Steptoe
STEPTOE & JOHNSON LLP

Regard pratique sur le volet concurrence de la Loi Macron

Après plus de 400 heures de débats à l'Assemblée Nationale et au Sénat et une censure partielle du texte par le Conseil constitutionnel, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite **Loi Macron**) fait désormais partie du paysage législatif français. Parmi les quelques 300 articles de cette loi fleuve, nous revenons pour vous sur les changements, essentiellement procéduraux, apportés par la Loi au droit français de la concurrence. Nous nous tenons bien entendu à votre disposition si vous souhaitez échanger sur ces thèmes.

I. Modifications des procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles

i. Instauration d'une nouvelle procédure de transaction

Appelée de ses vœux par l'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** »), l'instauration d'une procédure de transaction, en lieu et place de la procédure de non-contestation des griefs, constitue l'une des mesures phare de la Loi Macron.

Dorénavant, une fois la notification de griefs reçue, l'entreprise qui ne contestera pas ce qui lui est reproché par les services d'instruction (et offrira éventuellement au surplus des engagements de modification de son comportement) pourra se voir présenter par le rapporteur général « *une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée* ». Si l'entreprise accepte cette proposition, le Collège de l'Autorité pourra la reprendre à son compte et fixer alors une sanction dans les limites de la fourchette pré-agréée ou, dans le cas contraire, pourra renvoyer le dossier à l'instruction pour traitement de l'affaire selon la procédure classique.

L'objectif de la réforme est clair : accroître la prévisibilité pour les entreprises et réduire les risques de recours pour l'Autorité. L'accord avec les services d'instruction portera dorénavant sur une fourchette d'amende en valeur absolue et non plus sur une simple fourchette de taux de réduction applicable à un montant d'amende inconnu. Les entreprises pourront donc dorénavant, au moment de prendre cette décision stratégique, mieux évaluer le bénéfice qu'elles peuvent retirer d'une éventuelle transaction, ce qui constitue une nette amélioration par rapport à la situation antérieure. Cette visibilité financière accrue permettra par ailleurs une meilleure gestion par l'Autorité des attentes des entreprises, souvent surprises sous l'ancienne procédure du montant final de l'amende imposée. Il devrait en résulter assez mécaniquement une diminution du nombre de recours introduits devant la cour d'appel de Paris.

Malgré les avantages intrinsèques indéniables de la nouvelle procédure de transaction, quelques remarques s'imposent. On notera tout d'abord que la transaction française, contrairement à la procédure de transaction européenne, ne peut malheureusement être amorcée qu'après réception de la notification de griefs. Elle ne permet donc pas un dialogue constructif et éventuellement une forme d'accord avec les services d'instruction sur le fond du dossier avant cristallisation des griefs, comme cela peut être le cas avec les services de la Commission européenne. On remarquera également l'abandon de l'ancienne disposition qui spécifiait que « *le montant maximum de la sanction encourue* » par les entreprises ayant renoncé à contester les griefs était « *réduit de moitié* ». Cette disposition permettait dans un certain nombre de cas, notamment pour des entreprises mono-produits, de limiter le montant de la sanction en abaissant le plafond.

Cette nouvelle procédure s'appliquera aux affaires pour lesquelles les griefs ont été notifiés après la publication de la Loi, soit après le 7 août 2015.

ii. « Simplification » du contradictoire en procédure de clémence ?

Par ailleurs, la procédure de clémence est, nous dit-on, simplifiée. Les services d'instruction pourront faire le choix de ne pas adresser de rapport au demandeur de clémence, limitant alors la procédure pour ce qui le concerne à un seul tour de contradictoire (notification de griefs et réponse), contre deux tours dans une procédure contentieuse classique.

Le projet de loi envisageait initialement la suppression générale du second tour du contradictoire pour l'ensemble des parties. Sans aborder la question de l'opportunité de la proposition initiale, l'ajustement du texte par l'Assemblée Nationale pour en limiter finalement l'effet au seul demandeur de clémence soulève plusieurs réactions. Tout d'abord, on peine ici à voir le gain procédural puisque les services d'instruction demeureront dans la grande majorité des affaires dans l'obligation de rédiger un rapport, sauf à ce que l'ensemble des autres entreprises impliquées ne transigent. Par ailleurs, pour le demandeur de clémence, le rapport est une source nécessaire d'informations pour lui permettre de continuer à se défendre contre une éventuelle contestation de son statut de demandeur par d'autres entreprises ou contre des propos ou positions prises par celles-ci ou par les services d'instruction pouvant affecter ses intérêts. Son économie n'est donc en aucun cas un gain pour le demandeur et cette disposition devrait ne trouver à s'appliquer que dans des cas très limités.

