



SOMMAIRE

1. L'INJONCTION STRUCTURELLE
2. LA TRANSACTION
3. LES PRINCIPALES NOUVEAUTES EN MATIERE DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Concurrence et distribution

Ce que le projet de loi Macron entend changer en droit de la concurrence

Le projet de loi dit « Macron » pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (ci-après, « le projet de loi ») marque indéniablement le début de l'année 2015. « Libérer, investir et travailler » sont les trois mots d'ordre de ce projet de loi dont l'ambition est « *d'agir sur tous les leviers pour favoriser la relance de la croissance, de l'investissement et de l'emploi* ». Le projet de loi, qui a fait l'objet de plus de 190 heures de débats et provoqué plus de 1000 amendements à l'Assemblée nationale, devrait être soumis au Sénat le 7 avril prochain. L'objectif du gouvernement est qu'il soit promulgué avant l'été. S'il est difficile de préjuger ce que seront les modifications apportées par les sénateurs au projet de loi, les contours actuels du texte permettent de dresser un état des lieux des changements que cette nouvelle loi devrait introduire en droit de la concurrence.

Une prochaine newsletter sera dédiée aux changements attendus en droit de la distribution.

En droit de la concurrence, l'innovation majeure du projet de loi réside dans l'introduction, dans le secteur du commerce de détail, d'un mécanisme **d'injonction structurelle** déjà décrit par un grand nombre de praticiens et d'acteurs économiques (1). Au-delà de cette mesure, sont envisagées la mise en place d'une **procédure de transaction** (2) et la modification de plusieurs aspects du **contrôle des concentrations** (3).

1. L'injonction structurelle

Mesure emblématique du projet de loi, l'injonction structurelle permettrait à l'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité ») d'enjoindre une cession d'actifs à une entreprise exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, sur la simple constatation d'une position dominante et de prix ou marges élevés. Plus précisément, l'Autorité serait en mesure d'enjoindre à une entreprise soit « *de modifier, de compléter ou de résilier,*

[...] tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée [s]a puissance économique », soit « de procéder à la cession d'actifs », lorsque :

- L'entreprise concernée est en **position dominante** et détient une part de marché supérieure à 50% dans le secteur économique et dans la zone de chalandise concernés ; et
- Sont soulevées des **préoccupations de concurrence** du fait de la pratique par l'entreprise de prix ou marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées ; et
- L'entreprise ne propose pas d'engagements ou les engagements proposés ne paraissent pas de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence de l'Autorité.

Le dispositif retenu par le projet de loi renforce considérablement les pouvoirs de l'Autorité et vise à lui donner les moyens d'intervenir *ex ante* sur la structure même du marché du commerce de détail. Il vise ainsi à étendre le mécanisme retenu par la loi Lurel¹ concernant les collectivités d'Outre-mer.

Un tel dispositif est immanquablement source d'inquiétudes pour les entreprises du secteur du commerce de détail. L'imprécision de ses termes laisse, tout d'abord, planer le doute sur les comportements susceptibles d'engendrer des « *préoccupations de concurrence* ».

Ensuite, l'octroi d'un tel pouvoir à l'Autorité méconnaîtrait à la fois l'essence même du droit de la concurrence et les droits fondamentaux. Le droit de la concurrence s'évertue à sanctionner l'abus de position dominante et non la position dominante en elle-même, celle-ci pouvant être légitimement acquise par les mérites. Dès lors, la vente forcée d'actifs, sans infraction préalable au droit de la concurrence, déroge au principe de sécurité juridique et porte une atteinte sans commune mesure au droit de propriété. Par ailleurs, la rédaction actuelle du projet de loi implique que l'Autorité se prononce sur ce que sont des prix ou marges élevés et lui permettrait donc d'interférer dans la fixation des prix, pourtant habituellement librement déterminés par le jeu de la concurrence².

Toujours en vue de renforcer la concurrence dans le secteur du commerce de détail, le projet de loi, en plus d'introduire l'injonction structurelle, dote l'Autorité de nouvelles compétences en matière **d'urbanisme commercial**. A cet égard, l'article 10 du projet de loi ouvre la possibilité au ministre chargé de l'économie ou au représentant de l'Etat dans le département ou la région de consulter l'Autorité :

- Sur les projets de schéma de cohérence territoriale, de plan local d'urbanisme ou de plan local d'urbanisme intercommunal ou sur les projets de modification ou de révision de ceux-ci ; et
- Sur le projet de schéma directeur de la région d'Ile-de-France ou sur les projets de modification ou de révision de celui-ci.

La saisine de l'Autorité en la matière demeurerait facultative mais constituerait une incitation pour les autorités locales « *à mieux prendre en compte l'intérêt d'une meilleure concurrence* »³ dans l'implantation de nouveaux commerces.

2. La transaction

L'introduction de la transaction dans le corpus juridique français, qui se substitue à la procédure de non-contestation des griefs, constituerait l'autre réforme significative du droit de la concurrence.

L'article 59 *quinquies* du projet de loi prévoit en effet que « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une procédure de transaction fixant le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée* ». Cette proposition s'inscrit dans le droit fil de la procédure adoptée par la Commission européenne en 2008 et rapprocherait ainsi les législations française et européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles.

