



HAL
open science

L’Autorité de la concurrence sanctionne un organisme de protection sociale complémentaire pour avoir utilisé les moyens tirés de son activité quasi-monopolistique pour développer l’activité de sa filiale sur le marché des prestations de la gestion de la paie des intermittents du spectacle (Audiens SP)

Claire Mongouachon

► **To cite this version:**

Claire Mongouachon. L’Autorité de la concurrence sanctionne un organisme de protection sociale complémentaire pour avoir utilisé les moyens tirés de son activité quasi-monopolistique pour développer l’activité de sa filiale sur le marché des prestations de la gestion de la paie des intermittents du spectacle (Audiens SP). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2023, 1. hal-04542816

HAL Id: hal-04542816

<https://amu.hal.science/hal-04542816>

Submitted on 11 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

N° 1-2023

Abus d'éviction : L'Autorité de la concurrence sanctionne un organisme de protection sociale complémentaire pour avoir utilisé les moyens tirés de son activité quasi-monopolistique pour développer l'activité de sa filiale sur le marché des prestations de la gestion de la paie des intermittents du spectacle (*Audiens SP*)

PRATIQUES UNILATÉRALES, FRANCE, POSITION DOMINANTE (ABUS), POSITION DOMINANTE (NOTION), ASSURANCE, SANTÉ, SANCTIONS / AMENDES

Aut. conc., 15 nov. 2022, déc. n° 22-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des solutions de gestion de la paie des intermittents du spectacle

Claire Mongouachon | University of Aix-Marseille

Concurrences N° 1-2023 | Chroniques | Pratiques unilatérales

Cette décision fournit un nouveau cas d'abus lié à l'utilisation des ressources d'une entreprise dominante entretenant la confusion entre ses activités et celles de sa filiale dans un secteur peu habituel.

À la suite de la transmission par la DGCCRF d'un rapport d'une brigade interrégionale d'enquête de concurrence, l'Autorité s'est auto-saisi pour contrôler les pratiques de l'entreprise *Audiens Santé Prévoyance* [ci-après "*Audiens SP*"], organisme de prévoyance qui gère des activités d'assurance santé des intermittents du spectacle.

À la différence des décisions précédemment rendues pour ce type d'abus, il ne s'agit pas à proprement parler d'un opérateur public évoluant dans un secteur libéralisé. Néanmoins, quelques analogies demeurent. *Audiens SP* a pu bénéficier de droits exclusifs, ce qui explique sa situation de force sur le marché et justifie la mobilisation de l'infraction en l'espèce. *Audiens SP* avait en effet été désignée dans un accord collectif comme gestionnaire de la prévoyance lourde (décès, invalidité, incapacité) dès 2006 puis du régime de complémentaire santé à partir de 2008. Cette pratique de la "désignation" s'inscrivait dans le cadre d'accords négociés au sein d'une branche permettant de désigner un ou plusieurs organismes auprès desquels les entreprises étaient tenues d'assurer leurs salariés. Ce dispositif législatif a par la suite été censuré par le Conseil constitutionnel (décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013) sur le fondement de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. En conséquence, les clauses de désignation au profit d'*Audiens SP* n'ont pas été renouvelées après leur expiration au 31 décembre 2013. Néanmoins, ces clauses de désignation ont pu conférer à l'entreprise une "position historique" (pt 82) qui n'a guère évolué, en pratique, en raison de plusieurs facteurs qui seront détaillés ci-après.

Les pratiques litigieuses sont relevées sur le marché de sa filiale *Movinmotion* qui offre des services de gestion des ressources humaines, et en particulier de gestion de la paie, pour les intermittents du spectacle. *Audiens* en est l'actionnaire unique. L'intégration de la société *Movinmotion* dans le groupe *Audiens SP* avait précisément pour objectif de renforcer ses parts de marché en lui permettant de profiter de la notoriété d'*Audiens SP* (pt 22).

Mais cette stratégie commerciale s'est heurtée aux exigences du droit de la concurrence. À quelles conditions l'opérateur dominant peut-il s'appuyer sur les ressources tirées de son activité pour développer l'activité de sa filiale sur un marché connexe ?

L'Autorité de la concurrence apporte à cette question d'utiles précisions, faisant application des principes qu'elle avait développés notamment en matière de diversification des activités d'anciens monopoles légaux.

Les marchés concernés

Rappelant brièvement les modalités d'application du droit de l'Union, l'Autorité note que les pratiques mises en œuvre par *Audiens SP* couvrent l'ensemble du territoire national. Cette présence nationale est "susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile" d'après la Communication de la Commission européenne (Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO n° C 101 du 27 avril 2004, p. 81-96, pt 96). Partant, la condition d'affectation sensible du commerce est remplie en l'espèce.

Dans cette affaire, les comportements litigieux étaient commis sur un marché connexe à ceux sur lesquels l'entreprise est en position dominante. Chacun de ces marchés fait l'objet d'une délimitation propre.

