

**3<sup>e</sup> Journée luxembourgeoise  
du droit de la concurrence**

**Panorama de la jurisprudence  
européenne en matière de  
concurrence**

*Joseph Vogel, Avocat-Associé, Vogel & Vogel*

**3 octobre 2017**



## **PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENE EN MATIERE DE CONCURRENCE**

### ***Introduction***

#### **I. PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE EN MATIERE DE PROCEDURE**

- A. La procédure devant la Commission européenne et les recours
- B. Les sanctions

#### **II. PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE SUR LE FOND**

- A. Sur le droit des ententes
- B. Sur le droit des abus de position dominante
- C. Sur le contrôle des concentrations

### ***Conclusion***

## INTRODUCTION :

- L'établissement d'un panorama de JP en droit de la concurrence est un exercice complexe à plusieurs titres :
  - En raison de la multitude de décisions rendues;
  - La Commission a eu une activité plus intense dans le domaine de la concurrence en 2017 qu'en 2016;
  - Quel qu'il soit, l'interlocuteur n'est jamais neutre.

## INTRODUCTION :

- De nombreuses nouvelles enquêtes ouvertes :
  - Nike, Sanrio et Universal Studios (soupçons de restrictions illégales de la vente transfrontalière et en ligne de produits dérivés sous licence) ;
  - Guess (soupçons de restrictions de ventes transfrontalières);
  - Transgaz (soupçons de restrictions à l'exportation de gaz de Roumanie);
  - Trois enquêtes distinctes sur des pratiques anticoncurrentielles présumées dans le commerce électronique ;
  - Enquête sur le partage de réseau de téléphonie mobile en République tchèque.

## INTRODUCTION :

- Evolutions du cadre législatif et réglementaire :
  - La Commission a mis en place un nouvel outil de détection des pratiques anticoncurrentielles par un dispositif de lancement d'alertes anonyme (Comm. 16/03/2017).
  - Proposition de directive visant à doter les autorités de concurrence nationales des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence (ECN+).
- Un nouveau record de sanctions prononcées : montant total en 2017 à ce jour de 4,326,732,000€ pour des pratiques anticoncurrentielles (2016 : 3,739,189,000€).

## INTRODUCTION :

- Emergence de nouvelles problématiques :
  - La Commission publie son rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique.
  - L'importance du Big Data croît :
    - ✓ Consultation publique pour une évolution des seuils de notification de concentration;
    - ✓ Rapport conjoint de l'Autorité de la concurrence française et du Bundeskartellamt le 10 mai 2016 « Droit de la concurrence et données »;
    - ✓ l'autorité italienne a ouvert une enquête sectorielle sur le Big Data,
    - ✓ le Bundeskartellamt a ouvert une enquête contre Facebook pour suspicion d'abus de position dominante lié au non-respect des règles de protection des données personnelles.

## INTRODUCTION :

- L'année 2017 a vu de nombreux débats jurisprudentiels passionnés, ainsi que des revirements :
  - Arrêt Intel va dans le sens d'une approche fondée sur les effets en matière d'abus de position dominante;
  - Question sur les « marketplace » en droit des ententes;
  - Importance croissante des questions liées au Big Data;
  - Protection des droits des entreprises dans la procédure administrative.
- L'année 2017 a vu des évolutions jurisprudentielles encourageantes sur de nombreux aspects, notamment sur des questions de fond en droit des ententes et en droit des abus de position dominante.
- Mais les avancées sont encore insuffisantes, notamment pour la procédure devant la Commission et les sanctions prononcées contre les entreprises.

## **I. PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE PROCÉDURE**

- A. La procédure devant la Commission européenne et les recours**
- B. L'encadrement des sanctions prononcées**



## **A. LA PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION EUROPEENNE ET LES RECOURS**

1. Des avancées encourageantes en faveur d'une plus grande reconnaissance des droits des entreprises
2. Une protection des droits des entreprises encore perfectible

## 1. Des avancées encourageantes en faveur d'une plus grande reconnaissance des droits des entreprises

### ▪ Indemnisation en cas de procédure abusivement longue :

- La jurisprudence européenne a condamné l'Union européenne pour le délai abusivement long du Tribunal de première instance à statuer sur une procédure contre une décision de la Commission (un délai de recours juridictionnel de 46 mois est disproportionné) (Trib. UE Gascogne Sack Deutschland GmbH v. Union européenne 10/01/2017 T-577/14).

