

Loi de Modernisation de l'Economie (LME) un pas de plus vers une autorité de concurrence indépendante et unique

Le régime français de la concurrence repose sur un système d'application dual, les pouvoirs étant répartis entre le Ministère de l'Economie (enquêtes, concentrations) et une autorité de concurrence indépendante (pratiques anticoncurrentielles).

Ce système dual, dans lequel une partie des attributions est exercée par le pouvoir politique, a attiré au fil du temps de plus en plus de critiques.

Comme d'autres Etats membres, la France est en train de réformer ce système dual en profondeur.

La Loi de Modernisation de l'Economie n°2008-776 adoptée le 4 août 2008 et publiée au Journal officiel le 5 août 2008, réalise indubitablement un pas de plus en faveur d'une unique autorité de concurrence indépendante, mais un pas seulement : le Ministre de l'Economie continuera à disposer de prérogatives très significatives en matière de concurrence⁽¹⁾.

Parallèlement la LME et les textes prévus pour son application procèdent à un certain nombre de modifications de fond, tant en matière de concentrations, que de pratiques anticoncurrentielles ou encore de droit de la distribution.

Le Conseil de la Concurrence devient "l'Autorité de la Concurrence"

L'autorité de concurrence change de nom et l'article L 461-1 du Code de Commerce énonce désormais qu'elle constitue une autorité administrative indépendante veillant au libre jeu de la concurrence et apportant son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international. Nul doute cependant que le Conseil de la Concurrence constituait d'ores et déjà une autorité administrative indépendante.

La LME introduit quelques modifications institutionnelles : réduction du mandat des membres de l'Autorité de 6 ans à 5 ans, création d'un nouveau poste de vice-président (contrôle des concentrations), renforcement des membres choisis en raison de leur compétence économique ou en matière de concurrence, etc. Pour l'heure, il est prévu par l'avant-projet d'ordonnance que le Conseil restera en fonction jusqu'à la nomination des membres de la nouvelle Autorité. Les mandats des membres actuels devront donc être confirmés et/ou de nouveaux membres être nommés.

L'Autorité pourra désormais statuer en formation à membre unique (président ou vice-président) notamment sur les saisines émanant du Ministre en matière de pratiques anticoncurrentielles, ainsi que sur les concentrations de phase 1.

Une partie du corps des enquêteurs actuellement rattaché au Ministère de l'Economie rejoindra les services d'instruction de l'Autorité, qui auront pleine compétence pour mener désormais les enquêtes simples comme les enquêtes lourdes.

Un conseiller-auditeur sera nommé par le ministre de l'Economie et aura un simple pouvoir de proposition auprès du président, sur la base des observations des parties. Ses modalités d'intervention sont à préciser par un décret d'application mais ne semblent pas pour l'heure couvrir les procédures de concentrations.

Enfin, l'Autorité aura le pouvoir d'agir en justice sans devoir passer, comme cela est le cas aujourd'hui, par le Ministre de l'Economie.

(1) La Loi réforme de nombreux autres aspects du droit des affaires qui ne sont pas développés dans le présent memo d'information dédié aux aspects concurrence.

Le contrôle des concentrations est transféré à l'Autorité de la Concurrence

C'est désormais l'Autorité de la Concurrence qui recevra les notifications, instruira, et adoptera les décisions de phase 1 comme de phase 2. Il sera encore nécessaire, dans le cadre du décret d'application, d'adapter la procédure contentieuse de l'Autorité au traitement des opérations de phase 1 (vraisemblable suppression de la séance, organisation de réunions d'étape, adaptation ou suppression de la notification de griefs, organisation du contradictoire, etc.).

Les délais sont désormais fixés en jours ouvrés et restent sensiblement les mêmes, s'agissant de la procédure devant l'Autorité. La phase 1 demeure de 25 ou 40 jours ouvrés selon que des engagements sont ou non proposés par les parties. La phase 2 est même sensiblement réduite et durera désormais 65 ou 85 jours ouvrés additionnels, selon la date de soumission éventuelle des engagements.

