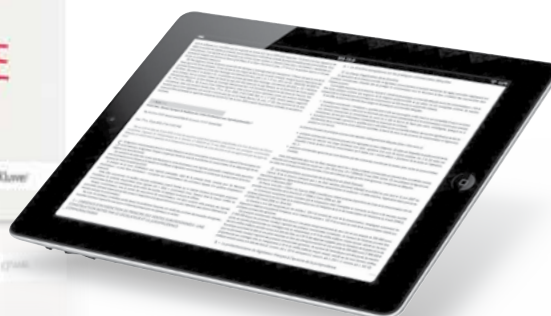
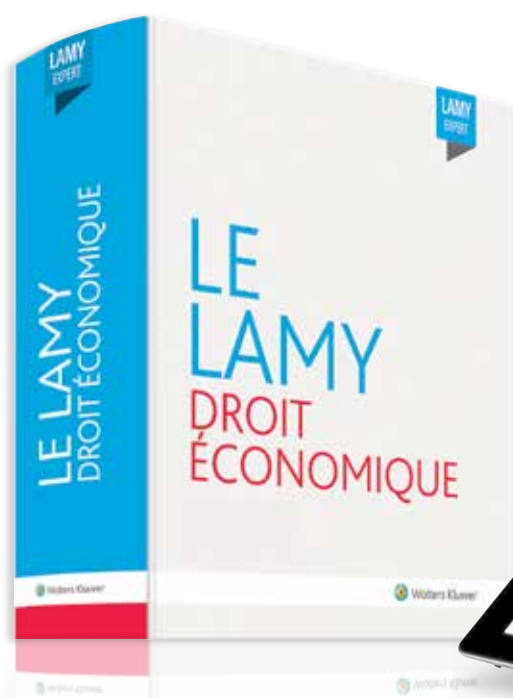




Extraits  
d'ouvrage

Le Lamy Droit Économique

*Concurrence, distribution,  
consommation... Maîtrisez  
l'activité de votre entreprise*



# Sommaire analytique

Une table alphabétique figure à la fin de l'ouvrage

*Numéros d'articles de l'ouvrage*

## PARTIE 1

### Notions générales

#### TITRE 1

##### Notions de droit de l'Union européenne

###### DIVISION 1

###### Les institutions de l'Union européenne

Introduction .....	1 - 5
La Commission européenne .....	6 - 21
Le Conseil de l'Union européenne .....	22 - 31
Le Parlement européen .....	32 - 55
Autres institutions de l'Union européenne.....	56 - 60

###### DIVISION 2

###### Les sources du droit de l'Union européenne

Les traités constitutifs de l'Union européenne .....	61 - 66
Le droit de l'Union européenne dérivé.....	67 - 104
Les accords internationaux.....	105 - 111
La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne .....	112 - 131

###### DIVISION 3

###### L'application du droit de l'Union européenne

L'applicabilité directe du droit de l'Union européenne .....	132 - 151
La primauté du droit de l'Union européenne.....	152 - 166
La responsabilité des États pour violation du droit de l'Union européenne .....	167 - 169

###### DIVISION 4

###### Le système judiciaire de l'Union européenne

La juridiction de l'Union européenne .....	170 - 227
Les voies de recours dans le système judiciaire.....	228 - 307
Les plaintes auprès de la Commission européenne.....	308 - 312

#### TITRE 2

##### Notions de libre circulation

###### DIVISION 1

###### La liberté de circulation des marchandises

La liberté de circulation des marchandises .....	313 - 316
L'Union douanière et l'interdiction des droits de douane entre les États membres .....	317 - 343
L'interdiction des restrictions quantitatives entre les États membres.....	344 - 449

###### DIVISION 2

###### La libre circulation des personnes

Les professionnels ressortissants de l'Union européenne .....	450 - 495
Les professionnels non ressortissants de l'Union européenne .....	496 - 510

DIVISION 3

La libre circulation des services

La libre prestation de services entre États membres .....	511 - 535
---	-----------

TITRE 3

**Notions de droit international**

Les règles de compétence et d'exécution des décisions judiciaires dans les situations internationales .....	536 - 649
Les règles de conflit de lois dans les situations internationales .....	650 - 726
Les pratiques des tiers à l'Union européenne susceptibles de mesures de défense commerciale .....	727 - 776
L'Organisation mondiale du commerce .....	777 - 783

PARTIE 2

**Concurrence**

TITRE 1

**Approche de la concurrence**

DIVISION 1

Approche interne du droit de la concurrence

Le contrôle administratif de la concurrence .....	784 - 864
L'Autorité de la concurrence .....	865 - 914
Les poursuites judiciaires et sanctions .....	915 - 959

DIVISION 2

Approche communautaire du droit de la concurrence

La politique de la concurrence dans la construction européenne .....	960 - 985
Le champ d'application de la politique de concurrence dans la construction européenne .....	986 - 1032
L'articulation des systèmes de concurrence .....	1033 - 1043
Le marché de référence .....	1044 - 1052

TITRE 2

**Les pratiques anticoncurrentielles**

DIVISION 1

Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne

Les ententes .....	1053 - 1160
Les abus de domination .....	1161 - 1215
La justification des ententes et des abus de domination .....	1216 - 1251
La sanction des pratiques anticoncurrentielles .....	1252 - 1429
La vente à prix abusivement bas .....	1430 - 1455

DIVISION 2

Les pratiques anticoncurrentielles en droit de l'Union européenne

Les ententes .....	1456 - 1572
Les abus de position dominante .....	1573 - 1634
La procédure en matière d'entente et d'abus de position dominante .....	1635 - 1854

## Sommaire analytique

### TITRE 3

#### Les concentrations

##### DIVISION 1

##### Le droit français des concentrations

Genèse du droit français des concentrations .....	1855 - 1861
Le domaine d'application du contrôle des concentrations .....	1862 - 1872
<b>Extrait 1</b> La procédure de contrôle des concentrations .....	1873 - 1912

##### DIVISION 2

##### Le droit communautaire des concentrations

Les concentrations de dimension communautaire .....	1913 - 1978
La procédure du contrôle des concentrations communautaires .....	1979 - 2044

### TITRE 4

#### Les pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres

Les aides accordées aux entreprises par les États membres .....	2045 - 2149
Les monopoles d'État .....	2150 - 2218

### TITRE 5

#### Les prix et les conditions de vente et de prestations de services

La liberté des prix et ses exceptions .....	2219 - 2263
L'indexation des prix .....	2264 - 2293
L'information sur les prix et les conditions de vente entre professionnels .....	2294 - 2364
La coopération commerciale .....	2365 - 2374

### TITRE 6

#### Les pratiques restrictives

La Commission d'examen des pratiques commerciales .....	2375 - 2389
Les pratiques restrictives pénalement sanctionnées .....	2390 - 2469
Les pratiques commerciales abusives définies par l'article L. 442-6 du code de commerce .....	2470 - 2511
La sanction des pratiques restrictives non pénalement sanctionnées .....	2512 - 2541

### TITRE 7

#### Les clauses de non-concurrence

Le domaine des clauses de non-concurrence .....	2542 - 2613
Le régime des clauses de non-concurrence .....	2614 - 2673

### TITRE 8

#### La concurrence déloyale

La notion de concurrence déloyale .....	2674 - 2768
L'action en concurrence déloyale .....	2769 - 2819

### PARTIE 3

## Distribution

### TITRE 1

#### Les techniques de commercialisation

##### DIVISION 1

##### La publicité

L'organisation de la publicité .....	2820 - 2943
--------------------------------------	-------------



## Le Lamy droit économique

Les régimes spéciaux de publicité.....	2944 - 3143
La publicité comparative.....	3144 - 3194

### DIVISION 2

#### Les méthodes de vente et d'offre de services

Les opérations soumises à une déclaration à l'administration.....	3195 - 3265
Les rabais.....	3266 - 3332
La promotion par les modalités de paiement du prix.....	3333 - 3346
Les avantages ou suppléments proposés ou imposés.....	3347 - 3418
La participation des consommateurs à l'animation commerciale.....	3419 - 3480

### TITRE 2

#### Les circuits de distribution

##### DIVISION 1

###### La réglementation des points de vente

Les points de vente à régime spécial.....	3481 - 3559
La fermeture hebdomadaire des points de vente.....	3560 - 3603

##### DIVISION 2

###### La participation de subordonnés à la distribution

Les distributeurs salariés.....	3604 - 3686
Les gérants de succursale.....	3687 - 3722

