielle, du fait de l'accord de règlement, et le retard de l'entrée sur le marché qui en résulte peuvent, en soi, donner lieu à des effets négatifs sur les paramètres de la concurrence, en particulier sur les prix ». Ainsi, dès lors que les clauses restrictives ont mis fin à l'entrée de Teva sur les marchés du modafinil, la Cour note qu'« [...] il n'était pas possible, pour la Commission, d'observer des effets réels de l'accord de règlement sur la concurrence sur les marchés du modafinil en comparant la situation de concurrence potentielle qui existait sur lesdits marchés avant la conclusion de cet accord avec celle d'absence de concurrence potentielle qui prévalait sur ce même marché après ladite conclusion ». Troisièmement, la Cour considère que c'est à juste titre que la Commission a retenu que les conditions cumulatives d'exemption posées par l'article 101, paragraphe 3 du TFUE n'étaient pas remplies en l'espèce.



- [Consortiums de transport maritime: La Commission décide de ne pas proroger l'exemption par catégorie \(Communiqué de presse du 10 octobre 2023\)](#)

En 2009, la Commission avait adopté le [règlement n°906/2009](#) d'exemption par catégorie des accords entre compagnies maritimes de lignes (consortiums) dont elle a prolongé la validité en 2014 puis en 2020. A l'issue d'un processus d'examen initié en août 2022, la Commission a annoncé le 10 octobre 2023 sa décision de ne pas proroger ce règlement qui expirera par conséquent le 25 avril 2024 dans la mesure où les données recueillies auprès des parties prenantes ont mis en évidence l'efficacité et l'efficience limitée de ce règlement au cours de la période 2020-2023, et en particulier, la nécessité d'un « *renforcement de la surveillance du secteur plutôt [qu'une] simplification administrative* ». La Commission considère que « *[c]ela tend à démontrer que l'équilibre entre les besoins d'une surveillance efficace et d'une simplification administrative conformément à l'article 103 du TFUE, et qui sous-tendait l'adoption du règlement d'exemption par catégorie, s'est déplacé* ». Désormais, les transporteurs évalueront la compatibilité de leurs accords de coopération sur la base des règlements d'exemption par catégorie applicables aux accords horizontaux et aux accords de spécialisation. Afin de mieux comprendre ces enjeux, la Commission a également publié un [Q&A](#).

- [Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'amende infligée dans le cartel de l'éthylène et rejette la demande reconventionnelle de la Commission visant au retrait de la réduction octroyée au titre de la coopération dans le cadre d'une transaction \(TUE, 18 octobre 2023, T-590/20, Clariant AG / Commission\)](#)

[Sur la majoration de l'amende infligée au titre de la récidive \(paragraphe 28 des lignes directrices pour le calcul des amendes\)](#), le Tribunal, après avoir rappelé que « *la notion de « récidive » n'implique pas nécessairement le constat d'une sanction pécuniaire préalable, mais seulement celui d'une infraction préalable au droit de l'Union de la concurrence* », juge que « *le fait que les requérantes ne se sont pas vu infliger d'amende dans la décision relative à l'entente AMCA, n'est pas susceptible de remettre en cause [l'application d'une majoration au titre de la récidive]* ». Il estime également que la Commission n'était pas tenue, au titre de l'obligation de motivation, de justifier le choix d'un taux de majoration de 50% dès lors qu'il se situe dans la fourchette explicitement prévue par le paragraphe 28 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées.

[Sur l'ajustement du montant de base de l'amende \(paragraphe 27 des lignes directrices pour le calcul des amendes\)](#), le Tribunal constate que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle a « *tenu compte des particularités de l'affaire, à savoir du fait que l'entente en cause était une entente en matière d'achats et que la valeur des achats, prise en compte en lieu et place de la valeur des ventes, n'était pas en soi susceptible de constituer une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction [ainsi que] de la nécessité d'atteindre un montant dissuasif de l'amende en constatant que, si la méthode générale était appliquée sans le moindre ajustement, l'effet dissuasif ne serait pas assuré* ». [Sur la demande reconventionnelle](#), le Tribunal la rejette après avoir relevé que l'argumentation de la Commission « *repose sur la prémisse erronée selon laquelle les requérantes contestent, par le présent recours, des éléments qu'elles auraient reconnus dans leur proposition de transaction ou qu'elles auraient acceptés lors de ladite procédure* » et que « *le fait d'avoir accepté un montant maximal de l'amende dans [a] proposition de transaction ne saurait être assimilé à une acceptation de son montant exact final, des modalités de son calcul et du raisonnement sur lequel la Commission s'est fondée pour déterminer ce montant final* ».