A l'instar de la non-contestation des griefs, la transaction accélérerait la procédure d'instruction. En revanche, elle corrigerait le principal défaut de la non-contestation des griefs, à savoir, son manque de visibilité sur le montant final de la sanction encourue. Rappelons qu'aujourd'hui, les entreprises renonçant à contester les griefs bénéficient d'un pourcentage de réduction de la sanction encourue sans pour autant connaître son montant à l'avance. La transaction assurerait plus de visibilité aux entreprises puisque, dorénavant, la négociation avec le rapporteur général porterait sur le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée.

Néanmoins, on peut déplorer l'abandon par la transaction, telle qu'envisagée par le projet de loi, de l'abaissement du plafond légal de la sanction prévu dans le cadre de la non-contestation des griefs. Par ailleurs, il est regrettable que le projet de loi ne prévoit pas le maintien de la procédure de non-contestation des griefs, à tout le moins pour les cas où la négociation de la transaction avec le rapporteur général échouerait. En effet, dans ces conditions, la procédure de non-

¹ Article 10 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique Outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux Outre-mer.

² Article L. 410-2 du Code de commerce.

³ Commission d'étude des effets de la loi pour la croissance et l'activité – Mesures touchant à l'urbanisme commercial, Janvier 2015, p. 6

contestation des griefs pourrait constituer une alternative pour les entreprises.

3. Les principales nouveautés en matière de contrôle des concentrations

Les articles 59 *bis* à 59 *quater* du projet de loi recèlent de nombreuses nouveautés en matière de contrôle des concentrations :

- D'abord, le projet de loi modifie **les seuils de contrôlabilité** des opérations de concentration **dans les départements et collectivités d'Outre-mer**, tels que prévus par l'article L. 430-2, III du Code de commerce. Pour rappel, une opération de concentration dans les départements et collectivités d'Outre-mer est notifiable à l'Autorité lorsque :
 - le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises concernées est supérieur à 75 millions d'euros ; et
 - le chiffre d'affaires hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales par deux au moins des entreprises concernées est supérieur à 15 millions d'euros, ou à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail.

Le projet de loi modifie ce dernier seuil en prévoyant que le chiffre d'affaires réalisé individuellement peut l'être dans des départements ou collectivités d'Outre-mer distincts (et non plus dans un même département ou collectivité d'Outre-mer comme le prévoit le dispositif actuel).

- En outre, le projet de loi prévoit l'introduction du mécanisme d' « **arrêt des pendules** », jusqu'ici réservé à la phase 2, **en phase 1**. L'article L. 430-5 du Code de commerce ainsi modifié permettrait à l'Autorité de suspendre le délai de 25 jours ouvrés dès lors que les parties ont manqué à leur obligation d'information dans les délais impartis.

L'opportunité même de l'extension d'un tel mécanisme à la phase 1 est discutable puisque la phase de pré-notification permet généralement à l'Autorité de recueillir l'ensemble des informations nécessaires à la complétude du dossier. En tout état de cause, il conviendrait d'encadrer davantage le dispositif retenu en limitant, d'une part, le recours à ce mécanisme au défaut de communication des seules

informations nécessaires à l'appréciation de l'impact concurrentiel de l'opération notifiée et en précisant, d'autre part, la durée maximale que pourrait atteindre la suspension des délais.

Par ailleurs, le projet de loi ajoute une hypothèse à **l'extension des délais de procédure en phase 2**. La durée de la phase 2 pourrait ainsi être portée à 85 jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi, non seulement lorsque des engagements ont été transmis à l'Autorité moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai initial de 65 jours ouvrés (comme le prévoient les dispositions actuellement en vigueur) mais aussi lorsque des modifications ont été apportées à ceux-ci. Or, des modifications sont systématiquement apportées à la version initiale des engagements soumise aux services d'instruction si bien qu'une phase 2 de 85 jours risque de devenir la norme.

- Ensuite, l'arsenal de sanctions de l'article L. 430-8, IV du Code de commerce en cas de non-respect des engagements serait complété en prévoyant la possibilité pour l'Autorité **d'émettre de nouvelles injonctions ou prescriptions**.

Bien que louable dans son principe puisqu'elle offrirait une alternative au retrait de la décision d'autorisation de l'opération et à l'injonction sous astreinte de l'obligation non exécutée, cette proposition manque de précision. Il est ainsi regrettable que le projet de loi n'indique pas la procédure applicable à l'adoption de ces nouvelles injonctions ou prescriptions, notamment sur le point de savoir si elles feraient l'objet d'un débat contradictoire avec les parties et d'une séance devant le Collège de l'Autorité.



Pour plus d'informations sur ce projet de loi, contactez le Pôle Concurrence-Distribution du cabinet Franklin :

Julie Catala Marty – Avocat associé
(jcatalamarty@franklin-paris.com)

Christophe Nusbaumer
(cnusbaumer@franklin-paris.com)

Rémi Beydon
(rbeydon@franklin-paris.com)

F R A N K L I N
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

26 avenue Kléber
75116 Paris, France
<http://www.franklin-paris.com>
Tel : +33 (0) 1 45 02 79 00
Fax : +33 (0) 1 45 02 79 01
Copyright 2014 Franklin. Tous droits réservés.