##### DIVISION 3

###### La participation d'intermédiaires à la distribution

Les agents commerciaux.....	3723 - 3816
<b>Extrait 2</b> Les commissionnaires.....	3817 - 3854
Les courtiers.....	3855 - 3869
Les commerçants « dépositaires » ou « consignataires » de marchandises (dépôt-vente).....	3870 - 3884

##### DIVISION 4

###### La participation de revendeurs à la distribution

Les accords de distribution.....	3885 - 4195
Les réseaux de distributeurs.....	4196 - 4239
L'assistance aux revendeurs.....	4240 - 4328
Les accords de distribution exclusive (concession exclusive).....	4329 - 4445
La distribution dans le secteur automobile.....	4446 - 4522
Les accords d'achat exclusif.....	4523 - 4579
Les accords de franchise.....	4580 - 4732
Les accords de distribution sélective.....	4733 - 4872
<b>Extrait 3</b> Les réseaux de distribution commerciale.....	4873 - 4875

##### DIVISION 5

###### Les groupements de distributeurs

Les centrales d'achat et de référencement.....	4876 - 4907
Les sociétés et magasins collectifs de détaillants.....	4908 - 4943

### PARTIE 4

#### Consommation

##### LIVRE 1

###### Les contrats de consommation

Le droit de la consommation.....	4944 - 4948
----------------------------------	-------------

## Sommaire analytique

### TITRE 1

#### Les règles protectrices des consommateurs

La protection des consommateurs dans l'Union européenne .....	4949 - 5012
Les règles spéciales de formation et d'exécution des contrats.....	5013 - 5052
L'information des consommateurs sur les prix et les conditions de vente et de prestation de services.....	5053 - 5148
Les clauses abusives .....	5149 - 5201
Les pratiques commerciales déloyales.....	5202 - 5323

### TITRE 2

#### Les contrats de vente

##### DIVISION 1

##### La vente relevant du droit commun

L'obligation de délivrance.....	5324 - 5433
L'obligation de garantie .....	5434 - 5502
Les obligations accessoires du vendeur .....	5503 - 5529

##### DIVISION 2

##### Les ventes et les pratiques commerciales relevant du Code de la consommation

La vente de biens meubles au consommateur.....	5530 - 5542
Contrats conclus hors établissement.....	5543 - 5600
Contrats conclus à distance .....	5601 - 5697

### TITRE 3

#### Les contrats de prestation de services

La prestation de services : généralités .....	5698 - 5703
Les contrats d'entreprise .....	5704 - 5784
Les contrats de fourniture.....	5785 - 5829
Les services d'« agences ».....	5830 - 5920

### TITRE 4

#### Le paiement et le crédit

Le régime juridique du paiement.....	5921 - 5955
L'usure.....	5956 - 5982
La protection des emprunteurs dans le domaine du crédit à la consommation .....	5983 - 6099
La protection des emprunteurs dans le domaine du crédit immobilier.....	6100 - 6174
Le surendettement des particuliers .....	6175 - 6284

### LIVRE 2

#### La qualité et la sécurité des produits et services

##### DIVISION 1


##### Qualité des produits et services

Le contrôle de la qualité .....	6285 - 6350
---------------------------------	-------------

##### DIVISION 2

##### L'information sur les produits et services

Terminologie et métrologie .....	6351 - 6397
L'étiquetage.....	6398 - 6443
Les signes de qualité.....	6444 - 6525
Les appellations d'origine et indications de provenance .....	6526 - 6603
L'information critique sur les produits et services.....	6604 - 6669



## Le Lamy droit économique

---

### DIVISION 3

#### Les produits ou services dangereux

La prévention des dommages liés à l'utilisation de produits ou services dangereux.....	6670 - 6717
La responsabilité des professionnels pour manquement à leur obligation de sécurité...	6718 - 6786

### DIVISION 4

#### Les fraudes en matière de produits et de services

Définition des fraudes en matière de produits et de services .....	6787 - 6857
Procédures et sanctions en matière de fraudes .....	6858 - 6910



# La procédure de contrôle des concentrations



## CHAPITRE 3

## La procédure de contrôle des concentrations

## SOMMAIRE

Réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie . . . . .	<b>1873</b>	Notification des décisions . . . . .	<b>1891</b>
Entrée en vigueur de la réforme . . . . .	<b>1874</b>	Informations concernant les décisions . . . . .	<b>1892</b>
		Notification nouvelle après annulation . . . . .	<b>1893</b>
		Autorisation de concentration et abus de domination . . . . .	<b>1894</b>
<b>SECTION 1</b>			
<b>Notification du projet</b>			
Obligation de notification . . . . .	<b>1875</b>	<b>SECTION 3</b>	
La pré-notification . . . . .	<b>1876</b>	<b>Phase II de la procédure</b>	
Le dossier de notification . . . . .	<b>1877</b>	Examen approfondi du projet . . . . .	<b>1895</b>
Les multi-notifications . . . . .	<b>1878</b>	Le bilan concurrentiel de l'opération . . . . .	<b>1896</b>
Effet suspensif de la notification . . . . .	<b>1879</b>	Appréciation des conséquences prévisibles de l'opération sur le progrès économique . . . . .	<b>1897</b>
Effet suspensif et transfert des titres . . . . .	<b>1880</b>	Avis pour la banque et l'assurance . . . . .	<b>1898</b>
Sanctions du manquement à l'obligation de notifier . . . . .	<b>1881</b>	Délai avant la décision . . . . .	<b>1899</b>
Sanction d'une omission ou d'une déclaration inexacte . . . . .	<b>1882</b>	Procédure applicable à l'examen approfondi . . . . .	<b>1900</b>
Recouvrement des sanctions pécuniaires et astreintes . . . . .	<b>1883</b>	Décisions de l'Autorité de la concurrence . . . . .	<b>1901</b>
Publication d'un communiqué . . . . .	<b>1884</b>	Absence de décision dans le délai . . . . .	<b>1902</b>
Une procédure successive en deux phases . . . . .	<b>1885</b>	Évocation de l'affaire par le ministre . . . . .	<b>1903</b>
		Décision du ministre . . . . .	<b>1904</b>
		Secret des affaires . . . . .	<b>1905</b>
		Autorisation de concentration et abus de domination . . . . .	<b>1906</b>
		Recours devant le Conseil d'État . . . . .	<b>1907</b>
		Suspension de la décision . . . . .	<b>1908</b>
		Suites de l'annulation de la décision . . . . .	<b>1909</b>
		Concentration réalisée en violation de la décision . . . . .	<b>1910</b>
		Inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement . . . . .	<b>1911</b>
		Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations . . . . .	<b>1912</b>
<b>SECTION 2</b>			
<b>Phase I de la procédure</b>			
Examen préliminaire du projet . . . . .	<b>1886</b>		
Variations du délai . . . . .	<b>1887</b>		
Décisions de l'Autorité de la concurrence . . . . .	<b>1888</b>		
Décision rendue sur mode « simplifié » . . . . .	<b>1889</b>		
Absence de décision dans le délai . . . . .	<b>1890</b>		

### Réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

Si le domaine d'application du contrôle des concentrations (voir n° 1862 et s.) demeure essentiellement défini par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la procédure de ce contrôle a été profondément modifiée par la loi de modernisation de l'économie, marquée par « le transfert du contrôle des concentrations économiques du ministre chargé de l'Économie vers l'autorité indépendante, qui constitue sans conteste la mesure phare de la LME en matière de concurrence » (Lasserre B., Vers un contrôle indépendant des concentrations économiques, RLC 2008/17, éditorial, p. 3). En effet, l'Autorité de la concurrence, au lieu de se limiter,

comme le faisait le Conseil, à donner son avis au ministre quand celui-ci a décidé de lancer une phase d'examen approfondi, est chargée de se prononcer, en toute indépendance sur l'ensemble des projets de concentrations économiques. Elle peut le faire, désormais, par « un examen totalement intégré des concentrations », alors que les entreprises étaient jusque-là obligées d'avoir affaire à « deux guichets successifs ». Avec cette nouvelle et profonde réforme, c'est donc l'Autorité de la concurrence qui, explique son nouveau président, « prendra la décision finale dans tous les cas, que l'opération donne lieu à une autorisation avec ou sans engagement au terme d'une analyse rapide parce qu'elle ne pose pas de difficultés particulières (« phase I »), ou qu'un examen approfondi soit nécessaire parce que l'opération crée des doutes sérieux d'atteinte à la concurrence et que les engagements proposés par les parties en phase I n'ont pas permis de les lever (« phase II »). Naturellement, c'est aussi l'Auto-

rité qui examinera l'ensemble des questions accessoires posées par le contrôle des structures économiques (non-respect d'engagements, déconcentration, etc.). Cette révolution s'accompagne d'un ensemble d'ajustements techniques destinés à rendre notre système plus rapide et plus efficace (mécanisme d'arrêt des pendules, plafonnement des astreintes procédurales, etc.) » (Lasserre B., Vers un contrôle indépendant des concentrations économiques, RLC 2008/17, éditorial, p. 3).