En premier lieu, la position dominante d'*Audiens* est établie sur les marchés français de la protection sociale complémentaire collective des intermittents du spectacle. Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité identifie deux marchés distincts du secteur de la protection sociale complémentaire : un marché centré sur la prévoyance collective (prévoyance lourde couvrant certains risques graves) et un marché de l'assurance santé complémentaire (qui couvre les frais des prestations non pris en charge par la Sécurité sociale). Ces deux marchés sont circonscrits aux intermittents du spectacle compte tenu de leurs conditions particulières d'emploi qui ont généré un régime de prévoyance spécifique. Par ailleurs, les régimes de prévoyance et d'assurance santé des intermittents relèvent de la législation nationale, ce qui entraîne une délimitation au niveau national.

Sur ces deux marchés français, *Audiens* dispose d'un "quasi-monopole (...) qu'elle retire de sa position historique et de l'existence de "clauses de désignation" (...) ainsi que de fortes barrières à l'entrée" (pt 82). A cet égard, il faut préciser, d'une part, s'agissant de l'assurance santé complémentaire, qu'*Audiens SP* gère le fonds collectif du spectacle pour la santé auquel tous les employeurs d'intermittents ont l'obligation de cotiser. Ce fonds permet aux intermittents de bénéficier de garanties minimales et, le cas échéant, d'une réduction de cotisation sur l'offre de complémentaire santé d'*Audiens SP*, seule éligible à ce dispositif. D'autre part, s'agissant de la prévoyance collective, la quasi-totalité des employeurs d'intermittents adhère au régime de prévoyance d'*Audiens SP*.

En second lieu, l'abus est identifié sur le marché de la gestion de paie des intermittents du spectacle, qui constitue, lui aussi un "marché spécifique" (pt 77) de dimension nationale.

En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice (rappelée au pt 89 de la décision), il est possible de caractériser un abus sur un marché distinct de celui sur lequel la position dominante est détenue à condition qu'il y ait un lien de connexité entre ces marchés et qu'il existe des circonstances particulières.

L'Autorité rappelle que ce lien peut être déduit de la démonstration d'effets anticoncurrentiels sur le marché connexe (pt 91), ce qui peut conduire à un raisonnement quelque peu tautologique... En l'espèce, la stratégie de commercialisation du service de gestion de paie proposé par *Movinmotion* est rendue possible par l'utilisation des moyens détenus par *Audiens SP* (pt 92). L'Autorité relève toutefois des caractéristiques communes et des liens étroits entre ces marchés, puisque sur ces deux marchés les employeurs d'intermittents du spectacle doivent, d'une part, s'acquitter de leurs obligations en matière d'assurance prévoyance et santé complémentaire et, d'autre part, remettre un bulletin de paie aux intermittents et verser les contributions et cotisations sociales (pt 93).

Les pratiques prohibées

Une fois établi le lien de connexité étroite entre les marchés dominés et le marché abusé, l'Autorité a pu identifier deux types de pratiques commises sur le marché français des prestations de gestion de la paie des intermittents.

La première série de pratiques prohibées concerne l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de *Audiens SP* pour promouvoir l'offre proposée par *Movinmotion*.

L'Autorité indique à cet égard que cette utilisation ne constitue pas, en elle-même, une pratique abusive. Énonçant les termes de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (21 mai 2015, *Solaire Direct*, RG n° 2014/02694, p. 14) et de la Cour de cassation (27 septembre 2017, n° 15-20.087, p. 9) dans l'affaire des activités photovoltaïques d'EDF ENR, l'Autorité précise que l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur dominant ne peut être qualifiée d'abus qu'à condition qu'elle soit "*de nature à fausser la concurrence par les mérites*" (pt 97). Le fait d'entretenir la confusion dans l'esprit des consommateurs entre l'activité d'opérateur historique et celle des filiales procure à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable par leurs concurrents (pts 98 et 99). C'est là que réside la qualification d'abus. On peine néanmoins à imaginer dans quels cas l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur dominant ne serait pas de nature à entretenir une telle confusion...

Ces principes ont pu être transposés sans difficulté aux faits de l'espèce. L'utilisation de la dénomination "*Movinmotion by Audiens*", les moyens de communication employés par *Audiens SP* pour visibiliser l'offre de sa filiale auprès des employeurs, les campagnes de publipostage sont autant de procédés qui ont contribué à conférer un avantage concurrentiel à *Movinmotion* et à entretenir la confusion entre les activités quasi-monopolistiques d'*Audiens SP* et ses activités concurrentielles (pt 101).

