

◆ CONCENTRATIONS

Elargissement du contrôle des concentrations aux opérations en dessous des seuils nationaux affectant significativement la concurrence

AVOCATS

Le 11 septembre 2020, la Commissaire européenne à la Concurrence, Margrethe Vestager, a rappelé qu'un certain nombre d'opérations susceptibles de nuire à la concurrence, notamment dans les secteurs pharmaceutiques et du numérique, échappait à tout contrôle de la Commission européenne en matière de contrôle des opérations de concentration.

Afin d'y remédier, la Commissaire a annoncé, sans plus de précisions toutefois, que la Commission entendait faire évoluer son approche en matière de renvois (article 22 du règlement européen n°139/2004 sur les concentrations) et a rejeté l'idée d'introduire un nouveau seuil de notification fondé sur la valeur de la transaction, déjà en œuvre en Autriche et en Allemagne.

Pour rappel, l'article 22, paragraphe 1, du règlement européen concentration dispose qu'un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui (i) affecte le commerce entre États membres et (ii) menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui forment cette demande.

Or, la Commission avait ces dernières années dissuadé les autorités nationales de renvoyer les opérations pour lesquelles les seuils de notification au niveau national n'étaient pas franchis.

Elle est aujourd'hui enclin à accepter les renvois d'opérations qui ne sont pas de dimension européenne, **y compris lorsque celles-ci ne franchissent pas les seuils de notification au niveau national.**

Par un communiqué en date du 15 septembre 2020, l'Autorité française de la concurrence s'est félicitée d'une telle annonce, voyant ainsi une opportunité d'appréhender « des acquisitions par des entreprises en position dominante ou bien des acquisitions prédatrices ou consolidantes réalisées par des plateformes numériques », généralement « sous les seuils », dans les secteurs notamment de l'économie numérique, pharmaceutique, des biotechnologies et dans certains secteurs industriels très concentrés.

La Commission a indiqué que cette nouvelle politique interviendrait vers le « milieu de l'année prochaine », ce qui devrait, il faut l'espérer, lui laisser suffisamment de temps pour publier des orientations sur les conditions d'un tel renvoi.

En l'état, la possibilité d'un renvoi sur le fondement de l'article 22 du règlement européen concentration revêt un risque d'insécurité juridique important et soulève de nombreuses questions.

Il sous-entend notamment que pour chaque opération tombant sous les seuils de notification, les entreprises devront analyser si l'opération est susceptible d'avoir un impact concurrentiel significatif sur le commerce entre États-membres.

Si tel est le cas, les parties devront désormais prendre en considération dans leur calendrier la possibilité d'un renvoi à la Commission ; ou pire encore, la Commission pourrait à la suite d'un renvoi remettre en cause une opération « closée ».

Enfin, les autorités nationales, bien qu'incompétentes en théorie, seront en mesure d'obtenir des informations de la part des entreprises afin de pouvoir renvoyer l'affaire à la Commission.



Marie de Drouas
Avocate associée

md@niddam-drouas.com



Elise Nachbaur
Avocate

en@niddam-drouas.com

◆ PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Interdiction des clauses empêchant les distributeurs exclusifs de vendre leurs produits via leur propre site Internet

Par un arrêt rendu le 15 septembre 2020 (RG n°18/06869), la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 23 Février 2018, aux termes duquel le Tribunal a jugé que la société Pierre Cardin avait commis une faute civile en insérant dans ses contrats de licences de marques des clauses empêchant un distributeur exclusif de vendre ses produits via un site internet.

La société MALU grossiste belge ayant pour activité la vente et la distribution de produits textiles et de vêtements, sous licence ou sous marque propre, s'est vue assigner en contrefaçon par la société Pierre Cardin devant le Tribunal de grande instance de Paris.

A titre reconventionnel, la société MALU demandait réparation du préjudice subi du fait des pratiques anticoncurrentielles de la société Pierre Cardin.

