

NEWSLETTER

SOMMAIRE

Propriété intellectuelle

2

L'action en contrefaçon d'une oeuvre de collaboration

Première Chambre civile de la Cour de cassation, 30 septembre 2015, décision n° 14-11.944, Leo c/ Goldman.

Exception au droit d'auteur d'une oeuvre dérivée

Cour de cassation, première chambre civile, 15 mai 2015, n°13-27.391

Contrôle des concentrations

5

L'Autorité de la concurrence autorise le rachat d'Audika 476 par William Demant sous réserve d'engagements

Décision n°15-DCC-115 du 18 septembre 2015, Sté William Demant Holding c/ Groupe Audika.

L'Autorité de la concurrence autorise le rachat de Quick par Burger King sous réserve d'engagements

Décision n°15-DCC-170 du 10 décembre 2015, Burger King France SAS Financière / Quick SAS.

Droit des pratiques anticoncurrentielles

11

Instruction au fond d'une plainte contre Google

ADLC, déc. n° 15-D-13, 9 septembre 2015 Gibmedia c/ Google.

Précision sur la notion de facilitateur d'entente

Cour de justice de l'Union européenne, 22 octobre 2015, C-194/14 P, AC Treuhand c/ Commission.

Précision des critères de qualification d'une infraction par objet

Cour de justice de l'Union européenne 16 juillet 2015, C-172/14, ING Pensii

L'évocation d'un prix, condition non suffisante pour la démonstration d'un faisceau d'indices à une entente

ADLC, déc. n°15-D-18, 1^{er} décembre 2015, Nintendo France.

L'action en nullité, le point de départ dans le cadre d'une action de « follow on »

CA Paris, Chambre 5 -Pôle 5, 2 juillet 2015 Nexans, Prysmian, Safran, Draka, Grupo, EDF et ERDF.

Réflexions sur ...

21

La loi Macron : Nouveautés en droit de la distribution et droit de la concurrence.

Propriété intellectuelle

L'action en contrefaçon d'une oeuvre de collaboration

Première Chambre civile de la Cour de cassation, 30 septembre 2015, décision n° 14-11.944, Leo c/ Goldman.

Monsieur Jean-Jacques Goldman a écrit et composé les paroles et la musique d'une oeuvre musicale intitulée "Aïcha", les arrangements ayant été réalisés en collaboration avec Monsieur Eric Benzi.

Une seconde version de cette chanson a été créée à partir des paroles en arabe ajoutées par le chanteur Cheb Khaled "Aïcha 2". Monsieur Jean-François Leo, estimant que 16 mesures des couplets des chansons "Aïcha 1" et "Aïcha 2" portaient atteinte à ses droits d'auteur sur la composition musicale "For ever", a assignés les auteurs devant le tribunal de grande instance de PARIS, aux côtés de leurs éditeurs.

Un jugement a été rendu le 18 novembre 2011, le tribunal a retenu l'existence de la contrefaçon et condamné les défendeurs au versement de la somme de 15 000 euros en réparation de l'atteinte au droit moral de Monsieur Leo.

La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance et a écarté l'existence de toute contrefaçon.

Monsieur Leo s'est alors pourvu en cassation afin de faire reconnaître le contrefaçon de son oeuvre « For ever ».

I. La recevabilité de l'action en contrefaçon d'une oeuvre de collaboration

Selon l'article L113-2, al.1 du Code de propriété intellectuelle « *est dite oeuvre de collaboration, l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* ».

Ainsi, l'oeuvre de collaboration est la propriété commune de l'ensemble des coauteurs (article L113-3 du CPI).

Il s'agit donc d'une copropriété qui requiert le consentement de l'ensemble des coauteurs pour son exploitation. Une oeuvre sera qualifiée d'oeuvre de collaboration à la condition qu'il y ait un véritable concours entre les coauteurs et non une simple juxtaposition de leurs travaux (Cass., Civ. 1, 13 novembre 2008, n°06-16.021).

Les oeuvres musicales sont éligibles à la protection du droit d'auteur sous réserve qu'elles remplissent la condition d'originalité, c'est-à-dire qu'elles portent l'empreinte de la personnalité l'auteur.

La Cour de cassation rappelle ici que l'irrecevabilité de l'action en contrefaçon est encourue « *quelle que soit la nature des droits d'auteur invoqués par le demandeur à l'action.* » Ainsi, que l'action porte sur les droits moraux ou les droits patrimoniaux, le demandeur doit attirer l'ensemble des coauteurs de l'oeuvre considérée comme contrefaisante.

Ainsi, la recevabilité de l'action en contrefaçon d'une oeuvre de collaboration nécessite que le demandeur mette en cause l'ensemble des coauteurs de l'oeuvre.

II. Les éléments caractérisant la contrefaçon d'une oeuvre musicale

Afin d'apprécier la protection accordée à une composition musicale, les juridictions s'attachent à en analyser la mélodie (TGI Paris, 3ème ch., 16 mai 2014, n°12/08.810), l'harmonie, le rythme et l'orchestration (Cour d'appel de Paris, 25 septembre 2015, n°14/01/364).

Cependant, les juridictions rappellent que l'originalité d'une oeuvre musicale ne peut être appréciée en prenant en considération les éléments isolément, mais en fonction de l'aspect d'ensemble produit par l'agencement de ces différentes caractéristiques (Cour d'appel de Paris, 25 septembre 2015).

En l'espèce, la Cour d'appel avait retenu pour écarter le caractère protégeant de la composition du demandeur, bien que les oeuvres « Aïcha » et « Aïcha 2 » et « For ever » révélaiement un enchaînement d'accords identiques sur 4 notes, « *ce passage était couramment utilisé dans les oeuvres actuelles et n'était pas en tant que tel susceptible d'appropriation* ». La Cour d'appel avait ainsi considéré que l'oeuvre « For ever » qui « *prend les éléments connus dans une combinaison dont l'originalité n'est pas établie* » ne peut bénéficier de la protection du droit d'auteur.

La Première chambre civile de la Cour de cassation censure ce raisonnement : les motifs de la Cour d'appel sont impropres à exclure l'originalité de l'oeuvre revendiquée « *qui doit être appréciée dans son ensemble au regard des différentes éléments, fussent-ils connus, qui la composent, pris en leur combinaison* ».

A retenir ...

La Cour de cassation considère que l'originalité d'une oeuvre ne doit pas être confondue avec la nouveauté, ou encore l'utilisation de successions de notes inconnues.

Elle rappelle ainsi dans cette espèce que l'originalité d'une oeuvre doit être appréciée non pas en prenant les éléments caractérisant l'oeuvre séparément mais dans leur ensemble.

Exception au droit d'auteur d'une oeuvre dérivée

Première Chambre civile de la Cour de cassation, 15 mai 2015, n°13-27.391¹

Un photographe, après avoir découvert que trois de ces photographies avaient été reproduites et intégrées dans plusieurs oeuvres d'un artiste peintre, assigna ce dernier en contrefaçon.

La Cour d'appel avait retenu la contrefaçon et condamné l'artiste peintre de ce chef.

Un pourvoi fut formé sur la base de deux moyens, dont le premier consistait à faire grief à la Cour d'appel d'avoir retenu l'originalité des oeuvres photographiques. Le second consistait, quant à lui, à faire grief à la Cour d'appel d'avoir porté atteinte à sa liberté d'expression.

Sur le premier moyen, la Cour de cassation confirme l'analyse menée par les juges du fond qui ont déduit que les choix opérés par le photographe traduisaient une démarche propre de l'auteur, qui portait l'empreinte de la personnalité de celui-ci, allant au-delà du simple savoir-faire d'un professionnel de la photographie.

Sur le second moyen, la Cour de cassation procède à la recherche de l'équilibre des

droits en présence, pour déterminer la prévalence d'un droit sur l'autre au motif que deux droits fondamentaux s'opposaient.

La Cour de cassation considère que la Cour d'appel aurait dû rechercher un juste équilibre entre les droits en présence, ceux du photographe et ceux du peintre.

La Cour de cassation a ici tranché sur le terrain du droit conventionnel, au visa de l'article 10§2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La doctrine s'étonne parfois de la position prise par la Cour de cassation, et se demande si elle n'est pas sur le point d'autoriser l'artiste peintre à reproduire les photographies d'autrui, c'est-à-dire à outre passer la non-autorisation de l'auteur de l'oeuvre première dans le cadre d'une oeuvre composite.

Cela pourrait permettre de solutionner certaines situations de blocage. Mais cela ouvre ainsi la porte à une nouvelle exception au monopole de l'auteur sur son oeuvre.

¹ *Légipresse*, juin 2015, 328-09 et *ibid.* sept. 2015, 474, note V. Varet ; *Comm. Comm. électr.*, juill-août 2015, comm. 55, obs. Caron ; *ibid.*, oct. 2015, Ét. 17, par M. Vivant ; *D.*, 2015, 1094, obs. A. T. ; *ibid.*, 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *RTC com.*, 2015, 509 et 515, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP*, 2015, 967, note C. Geiger ; *Propr. intell.*, 2015, 281, obs. A. Lucas et J.-M. Bruguière.

