



# BULLETIN CONCURRENCE VII

JANVIER • FÉVRIER • MARS 2023

McDermott  
Will & Emery

## TABLE DES MATIÈRES

3	ÉDITO
4	CONTENTIEUX
9	CONCENTRATIONS
11	INVESTIGATIONS
12	DIVERS

### EN SAVOIR PLUS

Pour toute information, vous pouvez contacter votre avocat habituel chez McDermott, ou :

### FRÉDÉRIC PRADELLES ASSOCIÉ

[fpradelles@mwe.com](mailto:fpradelles@mwe.com)

+33 1 81 69 99 43

Pour plus d'informations sur McDermott Will & Emery, vous pouvez visiter le site [mwe.com](http://mwe.com).



## ÉDITO

Nous sommes heureux aujourd'hui de partager avec vous le septième *Bulletin Concurrence* qui couvre l'actualité relative au droit de la concurrence français au cours de la période allant de janvier à mars 2023.

Nous vous en souhaitons une belle lecture, en espérant que vous pourrez y trouver des éléments utiles et des pistes de réflexion pour les problématiques auxquelles vos entreprises sont confrontées.

Le sujet, qui sera choisi en fonction de l'actualité, n'est pas encore arrêté, mais nous vous donnons rendez-vous à la fin du printemps pour un nouveau *Café Concurrence*, en nos locaux pour ceux qui le souhaitent et par visioconférence pour les autres.

L'Équipe Concurrence de McDermott Will & Emery – Paris.



## 1. CONTENTIEUX

### SECTEUR PHARMACEUTIQUE : ANNULATION DE L'AMENDE RECORD POUR NOVARTIS ET ROCHE

---

La Cour d'appel de Paris (chambre 5-7), dans un arrêt du 16 février 2023, a annulé dans son intégralité la décision n°20-D-11 du 9 septembre 2020 par laquelle l'Autorité de la concurrence (« Autorité ») avait condamné Novartis et Roche (et sa filiale Genentech) à des amendes d'un montant total de 444 millions d'euros.

Pour rappel, l'Autorité avait condamné Novartis et Roche (plus Genentech qui est devenue sa filiale) pour des pratiques d'abus de position dominante collective sur le marché français du traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (« DMLA »). L'Autorité avait estimé que les trois laboratoires se sont entendus pour préserver les ventes du médicament Lucentis au détriment d'Avastin, la spécialité concurrente 30 fois moins chère.

Novartis, à qui il était reproché d'avoir diffusé un discours dénigrant sur l'utilisation d'Avastin « hors AMM » en ophtalmologie (grief n°1), avait récolté la plus forte sanction (385 millions d'euros). Novartis, Roche et Genentech ont également été sanctionnés pour avoir diffusé des propos alarmants sur les risques liés à l'utilisation d'Avastin pour le traitement de la DMLA auprès des autorités publiques (grief n°2).

Pour caractériser la position dominante collective sur le marché français du traitement de la DMLA, l'Autorité avait, d'une part, considéré que les trois laboratoires formaient une « entité collective » compte tenu de leur liens capitalistiques (Roche était l'actionnaire majoritaire puis unique de Genentech et Novartis possède une participation minoritaire non-contrôlante dans Roche) et structurels (découlant des accords de licence qui prévoyaient la remontée d'informations et des comités communs de gestion de l'Avastin et du Lucentis). D'autre part, l'Autorité avait considéré que cette entité collective était en situation quasi-monopolistique sur le marché pertinent.

Accueillant le recours formé par les laboratoires, la Cour d'appel de Paris a écarté de manière notable l'existence d'un comportement d'éviction.

En premier lieu, la Cour d'appel de Paris a affirmé que si l'Avastin et le Lucentis doivent être considérés comme des médicaments concrètement substituables, à l'hôpital sur le marché français du traitement de la DMLA, la substituabilité juridique n'existe qu'entre mars 2008 et le 30 décembre 2011, date de l'entrée en vigueur de la loi Bertrand. En effet, cette loi a interdit la prescription hors AMM d'un médicament dès lors qu'il existe une alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une AMM. En conséquence, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'à partir de 2012, l'Avastin devait être considéré comme hors marché pour le traitement de la DMLA de sorte qu'aucun comportement d'éviction ne pouvait être reproché sur une période où l'Avastin et le Lucentis ne pouvaient se faire valablement concurrence. Dès lors, la Cour a examiné les pratiques au cours de la période qui s'étend de mars 2008 au 30 décembre 2011 sur le marché français du traitement de la DMLA à l'hôpital.