*« Il s'ensuit que la procédure qui a été suivie dans les affaires T-72/06 et T-79/06 [...], a violé l'article 47, deuxième alinéa, de la charte des droits fondamentaux en ce qu'elle a dépassé de 20 mois le délai raisonnable de jugement, ce qui constitue une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit de l'Union ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »*

## 1. Des avancées encourageantes en faveur d'une plus grande reconnaissance des droits des entreprises

### ▪ Indemnisation en cas de procédure abusivement longue :

- La jurisprudence a été confirmée (Trib. UE *Kendrion NV v. Union européenne* 01/02/2017 T-479/14 ; Trib. UE *Plásticos Españoles SA, Armando Alvares v. Union européenne* 17/02/2017 T-40/15).
- Le recours s'exerce devant une autre formation du Tribunal de l'Union et non pas directement devant la Cour de justice (*CJUE Riva Fire SpA v. Commission européenne* 21/09/2017 C-89/15P).
- En vertu du principe de l'autonomie des recours, la procédure du recours en indemnité ne peut dépendre de l'aboutissement d'un recours en annulation. Le délai de prescription de 5 ans commence à courir à la date de la décision qui a mis fin au délai de jugement litigieux (*Trib. UE Guardian Europe Sarl v. Union européenne* 07/06/2017 T-673/15).

## 1. Des avancées encourageantes en faveur d'une plus grande reconnaissance des droits des entreprises

- **Maintien de garanties procédurales dans le cadre des procédures de transaction :**
  - La Commission poursuit l'utilisation de la procédure de transaction (« settlement »), sanctionnant les entreprises avec une certaine sévérité. Ainsi dans l'affaire Trucks la Commission a imposée une sanction record de 3 milliards d'euros (Décision de la Commission 19/07/2016 AT.39824 non publiée).
  - L'obligation de la Commission de motiver ses décision n'est pas de plus faible intensité dans le cadre d'une procédure de transaction (Trib. UE *Printeos v. Commission européenne* 13/12/2016 C-95/15).

## 2. Une protection des droits des entreprises encore perfectible

- **Elargissement de l'admissibilité des preuves utilisées par la Commission :**
  - La Commission peut utiliser comme moyen de preuve des enregistrements illégalement effectués par une entreprise, mais légalement recueillis par la Commission, à condition que leur crédibilité soit établie (Trib. UE *Goldfish v. Commission européenne* 08/09/2016 T-54/14).
  - La Commission peut utiliser les éléments de preuve recueillis par d'autres autorités nationales (police douanière et financière), même s'ils ont été recueillis à d'autres fins que la poursuite d'infractions au droit de la concurrence (CJUE *FSL Holdings NV v. Commission européenne* 27/04/2017 C-469/15P).

## 2. Une protection des droits des entreprises encore perfectible

### ▪ Refus de communiquer des documents aux entreprises :

- Trib. UE *Deutsche Telekom AG v. Commission européenne* 28/03/2017 T-210/15 :  
La Commission peut refuser de communiquer à une entreprise ayant fait l'objet d'une perquisition les informations dont elle dispose lorsqu'elle a décidé de ne pas donner de suite à son enquête.
- Trib. UE *Infineon Technologies AG v. Commission européenne* 15/12/2016 T-758/14 :  
Le rapport du Conseiller-auditeur constitue un document purement interne à la Commission qui ne présente aucun aspect décisif justifiant sa communication aux parties.

## 2. Une protection des droits des entreprises encore perfectible

- **Responsabilité des sociétés mères et des filiales :**
  - La Cour de justice exclut d'étendre à la société mère le bénéfice de la prescription acquise par ses filiales (la société mère était poursuivie à titre personnel pour les mêmes agissements, sur la base du critère de l'unité économique, et la participation de la société mère s'est poursuivie au-delà de la période couverte par la prescription, contrairement à ses filiales) (CJUE *Akzo Nobel v. Commission européenne* 27/04/2017 C-516/15P).
  
- **Pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière de transaction :**
  - La Commission peut mettre un terme à une procédure de transaction sans avoir à motiver sa décision (Trib. UE *Koninklijke Philips NC v. Commission européenne* 15/12/2016 T-762/14).