- [Revirement jurisprudentiel : les juridictions non spécialisées saisies de demandes portant sur des sujets relatifs aux pratiques restrictives de concurrence devront se déclarer incompétentes et non plus déclarer l'action irrecevable \(Cass.com., 18 octobre 2023, n° 21-15.378\)](#)

Par un arrêt du 18 octobre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence avec des conséquences importantes en matière de contentieux lié aux pratiques restrictives de la concurrence. La Cour de cassation a, d'une part, constaté que les articles D. 442-3 et D. 442-4 du code de commerce, devenus depuis, respectivement, les articles D. 442-2 et D. 442-3 de ce code, [font référence à la compétence des juridictions](#) qui peuvent connaître de l'application des dispositions du I et du II de l'article L. 442-6 du même code devenues l'article L. 442-1, [et non à leur pouvoir juridictionnel](#). Selon la Cour, ce constat aboutit néanmoins « *à des solutions confuses et génératrices, pour les parties, d'une insécurité juridique quant à la détermination de la juridiction ou de la cour d'appel pouvant connaître de leurs actions, de leurs prétentions ou de leur recours* » et « *[il] donne lieu, en outre, à des solutions procédurales rigoureuses pour les plaideurs qui, à la suite d'une erreur dans le choix de la juridiction saisie, peuvent se heurter à ce que certaines de leurs demandes ne puissent être examinées, en raison soit de l'intervention de la prescription soit de l'expiration du délai de recours* », ce qui ne



saurait répondre aux objectifs de bonne administration de la justice. Au vu de ces circonstances, la Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et a, en même temps, modifié sa jurisprudence en ce qu'il doit être jugé que la règle découlant de l'application combinée des articles cités *supra*, « institue une règle de compétence d'attribution exclusive et non une fin de non-recevoir », et ce ayant pour conséquence que lorsqu'un défendeur à une action fondée sur le droit commun présente une demande reconventionnelle en invoquant les dispositions de l'article L. 442-6, devenu L. 442-1 du code de commerce, la juridiction saisie doit, si son incompétence est soulevée, « soit se déclarer incompétente au profit de la juridiction désignée par ce texte et surseoir à statuer dans l'attente que cette juridiction spécialisée ait statué sur la demande, soit renvoyer l'affaire pour le tout devant cette juridiction spécialisée », sans que la demande ne soit plus étanchée d'une fin non-recevoir.

- *Illustra - Grail: Après l'avoir interdite, la Commission européenne ordonne à Illustra de dénouer son opération d'acquisition de GRAIL (Communiqué de presse du 12 octobre 2023)*

Par une décision du 6 septembre 2022, la Commission européenne a interdit l'acquisition de GRAIL par Illustra dès lors que l'opération aurait « freiné l'innovation et réduit le choix sur le marché émergent des tests sanguins de détection précoce du cancer ». Pour mémoire, il s'agit de la première opération de concentration en dessous des seuils de notification à être examinée par la Commission sur le fondement de l'article 22 du règlement concentration de 2004. Le 12 juillet 2023 la Commission a infligé des amendes à hauteur de 432 millions d'euros à Illustra et de 1 000 euros à GRAIL pour avoir réalisé leur projet de concentration avant qu'il ne soit autorisé par la Commission. Par un communiqué du 12 octobre 2023, la Commission a annoncé l'adoption des mesures imposant à Illustra de céder GRAIL et de rétablir la situation qui prévalait avant la finalisation de l'opération. Partant, la Commission a ordonné, d'une part, (i) des mesures de cession imposant à Illustra de se séparer de GRAIL, de restaurer l'indépendance de cette dernière et d'assurer qu'elle soit aussi viable et compétitive qu'avant l'opération, et, d'autre côté, (ii) des mesures provisoires qui garantiront qu'Illustra et GRAIL restent séparées et qu'Illustra préservera la viabilité de GRAIL. Enfin, la Commission a indiqué qu'elle sera en possibilité d'infliger des astreintes pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires total journalier moyen en cas de non-respect des mesures de cession, ainsi que des amendes pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires

annuel mondial pour le cas des mesures provisoires.