Par ailleurs, les juges ont considéré que la communication du groupe Novartis ne constituait pas une pratique dénigrante. En effet, la Cour a rappelé les critères posés par la jurisprudence de la Cour de cassation (Com., 9 janvier 2019, pourvoi n°17-18.350) selon laquelle la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit ne constitue pas un dénigrement dès lors que (i) l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général, (ii) repose sur une base factuelle suffisante et (iii) sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure.

Au cas d'espèce, la Cour a affirmé que la généralisation de l'utilisation d'un médicament hors AMM en présence d'un médicament disposant d'une AMM pose une question relevant d'un débat d'intérêt général de santé publique. De plus, les nombreuses publications scientifiques disponibles ont rendu crédibles les allégations et le ton mesuré et prudent de Novartis a été confirmé en ce qu'il tendait à des constats purement objectifs.

Enfin, la Cour d'appel a jugé que les propos tenus par Roche, Novartis et Genentech ne contenaient aucune erreur factuelle et n'outrepassaient pas les limites de la liberté d'expression, de sorte qu'ils ne pouvaient être qualifiés d'alarmants et trompeurs.

En conséquence, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'aucune des pratiques reprochées n'était établie et a annulé les amendes infligées par l'Autorité.

## **SANCTION DE PRATIQUES D'IMPORTATIONS EXCLUSIVES EN OUTRE-MER**

Dans une décision du 8 mars 2023, l'Autorité a sanctionné plusieurs sociétés du groupe Arvitis et deux grossistes-importateurs, la société Sodis Chrismay (Guyane) et la société Sodipa (Guadeloupe), à hauteur de 283 000 euros, pour avoir maintenu après l'entrée en vigueur de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer (dite « loi Lurel ») des droits exclusifs d'importation sur les champagnes Canard-Duchêne.

Alors que la loi Lurel interdit, depuis le 22 mars 2013, les accords d'importation exclusive non justifiés dans les collectivités d'Outre-mer, les entreprises sanctionnées ont maintenu jusqu'au 31 décembre 2013 des contrats contenant des clauses de distribution exclusive. De plus, ces accords d'exclusivité ont perduré hors cadre contractuel jusqu'au 31 décembre 2016.

Ces pratiques ont donc obligé des détaillants à s'approvisionner auprès de Sodipa et de Sodis Chrismay, au détriment de potentiels grossistes-importateurs concurrents.

Il s'agit de la 10<sup>ème</sup> décision de sanction que rend l'Autorité concernant des pratiques d'importations exclusives en Outre-mer (cf. tableau n°1 sur les précédentes décisions rendues par l'Autorité).

Tableau n°1

AFFAIRE	SECTEUR	AMENDE
Décision n°23-D-02	Champagne	283 000 euros
Décision n°21-D-23	Produits de grande consommation	5 000 euros
Décision n°20-D-16	Produits de grande consommation	642 800 euros
Décision n°19-D-20	Parfumerie et cosmétiques	176 000 euros
Décision n°19-D-11	Biologie médicale	225 000 euros
Décision n°18-D-21	Produits de grande consommation	250 000 euros
Décision n°18-D-03	Pièges à termites	75 000 euros
Décision n°17-D-14	Desserts	100 000 euros
Décision n°16-D-15	Produits de grande consommation	615 000 euros
Décision n°15-D-14	Produits de grande consommation	Engagements

## **ÉPILOGUE DE LA SAGA SONY : DÉCISION DU CONSEIL DES SAGES**

Par une décision du 10 février 2023, le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité de l'article L. 464-2, I, al. 1<sup>er</sup> du code de commerce et a affirmé que la décision de l'Autorité de refuser les engagements proposés fait grief aux entreprises et doit donc être regardée comme une décision pouvant faire l'objet d'un recours.

Pour rappel, dans le cadre de la saga judiciaire impliquant Sony Interactive Entertainment Europe et Sony Interactive Entertainment France, la Cour de cassation avait renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») transmise par les deux sociétés, à l'occasion d'un pourvoi introduit contre l'arrêt rendu le 21 avril 2022 par la Cour d'appel de Paris

déclarant irrecevable le recours des sociétés Sony contre la décision de l'Autorité n°20-S-01 en date du 23 octobre 2020 qui refusait les engagements proposés par celles-ci.

