N°49 – DECEMBRE 2021

Le Bulletin d'actualité en droit des régulations

MASTER 2 DERE (DROIT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA RÉGULATION EN EUROPE)

Sciences Po Strasbourg

4 DONNÉES PERSONNELLES
La réforme des règles UE LCB-FT à l'ère du numérique : quelle articulation avec le régime de la protection des données personnelles ?
Juliette Guillot

11 CARTEL DES CHANGES
La procédure de clémence, un outil de régulation des marchés financiers controversé
Solène Boivin

16 CONDAMNATION D'AMAZON
La condamnation d'Amazon par l'Autorité de la concurrence italienne pour pratiques anticoncurrentielles : la naissance d'un risque de double sanction à l'échelle nationale et européenne ?
Alexis Steinberger

Éditorial

La rédaction du Bulletin d'actualité en Droit des Régulations et l'ensemble des étudiants du Master 2 DERE vous souhaitent une excellente année 2022 ! Pour fêter l'arrivée de cette nouvelle année, le bureau de l'ADERE vous présente, comme à son habitude, ses perspectives sur l'actualité juridique marquante du mois passé en matière de droit économique.

À l'échelle de l'Union européenne, l'année 2022 promet de nouveaux défis à relever pour la Commission européenne, dont l'agenda est toujours marqué par les répercussions de la pandémie de la Covid 19. Outre ce contexte global, les secteurs de la régulation et de la concurrence ont également été marqués par des évènements significatifs.

En effet, le secteur de la régulation en matière financière et bancaire a été marqué par quelques avancées majeures sur lesquelles nous vous proposons de revenir dans cette édition. D'une part, la réforme en cours des règles LCB/FT pose la question de son articulation avec le RGPD, texte à l'influence déterminante sur le paysage législatif européen ; lui-même marqué par l'influence de plus en plus prégnante du numérique. En outre, une contributrice se propose de revenir pour vous sur l'affaire du cartel des changes, l'occasion de mettre en lumière l'importance du respect des règles concurrentielles dans le secteur financier.

Enfin, le droit de la concurrence a été marqué par un nouveau chapitre du bras de fer qui oppose les Autorités de Concurrence Nationales et la Commission européenne aux géants du web. En effet, l'Autorité Italienne a, par une décision en date du 9 décembre 2021, condamné le géant Amazon pour infraction aux dispositions de l'article 102 TFUE, dénonçant à cette occasion les pratiques exercées par la plateforme numérique dans le cadre de son système logistique Fullfilled by Amazon.

L'ensemble du bureau de l'ADERE vous souhaite une bonne lecture et vous dit à très vite pour une nouvelle édition riche en actualité juridique !

Emma LUX
Responsable publication

Jules ROUGRAFF
Président de l'ADERE

À LA UNE

RÉGULATION DE LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

La réforme des règles UE LCB-FT à l'ère du numérique : quelle articulation avec le régime de la protection des données personnelles ?
Par Juliette GUILLOT.....p.4

CONCURRENCE

Nouvel épisode dans l'affaire du cartel des changes : la procédure de clémence, un outil de régulation des marchés financiers controversé
Par Solène BOIVIN.....p.11

La condamnation d'Amazon par l'Autorité de la concurrence italienne pour pratiques anticoncurrentielles : la naissance d'un risque de double sanction à l'échelle nationale et européenne ?
Par Alexis STEINBERGER..... p.16

L'ensemble de ces articles ont été rédigés par les étudiants du Master 2 DERE.
L'ADERE en détient la propriété.

Rédaction en chef

Jules Rougraff
Président de l'ADERE

Emma Lux
Responsable publication

Juliette Guillot

Auteurs

Solène Boivin

Alexis Steinberger

La réforme des règles UE LCB-FT à l'ère du numérique : quelle articulation avec le régime de la protection des données personnelles ?

Juliette GUILLOT

Depuis le début des années 2010, plusieurs scandales de blanchiment d'argent ont ébranlé des banques européennes comme celui de la Danske Bank, principale banque danoise, dont l'abus financier serait estimé à plus de 200 milliards d'euros entre 2007 et 2015. De même, un certain nombre de transactions douteuses opérées par le biais de filiales de banques, provenant notamment des États Baltes, ont convaincu la Commission européenne de prendre des mesures afin de mieux prévenir et réprimer les transactions illicites liées au blanchiment de capitaux. La réforme des règles européennes en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme (LCB-FT) s'avérait dès lors nécessaire afin de garantir une utilisation licite du système financier de l'Union. Cependant, l'intensification de l'encadrement en matière de LCB-FT conduit dans le même temps à s'interroger sur l'articulation de ces nouvelles règles avec la protection des données personnelles.

Le rapport spécial de la Cour des comptes européenne relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans le secteur bancaire publié en juin 2021 témoigne de la place importante que prennent les transactions suspectes liées au blanchiment de capitaux[1] au sein de l'Union. En effet, celles-ci représenteraient l'équivalent, en Europe, d'1,3% du produit intérieur brut de l'Union européenne. L'article 324-1 du Code pénal définit le blanchiment de capitaux comme un délit pénal qui consiste à justifier de façon mensongère « *l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* ». En outre, la lutte contre le financement du terrorisme est liée à la lutte contre le blanchiment de capitaux, puisque ce dernier pourrait permettre de réunir des fonds afin de commettre un acte à caractère terroriste. La lutte contre ces pratiques constitue dès lors l'une des politiques essentielles de l'Union en matière de sécurité[2]. Elle nécessite *a fortiori* une coopération transfrontalière entre les pays et ce d'autant plus que ces actes criminels peuvent s'effectuer en réseaux, outrepassant les frontières étatiques. La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme a également pour objectif de garantir la stabilité de l'Union et ainsi d'éviter que ces pratiques constituent une menace pour le marché intérieur[3].

Ce même rapport pointe les dysfonctionnements institutionnels mais également les difficultés de coordination entre les États membres dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. En effet, ce combat étant bien souvent mené à l'échelle nationale, cela tend à amoindrir l'efficacité des mesures prises au niveau de l'Union. La règlementation européenne en matière de LCB-FT se fonde sur l'article 114 TFUE relatif à l'harmonisation. Dans ce cadre, l'Union a opté pour l'adoption de directives plutôt que de règlements. Or, ceci constitue une première source de difficulté quant à la transposition desdites directives qui varient selon les États membres. En effet, la marge de manœuvre laissée aux États membres favorise le renforcement des disparités nationales en la matière. Dès lors, ceci est source de

[1] Rapport spécial, Cour des comptes européenne, *l'UE et la lutte contre le blanchiment de capitaux dans le secteur bancaire : des efforts fragmentés et une mise en oeuvre insuffisante*, 2021.

[2] Communication de la Commission relative à la stratégie de l'UE pour l'Union de la sécurité, 24 juillet 2020.

[3] Directive UE 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal.

©ADERE

lenteur et d'inefficacité comme le souligne l'enquête menée par la Cour des comptes européenne[4]. De même, un risque de « *law shopping* » peut apparaitre, certains acteurs cherchant alors à bénéficier de règles plus clémentes[5].