Un mécanisme d'arrêt de la montre est également introduit, avec des modalités différentes en phase 1 et 2. En phase 2, l'Autorité pourra également suspendre les délais en cas de retard des parties ou de certains tiers à lui communiquer des informations.

Le Ministre pourra toutefois changer le sens des décisions de l'Autorité

Un nouvel article L 430-7-1 maintient des pouvoirs d'intervention du ministre plus que significatifs : ce dernier conservera – lorsqu'il le souhaitera – le dernier mot en la matière :

- à l'issue de la phase 1, dans un délai de 5 jours ouvrés après réception de la décision de l'Autorité, le ministre « peut demander » à cette dernière d'engager une phase 2 nonobstant sa décision d'autorisation, sans que le texte ne précise les motifs pouvant justifier une telle demande ni le sort que l'Autorité peut lui réserver ;
- à l'issue de la phase 2, dans un délai de 25 jours ouvrés après réception de la décision de l'Autorité, le ministre peut statuer sur l'opération pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, sans que le texte ne limite les motifs d'intérêt général concernés, ni les décisions sur lesquelles le ministre peut intervenir (autorisation comme interdiction) ni le sens de cette intervention (allègement comme alourdissement des engagements, autorisation en lieu d'interdiction et inversement).

Pendant ces délais d'intervention, les parties ne pourront pas mettre en œuvre l'opération de concentration, les délais étant donc respectivement portés à 30 ou 45 jours ouvrés en phase 1, et à 90 ou 110 jours ouvrés en phase 2.

Nouveaux seuils de notification pour le commerce de détail et les DOM-COM

Si la LME relève les seuils d'autorisation administrative pour les magasins de commerce de détail, elle impose en contrepartie des contraintes plus lourdes, en matière de concentrations notamment. Elle adapte par ailleurs les seuils actuels prévus concernant les départements d'outre-mer (et désormais également collectivités d'outre-mer), et introduit une obligation de notification dans ce cadre.

Ces opérations seront désormais soumises à notification sur la base de seuils abaissés :

- chiffre d'affaires total mondial de l'ensemble des parties supérieur à 75 millions d'euros (au lieu de 150) ;
- chiffre d'affaires en France réalisé par au moins deux des entreprises dans le secteur du commerce de détail ou dans un DOM/COM supérieur à 15 millions d'euros (au lieu de 50).

Deuxième étape de la réforme des relations commerciales

La LME renforce la négociabilité des conditions de vente en introduisant dans la loi les principes de différenciation des conditions générales de vente et de négociabilité des conditions particulières. En conséquence, elle supprime désormais le délit civil de discrimination de l'article L 442-6, spécificité française selon laquelle la discrimination entre deux acheteurs comparables est condamnable, en l'absence de toute position dominante ou dépendance économique.

En sens inverse, l'article L 442-6 est complété de nouvelles formes de pratiques commerciales interdites *per se*, notamment les clauses du client le plus favorisé. Si ces clauses ont pu soulever des difficultés particulières dans le cadre de la grande distribution, c'est de manière tout à fait générale qu'elles engageront désormais la responsabilité des entreprises qui en bénéficient, non seulement sur le terrain de l'indemnisation d'un éventuel préjudice mais aussi à une amende civile pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros ou au triple des sommes indûment versées.

Par ailleurs, le contentieux de l'article L 442-6 relèvera désormais de juridictions spécialisées (vraisemblablement celles désignées pour les litiges de concurrence).

Pour finir, la LME allège encore sensiblement le formalisme requis s'agissant de la convention unique annuelle devant être conclue entre fournisseurs et distributeurs, et clarifie certaines incertitudes qui résultaient de la version antérieure de l'article L 441-7, issue de la loi Chatel du 3 janvier 2008.