En premier lieu, les sociétés Sony faisaient valoir que les dispositions de l'article L. 464-2, I, al. 1<sup>er</sup> du code de commerce méconnaissaient les principes d'indépendance et d'impartialité en ce qu'elles ne prévoient pas, en cas d'échec de la procédure d'engagements et d'ouverture d'une procédure de sanction, l'impossibilité pour les membres de l'Autorité en charge de la première procédure de se prononcer sur les sanctions applicables aux pratiques. Le Conseil constitutionnel a toutefois écarté ce grief, considérant que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire l'Autorité à préjuger la réalité et la qualification des faits examinés dans le cadre de la procédure d'engagements. Dès lors, la circonstance que l'Autorité puisse avoir à connaître ces mêmes faits dans le cadre d'une procédure de sanction ultérieure ne porte pas atteinte au principe d'impartialité.

---

*« Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que la procédure d'engagements n'a pas pour objet de prouver ou d'écarter la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais uniquement de vérifier que les propositions d'engagements présentées par l'entreprise permettent de mettre fin aux préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité de la concurrence. »*

---

En second lieu, les sociétés requérantes avaient soutenu que l'absence de recours contre une décision de l'Autorité de refuser les engagements proposés par une entreprise méconnaîtrait le droit à un recours juridictionnel effectif. A ce titre, les Sages ont considéré que la décision de refus est bien une décision au fond et que, parce qu'elle fait grief, elle est de celles qui sont visées par l'article L. 464-8 du code de commerce comme susceptibles d'un recours immédiat en annulation ou en réformation.

*Pour davantage d'informations sur les précédents moments de l'affaire Sony, nous vous invitons à consulter les [Bulletins Concurrence IV](#), [V](#) et [VI](#), disponibles sur [mwe.com](http://mwe.com).*

## **ACTIONS EN FOLLOW-ON : APPLICATION DANS LE TEMPS DE LA DIRECTIVE « DOMMAGES »**

---

A la faveur d'un jugement rendu le 23 janvier 2023, la 15<sup>ème</sup> Chambre du Tribunal de commerce de Paris a considéré que l'action en réparation de son dommage subi pour des pratiques anticoncurrentielles engagée par Carrefour à l'encontre de l'Oréal est prescrite dès lors que la cause interruptive de prescription prévue au II de l'article L. 462-7 du code de commerce ne s'applique qu'à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la directive n°214/104/UE du 26 novembre 2014 (dite « Dommages »).

A la suite de la décision n°14-D-19 du 18 décembre 2014, par laquelle l'Autorité avait condamné l'Oréal dans le cadre d'une entente sur les produits d'hygiène, Carrefour a engagé une action indemnitaire par une assignation en date du 20 juillet 2021. Le point de départ de la prescription étant fixé au 18 décembre 2014, celle-ci devait être acquise au 18 décembre 2019, à défaut d'interruption du délai de prescription.

En l'espèce, Carrefour soutenait que le délai de prescription avait été automatiquement interrompu en vertu de l'article 10 de la Directive Dommages transposée par l'article L. 462-7 du code de commerce jusqu'à la date à laquelle la décision de la juridiction de recours ne pourrait plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire. Selon Carrefour, la prescription a été automatiquement interrompue au 27 décembre 2016, date d'expiration du délai de transposition de la Directive.

Cependant, le Tribunal de commerce de Paris a considéré que l'article 10 de la Directive Dommages s'appliquait uniquement à des faits postérieurs à son entrée en vigueur. Ainsi, la seule entrée en vigueur de l'article L 462-7 du code de commerce issu de la Loi Hamon, dans sa version applicable du 19 mars 2014 au 11 mars 2017, date de transposition de la

Directive Dommages, était insuffisante à interrompre le délai de prescription au titre d'une décision de l'Autorité d'ores et déjà rendue.

Par conséquent, l'action de Carrefour a été jugée prescrite par le Tribunal de commerce de Paris.

Cet arrêt écarte ainsi, une nouvelle fois, l'application de la Directive Dommages pour des faits générateurs antérieurs à sa transposition

*Pour davantage d'information sur une affaire similaire, nous vous invitons à consulter le [Bulletin Concurrence VI](#), disponible sur [mwe.com](#).*

## **NOUVELLE NOTIFICATION PUBLIQUE DES GRIEFS**

Le 21 mars 2023, l'Autorité a annoncé avoir notifié des griefs à trois entreprises dans le secteur du transport aérien régional intra-caribéen. Les entités mises en cause sont accusées de s'être entendues sur une hausse des tarifs, une baisse d'offre et sa répartition, ainsi que d'avoir mis en place un pacte de non-agression afin de pérenniser les acquis de l'entente.

Cet acte d'instruction ouvre la procédure contradictoire bien qu'il ne préjuge pas de la culpabilité des entreprises mises en cause, sur laquelle statuera le Collège de l'Autorité.

