

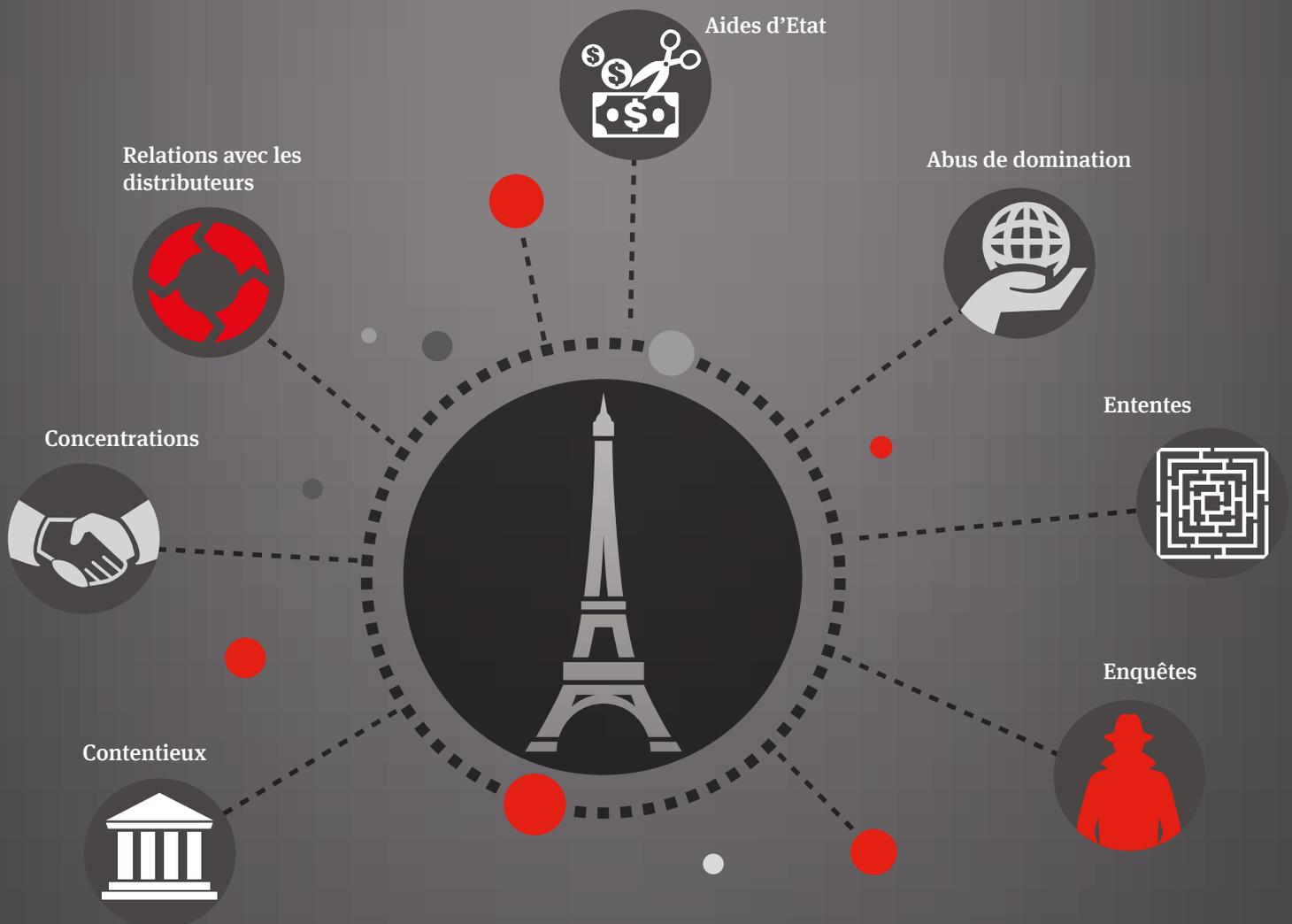
EnJeu

Le droit de la concurrence vu par l'équipe de Paris

N°1 – Septembre 2017

Sommaire

Prix excessifs : beaucoup de bruit pour rien ?	02
Actions privées en matière de concurrence : la France pourra-t-elle rivaliser avec ses voisins européens ?	05
Echanges d'informations : le facteur temps dans l'analyse de l'information stratégique	08





Prix excessifs : beaucoup de bruit pour rien?

Marta Giner Asins et Arnaud Sanz

Rarement poursuivis et condamnés par les autorités de concurrence, les prix excessifs semblent faire partie de ces « buzzwords » que connaît de temps à autre le droit de la concurrence. Les esprits se sont quelque peu échauffés à ce sujet à la suite du scandale Daraprim aux Etats-Unis en septembre 2015, et plus récemment avec l'amende record prononcée par l'autorité britannique dans l'affaire Pfizer/Flynn Pharma en décembre 2016. Les enquêtes sur les prix excessifs continuent de se multiplier dans le secteur pharmaceutique, la Commission européenne et l'autorité espagnole investiguant à leur tour l'affaire Aspen, et l'Autorité française ayant annoncé plus largement une enquête sectorielle sur le secteur de la santé qui pourrait également couvrir ce thème. Pour autant, comme le rappelle opportunément l'Avocat Général Nils Wahl dans ses conclusions du 6 avril 2017, dans une affaire pendante devant la Cour de Justice, le standard de preuve en matière de prix excessifs devrait demeurer particulièrement strict.