- *La Commission sanctionne pour la première fois une entente dans le secteur pharmaceutique (Communiqué de presse du 19 octobre 2023)*

La Commission a infligé une amende de 13,4 millions d'euros à Alkaloids of Australia, Alkaloids Corporation, Boehringer, Linnea et Transo-Pharm, pour s'être coordonnées et entendues sur le prix de vente minimal du SNBB appliqué aux clients, pour s'être réparties les quotas, et pour s'être échangées des informations commercialement sensibles. Le SNBB (ou le n-butylbromure de scopolamine/hyoscine) est un principe pharmaceutique actif important pour la production du médicament antispasmodique contre les maux de ventre. L'ensemble de ces pratiques ont été qualifiées d'infraction unique et continue qui s'est étendue du 1er novembre 2005 au 17 septembre 2019. Les entreprises concernées ont reconnu leur participation à l'entente et ont accepté de régler l'affaire par transaction, à l'exception de la société C2 PHARMA qui ne s'est pas vue infliger d'amende puisqu'elle a révélé l'entente à la Commission dans le cadre du programme de clémence.

- *Pour la deuxième fois, l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour défaut de priorité (ADLC, 4 octobre 2023, n° 23-D-10)*

Depuis l'ordonnance de transposition de la directive ECN+, l'Autorité peut, en application du deuxième alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce, rejeter des saisines fondées sur les alinéas II et du IV de l'article L. 462-5, lorsqu'elle ne les considère pas comme une « priorité ». Par une décision du 4 octobre 2023, l'ADLC a décidé de faire usage de cette faculté pour la deuxième fois à l'occasion de la saisine réalisée par Mediapro Sport France. Dans sa saisine, Mediapro faisait valoir que le Groupe Canal Plus (GCP) détenait une position dominante sur le marché de la télévision payante et qu'elle aurait abusé de cette position en mettant en œuvre des pratiques visant à évincer Mediapro du marché de l'édition de chaînes sportives payantes. L'Autorité a estimé que la mobilisation par l'Autorité de ressources internes non négligeables pour l'examen de la plainte de Mediapro n'était pas justifiée dans la mesure où (i) un contentieux avait été introduit par Mediapro devant le tribunal de commerce visant les mêmes pratiques alléguées d'abus de position dominante, (ii) la chaîne Téléfoot ayant définitivement cessé d'émettre le 7 février 2021 et le tribunal de commerce de Bobigny ayant prononcé le 20 octobre 2021 la liquidation judiciaire de Mediapro Sport France SARL, les griefs d'abus de position



dominante formulés par Mediapro à l'encontre de GCP n'obéissent plus pour l'essentiel qu'à une logique indemnitare et (iii) la saisine concerne des pratiques dont l'impact sur le consommateur ou sur le fonctionnement concurrentiel du marché apparaît relatif.

- *L'Autorité de la concurrence rend public son avis sur le projet de décret relatif à diverses prestations réalisées dans le cadre du registre des sûretés mobilières (Communiqué de presse du 11 octobre 2023 / ADLC, 27 juillet 2023, avis n° 23-A-13)*

Saisie par le Ministre de l'Economie, l'Autorité s'est prononcée sur le projet de décret relatif à diverses prestations réalisées dans le cadre du registre des sûretés mobilières (RSM) et modifiant certaines dispositions du code de commerce, notamment concernant (i) les tarifs des prestations rendues par les greffiers des tribunaux de commerce et (ii) le tableau de prestations rendues par ces greffiers (annexe 4-7 à l'article R. 444-3 du code de commerce) après la création d'un registre unique des sûretés mobilières entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Sur ce, l'ADLC soulève qu'il ressort de son analyse que le projet de décret contribue largement à mieux comprendre les prestations fournies par les greffiers des tribunaux de commerce, particulièrement celles relatives aux privilèges et sûretés, et ce sans que les modifications de la structure tarifaire envisagées ne remette pas en cause la rentabilité globale de la profession, tenant compte des hausses de chiffre d'affaires résultant des nouvelles compétences acquises par les greffiers des tribunaux de commerce grâce à la création du registre unique des sûretés mobilières. L'ADLC a noté que trois de ces quatre recommandations au projet de décret étaient finalement suivies par le gouvernement, lesquelles visaient à en clarifier certaines dispositions.