Néanmoins, un nouveau paquet législatif a été proposé par la Commission européenne en juillet 2021 et vise notamment à renforcer la sécurité des Européens par la lutte contre la criminalité économique et financière. Ce paquet législatif est composé d'un règlement visant la création d'une nouvelle entité en matière de LCB-FT[6], d'un règlement concernant « *la vigilance à l'égard de la clientèle et les bénéficiaires effectifs* »[7], d'une sixième directive sur la LCB-FT[8] et enfin d'une révision du règlement de 2015 « *sur les transferts de fonds afin de garantir la traçabilité des transferts de crypto-actif* »[9]. L'usage de règlements plutôt que de directives, permettant une uniformisation des droits nationaux, pourrait d'une part tendre à favoriser l'efficacité des mesures en matière de LCB-FT et, d'autre part, faciliter la coopération interétatique et interinstitutionnelle. Toutefois, ce paquet législatif soulève des interrogations concernant son articulation avec le règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD)[10]. En effet, dans le contexte de l'ère numérique, les données personnelles représentent des denrées précieuses dont la protection s'avère essentielle. La protection de ces données constitue un droit fondamental protégé à la fois par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'UE[11]. Alors que le RGPD encadre la collecte, l'utilisation, le traitement et le stockage des données personnelles, les autorités de surveillance et les établissements financiers effectuent un traitement de celles-ci pour lutter contre le blanchiment de capitaux. Bien que l'article 6 c) et f) du RGPD rend conditionnellement licite le traitement de certaines données, dans un avis du 24 septembre 2021 émis par le Contrôleur européen des données personnelles[12], ce dernier alerte quant à l'utilisation et le traitement des données par les établissements financiers en matière de LCB-FT et établit un certain nombre de recommandations. En effet, le RGPD peut complexifier l'application des obligations des établissements financiers en matière de LCB-FT notamment concernant l'identification des clients ou encore leur devoir de vigilance. A l'inverse, certains avocats estiment que le respect du RGPD améliore l'efficacité de la LCB-FT, en ce qu'il permet l'exploitation de bases de données plus pertinentes[13].

Ainsi, la règlementation LCB-FT se voit considérablement renforcée dans le cadre de l'ère numérique (1). En outre, il convient d'observer l'apport de ce paquet législatif ainsi que l'équilibre normatif qui en résulte (2).

---

[4] Rapport spécial, Cour des comptes européenne, *l'UE et la lutte contre le blanchiment de capitaux dans le secteur bancaire : des efforts fragmentés et une mise en oeuvre insuffisante*, 2021.

[5] Association pour le développement des actifs numériques, *Refonte du régime LCB-FT à l'échelle de l'UE : l'ADN répond à la consultation de la Commission européenne,* 24 novembre 2021, https://adan.eu/consultation/paquet-lcbft-position-adan

[6] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant l'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et modifiant les règlements (UE) n°1093/2010 (UE) n°1094/2010 et UE n°1095/2010.

[7] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

[8] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mécanismes à mettre en place par les Etats membres pour prévenir l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme et abrogeant la directive (UE) 2015/849.

[9] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les informations accompagnant les transferts de fonds et de certains crypto-actifs (refonte).

[10] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

[11] Mandil Avocats, *La protection des données personnelles en quelques fiches*, février 2020 : https://mandil-avocats.com/wp-content/uploads/2020/02/FP000-Toutes-les-fiches.pdf

[12] European Data Protection Supervisor, *opinion 12/2021 on the anti-money laundering and countering the financing of terrorism (AML/CFT) package of legislative proposals*, 22 September 2021.

[13] Mandil Avocats, *La protection des données personnelles en quelques fiches*, février 2020 : https://mandil-avocats.com/wp-content/uploads/2020/02/FP000-Toutes-les-fiches.pdf

©ADERE

1. Un renforcement de l'arsenal LCB-FT dans un contexte d'essor de l'économie numérique

La construction d'un arsenal législatif européen en matière de LCB-FT remonte à juin 1991 avec la première directive anti-blanchiment. Cette directive mettait déjà en exergue l'importance de la coopération internationale, notamment concernant la lutte contre le trafic de stupéfiants. Les directives se sont succédé en tentant de résoudre les failles des précédentes et en ouvrant leur champ d'application, par exemple à des établissements non bancaires afin de garantir une lutte efficace contre la criminalité économique et financière. Effectivement, certains établissements effectuent des transferts de fonds sans pour autant être qualifiés d'établissements bancaires. Les directives visent également à lutter contre le financement du terrorisme et à améliorer la coopération entre les services lors des enquêtes financières.

1.1. Une réforme adaptée aux cyber risques

Dans le paquet législatif de 2021, la Commission va plus loin et a émis une proposition de règlement[14] afin de pallier aux grandes disparités de transposition. Ce règlement prévoit, entre autres, des mesures minimales de surveillance notamment sur les transactions suspectes mais également concernant les clients et l'identification de ces clients. Dès lors, ces mesures pourront directement être appliquées sans adopter de mesures nationales de transposition. Le paquet législatif souhaite, par exemple, instaurer un plafond de 10 000 euros pour les paiements en espèces au sein de l'Union afin, d'une part, de rendre plus difficile le blanchiment d'argent par les criminels et, d'autre part, d'assurer la traçabilité des fonds.

De plus, l'introduction de la sixième directive[15] LCB-FT permet de tenir compte et d'intégrer les risques actuels liés à l'ère numérique. La cybercriminalité est, en outre, intégrée pour la première fois dans une directive LCB-FT. Le sixième considérant de la directive montre l'apparition de nouveaux dangers avec notamment l'utilisation des monnaies virtuelles. Les États membres doivent être particulièrement attentifs au développement des cryptoactifs d'où le renforcement de l'encadrement européen en la matière. En effet, ces derniers permettent désormais l'échange d'actifs de manière virtuelle et soulèvent un certain nombre d'enjeux en matière de LCB-FT. D'une part, l'anonymat des échanges pourrait faciliter le financement d'activités criminelles et, d'autre part, des difficultés de régulation des cryptoactifs peuvent apparaitre du fait de la particularité de ces derniers, échappant aux méthodes de régulation traditionnelles. Ainsi, le paquet 2021 vise à améliorer la traçabilité de ces actifs afin d'éviter qu'ils servent à financer des activités ayant des fins illicites. Pour cela, l'accès à un certain nombre de données doit être permis notamment concernant les donneurs d'ordre et les bénéficiaires des transferts de fonds. Si l'encadrement des actifs numériques n'est pas nouveau, il tend à se développer considérablement depuis quelques années. Il a déjà fait l'objet, par exemple en France, d'une ordonnance[16] à la suite du « *démantèlement d'un réseau de financement du groupe terroriste Daesh qui a permis le transfert de fonds à des combattants sur zone, grâce à des transactions recourant à des actifs numériques* ».[17] Ainsi, ces enjeux sensibles ont été repris au niveau européen mais également international afin d'éviter une utilisation criminelle des actifs.