Bien que les affaires de prix excessifs soient d'ordinaire plutôt rares, voire exceptionnelles, les autorités de concurrence semblent nourrir un intérêt soudain pour ces pratiques, particulièrement dans le secteur pharmaceutique. Si l'on peut y voir le signe d'une intensification des contrôles de la proportionnalité des prix pratiqués par les entreprises en position dominante, on peut également se demander si cette tendance ne reste pas limitée à ce secteur particulier et si elle ne constitue pas un effet temporaire propulsé par l'affaire du Daraprim aux Etats-Unis de septembre 2015.

Il n'en demeure pas moins qu'il existe de bonnes raisons pour que les autorités de la concurrence soient jusqu'ici restées en retrait face à ces pratiques qui, non seulement sont particulièrement complexes

à démontrer, mais devraient dans certains cas davantage relever de la compétence des régulateurs sectoriels.

Dans des conclusions particulièrement pédagogiques rendues dans une affaire concernant des droits d'auteurs en Lettonie (AKKA/LAA), l'Avocat Général Nils Wahl pointe du doigt ces écueils et revient aux fondamentaux. S'il est sans doute un peu tôt pour en tirer des principes tant que la Cour de Justice ne s'est pas prononcée, elles méritent certainement de s'y attarder.

Les affaires Aspen et Pfizer/Flynn Pharma

Fin septembre 2016, l'autorité de la concurrence italienne a condamné Aspen à une amende de 5,2 millions d'euros pour avoir contraint l'agence

nationale des médicaments à accepter une augmentation importante (entre 300% et 1500% selon les produits) dans le cadre de la renégociation des prix réglementés de ses anticancéreux (acquis de GSK), et ce en usant de différents moyens de pression, notamment en menaçant l'agence de cesser de commercialiser ces médicaments en Italie si elle n'obtenait pas gain de cause.

Deux mois plus tard, le 7 décembre 2016, ce fut le tour de l'autorité britannique (CMA) de sanctionner Pfizer à une amende record de 84,2 millions de pounds, et son distributeur Flynn Pharma à une amende de 5,2 millions, pour abus de position dominante pour avoir commercialisé à des prix jugés excessifs des antiépileptiques auto-génériques (Epanutin). Cette affaire était toutefois étroitement liée aux

failles de la réglementation des prix des médicaments. En Angleterre, le prix des médicaments vendus sans nom de marque n'étant pas réglementé (mais cela pourrait changer avec le projet de réforme des dépenses de santé), Pfizer et Flynn Pharma avaient entrepris de supprimer la marque Epanutin de leurs antiépileptiques pour les commercialiser à des prix plus élevés de 2300% à 2600%. Considérant que les patients déjà traités encourraient des risques de convulsions s'ils changeaient de médicament (même pour un autre générique), ce qui empêchait les concurrents de les attirer par de meilleurs prix, la CMA a estimé que Pfizer et son distributeur avaient abusé de leur position dominante en tirant profit des lacunes de la réglementation pour imposer des prix excessifs.

Et l'on sait que d'autres dossiers de prix excessifs sont en cours d'investigations contre d'autres laboratoires pharmaceutiques. Notamment, l'autorité espagnole (en février 2017) et la Commission européenne (en mai 2017) ont toutes deux commencé à enquêter sur les pratiques tarifaires d'Aspen sur certains de ses anticancéreux. Par ailleurs, en juillet 2017, à l'occasion de la publication de son rapport annuel, la présidente de l'Autorité française, Isabelle Da Silva, a annoncé l'ouverture d'une enquête à large spectre sur le secteur de la santé, dont les prix excessifs pourraient bien faire partie.

L'affaire AKKA/LAA

Dans ce contexte, on lira avec intérêt les conclusions du 6 avril 2017 de l'Avocat Général Nils Wahl, en réponse à la question préjudicielle posée à la Cour de Justice par la Cour suprême lettone. L'Avocat Général appelle de ses vœux une clarification des conditions dans lesquelles l'imposition de prix élevés pourrait être condamnée sur le fondement des abus

de position dominante, et prône une application prudente et restrictive de la jurisprudence *United Brands* en la matière.