- *Publication par l'Autorité de la concurrence d'un avis au gouvernement relatif au projet d'encadrement réglementaire du montant des commissions perçues par les émetteurs de titres-restaurant sur les commerçants agréés par la Commission Nationale des Titres-Restaurant (Communiqué de presse du 17 octobre 2023 / ADLC, 12 octobre 2023, avis n° 23-A-16)*

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par le ministre de l'économie sur la pertinence d'un encadrement réglementaire du montant des commissions perçues par les émetteurs de titres-restaurant sur les commerçants agréés par la Commission Nationale des Titres-Restaurant (« CNTR ») ainsi que sur la question de la généralisation de la dématérialisation des titres-

restaurant. Dans son avis, l'Autorité rappelle que le marché des titres-restaurant est un marché biface, à savoir (i) face émission, les émetteurs émettent et commercialisent leurs titres auprès des entreprises pour le compte de leurs salariés, et (ii) face acceptation, chaque émetteur acquiert ses titres-restaurant auprès des commerçants agréés par la CNTR en vue de leur remboursement, il ne peut acquérir les titres émis par des émetteurs tiers. Par ailleurs, l'Autorité a constaté une progression de l'émission de titres dématérialisés, dépassant les titres-papier. A l'issue de l'instruction de cet avis, l'Autorité relève l'existence de défaillances de marché « *au premier rang desquelles l'existence de barrières à l'entrée, à l'expansion et à l'innovation, et surtout l'existence d'un pouvoir de marché* ». En conséquence, l'Autorité émet cinq recommandations à savoir (i) ne pas instaurer de plafonnement tarifaire, (ii) instaurer une régulation adaptée du secteur, notamment par la mise en place d'un agrément de l'activité d'émetteur de titres-restaurant et d'une publicité exhaustive des entreprises ainsi agréées, (iii) supprimer le droit exclusif de chaque émetteur sur l'acceptation des titres qu'il émet, (iv) rendre obligatoire la dématérialisation des titres-restaurant et (v) rendre les tarifs des émetteurs plus transparents et plus lisibles pour les commerçants agréés.

- *L'Autorité de la concurrence publie pour la première fois un communiqué de presse relatif au déroulement d'auditions inopinées dans des entreprises du secteur de la grande consommation alimentaire et non alimentaire (Communiqué de presse du 18 octobre 2023)*

Si l'Autorité de la concurrence communique régulièrement sur la réalisation d'opérations de visites et saisies, elle a, pour la première fois, indiqué dans un communiqué de presse qu'elle avait procédé à des auditions inopinées. En l'espèce, ces auditions ont été menées auprès d'entreprises suspectées d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la production et de la commercialisation de produits de grande consommation alimentaires et non alimentaires. L'Autorité a souligné que ce communiqué de presse a été publié « [p]our la bonne information des entreprises non visées dans le cadre des auditions simultanées qui ont été menées, et pour assurer ainsi l'égalité d'accès au programme de clémence pour ces entreprises ». Pour rappel, les agents de l'Autorité peuvent procéder à des auditions inopinées sur place dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête « simple » prévus par les articles L450-1 et L450-3 du Code de commerce.



- *L'Autorité de la concurrence met à disposition des lanceurs d'alerte un dispositif spécifique de recueil et de traitement des signalements (Communiqué de presse du 19 octobre 2023)*

Par effet de la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, qui a transposé la directive européenne du 23 octobre 2019, et du décret n°2022-1284 du 3 octobre 2022 relatif aux procédures de recueil et de traitement des signalements émis par les lanceurs d'alerte, l'Autorité de la concurrence a été désignée comme autorité compétente pour recevoir des alertes portant sur des pratiques anticoncurrentielles et des aides d'Etat. Dans le cadre de ses compétences, l'ADLC a mis à disposition des lanceurs d'alerte un nouveau dispositif qui leur permettra de l'informer directement lorsqu'ils sont témoins d'une pratique anticoncurrentielle sans devoir passer par un signalement interne à leur entreprise. Ainsi, ce nouvel outil de détection vient s'ajouter au programme de clémence qui permet à une entreprise de révéler sa participation à une entente anticoncurrentielle en échange d'une immunité ou d'une réduction d'amende. L'Autorité rappelle, en outre, que les signalements des lanceurs d'alerte doivent concerner une violation des règles relatives à l'interdiction (i) des ententes (y compris dans le cadre de marchés publics), (ii) des abus de position dominante, et (iii) des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur, et que les lanceurs d'alerte peuvent alerter l'Autorité par voie électronique, par téléphone ou par voie postale.