A retenir ...

Pour la première fois, la Cour de cassation met en balance les intérêts du contrefacteur prétendu, et les droits de l'auteur de l'oeuvre contrefaite.

Droit des concentrations

L'Autorité de la concurrence autorise le rachat d'Audika 476 par William Demant sous réserve d'engagements

Décision n°15-DCC-115 du 18 septembre 2015, Sté William Demant Holding c/ Groupe Audika.

Dans cette affaire, le groupe William Demant a notifié à l'Autorité de la concurrence, le 28 mai 2015, sa prise de contrôle du groupe Audika. William Demant, qui est l'un des principaux fabricants de produits d'aide auditive en Europe, exerce également des activités de distribution à travers sa participation minoritaire dans les réseaux des sociétés Audilab et Auditis, qui comptent respectivement 108 et 11 centres auditifs en France. Audika est, quant à lui, un acteur majeur de la vente au détail de produits d'aide auditive avec 476 centres auditifs en France. L'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence en raison des risques d'effets verticaux et horizontaux, dans un contexte de

surcroît marqué par des enjeux financiers et des acteurs majeurs en présence.

Effets verticaux

Ces effets sont susceptibles d'apparaître lorsqu'une opération de concentration réunit des entreprises intervenant à des stades distincts du circuit économique. Ces concentrations peuvent restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès à un marché², à la fourniture d'un produit ou à la prestation d'un service. Elles présentent un risque de « verrouillage³ ». Une telle concentration permet à la nouvelle entité

² Un marché concerné est un « marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel une opération notifiée a une incidence directe ou indirecte » selon les lignes directrices de l'Autorité. §179. La notification comprend une définition de chaque marché concerné. C'est le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux. Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives mais également les marchés ayant un lien de connexité susceptible de renforcer le pouvoir de marché de la nouvelle entité. Voir, rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2001.

³ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Juillet 2013. §446.

d'augmenter ses prix ou de réduire les quantités offertes.

Il apparaît que William Demant détient des positions importantes sur le marché amont de la fabrication et de la commercialisation en gros de produits d'aide auditive. Ce marché présente un lien vertical avec le marché aval de la distribution de produits d'aide auditive sur lequel est actif le groupe Audika. L'opération renforcerait alors la position de William Demant sur ce secteur. Ce marché de produits d'aide auditive se subdivise.

Il y a, d'abord, le marché amont de la fabrication et de la commercialisation en gros d'instruments de diagnostic. Mais de ce point de vue, l'acquisition du groupe Audika ne constitue pas « un débouché suffisant pour modifier l'influence de William Demant » (point 56). Le chiffre d'affaires réalisé par Audika dans ce secteur est trop faible pour modifier la position du groupe William Demant qui détient une part d'environ 30% sur ce marché en France et en Europe.

Ensuite, sur le marché amont de la fabrication et de la commercialisation en gros d'implants auditifs par ancrage osseux il apparaît que les concurrents d'Audika disposeront « de sources d'approvisionnement alternatives » (point 57) puisqu'un concurrent plus important que William Demant opère sur le marché. Cela permet d'écarter un risque de verrouillage.

Pour les autres marchés l'Autorité de la concurrence se limite à considérer que le groupe William Demant détenant une part de

marché inférieure à 30%, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux.

Effets horizontaux sur le marché aval de la distribution de produits d'aide auditive

Les effets horizontaux se retrouvent dans les concentrations entre entreprises intervenant au même stade du circuit économique. L'opération va accroître mathématiquement la part de marché des entreprises concernées. Cet effet horizontal, dont l'un des critères principaux est la part de marché⁴, peut conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante⁵. L'entreprise aura le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause car elle aura la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. L'entreprise en position dominante pourrait augmenter significativement ses prix, réduire la diversité des produits ou services disponibles sur le marché ou son rythme d'innovation.

Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante, une concentration entre deux entreprises peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles⁶.

Au niveau national, l'Autorité de la concurrence indique que la part de marché cumulée des parties à l'opération restant inférieure à [20-30%], il n'y a pas de risques d'effets horizontaux, même si l'opération

⁴ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Juillet 2013. §395.

⁵ Voir, Arrêt du Tribunal du 25 mars 1999 Gencor Ltd contre Commission des Communautés européenne. Affaire T-102/96, ECLI :EU:T:1999:65.

⁶ Voir, Décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation.

conduit à la création du premier réseau de centres auditifs en France.

Au niveau local, pour savoir si une opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence, l'Autorité indique qu'il faut se pencher sur deux critères. Il faut, tout d'abord, regarder les parts de marché de la nouvelle entité et de ses concurrents à l'issue de l'opération et le degré de concentration du marché. Il faut tenir compte du nombre de points de vente détenus par la nouvelle entité et le comparer à celui de ses concurrents (point 37). Cela ressort clairement de ses lignes directrices⁷.

L'Autorité de la concurrence va alors, ensuite, examiner les zones de chalandise⁸ susceptibles d'être affectées en raison de la part de marché détenue par la nouvelle entité. La présence, au moins égale, d'enseignes ou points de ventes concurrents est de nature à écarter un risque d'effets horizontaux.

L'Autorité est parvenue à la conclusion que l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence sur 12 marchés locaux. En effet, la nouvelle entité détient une part de marché supérieure à 50% sur l'ensemble de ces zones, et jusqu'à 70% dans certaines. La présence de concurrents dans ces zones n'est pas suffisante pour exercer « une pression concurrentielle » (point 53) de nature à contraindre le comportement de la nouvelle entité, notamment pour ce qui est de la fixation des prix.

Les engagements visant à prévenir l'atteinte à la concurrence

L'Autorité ne peut pas autoriser une opération de concentration qui risque de porter atteinte à la concurrence. Si la partie notifiante veut pouvoir procéder à la prise de contrôle, elle est donc conduite à proposer des engagements structurels ou comportementaux de nature à écarter les risques en question sur le fondement de l'article L 430-5 II du code de commerce. Les mesures structurelles sont beaucoup plus intrusives que les engagements comportementaux puisqu'elles amènent par exemple à une cession d'actifs ou d'activités à un acquéreur susceptible d'exercer une concurrence réelle. C'est pourtant le type de mesures qui est favorisé par l'Autorité de la concurrence car ce sont celles qui sont le plus à même de pallier les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration⁹. Il faut que les mesures soient de nature à écarter tout risque d'atteinte à la concurrence.

William Demant s'est, dans cette perspective, engagé à céder 7 centres auditifs et à résilier 4 contrats de franchise. A titre particulier, la cession d'un seul centre auditif a permis de passer en dessous du seuil des 50% dans deux zones de chalandise (points 62 à 65). Ces engagements sont pris pour une durée de 10 ans, période pendant laquelle il sera impossible à William Demant d'acquérir de nouveau les magasins cédés de manière directe ou indirecte.

⁷ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Juillet 2013. §382.

⁸ La zone de chalandise : Article L 752-8 I du code de commerce. C'est l'aire géographique au sein de laquelle un équipement commercial exerce une attraction sur la clientèle.

⁹ Voir, à cet égard, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Juillet 2013. §575.

L'Autorité de la concurrence estime au final que les engagements sont bien de nature à éliminer les problèmes concurrentiels engendrés par l'opération. Les engagements délient William Demant de tous les points de vente susceptible de porter atteinte à la concurrence en permettant à des enseignes concurrentes d'en reprendre la franchise (point 71). On notera que l'Autorité a interrogé les

concurrents présents sur le marché afin de savoir si les engagements étaient de nature à remédier aux problèmes de concurrence dans une perspective de co-régulation (point 72). Conformément à l'article L 430-5 III l'Autorité de la concurrence autorise alors la concentration sous réserve du respect de ses engagements par William Demant.

A retenir ...

L'Autorité se rattache toujours aux critères établis dans ses lignes directrices en vue de définir les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée. Elle examine ainsi les parts de marché de la nouvelle entité, celles de ses concurrents et le degré de concentration du marché. Dans une concentration horizontale, il conviendrait que la part de marché reste inférieure à 25%, et à 30% dans une concentration verticale ou conglomérale. Les engagements structurels sont toujours la clé d'une autorisation lorsque des problèmes anticoncurrentiels se posent.

L'Autorité de la concurrence autorise le rachat de Quick par Burger King sous réserve d'engagements

Décision n°15-DCC-170 du 10 décembre 2015, Burger King France SAS Financière / Quick SAS.

Burger King France a notifié à l'Autorité de la concurrence la prise de contrôle exclusif du groupe *Quick* le 4 novembre 2015.

Burger King France anime sur le territoire français un réseau de trente restaurants à l'enseigne *Burger King* dont dix sont détenus en propre et vingt sont exploités par des franchisés. La société est contrôlée par le groupe *Bertrand* qui détient par ailleurs d'autres établissements de restauration commerciale telles que la *Brasserie Lipp*, les enseignes *Au Bureau et Café Leffe*, les sandwicheries *Bret's* et les cafétérias *Eris*.