La seconde série de pratiques identifiée concerne l'utilisation croisée de bases de clientèle pour commercialiser les offres de *Movinmotion*. Ici encore les principes applicables sont tirés de la jurisprudence *Direct Solaire* et ne se distinguent guère de ceux précédemment rappelés. L'utilisation d'informations privilégiées détenues de manière exclusive par l'opérateur historique constitue un "*avantage concurrentiel significatif*" en permettant la promotion d'offres sur un marché concurrentiel dans des conditions non répliquables par les concurrents (21 mai 2015, *Solaire Direct*, RG n° 2014/02694, p. 14). En l'espèce, *Audiens SP* dispose, du fait de son statut de gestionnaire des contrats d'assurance prévoyance et santé complémentaire, "*d'une base de données exhaustive et actualisée*" (pt 112). Ces données sont détenues au titre de son quasi-monopole, ils n'étaient pas accessibles aux concurrents de *Movinmotion*, et ont été utilisées, tant par *Audiens SP* que par la filiale, pour prospector les clients et promouvoir la prestation de gestion de la paie de cette filiale. L'Autorité en déduit logiquement que cette utilisation, qui s'est réalisée dans des conditions financières avantageuses pour *Movinmotion* (pt 118), constitue un "*avantage concurrentiel*" pour cette dernière, lui permettant d'assurer la promotion de son activité "*dans des conditions qui ne pouvaient être répliquées par les concurrents*" (pt 117).

Ce type d'abus de position dominante a ceci de particulier qu'une fois les pratiques établies, le débat relatif aux effets anticoncurrentiels apparaît relativement sommaire. Le récent arrêt *ENEL*, dans lequel la Cour de prononce sur des faits similaires (CJUE, 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale SpA ENEL SpA*, voir chronique *F. Marty, Concurrences n°3-2022, p. 88-*

90), semble valider une approche quasi *per se* des pratiques d'exploitation d'avantages issus d'un ancien monopole légal. Pour rappel, la Cour juge qu'une pratique peut être considérée comme abusive dès lors qu'elle a la capacité de restreindre la concurrence et de produire les effets d'éviction reprochés, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la réalité de ces effets. En l'espèce, l'Autorité indique très brièvement que les pratiques en cause "*étaient susceptibles d'avoir, par leur caractère systématique et coordonné, des effets sur le marché*" (pt 122). C'est donc seulement "*à titre surabondant*" que l'Autorité relève l'existence d'effets réels (pt 123) constatés sur la période avec l'augmentation très forte de la clientèle de *Movinmotion*. L'Autorité conclut que les pratiques mises en œuvre ont permis à celle-ci "*d'acquérir très rapidement une position significative sur le marché, par rapport à ses concurrents, grâce à des moyens que ces derniers ne pouvaient répliquer, faussant ainsi la concurrence par les mérites*" (pt 134).

La sanction prononcée

Audiens SP a sollicité le bénéfice de la procédure de transaction. En conséquence, elle n'a pas contesté la réalité des griefs notifiés et a obtenu le prononcé d'une sanction pécuniaire dans les limites fixées en amont par la transaction. Dans le cadre de cette procédure, l'Autorité ne s'est pas référée à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires telle qu'énoncée dans le communiqué de l'Autorité. La sanction pécuniaire, d'un montant de 800 000 €, a été prise en tenant compte de la gravité des pratiques. Cette analyse livre des observations intéressantes s'agissant de l'appréciation de la nature et des caractéristiques objectives de l'infraction. L'Autorité rappelle que la pratique de confusion entre les activités monopolistiques et concurrentielles d'un opérateur dominant "*présente un caractère de gravité certain*" (pt 144). De même, l'utilisation d'avantages non répliquables "*est d'une particulière gravité, notamment en ce qu'elle introduit une rupture majeure d'égalité dans la concurrence entre les différents opérateurs*" (pt 144). L'Autorité retient en l'espèce que les comportements litigieux "*s'inscrivent dans une stratégie globale et cohérente d'Audiens SP destinée à une pénétration rapide par Movinmotion du marché des prestations de gestion de la paie des intermittents*".

Un argument intéressant avancé par *Audiens SP* pour nuancer la gravité des pratiques consistait à distinguer son cas de figure des précédentes affaires. Elle arguait notamment qu'elle ne disposait pas d'un monopole historique, ce qui a suscité une réponse très argumentée de la part de l'Autorité. Celle-ci insiste sur le fait qu'elle détenait au contraire une position de monopole sur les marchés de la protection sociale complémentaire collective des intermittents "*par l'effet des clauses de désignation*" (pt 147). Ce faisant, l'Autorité parvient à rapprocher, jurisprudence européenne à l'appui (CJCE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, aff. C-437/09, pts 66 et 67), *Audiens SP* d'une entreprise titulaire d'un droit exclusif, au sens de l'article 106§1 TFUE (pt 148). En tout état de cause, l'Autorité souligne qu'*Audiens SP* disposait jusqu'en 2013 d'un "*quasi-monopole*" et "*demeure un acteur incontournable*" (pt 149), ce qui accentue la gravité des comportements anticoncurrentiels dont elle est l'auteur (pt 150).

En conclusion, les contours de la qualification d'abus de position dominante pour des pratiques d'exploitation d'avantages concurrentiels se trouvent ici largement balisés. Cette doctrine de l'Autorité se justifie par la volonté de préserver l'égalité des chances entre opérateurs économiques. Elle reste donc appliquée de façon privilégiée aux entreprises historiques ou aux entreprises détentrices de droits exclusifs qui seraient tentés de se développer sur des marchés concurrentiels en utilisant les moyens tirés du monopole.