Le législateur de 2008 a ainsi mis en œuvre une réforme majeure, qui ne s'est pas limitée à la recherche d'une efficacité procédurale.

Cf. Bazex M. et Blazy S., Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises : quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration ?, Contrats, conc., consom. nov. 2008, n° 7 ; Ferrier D. et Biancone K., L'Autorité de la concurrence (après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008), D. 2009, p. 1031 ; Idot L. et Lemaire Ch., Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France, L'Autorité de la concurrence entre deux Europe, JCP G 2009, I, n° 125 ; Sélinisky V., L'Autorité de concurrence « unique » : une réforme à parfaire, RLC 2008/17, n° 1260 ; Vilmart Ch., Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, Contrats, conc., consom. 2009, n° 10 ; de Bure F. et Girgenson I., Le pouvoir d'intervention du ministre de l'Économie en matière de contrôle des concentrations, RLC 2009/18, n° 1265 ; Bosco D., Un an après la LME, quelle continuité du droit français des concentrations ?, Contrats, conc., consom. 2010, Repère 6 ; Jalabert Doury N. et de Muizon G., Quatre années de contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence, bilan et perspectives, RLC 2013/34, n° 2241.

## 1874

## Entrée en vigueur de la réforme

Selon l'article 96, V de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, la nouvelle réglementation devait entrer en vigueur « à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la présente loi et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2009 ». L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a été publiée le 14 novembre 2008.

Pendant, à cette date, les membres du collège de l'Autorité de la concurrence n'avaient pas encore été nommés. L'article 5 de l'ordonnance précitée a donc prévu que l'ancienne répartition des compétences resterait en place jusqu'à la première réunion de l'Autorité de la concurrence, qui a eu lieu le 2 mars 2009 (voir n° 866). À compter de cette date, les opérations de concentration dépassant les seuils de contrôle doivent donc être notifiées à l'Autorité de la concurrence. Quant aux affaires notifiées avant cette date, leur examen par l'Autorité de la concurrence se poursuit selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date (Ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008, art. 5, III ; voir n° 868).

Mais des problèmes pratiques peuvent se poser du fait de l'abaissement des seuils en chiffres d'affaires (prévus par l'article L. 430-2, II, pour les magasins de commerce de détail, et par l'article L. 430-2, III, pour les départements ou collectivités d'Outre-mer ; voir n° 1871), alors que, par application de l'article 96, V précité de la loi du 4 août 2008, l'ordonnance a été promulguée le 13 novembre avant que l'Autorité de la concurrence n'ait été créée par la réunion précitée du 2 mars 2009. L'on a craint, à juste titre, que ce retard puisse être source de recours (Vilmart Ch., Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, Contrats, conc., consom. 2009, n° 10).

Plusieurs décrets d'application ont suivi l'application de la loi :

- décret n° 2009-139 du 10 février 2009 (JO 11 févr.) modifiant la partie réglementaire du Livre IV du code de commerce, afin de prendre en compte la nouvelle répartition des compétences en matière de contrôle des concentrations ;
- décret n° 2009-142 du 10 février 2009 (JO 11 févr.), pris en application de l'article L. 463-4 du code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence ;

- décret n° 2009-186 du 17 février 2009 (JO 19 févr.), relatif aux décisions en matière de concentration devant être rendues publiques, qui prévoit leur diffusion sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence.

Lors de sa première réunion, le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence a proposé l'instauration d'une nouvelle version des *lignes directrices* relatives au contrôle des concentrations du 30 avril 2007. Dans l'attente de leur adoption, l'Autorité s'inspirera des méthodes d'analyse des lignes d'exercice précédentes (cf. Aut. conc. communiqué, 2 mars 2009, <www.auto-ritedelaconcurrence.fr>).

L'Autorité a reçu, en 2010, 213 notifications d'opérations de concentration, 231 en 2011, et 193 seulement en 2012, cette baisse traduisant sans doute le ralentissement général de l'économie (Rapp. Aut. conc. 2012, p. 16). En 2013, l'Autorité a reçu 214 notifications d'opérations de concentration (Rapp. Aut. conc. 2013, p. 16).

## SECTION 1

## Notification du projet

## 1875

## Obligation de notification

La notification du projet de concentration, obligatoire depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, devait être adressée au ministre de l'Économie. Mais la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 lui a substitué l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 430-3, al. 1<sup>er</sup>). Il s'agit bien d'un simple projet, puisque le législateur précise que l'opération doit être notifiée « avant sa réalisation », cette notification pouvant intervenir « dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique ».

Cette disposition a l'intérêt d'harmoniser le droit français avec le règlement communautaire, qui autorise les parties à procéder à une notification lorsqu'elles « démontrent de bonne foi à la Commission leur intention de conclure un accord » (Règl. Cons. CE n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 4, § 1 ; voir n° 1982). Elle permet aussi de mieux coordonner la notification française avec les autres procédures nationales, puisqu'un nombre croissant d'États autorise la notification de projets de concentration (cf. RLC 2005/3, n° 189, obs. Girgenson I.).

L'appréciation du caractère « abouti » se fait au cas par cas, et les parties peuvent pour cela assurer l'Autorité de leur intention de conclure un engagement irrévocable en lui en apportant la preuve. Les lignes directrices publiées par l'Autorité détaillent ce qu'il est opportun de communiquer : l'objet et les modalités de la concentration envisagée, l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.

Aucun délai de notification n'est prévu, ni par la loi, ni par le décret, seul le défaut de notification est sanctionné (voir n° 1881 et s.). La DGCCRF expliquait, dans ses lignes directrices, qu'il n'était pas nécessaire de préciser ce délai de façon formelle car « il est de l'intérêt évident des parties de notifier aussi rapidement que possible, puisqu'elles ne peuvent réaliser effectivement l'opération tant qu'un accord du ministre n'est pas intervenu » (voir n° 1863). Aussi bien, le délai d'une semaine imposé par la Commission européenne (Règl. Cons. CE n° 4064/89, 21 déc. 1989, art. 4-1) n'étant jugé par celle-ci ni réaliste, ni nécessaire, a été supprimé dans le nouveau règlement (Règl. CE n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 4, 1).

Dans l'hypothèse où l'opération de concentration, notifiée à la Commission européenne, a fait l'objet d'un renvoi, en tout ou en partie, à l'Autorité de la concurrence (voir n° 1949), ce renvoi vaut notification (C. com., art. L. 430-3, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*).

### 1876 La pré-notification

Il est fréquent que les entreprises qui envisagent une opération de concentration en avertissent d'abord, de façon officieuse, les autorités nationales, afin de les interroger sur la nécessité d'une notification formelle. Lorsque l'opération a une dimension internationale, elles sont ainsi amenées à se rapprocher des diverses autorités nationales concernées, lesquelles demandent souvent des renseignements de nature différente.

Aussi, pour simplifier la tâche des entreprises, les autorités chargées du contrôle des concentrations en Allemagne (*Bundeskartellamt*), au Royaume-Uni (*Office of Fair Trading*) et en France (ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, DGCCRF), ont-elles élaboré, en 1997, un formulaire commun (« Formulaire commun aux autorités de concurrence française, allemande et britannique pour avis préliminaire relatif à une opération de concentration »).

Sa publication a été accompagnée d'une annexe relative au contrôle des concentrations en France, dont l'objet est d'expliquer les principaux termes utilisés par le formulaire (min. Éco. communiqué, 29 sept. 1997).

Ce document offre aux entreprises « un système facultatif afin de simplifier l'examen des concentrations qui pourraient être contrôlées dans plus de l'un des pays suivants : France, Royaume-Uni et Allemagne ». Si ce document correspond, en Allemagne, à une notification formelle, il ne correspond, au Royaume-Uni et en France, qu'à une « pré-notification informelle ». En effet, il ne se substitue pas, en France, à la notification. De plus, il n'exclut, en aucun cas, la possibilité, pour les autorités de concurrence, de demander des informations complémentaires afin d'adopter une décision selon leurs lois nationales respectives.