Au niveau national, le gouvernement français a présenté son plan national de lutte contre le blanchiment de capitaux le 23 mars dernier. Ce plan insiste sur la nécessité de transparence financière avec notamment le souhait que certains registres[18]

[14] Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, 20 juillet 2021.
[15] Directive UE 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal.
[16] Ordonnance n°2020-1544 du 9 décembre 2020 renforçant le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme applicable aux actifs numériques.
[17] DG Trésor, *La France renforce son dispositif d'encadrement des cryptos actifs*, décembre 2020.
[18] Registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales.

©ADERE

soient accessibles au public[19]. De plus, l'une des volontés du plan national est de renforcer les prérogatives de TRACFIN, service de renseignement financier. En effet, l'objectif est de lutter « *contre les formes émergentes de criminalité* » comme les dérives des cryptomonnaies. De même, un certain nombre de décrets ont été adoptés afin de renforcer la LCB-FT par exemple celui du 2 avril 2021 relatif à la lutte contre l'anonymat des actifs virtuels et renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[20]. Ce décret prévoit par exemple dans son objet « *l'interdiction de recourir à la monnaie électronique anonyme pour l'achat d'actifs numériques. Il impose par ailleurs aux prestataires de services sur actifs numériques une obligation d'identification de leurs clients préalablement à toute transaction occasionnelle* ». Ainsi, la règlementation en la matière se renforce considérablement aussi bien du point de vue national qu'européen.

1.2. L'élargissement du champ d'application des règles LCB/FT : un nouvel enjeu pour la protection des données personnelles

Dans ce contexte où la réglementation en matière de LCB-FT tend à se renforcer et à élargir son champ d'application, un certain nombre de garanties en matière de protection des données personnelles doivent être respectées. Le règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD) constitue l'un des éléments permettant de protéger les données personnelles et de concilier à la fois des objectifs de lutte contre la criminalité économique et financière sans pour autant occulter l'importance du respect de la protection des données personnelles dévolue aux citoyens. En effet, son champ d'application très large constitue une garantie de protection des droits des citoyens concernant leurs données personnelles. Les établissements financiers ne sont pas exempts du bon respect du RGPD. Le règlement couvre le traitement des données personnelles, or ceci renvoie à un panel très large de pratiques allant de la collecte, à la conservation, l'utilisation, la destruction des données par exemple. De même, son champ d'application territorial est large puisqu'il concerne également des organismes qui ne sont pas forcément établis sur le territoire de l'Union mais qui ont une activité ayant des conséquences sur celui-ci. A cet égard, si les établissements financiers peuvent se prévaloir de l'article 6 c) et f) du RGPD[21] comme base juridique pour justifier le traitement des données personnelles, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de critères sont nécessaires afin de garantir la bonne application du RGPD dans le cadre de la LCB-FT.

2. L'articulation entre les règles européennes LCB-FT et le respect du RGPD

Bien que le RGPD vise à protéger le traitement des données personnelles, cette protection pourrait nuire à l'efficacité de la LCB-FT. En effet, la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme implique l'accès à certaines informations et notamment au traitement des données personnelles. La conservation desdites données LCB-FT peut contrevenir à la règlementation en vigueur en matière de protection des données personnelles. Néanmoins, le RGPD tend également à renforcer l'efficacité de la LCB-FT grâce à un traitement des données plus précis et ciblé. Tout l'enjeu réside dans la capacité d'équilibrer les droits. Si chaque citoyen doit pouvoir garder la

[19] Sn, *Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : plan d'action national*, Gazette du Palais n°21, juin 2021.

[20] Décret n°2021-387 du 2 avril 2021 relatif à la lutte contre l'anonymat des actifs virtuels et renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

[21] Les points c) et f) de l'article 6 disposent que « *Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplies :*

(…)

c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ;

(…)

f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant. (…) ».

©ADERE

maitrise de ses données personnelles, qu'en est-il vraiment en matière de LCB-FT ?

2.1. La protection des données personnelles à l'épreuve des règles LCB-FT

Une exigence de proportionnalité dans le traitement des données personnelles en matière de LCB-FT

Les établissements bancaires et financiers ainsi que les autorités de supervision ne peuvent pas se prévaloir de leurs missions de lutte contre le blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme pour outres-passer les règles prévues par le RGPD. En effet, comme le soulève le contrôleur européen des données personnelles (CEDP) dans son avis n°12/2021 du 22 septembre 2021, la règlementation LCB-FT doit minimiser les effets de l'intrusion dans la vie privée des individus afin de garantir la protection de leurs droits et le respect du RGPD. Le contrôleur européen exprime l'importance de clairement identifier les catégories de données qui vont être récupérées. En ce sens, des conditions et des limites doivent être prévues par les textes. Par conséquent, les acteurs bancaires et financiers et, le cas échéant le juge, doivent être attentifs à la nécessité du traitement des données, à la proportionnalité dudit traitement, effectué sous couvert de la lutte contre le LCB-FT. De même, les finalités spécifiques en la matière doivent être énoncées et respectées afin que les violations soient minimisées. En l'espèce, les acteurs de la LCB-FT doivent préciser la finalité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Aussi, les autorités de surveillance, de régulation et financières, ayant accès aux informations et registres des bénéficiaires, doivent être déclarées et ont l'obligation de faire un usage strictement limité de ces données aux finalités prévues. Le contrôleur européen des données personnelles considère également que l'accès généralisé à ces registres n'est pas suffisamment motivé et doit faire l'objet d'un contrôle étroit. Dans ce contexte, une utilisation rationnelle des données contribue à améliorer la qualité de la lutte LCB-FT.

De plus, le contrôleur européen insiste sur l'interdiction de l'accès à certaines informations notamment concernant les données personnelles relatives à l'orientation sexuelle ou encore à l'origine ethnique. Les enjeux soulevés en matière de protection des données personnelles concernent à la fois les personnes visées par les traitements LCB-FT mais également les professionnels. Les citoyens doivent avoir connaissance du traitement de leurs données personnelles, ce qui parait délicat en matière de LCB-FT. L'absence de transparence dans les traitements LCB-FT peut conduire à une limitation des droits des personnes concernées mais également à la collecte de données sensibles. Le droit à l'oubli prévu à l'article 17 du RGPD parait difficilement compatible avec la règlementation LCB-FT qui, elle, permet de conserver certaines données même « *après la fin de la relation commerciale* ». Cependant, comme indiqué dans le RGPD, les données personnelles ne peuvent être conservées sans limite de temps, la durée de conservation des données personnelles dépendant de la finalité du traitement. Toutefois, la lutte LCB-FT peut constituer une obligation légale permettant l'exemption de l'application de l'article 17 du RGPD[22]. Par conséquent, comme vu précédemment, la finalité du traitement des données doit être strictement encadrée, objective et proportionnée. De la même manière, si certaines données personnelles peuvent être conservées dans une base d'archivage, un encadrement strict doit prévaloir en ce sens que ces données doivent être « *absolument utiles au respect de l'obligation prévue* ». A titre d'exemple, la durée prévue concernant les informations nécessaires à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme est de cinq ans.