## 2. Une protection des droits des entreprises encore perfectible

- **Facilitation de la reprise de la procédure devant la Commission suite à l'annulation de sa décision :**
  - La Commission n'est pas tenue d'envoyer une nouvelle communication des griefs après l'annulation de sa décision si sa nouvelle décision ne met pas d'actes nouveaux à la charge de l'entreprise ni ne modifie pas sensiblement les éléments de preuve des infractions reprochées (CJUE *Ferriere Nord SpA v. Commission européenne* 21/09/2017 C-88/15P).
  
- **Limite de la protection accordée aux documents communiqués à la Commission :**
  - La protection concerne uniquement (i) l'immunité ou la réduction de l'amende en contrepartie de la fourniture à la Commission d'éléments de preuve apportant une valeur ajoutée significative, et (ii) la non-divulgence des documents et des déclarations écrites conformément à la communication sur la clémence (CJUE *Evonik Degussa GmbH v. Commission européenne* 14/03/2017 C-162/15P).



## **B. LES SANCTIONS**

1. L'aggravation de la sévérité des sanctions prononcées par la Commission
2. Calcul de l'amende en cas de responsabilité des sociétés mères et de leur filiales
3. De nouvelles précisions sur le calcul du montant de l'amende en général défavorable aux entreprises

- ❖ Depuis de nombreuses années, on connaît un alourdissement des montants des sanctions prononcées par la Commission européenne en matière de pratiques anticoncurrentielle.
- ❖ L'année écoulée ne fait pas exception et confirme la volonté de la Commission de prononcer des amendes dissuasives.

- ❖ Or l'encadrement du calcul du montant des sanctions connaît déjà depuis quelques années certaines dérives, qui privent les entreprises de garanties :
  - Lorsque la Commission sanctionne deux infractions distinctes, elle est libre d'infliger deux amendes, dont le montant cumulé peut dépasser le plafond de 10% du chiffre d'affaires (Trib. UE *AC-Treuhand AG v. Commission européenne* 06/02/2014 T-27/10).
  - Pour calculer le plafond de 10% du chiffre d'affaires, la Commission est libre de prendre en considération le chiffre d'affaires consolidé de la société-mère, même si l'ensemble des sociétés composant le groupe ne sont pas actives sur le même marché et qu'il n'existe pas de lien entre ces filiales et l'infraction (Trib. UE *Gascogne v. Commission européenne* 16/11/2011 T-72/06).
  
- ❖ Les décisions récentes, si elles apportent parfois des limites bienvenues, laissent encore une marge importante à la Commission.

## 1. L'aggravation de la sévérité des sanctions prononcées par la Commission (1/2)

- La Commission a été particulièrement active pendant l'année écoulée pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles :
  - ✓ 07/12/2016 : amende d'un montant total de **485 millions€** au Crédit Agricole, à HSBC et à JPMorgan Chase pour la participation à une entente concernant les produits dérivés de taux d'intérêt en euro;
  - ✓ 12/12/2016: amende d'un montant total de **166 millions€** à des fabricants de batteries rechargeables (transaction);
  - ✓ 08/02/2017: amende d'un montant total de **68 millions€** à des entreprises pour une entente dans le domaine du recyclage des batteries automobiles;
  - ✓ 08/03/2017: amende d'un montant total de **155 millions€** à six fournisseurs de composants automobiles destinés à la climatisation et au refroidissement du moteur (transaction);

## 1. L'aggravation de la sévérité des sanctions prononcées par la Commission (2/2)

- ✓ 17/03/2017: nouvelle décision de sanction prononçant une amende d'un montant total de **776 millions€** contre des transporteurs de fret aérien pour entente sur les prix;
- ✓ 21/06/2017: amende d'un montant total de **27 millions€** à trois fabricants de systèmes d'éclairage pour voitures (transaction).
- ✓ 27/06/2017: amende de **2,42 milliards€** à Google pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche;
- ✓ 27/09/2017: amende de **880 millions€** contre Scania pour avoir participé au cartel des camions (procédure hybride) (MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco et DAF sanctionnés pour un total de 2,93 milliards€ (transaction));
- ✓ 02/10/2017: amende de **28 millions€** contre la société des chemins de fer lituaniens pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du fret ferroviaire.