L'utilisation du formulaire permet aux entreprises d'obtenir des autorités nationales, dans le délai d'un mois à compter de la réception de ce document, les indications suivantes : en Allemagne, si un examen complémentaire de l'opération est nécessaire ; en France, si une notification formelle apparaît appropriée (voir n° 1877) ; au Royaume-Uni, si la concentration est de nature à être soumise à la « Monopolies and Mergers Commission ». Mais il n'y a pas de transmission du document d'une autorité nationale à l'autre : ce dernier doit donc être déposé devant chaque autorité concernée.

Les trois autorités de concurrence ont affirmé leur intention de chercher, dans toute la mesure du possible, à coordonner les échéances de leurs décisions finales.

Cette procédure simplifiée, qui est ouverte aux pays souhaitant l'adopter, avait conservé son intérêt, en France, sous le régime de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et en aura sans doute encore sous celui de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie.

Aussi bien, la DGCCRF l'avait vivement encouragée (cf. Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 20 oct. 2005, voir n° 1863). Elle garantissait la confidentialité de cette démarche : les tiers ne sont interrogés, à ce stade, que si les parties y consentent et il n'est même pas nécessaire de communiquer le nom de celles-ci à la DGCCRF (Lignes directrices, précitées, pt. 97). L'utilité de la pré-notification lui paraissait accrue, depuis la réforme intervenue en 2001, par la brièveté des délais d'instruction du dossier. La pré-notification permet de coordonner le calendrier du contrôle de l'opération de concentration avec celui de l'offre et permet aussi aux parties de prendre la mesure du risque de passage à la phase d'enquête approfondie. Les parties pourraient, dès ce stade, proposer les engagements nécessaires pour éviter le passage à cette phase. Elles pourraient aussi apprécier l'opportunité de stipuler dans leur offre une condition suspensive entraînant la caducité de l'offre en cas de passage à cette même phase (Lignes directrices, précitées, pt. 169).

Mais la possibilité donnée aux entreprises, depuis la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, de notifier de simples projets de concentration a réduit notablement l'intérêt de cette pré-notification. Cependant, pour l'Autorité de la concurrence, cette pré-notification servira également à ce que les entreprises puissent le plus tôt possible exposer les études économiques, qu'elles envisagent de joindre à leur dossier de notification, aux services des concentrations et économique, lors de réunions d'échange, et, en premier lieu, de déterminer, en collaboration étroite avec l'Autorité, le moment le plus juste pour notifier, le cas échéant, ce qui a été jugé essentiel pour des fusions de fait, comme entre des groupes de protection sociale (Le Meur-Brandry V. et Pereira L., La date de réalisation effective d'une concentration entre groupes de protection sociale, Contrats, conc., consom. 2014, alerte n° 68).

Les lignes directrices révisées, publiées le 10 juillet 2013, ont mis l'accent sur l'importance de la phase informelle de « pré-notification ». Afin de stimuler le recours à cette procédure, elles précisent que celle-ci peut être initiée par les entreprises, quel que soit le degré d'aboutissement du projet de concentration et qu'elle n'est soumise *a priori* à aucun formalisme quant aux informations qui doivent être fournies à ce stade par les entreprises (voir n° 1864). Elle permet aux entreprises et à l'Autorité de « discuter en amont d'éventuels problèmes liés au caractère contrôlable de l'opération ou aux spécificités des entreprises ou des marchés concernés, voire d'anticiper d'éventuels problèmes de concurrence ». L'Autorité s'est engagée, de son côté, « à faire retour sous cinq jours ouvrés à compter du premier contact effectué par l'entreprise, sur le nom du rapporteur et l'état de complétude du dossier » (Rapp. Aut. conc. 2013, p. 12). Aussi bien, elle a publié les conditions d'éligibilité à une procédure d'examen simplifiée, qui permet aux entreprises dont l'opération n'est pas susceptible de poser des problèmes de concurrence, de bénéficier d'une décision simplifiée dans un délai de quinze jours ouvrés (voir n° 1864).

### 1877 Le dossier de notification

Les entreprises ou groupes d'entreprises associées dans une opération de concentration doivent adresser leur dossier en quatre exemplaires par envoi recommandé avec demande d'avis de réception, à l'Autorité de la concurrence, en indiquant si elles notifient en leur nom propre ou pour le compte d'autres entreprises.

La composition du dossier de notification a été précisée par les articles L. 430-2, R. 430-2 et annexes 4-3, 4-4 et 4-5 du code de commerce. Il doit essentiellement comprendre les éléments suivants :

- 1) une description de l'opération : une copie des actes soumis à notification, une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, une présentation des objectifs économiques de l'opération, comportant notamment une évaluation des avantages attendus ainsi qu'une liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications ; le résumé, non confidentiel, inclus dans la description de l'opération, destiné à être publié sur le site Internet de l'Autorité pour l'information des tiers, « est plafonné à 500 mots » et « ne doit pas contenir d'éléments préliminaires d'appréciation sur les effets de l'opération » (Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 20 oct. 2005) ;
- 2) une présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, comprenant les nombreuses pièces énumérées par le décret (comptes sociaux, listes des principaux actionnaires, tableau récapitulatif des données financières des trois derniers exercices clos, description des entreprises avec lesquelles des relations contractuelles significatives sont entretenues, etc.) ;
- 3) une présentation des marchés concernés, c'est-à-dire des marchés pertinents définis en termes de produits (ceux que le consommateur considère comme substituables ou interchangeables) et en termes géographiques, sur lesquels l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte. La noti-



fication devra définir chacun des marchés concernés et une présentation des arguments ayant conduit à la délimitation proposée ; quand les marchés pertinents sont délimités en zones de chalandises locales, l'Autorité demande d'insérer des cartes délimitant ces zones, et d'intégrer une copie des actes juridiques importants pour la bonne compréhension de l'opération ; elle invite les entreprises à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites (Lignes directrices, précité) ;

- 4) une présentation des marchés affectés. Le décret précise qu'un marché concerné est considéré comme affecté si deux ou plusieurs entreprises ou groupes exercent des activités sur ce marché et que leurs parts cumulées atteignent 25 % ou plus ou si une entreprise ou moins exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises ou groupe exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble des entreprises ou groupes atteignent 25 % ou plus. Un marché peut également être affecté du fait de la disparition d'un concurrent potentiel. Pour chaque marché affecté, l'entreprise notifiante doit en outre livrer un certain nombre d'informations énumérées par le décret ;
- 5) une déclaration attestant que les informations fournies sont exactes et que les parties connaissent les sanctions auxquelles elles s'exposent en cas de déclaration inexacte.

L'Autorité de la concurrence a donné, dans ses lignes directrices, des informations pratiques sur le contenu de cette notification, notamment sur la méthode de calcul des parts de marché.

Les lignes directrices constituent, pour les entreprises, un guide pour la présentation des études économiques (études économétriques, données de sondages, effets mentionnés par la littérature économique ou encore la modélisation économique). L'Autorité recommande des méthodes concrètes pour une meilleure prise en compte des travaux présentés par les entreprises. Ceux-ci doivent expliciter et justifier, dans un style clair et transparent, l'ensemble des hypothèses retenues, ainsi que fournir toutes les données et informations utiles sur les méthodes employées.

Si l'Autorité de la concurrence constate que le dossier est incomplet ou qu'il ne respecte pas les prescriptions du décret, elle demande à l'entreprise notifiante de le compléter ou de le rectifier (C. com., art. R. 430-2, al. 2).

Dès réception du dossier, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre de l'Économie (C. com., art. L. 430-3, al. 4).

### 1878 Les multi-notifications

Lorsqu'elles remplissent un formulaire de notification, les parties sont invitées à indiquer si elles ont notifié l'opération ou prévoient de le faire dans d'autres États membres. Cette information, qui est dans la ligne de l'accord conclu par les autorités européennes de concurrence, liées par l'ECA (*European Competition Authorities*), permet de faciliter la coopération avec la Commission comme avec les autres autorités de concurrence : coordination des calendriers, échange d'informations, y compris, avec l'accord des parties, des informations confidentielles. Elle peut aussi faciliter la mise en œuvre conjointe de l'article 21 du règlement du Conseil n° 139/2004 du 20 janvier 2004 qui prévoit la possibilité d'un renvoi conjoint, par plusieurs États membres, de l'examen d'une opération vers la Commission. Les autorités françaises ont, conjointement avec d'autres autorités européennes, fait application de cette disposition en décembre 2001 (aff. Promatech/Sulzer, JOCE 8 mars 2002, n° C 61) et février 2002 (aff. GEES/Unison ; cf. Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations ; Arhel P., Le projet de modernisation du droit français de la concurrence, JCP E 2000, p. 644).