La communication de cette notification des griefs est une possibilité issue de l'ordonnance du 26 mai 2021, à la suite de la transposition en droit français de la directive ECN+, et consacrée à l'article L. 463-6 du code de commerce.

L'Autorité avait déjà mis en œuvre, pour la première fois, une notification publique des griefs le 12 octobre 2021.

*Pour davantage d'information sur cette affaire, nous vous invitons à consulter le [Bulletin Concurrence II](#), disponible sur [mwe.com](#).*

## **ORDRES PROFESSIONNELS : COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ**

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté dans son intégralité le pourvoi formé par l'Ordre des architectes contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 15 octobre 2020, qui confirmait, pour l'essentiel, la décision de l'Autorité n°19-D-19 du 30 septembre 2019.

Pour rappel, l'Autorité avait infligé une amende de 1,5 millions d'euros à l'Ordre des architectes pour avoir mis en œuvre des pratiques constitutives d'ententes sur les prix dans le secteur des marchés publics de la maîtrise d'œuvre pour la construction d'ouvrages publics en France, avec six sociétés d'architectes et quatre architectes.

Devant la Cour de cassation, l'Ordre des architectes a contesté, d'une part, le champ de compétence de l'Autorité à connaître de pratiques mises en œuvre par un organisme en charge d'un service public et, d'autre part, l'entité à laquelle les pratiques en cause pouvaient être imputées.

En premier lieu, l'Ordre des architectes estimait que le juge administratif était seul compétent pour se prononcer sur la conformité au droit de la concurrence d'actes ou de pratiques résultant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, y compris lorsqu'elles ont été mises en œuvre de manière manifestement inappropriée et sont donc détachables de la mission de service public.

S'écartant légèrement du raisonnement de la Cour d'appel, la Cour de cassation a distingué d'abord deux hypothèses :

- i. soit les pratiques relèvent de la mission de service public et/ou ont été mises en œuvre au moyen de prérogatives de puissance publique, auquel cas le juge administratif est exclusivement compétent ;
- ii. soit les pratiques ne relèvent pas de la mission de service public ni des prérogatives de puissance publique, auquel cas l'Autorité est compétente.

Au cas d'espèce, la Haute juridiction a considéré que les pratiques en cause ne relevaient pas de la mission de service public confiée à l'Ordre des architectes ni des prérogatives de puissance publique qui lui étaient conférées pour cette mission. En effet, il n'était pas dans la mission de service public conférée à l'Ordre d'instaurer une police des prix. La Cour de cassation a ainsi confirmé la décision de la Cour d'appel qui a déduit que l'Autorité était compétente pour les poursuivre et les sanctionner.

Cependant, les juges ont jugé erronée l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'Autorité serait compétente pour connaître des pratiques relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique lorsqu'elles ont été mises en œuvre de manière manifestement inappropriée.

S'agissant en second lieu de l'imputabilité à un ordre professionnel des pratiques commises par ses organes constitutifs, l'Ordre des architectes reprochait à la Cour d'appel d'avoir décidé que l'Autorité pouvait imputer à lui seul les pratiques et exclure ainsi la responsabilité de leurs auteurs (le Conseil National de l'Ordre des architectes et les Conseils Régionaux de l'Ordre des architectes).

Sur ce second moyen, la Cour de cassation a toutefois estimé que c'était à bon droit que la Cour d'appel avait déduit que l'Ordre des architectes était la seule entité dotée de la personnalité morale et que l'Autorité disposait d'une marge d'appréciation quant à l'entité qu'elle souhaite poursuivre.

## AVANTAGE SANS CONTREPARTIE : PRÉCISIONS SUR LE PÉRIMÈTRE D'APPLICATION

Par un arrêt du 11 janvier 2023, la Cour de cassation s'est prononcée sur la notion d'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné.

La Haute juridiction a considéré que l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce (désormais art. L. 442-2, I, 1° C. com.), dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 24 avril 2019, qui interdit le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage sans

contrepartie ou manifestement disproportionné, s'appliquait quelle que soit la nature de l'avantage.

En l'espèce, le contentieux opposait la société OC résidences, donneur d'ordre, à la société 3J Charpentes, agissant en qualité de sous-traitant. Le sous-traitant, ainsi que le ministre chargé de l'Economie, reprochaient notamment au constructeur de déduire des factures des sous-traitants une remise systématique de 2% au titre du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi et de s'octroyer un escompte de 3% pour des factures réglées en retard.

La Cour d'appel de Paris a rejeté la demande du ministre selon laquelle ces pratiques allaient à l'encontre de l'article L. 442-6, I, 1° alors applicable.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a confirmé une partie de l'arrêt de la Cour d'appel selon lequel les relations de sous-traitance, et notamment les relations entre un constructeur de maison individuelle et l'un de ses sous-traitants, entraient dans le champ d'application de l'article L. 442-6 ancien du code de commerce.