Le groupe *Quick* anime, pour sa part, un réseau de quatre cent cinq établissements de restauration rapide en France dont la très grande majorité est exploitée en franchise.

Le marché pertinent

Dans un premier temps, l'Autorité de la concurrence a procédé à la délimitation du marché pertinent sur les plans matériel et géographique.

Du premier point de vue, plusieurs caractéristiques sur la substituabilité des produits et des services concernés méritent d'être mises en exergue. Dans une démarche *a contrario*, l'Autorité de la concurrence estime ainsi que la restauration rapide à bas prix (fast-foods, self-services, sandwicheries) se distingue de la « restauration plus sophistiquée incluant notamment un service à table ».¹⁰ Elle relève également que l'apparition des « *food trucks* » depuis 2011, lesquels proposent une restauration rapide, est à prendre en compte dès lors qu'ils ont une présence régulière dans une zone de chalandise. Ils sont de nature à exercer une pression concurrentielle sur les acteurs du marché (point 19). Le test de marché effectué identifie surtout une forte proximité concurrentielle entre les enseignes *Mc Donald's*, *Kentucky Fried Chicken (KFC)*, *Quick*, *Burger King* et *Subway*. Le périmètre de l'analyse concurrentielle est alors dressé autour de ces grandes enseignes qui présentent une substituabilité parfaite et qui déterminent un marché pertinent.

L'autorité délimite, ensuite, les zones de chalandise en fonction de l'implantation géographique des restaurants. Paris et les dix villes les plus peuplées de France sont classiquement appréhendées de façon spécifique dans la pratique décisionnelle¹¹. La zone de chalandise correspond à un trajet de dix minutes à pieds. Pour les autres villes de France, la zone correspond à un trajet de dix

minutes en voiture (point 34). L'autorité signale qu'on peut également distinguer une zone de chalandise différente pour la Corse en raison de la rareté de l'offre de restauration rapide sur l'île (point 35). Il conviendrait en effet d'établir un rayon de trente minutes en voiture pour les restaurants situés en Corse. L'Autorité de la concurrence signale tout de même qu'elle prendra en compte au cas par cas la pression concurrentielle exercée par les principaux concurrents sur une zone de chalandise allant jusqu'à quinze minutes en voitures ou à pieds (point 37).

L'Autorité de la concurrence procède, dans ce périmètre matériel et territorial, à l'analyse des effets horizontaux et verticaux de l'opération sur la concurrence.

Effets horizontaux

L'opération va entraîner un chevauchement d'activités des parties sur le seul segment de la restauration rapide à bas prix.

Le pouvoir de marché d'un distributeur du type de *Burger King* et *Quick* doit s'apprécier en tenant compte des magasins détenus en propre et de ceux exploités en réseau dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport à la tête de réseau (point 44), conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité de la

¹⁰ Voir, notamment, les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-94 du 16 août 2010 relative à l'acquisition du contrôle conjoint du Groupe Dupont par Abenex IV et Monsieur Pascal Dupont et n° 11-DCC-137 du 15 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lenôtre SA par la société Sodexo SA ; n° 15-DCC-47 du 5 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la société GPA Courtepaille par la société ICG ainsi que les décisions de la Commission européenne n° COMP/M.4220 – Food Service Project/Tele Pizza du 6 juin 2006 et n°COMP/M.2490 – TPG Advisors/Goldman Sachs/Bain Capital Investors/Burger King du 11 octobre 2002.

¹¹ Voir, notamment, les décisions n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon. Voir, Contrats conc. Consom. 2013, chron. 4, L. Atache ; n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

concurrence¹². Il apparaît ici que les contrats de franchise en cause ne laissent pas assez d'autonomie aux franchisés en dépit de la marge de manœuvre dont ils disposent dans la détermination du prix. L'analyse concurrentielle tient donc compte des franchisés des deux réseaux (point 47).

Au niveau national, la nouvelle entité aura une part de marché nationale inférieure à 15% et n'est donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence. *McDonald's* est, en effet, leader avec plus de 50% des parts de marché.

Au niveau local, les activités se chevauchent dans 35 zones de chalandises. Aucun risque d'atteinte à la concurrence n'est cependant établi puisque la part de marché de la nouvelle entité restera toujours inférieure à 40%. La nouvelle entité sera toujours en présence d'un nombre de concurrents suffisant pour offrir une « offre alternative à celle de la nouvelle entité et constitue une contrainte concurrentielle significative sur cette dernière » (point 59).

On retrouve la ligne d'analyse classique de l'Autorité de la concurrence. Il s'agit de prendre en compte la part de marché de la nouvelle entité et de la comparer avec les concurrents et prendre en compte le degré de concentration¹³.

On notera que ce pourcentage de parts de marché est à relativiser car il ne prend en compte que les grandes enseignes présentes dans la zone de chalandise. La délimitation du marché étant assez complexe, il a été estimé

qu'il n'était pas pertinent de prendre en compte les petites enseignes ainsi que les phénomènes nouveaux comme les *food trucks* (point 22). Cette segmentation ne correspond pas à une substituabilité parfaite du marché. L'Autorité ne les a donc pas pris en compte dans son analyse mais ils seraient de nature à réduire la part de marché de la nouvelle entité.

Il apparaît que seule la région Corse pose un problème concurrentiel puisque la part de marché des parties est de 100% sur le marché pertinent concerné. En effet, seuls « un » *Quick* et « un » *Burger King* étaient présents dans la zone de chalandise. Le rachat crée donc une situation de monopole. Les parties ont alors proposé un engagement pour remédier à ce problème (point 65).

Aucun problème n'est soulevé sur le plan des effets verticaux.

Les engagements visant à prévenir l'atteinte à la concurrence

Conformément à l'article L 430-5 II du code de commerce, la partie propose des engagements pour remédier au problème concurrentiel constaté en Corse. Le groupe Bertrand (*Burger King*) s'engage alors à mettre fin au contrat de franchise pour permettre au franchisé de changer d'enseigne afin d'être totalement indépendant du groupe Bertrand. Elle renonce notamment à sa clause de non-concurrence (point 76). L'Autorité de la concurrence rappelle que le repreneur devra être capable de concurrencer le groupe

¹² Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Juillet 2013 §633. Voir, notamment, la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle et la décision du Conseil d'Etat du 23 décembre 2010 Mr Bricolage N°337533 et 338594.

¹³ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Juillet 2013. §382.

Bertrand de manière effective et pérenne sur le marché concerné (point 82).

L'Autorité de la concurrence suit sa pratique décisionnelle habituelle. Elle considère que les engagements proposés sont suffisants pour

éliminer les risques anticoncurrentiels et autorise la concentration sous réserve du respect des engagements.

A retenir ...

Sur la délimitation du marché pertinent, l'Autorité de la concurrence décide de ne retenir que les acteurs majeurs pour effectuer son analyse concurrentielle. Elle n'écarte cependant pas totalement de son esprit les autres acteurs économiques qui ne présentent pas une substituabilité parfaite. Cela permet de relativiser la part de marché détenue par la nouvelle entité.

Droit des pratiques anticoncurrentielles

Instruction au fond d'une plainte contre Google

Autorité de la concurrence, 9 septembre 2015, n° 15-D-13, Gibmedia c/ Google.

La société Gibmedia - éditeur de sites d'informations payantes sur la météo, de données d'entreprises et de renseignements téléphoniques - reprochait à Google d'avoir, en janvier 2015, suspendu sans préavis le compte AdWords qu'elle utilisait pour diffuser les annonces de différents sites. Elle a saisi l'Autorité de la concurrence, le 6 mars 2015, pour abus de position dominante de Google sur les marchés de la publicité en ligne et pour pratiques abusives par la suspension du compte AdWords.

AdWords est un service de publicité en ligne qui permet de référencer des annonces par l'usage de mots clés par les internautes. Google soutient que cette suspension est

justifiée car la société Gibmedia n'a pas respecté trois règles d'utilisation d'AdWords que sont l'interdiction de facturer des frais pour des produits ou des services normalement gratuits, la transparence vis-à-vis des consommateurs en matière de facturation et l'interdiction d'utiliser des techniques de dissimulation.

Selon l'Autorité de la concurrence, bien que Google dispose d'une liberté dans la détermination des principes à respecter par les entreprises référencées, elle précise qu'« *un référencement publicitaire doit être transparent et objectif* » et que Google doit se comporter « *en respectant un processus transparent, objectif et non discriminatoire* ».

Or, l'Autorité considère qu'il n'est pas exclu que ces conditions ne soient pas réunies en l'espèce. Si cela était confirmé à l'issue d'une instruction, alors une pratique anticoncurrentielle pourrait être constituée.

L'Autorité s'était déjà intéressée à cette question à l'occasion d'une décision du 30 juin 2010¹⁴ dans laquelle Navx reprochait à Google d'avoir commis des pratiques discriminatoires lors de la mise en œuvre de sa politique de contenus AdWords.