- *La DGCCRF a sanctionné plusieurs ententes dans le cadre de son pouvoir d'injonction et de transaction pour le règlement des pratiques anticoncurrentielles locales qui lui est reconnu par l'article L. 464-9 du Code de commerce (Micro-PAC)*

La DGCCRF a infligé des amendes transactionnelles à hauteur de :

- 52 000 euros à des fournisseurs et distributeurs actifs sur le marché de la distribution des produits dermocosmétiques haut de gamme pour s'être concertés aux fins de fixer un prix minimum de revente aux consommateurs et d'interdire la revente des produits hors du territoire français, notamment les ventes en ligne. (Communiqué de presse du 25 septembre 2023).
- 79 800 euros à un fabricant d'e-liquide pour avoir fixé un prix minimum de revente aux consommateurs, en communiquant largement ses prix « conseillés » sur son site Internet et aux distributeurs, dont il exigeait le respect en faisant appliquer des

mesures coercitives, telles que des menaces de rupture des relations commerciales ou des rappels à l'ordre aux distributeurs qui ne respectaient pas les prix conseillés (Communiqué de presse du 28 septembre 2023).

- 23 500 euros à deux agences immobilières pour s'être concertées dans le cadre d'un appel d'offre « privé ». La première agence, qui était titulaire d'un contrat de syndic de copropriété venant à échéance, s'était concertée avec l'autre agence, qui a déposé une offre de couverture, afin de conserver le marché (Communiqué de presse du 9 octobre 2023).
- 23 700 euros à trois sociétés et un maître d'œuvre actifs dans le secteur des travaux de plomberie en région Provence-Alpes-Côte d'Azur pour avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles au moyen d'échanges d'informations et de devis « de couverture », étant précisé que le maître d'œuvre a également participé aux pratiques en sollicitant des entreprises qu'elles remettent des devis truqués (Communiqué de presse du 11 octobre 2023).
- 16 700 euros à une association de taxis de la métropole de Dijon, qui s'est également engagée à modifier ses pratiques, pour avoir défini des conditions d'adhésion arbitraires et restrictives consistant en (i) des droits d'entrée différenciés sans justifications économiques, interdisant en pratique l'accès de certains candidats à l'association, et (ii) l'obligation pour les candidats de s'engager à exploiter personnellement leur licence pendant 12 mois, restreignant ainsi l'adhésion à l'association et au marché. (Communiqué de presse du 13 octobre 2023).



Consommation

- *Second droit de rétractation si le consommateur n'a pas été averti du caractère onéreux de la prestation à l'issue de l'essai gratuit (CJUE, 5 octobre 2023, n°C-565/22, Verein für Konsumenteninformation/Sofatutor).*

Une entreprise exploite des plates-formes d'apprentissage sur internet destinées à des élèves. La prestation est gratuite pendant 30 jours. En l'absence de résiliation ou de rétractation par le consommateur pendant cette période, elle se transforme en prestation payante pendant une durée déterminée reconductible. Cependant, cette décision ne contient pas d'informations indiquant qu'une telle transformation ou reconduction du



contrat concerné aurait pour conséquence une modification d'autres conditions du contrat.

La Cour soutient que le droit du consommateur de se rétracter d'un contrat à distance, dans le cas d'une souscription à un abonnement comportant une période initiale gratuite et étant, en l'absence de résiliation, reconduit automatiquement, est, en principe, garanti une seule fois. Néanmoins, si, lors de la souscription à l'abonnement, le consommateur n'a pas été informé de manière claire, compréhensible et explicite que, après la période initiale gratuite, cet abonnement deviendra payant, il devra disposer d'un nouveau droit de rétractation.

- *La commission des affaires juridiques et de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen approuvent la proposition de directive du 28 septembre 2022 sur la responsabilité du fait des produits défectueux ([Communiqué de presse du Parlement européen du 9 octobre 2023](#))*

Alors que la directive européenne 85/374/CEE du 25 juillet 1985 avait permis le rapprochement des législations en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la commission des affaires juridiques et la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen ont approuvé leur position sur la mise à jour de ces règles.