Cependant, les juges ont cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 novembre 2020 en ce qu'il avait jugé que les dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du code de commerce ne s'appliquaient pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial.

---

*« En statuant ainsi, alors que l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage, la cour d'appel a violé le texte de l'article précité. »*

---

Par conséquent, pour qualifier l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport au service rendu, il n'est

pas nécessaire qu'un déséquilibre significatif soit caractérisé, ce n'est que pour l'application du 2° du I de l'article 442-6 que la loi exigeait l'existence d'un tel déséquilibre.

La substance de l'article L. 442-1, I du code de commerce, issu de l'ordonnance du 24 avril 2019, reste la même de sorte que l'on peut en déduire que la solution du présent arrêt pouvait être transposée au texte actuellement en vigueur.

## COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ : PAS DE RÉVISION POSSIBLE DES INJONCTIONS

Dans une décision du 15 février 2023 n°23-D-01, l'Autorité a déclaré irrecevable la demande de révision d'injonctions prononcées à l'encontre de la société Interflora, considérant qu'elle n'a pas compétence pour réviser une précédente décision de sanction.

En l'occurrence, des injonctions avaient été prononcées à l'encontre d'Interflora par une décision du ministre de l'Economie du 6 février 1986 (enjoignant à l'enseigne de cesser d'imposer à ses membres une adhésion exclusive à son réseau) et par une décision du Conseil de la concurrence du 6 février 2001 (visant à mettre fin à un système accordant un bonus aux fleuristes qui adhéraient au seul réseau Interflora).

Le 1<sup>er</sup> décembre 2020, l'enseigne avait saisi l'Autorité afin de demander la levée de ces injonctions, estimant notamment que le développement du commerce en ligne a fait évoluer le marché pertinent sur lequel elle opère, entraînant dès lors la disparition de sa position dominante.

Cependant, au terme de la présente décision, l'Autorité s'est déclarée incompétente pour accorder ou refuser une révision d'injonctions prononcées dans une décision devenue définitive. L'Autorité a également rappelé qu'il ne lui appartient pas de délivrer une décision d'exemption négative, seule une saisine contentieuse étant de nature à conduire à une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard du droit de la concurrence.

## DOUBLE DESSAISISSEMENT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS

Les 19 et 26 janvier 2023, la Cour d'appel de Paris a rendu deux arrêts similaires aux termes desquels elle a constaté des désistements emportant extinction de l'instance ainsi que son dessaisissement.

Le premier arrêt en date du 19 janvier 2023 concerne l'affaire qui a conduit l'Autorité, par une décision du 12 juillet 2021, à sanctionner à hauteur de 500 millions d'euros Google pour le non-respect de plusieurs injonctions prononcées en mesures conservatoires à propos de la rémunération des droits voisins des éditeurs et agences de presse, contre laquelle Google a introduit un recours. Cet arrêt met ainsi un terme à l'affaire des droits voisins, première décision d'une autorité de concurrence européenne sur ce thème à la suite de la transposition de la directive européenne n°2019/790 du 17 avril 2019.

Le second arrêt en date du 26 janvier 2023 est relatif à l'affaire des isolants thermiques qui a conduit l'Autorité à prononcer un non-lieu par une décision n°21-D-01 du 14 janvier 2021, contre lequel la société ACTIS S.A. a formé un recours.

Les désistements des sociétés Google et Actis ont emporté l'extinction de l'instance et le dessaisissement de la Cour d'appel des recours formés par les saisissantes.

*Pour davantage d'informations sur l'affaire des droits voisins, nous vous invitons à consulter [les Bulletins Concurrence I et II](#), disponibles sur [mwe.com](#).*

## 2. CONCENTRATIONS

### OUVERTURE D'UNE PHASE II POUR L'ENTREPRISE COMMUNE ADP / SELECT SERVICE PARTNER

Le 9 janvier 2023, l'Autorité a annoncé que ses services entraient dans une phase d'examen approfondi (Phase II) de l'opération visant à constituer une entreprise commune entre les groupes Aéroport de Paris et Select Service Partner, dont

l'objet est d'exploiter à terme la quasi-totalité des points de vente de restauration situés dans les aéroports de Paris-Roissy Charles de Gaulle et Paris-Orly.

L'Autorité considère en effet qu'il existe un doute sérieux d'atteinte à la concurrence et que celui-ci n'est pas éliminé par les arguments avancés par les parties.