Dans cette affaire, la société lettone de gestion collective des droits d'auteurs (l'AKKA/LAA), qui dispose en Lettonie du monopole légal sur l'octroi de licences pour l'exécution publique d'œuvres musicales dans les magasins et lieux de services aux clients, a été condamnée à plusieurs reprises par le conseil de la concurrence lettone pour avoir pratiqué des taux de redevance pour la rémunération des auteurs jugés excessifs. Saisie d'un pourvoi contre la décision d'appel, la Cour suprême a décidé d'en référer à la Cour de Justice afin, notamment, de préciser la méthodologie à suivre pour identifier des prix « non équitables » (ou « excessifs ») au sens de l'article 102 a) alinéa 2 TFUE.

A cet égard, le test en deux étapes défini par la Cour de Justice dans l'affaire *United Brands* requiert pour mémoire de déterminer :

1. s'il existe une disproportion excessive entre, d'une part, le prix effectivement facturé par l'entreprise dominante, et d'autre part, le prix de référence hypothétique qui aurait dû être facturé en situation de concurrence efficace. A cette fin, le prix de l'entreprise dominante doit être comparé avec la valeur économique du produit, qui peut être appréciée (i) au regard des coûts de revient et de la marge pouvant raisonnablement être escomptée, mais aussi (ii) des prix facturés par d'autres entreprises soit sur le même marché, soit sur d'autres marchés, (iii) des prix facturés par l'entreprise dominante pour le même produit à d'autres moments, et/ou (iv) pour d'autres produits ou marchés géographiques ;

2. si cette disproportion est inéquitable, c'est-à-dire qu'elle ne repose pas sur des justifications valables mais résulte uniquement d'un abus de position dominante. Dans ce cadre, les autorités doivent vérifier si le prix est abusif en soi au niveau absolu, ou par comparaison avec les produits concurrents.

Ce test pose toutefois de nombreuses difficultés pratiques.

La première branche du test (établir un écart excessif) nécessite en effet, d'une part, de trouver des situations comparables suffisamment homogènes pour soutenir la comparaison, et d'autre part, de déterminer avec certitude que l'écart est véritablement excessif, ce qui est loin d'être chose aisée. Sur ce point, l'Avocat Général invite les autorités à la prudence :

- rappelant le principe de la présomption d'innocence, il recommande l'application d'une combinaison de méthodes, ou si une seule méthode est envisageable, de la compléter par d'autres indices (existence de barrières à l'entrée ou à l'expansion, présence d'un régulateur sectoriel chargé de fixer ou contrôler les prix, puissance d'achat des clients, etc.). En somme, une charge de la preuve particulièrement élevée pour les autorités, qui devront s'appuyer sur un ensemble d'éléments suffisamment complets et fiables, et se garder de toute analyse « incomplète, superficielle ou douteuse » ;
- il va même plus loin en posant comme postulat que « des prix non équitables, au sens de l'article 102 TFUE, ne peuvent exister que sur des marchés réglementés, où les autorités publiques exercent une forme de contrôle sur les forces de l'offre et où, par conséquent, le champ pour une concurrence libre et

ouverte est réduit » (§ 48). En effet, sur un marché où la concurrence est libre et ouverte, un prix élevé devrait en principe inciter les concurrents à faire de meilleures offres. De fait, la plupart des affaires où des entreprises ont été condamnées sur ce fondement (dont les affaires Aspen et Pfizer/Flynn Pharma) concernaient des marchés réglementés et/ou dotés de fortes barrières à l'entrée ;

- il souligne que le contrôle des prix et des éventuels abus devrait avant tout incomber aux autorités de régulation sectorielles, beaucoup mieux équipées que les autorités de la concurrence en la matière. Le rôle d'une autorité de concurrence devrait dès lors se limiter aux cas rares où l'autorité sectorielle a commis des erreurs ou manqué à sa mission réglementaire ;

- quant au caractère excessif, il recommande de ne condamner que les écarts « significatifs et persistants ».

Sur la deuxième branche du test, l'Avocat Général marque également une volonté claire et affichée de limiter les poursuites sur le fondement des prix excessifs, considérant que :

- en principe, des prix élevés ne sont pas, per se, abusifs et devraient au contraire jouer un rôle clé dans le processus concurrentiel en intensifiant la concurrence ;
- la charge de la preuve incombe aux autorités de la concurrence, et à défaut la présomption d'innocence doit l'emporter ;

- par conséquent, un prix ne devrait pas pouvoir être qualifié d'abusif sauf à pouvoir démontrer qu'il n'existe aucune autre explication économique.

En bref, l'Avocat Général nous livre ici des recommandations pleines de bon sens, mais reste à savoir s'il sera suivi par la Cour, ce qui n'est pas toujours le cas...

Conseil pratique :

Les entreprises directement visées par les affaires en cours dans le secteur pharmaceutique pourront utilement nourrir leur défense en s'appuyant sur les conclusions de l'Avocat Général.

Plus généralement, les entreprises en position dominante, en particulier celles actives sur des marchés réglementés ou caractérisés par de fortes barrières à l'entrée, gagneront à déterminer leur politique tarifaire de manière proportionnée au regard de la valeur du produit ou service concerné, et veilleront à conserver la trace de leurs justifications économiques afin de se prémunir contre d'éventuelles actions.