A l'époque, elle avait prononcé des mesures conservatoires afin que Google rétablisse le compte de Navx et améliore la transparence et la prévisibilité de sa politique de contenus en

matière de dispositifs de contournements des contrôles routiers. Une procédure d'engagements ayant mis un terme à la procédure, l'Autorité n'avait pas qualifié la nature des pratiques, et avait seulement constaté des préoccupations de concurrence.

Dans sa décision du 9 septembre 2015, l'Autorité de la concurrence a rejeté les mesures conservatoires demandées par la société Gibmedia, car l'atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs, du secteur ou de l'entreprise plaignante n'est pas caractérisée. En revanche, Google est susceptible de détenir une position dominante sur le marché susvisé, ce qui justifie une poursuite de l'instruction de l'affaire au fond.

A retenir ...

Rejet des mesures conservatoires et poursuite de l'instruction au fond d'une plainte déposée par un annonceur dont le compte AdWords a été suspendu.

Précisions sur la notion de facilitateur d'entente

Cour de justice de l'Union européenne, 22 octobre 2015, C-194/14 P : Précisions sur la notion de facilitateur d'entente, AC-Treuhand c/ Commission.

La société AC-Treuhand AG avait été condamnée une première fois, le 10 décembre 2003, par la Commission pour avoir participé à un échange d'informations anticoncurrentiel entre trois producteurs de peroxydes organiques. Elle avait également été sanctionnée une seconde fois par la Commission, le 11 novembre 2009, pour avoir

enfreint les dispositions de l'article 101 TFUE (à l'époque article 81§1 CE) en ayant participé à un ensemble d'accords et de pratiques concertées au sein de l'EEE (Espace Economique Européen), consistant à fixer les prix, répartir les marchés au moyen de quotas de vente, répartir les clients et échanger des informations commerciales sensibles.

¹⁴ ADLC, déc. n°10-MC-01, 30 juin 2010.

Dans son pourvoi, AC-Treuhand demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 6 février 2014¹⁵ par lequel celui-ci a rejeté son recours en annulation de la décision dans laquelle la Commission l'a condamnée au paiement d'une amende pour fourniture d'une assistance dans le cadre d'une entente¹⁶.

Pour la Cour, toute la question était de savoir si une entreprise de conseil peut être tenue responsable d'une infraction à l'article 101§1 TFUE, lorsque celle-ci contribue à la mise en œuvre ou au suivi d'une entente entre producteurs actifs sur un marché distinct de celui sur lequel ladite entreprise opère.

Tout d'abord, la Cour s'attache à déterminer si les parties ayant participé à des accords ou pratiques concertées sont visées par l'interdiction posée à l'article 101§1 TFUE. Sur la base d'une jurisprudence bien établie¹⁷, elle rappelle que « *la Commission doit prouver [...] que l'entreprise concernée a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs [...]* »

Puis, elle indique – dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure - que l'article 101§1

TFUE vise « *les entreprises actives sur le marché concerné par les restrictions de la concurrence* » ou bien « *les entreprises qui limitent leur autonomie de comportement sur un marché donné en vertu d'un accord ou d'une pratique concertée* ». De plus, l'objectif de l'article 101§1 est le maintien d'une concurrence non faussée sur le marché commun. Il en résulte que AC-Treuhand a joué un rôle essentiel et similaire dans les deux infractions par sa participation active aux réunions et en agissant en tant que modérateur en cas de tension. Ainsi, son comportement s'inscrit directement dans la lignée des efforts des producteurs de stabilisants thermiques. Selon la Cour, les services rendus ne peuvent être considérés comme n'ayant aucune relation avec les obligations contractées par les producteurs.

La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union du 6 février 2014. Une entreprise peut être tenue responsable d'une infraction aux règles de concurrence, lorsqu'elle contribue activement à la mise en œuvre ou au suivi d'une entente sur un marché distinct de celui sur lequel elle agit normalement.

Ainsi, cette décision mérite de préciser la notion de facilitateur d'entente pouvant être tenu personnellement responsable d'un échange d'informations anticoncurrentiel.

¹⁵ Voir, Arrêt du Tribunal du 6 février 2014. Affaire T-27/10, AC-Treuhand AG / Commission européenne ECLI:EU:T:2014:59.

¹⁶ Voir, Tiendez : C (2009) 8682 final de la Commission, du 11 novembre 2009, relative à une procédure d'application de l'article 81 CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/38589 – Stabilisants thermiques).

¹⁷ Commission, 8 juillet 2008. Affaire T-53/03, BPB/Commission, ECLI:EU:T:2008:254.

A retenir ...

Est tenu responsable d'échange d'informations anticoncurrentiel l'opérateur non actif sur le marché pertinent qui serait en contact avec des concurrents et utilisé par ces derniers comme support d'une entente.

Précisions des critères de qualification d'une infraction par objet**Cour de justice de l'Union européenne, ING Pensii, 16 juillet 2015, C-172/14**

L'arrêt de la CJUE en date du 16 juillet 2015 vient apporter des précisions sur les critères de qualification d'infraction par objet.

La décision est issue d'une demande préjudicielle en interprétation de l'article 101 TFUE relatif aux ententes. En l'espèce, ING Pensii – société gestionnaire d'un fonds de pension privé - a fait l'objet d'une enquête conduite par le Conseil de la concurrence roumain. Par décision du 7 septembre 2010, ce dernier a infligé des amendes à quatorze sociétés gestionnaires de fonds de pension privés dont ING Pensii en raison d'accords conclus entre ces sociétés, visant la répartition de clients.

Le 6 février 2012, la Cour d'appel de Bucarest a rejeté le recours d'ING Pensii contre la décision du Conseil de la concurrence, dans le cadre duquel il demandait à titre principal l'annulation de la décision, et à titre subsidiaire l'annulation partielle de la décision et une réduction d'amende au motif que les accords en question n'étaient pas constitutifs d'une entente au sens du droit roumain et de l'article 101 TFUE.

ING Pensii a donc formé un pourvoi devant la Haute Cour de cassation et de justice roumaine en soutenant que l'accord visant la répartition des « doublons » n'aurait pu affecter significativement la concurrence sur le marché concerné, étant donné que ces clients représentaient moins de 1.5% du marché. Sur la base de ce même constat, ING Pensii a discuté l'affectation réelle ou potentielle du marché roumain et du commerce entre Etats membres – conditions de l'applicabilité des droits roumain et de l'Union européenne des ententes. Pour sa part, le Conseil de la concurrence roumain a demandé le rejet du pourvoi, estimant que le faible nombre de clients effectivement partagés par les groupes de pension ne conditionnait pas l'établissement d'une entente dont l'objet était la répartition des sources d'approvisionnement et des marchés.

La Haute Cour de cassation et de justice a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne une question préjudicielle consistant à savoir si dans le cadre d'une pratique de répartition de clients, le nombre de ceux-ci est un élément pertinent quant à l'établissement de la

condition de l'affectation significative de la concurrence telle que prévue par l'article 101§1 TFUE.

Conformément à sa jurisprudence antérieure¹⁸, la CJUE rappelle tout d'abord qu'au sens de l'article 101§1 TFUE, l'accord doit avoir pour « objet » ou pour « effet » de restreindre la libre concurrence. Ces conditions sont alternatives et supposent une analyse des effets dès lors que l'objet de la pratique en cause ne développe pas un degré suffisant de nuisance à la concurrence.

En l'espèce et dans le droit fil de sa pratique¹⁹, elle indique que certains accords par objet génèrent par essence un degré suffisant de nocivité au bon fonctionnement du marché et qu'ils n'exigent dès lors aucune analyse de leurs effets aux fins d'être appréhendés au titre des ententes. La répartition des clients est au nombre de ces derniers, à l'image des accords sur les prix. Elle relève ainsi de la catégorie des infractions les plus graves au droit de la concurrence. La restriction par objet s'apprécie au regard de différents critères dont le contenu de l'accord, ses objectifs, son contexte économique et juridique.

La Cour constate, tout d'abord, qu'ING Pensii s'est concertée avec d'autres sociétés en vue de répartir à part égale un nombre indéterminé d'intéressés, à savoir les « doublons ». De plus, les accords ont été conçus avant la mise en œuvre du processus d'adhésion des personnes concernées à l'un des fonds de pension privés.

Ensuite, selon la Cour, l'objectif poursuivi par les fonds de pension privés était d'affilier les personnes concernées à un cercle limité d'opérateurs. De ce fait, l'entente avait pour objectif de renforcer la position de chacun des fonds de pension privés par rapport aux concurrents qui n'ont pas participé à l'entente.

Enfin, pour apprécier le caractère juridique et économique de l'entente, la Cour précise que par la répartition des clients, ING Pensii s'est volontairement soustraite aux obligations légales prévoyant une affiliation des doublons après intervention des autorités nationales compétentes.

Pour caractériser l'entente, la jurisprudence invite traditionnellement à analyser les critères que sont la nature des services affectés, les conditions réelles de fonctionnement et la structure du marché concerné²⁰. En l'occurrence, les services affectés reposaient sur l'obligation légale d'adhérer à un fonds de pension privé. Le produit d'assurance était fortement identifiable par les clients potentiels. L'ensemble de ces conditions créait une concurrence entre les différents fonds de pension privés qui offraient le même produit. Et la Cour d'en conclure que les faits en cause constituent bien une restriction par objet.