Il s'agit pour l'Autorité de sa 5<sup>ème</sup> Phase II depuis la fin 2021 (cf. tableau n°2).

Tableau n°2

OPÉRATION	DATE	ISSUE
Acquéreur : <b>Mobilux</b> Cible : <b>Conforama</b>	09/21	Autorisation (avril 2022)
Acquéreur : <b>Bouygues</b> Cible : <b>Métropole Télévision</b>	03/22	Retrait (septembre 2022)
<b>Euralis / Maïsadour</b> (entreprise commune)	12/22	Examen en cours
<b>ADP / Select Service Partner</b> (entreprise commune)	01/23	Examen en cours

## **GIFI : UNE PRISE DE CONTRÔLE EXCLUSIF SOUS CONDITIONS DE LA SOCIÉTÉ LE CHAMOIS**

Le 21 mars 2023, l'Autorité a rendu une décision concernant la prise de contrôle exclusif de la société Le Chamois, par le groupe Gifi. Si l'opération a été autorisée à l'issue d'un examen préliminaire (Phase I), celle-ci s'est assortie de conditions.

L'acquisition concerne le marché de la distribution de produits de bazar et décoration, sur lequel est actif le groupe Gifi. En l'occurrence, la société Le Chamois n'opère pas sur le même marché, celle-ci exploite des magasins spécialisés dans la distribution d'articles de bricolage, sous l'enseigne Bricolex. Toutefois, à l'issue de l'opération, le groupe Gifi transformera les points de vente Bricolex en points de vente Gifi dans lesquels seront vendus des produits de bazar et de décoration.

Par conséquent, les deux parties seront simultanément actives en tant qu'acheteurs, sur le marché amont de l'approvisionnement en produits de bazar et décoration, et en tant que vendeurs, sur le marché aval de la distribution de produits de bazar et décoration.

Identifiant un risque d'atteinte à la concurrence en raison de parts de marché élevées de la nouvelle entité et de l'absence d'une offre alternative suffisante à l'issue de l'opération dans cinq zones parisiennes, l'Autorité a sollicité des engagements.

Le groupe Gifi a donc proposé des engagements structurels, qui consistent à céder les cinq magasins Bricolex situés dans ces zones problématiques, supprimant ainsi tout chevauchement d'activité entre les parties.

## **ARTICLE 22 : INCOMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF POUR CONNAÎTRE D'UN RECOURS CONTRE UNE DÉCISION DE RENVOI DE L'AUTORITÉ**

Le Conseil d'Etat a, par un arrêt rendu le 10 février 2023, affirmé que le juge administratif n'était pas compétent pour connaître d'un recours contre la décision de l'Autorité de renvoyer à la Commission européenne une opération de concentration conformément à l'article 22 du règlement n°139/2004.

Pour rappel, depuis septembre 2020, la Commission européenne a adopté une nouvelle approche au regard dudit article 22 et accepte désormais d'examiner, sur renvoi d'un ou plusieurs Etats membres, des concentrations qui se situent sous les seuils nationaux de notification.

Cette affaire fait ainsi suite à la décision du 9 mars 2021 de l'Autorité d'adresser à la Commission européenne une demande de renvoi concernant l'opération d'acquisition de la société Grail par la société Illumina.

Or le Conseil d'Etat a rejeté les requêtes des deux sociétés estimant que la demande adressée par l'Autorité à la Commission européenne n'était pas détachable de la procédure d'examen de cette

opération, menée par la Commission sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Il est à préciser que, dans le cas d'espèce, l'Autorité avait répondu à une requête formée par la Commission européenne invitant les Etats membres à lui transmettre une demande d'examen de ladite opération, renforçant ainsi le caractère européen de la procédure.

---

*« Dès lors, quels que soient les effets d'une telle demande pour les entreprises concernées, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître d'une contestation dirigée contre cette demande d'examen. Par suite, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître des conclusions tendant à l'annulation d'une telle demande et les requêtes de la société Illumina et de la société Grail doivent être rejetées, y compris leurs conclusions présentées au titre de l'article L. 7611 du code de justice administrative. »*

---

### **3. INVESTIGATIONS**

#### **VISITES ET SAISIES DEVANT L'AUTORITÉ & « PERSONNES DE PASSAGE »**

---

Aux termes d'un arrêt rendu le 21 février 2023, la Chambre criminelle de la Cour de cassation vient confirmer la position prise par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans deux arrêts du 16 décembre 2022.

