

CONTRIBUTION
DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS
PRATIQUANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE

PROJET DE LOI MACRON

A la suite de l'adoption du Projet de loi Macron par l'Assemblée nationale puis de son examen par le Sénat, l'APDC souhaite formuler les commentaires suivants en vue du nouvel examen du projet de loi devant l'Assemblée nationale.

I. INJONCTION STRUCTURELLE

Le projet de loi prévoit de conférer à l'Autorité de la concurrence un pouvoir exorbitant du droit commun en lui permettant d'ordonner une déconcentration, en dehors de toute faute au regard du droit de la concurrence, lorsqu'une entreprise détient une part de marché supérieure à 50% et qu'elle pratique des prix ou des marges élevés.

Cette mesure ne sera pas cantonnée aux principales enseignes de la grande distribution, mais va toucher l'ensemble des entreprises du commerce de détail, qui sont en grande majorité des PME, voire des TPE. Il est en effet fréquent qu'un magasin de petite ou moyenne taille détienne une part de marché élevée sur le marché sur lequel il intervient, en particulier lorsqu'il fait preuve d'un degré d'innovation important.

En outre, même dans le secteur de la grande distribution, la plupart des points de vente des grandes enseignes sont des commerçants indépendants exploitant leur activité sous forme de franchise. Si un réseau de distribution d'une enseigne devait être mis en cause sur la base de ce texte dans une ou plusieurs zones, ce sont donc des entreprises de taille modeste qui pourraient être soumises au mécanisme d'injonction structurelle.

Il faut également souligner que la quasi-totalité des systèmes juridiques développés qui ont étudié la possibilité d'introduire dans leur droit de la concurrence un mécanisme d'injonction structurelle y ont renoncé. Tel est le cas aux Etats-Unis, où de telles mesures ont été étudiées à deux reprises par le Sénat dans les années soixante-dix, et ont été abandonnées au motif qu'elles porteraient une atteinte excessive à la sécurité juridique, au droit de propriété, et à l'innovation. L'exemple britannique auquel l'étude d'impact du projet de loi fait directement référence est très spécifique car le mécanisme d'injonction structurelle s'inscrit dans le cadre d'un système juridique très différent qui ne comporte pas de contrôle des concentrations de plein droit a priori, contrairement au droit français. Ce mécanisme n'a du reste été mis en œuvre que deux fois outre-manche, et jamais en matière de commerce de détail.

Il convient donc d'adopter une position prudente et de prévoir, de manière très précise, les conditions d'applications de l'injonction structurelle (1.), les garanties procédurales reconnues aux entreprises (2.) et un dispositif de recours efficace (3.). C'est l'objet du projet d'amendement que l'APDC souhaite soumettre lors de l'examen du projet de loi par l'Assemblée nationale (4.).

1. Préciser le champ d'application de l'injonction structurelle

Il est important d'éviter de faire référence à des notions qui ne sont pas définies, telles que les notions de « secteur économique concerné » ou de « zone de chalandise », car l'imprécision de ces critères peut amener à des interprétations très variables et divergentes.

Il est donc impératif de faire plutôt référence à la notion de « marché pertinent », notion pour laquelle une définition légale est donnée à l'article R.430-2 du Code de commerce, lequel renvoie aux annexes 4-3 et 4-5 du livre IV du Titre IV du Code de commerce. On soulignera que la définition de la notion de marché pertinent est identique à celle donnée en droit européen de la concurrence, dont les textes ne reconnaissent pas non plus la notion de zone de chalandise.

Par ailleurs, il faut ajouter que le fait de circonscrire l'analyse de la position de marché à la seule zone de chalandise d'un commerce de détail peut conduire à occulter de l'analyse certains points de vente situés en dehors de cette zone alors même qu'ils peuvent constituer une alternative pour tout ou partie des consommateurs de la zone de chalandise examinée et exercent dès lors une pression concurrentielle sur le commerce de détail en question. Une approche restrictive limitée à la seule zone de chalandise peut ainsi conduire à fausser l'appréciation de l'existence d'une position dominante et de la part de marché du commerce de détail, c'est-à-dire des deux critères devant être remplis pour justifier le recours au mécanisme d'injonction structurelle.