S'agissant de l'affectation du commerce entre Etats membres, elle rappelle qu'une entente couvrant le territoire d'un Etat membre, et qui a par sa nature même pour effet de consolider des cloisonnements au niveau interne, restreint l'interpénétration économique posée par les

¹⁸ CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), ECLI:EU:C:1966:38.

¹⁹ CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) contre Commission européenne, ECLI:EU:C:2014:2204.

²⁰ CJCE, 23 novembre 2006, aff. C-238/05, Asnef-Equifax, EUCLI:EU:C:2006:734.

textes communautaires²¹. Dès lors que les services proposés par les fonds de pension s'adressent à une clientèle éventuellement située sur le territoire d'autres Etats membres et que les contrevenants peuvent appartenir à des groupes implantés sur le territoire d'autres Etats membres, les pratiques suspectées sont

susceptibles d'avoir un caractère transfrontalier. La Cour en conclut que cette répartition de clients constitue bel et bien une entente susceptible d'être sanctionnée au titre de l'article 101§1 TFUE et que le nombre de clients visés est indifférent pour apprécier son objet anticoncurrentiel.

A retenir ...

Le nombre de clients visés par un accord est indifférent pour apprécier son objet anticoncurrentiel.

L'évocation d'un prix, condition non suffisante pour la démonstration d'un faisceau d'indices à une entente

Autorité de la concurrence, 1^{er} décembre 2015, n°15-D-18, Nintendo France.

Saisie par le Ministre de l'Economie, l'Autorité de la concurrence rend une décision - visant le secteur de la distribution de consoles, jeux vidéo et autres accessoires - dans laquelle elle précise sa pratique en matière de stratégies d'imposition de prix de revente par un fournisseur.

Il était reproché à Nintendo, concepteur de la console Wii, d'avoir mis en œuvre une entente de décembre 2006 à novembre 2007, lors de la mise sur le marché français de la console, avec l'ensemble des distributeurs afin de fixer des prix de revente des consoles, accessoires et

jeux. Par ailleurs, le même grief était évoqué à l'encontre de la sociétés Nintendo France, en tant qu'auteur des pratiques des prix de revente de la console Wii avec l'ensemble des distributeurs présents sur le marché français, et Nintendo Co Ltd, en tant que société mère, pour la période allant d'octobre 2009 à novembre 2009.

Or, comme chacun sait, l'établissement d'une telle pratique exige la preuve d'un accord de volontés dont démonstration peut être faite, conformément à la jurisprudence « Parfums »²², par la réunion d'un faisceau

²¹ CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), ECLI:EU:C:1966:38.

²² Cons. conc. n° 06-D-04 du 13 mars 2006 ; M.MALAUZIE-VIGNAL, « précision sur le consentement à une entente verticale, Contrats, Concurrence, Consommation, mai 2006, n°5 ; Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-13.961, P+B ; E.CHEVRIER « affaire des parfums : clap (presque) de fin, Dalloz actualités, 19 juin 2013 ; Cour d'appel de Paris, 26 Janvier 2014, Beauté prestige international, pôle 5, ch.7 n°RG : 2013/12458.

d'indices graves, précis et concordants. Celui-ci repose sur trois branches qui supposent :

- « 1) l'évocation entre le fournisseur et ses distributeurs des prix de revente des produits au public ;
- 2) la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance de ces prix ;
- 3) le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués ; [...] la conjonction de ces indices est une condition suffisante pour établir l'entente du fournisseur en général et celle d'un distributeur particulier avec son fournisseur ».

Pour ce faire, le rapporteur en charge de l'affaire s'est notamment appuyé sur la conférence de presse organisée par Nintendo, en septembre 2006, durant laquelle le président a communiqué le prix « estimé » de la nouvelle console. Cette approche nouvelle des faits n'a pas manqué de susciter la critique de Nintendo.

C'est pourquoi, l'Autorité a pris soin de justifier sur le plan juridique et factuel sa démarche. Dans le droit fil de la jurisprudence « Parfums », l'Autorité rappelle que l'évocation des prix de vente entre un fournisseur et ses distributeurs s'entend de « tout procédé par lequel un fournisseur fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il souhaite que son produit soit vendu au consommateur, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une négociation préalable ».²³ La référence à « tout procédé » offre dès lors une large marge de manœuvre à l'Autorité. Ainsi, un événement médiatique comme une conférence de presse dont le but est de relayer des informations auprès de

consommateurs ou de professionnels permet aisément d'établir le critère de l'évocation des prix. D'autant que durant la conférence de presse, les annonces faites par le président concernaient le marché français et visaient la diffusion, pour les produits concernés, de prix de vente au détail « conseillés » à destination des distributeurs. Cette même information visant la mise en place de prix conseillés était d'ailleurs reprise, le même jour, sur le site internet européen de l'opérateur. Les médias français ont relayé ce prix de vente au public comme un prix de vente au consommateur sans qu'à aucun moment Nintendo ne démente cela.

Ainsi, selon l'Autorité, cette communication est-elle susceptible de constituer une évocation de prix. Si ce point a permis d'établir la première branche du faisceau d'indices – marquant plus avant la pratique décisionnelle de l'Autorité au moyen d'une interprétation très souple du critère de l'évocation des prix – il n'a cependant pas suffi à démontrer la pratique.

En effet, s'agissant de l'existence d'une police ou d'une surveillance des prix par Nintendo, l'Autorité constate que si les équipes de Nintendo ont opéré des visites, peu d'entre elles concernaient des relevés de prix. De plus, aucun élément du dossier n'a fait état de reproches ou de représailles quant à la mise en place de prix inférieurs aux prix évoqués. De ce fait, les relevés de prix effectués par Nintendo chez certains fournisseurs ne constituent pas un indice suffisant d'une police ou d'une surveillance des prix de la part de Nintendo.

La troisième branche du faisceau d'indices relative à l'application significative par les

²³ Cour d'appel de Paris 1^{ère} Chambre Section H, 19 juin 2007, RG n°2006/07821.

distributeurs des prix invoqués par le fournisseur ne nécessite pas d'être prouvée dans la mesure où le grief n'est pas établi.

Par ailleurs, le second grief n'a pas plus prospéré.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence constate-t-elle que les conditions d'une interdiction au titre des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ne sont pas réunies et prononce un non-lieu à poursuivre la procédure.

A retenir ...

L'Autorité admet qu'une déclaration faite à l'occasion d'une conférence de presse indiquant le prix de vente estimé d'un produit constitue une évocation de prix nécessaire mais insuffisante pour démontrer l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'une entente verticale sur les prix entre un fabricant et un distributeur.

Le point de départ de l'action en nullité dans le cadre d'une procédure de *follow on*

CA Paris (Chambre 5 –Pôle 5), 2 juillet 2015 Nexans, Prysmian, Safran, Draka, Grupo, EDF et ERDF.

Dans son arrêt du 2 juillet 2015, la Cour d'appel de Paris vient préciser le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité dans le domaine des ententes et la difficulté à laquelle les juges sont confrontés pour apprécier les dommages qui en découlent.

En l'espèce, deux appels d'offres et une mise en concurrence sous la forme d'enchères électroniques inversées avaient été lancés par EDF concernant la fourniture de câbles.

L'Autorité de la concurrence (à l'époque, le Conseil de la concurrence) a été saisie en 2001 par EDF et a condamné Nexans, Prysmian, Safran, Draka et Grupo pour s'être entendus sur le montant de leurs offres à EDF.

Fortes de cette décision de constat d'infraction, EDF et ERDF assignent devant le Tribunal de commerce de Paris les sociétés Nexans et Prysmian aux fins d'obtenir l'annulation des marchés passés avec elles, la restitution des sommes qui leur avaient été versées et, leur condamnation au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de l'infraction.

Tout d'abord, sur la demande de nullité fondée sur le dol, EDF et ERDF considèrent que les deux sociétés se sont livrées à des manœuvres dolosives visant à tromper EDF sur un élément déterminant de son consentement, à savoir le respect par les candidats des principes concurrentiels. Elles demandent l'annulation des contrats de fourniture passés par EDF avec les sociétés suite aux appels

d'offres; ce à quoi les défendeurs répondent que la demande n'est pas recevable car prescrite.

Le point de départ du délai de prescription

Sur ce point, la Cour précise que le point de départ du délai de prescription est non pas le moment où l'entente est soupçonnée par l'acheteur public, mais le moment où elle est constatée et établie dans ses éléments factuels et juridiques. Autrement dit, dans l'hypothèse d'actions consécutives ou de procédures de *Follow on*, le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité est fixé au jour de la décision par laquelle l'Autorité constate l'infraction. De ce fait, la demande en nullité était valable.