## 2. Calcul de l'amende en cas de responsabilité des sociétés mères et de leur filiales

- **L'adaptation du plafond selon l'implication de la société mère :**
  - Lorsque deux périodes infractionnelles sont distinguées pour le calcul de l'amende, l'une au cours de laquelle la filiale est tenue seule responsable et l'autre au cours de laquelle la société mère est tenue solidairement responsable, la Commission est tenue de vérifier si la partie de l'amende dont la société mère n'est pas tenue solidairement responsable est en deçà du plafond de 10% du CA de la seule filiale (CJUE *Laufen Austria AG. Commission européenne* 26/01/2017 C-637/13P).
  - Lorsque la responsabilité de la société mère est entièrement dérivée de celle de plusieurs filiales, la somme totale des montants auxquels elle est condamnée ne doit pas excéder le montant auquel sont condamnées les filiales. La société mère bénéficie de la même réduction de responsabilité que ses filiales (Trib. UE *UTI v. Commission européenne* 29/02/2016 T-264/12).

## 2. Calcul de l'amende en cas de responsabilité des sociétés mères et de leur filiales

- **Un élargissement du chiffre d'affaires pris en compte dans le calcul du plafond :**
  - La Commission n'est pas tenue de démontrer que chaque filiale composant le groupe ne détermine pas de manière autonome son comportement sur le marché pour pouvoir tenir compte de son chiffre d'affaires consolidé dans le cadre du plafond de l'amende (CJUE *H&R ChemPharm GmbH v. Commission européenne* 16/02/2017 C-95/15).

### 3. De nouvelles précisions sur le calcul du montant de l'amende souvent défavorables aux entreprises

- L'abandon des négociations de transaction par l'entreprise entraîne l'abandon de la fourchette :
  - L'entreprise qui se retire de négociations de transaction ne peut invoquer aucune confiance légitime quant au maintien de la fourchette d'amendes évoquée dans le cadre de cette procédure et risque, si elle conteste ultérieurement des faits reconnus au cours de celle-ci, la perte du bénéfice des réductions liées à sa coopération (CJUE *Timab Industries, Cie financière et de participations Roullier v. Commission européenne* 12/01/2017 C-411/15P).



### 3. De nouvelles précisions sur le calcul du montant de l'amende souvent défavorables aux entreprises

- **Précision sur la valeur des ventes en relation avec l'infraction :**
  - Les livraisons effectuées au sein de l'EEE doivent être incluses dans la valeur des ventes en relation avec l'infraction même si elles ont été négociées en dehors de l'UE (CJUE *Samsung SDI v. Commission européenne* 09/03/2017 C-615/15P).

## **II. PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE SUR LE FOND**

- A. Sur le droit des ententes**
- B. Sur le droit des abus de position dominante**
- C. Sur le contrôle des concentrations**

## **A. Sur le droit des ententes**

1. Droit de la distribution et commerce électronique
2. Analyse des ententes par la Commission et les juridictions de recours

## 1. Droit de la distribution et commerce électronique

- **La Commission s'intéresse de près au développement du commerce électronique :**
  - La Commission a publié en mai 2017 son rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, qui met en lumière l'importance grandissante du secteur, ainsi que certaines pratiques commerciales (recours à des systèmes de distribution sélective permettant de mieux contrôler les réseaux de distribution, notamment pour la qualité de la distribution et des prix; recours à des restrictions contractuelles pour contrôler la distribution des produits). La Commission met également en lumière les restrictions existant sur les contenus numériques (blocages géographiques).
  - La Commission a accepté les engagements d'Amazon concernant les livres numériques (clauses des accords de distribution conclus par Amazon avec des éditeurs de livres numériques en Europe)

## 1. Droit de la distribution et commerce électronique

- **Distribution sélective et « *marketplaces* » :**
  - Dans le cadre du litige opposant Coty Germany, l'un des principaux fournisseurs de produits cosmétiques de luxe en Allemagne, à l'un de ses distributeurs agréés, une question préjudicielle a été posée à la CJUE afin de déterminer si le fournisseur peut interdire aux membres de son réseau de commercialiser des produits contractuels sur Amazon (marketplace).
  - Avis très attendu car la position du Bundeskartellamt et de nombreuses juridictions allemandes est plutôt défavorable à ce type d'interdictions, alors que la Commission n'y est pas opposée (Rapp. final 10 mai 2017).