2. Renforcer les garanties procédurales

Les modifications proposées au projet de loi initial par le Gouvernement devant le Sénat permettent d'organiser une procédure contradictoire dès l'étape des préoccupations de concurrence.

L'amendement que le gouvernement avait présenté devant le Sénat allait dans le même sens, tout en simplifiant la procédure, mais en distinguant clairement une première phase « *non contentieuse* » et une seconde, contentieuse.

Toutefois, pour que cette phase contradictoire soit pleinement effective, il est impératif d'accorder aux entreprises mises en cause un délai suffisant pour leur permettre de faire valoir leur position et, le cas échéant, proposer des engagements. Au vu de l'expérience des membres de l'APDC en matière de procédure d'engagement et de procédure de non-contestation de griefs (au cours de laquelle des engagements sont généralement discutés avec les services d'instruction), il paraît qu'un délai de quatre à cinq mois serait plus adapté pour permettre aux entreprises de répondre utilement aux préoccupations de concurrence.

Par ailleurs, il est également impératif de garantir aux entreprises un délai suffisant pour exécuter l'injonction prononcée par l'Autorité, un tel délai étant nécessaire tant pour préserver la valeur des actifs devant être cédés que pour éviter de déstabiliser, par une rupture brutale des relations commerciales établies (comportement qui constitue d'ailleurs une pratique restrictive de concurrence au sens de l'article 442-6-I.5° du Code de commerce), le magasin affilié dont le contrat d'affiliation devrait être dénoncé. Il conviendrait donc de retenir un même délai minimum de six mois pour la mise en œuvre l'injonction portant sur les accords et actes par lesquels s'est constituée la puissance économique et de l'injonction de cession des actifs.

Il faut insister sur le fait que, par exemple, la résiliation de contrats structurant l'activité de l'entreprise et impliquant par nature des tiers à la procédure, peut être aussi complexe à mettre en œuvre, que des cessions d'actif.

3. Assurer un recours effectif

Comme l'APDC l'avait souhaité au moment des débats en première lecture à l'Assemblée Nationale, le projet de loi précise logiquement que la juridiction judiciaire (Cour d'appel de Paris), gardienne de la liberté individuelle conformément à l'article 66 de la Constitution, est compétente pour connaître des appels interjetés contre les décisions de l'Autorité en matière d'injonction structurelle, dans le cadre des dispositions de l'article L.464-8 du Code de commerce.

Or, cet article prévoit que le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence n'est pas suspensif, tout en reconnaissant au Premier Président de la Cour d'appel de Paris la possibilité d'ordonner le sursis à l'exécution de la décision, notamment « *si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ».

L'exécution d'une injonction structurelle (qu'il s'agisse de la résiliation d'un contrat ou de la cession d'un actif) constitue un acte manifestement irréversible (contrairement par exemple au paiement d'une amende). Il paraît donc logique de prévoir, et ce dans un souci d'économie aussi bien des ressources de la Cour d'appel de Paris (et de l'Autorité de la concurrence elle-même) que des entreprises, le caractère suspensif du recours contre les décisions prononçant une injonction structurelle, sans imposer aux entreprises de devoir recourir à la procédure de référé suspension.

On ajoutera que toute comparaison avec le droit commun administratif serait inopérant dans la mesure où, contrairement aux décisions de l'administration qui viennent sanctionner une faute, une irrégularité ou même remédier à une situation de péril ou de danger pour l'ordre public, la procédure d'injonction structurelle ne constitue pas une sanction, ainsi que cela a été rappelé à de nombreuses reprises par le Gouvernement lors des débats devant le Parlement, ni ne tend à préserver l'ordre public d'un péril imminent.