Cette décision qui vient expliciter les règles en matière de prescription de l'action privée mérite d'être saluée à plus d'un titre. Elle précise en premier lieu un volet du droit de la concurrence, qui malgré le regain qu'il connaît depuis quelques années²⁴, reste à clarifier au delà de la lettre des textes et à développer. Sur le fond, la solution retenue par la Cour d'appel de Paris s'inscrit dans la lignée de ce dernier objectif. En retardant le départ de la prescription à la date de la décision de constat d'infraction, la Cour d'appel offre une marge de manœuvre plus confortable pour agir devant les juridictions, permettant aux victimes de rassembler les éléments nécessaires au succès de leur action en réparation.

La solution consistant à ancrer le point de départ au moment où la victime soupçonne l'infraction pouvait quoi qu'il en soit difficilement être retenue. Dans la mesure où le succès des actions privées est d'une certaine manière conditionné à la mise en œuvre d'actions consécutives, cette seconde solution aurait quasi-systématiquement pour effet de prescrire l'action devant les juridictions et donc d'obérer toute chance d'obtenir nullité et réparation, sauf à ce qu'elle soit assortie d'un mécanisme de suspension du délai par l'effet de l'intervention préalable de l'Autorité de la concurrence.

Les manœuvres dolosives

Malgré cette interprétation avantageuse pour le demandeur des règles de prescription dans le cadre d'actions « *follow on* », la Cour d'appel de Paris n'a pas fait droit à la demande d'annulation des contrats fondée sur les vices du consentement, en particulier le dol. EDF arguait du fait que les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les contrevenants lors de l'appel d'offres constituaient des manœuvres dolosives et que le strict respect des règles de concurrence était, pour elle, une condition déterminante de son engagement. L'argument n'a cependant pas eu le succès attendu, puisque la Cour d'appel reproche à EDF son propre comportement pour justifier le rejet de la demande de nullité. Elle constate que quand bien même EDF suspectait l'entente entre les

²⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

C.AUBERT DE VINCELLES, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *Recueil Dalloz*, 2014, n°15, p.879 ; Directive 2014/104 UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014.; S.PIETRINI, « la directive 2014/104 UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du private enforcement en droit de la concurrence », *Contrats, Concurrence, Consommation*, octobre 2015, n°10, étude 12 ; E.JEULAND, C.BROMMELMEYER, M.SERAFIMOVA, « directive private enforcement : l'Union dépasse t-elle les bornes ? », *semaine juridique Edition générale*, 23 mars 2015, n°12, doctrine 343 ; J.GRANGEON, « la directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du private enforcement dans l'Union », *RDLA*, 2015, n°59 ; B.DEFFAINS et M.CHAGNY, « *réparation des dommages concurrentiels* », *Dalloz Essai*, 2015.

soumissionnaires, elle a mené à terme son appel d'offres.

Par ailleurs, l'argument reposant sur l'impossibilité d'EDF d'acheter les câbles au meilleur prix découlant de l'entente n'a pas plus convaincu, notamment, au vu du fait que les marchés visés n'ont pas été attribués au moins disant. A cet égard, la Cour d'appel constate que les prix auxquels EDF a contracté n'étaient pas identiques aux prix objectifs définis mais qu'ils s'en rapprochaient très fortement.

En ce qui concerne la réparation du préjudice pour échange d'informations lors des appels d'offres, les demandeurs évaluent leur préjudice comme la différence entre le prix auquel EDF a acheté les câbles et le prix auquel il les auraient achetés en l'absence

d'échange d'informations et s'ils s'étaient retrouvés en situation de pleine concurrence. Cela renvoie à la méthode de l'analyse contrefactuelle laquelle nécessite, pour quantifier le préjudice, de se référer à un « scénario de référence »²⁵ pour comprendre quelle aurait été la situation en l'absence d'infraction.

La Cour d'appel précise qu'EDF avait fait part de sa satisfaction quant aux prix qu'elle avait obtenus des fournisseurs. Ainsi, la Cour d'appel ne fait pas droit à la demande d'EDF et ERDF car ils n'ont pas rapporté la preuve de leur préjudice.

A retenir ...

Dans le cadre de procédures consécutives, le point de départ du délai de prescription d'une action en nullité est non pas le moment où l'entente est soupçonnée par la victime mais le moment où elle est constatée et établie dans ses éléments factuels et juridiques par une décision de l'ADLC.

²⁵ M.NUSSEMBAUM, « évaluation du dommage concurrentiel », <http://www.sorgemeval.com/levaluation-des-dommages-concurrentiels/>

Réflexions sur

La loi Macron : Nouveautés en droit de la distribution et droit de la concurrence

Après son contrôle par le Conseil constitutionnel, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a été promulguée le 6 août 2015. Elle vient moderniser certains aspects en droit de la concurrence et de la distribution.

Dans le secteur de la distribution, la loi assouplit considérablement la convention unique pour les grossistes. De même, elle aligne le régime de droit interne sur celui du droit de l'union européenne en matière de délais de paiement. La loi facilite aussi la sortie du réseau de distribution pour les affiliés.

En ce qui concerne le droit de la concurrence, plusieurs améliorations techniques sont à noter. Elle institue un régime de transaction plus sécurisant pour les entreprises que la non-contestation des griefs²⁶. Elle rationalise la procédure de contrôle des concentrations et prévoit un contrôle préventif de certains regroupements dans le secteur du commerce de détail. Ce dernier est confié à l'Autorité de la concurrence, laquelle voit son rôle de régulateur renforcé. L'amélioration procédurale se traduit également par la possibilité, en cas de demande de clémence, en application de l'article L.464-2, IV, d'examiner le dossier sans établissement d'un rapport.

Ainsi, seront analysés les principaux apports et impacts de la loi Macron sur les acteurs du secteur de la distribution d'une part (1), et d'autre part, sur le droit de la concurrence (2).

I. Les nouveautés dans le secteur de la distribution

La loi Macron contient dans ses articles 31 à 34, transposés aux articles L341-1 et L442-6 du code de commerce, des dispositions importantes pour les acteurs du secteur de la distribution qu'il s'agisse de celles concernant les réseaux de distribution, des aménagements apportés à l'encadrement des rapports fournisseurs/distributeurs, ou encore celles visant à alourdir le montant de l'amende civile encourue pour pratiques restrictives de concurrence.

1. Les délais de paiement

Les délais de paiement ont tendance à s'allonger depuis plusieurs années, et la crise économique y est pour quelque chose. Dans un tel contexte, le crédit fournisseur est depuis longtemps décrié dans la mesure où il fait peser la charge du temps sur celui qui vend et non sur celui qui achète.

Aussi, la directive 2011/7 du 16 février 2011²⁷ visait clairement à améliorer la compétitivité

²⁶ Art. L464-2, III c.com.

²⁷ Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

des entreprises, notamment des PME, en luttant contre les abus « manifestes ». La directive est ainsi venue poser un délai de 60 jours comme principe. L'article 3 §5 de la directive n'admet de dérogation au plafond de 60 jours que si elle a été expressément stipulée par contrat, et qu'elle ne constitue pas un abus manifeste du créancier au sens de l'article 7 de la directive²⁸.

En France²⁹, seules des possibilités de dérogation par décret étaient ouvertes pour des secteurs où la saisonnalité est particulièrement marquée. Les accords interprofessionnels pris après avis de l'Autorité de la concurrence devaient avoir été conclus, et pouvaient être étendus. Or ceci s'est révélé particulièrement lourd d'un point de vue formel.

La loi modifie les dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce, en confirmant que le délai de principe convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.

Toutefois, il pourra être dérogé contractuellement à ce délai, en stipulant un délai (maximal /supplétif) de 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture, sous réserve que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

Par ailleurs, l'article L.441-6 du code de commerce réserve toujours la possibilité pour

certaines secteurs d'activités présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué de bénéficier par décret d'un allongement du délai conventionnel. Il faut, en outre, stipuler dans le contrat le délai ainsi fixé par décret³⁰.

Il est donc désormais bien précisé que cette dérogation doit être contractuelle, et ne plus seulement résulter d'accords interprofessionnels, le cas échéant étendus. De plus, il ne doit pas constituer un abus manifeste de la part du créancier. La transposition de la directive est donc améliorée.

2. Les faveurs accordées aux produits agricoles

La loi Hamon du 17 mars 2014 a inséré dans le code de commerce un article L.441-8. Ce texte oblige les parties aux contrats d'une durée supérieure à trois mois et portant sur une liste de produits transformés ou issus de l'agriculture, à insérer une clause de renégociation des prix, lorsque les prix de production sont significativement affectés par les fluctuations de matières premières agricoles et alimentaires.

La question s'était posée de savoir si cette obligation valait également pour les produits destinés à être vendus sous marque de distributeur (MDD).

²⁸ C'est-à-dire un écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques ou à la bonne foi, en tenant compte de la nature du produit ou service.

²⁹ La NRE (loi relative aux nouvelles régulations économiques) avait prévu un délai de principe de 30 jours à compter de la réception des marchandises, en réservant la possibilité de stipulations contraires, sous réserve qu'elles ne soient pas « manifestement abusives ».