iii. Extension des motifs de rejet de saisines contentieuses

Pour permettre un désengorgement des services de l'Autorité, celle-ci peut désormais rejeter une saisine par décision motivée lorsque les faits invoqués peuvent être traités par la DGCCRF dans le cadre de sa compétence pour connaître des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale (« micro-PAC »).

iv. Un dispositif de renforcement des pouvoirs des enquêteurs pour l'essentiel censuré par le conseil constitutionnel

Le projet de loi prévoyait la possibilité pour les enquêteurs, dans le cadre d'une enquête simple, de pouvoir se faire communiquer par les opérateurs les factures téléphoniques détaillées (« fadettes ») des entreprises visées par une enquête. Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition au motif qu'elle n'opérait pas une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions.

On notera effectivement l'importance croissante pour les services d'instruction des examens de relevés téléphoniques des entreprises dans les affaires de cartel, comme moyen de preuve à part entière et comme moyen de corroboration d'autres preuves. Le texte envisagé aurait permis aux services d'instruction d'obtenir directement auprès des opérateurs des informations plus complètes que celles qu'ils peuvent collecter auprès des entreprises (appels entrants en plus des appels sortants, numéros complets lorsque ceux-ci sont partiellement occultés dans les factures, possibilité de remonter parfois plus loin dans le temps). A défaut d'avoir obtenu ce nouveau pouvoir, les services d'instruction continueront, comme ils le font déjà, à saisir les relevés téléphoniques dans le cadre des inspections de visite et saisie et à en demander la production aux entreprises dans le cadre de l'instruction du dossier.

Ne demeure au terme de la réforme qu'un ajout (en rouge dans le texte ci-dessous) de portée limitée aux dispositions de l'article L.450-3 qui donne le pouvoir aux agents de l'Autorité d'effectuer des « enquêtes simples » : « *Les agents peuvent exiger la communication et obtenir ou prendre copie, par tout moyen et sur tout support, des livres, factures et autres documents professionnels de toute*

nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent exiger la mise à leur disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications. Ils peuvent également recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, document ou toute justification nécessaire au contrôle. »

II. Ajustements en matière de contrôle de concentrations

i. Abaissement du seuil de contrôle dans les territoires d'Outre-mer

La Loi complète l'article L.430-2.III du Code de commerce, relatif aux seuils de contrôlabilité dans les territoires d'Outre-mer. Il est désormais précisé que le deuxième seuil, qui imposait déjà que « *le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés [soit] supérieur à 15 millions d'euros* », n'a pas à être réalisé par les entreprises concernées dans le même département ou collectivité territoriale.

Cet ajout va mécaniquement avoir pour effet d'abaisser le seuil de contrôlabilité. L'Autorité semble décidemment avoir du mal à trouver le bon équilibre pour assurer sa mission dans ces territoires.

ii. Aménagements concernant la dérogation à l'effet suspensif

Le nouvel article L.430-4 du Code de commerce précise désormais que les dérogations à l'effet suspensif du contrôle des concentrations pourront être assorties de conditions et subordonne leur validité à la notification complète de l'opération dans un délai de trois mois à compter de sa réalisation effective.

iii. Modification des délais d'examen des opérations notifiées

La Loi modifie les délais d'examen des opérations de concentrations en phase 1 et en phase 2 :

- En phase 1, un mécanisme de « *stop the clock* » est introduit et permettra à l'Autorité de suspendre le délai d'examen de 25 jours ouvrés lorsque les parties ne répondent pas dans le délai imparti aux demandes d'information de l'Autorité. Jusqu'à présent, cette possibilité de suspension n'était ouverte qu'en phase 2. Ceci devrait en toute logique marquer la fin de la pratique de l'Autorité de délivrer l'accusé de réception attestant de la complétude du dossier en fin de période d'examen, pratique qui faisait peser un aléa injustifié sur le *timing* de l'opération.

- En phase 2, l'extension de délai de 20 jours prévue lorsque les engagements sont communiqués tardivement dans la procédure d'examen s'applique désormais également lorsque des modifications sont apportées tardivement aux engagements initialement proposés. Ceci devrait permettre un examen plus serein des engagements modifiés par l'entreprise en fin de négociation avec l'Autorité.

iv. Non-respect des engagements initialement imposés

La Loi renforce l'arsenal de l'Autorité en cas de non-respect des engagements initialement imposés, un thème cher à l'Autorité et qui a fait l'objet d'une attention particulière de ses services ces dernières années.