4. Proposition d'amendement sur la procédure d'injonction structurelle

L'APDC propose d'apporter les modifications suivantes aux dispositions de l'article 11 relatif à l'injonction structurelle, ces modifications étant proposées sur la base du texte de l'amendement n°1552 présenté par le Gouvernement le 2 avril 2015 devant le Sénat :

Rédiger ainsi cet article :

Le code de commerce est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article L. 464-8, après la référence : « L. 464-6-1 », est insérée la référence : « , L. 752-26 » ;

2° Au deuxième alinéa de l'article L. 464-8, après les mots « le recours n'est pas suspensif », sont insérés les mots « sauf en ce qui concerne les recours contre les décisions mentionnées aux articles L. 752-26 et L. 752-27. »

23° L'article L. 752-26 est ainsi rédigé :

« Art. L. 752-26. – I. – 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 %, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné, l'Autorité de la concurrence peut faire

connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, en précisant son estimation de la part de marché et du niveau de prix ou de marges qui justifie ces préoccupations. L'entreprise ou le groupe d'entreprises peut, dans un délai ~~de deux~~ qui ne peut être inférieur à quatre mois, lui proposer des engagements dans les conditions prévues à l'article L. 464-2 et R.464-2.

« La part de marché mentionnée au premier alinéa du présent I est évaluée selon le chiffre d'affaires réalisé dans le secteur économique et ~~dans la zone de chalandise concernés ou selon les surfaces commerciales exploitées dans la zone de chalandise concernée~~ sur le marché pertinent identifié ou selon les surfaces commerciales exploitées sur ce marché pertinent.

« II. – Si l'entreprise ou le groupe d'entreprises conteste les préoccupations de concurrence soulevées, ne propose pas d'engagements, ou si les engagements proposés ne lui paraissent pas de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence, un rapport est notifié par l'Autorité de la concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises qui peut présenter ses observations dans un délai de deux mois.

L'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée, prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause et à l'issue d'une séance devant le collège, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut ~~excéder six mois~~ être inférieur à six mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les prix ou les marges élevés constatés. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder, dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois, à la cession d'actifs, y compris de terrains, bâtis ou non, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective. L'Autorité de la concurrence peut sanctionner l'inexécution de ces injonctions dans les conditions prévues à l'article L. 464-2.

« III. – Au cours des procédures définies aux I et II du présent article, l'Autorité de la concurrence peut demander communication de toute information dans les conditions prévues aux articles L. 450-3, L. 450-7 et L. 450-8 et entendre tout tiers intéressé. »

II. PROCEDURE DE TRANSACTION

L'APDC est favorable à l'introduction en droit français d'une procédure de transaction, sous réserve, d'une part, de maintenir un mécanisme de réduction de sanction pécuniaire pour les entreprises qui acceptent de coopérer à la procédure et donc de contribuer à une économie procédurale effective pour l'Autorité sans aller jusqu'à mettre en œuvre la procédure de transaction (1.), et, d'autre part, de limiter le contenu de la transaction à la fixation d'un plafond de sanction pécuniaire (2.). Enfin, l'APDC est favorable à la possibilité offerte de transiger sur une partie seulement des griefs notifiés (3.).

Sur cette base, l'APDC souhaite soumettre un projet d'amendement lors de l'examen du projet de loi par l'Assemblée nationale (4.).

1. Sur le maintien d'une réduction d'amende en cas de coopération de l'entreprise poursuivie

La formulation actuelle de l'article 59 quinquies du projet de loi conduit à substituer une procédure de transaction à la procédure de non contestation de griefs prévue à l'article L.464-2 du Code de commerce.

L'instauration de cette procédure de transaction est tout à fait opportune, mais il serait regrettable, dans l'intérêt même de la simplification des procédures, de supprimer la possibilité de rémunérer, par une réduction de sanction pécuniaire, une entreprise qui coopère à la procédure (coopération qui peut prendre la forme d'une absence de contestation de l'infraction poursuivie), alors même qu'une telle coopération est de nature à accélérer la procédure.