Les clauses des contrats de licence de marques de la société Pierre Cardin interdisaient aux distributeurs exclusifs de commercialiser les produits Pierre Cardin via un site internet :

« le licencié s'engage également, sauf autorisation expresse et écrite du concédant à ne pas commercialiser les articles faisant l'objet de la présente concession au moyen de vente par correspondance et/ou télématique (tels qu'internet) » ;

« le Licencié accepte, sauf autorisation expresse du concédant par écrit, de ne pas vendre les produits par courrier direct ou par réseaux multimédia (tels que l'Internet) (...) » et "le licencié accepte de ne pas distribuer les produits sous licence portant la marque PIERRE CARDIN (...) à travers des réseaux de vente par correspondance, IV) y compris via Internet » ;

« le concessionnaire s'engage à vendre les produits qu'à des clients donnant l'assurance de ne pas les exporter en dehors du territoire concédé et ne pourra faire appel aux réseaux électroniques tels qu' Internet sauf accord écrit du concédant. La vente par réseaux numériques interactifs ou similaires ne permettant pas en effet le respect de la concession territoriale accordée par la Concédant » ;

« le licencié s'engage à ne pas proposer à la vente les modèles portant la griffe PIERRE CARDIN par tout moyen de commerce électronique, par toute voie de réseaux numériques interactifs ou tout réseau ayant recours à des techniques identiques ou similaires (tels qu'internet). La vente par réseaux numériques interactifs ou similaires ne permettant pas en effet le respect de la concession territoriale accordée par le concédant »

La Cour d'appel a jugé que ces clauses conduisaient à **interdire toute possibilité de ventes passives de la part des distributeurs**. Les distributeurs du réseau de la société Pierre Cardin ne pouvaient répondre via Internet à aucune demande de clients situés hors des territoires pour lesquels ils détenaient une exclusivité.

Ainsi, la Cour d'appel a confirmé le jugement du Tribunal en considérant que **cette interdiction de ventes passives était contraire aux articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-1 du Code de commerce**.

Elle a condamné la société Pierre Cardin à payer la somme de 150 000 euros en réparation du préjudice de la société MALU, dont (i) 100 000 euros pour le manque à gagner résultant de la diminution des quantités de produits Pierre Cardin que la société MALU a pu commercialiser et (ii) 50 000 euros pour le préjudice moral subi par la société MALU du fait de l'atteinte portée à son image auprès de ses clients.

Le dénigrement d'un produit commercialisé par un concurrent sanctionné au titre de l'abus de position dominante collective par l'Autorité de la concurrence

Aux termes d'une décision n°20-D-11 du 9 septembre 2020, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le groupe Novartis et le groupe Roche/Genentech, à hauteur respectivement de 385 millions d'euros et 59 millions d'euros, pour abus de position dominante collective sur le marché de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (« DMLA » - maladie de la rétine).

◆ PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

L'Autorité rappelle ici avec fermeté que des entreprises, bien que ne détenant pas une position dominante à titre individuelle, peuvent être tenues responsables de pratiques abusives dès lors que, en raison des liens juridiques ou économiques existant entre elles, ces entreprises forment une « entité économique » et que cette entité dispose d'une position dominante sur le marché concerné.

Les faits en cause étaient les suivants : le médicament Lucentis développé et mis sur le marché par le laboratoire Genentech est utilisé pour traiter la DMLA. Genentech avait accordé des licences aux laboratoires Roche et Novartis pour la commercialisation du Lucentis hors du territoire américain. En pratique toutefois, de nombreux médecins ophtalmologistes avaient recours à un autre type de médicament, en dehors de toute autorisation de mise sur le marché (« hors AMM »), pour soigner la DMLA : l'Avastin, un anticancéreux également développé par Genentech et 30 fois moins coûteux que le Lucentis.

A partir de 2008, ces trois laboratoires ont mis en œuvre plusieurs pratiques visant à freiner l'utilisation de l'Avastin. Les pratiques de Novartis, Roche et Genentech ont pris fin en 2013 à la suite de la mise sur le marché d'un nouveau médicament concurrent : L'Eylea.

Aux termes de sa décision, l'Autorité fournit la grille d'analyse suivante :

Elle constate tout d'abord que les trois laboratoires formaient une « entité collective » en raison des liens contractuels et capitalistiques existants entre eux :

- Roche était l'actionnaire majoritaire de Genentech jusqu'en 2009 et détenait depuis cette date la totalité de son capital ;
- Novartis détenait une participation non contrôlante dans le capital de Roche ;
- Genentech avait accordé des licences à Novartis et Roche pour commercialiser le Lucentis et l'Avastin hors du territoire américain.

Ces liens leur ont permis d'adopter une ligne d'action commune sur le marché concernant la commercialisation de Lucentis et d'Avastin.

Il apparaît en outre que sur la période des pratiques et jusqu'à l'arrivée d'Eylea sur le marché, l'entité collective détenait une position dominante collective sur le marché du traitement de la DMLA.