[22] D. Douglas, *L'application du Règlement général sur la protection des données (RGPD) au regard des obligations en matière de LCB-FT*, janvier 2021, http://olab-amlo.org/?p=257

©ADERE

Un objectif de meilleure coordination entre les acteurs

Aussi, dans un souci d'efficacité, le paquet législatif propose une meilleure coordination entre les acteurs et notamment entre les cellules de renseignement financier permettant un partage d'informations administratives, financières et pénales. Cependant, le contrôleur européen alerte quant au respect de la nécessité et du respect des objectifs en la matière afin d'éviter une non-conformité avec le RGPD. En effet, le contrôleur souligne l'importance d'un contrôle étroit du respect de la protection des données personnelles à l'égard des pouvoirs d'accès des cellules de renseignement financier qui sont très larges. Ainsi, le contrôleur européen pointe la nécessité que la proposition du paquet législatif encadre plus strictement la protection des données personnelles notamment en indiquant des conditions strictes et spécifiques concernant le traitement des données personnelles. En effet, l'article 5 du RGPD précise que les finalités de traitement des données personnelles doivent être explicites. Or ce critère soulève de nombreuses interrogations en matière de LCB- FT. Dans de nombreux cas, les clients n'auraient pas connaissance du motif de traitement de leurs données[23].

De la même manière, si le paquet législatif a pour objectif d'accroitre la coopération entre les autorités et institutions, le contrôleur européen insiste sur la nécessité d'une définition claire des rôles en matière de protection des données afin de garantir son respect.

Enfin, faut-il rappeler que le respect de la règlementation du RGPD s'avère essentiel puisqu'en cas de violation, une notification pourra être effectuée, notamment à la CNIL, en vue d'une éventuelle sanction. En effet, la formation restreinte de la CNIL dispose, dans ce cas, d'un certain nombre de pouvoirs, comme effectuer un rappel à l'ordre, suspendre des flux de données ou encore prononcer des sanctions administratives.

2.2. La création d'une nouvelle entité européenne de surveillance en matière de LCB-FT constitutive d'un risque pour la protection des données personnelles

En outre, la réforme LCB-FT permet d'étendre le champ d'application des règles de l'Union européenne. Le paquet législatif permet d'aller plus loin dans l'ambition de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. En effet, le tournant principal du paquet législatif tient dans la volonté, par le règlement, de créer une véritable Autorité européenne dédiée à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le but de gagner en efficacité. Cette nouvelle autorité européenne, *Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism* (AMLA), disposerait de larges pouvoirs notamment de surveillance et le cas échant de sanction. En effet, les scandales liés au blanchiment et notamment celui de la *Danske Bank*[24] au Danemark ont contribué à la volonté de renforcer la supervision des autorités ainsi qu'à un durcissement des règles en matière de LCB-FT, passant par la création d'une Autorité européenne de surveillance unique. La banque danoise s'était vu reprocher son manque de supervision notamment sur sa filiale estonienne. L'AMLA doit favoriser la coopération avec les autorités nationales grâce à la création d'un système unique de surveillance permettant une harmonisation des systèmes de contrôle et de supervision.

Par ailleurs, le considérant 14 de la proposition de règlement[25] met en exergue l'utilisation intensive des données et la nécessité d'un accès à ces dernières : « *la surveillance tant directe qu'indirecte exercée par l'Autorité et les autorités de surveillance sur toutes les entités assujetties devrait reposer sur un accès rapide aux données et informations pertinentes sur ces entités assujetties*

[23] *Ibid.*
[24] Soupçon de blanchiment de la première banque danoise.
[25] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant l'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et modifiant les règlements (UE) n°1093/2010 (UE) n°1094/2010 et UE n°1095/2010.

©ADERE

elles-mêmes, ainsi que sur les mesures de surveillance prises à leur égard. À cette fin, l'Autorité devrait créer une base de données LCB-FT centrale contenant les informations recueillies auprès de toutes les autorités de surveillance, et mettre ces informations sélectivement à la disposition de toute autorité de surveillance au sein du système. ». De même, l'article 11 de la proposition de règlement témoigne d'un large accès aux informations prévues pour la nouvelle autorité. Dans ce cadre, elle pourra demander l'accès à certaines données dont disposent les cellules de renseignement financier d'où l'exigence du respect de la protection des données personnelles en la matière. La volonté de l'Union européenne de respecter les droits fondamentaux, et en l'espèce la protection des données, a cependant été rappelée dans la proposition de règlement notamment au considérant 58 : « *Lorsqu'elle élabore des instruments ou prend des décisions susceptibles d'avoir une incidence significative sur la protection de données à caractère personnel, l'Autorité devrait coopérer étroitement, le cas échéant, avec le comité européen de la protection des données institué par le règlement (UE) 2016/679 et avec le Contrôleur européen de la protection des données institué par le règlement (UE) 2018/1725, afin d'éviter les doubles emplois.* ». Ainsi, l'Autorité devra travailler en collaboration avec le contrôleur européen en matière de données personnelles afin de respecter au mieux la protection de ces dernières. De plus, l'Autorité pourra surveiller les établissements financiers les plus à risque opérant dans plusieurs Etats membres. En outre, l'institution d'une Autorité *ad hoc* a suscité des débats[26]. En effet, certains plaidaient plutôt pour l'éventuelle possibilité d'accroitre les pouvoirs d'Autorités européennes existantes comme ceux de l'Autorité bancaire européenne. Un certain nombre d'acteurs institutionnels étant déjà mobilisés dans la LCB-FT tant au niveau de l'Union[27] qu'au niveau des Etats membres [28], la création d'une nouvelle autorité pourrait être perçue comme une source de confusion des rôles et des pouvoirs. Cette Autorité devrait néanmoins être créée à partir du 1er janvier 2023.

Par conséquent, si l'Union cherche à élargir le champ d'application et les pouvoirs en matière de LCB-FT, il n'en demeure pas moins que cet élargissement de marge de manœuvre laissé aux acteurs LCB-FT ne doit pas occulter le respect de la protection des données personnelles, ce qui sera l'un des enjeux principaux lors de l'adoption définitive du paquet législatif.

J.G

[26] M. Samuelian, C. Ducrocq et T. Conrad, *LCB-FT : vers la création d'une autorité de supervision européenne ad hoc,* 2021.

[27] La Commission européenne, l'Autorité bancaire européenne, la Banque centrale européenne, Europol.

[28] Les Autorités de surveillance, les Cellules de renseignement financier.

©ADERE

Nouvel épisode dans l'affaire du cartel des changes : la procédure de clémence, un outil de régulation des marchés financiers controversé

Solène BOIVIN

Le 2 décembre 2021[1], la Commission a émis une décision en vertu de laquelle cinq établissements bancaires se sont vus infliger une amende qui s'élève au total à 344 millions d'euros. Dans le cadre d'une procédure de clémence, la Commission a lancé une vaste enquête sur le respect des règles de concurrence dans le secteur financier. Dans cette affaire, il s'agissait d'une violation de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après, TFUE) commise par les banques UBS, Barclays, RBS (Royal Bank of Scotland), HSBC et Crédit Suisse dans le domaine des opérations de change au comptant. Ces banques, par le biais de leurs traders[2], se sont entendues en vue de coordonner leurs comportements sur le marché des changes, plus couramment appelé le Forex (de l'anglais *foreign exchange*). Plus précisément, cette pratique anticoncurrentielle consistait pour les traders à échanger des informations sensibles et des plans négociation, leur permettant ainsi de vendre ou d'acheter des devises du G10 en connaissance de cause, ce qui leur a permis d'éviter des risques auxquels ils auraient normalement dû être confrontés.