## 1. Droit de la distribution et commerce électronique

- **Distribution sélective et « marketplaces »:**

- Conclusions de l'Avocat Général Wahl dans l'affaire Coty (26/07/2017) :

- L'interdiction peut améliorer la concurrence par la qualité car elle garantit que les produits concernés sont vendus dans un environnement conforme aux exigences qualitatives imposées par la tête de réseau et lui permet de se prémunir contre le parasitisme;
- L'interdiction générale de vendre sur internet est proscrite.
- Les marketplaces représentent encore un moyen de commercialisation limité, ainsi l'interdiction de commercialisation sur ces sites ne peut pas être assimilée à une interdiction totale ou à une limitation substantielle de la vente par Internet.
- Selon l'Avocat Général, si cette interdiction devait cependant tomber sous le coup de l'interdiction des ententes, elle pourrait bénéficier d'une exception par catégorie au titre du règlement 330/2010, car elle ne constitue pas une restriction caractérisée.

## 1. Droit de la distribution et commerce électronique

- **Distribution sélective et « *marketplaces* »:**
  - Les conclusions de l'Avocat Général doivent encore être confirmées par la CJUE.
  - Conséquence sur la pratique décisionnelle ?
  - La jurisprudence française récente est redevenue un peu plus favorable à l'interdiction de la vente sur les marketplaces :
    - arrêt Caudalie de la Cour de cassation du 13/09/2017 (CA Paris du 02/02/2016).

## 2. Analyse des ententes par la Commission et les juridictions de recours

- **Règles encadrant la définition du marché** (Trib. UE *Topps Europe Ltd. V. Commission européenne* 11/01/2017 T-699/14) :
  - Le fait que certains consommateurs ne modifieront jamais leur demande malgré une hausse des prix n'est pas en soi déterminant pour circonscrire le marché, dès lors qu'un nombre suffisamment significatif d'entre eux est prêt à le faire et peut influencer négativement la rentabilité d'une telle hausse de prix.
  - La Commission n'est pas tenue de mettre en œuvre le test SSNIP lorsqu'elle délimite le marché pertinent.
  - Même si la Commission n'est pas tenue par ses appréciations relatives aux marchés pertinents dans des décisions précédentes, elle peut les prendre en considération lors de son analyse comme un élément parmi d'autres, si rien n'indique que les conditions de concurrence sur les marchés en cause ont substantiellement changé entre temps.



## 2. Analyse des ententes par la Commission et les juridictions de recours

- **Caractérisation d'une restriction par objet :**
  - La Commission n'est pas tenue d'établir que chaque contact illicite constitue une restriction par objet, mais seulement que les pratiques en cause, prises dans leur ensemble, constituent une telle restriction (Trib. UE *Infineon Technologies AG v. Commission européenne* 15/12/2016 T-758/14).
  - Pour prouver l'existence d'une restriction par objet, la Commission n'est pas tenue d'établir que le marché concerné présente certaines caractéristiques spécifiques propices à la mise en œuvre de pratiques collusoires (Trib. UE *Koninklijke Philips NC v. Commission européenne* 12/12/2016 T-762/14).
  - L'analyse du contexte économique et juridique dans lequel une entente s'insère peut se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour établir le caractère de restriction par objet de l'accord.
    - CJUE *FSL Holdings NV v. Commission européenne* 27/04/2017 C-469/15P.

## 2. Analyse des ententes par la Commission et les juridictions de recours

- **Exemples de pratiques restrictives de concurrence sanctionnées :**
  - Une clause de non-concurrence conclue dans le cadre d'une cession d'entreprise, et qui n'est pas strictement limitée à l'objectif de transfert de l'entreprise, constitue une entente interdite (Trib. UE *Portugal Telecom v. Commission européenne* 28/06/2016 T-208/13).
  - Un échange d'informations sensibles entre concurrents est susceptible d'influencer leur comportement sur le marché même si les données communiquées sont fausses (Trib. UE *Koninklijke Philips NC v. Commission européenne* 12/12/2016 T-762/14).
  - Entente des constructeurs de camions (procédure hybride) : La Commission a sanctionné pour entente sur les prix MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco et DAF pour un total de 2,93 milliards€ (transaction) et Scania à 880 millions€ (procédure normale).

## **B. Sur le droit des abus de position dominante**

1. Une avancée de l'approche fondée sur les effets (arrêt Intel)
2. Poursuite de la politique de contrôle des abus de position dominante

## 1. Une avancée de l'approche fondée sur les effets (arrêt Intel)

- **L'arrêt CJUE *Intel v. Commission européenne* 06/09/2017 C-413/14 :**
  - Intel avait été sanctionné pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des processeurs x86 pendant 5 ans, en mettant en œuvre une stratégie d'éviction de son seul concurrent (rabais pour les principaux fabricants d'ordinateurs s'ils achètent la totalité ou quasi-totalité de leurs processeurs à Intel). Selon la Commission les rabais avaient assuré la fidélité des principaux fabricants d'ordinateurs et réduit la capacité des concurrents d'Intel à se livrer une concurrence effective.
  - Arrêt Post Danmark II (27/03/2012 C-209/10): approche *per se* des rabais conditionnels.
  - **Reirement de jurisprudence sur les rabais conditionnels** : adoption d'une approche fondée sur les effets de la pratique.