Entrée en vigueur différenciée

Les dispositions concernant la deuxième étape de la réforme des relations commerciales sont d'application immédiate. Au contraire, les autres dispositions examinées ci-dessus (concentrations, Autorité de la Concurrence) n'entreront en vigueur qu'à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue par l'article 97 de la LME et au plus tard le 1er janvier 2009.

L'avant-projet d'ordonnance

L'avant-projet d'ordonnance qui a circulé avant l'été et qui est en cours d'adaptation à la LME finalisée prévoit un certain nombre de dispositions complémentaires.

Traitement par le Ministre des micro-PAC

Tout d'abord, l'avant-projet d'ordonnance instaure un traitement des micro-pratiques anticoncurrentielles, à savoir des pratiques de dimension locale, commises par des entreprises de dimension modeste, non susceptibles de relever des articles 81 et 82 du traité CE. Lorsque le ministre chargé de l'économie détecte de telles pratiques, il peut enjoindre aux entreprises d'y mettre fin et leur proposer de transiger (dans la limite de 75 000 € ou de 5 % du chiffre d'affaires). A défaut de transaction, le ministre peut saisir l'Autorité de la Concurrence.

Au moment où l'on transfère essentiellement des compétences vers l'Autorité, ce mouvement en sens contraire surprend et s'avère porteur de réelles difficultés : ruptures d'égalité entre les entreprises en deçà et au deçà des seuils, nécessité pour l'Autorité de se saisir des pratiques concernées avant versement du montant de la transaction pour faire échec à une transaction sur laquelle elle aurait des vues divergentes etc.

Enquêtes de concurrence

En matière d'enquêtes, l'avant-projet d'ordonnance reconnaît le droit de l'entreprise à la présence d'un conseil, mais pour l'heure sans précisions suffisantes sur son rôle pendant l'enquête (notamment, sa capacité de prendre connaissance des documents à être saisis n'est pas claire).

Dans le prolongement de l'arrêt Ravon⁽²⁾ de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, l'avant-projet institue également un appel en matière de contestation des enquêtes lourdes réalisées sur le fondement de l'article L 450-4 du Code de Commerce. L'avancée est là encore limitée, l'appel intervenant en lieu et place de la possibilité de saisir le juge ayant ordonné l'enquête à l'issue de celle-ci.

La disposition la plus controversée de l'avant-projet en matière d'enquêtes concerne la possibilité de régulariser *a posteriori*, par autorisation du juge, des saisies de documents concernant d'autres infractions éventuelles que celles couvertes par l'autorisation judiciaire, i.e. des saisies illicites aux termes de la jurisprudence française comme communautaire.

Texte de compromis s'il en est, la LME révèle un découpage complexe des compétences entre les services du Ministre et l'Autorité de la Concurrence, dans lequel l'objectif initial de libération de la croissance n'apparaît plus de manière évidente.

Un tel édifice génèrera vraisemblablement de nouvelles opportunités pour les entreprises, mais tout aussi vraisemblablement des difficultés d'application, au prix d'un accroissement des délais et d'une complexification des procédures, tout particulièrement en matière de concentrations.



Nathalie Jalabert-Doury
Paris, 14 août 2008

(2) CEDH, 21 février 2008, Ravon et autres c. France, Req n° 18497/03.

Si vous souhaitez obtenir de plus amples informations ou un avis juridique, n'hésitez pas à contacter vos interlocuteurs habituels ou l'un des avocats de notre département concurrence :

Nathalie Jalabert-Doury	jalabert-doury@cbr-law.com	Tel : +33 1 53 65 70 52 / +33 6 80 24 29 24
Laurent Nouvel	nouvel@cbr-law.com	Tel : +33 1 53 65 70 25 / +33 6 08 32 25 31
Delphine Le Marec	lemarec@cbr-law.com	Tel : +33 1 53 65 70 43 / +33 6 20 82 45 92

secrétariat de l'équipe : +33 1 53 65 70 21