Margrethe Vestager, la commissaire en charge des questions de concurrence au sein de l'Union européenne (ci-après, UE), a salué l'issue de l'enquête et la décision adoptée par la Commission[3]. Elle a notamment rappelé que celle-ci constituait le troisième volet d'une enquête plus large sur le marché des opérations de change au comptant, mais elle a surtout rappelé qu'il s'agissait de la sixième enquête depuis 2013 sur des ententes dans le secteur financier. Effectivement, la volonté d'assainir le secteur financier et de le rendre davantage concurrentiel a mené la Commission à être toujours plus attentive aux activités sur ces marchés. En réaction à la crise financière, qui s'est ensuivie de la crise des dettes souveraines affectant durement l'Europe, les autorités financières nationales mais également l'UE ont davantage sévi, et une série de décisions de la Commission, ainsi que des arrêts du Tribunal de l'UE sont venus sanctionner les comportements anticoncurrentiels dans ce domaine.

Cependant, il est nécessaire de rappeler que cette enquête n'a pu avoir lieu et porter ses fruits qu'avec le concourt et la dénonciation de l'entente par la banque UBS notamment. La procédure de clémence est en effet à l'origine de cette condamnation au paiement de l'amende par les membres de ce qui a pu être appelé le « Cartel des changes ». Dans le cadre de deux enquêtes précédentes sur le Forex, mais également dans les précédentes décisions de la Commission sur des ententes dans le secteur financier[4], toutes ont été permises par le recours à une demande de clémence de la part d'une banque partie à l'entente. De surcroît, la plupart des établissements bancaires parties à cette entente sont passés par la procédure de transaction afin de voir leur amende réduite. Seul le Crédit Suisse s'est refusé à collaborer avec la Commission.

[1] Communiqué de presse, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige une amende de 344 millions d'euros à UBS, Barclays, RBS, HSBC et Crédit Suisse pour leur participation à une entente dans le domaine des opérations de change au comptant » 2 décembre 2021, Bruxelles.

[2] Opérateur de marché, opérateur financier.

[3] *Ibid.*

[4] Voir *infra*.

©ADERE

Dès lors, force est de constater que la procédure de clémence issue d'une communication de 2006[5], ainsi que la procédure de transaction issue, elle, d'une communication de 2008[6], sont des instruments essentiels pour l'appréhension des ententes anticoncurrentielles par la Commission. Cependant, dans un domaine aussi sensible que le secteur financier avec l'impact que peuvent avoir ces ententes sur la croissance et l'investissement, la procédure de clémence montre quelques limites. Bien que le « chef de file » ne puisse jamais bénéficier de l'immunité totale, la clémence permet tout de même à une entreprise qui dénonce l'entente de se voir exonérer de toute amende, sous respect des conditions énoncées par la communication. Or, la politique financière de l'UE s'est construite ces dernières années en réaction à la crise de 2007-2008 avec une volonté de sanctionner durement les comportements dangereux et illicites des établissements bancaires et financiers. L'indulgence de la procédure de clémence s'avère alors discutable aux regards des enjeux en présence.

Il n'en reste pas moins que le droit de la concurrence, et notamment l'appréhension des ententes par le biais de l'article 101 TFUE, demeure un outil efficace pour rendre le secteur financier sain et concurrentiel, comme le souhaite Mme. Vestager.

La décision du 2 décembre 2021 : le dernier épisode d'un serpent de mer pour la Commission ?

Comme évoqué précédemment, Margrete Vestager s'est exprimée à propos de la décision rendue par la Commission ce jeudi 2 décembre 2021. Dans son allocution, elle évoquait les précédentes enquêtes ayant eu lieu au sujet d'entente sur le Forex. Et pour cause, comme le signale la décision elle-même, cette dernière constitue la troisième infraction sur le marché des opérations de change au comptant. Les décisions précédentes sont toutes deux intervenues le même jour, le 16 mai 2019[7][8] et ont infligé un total de 1,07 milliards d'euros d'amende aux banques concernées. Plus couramment appelées les affaires « Three Way Banana Split » et « Essex Express », ces deux précédentes décisions concernaient peu ou proue les mêmes acteurs financiers, à savoir : UBS, Barclays, et RBS pour les deux affaires ; s'ajoutent à celles-ci Citigroup et JP Morgan dans l'affaire « Three Way Banana Split », et BOTM (Bank of Tokyo-Mitsubishi) dans l'affaire « Essex Express ».

Mais finalement, quels sont les faits à l'origine de ces affaires et quel lien entretiennent-elles avec la décision du 2 décembre 2021 ? Dans chacune des trois affaires, les traders se sont échangés des informations sur des forums de discussion spécialement dédiés. Ces informations visaient à sécuriser leurs transactions et à influer notamment sur deux critères : le prix et la gestion experte des risques. De toute évidence, une concertation en vue de s'accorder sur des prix constitue l'infraction par excellence à l'article 101 TFUE qui réprime toute forme de collusion en vue, notamment, de biaiser la fixation des prix par le fonctionnement normal du marché. Ces comportements qui se sont déroulés pour les trois affaires entre 2007 et 2013, ont eu lieu sur des forums de discussion privés nommés *Three Way Banana Split* et *Essex Express* - donnant leur nom aux affaires précitées. Dès lors, il est à noter que malgré le succès des enquêtes, il aura fallu à la Commission entre douze et quatorze ans pour appréhender tous les comportements anticoncurrentiels sur le Forex et les sanctionner, rendant l'assainissement du secteur financier plus complexe.

[5] Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JO 2006/C 298/11, du 8 décembre 2006.
[6] Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JO 2008/C 167/01, du 2 juillet 2008.
[7] Résumé de la décision de la Commission du 16 mai 2019 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire AT. 40135 — FOREX — Three Way Banana Split), JO C 226 du 9.7.2020, p. 5–9.
[8] Résumé de la décision de la Commission du 16 mai 2019 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire AT.40135 — Forex-Essex Express), JO C 219 du 3.7.2020, p. 8–12.

©ADERE

Cependant, cette large enquête Forex n'est pas la seule que la Commission a entrepris en vue d'assainir le secteur financier et d'autres décisions ont pu être adoptées plus tôt pour sanctionner les atteintes à la concurrence portées par des établissements financiers. C'est finalement dès 2013 que la Commission a commencé à sévir avec par exemple une décision du 4 décembre 2013[9] par laquelle cette dernière a infligé une amende de 1,49 milliards d'euros à des banques pour leur participation à un cartel dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêt. Dans ces ententes, étaient encore impliquées UBS, Barclays, RBS, Citigroup, JP Morgan, HSBC et d'autres.

Plus encore, une autre affaire concernant notamment HSBC a donné lieu à un arrêt du Tribunal de l'Union européenne, en date du 24 septembre 2019[10]. Cette affaire concernait ici une entente sur la manipulation de l'Euribor (groupe de taux d'intérêt de l'euro) à laquelle participait notamment HSBC, la banque ayant contesté la décision de la Commission du 7 décembre 2016[11]. Le Tribunal a pu confirmer la qualification de la Commission en ce que le comportement de HSBC et des autres banques constituait une restriction par objet.

