

Août 2009

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

FLASH CONCURRENCE N° 8

Publication d'un projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

Par *Thomas Lamy*

Désormais en charge du contrôle des concentrations à la suite de la réforme introduite par la loi « *LME* » du 4 août 2008, l'Autorité de la concurrence a mis en ligne, le 9 juillet dernier, un projet de nouvelles lignes directrices susceptibles d'éclairer les parties prenantes à ce sujet.

Ainsi, les personnes intéressées peuvent, dans le cadre de la consultation publique organisée jusqu'au 24 septembre 2009, adresser à l'Autorité de la concurrence leurs observations, par voie postale ou par courrier électronique.

Ce projet, dont il n'est bien entendu pas question de faire ici l'exégèse détaillée, paraît fort intéressant dès lors que, de l'aveu même de l'Autorité de la concurrence¹, il s'agit de constituer « *un guide à vocation pédagogique à destination des entreprises* ».

De manière générale, la lecture du projet se distingue des précédentes lignes directrices de la DGCCRF² par son caractère résolument plus directif, et peut-être aussi par le fait que l'Autorité de la concurrence paraît vouloir, une bonne fois pour toutes, poser, en quelque sorte, « *les règles du jeu* » du contrôle des concentrations, là où la

DGCCRF adoptait dans ses propres publications une attitude plus mesurée.

Notamment, le préambule du document publié par la DGCCRF comportait un avertissement encadré, qui précisait que les lignes directrices étaient « *dépourvues par elles-mêmes de toute portée normative* » : par opposition, le projet publié par l'Autorité de la concurrence indique que le guide qu'elle entend fournir aux entreprises « *constitue, pour l'Autorité, une directive opposable aux entreprises et invocable par elles* »³.

Cette formulation paraît des plus importantes dès lors que, par ailleurs, le projet de lignes directrices trahit indubitablement le souci de l'Autorité de la concurrence de rendre le principe même du contrôle des concentrations plus légitime aux yeux des entreprises. A ce propos, il est symptomatique de relever, au paragraphe 4 du projet, la précision donnée par l'Autorité que « *de 2000 à 2008, 94 % des concentrations dont l'autorité nationale de concurrence a examiné le bilan concurrentiel ont été autorisées sans condition* ». De là à conclure, en faisant un peu de mauvais esprit que, dans 94 % des cas, le contrôle des concentrations se serait avéré inutile, il n'y aurait qu'un pas : dans ces conditions, il est fort appréciable que l'Autorité de la concurrence ait cherché à faciliter la vie des entreprises, ce qui lui

¹ Communiqué de presse du 9 juillet 2009.

² Dont la dernière version remonte au 30 avril 2007.

³ Projet, § 14.

permet, par voie de conséquence indirecte, d'éviter la critique de perturbation induite de la vie économique ; pour la petite histoire, on rappellera que jusqu'au début de l'année 2002, le contrôle des concentrations, en France, était facultatif ...

* * *

Sur le fond, on relèvera plus particulièrement trois des lignes de force du projet mis en ligne par l'Autorité de la concurrence :

- **Tout d'abord, et bien évidemment, ces nouvelles lignes directrices intègrent les modernisations du droit introduites par la loi « LME » du 4 août 2008 s'agissant, notamment, des seuils réduits de notification prévus pour le commerce de détail, d'une part, et les départements et les collectivités d'Outre-Mer, d'autre part.**

A ce propos et pour mémoire, on rappellera que lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, le chiffre d'affaires total mondial à prendre en considération afin d'apprécier si l'opération relève du contrôle des concentrations est fixé à 75 millions d'euros, tandis que le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises concernées est fixé à 15 millions d'euros : ces deux seuils sont donc dérogatoires par rapport au cas général, puisque l'article L.430-2 du Code de commerce prévoit une notification lorsque les seuils précités excèdent, respectivement, 150 et 50 millions d'euros.

Sur la notion de « *commerce de détail* », le projet fournit ainsi d'intéressants développements⁴, puisqu'il est précisé que « *la notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin* ».

⁴ Projet, § 63 et suivants.

qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. » ; suivent la liste d'un certain nombre d'exclusions et différents exemples de calculs du chiffre d'affaires.

S'agissant des départements et des collectivités d'Outre-Mer - qui font aujourd'hui l'objet d'une attention particulière de l'Autorité de la concurrence - la loi prévoit également un seuil réduit de notification lorsqu'au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'Outre-Mer ou dans les collectivités d'Outre-Mer de Mayotte, Saint Pierre et Miquelon, Saint Martin et Saint Barthélémy. Les seuils de notification sont, dans ce cas, réduits à 75 et 15 millions d'euros.

A ce propos, le projet de lignes directrices fournit la précision⁵ que « *pour apprécier si le second seuil est franchi [i.e. le seuil de 15 millions d'euros], il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements d'Outre-Mer et des collectivités d'Outre-Mer visés.*

Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à La Réunion et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise franchit le seuil de 15 millions d'euros.

- **Le deuxième trait marquant du projet de lignes directrices mis en ligne par l'Autorité de la concurrence concerne l'analyse économique.**

En effet, outre que l'Autorité de la concurrence actualise, sur le fondement de décisions récentes, les exemples de nature à aiguiller les entreprises, elle fournit également d'intéressantes « *re-*

⁵ Projet, § 68.

commandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence »⁶.

Celles-ci paraissent d'autant plus les bienvenues qu'en pratique, les notifications complexes s'accompagnent souvent de démonstrations économiques dont il est frappant de relever que, pour incontestables qu'elles paraissent, elles sont souvent battues en brèche par l'analyse des responsables de l'administration. Sans doute est-ce là la raison pour laquelle, étant consciente de l'urgent besoin d'uniformiser l'approche économique, l'Autorité de la concurrence précise ce qui lui apparaît devoir être la marche à suivre en matière de réalisation d'études économétriques, de présentation de données de sondages, d'utilisation de la littérature économique et de recours à la modélisation économique.

Les juristes que nous sommes ne manquent pas d'applaudir à cette tentative de rationalisation des approches, qui a pour objet – et dont on peut espérer qu'elle aura pour effet – de mettre un terme à certaines confrontations.

- **En dernier lieu, on ne manquera pas de relever l'effort pédagogique de l'Autorité de la concurrence qui, s'agissant de situations complexes telles que les rapprochements de coopératives d'agriculteurs ou, plus généralement, de coopératives et d'union de coopératives, propose des schémas alternatifs aux fins d'apprécier le caractère contrôlable ou non des opérations en cause⁷.**

* * *

En conclusion, il convient de saluer l'initiative de l'Autorité de la concurrence et d'espérer que le projet fort utile qu'elle met en ligne sera finalisé dans les meilleurs délais car il semble que les entreprises ne pourront qu'en profiter !



⁶ Projet, § 523 et suivants.

⁷ Projet, § 600 et suivants.

Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « Trois fois net » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc. ;**

☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

☞ **Au contrôle des concentrations**

- Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
- Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;

- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- ☞ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les affaires « Jouet », « parfums » et « sanitaire / Chauffage »] ;**
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008** ;
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel**

du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires** : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010**, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.mgavocat