Actions privées en matière de concurrence : la France pourra-t-elle rivaliser avec ses voisins européens ?

Arnaud Sanz et Michel Pflieger

Trois ans après la publication de la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 (la Directive) fixant un cadre commun pour les actions privées en matière de concurrence en Europe, la France vient d'en achever la transposition par la publication de l'ordonnance 2017-303 du 9 mars 2017 (l'Ordonnance) et du décret 2017-305 du même jour (le Décret). Ce nouveau régime se révèle à certains égards plus ambitieux que la Directive et traduit une volonté claire de la France en faveur du développement des actions privées en matière de concurrence sur son territoire. Reste à savoir si cela suffira à pallier les difficultés que continuent de rencontrer les victimes dans ce type d'actions.

Souvent jugée moins attractive que ses voisins néerlandais, anglais et allemand en matière d'actions privées, la France paraît déterminée à se doter d'outils plus séduisants afin de rattraper son retard. Si la réforme ne bouleverse pas les fondamentaux de l'action en dommages et intérêts, qui continue de s'articuler autour du triptyque classique faute/préjudice/liens de causalité, elle enrichit son dispositif de multiples mesures favorables aux victimes, tout en préservant une certaine balance avec les intérêts légitimes des défendeurs.

Parmi les nouveautés principales héritées de la Directive, les victimes voient leur tâche facilitée par l'établissement d'une série de présomptions, tant sur le terrain de la faute que sur celui du préjudice :

- à l'image des dispositions introduites par la loi Hamon pour

les actions de groupe, la réforme établit une présomption irréfutable de faute lorsqu'une infraction aux règles de concurrence a été constatée par l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne. Précision importante, la France se montre ici plus ambitieuse que la Directive en prévoyant que la présomption s'applique dès que l'existence et l'imputation de l'infraction ont été établies de manière définitive (non susceptible d'appel ou confirmée en appel), alors qu'une transposition pure et simple de la Directive aurait nécessité d'attendre la fin des voies de recours y compris lorsqu'elles ne portent que sur le montant des amendes. Résultat, les victimes pourront immédiatement agir contre les demandeurs de clémence et les entreprises ayant transigé, ceux-ci ne pouvant faire appel que du montant de leurs amendes. Toutefois, cette

présomption ne s'applique pas aux décisions rendues par des autorités de concurrence étrangères, qui ne constituent qu'un moyen de preuve ordinaire d'une faute ;

- s'agissant du préjudice, son existence est présumée en cas d'entente, jusqu'à preuve contraire. Mais surtout, la réforme met fin aux hésitations de la jurisprudence en matière de répercussion des surcoûts (passing-on). Désormais, les règles sont claires :
 - les victimes acheteurs directs et indirects doivent démontrer qu'elles ont subi un surcoût ou qu'un surcoût leur a été répercuté, afin de pouvoir en obtenir réparation. Mais sur ce point, il suffira à l'acheteur indirect de démontrer que le défendeur a pris part à une pratique anticoncurrentielle,

que cette pratique a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct, et qu'il a acheté un produit concerné par ou dérivé de la pratique ; et

- le défendeur ne pourra pas se contenter de rétorquer que les victimes ont elles-mêmes répercuté ce surcoût, puisqu'elles bénéficient aujourd'hui d'une présomption de non-répercussion. Certes, le défendeur garde la possibilité d'apporter la preuve contraire, mais avec toutes les difficultés que cela impliquera en pratique.

Pour autant, la victime devra toujours quantifier son préjudice, ce qui constitue certainement l'écueil majeur dans ce type d'action. Encore récemment, une consommatrice en a fait l'expérience douloureuse en voyant son action rejetée par le Tribunal de grande instance de Lille le 8 juin 2017, alors qu'elle tentait d'obtenir réparation auprès des lessiviers Henkel, Unilever, Procter & Gamble et Colgate Palmolive à la suite de leur condamnation par l'Autorité de la concurrence en décembre 2014. Le Tribunal a en effet considéré qu'il n'était pas suffisamment établi que la demanderesse avait subi, du fait de l'existence de l'entente, un surcoût injuste équivalent à 20% des sommes dépensées pour l'achat de lessives pour la période 2003-2006.

Même si la réforme permet au juge de solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence, on peut s'interroger sur sa valeur ajoutée et l'affaire restera certainement un débat d'experts où les cabinets d'économistes continueront de s'affronter.