Tous ces antécédents démontrent la ferme intention de la Commission de saisir tous les comportements anticoncurrentiels auxquels les établissements bancaires s'adonnent depuis l'éclatement de la crise financière. L'appréhension de ces comportements par le biais de l'article 101 TFUE permet à l'Union d'infliger des amendes exemplaires aux établissements en cause et la décision de 2021, bien qu'étant la dernière en date, pourrait n'être qu'un épisode de plus dans la saga juridique que constitue les ententes dans le secteur financier. Pourtant, l'UE n'a de cesse de rappeler le caractère sensible que revêt ce secteur, caractère sensible qui se traduit par une politique de transparence affirmée.

La fermeté de la Commission comme émanation de la politique financière de l'UE

Cette décision de la Commission du 2 décembre 2021 qui s'inscrit nettement dans la politique de concurrence de l'UE, s'inscrit également et surtout dans sa politique financière. Ainsi, un rapide historique de la politique financière de l'UE paraît nécessaire afin de saisir pleinement les enjeux de la décision.

Depuis le Traité de Rome, la volonté de libéraliser les services bancaires a été affirmée, libéralisation qui doit se faire en lien avec l'ouverture à la libre circulation des capitaux[12]. Par la suite, le Livre Blanc de la Commission de 1985 réaffirmera cet objectif qui sera finalement introduit dans le droit primaire par l'Acte Unique Européen entré en vigueur en 1987. L'objectif était louable mais il a surtout conduit à une interdépendance entre la quasi-totalité des systèmes financiers du monde. Si bien que lorsqu'en 2007, la bulle spéculative a explosé aux États-Unis, ses répercussions se sont aussitôt faites sentir en Europe avec force. Dès lors, l'UE a dû revoir toute sa politique financière afin de rendre le secteur davantage transparent et de réintroduire de la confiance de la part des investisseurs.

Finalement, en 2014, le Conseil et le Parlement européen se sont saisis de la question et ont adopté une directive[13] et un règlement[14], tous deux concernant les marchés d'instruments financiers. En son quatrième considérant, la directive n°2014/65/UE, aussi appelée MiFID, énonce que

[9] Communiqué de presse, 4 décembre 2013, Bruxelles.
[10] Trib. UE, 24 septembre 2019, aff. T-105/17, *HSBC Holdings e. a. c/ Commission.*
[11] Résumé de la décision de la Commission du 7 décembre 2016 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire AT.39914 — Produits dérivés de taux d'intérêt en euro), JO C 130 du 8.4.2019, p. 11–15.
[12] Traité instituant la Communauté économique européenne, article 61, paragraphe 2.
[13] Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.
[14] Règlement (UE) No 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) no 648/2012.

©ADERE

cette refonte a pour but de renforcer le cadre réglementaire et la transparence, notamment au sein des marchés de gré à gré, qu'elle a également pour objectif de renforcer la protection des investisseurs et la confiance, et de s'attaquer aux domaines non réglementés.

Ces caractéristiques sont celles du marché des opérations de change au comptant sur le Forex. En effet, le marché des opérations de change au comptant est un marché de gré à gré qui n'est donc pas réglementé. Dès lors, et comme précisé préalablement, la décision en cause recouvre deux pans différents de la compétence de l'UE : la politique de concurrence et la politique financière. Ces deux domaines ayant les mêmes finalités, il n'est pas étonnant que la Commission n'hésite pas à recourir au droit de la concurrence qui dispose d'une base juridique solide pour agir, l'article 101 TFUE qui sanctionne les collusions, pour saisir tout méfait dans le secteur financier. En effet, la politique financière de l'UE a principalement pour but de garantir une libre circulation des capitaux mais également un espace sain et concurrentiel pour les investisseurs. Le droit de la concurrence, lui, est un levier plus général qui permet également la réalisation du marché intérieur et la libre circulation.

Ainsi, afin de réintroduire cette transparence recherchée sur les marchés financiers, la directive prévoit également de réglementer les plate-formes de négociation sur lesquels les professionnels de la finance interagissent. Cette directive présente donc un intérêt de plus pour l'affaire en cause. Bien que la Commission ne se soit pas prononcée à ce sujet puisqu'elle ne s'est intéressée qu'au volet concurrence, c'est bien sur des plate-formes professionnelles, hébergées sur les terminaux de la société Bloomberg que les traders ont pu communiquer et échanger leurs informations.

Finalement, c'est par la conjonction d'objectifs communs entre le droit de la concurrence et la politique financière que la Commission peut mener à bien, à travers ces multiples enquêtes, sa mission d'assainir les marchés financiers et de les rendre toujours plus concurrentiels. Cependant, il semble que malgré la sensibilité du domaine, mis en exergue par la crise des *subprimes*, le recours à la procédure de clémence et l'indulgence que cette dernière induit demeurent.

Le recours à la procédure de clémence, l'inévitable point de départ de l'enquête Forex

Dans le cadre de la dernière enquête Forex qui a donné lieu à la décision en cause, c'est la demande d'immunité émise par UBS qui a permis à la Commission d'entamer ses recherches. Basée sur la communication de 2006 déjà citée, la demande d'UBS a pu aboutir et la Commission lui a octroyé l'immunité totale dans cette affaire. Ce n'est cependant pas la première fois qu'UBS bénéficie de cette immunité totale. En effet, dans les enquêtes antérieures sur le Forex (*Three Way Banana Split* et *Essex Express*), UBS avait déjà été à l'initiative d'une telle demande et la Commission avait déjà fait droit à ses requêtes. De même, dans la décision du 4 mars 2013 précédemment évoquée, UBS, au côté de Citigroup, avait là encore bénéficié de l'immunité totale.

Comme le précise la communication de 2006 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, cette procédure est soumise à des conditions restrictives. Notamment, l'immunité totale implique que l'entreprise qui en fait la demande coopère avec la Commission du début à la fin de l'enquête et qu'elle se retire sans délai de l'entente. Ces conditions sont essentielles puisqu'il est en cause une exonération totale du montant de l'amende encourue et elles se comprennent donc au regard de la gravité que représente la participation à une entente anticoncurrentielle.

Néanmoins, ces conditions bien que nécessitant une collaboration totale de l'entreprise ainsi que de celles qui sollicitent une réduction d'amende, paraissent relativement peu sévères au regard de la gravité et de la sensibilité du secteur en cause. Effectivement, il est compréhensible que dans des domaines tout à fait communs ces conditions soient suffisantes, mais s'agissant du secteur financier, dont les instances de l'Union européenne ne cessent de vouloir démontrer l'importance d'une

©ADERE

transparence et d'une concurrence saine comme vu précédemment, ces conditions semblent quelque peu lacunaires. À l'appui de cet argument, les multiples participation d'UBS aux ententes. Même si c'est souvent grâce à UBS que la Commission a pu démanteler les cartels dans le secteur financier, cela n'a pas empêché la banque de participer à plusieurs reprises à de telles ententes sur des marchés différents. De même, d'autres banques telles que Barclays, HSBC ou encore RBS, parties à l'entente en cause sur le marché des opérations de change au comptant, ont pu bénéficier de réduction d'amende grâce à leur coopération, mais ces dernières avaient elles aussi déjà bénéficié de telles réductions dans les affaires précédentes mais également dans des affaires portant sur d'autres marchés comme évoqué plus haut. Pour autant, cela ne les a pas empêchées de récidiver dans le cadre de cette entente.