Le projet de loi du 28 septembre 2022 vise à garantir que, même lorsqu'un produit défectueux a été acheté en dehors de l'UE, il existe une entreprise établie dans l'UE qui peut être tenue responsable des dommages causés.

- *La commission du marché intérieur du Parlement européen approuve la proposition de directive du 22 mars 2023 sur le droit à la réparation. ([Communiqué de presse du Parlement européen du 25 octobre 2023](#))*

La commission du marché intérieur du Parlement européen a adopté sa position sur de nouvelles mesures visant à renforcer le droit à la réparation et à promouvoir une consommation durable. La proposition vise à encourager les réparations pendant et au-delà de la période de garantie légale. Les producteurs seraient tenus de réparer les produits même s'ils ne sont pas couverts par la garantie. Un projet de mandat sera mis aux voix lors de la session plénière du 20 au 23 novembre. Une fois que le Conseil aura adopté sa position, les négociations sur le texte final pourront commencer.

- *Entrée en vigueur du décret relatif à l'indication de l'origine des viandes dans les établissements de restauration proposant seulement des repas à emporter ou à livrer ([Décret n°2023-492 du 21 juin 2023 \(JORF n°0144 du 23 juin 2023\)](#))*

Pour répondre aux attentes des consommateurs en matière d'information sur l'origine de leur alimentation, le décret étend l'obligation d'indication de l'origine ou de la provenance des viandes aux établissements ne proposant que des repas à emporter ou à livrer alors qu'elle incombait jusqu'alors aux seuls établissements proposant des repas sur place. Les dispositions dudit décret sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2023.

- *La commission de l'environnement du Parlement européen adopte une proposition de règlement établissant des exigences pour l'ensemble du cycle de vie des emballages, des matières premières à l'élimination finale ([Communiqué de presse du 24 octobre 2023](#))*

La commission de l'environnement adopte la proposition de règlement visant à instaurer de nouvelles règles pour réduire, réutiliser et recycler les emballages. Le projet prévoit notamment d'interdire la vente de sacs en plastique très léger, à moins qu'ils ne soient nécessaires pour des raisons d'hygiène ou fournis comme emballages primaires des aliments en vrac, afin de prévenir le gaspillage alimentaire. L'assemblée plénière devrait voter sur son mandat de négociation lors de la deuxième session plénière de novembre 2023.

Distribution

- *Avis du 4 octobre 2023 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la légalité de la pratique consistant à appliquer une hausse significative du prix après le renouvellement tacite d'un contrat d'achat de licence ([Avis n°23-9 de la Commission d'examen des pratiques commerciales](#))*

Une entreprise conclut un contrat d'achat de licence avec un intégrateur portant sur un logiciel fourni par un éditeur. Les conditions générales de vente de l'intégrateur prévoient qu'en cas de renouvellement tacite, faute de dénonciation de la part du client, il y a lieu de faire application, pour le nouveau contrat, du tarif public de l'éditeur en vigueur à la date d'échéance du précédent contrat. Toutefois, le prix n'était pas connu de l'entreprise au moment où la tacite reconduction du contrat a opéré en son principe : les « prix publics » de l'éditeur de logiciel ne sont pas publiés sur le site



internet, lequel indique seulement que ces tarifs sont disponibles auprès du service commercial. Comme alternative, l'intégrateur a communiqué sa nouvelle offre au client accompagnée des nouveaux tarifs de l'éditeur plus d'un mois après que la reconduction tacite eut jouée. L'entreprise expose qu'une interruption des services de la solution informatique aurait entraîné l'arrêt de son activité et qu'il a donc été contraint d'accepter les nouveaux tarifs.

La commission considère que le fait de dissocier le moment de la décision de reconduction tacite de la connaissance du tarif applicable, en imposant au client de s'engager à nouveau sans connaître le prix qu'il aura à acquitter au titre de la licence, lequel ne sera connu que deux mois plus tard, pourrait caractériser une soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et donc une pratique restrictive de concurrence au sens de l'article L442-1 du Code de commerce.