L'amendement proposé par l'APDC vise donc à prévoir que la coopération d'une entreprise au cours de l'instruction doit être prise en compte par l'Autorité de la concurrence au stade de la détermination de la sanction. Dans le cas contraire, l'hypothèse, que l'on ne peut exclure, de désaccord de bonne foi sur l'appréciation de la gravité des pratiques et de leur dommage éventuel à l'économie, l'on perdrait la chance d'une économie procédurale qui résulte d'une non-contestation des griefs. Or celle-ci a été introduite et pratiquée pendant plus d'une décennie, malgré ses insuffisances incontestables, en raison des économies procédurales induites.

2. Sur la suppression du montant minimum d'amende

L'APDC conteste la nécessité pour la transaction de prévoir un montant minimum d'amende, un tel plancher n'étant absolument pas nécessaire pour assurer une meilleure prévisibilité de la sanction pécuniaire, l'objectif de prévisibilité étant atteint pour les entreprises du seul fait de l'existence d'un montant maximum.

Par ailleurs, le fait de prévoir un montant minimum d'amende n'est pas non plus nécessaire pour permettre une simplification de la procédure devant l'Autorité, objet premier du mécanisme de transaction, cet objectif étant atteint du seul fait de l'absence de contestation des griefs notifiés à l'entreprise et de l'acceptation d'un montant maximum de sanction.

Mais surtout, le fait de prévoir un montant minimum revient à l'attribution au Rapporteur général (c'est-à-dire aux services d'instruction) d'un pouvoir disproportionné de détermination du montant de la sanction, alors même que le pouvoir de sanction relève de la compétence exclusive du Collège de l'Autorité de la concurrence. Le fait de reconnaître un tel pouvoir aux services d'instruction serait dès lors contraire aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, qui requiert l'absence de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction, tels qu'ils ont été consacrés par les juridictions judiciaires et administratives, et en dernier lieu par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012 (Société Groupe Canal Plus et autre).

3. Sur le maintien de la possibilité d'une transaction partielle

L'APDC est favorable à la possibilité offerte aux entreprises, telle que cela ressort du texte adopté par la Commission spéciale du Sénat, de conclure une transaction sur une partie seulement des griefs.

Dès lors que la notification de griefs peut imputer plusieurs griefs à une même entreprise et que chacun des griefs notifiés doit faire l'objet d'une analyse autonome par l'Autorité de la concurrence, il paraît logique de reconnaître à l'entreprise poursuivie la possibilité de transiger sur certains des griefs tout en continuant de se défendre sur les autres griefs qui lui auraient été notifiés.

L'économie procédurale recherchée, même moindre, demeure d'autant que la possibilité de transaction partielle pourrait augmenter le nombre de transactions, et donc de ce fait venir compenser au plan global l'avantage procédural moindre dans un cas individuel.

4. Proposition d'amendement sur la procédure de transaction

L'APDC propose d'apporter les modifications suivantes aux dispositions de l'article 59 quinquies relatif à la procédure de transaction, ces modifications étant proposées sur la base du texte adopté par la Commission spéciale du Sénat :

Rédiger ainsi cet article :

L'article L. 464-2 du code de commerce est ainsi modifié :

1° Le troisième alinéa du I de l'article L.464-2 du code de commerce est remplacé par l'alinéa suivant :

« Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ainsi qu'à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre et doivent tenir compte de la coopération de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné au cours de la procédure. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »

2° Le III est ainsi rédigé :

« III. - Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité de tout ou partie des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant ~~le montant minimal~~ et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée pour les griefs non contestés. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans la proposition de transaction qu'il lui soumet. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction totale ou partielle, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction. » ;

2° À la dernière phrase du IV, après le mot : « peut », sont insérés les mots : « , après avoir entendu le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné sans établissement préalable d'un rapport, et ».

* *

*