Dès lors, l'ambivalence de la procédure de clémence peut poser problème. D'un côté, elle s'avère un atout essentiel pour la Commission, mais de l'autre, elle excuse et parfois légitime le comportement collusoire de certaines banques. Elle le légitime en ce que, sans leur participation, l'entente secrète ne pourrait être dénoncée. Par conséquent, seule une entreprise participante est recevable pour demander la clémence. Mais cette réflexion présente davantage d'intérêt lorsque, comme en présence, la Commission est face à un domaine tel que celui du secteur financier, secteur fragile dont les défaillances ont des conséquences majeures comme l'a démontré la crise financière. Au point 3 de la communication de 2006, la Commission explique qu'il est de l'intérêt de l'Union de récompenser les entreprises qui ont collaboré lors de l'enquête plutôt que de leur infliger des sanctions pécuniaires. Mais jusqu'où peut aller cet intérêt lorsqu'un dysfonctionnement du marché tel que celui en cause peut mener tout un secteur à défaillir ? La question reste ouverte quant à la nécessite ou non de continuer à tolérer la clémence dans ce domaine.

S.B

©ADERE

La condamnation d'Amazon par l'Autorité de la concurrence italienne pour pratiques anticoncurrentielles : la naissance d'un risque de double sanction à l'échelle nationale et européenne ?

Alexis STEINBERGER

Par une décision du 9 décembre 2021, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (ci-après « AGCM »), l'Autorité de la concurrence italienne, a infligé une amende de 1,128 milliard d'euros ainsi que des mesures comportementales à l'encontre du géant du web Amazon pour violation de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, plus particulièrement pour abus de position dominante dans le cadre de son système logistique « Fulfillment By Amazon » (ci-après « FBA »)[1].

Cette sanction à l'encontre du géant de l'e-commerce américain Amazon s'inscrit dans la continuité de décisions récentes prises par les juridictions européennes ainsi que par l'Autorité de la concurrence italienne à l'encontre de géants du numérique américains. Ainsi, à l'échelle européenne, le Tribunal de l'Union européenne avait déjà confirmé par une décision en date du 10 novembre 2021 l'amende de l'ordre de 2,42 milliards d'euros infligée par la Commission européenne à Google[2]. Ce n'est pas la première fois qu'Amazon est sanctionné par l'Autorité de la concurrence italienne. En effet, le géant du commerce en ligne s'était déjà vu infliger une amende de 68,7 millions d'euros au mois de novembre 2021 pour avoir enfreint aux règles de concurrence au travers d'une restriction d'accès à sa plateforme pour certains revendeurs Apple[3].

Cette nouvelle amende de 1,128 milliard d'euros à l'encontre d'Amazon représente l'une des plus importantes amendes infligées à un géant américain du numérique, ce qui marque potentiellement un nouveau tournant dans la surveillance des dérives de ces géants du numérique vis-à-vis du droit de la concurrence. En effet, la multiplication de telles amendes dans le futur mènera sans aucun doute ces derniers à penser leurs politiques en conformité avec les règles de concurrence.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence italienne remet en cause le système FBA mis en place par Amazon. Par ce dernier, Amazon propose aux vendeurs tiers présents sur sa plateforme de gérer toute la logistique des commandes, du stockage à l'envoi des produits. L'AGCM considère qu'Amazon a abusé de sa position dominante pour mettre en avant son système logistique au détriment d'autres opérateurs présents sur le marché en liant un certain nombre d'avantages à l'utilisation de celui-ci. Le géant du numérique a exprimé son désaccord avec la décision prise par l'AGCM et son intention d'exercer un recours à l'encontre de cette décision[4]. Cette affaire pourrait donc connaître de nouveaux rebondissements selon les aboutissements d'un tel recours.

---

[1] Il s'agit du système logistique « Expédié par Amazon ».

[2] « TUE, 10 novembre 2021, Google et Alphabet c/ Commission (Google Shopping), affaire T-612-17 : une victoire pour l'UE dans son bras de fer contre les GAFAM », Bulletin N°48 de l'ADERE, Novembre 2021.

[3] « Abus de position dominante : méga-amende pour Amazon en Italie », Le Figaro, 9 décembre 2021, https://www.lefigaro.fr/flash-eco/abus-de-position-dominante-mega-amende-pour-amazon-en-italie-20211209

[4] « Italie : Amazon condamné à une amende d'un milliard d'euros pour "abus de position dominante" », Franceinfo, 10 décembre 2021, https://www.francetvinfo.fr/internet/amazon/italie-amazon-condamne-une-amende-d-un-milliard-d-euros-pour-abus-de-position-dominante_4875993.html

©ADERE

La position dominante d'Amazon mise au service de son propre système logistique par l'octroi d'avantages importants

Comme l'indique l'Autorité italienne de la concurrence italienne dans sa décision, Amazon a profité de sa position dominante sur le marché italien des services d'intermédiation en ligne pour mettre en avant son système logistique au détriment de systèmes logistiques concurrents. En effet, Amazon a lié à l'utilisation de ce système logistique FBA l'accès à tout un ensemble d'avantages essentiels, comme le gain de visibilité et l'augmentation des ventes sur amazon.it. Ces avantages ne sont accessibles qu'aux utilisateurs du système FBA et se matérialisent notamment par l'association au label « Prime » qui permet de faciliter les ventes auprès des 7 millions de clients les plus fidèles et les plus consommateurs du programme de fidélité de la plateforme. Les vendeurs qui n'optent pas pour le système FBA sont empêchés par Amazon d'être associés au label « Prime ».

Par ailleurs, ce label « Prime » permet aussi aux vendeurs de participer à des événements spéciaux tels que le Black Friday ou le Cyber Monday et d'augmenter par conséquent leurs ventes. Ainsi, en y subordonnant l'accès à l'utilisation de son propre service logistique, Amazon nuit non seulement aux vendeurs tiers ne souhaitant pas utiliser le système logistique FBA mais aussi aux autres opérateurs logistiques opérant sur le marché ainsi qu'aux autres plateformes de commerce en ligne. En effet, comme le souligne l'Autorité de la concurrence italienne, par ses pratiques, « *Amazon a nui à la concurrence des opérateurs logistiques dans le e-commerce en les empêchant de se présenter par eux-mêmes aux vendeurs en ligne comme fournisseurs de services d'une qualité comparable au système FBA d'Amazon et de s'assurer une visibilité importante sur amazon.it* ». Ceci pose un réel problème de concurrence pour les opérateurs logistiques concurrents de FBA puisque ceux-ci n'auront jamais la possibilité de se faire connaître sur Amazon, ce dernier ne mettant en avant que son propre système logistique. Par exemple, lorsqu'un produit est vendu sur la plateforme sans être expédié par Amazon, ce dernier n'indique que le nom du vendeur comme expéditeur et non le nom de l'opérateur logistique qui traitera la commande. Par ailleurs, en ce qui concerne les marchés en ligne concurrents de Amazon, ceux-ci sont aussi impactés par cet abus de position dominante commis par Amazon dans la mesure où les vendeurs qui optent pour le système logistique d'Amazon sont dissuadés d'offrir leurs produits sur d'autres plateformes puisque cela multiplierait leurs coûts de stockage.