L'Autorité relève ensuite que les trois laboratoires ont mis en œuvre des pratiques abusives :

- Pratiques de dénigrement de l'Avastin mises en œuvre par Novartis de mars 2008 à novembre 2013 auprès de médecins ophtalmologistes, d'associations de patients et du grand public (campagne de communication globale et structurée visant à exagérer sciemment les craintes liées à la sécurité de l'utilisation d'Avastin « hors AMM » en ophtalmologie) ;
- Pratiques de blocage administratif et de diffusion d'un discours trompeur auprès des pouvoirs publics français, mises en œuvre par Novartis et Roche avec l'aide de Genentech de 2008 à 2013 et conduisant notamment à l'interdiction de l'usage d'Avastin pour le traitement de la DMLA.

D'après l'Autorité, leur comportement a eu pour effet non seulement de limiter la prescription de l'Avastin par les médecins ophtalmologistes mais également de maintenir la vente de Lucentis à un prix supra-concurrentiel et la vente de l'Eylea à un prix artificiellement élevé.

L'Autorité a pris en compte la gravité des pratiques et le dommage certain causé à l'économique (en particulier l'aversion aux risques dans le secteur de la santé et le contexte du remboursement à 100% du Lucentis par la sécurité sociale, qui a eu un impact sur les finances publiques) pour imposer aux trois laboratoires une amende d'un montant total de 444 millions d'euros.

◆ PROJETS EUROPEENS EN COURS

- **L'introduction éventuelle d'un nouvel outil en matière de concurrence (*the New Competition Tool*)**

En juin 2020, la Commission européenne a lancé une analyse d'impact initiale et ouvert une consultation publique jusqu'au 8 septembre 2020, sur la nécessité de se doter d'un éventuel nouvel outil en matière de concurrence qui permettrait de remédier efficacement et en temps opportun à des problèmes de concurrence structurels qui ne peuvent pas être résolus avec les règles existantes.

La Commission a identifié deux catégories de problèmes :

- « *les risques structurels de concurrence* », qui concernent des marchés où certains acteurs, principalement les plateformes en ligne, deviennent des acteurs incontournables ;
- « *un manque structurel de concurrence* », qui ne découle pas du comportement d'un acteur en particulier mais de la structure du marché (marché très concentré, fortes barrières à l'entrée, accès limité aux données...).

Afin d'y remédier, le nouvel outil pourrait permettre à la Commission d'imposer des mesures correctives structurelles ou comportementales, en dehors de tout constat d'infraction, sanctions financières ou actions en dommages et intérêts. Divers options sont envisagées : le nouvel outil servira à analyser tous les secteurs de l'économie ou uniquement le secteur du numérique, la structure d'un marché ou uniquement une position dominante.

Une proposition législative est prévue pour le quatrième trimestre de 2020, sous réserve des résultats de l'analyse d'impact.

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

La Commission européenne a publié le 8 septembre 2020 son document de travail synthétisant les évaluations du règlement d'exemption par catégorie n°330/2010.

Il ressort de l'évaluation que le règlement d'exemption et les lignes directrices sur les restrictions verticales sont toujours des outils pertinents qui permettent notamment aux entreprises d'autoévaluer leurs accords. La Commission a toutefois constaté que les marchés avaient grandement évolué du fait par exemple des ventes en ligne et de l'existence des plateformes numériques.

Une analyse d'impact sera menée par la Commission dans les prochaines semaines (consultation publique prévue pour le dernier trimestre 2020) afin d'analyser les problèmes recensés au cours de l'évaluation. Une révision du règlement est prévue d'ici au 31 mai 2022, date à laquelle les règles actuelles expireront.

- **Consultation publique sur la communication de la Commission sur la définition du marché en cause en droit de la concurrence**

La Commission a lancé le 26 juin 2020 une consultation publique afin d'évaluer s'il y a lieu de modifier la Communication sur la définition de marché datant de 1997 (97/C 372/03). Cette consultation est ouverte jusqu'au 9 octobre 2020.

La Commission souhaite en effet actualiser les définitions de marché de produits et de marché géographique à l'ère du numérique et de la mondialisation de l'économie.

Une conférence ou un atelier de travail regroupant experts techniques et représentants des principales parties prenantes devrait se tenir au cours du dernier trimestre 2020.

Les résultats de ces consultations seront publiés en 2021.