³⁰ Décret n°2015-1484 du 16 novembre 2015 fixant la liste des secteurs mentionnés à l'article L.441-6 du code de commerce. Ce décret insère un nouvel article D441-5-1 dans le code de commerce qui fixe la liste des secteurs d'activité présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué, qui peuvent bénéficier de manière durable de plafonds dérogatoires au droit commun en matière de délais de paiement, comme prévu au dernier alinéa du I de l'article L.441-6 du code de commerce. Le texte entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

Le doute est désormais levé dans la mesure où l'article L441-8, dernier alinéa du code de commerce, qui impose d'insérer une clause de renégociation des prix en cas de fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, vise désormais expressément les contrats « *d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits mentionnés au premier alinéa* ».

La loi Macron vient ainsi préciser le champ d'application de l'obligation de stipulation d'une clause de renégociation.

3. L'allègement du formalisme dans les relations grossistes/fournisseurs : Le nouveau statut du « grossiste »

La loi modifie le régime applicable aux relations de distribution en allégeant le formalisme imposé dans les relations entre grossistes et fournisseurs.

L'article L.441-7 du code de commerce obligeait les fournisseurs et les distributeurs à conclure avant le 1^{er} mars de chaque année une convention écrite unique intégrant les barèmes du prix et les CGV, le défaut de convention annuelle étant sanctionné³¹. Or l'activité de grossiste s'accommode mal de l'exigence d'un barème fixé une fois pour toute dans une convention unique.

Pour simplifier, la loi a créé un statut de « grossiste ». Le nouvel article L.441-7-1 du code de commerce vient assouplir le régime de la convention récapitulative conclue entre grossistes et fournisseurs.

Ainsi, une convention unique annuelle devra-t-elle toujours être conclue entre tout fournisseur et un grossiste. Les grossistes y sont définis comme achetant pour revendre « *à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité* ».

Le délai (1^{er} mars de chaque année) et la forme de cette convention unique restent les mêmes. De la même manière, la convention doit également inclure les conditions de vente, les prestations de coopération commerciale.

En revanche, l'innovation consiste en ce que la convention unique « grossiste » ne devra pas obligatoirement inclure le barème de prix du fournisseur ou les modalités de consultation de ce barème.

L'allègement vise donc à introduire davantage de souplesse quant à la possibilité de faire varier le prix en cours d'année.

En outre, si le calendrier de formalisation de la convention est le même que celui prévu par l'article L.441-7 du code de commerce, soit le 1^{er} mars, aucun délai de communication des CGV par le fournisseur n'est prévu.

Il en ressort un contrôle moins aisé de la dégradation du prix et des conditions de vente.

Sont exclus de la notion de grossiste « *les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de détail, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de*

³¹ L'article L441-7, II du code de commerce prévoit une amende administrative maximum d'un montant de 375000 euros pour une personne morale et 75000 euros pour une personne physique.

référencement pour les entreprises de commerce de détail ».

D'un point de vue économique, la question essentielle est celle des centrales d'achat et de référencement pour les entreprises de commerce de détail. Elles ne sont pas grossistes au sens de la nouvelle définition. Elles continuent donc à relever de la notion de distributeur au sens de l'article L.441-7, I du code de commerce.

Cette distinction entre les obligations d'achat et de vente peut, à certains égards paraître surprenante, pour le bénéfice du statut de grossiste.

L'avantage du statut de grossiste est donc de pouvoir déroger aux exigences relatives au contenu de la convention annuelle écrite.

Pour le reste, la négociation commerciale demeure le principe. Ceci suppose une convention unique.

Toutes ces modifications visent à introduire davantage de souplesse dans les relations fournisseurs/grossistes face au formalisme issu de l'article L.441-7, apparu inadapté pour le secteur de la distribution professionnelle.

4. Des sanctions de plus en plus sévères

La modification la plus inquiétante pour la grande distribution vise l'aggravation du montant de l'amende civile encourue pour pratique restrictive de concurrence.

Le montant de cette amende reste par principe plafonné à 2 millions d'euros. Ce plafond est lui-même susceptible d'être dépassé puisque l'amende peut être portée au triple du montant des sommes indument versées.

La loi Macron prévoit une augmentation des sanctions pécuniaires pour violation des multiples interdictions contenues dans l'article L.442-6 du code de commerce.

Le point III de cet article prévoit désormais que le Ministre de l'Economie peut demander à la juridiction commerciale, qu'il saisira, le prononcé d'une « amende civile » pouvant atteindre 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques incriminées, au cours du dernier exercice clos de l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques sanctionnées ont été mises en œuvre. Cela suppose toutefois que la sanction soit proportionnée aux avantages tirés du manquement.

5. Moins de contraintes à la sortie du réseau de distribution

La loi Macron a introduit dans le livre III du Code de commerce qui traite « *De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité* », un nouveau Titre IV contenant deux articles L.341-1 et L.341-2 relatifs aux « *Réseaux de distribution commerciale* ».

L'introduction de ce dispositif est directement inspirée des recommandations de l'Autorité de la concurrence. En effet, depuis longtemps, le faible taux de mobilité interenseignes préoccupe le régulateur qui dénonce la manière dont les groupes parviennent à verrouiller leurs réseaux au travers de techniques contractuelles ou de l'existence de liens capitalistiques entre partenaires³².

Dans son avis, l'Autorité de la concurrence a estimé que, lorsque les différents contrats d'affiliation sont d'une durée différente, et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas

³² Aut. Conc., avis n°10 –A-26, 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

automatiquement la rupture d'un autre, la durée de la relation contractuelle peut se trouver artificiellement prolongée. Ce qui s'accompagne en plus, fréquemment, du paiement d'indemnités et de la mise en œuvre de clauses de non-concurrence ou de non ré-affiliation.

Les articles L.341-1 et L.341-2 nouvellement introduits dans le code de commerce s'emploient ainsi à faire échec à certaines de ces pratiques.

Le nouvel article L.341-1 du code de commerce vise à permettre aux distributeurs appartenant à un réseau de distribution (exploitant un magasin de commerce de détail) d'en sortir plus facilement par la stipulation obligatoire d'une échéance commune pour l'ensemble des contrats passés entre la tête de réseau et l'affilié. Le texte instaure une interdépendance telle que la résiliation de l'un entraîne la résiliation des autres (sauf contrats de bail, d'association et de société civile, commerciale ou coopérative). L'objectif est de fluidifier les réseaux de distribution en évitant tout verrouillage contractuel par une différence de durée des contrats ou des échéances empêchant la sortie du réseau.

Le nouvel article L.341-2 du code de commerce complète le dispositif. Ce texte s'intéresse aux clauses qui restreignent la liberté d'exercice de l'affilié à l'issue de la relation contractuelle. Ce texte dispose que : *« Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L.341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite »*. La loi instaure

ainsi un principe d'interdiction des clauses de non-concurrence et de non-ré-affiliation post-contractuelles et les déclare « non écrites ».

Il pourra toutefois être dérogé à ce principe si quatre conditions cumulatives sont réunies : (i) la clause doit concerner des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat ; (ii) elle est limitée au terrain et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat ; (iii) elle est indispensable à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat ; et (iv) sa durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats constitutifs de la relation.

Il s'agit là des conditions posées par le règlement européen 330/2010 sur les accords verticaux³³. Cet article vient ainsi uniformiser l'encadrement des clauses de non-concurrence et des clauses de non ré-affiliation. En somme, les conditions posées par le règlement d'exemption sont reprises en droit interne et généralisées, quelle que soit la part de marché détenue par le réseau.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de promulgation de la loi Macron. Les entreprises doivent donc se mettre en conformité avec ces nouvelles dispositions avant le 7 août 2016.

³³ Art. 5 § 3 du règlement : clause indispensable à la protection du savoir faire transmis dans le cadre du contrat ; engagement d'une durée n'excédant pas 1 an, limité aux biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat ainsi qu'aux terrains et locaux à partir desquels est exploitée l'activité.

II. Les nouveautés en droit de la concurrence

La loi Macron vient reconnaître de nouvelles attributions à l'Autorité de la concurrence. Elle renforce, d'une part, le rôle de régulateur de l'Autorité qui devra ainsi être désormais informée, de la conclusion des accords de coopération dans le secteur de la grande distribution (1). D'autre part, son efficacité procédurale a été renforcée (2).

1. L'information sur les accords de coopération

Un nouvel article L.462-10 du code de commerce impose une obligation de communication « à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs ». Le champ d'application est assez large car le texte ne vise pas seulement

la distribution de détail alimentaire, mais plus largement tout le commerce de détail.

La Loi Macron reprend ici une préconisation de l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de son avis du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution³⁴. La mesure est destinée à améliorer la surveillance des accords de coopération conclus dans un secteur marqué par un rapprochement entre centrales d'achat et de référencement.

Il est prévu qu'un décret en Conseil d'Etat délimite le seuil en chiffre d'affaires de déclenchement de cette obligation légale³⁵.

A certains égards, cette obligation d'information n'est pas sans rappeler le mécanisme de notification préalable qui caractérisait le contrôle des pratiques anticoncurrentielles sous l'empire du règlement 17/62³⁶.