Dans ce contexte, l'accès aux preuves sera déterminant, et c'est sans doute là l'un des apports les plus attendus de la réforme :

- s'agissant des pièces du dossier d'une autorité de concurrence auxquelles la victime pourra

avoir accès, on notera que la réforme transpose fidèlement la liste « noire » des exclusions absolues prévue par la Directive afin de préserver l'attractivité des procédures de clémence et de transaction. Ainsi, ne sont pas communicables les déclarations du demandeur de clémence ou de l'entreprise transigeant, ainsi que les passages de pièces de la procédure retranscrivant ces déclarations, ce qui laisse toutefois la faculté d'obtenir communication des indices et éléments de preuve fournis par ces entreprises. En revanche, erreur de plume ou volonté délibérée, la réforme apparaît moins restrictive que la Directive sur la liste « grise » des exclusions relatives (qui valent jusqu'à la clôture de la procédure de concurrence) en n'excluant pas la communication de l'ensemble des informations préparées par les entreprises « aux fins de la procédure », mais uniquement de celles préparées « aux fins d'une enquête ou d'une instruction menée par une autorité de concurrence ». Or, même si les services du ministère de la justice s'en défendent dans la circulaire du 23 mars 2017 « sous réserve de l'analyse des juridictions », cette formulation pourrait bien permettre aux victimes d'obtenir communication des mémoires d'observations des entreprises échangés à compter de la notification des griefs devant le collège, formation de jugement (et non d'instruction) de l'Autorité de la concurrence ;

- mises à part ces exclusions, les victimes se voient dotées d'un droit d'accès particulièrement étendu qui ne leur permet plus uniquement de demander au défendeur ou à un tiers des documents individuellement identifiés, mais également des catégories entières de documents présentant des caractéristiques communes. Sur

ce point, il est heureux que le texte finalement adopté soit venu rectifier une lacune importante du projet de décret, qui avait omis de requérir une identification aussi précise et étroite que possible, unique garde-fou contre les fishing expeditions. L'erreur est réparée, le Décret exigeant que les catégories de documents soient précisément et étroitement identifiées au regard de leurs caractéristiques communes et pertinentes (nature, objet, contenu, moment d'établissement, etc.) ;

- on reste toutefois quelque peu sur sa faim en constatant le montant très limité de l'amende prévue en cas de non-respect d'une injonction de communiquer, qui certes a été porté à 10.000 euros au lieu des 3.000 euros prévus dans le projet de décret, mais semble encore peu dissuasif au vu de l'importance des intérêts en jeu. Peut-être le salut se trouvera-t-il dans l'action en dommages et intérêts qui est ouverte au demandeur si le refus de communication lui cause préjudice...

Sur le plan procédural, on notera par ailleurs que la réforme a redéfini le champ d'application de l'action privée, clarifié l'articulation des responsabilités entre coauteurs, et reprécisé les règles de prescription applicables :

- plus large que la Directive, la réforme ouvre l'action en réparation non seulement aux cas de pratiques anticoncurrentielles, mais aussi à d'autres pratiques comme l'octroi de droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises, des accords et pratiques relatifs aux transports publics de personnes, ou les prix abusivement bas ;
- la réforme consacre expressément le droit de la victime d'agir contre l'un quelconque des coauteurs, en rappelant le principe de la

responsabilité solidaire (qui existait déjà en droit civil), tout en l'aménageant en ligne avec la Directive à l'égard des PME et des primo-demandeurs de clémence, qui bénéficient de limitations de responsabilité. En général, les victimes pourront ainsi choisir leur défendeur en fonction de la situation qui leur est la plus favorable et demander réparation pour le tout, à charge pour lui de se retourner ensuite contre ses coauteurs. Notons toutefois que le primo-demandeur de clémence ne sera responsable solidairement que vis-à-vis de ses acheteurs directs et indirects, et non à l'égard des victimes d'autres participants à l'infraction, sauf à ce qu'elles soient dans l'impossibilité d'obtenir réparation auprès d'eux ;

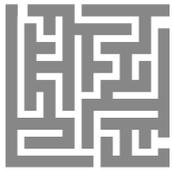
- sur le plan de la prescription, la réforme reprend le délai traditionnel de droit civil de 5 ans à compter du moment où le demandeur « a connaissance ou aurait dû avoir connaissance » du fait qu'il a subi un dommage résultant de la pratique en cause, précisant toutefois qu'il ne peut en tout état de cause commencer à courir que si la pratique a cessé. Ce point de départ s'avère néanmoins un peu plus favorable aux victimes que celui prévu par la Directive, qui se référerait plus vaguement au moment auquel le demandeur « puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance... » Ce faisant, il devrait être plus difficile aux défendeurs d'invoquer que la victime aurait pu agir plus tôt, par exemple s'il existait des rumeurs dans la presse...

La réforme comporte encore bien d'autres dispositions en transposition de la Directive (incitation au règlement amiable, protection du secret des affaires, etc.), plaçant ainsi la France à l'équilibre vis-à-vis des autres Etats membres, voire au-dessus à certains égards.

Reste à savoir si cela sera suffisant pour rebattre les cartes du forum shopping ou s'il faudra compléter cet arsenal par d'autres dispositifs (tels que le financement des actions par des tiers, qui reste encore très peu développé en France).