### 1879 Effet suspensif de la notification

Le législateur a obligé les parties à suspendre la mise en œuvre de leur opération jusqu'à la décision des ministres concernés (C. com., art. L. 430-4). L'esprit de cette disposition est d'éviter qu'une interdiction soit prononcée *a posteriori* et rende difficile une remise en l'état initial. Une dérogation à l'effet suspensif est néanmoins prévue à l'alinéa 2 du texte qui dispose que « en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la 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 ». Il s'agit là d'une reprise du règlement communautaire sur les concentrations (Règl. Cons. CE n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 7, 3 ; voir n° 1990). Parmi les opérations pouvant nécessiter l'octroi d'une telle dérogation, figurent les offres de reprises d'entreprises qui ont fait l'objet d'un plan de cession ordonné dans le cadre de procédures collectives. Les lignes directrices publiées par l'Autorité de la concurrence précisent que les entreprises doivent alors faire leur demande au moins cinq jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal attribuant le contrôle de l'entreprise concernée, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, qui inclut, *a minima*, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération (cf. Winckler A., La théorie de l'entreprise défaillante « *Failing Firm Defense* » : une renaissance dans la crise ?, RLC 2009/20, n° 1387).

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 précise que l'octroi de la dérogation prévue à l'article L. 430-4 du code de commerce peut être assorti de conditions. Par ailleurs, la dérogation cesse dorénavant 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 (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 215).

Par ailleurs, l'article L. 430-8, II du code de commerce dispose que « si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I » (voir n° 1890).

### 1880 Effet suspensif et transfert des titres

L'article R. 430-5 du code de commerce précise, en outre, que « lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4 du code de commerce, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres ». Il s'agit de droits « de vote » corrige la DGCCRF (Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations ; voir n° 1863). Ainsi, l'accord de l'Autorité de la concurrence sera nécessaire pour que le droit de vote puisse être exercé ou que des dividendes puissent être perçus. Il en découle de la même façon qu'un bloc de contrôle pourra être acquis avant même la décision de l'Autorité, à condition que les droits attachés aux titres ne soient pas exercés.

Le texte ajoute utilement, vu les délais de suspension de l'opération de concentration, que « l'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres ». Mais cette précision ne règle pas la difficulté surgissant en cas d'une décision négative après clôture de l'offre. En effet, que décider dans l'hypothèse d'une OPA ou OPE qui donne lieu à une fusion ensuite refusée par l'Autorité de concurrence comme ce fut le cas dans les affaires *Schneider/Legrand* et *Tetralaval/Sidel* ? On a justement remarqué que « si l'on introduit en droit boursier une possibilité pour l'initiateur de l'offre d'attendre pour prendre possession des titres de la "cible" pour éviter un veto *a posteriori* de l'Autorité de concurrence, le délai de suspension de l'offre serait difficilement accepté par le marché » (Vilmart Ch. et Fourgoux J.-L., Le nouveau contrôle des

concentrations en droit français, Gaz. Pal. 2002, doct., p. 182). Une réforme du droit boursier était souhaitée pour permettre de résoudre ce problème (cf. Givry L., de Noblet J. et Sanglé-Ferrière S., Publication du décret « Concurrence » de la loi NRE, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 50, n° 3186). Elle est intervenue par l'arrêté du 15 novembre 2002 (JO 7 déc.), ayant modifié le règlement général du Conseil des marchés financiers (CMF) afin de permettre à l'initiateur d'une OPA ou OPE de conditionner son offre à l'octroi d'une autorisation publique (Arr. 15 nov. 2002, art. 5-1-3-1 nouveau ; cf. Auckenthaler F., Aperçu de la réforme du Titre V du règlement général du CMF sur les offres publiques, JCP E 2003, n° 9). L'alinéa 3 précise que l'offre est caduque dès lors que l'opération projetée fait l'objet d'une procédure de contrôle approfondi.

## 1881

**Sanctions du manquement à l'obligation de notifier**

Lorsqu'une opération de concentration a été réalisée sans avoir été notifiée, l'Autorité de la concurrence peut enjoindre sous astreinte aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. L'astreinte peut être prononcée dans la limite prévue à l'article L. 464-2 du code de commerce, soit 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard, à compter de la date fixée par l'Autorité. Celle-ci peut, en outre, infliger une sanction pécuniaire aux personnes auxquelles cette charge de notification incombait. Le montant maximum de la sanction diffère selon qu'il s'agit de personnes morales ou de personnes physiques. Il s'agit, pour les premières, de 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France, durant la même période, la partie acquise, et pour les secondes, de 1,5 million d'euros (C. com., art. L. 430-8, I, al. 1 et 2).

L'Autorité de la concurrence a, pour la première fois, en 2012, fait application de ces dispositions en sanctionnant une entreprise de droit belge ayant omis de notifier trois opérations de concentrations (Aut. conc., déc. n° 12-D-12, 11 mai 2012, Contrats, conc., consom. 2013, chron. 1, obs. Bosco D., RLDA 2012/73, n° 4139, obs. Mathonnière C., RLC 2012/33, n° 2166, obs. Barbier de la Serre E., Rapp. Aut. conc. 2012, p. 252, relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce : sanction de 392 000 euros ; décision confirmée par CE, 24 juin 2013, n° 360.949, Sté Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt, RLDA 2013/85, n° 4724, obs. Lalot L., RLC 2013/37, n° 2392, obs. Schrameck S., JCP E 2013, 494, Contrats, conc., consom. 2014, chron. 1, obs. Bosco D.), puis elle a, en 2013, sanctionné une association issue de la fusion de deux groupes de protection sociale ayant réalisé leur fusion sans lui avoir préalablement notifié le projet. L'un de ces groupes n'avait informé l'Autorité que quatre mois après que la concentration soit devenue définitive par la fusion des moyens humains, matériels et des organes décisionnels des deux groupes en cause. L'infraction à l'obligation de notification préalable a été jugée établie, indépendamment du fait que la concentration ne fût pas susceptible de porter atteinte à la concurrence, car la caractérisation du manquement à cette obligation ne nécessite pas la démonstration d'une telle atteinte (Aut. conc., déc. n° 13-D-01, 31 janv. 2013, relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, Rapp. Aut. conc. 2013, p. 176, Contrats, conc., consom. 2013, étude 5, obs. Lucas J., RLC 2013/35, n° 2256, obs. Pinçon J.-B., JCP E 2013, 158, obs. Lucas J. : sanction de 400 000 euros). L'Autorité de la concurrence a encore sanctionné, à hauteur de 4 millions d'euros, la société mère d'un groupe pour ne pas avoir soumis à son examen, avant sa réalisation, la prise de contrôle de six sociétés d'un autre groupe, opération ayant été portée à sa connaissance par un tiers (Aut. conc., déc. n° 13-D-22, 20 déc. 2013, relative à la situation du groupe Castel au regard du I de l'article 430-8 du code de commerce, Contrats, conc., consom. 2014, alerte 10, JCP G 2014, n° 151, Rapp. Aut. conc., 2013, p. 203).

Le défaut de notification est soumis à la prescription quinquennale de l'article L. 462-7 du code de commerce, laquelle

commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle (Aut. conc., déc. n° 12-D-12, 11 mai 2012, relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, précité, RLDA 2012/73, n° 4139, obs. Mathonnière C., RLC 2012/33, n° 2166, obs. Barbier de la Serre E., Contrats, conc., consom. 2013, chron. 1, droits des concentrations, spéc. n° 2, obs. Bosco D.).

Le Conseil d'État, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par une entreprise condamnée par l'Autorité à payer une lourde amende pour défaut de notification préalable, qui prétendait que les dispositions du I, de l'article L. 430-8 du code de commerce portaient atteinte au principe de nécessité des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 parce que la sanction serait dépourvue de lien suffisant avec la nature de l'infraction qu'elle sanctionne et disproportionnée par rapport à la gravité de cette infraction, a vu sa question rejetée, n'étant pas nouvelle, et n'ayant pas de caractère sérieux (CE, 16 juill. 2014, n° 375.658, Sté Copagef, Contrats, conc., consom. 2015, chron. 1, obs. Bosco D., RLC 2014/41, n° 2628 et n° 2644).

Après la notification, la procédure d'examen du projet peut alors s'engager (voir n° 1885).