## 1. Une avancée de l'approche fondée sur les effets (arrêt Intel)

- La Cour confirme l'existence d'une présomption d'illégalité des rabais subordonnés à la condition que le client s'approvisionne pour la totalité ou la quasi-totalité de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante.
- Cette présomption est réfragable : l'entreprise en position dominante qui a mis en œuvre cette pratique peut démontrer que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence, et les effets d'éviction reprochés.
- La Cour exige une analyse de la capacité d'éviction selon deux critères : (i) le critère du taux de couverture du marché par la pratique (importance des consommateurs affectés) et (ii) le test du concurrent au moins aussi efficace.
- Ces critères devront être précisés ultérieurement par la jurisprudence.
- Offre une approche plus cohérente en permettant une analyse économique de l'abus.

## 2. Poursuite de la politique de contrôle des abus de position dominante

- **La Commission poursuit la politique répressive sur le fondement de l'article 102 TFUE :**
  - Sanction de Google pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix avec une amende record de 1,42 milliards d'euros (nouveau record).
  - Communication de griefs à Google portant sur un abus de position dominante résultant d'une limitation artificielle pour les sites web tiers, d'afficher les publicités contextuelles émanant de concurrents de Google.
  - Sanction de 28 millions€ de la société des chemins de fer lituaniens pour avoir entravé la concurrence sur le marché du fret ferroviaire (suppression d'une voie ferrée entre la Lituanie et la Lettonie).
- La Cour de justice a précisé la méthode et les critères pour déterminer le prix de référence en présence d'une **pratique de prix excessif** mise en œuvre par un monopole légal (CJUE *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība* 14/09/2017 C-177/16).

## 2. Poursuite de la politique de contrôle des abus de position dominante

- La Commission favorise également les procédures d'engagements, et met fin de façon anticipée à plusieurs engagements :
  - Deutsche Bahn I et II : Les engagements, prévus pour 5 ans, prévoyaient la possibilité d'une fin anticipée. La condition s'est réalisée en 2015, et la Commission a terminé les engagements (Aff. AT.39678/39731 du 8 avril 2016).
  - Engagements pour l'introduction d'un nouveau système tarifaire pour le courant de traction permettant aux fournisseurs d'électricité tiers à DB de fournir directement le courant de traction aux compagnies ferroviaires.

## 2. Poursuite de la politique de contrôle des abus de position dominante

- La Commission favorise également les procédures d'engagements, et met fin de façon anticipée à plusieurs engagements :
  - E.On Gas : Sur la demande d'E.On, la Commission a procédé à un nouvel examen de la situation du marché, et constaté que les engagements n'étaient plus nécessaires, avec près de 5 ans d'avance en raison de la modification de la structure du marché du gaz allemand, et en raison du comportement d'E.On qui en allant au-delà de ses engagements a permis à des concurrents d'entrer sur le marché et de gagner des parts de marché importantes (Aff. AT.39317).
  - En 2010, engagements jusqu'en 2021 pour libérer des volumes de la capacité des gazoducs et réduire ses réservations à long terme de capacité d'entrée sur le réseau NetConnect Germany.



## **C. Sur le contrôle des concentrations**

1. Vers une évolution des règles pour le Big Data?
2. Rappel à l'ordre pour le respect des règles du contrôle des concentrations par les entreprises

- ❖ La période récente a été particulièrement productive dans le domaine des concentrations avec de nombreuses décisions rendues par la Commission.
- ❖ La Commission oriente son attention sur les questions d'innovation pour les mesures correctives de nature structurelle (*Abbott Laboratories/St Jude medical; Airbus Safran Launchers/Arianespace*).
- ❖ La Commission semble également favoriser les mesures correctives de cession dans le cadre de concentrations dans le secteur des télécoms conduisant à la réduction de quatre à trois opérateurs mobiles.
- ❖ La Cour de justice a eu l'occasion de préciser la notion de concentration : lors du passage d'un contrôle exclusif à un contrôle commun, l'entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (CJUE *Austria Asphalt* 07/09/2017 C-248/16).