Le système FBA mis en place par Amazon va donc bien au-delà d'un simple programme de logistique permettant le stockage et l'envoi de produits, il permet en réalité à Amazon de verrouiller le marché en sa faveur en poussant les vendeurs tiers à n'utiliser que le marché en ligne d'Amazon et son propre système logistique. Ainsi, derrière ses apparences visant à faciliter la chaîne logistique, ce système sert en réalité les intérêts propres d'Amazon qui ne fait que renforcer sa position dominante à l'aide de celui-ci.

L'Autorité de la concurrence italienne ayant considéré la durée et le caractère sérieux de cette stratégie employée par Amazon mais aussi les effets que cette dernière a produit ainsi que la taille du groupe, celle-ci a décidé de coupler à l'importante amende de 1,128 milliard d'euros des mesures comportementales en vue de restaurer de manière immédiate des conditions compétitives dans les marchés concernés, et ce, notamment par la désignation d'un mandataire chargé de surveiller la bonne application de ces mesures. Amazon devra, par exemple, définir des standards équitables et non discriminatoires auxquels pourront se conformer n'importe quelles tierces parties en vue d'obtenir les mêmes avantages et la même visibilité qu'un vendeur ayant opté pour le système FBA. Bien que cette décision ne concerne que le territoire italien, le géant du numérique aurait tout intérêt à appliquer cette décision dans l'ensemble des Etats européens où il opère afin d'éviter de nouvelles condamnations pour infraction aux règles de la concurrence.

©ADERE

« Fulfillment by Amazon », un modèle mis en place par Amazon à l'international : une décision marquant le point de départ d'une série jurisprudentielle ?

Le système logistique FBA existe dans l'ensemble des Etats où Amazon est implanté. De ce fait, des problèmes de concurrence identiques à ceux en cause dans cette affaire pourraient être mis en lumière par d'autres autorités de concurrence nationales. Ceci a notamment été le cas au Canada où les autorités canadiennes avaient ouvert en 2020 une enquête antitrust à l'encontre d'Amazon pour déterminer, comme dans le cas d'espèce, si Amazon abusait de sa position dominante via son système logistique au détriment de vendeurs tiers n'utilisant pas celui-ci.

A l'échelle de l'Union européenne, à l'heure actuelle, il ne semble pas y avoir d'enquêtes antitrust en cours émanant d'autres autorités de concurrence nationale que l'AGCM à l'encontre d'Amazon. Cependant, le fait qu'Amazon ait mis en place ce système logistique « Fulfillment by Amazon » dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne devrait, dans la logique de cette décision rendue par l'Autorité italienne de la concurrence, poser un problème de concurrence au titre de l'article 102 TFUE dans l'ensemble des Etats membres à l'image de ce qui a été constaté en Italie.

Notons également que si chaque autorité nationale de concurrence des différents Etats membres de l'Union européenne prenait individuellement une décision à l'encontre d'Amazon concernant cette pratique, cela pourrait conduire à des jurisprudences divergentes, une décision de la Commission européenne à ce sujet serait donc la bienvenue. Ainsi, en novembre 2020, la Commission européenne a ouvert une enquête sur les pratiques d'Amazon concernant les avantages que cette dernière pourrait offrir aux vendeurs utilisant son système « Expédié par Amazon »[5]. Dans l'hypothèse où cette enquête aboutirait à une nouvelle amende à l'encontre d'Amazon, un pas supplémentaire serait franchi dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des géants du numériques, dans la continuité des décisions récentes prises à l'échelle européenne. Cependant, suivant cette dernière hypothèse, cela conduirait à un risque de double sanction suite à l'amende infligée par l'Autorité de la concurrence italienne au titre de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'existence d'un risque de double sanction aux échelles nationale et communautaire

L'affaire en cause met en lumière un risque de double sanction aux échelles nationale et communautaire. En effet, l'Autorité de la concurrence italienne a fondé sa décision sur une violation de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans le cadre de son système logistique « Expédié par Amazon ». Or, l'enquête de la Commission européenne porte, elle aussi, sur les éventuels avantages liés à ce système « Expédié par Amazon » au titre de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Selon le résultat de l'enquête de la Commission européenne, Amazon pourrait donc se voir infliger, au niveau européen cette fois, une nouvelle amende pour la pratique en cause.

Or, d'après le principe *non bis in idem* consacré par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* ». Bien que, comme la Cour de justice de l'Union européenne l'a souligné dans un arrêt du 3 avril 2019[6], en matière de concurrence, le droit national et le droit de

[5] « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission adresse une communication des griefs à Amazon concernant l'utilisation des données non publiques de vendeurs indépendants et ouvre une seconde enquête sur ses pratiques en matière de commerce électronique », Commission européenne, 10 novembre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2077

[6] CJUE, 3 avril 2019, C-617/17.

©ADERE

l'Union européenne s'appliquent parallèlement et leurs champs d'application ne coïncident pas. Cependant, dans le cas d'espèce, l'Autorité de la concurrence italienne a fait usage de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et non de son droit national, ce qui pourrait potentiellement poser problème. En effet, si l'enquête de la Commission européenne aboutissait à une nouvelle sanction pour Amazon, celle-ci aurait sans doute le même fondement juridique que la sanction infligée par l'AGCM. Par ailleurs, la Cour valide l'approche de l'avocat général Nils Wahl en indiquant que ce principe du *non bis in idem* « *vise ainsi spécifiquement la répétition d'une procédure ayant abouti à une décision définitive concernant le même élément matériel* ».

Un problème de double sanction pourrait donc se poser en cas de condamnation d'Amazon par la Commission européenne dans le cas où celle-ci retiendrait les mêmes éléments matériels que l'Autorité de la concurrence italienne. A l'heure actuelle, l'enquête est encore en cours et Amazon aurait engagé des discussions avec la Commission européenne et proposé des concessions dans l'optique de clôturer les enquêtes antitrust dont elle fait l'objet[7].

A.S

[7] « EXCLUSIVE Amazon seeking to settle EU antitrust investigations, sources say », Reuters, 9 novembre 2021, https://www.reuters.com/business/retail-consumer/exclusive-amazon-seeking-settle-eu-antitrust-investigations-sources-say-2021-11-09/

©ADERE

Sciences Po Strasbourg
École de l'Université de Strasbourg

Retrouvez l'ADERE et ses publications :
www.adere-scpostrasbourg.com
Mail / adere.iep@gmail.com
Linkedin / ADERE Sciences Po Strasbourg
Facebook / ADERE – Association du M2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

Tous droits réservés
Association du Master 2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe
Sciences Po Strasbourg - École de l'Université de Strasbourg