## 1882

**Sanction d'une omission ou d'une déclaration inexacte**

L'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant commis des omissions ou fait des déclarations inexactes dans une notification d'un projet de concentration la même sanction que dans l'hypothèse d'une absence de notification (voir n° 1881). Cette sanction peut s'accompagner du retrait de la décision ayant, ensuite, autorisé la réalisation de l'opération (voir n° 1888 et n° 1901). À moins de revenir à l'état antérieur, les parties sont alors tenues de notifier à nouveau l'opération dans le délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir à nouveau les mêmes sanctions (C. com., art. L. 430-8, III, al. 1 et 2).

## 1883

**Recouvrement des sanctions pécuniaires et astreintes**

Les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article L. 430-8 du code de commerce sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine. Les astreintes prononcées par l'Autorité de la concurrence en application du même article sont recouvrées dans les mêmes conditions (C. com., art. L. 430-10).

## 1884

**Publication d'un communiqué**

Lorsque l'Autorité de la concurrence reçoit la notification de l'opération de concentration, elle publie un communiqué (C. com., art. L. 430-3, al. 3). Son contenu a été précisé par l'article R. 430-4 du code de commerce. Il contient notamment les noms des entreprises concernées, la nature de l'opération, les secteurs économiques concernés, le délai dans lequel les tiers intéressés peuvent faire connaître leurs observations. Il sera rendu public dans les cinq jours ouvrables suivant la réception du dossier.

## 1885

**Une procédure successive en deux phases**

Le projet de concentration notifié à l'Autorité de la concurrence entraînera l'ouverture d'une procédure devant cet organisme, qui pourra varier en fonction de la nature du projet, la procédure pouvant être courte si seule la « phase I » est mise en œuvre, ou lorsque si, comme c'est le cas généralement, l'opération nécessite un examen approfondi, lequel ne pourra intervenir qu'au cours de la « phase II ».



## SECTION 2

## Phase I de la procédure

**1886** Examen préliminaire du projet

L'Autorité de la concurrence doit se prononcer sur l'opération de concentration qui lui a été notifiée dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés, délai courant à compter de la date de réception de la notification complète (C. com., art. L. 430-5, al. 1<sup>er</sup>).

Cet examen préliminaire du dossier mettra l'Autorité en mesure d'apprécier la réalité du danger susceptible de présenter la concentration sur le marché concerné, et, dans l'hypothèse où aucun effet anticoncurrentiel sensible ne serait à craindre, d'envisager une autorisation rapide, sans apporter de retard préjudiciable à sa mise en œuvre.

**1887** Variations du délai

La loi prévoit un *allongement de quinze jours* ouvrés du délai de vingt-cinq jours précité si les parties présentent des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération (C. com., art. L. 430-5, II), que ces engagements soient pris à l'occasion de la notification de l'opération, ou après celle-ci, tant que l'Autorité n'a pas pris de décision sur le projet notifié.

Les parties peuvent aussi, « en cas de nécessité particulière », telle que la finalisation des engagements qu'elles ont pris, demander à l'Autorité de la concurrence de *suspendre*, dans la limite de *quinze jours* ouvrés, les délais d'examen de l'opération.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 introduit la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de suspendre le délai d'examen de 25 jours lorsque les parties notificantes ne l'ont pas informée, 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 du code de commerce, ou si ces dernières ou des tiers (mais pour des raisons imputables aux parties notificantes) ne lui ont pas communiqué, dans le délai imparti, les informations demandées (C. com., art. L. 430-5, II, *rédac.* L. n° 2015-990, 6 août 2015). Le délai recommence à courir dès la disparition de la cause ayant justifié la suspension.

**1888** Décisions de l'Autorité de la concurrence

À l'issue de l'examen du projet notifié, soit en principe dans les vingt-cinq jours ouvrés de la réception de cette notification (voire 40 jours ouvrés en cas d'allongement ou de suspension), l'Autorité de la concurrence a le choix de trois types de décisions :

- soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ du contrôle des concentrations ;
- soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;
- soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi de l'opération, ce qui déclenchera la phase II de la procédure.

Ces décisions pourront être prises par le président de l'Autorité de la concurrence, ou même par un vice-président désigné par lui, agissant seul, ce qui permettra de limiter l'examen en formation collégiale aux opérations plus complexes, qui seront analysées au cours de la phase II (C. com., art. L. 461-3, al. 4 ;

*cf.* Vilmart Ch., Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, *Contrats, conc., consom.* févr. 2009, n° 10).

**1889** Décision rendue sur mode « simplifié »

L'Autorité de la concurrence, qui avait prévu, dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations (pts. 163 à 171), la possibilité de déposer un « dossier simplifié » dans un certain nombre de cas, en particulier dans les situations visées par l'article L. 430-2, II du code de commerce, c'est-à-dire celles où l'opération concerne le secteur de commerce de détail, a été amenée à prendre, depuis le début de l'année 2011, un grand nombre de décisions rendues sur ce mode « simplifié ». Ainsi, sur cinquante-deux décisions rendues au cours du premier semestre de l'année, on a dénombré 28 décisions simplifiées (*cf.* Bosco D., *Chronique droit des concentrations*, *Contrats, conc., consom.* 2011, *chron.* 2, *spéc.* n° 2, pt. 3). La décision est rendue, après une très brève présentation de l'affaire, par cette formule « au vu des éléments du dossier, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés ». Il s'agit ainsi d'alléger la charge administrative des entreprises dont l'opération ne suscite, à première vue, aucune crainte concurrentielle, et d'alléger de même celle de l'Autorité concernant des opérations manifestement insignifiantes (Bosco D., *obs.* précitées).

Les lignes directrices révisées, publiées par l'Autorité le 10 juillet 2013, clarifient les conditions d'éligibilité à cette procédure, qui permet, depuis 2011 aux entreprises de bénéficier d'une décision dans un délai de quinze jours (voir n° 1864).

Elles précisent que sont concernées, d'une part les opérations pour lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent le ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes, d'autre part, les opérations qui sont notifiables en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce relatif au commerce de détail, mais non du I du même article, et qui n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés.

**1890** Absence de décision dans le délai

Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune de ces trois décisions dans le délai qui lui est imposé – vingt-cinq ou quarante jours ouvrés (voir n° 1887) – elle en informe le ministre de l'Économie. L'opération est alors réputée avoir été tacitement autorisée au terme du délai imparti au ministre pour demander un examen approfondi des dossiers, soit cinq jours ouvrés à compter de la réception de cette information (C. com., art. L. 430-5, IV et L. 430-7-1, I).

**1891** Notification des décisions

Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence au terme de cette phase de la procédure sont notifiées à l'auteur ou aux auteurs de la notification de l'opération de concentration, ainsi qu'au ministre de l'Économie. À réception de cette notification, les entreprises concernées disposent d'un délai de 15 jours pour indiquer à l'Autorité de la concurrence ou, le cas échéant, au ministre de l'Économie, les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires (C. com., art. R. 430-7).

**1892** Informations concernant les décisions

L'Autorité de la concurrence, ou, le cas échéant, le ministre de l'Économie, doivent « rendre public le sens » de ces décisions, dans les cinq jours ouvrables (C. com., art. R. 430-6). Elles seront diffusées sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence (C. com., art. R. 430-8).

1893

En 2013, l'Autorité a rendu 201 décisions relatives à des opérations de concentration, dont 194 autorisations sans condition, et 7 autorisations sous réserve d'engagements ou d'injonctions. Parmi les décisions d'autorisation en phase I, 5 autorisations ont été données, sous réserve de la mise en œuvre des engagements proposés par les parties (Rapp. Aut. conc. 2013, p. 27).

### 1893 Notification nouvelle après annulation

Lorsqu'à la suite d'un recours, la décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre de l'Économie a été totalement ou partiellement annulée, s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées ayant procédé à la notification doivent soumettre une nouvelle notification, actualisée, à l'Autorité de la concurrence, dans un délai de deux mois, à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État (C. com., art. R. 430-9).

### 1894 Autorisation de concentration et abus de domination

Le législateur a donné pouvoir à l'Autorité de la concurrence de reconsidérer l'accord donné à un projet de concentration lorsqu'il lui apparaît que la concentration ainsi effectuée a permis l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique. Elle peut, par décision motivée, enjoindre à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée cette concentration de la puissance économique (C. com., art. L. 430-9).