Pour rappel, dans ces arrêts, la Cour de cassation avait considéré que les saisies opérées par les enquêteurs de l'Autorité des Marchés Financiers (« AMF ») pouvaient porter sur les documents, ordinateurs et téléphones de personnes de passage dans un lieu déterminé faisant l'objet d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention (« JLD »), sous certaines conditions : les éléments saisis doivent être en lien avec l'objet de l'enquête et

se trouver dans le lieu désigné par le JLD ou être accessibles depuis ceux-ci.

*(Pour davantage d'informations sur cette affaire, nous vous invitons à consulter le [Bulletin Concurrence VI](#), disponible sur [mwe.com](#)).*

Dans le cas d'espèce, l'Autorité s'était saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans les domaines de l'ingénierie, du conseil en technologies et des services informatiques. Dans ce cadre, le JLD avait autorisé les enquêteurs de l'Autorité à procéder à des opérations de visite et de saisie qui se sont déroulées le 8 novembre 2018.

L'entreprise visitée a toutefois formé un recours contre le déroulement des opérations, rejeté par le premier président de la Cour d'appel de Versailles, puis s'est pourvue en cassation.

La société contestait la saisine de pièces appartenant à des personnes et sociétés non visées par l'autorisation du JLD et n'ayant pas de locaux à cette adresse, une autre filiale du groupe et un consultant extérieur mais présent dans les locaux le jour des perquisitions.

Approuvant la position du premier président de la Cour d'appel déboutant les sociétés, la Cour de cassation a considéré que la solution dégagée par l'Assemblée plénière dans les arrêts du 16 décembre 2022 doit être appliquée aux opérations de visite et saisie en matière de droit de la concurrence, fondées sur l'article L. 450-4 du code de commerce.

---

*« En l'état de ces énonciations, d'où il résulte que les documents et supports saisis se trouvaient dans les lieux que le juge a désignés ou étaient accessibles depuis ceux-ci et dès lors qu'il n'est pas allégué qu'ils étaient sans lien avec l'objet de l'enquête, le premier président a justifié sa décision. »*

---

Par conséquent, les enquêteurs de l'Autorité peuvent saisir des données qui n'appartiennent pas ou ne sont pas à la disposition de l'occupant des lieux visités, à condition qu'elles soient en lien avec l'objet de l'enquête et se trouvent dans les lieux désignés par l'ordonnance du JLD ou accessibles depuis ceux-ci.

Ainsi, la jurisprudence rendue en matière de visites menées par l'AMF s'applique également aux enquêtes de l'Autorité, qui sont concernées par cette extension de pouvoirs.

## **LA PRÉSOMPTION DE PRATIQUES SUFFIT POUR AUTORISER DES OVS**

---

Le 15 février 2023, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 9 février 2020 considérant que pour autoriser une opération de visite et de saisie, seules des présomptions de la pratique suspectée sont exigées et non des preuves de celle-ci.

Dans le cas d'espèce, la Cour d'appel de Paris avait annulé l'autorisation de visite et saisie du JLD au motif qu'elle ne démontrait pas en quoi l'une des sociétés du groupe LVMH, soupçonnée de fraude fiscale, n'avait pas en Belgique les moyens nécessaires pour assurer la mission qui lui était confiée par le groupe.

A la suite du pourvoi formé par l'administration fiscale, la Cour de cassation a censuré le juge du fond dès lors qu'une autorisation de visite peut être fondée uniquement sur des indices permettant d'établir des soupçons de manquements.

Bien que cette affaire concerne une pratique fiscale, l'analyse de la Cour de cassation est transposable en droit de la concurrence. En effet, la Cour de cassation a déjà censuré les juges du fond qui avaient annulé l'autorisation de visite et de saisie, exigeant que l'administration rapporte la preuve de la pratique anticoncurrentielle (Crim., 19 déc. 2012, société Sogest, pourvoi n°12/82270 et Crim. 22 janv. 2014, société Béligné et Fils, n°13/81013).

Dans ces affaires, alors que l'article L. 450-4 du code de commerce exige que soient rapportés des indices pouvant constituer des présomptions suffisantes de l'existence de pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel avait assimilé celles-ci aux présomptions des articles 1349 et suivants du code civil, de sorte qu'est exigée en réalité la preuve de la pratique prohibée.

## **4. DIVERS**

### **TRANSPORTS TERRESTRES DE PERSONNES : OUVERTURE A LA CONCURRENCE**

---

Le 3 mars 2023, l'Autorité a lancé une consultation publique courant jusqu'au 31 mars 2023 auprès des acteurs du secteur des transports terrestres de personnes.

Pour mémoire, l'Autorité s'est saisie d'office pour avis le 15 novembre 2022 afin de réaliser un suivi des recommandations présentées dans le domaine des transports terrestres de personnes.