L'Autorité était déjà habilitée à (i) retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération ou (ii) enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements. La Loi Macron ajoute une troisième option : l'Autorité, ou, le cas échéant, son président, pourra désormais enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée.

III. Nouvelle prérogative de l'Autorité dans le secteur de la grande distribution

La Loi Macron devait considérablement renforcer les pouvoirs de l'Autorité dans le secteur de la grande distribution. A cet égard, le texte finalement validé par le Conseil constitutionnel est en demi-teinte par rapport aux attentes de l'Autorité: l'obligation légale de communiquer à l'Autorité les projets de création de centrale d'achat est instaurée ; le mécanisme d'injonction structurelle, qui a fait couler beaucoup d'encre, a en revanche été censuré par le Conseil constitutionnel.

i. Communication à l'Autorité des projets de création de centrale d'achat

L'année 2014 a été marquée par une importante vague de rapprochements de centrales d'achat, selon des modalités diverses, à l'initiative d'enseignes françaises de premier plan (Eurochan/Système U, Intermarché/Casino, Carrefour/Provera). Ces rapprochements, qui avaient eu lieu dans un contexte de guerre des prix entre les différentes enseignes, avaient poussé le Ministre de l'Economie à saisir l'Autorité, démunie en l'absence d'instruments juridiques propres à appréhender cette situation nouvelle, d'une demande d'avis.

Dans l'avis qu'elle avait rendu suite à cette saisine (avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution), l'Autorité appelait de ses vœux l'instauration d'une obligation de communication à l'Autorité des projets de création de centrale d'achat, « *afin de lui permettre d'assurer son rôle de veille de manière efficace* ».

C'est désormais chose faite. Le nouvel article L.462-10 du Code de commerce prévoit que de tels rapprochements qui dépasseront certains seuils (fixés par un décret en Conseil d'État à venir en décembre 2015) devront être communiqués à l'Autorité : *« à titre d'information, au moins deux mois avant [leur] mise en œuvre* ».

ii. Censure du mécanisme d'injonction structurelle par le Conseil Constitutionnel

Mesure phare du projet de Loi Macron, le mécanisme d'injonction structurelle visait à attribuer à l'Autorité un pouvoir d'injonction « *en cas d'existence d'une position dominante et de détention par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 %* ».

Inspirée du mécanisme d'injonction structurelle déjà en vigueur dans les DOM-TOM depuis la loi Lurel de 2012, cette mesure visait initialement à remédier à un manque de concurrence du secteur du commerce de détail alimentaire. Elle s'appliquait néanmoins au secteur du commerce de détail en général.

Le Conseil constitutionnel a finalement censuré cette disposition sur le fondement de l'atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. A cet égard, le Conseil constitutionnel a pris en compte le fait que ce mécanisme pouvait conduire à une cession forcée

d'actifs, même en l'absence d'abus. D'autre part, il a relevé que la mesure devait s'appliquer à l'ensemble du territoire et à l'ensemble du commerce de détail, alors que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire.

IV. Pour finir, en vrac…

La Loi étend le champ d'action de l'Autorité, qui aura dorénavant vocation à intervenir, de manière essentiellement consultative, dans la règlementation et/ou le fonctionnement d'un certain nombre de secteurs : pratiques du secteur autoroutier, tarification des prestations pour l'obtention du permis de conduire, surveillance de certaines conventions dans le secteur des télécommunications, contrôle des tarifs et de l'installation de certaines professions juridiques règlementées.

Enfin, la Loi introduit diverses mesures et amendements dans le secteur de la distribution, touchant aux contrats d'affiliation, aux délais de paiement, à la négociation commerciale et au niveau des sanctions des pratiques restrictives de concurrence.

AUTEURS:

Jean-Nicolas Maillard
Partner
Tel: +32 (2) 626 0594
Mob: +32 476 78 18 59
Email: jnmaillard@steptoe.com

Camille Keres
Associate
Tel: +32 (2) 626 0536
Mob: +32 476 78 26 79
Email: ckeres@steptoe.com

Steptoe & Johnson LLP
(Bruxelles)
489 Avenue Louise
B-1050 Bruxelles, Belgique
Tel: +32 (2) 626 0500
Fax: +32 (2) 626 0510
www.steptoe.com