D'une certaine manière, il sert le même objectif : permettre à l'Autorité de la concurrence d'intervenir lorsqu'un tel rapprochement qui - sans tomber sous le coup du contrôle des concentrations - pourrait éventuellement être appréhendé au titre des pratiques anticoncurrentielles. L'Autorité de la concurrence peut, dans ce cas là, se saisir

³⁴ Aut. Conc., avis n°15-A-06, 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution : « l'Autorité est par conséquent favorable à l'instauration d'un mécanisme d'information préalable, visant à rendre obligatoire pour les opérateurs concernés, la communication de leurs accords suffisamment en amont de leur mise en œuvre, et ce, seulement pour les accords les plus importants, de manière à lui permettre d'assurer son rôle de veille de manière efficace compte tenu des spécificités du secteur ». Elle ajoute que « cette proposition retenue dans le cadre du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, consisterait à introduire dans le code de commerce un article L.462-10 rédigé comme suit... »

³⁵ C.com art. L.462-10, al.2.

³⁶ En effet, le règlement 17/62 imposait la notification des accords susceptibles de tomber sous de l'interdiction des ententes aux fins de les valider. En revanche, le système français connaissait déjà le mécanisme d'exception légale, et privilégiait un contrôle *ex post*.

d'office et notifier des griefs si les accords laissent entrevoir des clauses ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel.

2. Le renforcement de l'efficacité procédurale de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence disposera de moyens permettant de laisser certains dossiers au Ministre de l'Economie, ainsi que d'améliorer la nouvelle procédure de transaction.

2.1 L'aménagement du contrôle des pratiques anticoncurrentielles

En premier lieu, la loi Macron élargit les pouvoirs du Ministre de l'Economie, autrement dit la DGCCRF, dans le cadre de la procédure des « micro-pratiques anticoncurrentielles » de l'article L.464-9 du code de commerce.

En effet, les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale, aussi appelées « micro-pac », permettent au Ministre de l'Economie, en application de l'article L.464-9 du code de commerce, de traiter des dossiers dont l'impact est plus limité, sous réserve que les entreprises en cause réalisent chacune un chiffre d'affaires individuel inférieur à 50 millions d'euros et un chiffre d'affaires cumulé inférieur à 200 millions d'euros³⁷. L'administration peut ainsi proposer une transaction, prononcer des injonctions.

Désormais, l'Autorité pourra rejeter une saisine par décision motivée lorsqu'elle estime

que « *les faits invoqués peuvent être traités par le ministre chargé de l'Economie en application de l'article L.464-9* ». L'idée est de permettre à l'Autorité – qui rappelons-le, ne bénéficie pas formellement du principe d'opportunité des poursuites³⁸ - de traiter les dossiers visant des infractions de plus grande ampleur.

Une autre modification encore plus significative vise la réforme de la procédure de non-contestation des griefs prévue par l'article L.464-2, III désormais nommée procédure de transaction.

Le nouveau texte dispose 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 proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction envisagée. Lorsque l'organisme ou l'entreprise s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, 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* ». Cette nouvelle procédure permettra ainsi une meilleure visibilité par les

³⁷ Les anciens seuils étaient également de 50 millions d'euros au titre du chiffre d'affaires individuel et un chiffre d'affaires cumulé de 200 millions d'euros.

³⁸ Le principe d'opportunité des poursuites diffère selon que l'on est devant la Commission européenne ou l'Autorité de la concurrence. Alors que la Commission européenne n'est pas tenue de poursuivre une pratique anticoncurrentielle, quant à l'existence d'une infraction au droit de la concurrence. En France, tel n'est pas le cas, l'Autorité de la concurrence ne jouit pas d'une telle liberté. Elle doit, en principe, instruire l'affaire à partir du moment où elle est saisie d'une plainte, sauf cas d'éléments suffisamment probants.

entreprises de la réduction de sanction accordée.

Avant la réforme, en effet, les entreprises qui acceptaient de ne pas contester les griefs n'étaient informées que d'un pourcentage de réduction de la sanction, sans connaître véritablement l'assiette servant de base de calcul de la sanction susceptible d'être prononcée. Désormais le rapporteur général soumettra à l'entreprise une proposition de transaction « *fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction prononcée* ». La prévisibilité de la sanction, et du même coup, la sécurité juridique de l'entreprise s'en trouveront renforcées.

2.2 L'aménagement du contrôle des concentrations

Plusieurs modifications plus ou moins substantielles affectent la procédure applicable en matière de contrôle des concentrations. La Loi Macron entend rendre le contrôle des concentrations plus efficace.

D'abord, elle complète les dispositions relatives au second seuil de contrôlabilité des opérations de concentrations dont une partie au moins exploite un magasin de commerce de détail ou exerce son activité dans un ou plusieurs départements et collectivités d'outre-mer (DOM/COM). L'article L.430-2, III, 2^e tiret, du code de commerce précise désormais que le seuil en chiffres d'affaires hors taxe - réalisé individuellement par deux entreprises concernées, dans un des DOM/COM au moins et qui doit être supérieur à 15 millions d'euros, ou 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail - ne doit pas nécessairement être franchi « *par l'ensemble des entreprises concernées dans le même département ou la même collectivité territoriale* ».

La seconde innovation consiste à encadrer les conditions dans lesquelles, une dérogation à la réalisation effective d'un projet de concentration normalement suspendu à « l'accord de l'Autorité », peut être accordée en application de l'article L.430-4 du code de commerce.

En principe, l'article L.430-4 alinéa 1^{er} du code de commerce dispose que, la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence.

Mais l'alinéa 2 prévoit une dérogation à l'effet suspensif de la notification « *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à « l'Autorité de concurrence » une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci* »

Désormais, l'article L.430-4 prévoit que « *l'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions* ». Cette dérogation cesse d'être valable si « *dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération l'Autorité de la concurrence n'a pas reçu la notification complète de l'opération* ». Cette disposition vise à garantir que les dossiers faisant l'objet d'un traitement en urgence soient effectivement soumis à l'Autorité, dans un délai bref.

Par ailleurs, la loi Macron a introduit divers mécanismes simplifiant la gestion des délais d'examen par l'Autorité.

Ainsi le délai d'examen préliminaire (dit phase 1) peut-il être désormais suspendu suivant l'article L.430-5, II alinéa 3 du code

de commerce, « *lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer dès sa survenance d'un fait nouveau, qui aurait dû être notifié s'il s'était produit avant une notification au sens de l'article L.430-3, ou ont manqué de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées* ». Le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié la disparition.

En outre, en phase 2, le nouvel article L.430-7 prévoit un allongement de la période d'examen approfondie. Le délai d'examen approfondi de 65 jours est le principe. Désormais, ce délai peut être suspendu dans la limite de 20 jours ouvrés lorsque des engagements déjà pris ont été modifiés.

Il en ressort que les situations pouvant conduire à la mise en œuvre de ce mécanisme de « stop the clock » sont finalement, potentiellement importantes, l'allongement du délai pouvant intervenir chaque fois qu'il y a une modification des engagements ou la survenance d'un fait nouveau dans la situation des parties. Les entreprises doivent donc être plus prudentes quant à l'estimation du délai d'examen d'une opération de concentration³⁹.

Il s'agit ici, de permettre à l'Autorité de s'affranchir de l'encadrement prévu par le code de commerce pour l'examen initial du

projet de concentration (phase 1) et pour la phase approfondie (phase 2). D'un point de vue procédural, ceci offre plus de souplesse à l'Autorité dans la gestion des dossiers. Mais il n'en reste pas moins que cette solution assure une moindre prévisibilité aux entreprises quant à l'éventuel allongement de la procédure.

Enfin, l'article L.430-8 du code de commerce permet à l'Autorité « *d'enjoindre sous astreinte aux parties à qui incombait l'obligation d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée* ».

Pour conclure, la loi Macron consacre un certain nombre de solutions préconisées par l'Autorité, en particulier, dans le domaine de la distribution. Toutes n'ont cependant pas été adoptées à l'image des injonctions structurelles dans le domaine du commerce de détail. La mesure a fait couler beaucoup d'encre et a finalement été censurée par le Conseil constitutionnel⁴⁰. Pour rappel, l'article 7§1 du règlement 1/2003 reconnaît une prérogative analogue, mais générale, au profit de la Commission, dans le cadre du traitement des pratiques anticoncurrentielles.

³⁹ Jean-Louis Fourgoux, « *l'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron* », AJ Contrats d'affaires - Concurrence-Distribution, 2015, p.440.

⁴⁰ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, JO 7 août, D. 2015.1692.

Master II - Droit des affaires parcours droit de la Concurrence et de la Distribution de
l'Université de Caen Normandie

Site web : [http://m2cdcaen.com/2015/02/02/bienvenue-sur-le-site-internet-du-m2-
concurrence-distribution-de-caen/](http://m2cdcaen.com/2015/02/02/bienvenue-sur-le-site-internet-du-m2-concurrence-distribution-de-caen/)

Courriel : juris.advising@gmail.com

Notre partenaire :



& L'Institut Demolombe