Conseil pratique :

En matière d'actions privées, la conservation des preuves sera un élément déterminant aussi bien pour les victimes que pour les défendeurs. Compte tenu de la durée particulièrement longue des procédures de concurrence, les entreprises devront s'assurer de disposer d'un système de gestion électronique des documents (contrats, commandes, factures, comptabilité, etc.) suffisamment complet et fiable pour résister à l'épreuve du temps et à l'évolution des technologies.



Echanges d'informations : le facteur temps dans l'analyse de l'information stratégique

Marta Giner Asins et Yann Anselin

Les échanges d'informations constituent un pan complexe du droit de la concurrence. Leur analyse, axée sur l'identification d'un risque de coordination tacite entre concurrents, est multifactorielle et rétive à toute tentative de systématisation. Parmi les principaux critères d'évaluation, le « facteur temps » joue un rôle crucial à plusieurs niveaux. A un premier niveau, le caractère passé ou futur de l'information échangée conditionne l'ampleur du risque et l'analyse juridique applicable. A un second niveau, les cycles du marché et la fréquence des échanges impactent à des degrés divers la possibilité d'une coordination et la durée de ses effets. Deux décisions récentes, l'une du Tribunal de l'Union européenne (le Tribunal) dans l'affaire du cartel des puces électroniques, l'autre de l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) dans le secteur de location des véhicules permettent d'illustrer l'analyse des autorités à cet égard.

Selon une jurisprudence établie, les échanges d'informations entre concurrents peuvent restreindre la concurrence s'ils permettent ou induisent la coordination du comportement concurrentiel des entreprises. Un risque de coordination existe principalement lorsque les informations échangées sont des informations non-publiques, individuelles et « stratégiques ».

Si ce dernier critère est décisif, une difficulté pour le juriste est que la notion d' « information stratégique » est mouvante :

- quant à son contenu, d'une part, puisque toute information confidentielle est potentiellement « stratégique ». Outre les informations sur les prix et les quantités, peuvent être stratégiques

les informations sur les coûts de production, le chiffre d'affaires, les capacités, les listes de clients, les stratégies commerciales, les risques, les investissements, les technologies, les programmes de R&D, etc. Par ailleurs, la valeur stratégique d'une information est relative et dépend pour beaucoup du fonctionnement concurrentiel de chaque secteur ;

- quant à ses effets probables sur la concurrence, ensuite, qui peuvent varier sensiblement d'un secteur à l'autre.

Deux décisions récentes, l'une du Tribunal en date du 15 décembre 2016 dans l'affaire du cartel des puces électroniques, l'autre de l'Autorité du 27 février 2017 dans le secteur de la location de voitures, viennent rappeler l'importance du facteur

temps dans l'analyse des échanges d'informations, ce à deux titres : le « temps » des données échangées, tout d'abord, qui ne soulèvent pas les mêmes risques selon qu'elles sont futures ou passées, celui du marché et de l'échange d'information, ensuite, qui conditionnent l'analyse des effets anticoncurrentiels à des degrés divers.

Le jugement du Tribunal dans l'affaire du cartel des puces électroniques : présomption de coordination attachée aux informations stratégiques futures et prise en compte du cycle du marché dans l'évaluation de la durée des effets anticoncurrentiels

Pour rappel, Infineon avait été condamnée en 2014 avec Philips, Renesas et Samsung par la Commission européenne pour avoir, entre septembre 2003 et septembre

2005, procédé à des échanges de vues et échangé des informations commerciales sensibles concernant les prix, les clients, les négociations contractuelles, les capacités de production ou plus généralement leur comportement futur sur le marché.

Au soutien de son pourvoi Infineon avait notamment contesté le caractère anticoncurrentiel « par l'objet » des échanges retenus à son encontre, arguant notamment que les échanges étaient trop généraux pour constituer une entente par objet. Le Tribunal a rejeté ces arguments en considérant en substance que les informations relatives aux intentions stratégiques individuelles, notamment ceux en matière de prix et de capacités futures modifient immanquablement en raison de leur nature même le comportement des parties à l'échange. Le degré de précision de l'information échangée est secondaire dès lors qu'elle n'a pu que modifier le comportement des parties à l'échange.

On mesure les conséquences pratiques de cette approche au regard du type d'échanges qualifiés d'entente par l'objet dans le jugement, et notamment :

- l'indication par un concurrent de ce que les usines « tournent à 90% de leur pleine capacité » et qu'il n'y « aurait pas de capacité supplémentaires pour l'année suivante » ;
- l'indication par un concurrent de ce qu'il « envisage une augmentation de prix » ou au contraire une « stabilité des prix » pour un produit donné ;
- l'information donnée par une entreprise de son incapacité à s'aligner sur les prix pratiqués par deux de ses concurrents auprès d'un client.