- *Relations fournisseur-distributeur: le Sénat adopte le 27 octobre 2023 le projet de loi destiné à avancer à titre exceptionnel le cycle annuel des négociations commerciales*

Afin de faire bénéficier les consommateurs au plus tôt de la baisse des prix de gros annoncée par l'INSEE pour 2024, le projet de loi prévoit d'avancer à titre exceptionnel le cycle annuel des négociations commerciales. Les députés ont modifié le texte en première lecture. Le Sénat y a apporté quelques modifications au titre desquelles un amendement du calendrier. Pour les fournisseurs dont le chiffre d'affaires est supérieur ou égal à 350 millions d'euros, les conventions uniques doivent être conclues au plus tard le 31 janvier 2024 et prendre effet au plus tard le 1^{er} février 2024. Pour ceux dont le chiffre d'affaires est inférieur à 350 millions d'euros lesdites conventions doivent être conclues au plus tard le 15 janvier 2024 et prendre effet au plus tard le 16 janvier 2024. Le texte sera examiné courant novembre par la commission mixte paritaire du parlement.

Alerte DMA

- *La Commission a publié un modèle de rapport de conformité que les six « gatekeepers » qu'elle avait désignés le 6 septembre dernier devront soumettre avant le 7 mars 2024.*

Alerte DSA

- *La qualification d'Amazon de « très grande plateforme » au sens du Digital Services Act est suspendue temporairement par ordonnance du président du Tribunal de l'Union européenne (Ordonnance du Président du Tribunal, 27 septembre 2023, T-367/23 R, Amazon Services Europe Sàrl/Commission)*

Le Tribunal de l'Union européenne a donné raison dans une ordonnance du 27 septembre 2023 à Amazon et a suspendu temporairement sa qualification de « très grande plateforme en ligne » au sein du DSA. L'entreprise américaine estimait que l'obligation de tenir et de publier un registre publicitaire engendrait un préjudice irréversible à cause des « informations confidentielles » contenues. Amazon demandait la suspension de la décision de la Commission européenne du 25 avril 2023 qui désignait Amazon Store comme une très grande plateforme en ligne aux côtés de 18 autres entreprises. Amazon soulevait deux problématiques. L'une des deux n'ayant pas convaincu le juge européen. La première concerne l'article 38 du DSA qui oblige les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne ou de très grands moteurs de recherche en ligne à proposer au moins une option de leurs systèmes de recommandation qui ne repose pas sur le profilage. Elle faisait valoir que cette obligation entraînerait « un préjudice important et une perte irréversible de sa part de marché ». Le Tribunal de l'Union européenne n'a pas retenu cet argument au motif suivant « force est de constater que le préjudice allégué (...) est incertain » car l'article 38 n'interdit pas le recours aux systèmes de recommandation mais « impose simplement (...) de prévoir un opt-out à leur égard. Il appartient donc au consommateur de décider s'il souhaite en faire usage ». Amazon contestait également l'application de l'article 39 du DSA qui oblige les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche à tenir et mettre à disposition du public « un registre » publicitaire « pour toute la période pendant laquelle ils présentent une publicité et jusqu'à un an après [sa] dernière présentation ». Il doit contenir le contenu de la publicité (nom du produit, service, objet), la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est présentée, la période au cours de laquelle la publicité a été présentée et le fait que la publicité était ou non destinée à être présentée spécifiquement à un ou plusieurs groupes particuliers. Cette disposition l'obligerait à divulguer des « informations confidentielles » qui causeraient « un préjudice grave et irréparable à ses activités publicitaires et, par extension, à l'ensemble de ses activités », selon Amazon. Le



tribunal confirme cette analyse et retient qu'Amazon « ne peut pas attendre l'issue du litige principal sans subir un préjudice grave ».

- *Le DSA en action : La Commission européenne adresse une demande d'informations à « X » (anciennement Twitter) au titre des dispositions du règlement sur les services numériques (Communiqué de presse du 12 octobre 2023)*

À la suite de sa désignation en tant que très grande plateforme en ligne (décision de la Commission européenne du 25 avril 2023), la société X (anciennement Twitter) est tenue, depuis fin août 2023, de se conformer à l'ensemble des dispositions introduites par le DSA. C'est à ce titre que la Commission européenne a adressé à la société X une demande d'informations, dans le cadre d'une enquête portant sur le respect par cette dernière du DSA, notamment « au regard de ses politiques et des mesures prises concernant les notifications de contenus illicites, le traitement des réclamations, l'évaluation des risques et les mesures visant à atténuer les risques recensés ». La société X devra donc fournir à la Commission, au plus tard le 18 octobre 2023, les informations relatives à l'activation et au fonctionnement du protocole de crise de la plateforme et, au plus tard le 31 octobre 2023, les autres informations demandées par la Commission.