## SECTION 3

# Phase II de la procédure

### 1895 Examen approfondi du projet

La phase II, correspondant à l'examen approfondi du projet, est justifiée par le risque sérieux d'atteinte à la concurrence envisagé par l'Autorité de la concurrence lors de l'examen préliminaire. Déclenchée par l'Autorité, elle peut l'être aussi par le ministre de l'Économie qui, dans le délai de cinq jours, à compter de la date de réception de la décision de l'Autorité peut demander à celle-ci un examen approfondi du projet notifié (C. com., art. L. 430-7-1, I).

Cette seconde étape de la procédure est adaptée aux opérations les plus complexes, qui exigeront des mesures d'instruction. Or, l'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction, dirigés par un rapporteur général, qui procèdent aux investigations nécessaires à l'application des règles du code de commerce concernant les pratiques anticoncurrentielles ainsi que la concentration économique (C. com., art. L. 461-4, al. 2). Les pouvoirs attribués aux services d'instruction de l'Autorité de la concurrence sont les mêmes que ceux qui sont attribués aux agents de la DGCCRF : les uns et les autres suivront les mêmes règles (voir n° 788 et s.).

### 1896 Le bilan concurrentiel de l'opération

L'Autorité de la concurrence a mission d'examiner si l'opération de concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle doit d'abord déterminer les marchés pertinents, son approche de ceux-ci ayant été définie par les lignes directrices qu'elle a publiées, et affinées, en juillet 2013 (voir n° 1864). Elle a renforcé les développements consacrés aux outils micro-économiques utilisés pour les définir et établir leur degré de concentration. Le Conseil d'État est venu rappeler qu'il lui appartient, « à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible, de caractériser les effets anticoncurrentiels de l'opération et d'apprécier si ces effets sont de nature à porter atteinte au maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés qu'elle affecte » (CE, 6 juill. 2016, n°s 390457 et 390774).

L'Autorité doit aussi apprécier si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence (C. com., art. L. 430-6, al. 1). Mais elle n'a pas à tenir compte, à la différence du Conseil de la concurrence, de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale, et de la création et du maintien de l'emploi.

Cette possibilité d'effacer l'illicéité d'une concentration qui dépasse pourtant les seuils légaux et porte atteinte à la concurrence, lorsqu'elle « compense » cette atteinte à la concurrence par une « contribution suffisante au progrès économique », évoque la procédure de justification des ententes et des abus de domination ayant pour effet « d'assurer un progrès économique » (C. com., art. L. 420-4, I, 2° ; voir n° 1227). L'Autorité de la concurrence devra, ici encore, appliquer la méthode du bilan économique afin de comparer les avantages et les inconvénients de l'opération de concentration (voir n° 1240 et s.), en veillant à ce que celle-ci ait une relation suffisante avec le progrès envisagé (voir n°s 1247 et s. ; cf. Sevy D. et Palomino F., *Réflexions sur le traitement des gains d'efficacité en contrôle des concentrations*, RLC 2012/30, n° 1961).

Comme le faisait le Conseil de la concurrence dans les avis qu'il rendait au ministre de l'Économie avant que celui-ci ne prenne sa décision, dans le régime antérieur à la loi de 2008, l'Autorité de la concurrence doit s'interroger sur la question de savoir si le progrès allégué est vraisemblable, s'il constitue bien un progrès économique pour la collectivité dans son ensemble, et pas seulement un avantage pour les entreprises obtenues au détriment de leurs concurrents sur le marché national ou de leurs cocontractants, que ceux-ci soient leurs clients ou leurs fournisseurs, si l'opération examinée est strictement nécessaire pour la réalisation du progrès allégué (en ce sens, Cons. conc., avis n° 90-A-10, 10 juill. 1990, Groupes Eurocom WCRS..., BOCCRF 4 sept.), et si l'importance du progrès économique attendu est suffisante pour compenser les atteintes potentielles à la concurrence (Rapp. Cons. conc. pour 1991, p. 35 ; Rapp. Cons. conc. pour 1999, p. 76). Le Conseil a admis dans son avis n° 02-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par TDF d'un ensemble de sites pylônes de Bouygues Télécom (BOCCRF 31 mars 2003, Recueil Lamy, n° 900, comm. Blaise J.-B.), que le probable renforcement du partage des infrastructures entre les différents opérateurs de téléphonie, en augmentant le nombre de sites qui leur sont ouverts, apporterait un progrès économique susceptible de compenser partiellement les atteintes à la concurrence, dans la mesure où les engagements, de nature comportementale, exigés des parties seraient respectés (Lettre min. éco., 26 avr. 2002, BOCCRF 31 mars 2003). De même, la concentration des activités de gestion des sites de congrès-expositions et des foires et salons permet d'améliorer la compétitivité des entreprises françaises en réduisant leurs coûts (Cons. conc., avis n° 07-A-10 et Lettre min. éco., 13 nov. 2007, CCIP/Unibail, Concurrences, 1-2008, p. 139, obs. Cot J.-M., Rapp. Cons. conc. pour 2007, p. 292).

Dans ses Lignes directrices publiées en 2005 (voir n° 1863), la DGCCRF développe l'analyse économique de l'impact de l'opération sur la concurrence en insistant sur la dimension

temporelle de cette analyse, qui est « un contrôle a priori de l'état futur du marché », un contrôle qui se veut dynamique et non statique. Elle évoque l'éventuelle prise en compte du « test du monopole hypothétique » ou test SNIP (*Small but Significant Non Transitory Increase in Price*) qui consiste à imaginer l'entreprise concernée en situation de monopole sur un marché déterminé et d'étudier le comportement des consommateurs face à des évolutions de prix imposés par cette entreprise (cf. Ponsard M. et Marcinkowski M., Le projet de lignes directrices de la DGCCRF : les points délicats lors du contrôle des opérations de concentration, Contrats, conc., consom. 2002, chron. 3 ; adde Théophile D. et Simic I., L'analyse des effets unilatéraux des concentrations horizontales par les autorités françaises de concurrence, Contrats, conc., consom. 2006, comm. 27).

1897

### Appréciation des conséquences prévisibles de l'opération sur le progrès économique

Pour donner un avis favorable à une opération de concentration, le Conseil de la concurrence exigeait une contribution au progrès économique d'autant plus marquée que les atteintes probables à la concurrence dues à l'opération sont elles-mêmes importantes (Rapp. Cons. conc. 1988, p. 30). Il déclarait ainsi prendre notamment en compte, au titre de ce progrès, l'amélioration de la productivité des entreprises en cause grâce aux économies de coûts qu'elles pourront réaliser par le biais de l'opération et qu'elles ne pourraient obtenir sans se regrouper (cf. par exemple, Cons. conc., avis n° 89-A-02, 31 janv. 1989, Nestlé SA, BOCCRF 22 févr., LPA 31 mars 1989, n° 39, p. 4 et LPA 8 août 1990, n° 95, p. 9, Recueil Lamy, n° 348, comm. Momège Ch. ; Cons. conc., avis n° 93-A-13, 6 juill. 1993, Sté générale Occidentale, Recueil Lamy, n° 544, obs. Sélinisky V.) et le développement de leur capacité d'innovation grâce à la mise en commun de leurs moyens de recherche et de développement lorsque les moyens qu'elles détiennent sont complémentaires, ou lorsque l'innovation dans le secteur suppose que soit atteinte une masse critique de recherches qu'aucune des parties à l'opération ne peut espérer atteindre seule (cf. par exemple, Cons. conc., avis n° 89-A-05, 21 févr. 1989, Projet de concentration entre les sociétés Spontex et 3 M France, BOCCRF 21 mars, LPA 8 août 1990, n° 95, p. 12, Recueil Lamy, n° 352, comm. Montet Ch.). Une amélioration de la qualité des prestations ou une réduction de leurs prix constituent une contribution au progrès économique (Cons. conc., avis n° 97-A-23, 15 oct. 1997, MAAF Assurances - Dekra e.V., BOCCRF 29 janv. 1998, Recueil Lamy, n° 744, comm. Sélinisky V.). Il en est de même de la lutte contre la pollution (Cons. conc., avis n° 94-A-18, 17 mai 1994, Sté Metaleurop, BOCCRF 14 juill.) et du maintien sur le marché d'une entreprise défaillante, grâce au rachat par un concurrent (Cons. conc., avis n° 96-A-01, 31 janv. 1996, Sté de mécanique magnétique, BOCCRF 20 août, Recueil Lamy, n° 673, obs. Sélinisky V.). En revanche, le fait pour une entreprise de vouloir, par une telle opération, maintenir sa part de marché, ne constitue pas, en lui-même, un progrès économique pour la collectivité (Cons. conc., avis n° 93-A-12, 29 juin 1993, Sté UGC, BOCCRF 9 févr. 1994 ; Cons. conc., avis n° 94-A-26, 15 nov. 1994, Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, BOCCRF 28 déc., Recueil Lamy, n° 606, comm. Montet Ch.).