Pour le Tribunal, de telles informations entraînent nécessairement une distorsion de concurrence. Peu importe, dès lors, qu'elles soient imprécises ou, même, volontairement inexacts.

L'analyse est d'autant plus stricte que le Tribunal laisse clairement entendre qu'un seul échange de ce type peut en lui-même constituer une infraction par objet. A cet égard, surtout, le contexte économique de l'échange, et en particulier le cycle de négociations tarifaires, est mobilisé pour justifier l'existence d'effets anticoncurrentiels prolongés. De ce que les prix des puces électroniques sont déterminés sur une base annuelle, le Tribunal infère en effet qu'il pouvait dès lors se borner à vérifier si Infineon avait participé à au moins une discussion anticoncurrentielle durant chacune des trois années d'infraction retenues à son encontre.

Le cumul entre la présomption de coordination attachée au caractère futur de l'information échangée et la prise en compte des caractéristiques du marché pour en aggraver les effets entraîne des conséquences sévères.

La décision de l'Autorité relative au secteur de la location de véhicules : analyse par les effets des échanges d'informations stratégiques passées et prise en compte de la fréquence des échanges pour évaluer la probabilité d'une coordination

A l'inverse de l'affaire des puces électroniques, la décision de l'Autorité portait sur le risque de coordination entraîné par l'échange d'informations stratégiques passées.

Etait en cause l'accès donné à chaque loueur par les aéroports au chiffre d'affaires et au nombre de contrats de ses concurrents réalisés au cours du mois précédant la communication des

données, ainsi que, dans la plupart des aéroports, au niveau du trafic de passagers arrivant sur l'aéroport concerné.

Le risque de coordination était lié au fait que ces données permettent aux loueurs de calculer les parts de marché de leurs concurrents mais également la valeur moyenne de leurs contrats, le taux de pénétration par rapport aux passagers arrivant, le taux de progression du nombre des contrats et du chiffre d'affaires par rapport au même mois de l'année précédente.

L'Autorité a donc examiné si la communication mensuelle de données permettait aux loueurs d'appréhender les stratégies tarifaires et commerciales de leurs concurrents avec suffisamment de précision pour adapter son comportement en conséquence. Elle a conclu par la négative en se basant notamment sur le cycle des prix et des négociations tarifaires à l'endroit des clients non-professionnels, d'une part, et professionnels, d'autre part :

- s'agissant des clients non-professionnels, l'Autorité a exclu la possibilité d'une coordination tacite en raison, notamment, de l'accès en temps réel aux prix des concurrents permis par les logiciels de veille concurrentielle. Dans la mesure où une partie significative des prix publics des loueurs évoluent en temps réel en fonction de la demande adressée à chaque loueur, le risque de coordination attaché aux informations mensuelles échangées est en quelque sorte neutralisé par la transparence du marché, puisqu'elles ne permettent pas d'observer de manière continue l'efficacité de la politique tarifaire de chaque loueur sur les clients diffus ;

- s'agissant des clients professionnels, l'Autorité exclut également la possibilité d'une coordination, cette fois-ci en raison de la longueur du cycle de négociations tarifaires : les tarifs et stratégies commerciales entre loueurs et clients étant déterminés à l'avance dans le cadre de contrats cadres annuels (ou biannuels), l'obtention de statistiques mensuelles dans l'intervalle ne permet pas de renforcer la transparence du marché pour les loueurs.

Conseil pratique :

Les entreprises doivent soigneusement prendre en compte le « facteur temps » dans l'analyse des échanges d'informations, celui-ci jouant un rôle crucial à plusieurs niveaux :

- *Le temps des données échangées impacte substantiellement les risques encourus et l'analyse applicable. Lorsque celles-ci sont futures, tout échange pertinent pour la formation des prix ou la stratégie commerciale future est susceptible d'être analysé de façon formaliste tenant essentiellement compte de la nature de l'information échangée. Lorsqu'elles sont passées, le risque est a priori moindre mais différent : il incombe alors à l'entreprise d'évaluer précisément le risque de coordination induit par les échanges, la complexité de l'exercice créant souvent une incertitude juridique inévitable.*
- *Le temps du marché peut considérablement influencer sur la durée des effets anticoncurrentiels imputés à l'échange – et partant, sur celle de l'infraction éventuellement reprochée à l'entreprise. A l'extrême, une seule réunion peut, on l'a vu, donner lieu à une infraction annuelle si telle est la durée du cycle des prix.*
- *Le temps de l'échange peut, surtout pour les données passées, écarter ou au contraire confirmer le risque de coordination induit par des échanges. La décision de l'Autorité montre toutefois qu'une des précautions à prendre est d'éviter de calquer la fréquence des échanges sur le cycle de négociations tarifaires et commerciales avec les clients.*

Norton Rose Fulbright dans le monde

Norton Rose Fulbright est un cabinet d'avocats d'affaires international. Nous fournissons une gamme complète de services juridiques aux entreprises et institutions financières mondiales de premier plan. Notre cabinet rassemble au-delà de 4000 avocats dans plus de 50 villes à travers l'Europe, les Etats-Unis, le Canada, l'Amérique latine, l'Asie, l'Australie, l'Afrique, le Moyen-Orient et l'Asie centrale.