L'objectif est de recueillir les observations des acteurs du secteur sur la nécessité d'adapter les recommandations de l'Autorité aux situations actuelles et d'anticiper les évolutions à venir, en prenant également en compte les préoccupations liées au développement durable. En effet, l'Autorité s'interroge sur le point de savoir si les conditions de concurrence dans les transports terrestres de personnes actuelles sont satisfaisantes.

### **RELATION COMMERCIALE ENTRE FOURNISSEURS ET DISTRIBUTEURS : ADOPTION DE LA LOI DESCROZAILLE**

---

Le 22 mars 2023, l'Assemblée nationale a adopté la proposition de loi portée par le député Frédéric Descrozaille, qui entend rééquilibrer les négociations commerciales entre les fournisseurs de l'agroalimentaire et la grande distribution, lesquelles ont lieu chaque année du 1<sup>er</sup> décembre au 1<sup>er</sup> mars pour définir les conditions de commercialisation des produits.

Cette loi, qualifiée d'Egalim 3, s'inscrit dans la continuité de la loi Egalim 1 du 30 octobre 2018 et de la loi Egalim 2 du 18 octobre 2021.

La loi vise notamment à introduire, pendant une période d'expérimentation de trois ans, un dispositif destiné à s'appliquer en cas d'absence de convention annuelle signée à la date butoir du 1<sup>er</sup> mars, selon lequel le fournisseur aura la possibilité de rompre la relation commerciale avec le distributeur sans risque

de rupture brutale des relations commerciales de l'article L. 442-1 du code de commerce ou de demander l'application d'un préavis, pour lequel la durée et la détermination du prix applicable pendant le préavis devront tenir compte des conditions économiques du marché. De plus, les parties pourront saisir le médiateur des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises afin de conclure, avant le 1<sup>er</sup> avril, un accord fixant les conditions d'un préavis.

Sera également considérée comme une pratique restrictive de concurrence figurant à l'article L. 442-1 du code de commerce le fait de ne pas avoir mené de de bonne foi les négociations commerciales et ayant

eu pour conséquence de ne pas avoir signé la convention annuelle dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3 du code de commerce.

De plus, la loi prévoit que lorsque les produits ou services sont commercialisés sur le territoire français, les contrats négociés entre les fournisseurs et les enseignes de grande distribution via les centrales d'achats délocalisées à l'étranger sont soumis au droit français – les dispositions des chapitres I<sup>er</sup>, II et III du titre IV du livre IV du code de commerce devenant des dispositions d'ordre public – et à la compétence des juridictions françaises.

La loi a été finalement promulguée le 30 mars 2023.

This material is for general information purposes only and should not be construed as legal advice or any other advice on any specific facts or circumstances. No one should act or refrain from acting based upon any information herein without seeking professional legal advice. McDermott Will & Emery\* (McDermott) makes no warranties, representations, or claims of any kind concerning the content herein. McDermott and the contributing presenters or authors expressly disclaim all liability to any person in respect of the consequences of anything done or not done in reliance upon the use of contents included herein. \*For a complete list of McDermott entities visit [mwe.com/legalnotices](http://mwe.com/legalnotices).

©2023 McDermott Will & Emery. All rights reserved. Any use of these materials including reproduction, modification, distribution or republication, without the prior written consent of McDermott is strictly prohibited. This may be considered attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

## **CONTRIBUTEURS**



**FRÉDÉRIC PRADELLES**  
ASSOCIÉ

[fpradelles@mwe.com](mailto:fpradelles@mwe.com)

Tél. +33 1 81 69 99 43



**JACQUES BUHART**  
ASSOCIÉ

[jbuhart@mwe.com](mailto:jbuhart@mwe.com)

Tél. +33 1 81 69 15 01



**MATTHIEU ADAM**  
COUNSEL

[madam@mwe.com](mailto:madam@mwe.com)

Tél. +33 1 81 69 15 24



**MARY HECHT**  
COLLABORATRICE

[mhecht@mwe.com](mailto:mhecht@mwe.com)

Tél. +33 1 81 70 15 89



**NABIL LAKHAL**  
COLLABORATEUR

[nlakhal@mwe.com](mailto:nlakhal@mwe.com)

Tél. +33 1 81 70 08 68



**ADRIEN BARROCAS**  
STAGIAIRE

[abarrocas@mwe.com](mailto:abarrocas@mwe.com)

Tél. +33 1 81 69 08 33



**FRANCESCA CASALONE**  
STAGIAIRE

[fcasalone@mwe.com](mailto:fcasalone@mwe.com)

Tél. +33 1 81 69 08 78