## 1. Vers une évolution des règles pour le Big Data?

- Le 7 octobre 2016, la Commission a lancé une consultation publique destinée à évaluer certains aspects du contrôle des concentrations, et notamment une possible évolution des seuils de notification fondée sur la valeur de la transaction.
- Cette nouvelle préoccupation fait suite à la réalisation que les seuils ne sont pas adaptés à certaines entreprises, notamment dans le secteur digital.
  - Exemple de l'opération de concentration entre Facebook/WhatsApp en 2014 (COMP/M.7217 du 03/10/2014) : le rachat de WhatsApp par Facebook atteignait 19 milliards de dollars, mais les entreprises n'atteignaient pas les seuils de notification (le chiffre d'affaires de WhatsApp n'atteignait pas les seuils).

## 1. Vers une évolution des règles pour le Big Data?

- La Commission a néanmoins contrôlé l'opération car elle était contrôlable dans au moins 3 Etats-membres (article 4(5) du règlement sur les concentrations).
- Facebook a été ultérieurement sanctionnée pour avoir donné des renseignements inexacts (110 millions d'euros).
- Ce type de seuil est connu aux Etats-Unis, et l'Allemagne a récemment modifié les seuils de notification afin de prendre en compte la valeur de l'opération (9<sup>e</sup> amendement du *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Act against Restraints of Competition – ARC)*, juin 2017).
- Question sur la valeur économique des données personnelles: émergence d'un nouveau modèle économique portant sur des services gratuits qui utilisent les données personnelles des utilisateurs pour la publicité ciblée.

## 1. Vers une évolution des règles pour le Big Data?

- **La Commission parvient cependant à exercer un contrôle sur ce type d'opération :**
  - Microsoft/LinkedIn du 06/12/2016 COMP/M.8124 : les deux entreprises ne sont pas sur les mêmes marchés, mais des questions de concurrence se posaient.
  - La Commission craignait que Microsoft n'utilise sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour faire levier sur le marché des réseaux sociaux. Elle craignait aussi que LinkedIn ne soit intégré à Microsoft et combine les bases de données des utilisateurs.
  - La Commission a exigé des engagements de Microsoft afin d'assurer le maintien d'une concurrence effective.
  - La décision aborde des sujet intéressants : délimitation des marchés pertinents, question de la protection des données personnelles comme facteur concurrentiel, etc.
  - Cette décision a permis à la Commission de poser une grille d'analyse.

## 2. Rappel à l'ordre pour le respect des règles du contrôle des concentrations par les entreprises

- La Commission rappelle les entreprises à l'ordre lorsqu'elles enfreignent les règles européennes du contrôle des concentrations :
  - Sanction de Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp : 110 millions d'euros (18/05/2017).
  - Communication de griefs à Altice : la Commission estime qu'elle a enfreint les règles de l'UE en procédant de façon anticipée à l'acquisition de PT Portugal (Gun Jumping) (18/05/2017).

## 2. Rappel à l'ordre pour le respect des règles du contrôle des concentrations par les entreprises

- Communication de griefs distinctes à trois entreprises pour avoir violé les règles de procédure en matière de concentration:
  - Général Electric et Merck/Sigma-Aldrich en fournissant des renseignements inexacts ou dénaturés, et
  - Canon en réalisant une concentration avant de l'avoir notifiée et d'y avoir été autorisée (06/07/2017).
- Evolution similaire à celle constatée en droit français: augmentation des sanctions disciplinaires pour les informations inexacts ou incomplètes, gun jumping et non-respect des engagements.

## CONCLUSION :

- ❖ La procédure et le régime des sanctions demeurent insuffisamment protecteurs des droits des entreprises.
- ❖ La faveur excessive pour les ventes par internet au détriment de la distribution sélective va peut-être connaître un coup d'arrêt si la CJUE va dans le sens de la Commission et de l'Avocat général.
- ❖ Le droit des restrictions verticales demeure cependant trop rigide et affaiblit le modèle classique de l'achat-revente au profit du recours à l'agence et aux commissionnaires.



## CONCLUSION :

- ❖ Le droit des abus de position dominante évolue dans le bon sens.
- ❖ Un nouveau contentieux disciplinaire se développe en droit des concentrations notamment suite à l'initiative des tiers.

# Questions