◆ Nos bureaux

Effectif total

7000+

Effectif juridique

4000+

Nombre de bureaux

50+

Secteurs clés

- Institutions financières
- Énergie
- Infrastructures, mines et matières premières
- Transport
- Technologie et innovation
- Sciences de la vie et santé

Europe

- Amsterdam
- Athènes
- Bruxelles
- Francfort
- Hambourg
- Londres
- Istanbul
- Luxembourg
- Milan
- Monaco
- Moscou
- Munich
- Paris
- Pirée
- Varsovie

États-Unis

- Austin
- Dallas
- Denver
- Houston
- Los Angeles
- Minneapolis
- New York
- St Louis
- San Antonio
- San Francisco
- Washington DC

Canada

- Calgary
- Montréal
- Ottawa
- Québec
- Toronto
- Vancouver

Amérique Latine

- Bogotá
- Caracas
- Mexico
- Rio de Janeiro
- Sao Paulo

Asie-Pacifique

- Bangkok
- Brisbane
- Hong-Kong
- Jakarta¹
- Melbourne
- Pékin
- Perth
- Port Moresby (Papouasie-Nouvelle-Guinée)
- Shanghai
- Singapour
- Sydney
- Tokyo

Afrique

- Bujumbura²
- Le Cap
- Casablanca
- Dar es-Salaam
- Durban
- Harare³
- Johannesburg
- Kampala²
- Nairobi³

Moyen-Orient

- Abu Dhabi
- Bahreïn
- Dubaï
- Riyadh²

Asie centrale

- Almaty

¹ TNB & Partners en association avec Norton Rose Fulbright Australie

² Mohammed Al-Ghamdi cabinet d'avocats en association avec Norton Rose Fulbright US LLP

³ Alliances

Contacts

Si vous souhaitez obtenir plus d'informations, veuillez contacter :

Paris

Marta Giner Asins

Associée

Tel +33 1 56 59 52 72

marta.ginerasins@nortonrosefulbright.com

Arnaud Sanz

Of counsel

Tel +33 1 56 59 53 34

arnaud.sanz@nortonrosefulbright.com

Yann Anselin

Collaborateur Senior

Tel +33 1 56 59 52 08

yann.anselin@nortonrosefulbright.com

Dylan Damaj

Collaborateur

Tel +33 1 56 59 52 24

dylan.damaj@nortonrosefulbright.com

Michel Pflieger

Collaborateur

Tel +33 1 56 59 52 74

michel.pflieger@nortonrosefulbright.com

Norton Rose Fulbright

Norton Rose Fulbright est un cabinet d'avocats d'affaires international. Nous fournissons une gamme complète de services juridiques aux entreprises et institutions financières mondiales de premier plan. Notre cabinet rassemble au-delà de 3500 avocats dans plus de 50 villes à travers l'Europe, les Etats-Unis, le Canada, l'Amérique latine, l'Asie, l'Australie, l'Afrique, le Moyen-Orient et l'Asie centrale.

Norton Rose Fulbright et Chadbourne & Parke ont annoncé leur futur rapprochement au deuxième trimestre 2017. Suite à ce rapprochement, Norton Rose Fulbright comptera plus de 1000 avocats aux États-Unis et 4000 avocats à travers le monde.

Reconnus pour notre approche sectorielle, nos compétences couvrent l'ensemble des secteurs clés de l'industrie : institutions financières, énergie, infrastructures, mines et matières premières, transport, technologie et innovation ainsi que sciences de la vie et santé.

Partout dans le monde, nous agissons en accord avec nos principes fondateurs dans la conduite des affaires que sont la qualité, l'unité et l'intégrité. Notre ambition est de fournir à nos clients, dans chacun de nos bureaux, un service juridique répondant aux plus hautes exigences et de qualité uniforme.

Le Verein Norton Rose Fulbright, un Verein suisse, aide à coordonner les activités des membres de Norton Rose Fulbright, mais il ne fournit aucun service juridique aux clients. Norton Rose Fulbright a des bureaux dans plus de 50 villes partout dans le monde, y compris à Londres, Houston, Toronto, Sydney et Johannesburg. Pour de plus amples renseignements, veuillez consulter nortonrosefulbright.com/legal-notices. Cette communication est un instrument d'information au sujet des faits nouveaux en droit. Son contenu ne saurait en aucune façon être interprété comme un exposé complet du droit ni comme un avis juridique de toute entité Norton Rose Fulbright sur les points de droit qui y sont discutés. Vous devez obtenir des conseils juridiques particuliers sur tout point précis vous concernant. Pour tout conseil ou pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à votre responsable habituel au sein de Norton Rose Fulbright.