À la lumière de son expérience, le Conseil a fait état du caractère « fréquemment peu convaincant », en ce qui concerne cette question, des dossiers qui lui sont présentés par les entreprises. D'une part, celles-ci se trompent souvent sur ce qui peut être considéré comme une contribution au progrès économique, ayant tendance à croire que tous les avantages qu'elles espèrent retirer de l'opération sont par nature des progrès pour la collectivité. D'autre part, elles ne cherchent que rarement à réunir des éléments établissant que le progrès allégué ne pourrait être obtenu autrement que par l'opération envisagée (Rapp. Cons. conc. 1991, p. LX). C'est pourquoi il est rare que les décisions et avis conduisent à l'établissement d'un bilan économique, relève la DGCCRF dans ses lignes directrices (voir n° 1863), le constat fait par le Conseil en 1991 étant toujours

d'actualité en 2005... (cf. Arhel P., Les lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations, JCP E 2005, n° 231).

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de se prononcer pour une « non-opposition » à une telle opération de concentration – sans même la subordonner à des conditions économiques particulières – dans certains avis (Cons. conc., avis n° 89-A-02, 31 janv. 1989 et Cons. conc., avis n° 89-A-05, 21 févr. 1989, précités ; Cons. conc., avis n° 92-A-08, 20 oct. 1992, Cidretries, BOCCRF 4 déc., Recueil Lamy, n° 512, obs. Sélinisky V.). Il a estimé, dans d'autres avis, qu'il n'y avait pas matière à faire application de l'article 41 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 [aujourd'hui C. com., art. L. 430-4], la prise de participation ayant, en cours de procédure, fait place à une cession d'actifs (Cons. conc., avis n° 88-A-02, 22 mars 1988, Prise de participation du groupe Ferruzzi au capital de la société Saint-Louis SLB, BOCCRF 16 avr., Recueil Lamy, n° 311, comm. Brault D.), l'organisation envisagée n'étant pas, en elle-même, de nature à permettre à l'une des sociétés mères d'exercer une influence déterminante sur la politique commerciale de l'autre (Cons. conc., avis n° 88-A-09, 26 avr. 1988, Projet de constitution de la filiale commune Cotelte par les sociétés Henkel France et Colgate-Palmolive, Rapp. Cons. conc. pour 1988, p. 154, annexe n° 83), ou le rachat de la société en cause n'étant pas de nature à porter atteinte à l'exercice de la concurrence (Cons. conc., avis n° 00-A-11, 6 juin 2000, relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy France de la société Fichet Serrurerie Bâtiments, Recueil Lamy, n° 847, comm. Sélinisky V. ; Cons. conc., avis n° 01-A-02, 13 févr. 2001, relatif à l'acquisition du groupe Poma par la société Leitner, BOCCRF 21 janv. 2002, p. 10). Enfin, dans de nombreux avis, le Conseil a jugé que l'opération de concentration pouvait être admise, au regard notamment de sa contribution au progrès économique, à condition que soient adoptées quelques mesures, de manière à corriger certains effets pour rétablir une concurrence suffisante (Cons. conc., avis n° 92-A-11, 1<sup>er</sup> déc. 1992, Achat de la société Parker Pen Holdings Limited par la société The Gillette Company, Recueil Lamy, n° 517, comm. Montet Ch. ; Cons. conc., avis n° 93-A-01, 12 janv. 1993, Stés Gaumont et Pathé Cinéma, Recueil Lamy, n° 525, comm. Brault D. ; Cons. conc., avis n° 93-A-12, 29 juin 1993, Sté UGC, BOCCRF 9 févr. 1994 ; Cons. conc., avis n° 96-A-01, 31 janv. 1996, Sté de mécanique magnétique, BOCCRF 20 août, Recueil Lamy, n° 673, obs. V. S. ; Cons. conc., avis n° 00-A-03, 22 févr. 2000, BOCCRF 12 sept., p. 459, Sté Clemesy).

Comme le Conseil, l'Autorité de la concurrence ne peut autoriser une opération de concentration de nature à créer des effets anticoncurrentiels ne pouvant être compensés par un apport suffisant au progrès économique que si elle est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées (cf. Lignes directrices, pts. 521 et s.). Ces mesures peuvent être proposées par les parties, ou imposées par l'Autorité. Les mesures proposées par les parties doivent permettre de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. L'Autorité déclare « vérifier, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes concurrentiels identifiés, et que leur mise en œuvre sera rapide et certaine. Elle s'assure également qu'il sera possible de contrôler le respect de ces mesures » (Rapp. Aut. conc. 2010, p. 317). Pour la plupart, ces mesures sont destinées à jouer sur la structure des marchés concernés. Des engagements visant à contraindre le comportement futur des entreprises concernées peuvent compléter ces engagements « structurels », mais sont parfois prévus à titre principal quand aucune mesure structurelle ne s'avère proportionnée aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés (Rapp. Aut. conc. 2010, p. 318).

Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, publiées le 10 juillet 2013 (voir n° 1864), rappellent la préférence des autorités de concurrence française et de l'Union pour des remèdes structurels, lorsque les caractéristiques de l'opération de concentration le permettent, tout en réaffirmant la possibilité de remèdes comportementaux en cas d'effets verticaux ou congloméraux (voir n° 1901).

L'Autorité de la concurrence a fréquemment recours aux outils économiques à sa disposition, tel le test GUPPI, sur une méthode d'autoriser, en phase 1, une prise de contrôle, sur une



1898

base exclusivement contractuelle de deux entreprises (ainsi, de la société coopérative agricole Terra Lacta par le groupe Sodial : Aut. conc., déc. n° 14-DCC-57, 17 avr. 2014, RLC 2014/40, n° 2560, obs. Bary L.)

Sur les méthodes d'analyse en contrôle des concentrations, cf. Genevaz S., Renouveau des méthodes en contrôle des concentrations, Contrats, conc., consom. 2015, dossier 7.

### 1898 Avis pour la banque et l'assurance

Lorsque le projet de concentration concerne le secteur bancaire ou le secteur des assurances, avant de prendre sa décision, l'Autorité de la concurrence doit recueillir l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel, créée, à la suite de la fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, par l'article L. 612-22 du code monétaire et financier. Après qu'elle ait communiqué à l'Autorité de contrôle prudentiel toute saisine relative à un tel projet d'opération, celle-ci dispose d'un délai d'un mois pour lui transmettre son avis.

### 1899 Délai avant la décision

L'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de 65 jours ouvrés, à compter de la date de réception de la notification complète, pour se prononcer sur l'opération de concentration (C. com., art. L. 430-5, I). Comme pour la phase I, le délai peut être *allongé* lorsque des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération sont proposés par les parties moins de 20 jours ouvrés avant son expiration. Le délai d'examen expire 20 jours ouvrés après la date de réception des engagements (C. com., art. L. 430-7, I et II). La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 modifie cette computation des délais : désormais, lorsque des engagements ou des modifications apportées à des engagements déjà proposés sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai de 65 jours ouvrés, celui-ci expire vingt jours ouvrés après leur réception, dans la limite de quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi (C. com., art. L. 430-7, II, rédaction. L. n° 2015-990, 6 août 2015).

De même, « en cas de nécessité particulière », comme en phase I (voir n° 1887), les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de *suspendre*, dans la limite de 20 jours ouvrés, les délais d'examen de l'opération (C. com., art. L. 430-7, II, al. 2). Mais ces délais peuvent aussi être suspendus, à l'initiative de l'Autorité de la concurrence, lorsque les parties ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance, ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer dans ce délai.

Dans ces divers cas, le délai reprendra son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension (C. com., art. L. 430-7, II, al. 2).

### 1900 Procédure applicable à l'examen approfondi

Les règles de procédure en vigueur devant l'Autorité de la concurrence le sont aussi pour les concentrations dans cette phase d'examen approfondi : notification du rapport aux parties, au rapporteur public et aux ministres intéressés (C. com., art. L. 463-2, al. 2), protection du secret des affaires (C. com., art. L. 463-4), violation du secret de l'instruction (C. com., art. L. 463-6), séances non publiques, auxquelles seuls le rapporteur public et les parties peuvent assister, celles-ci pouvant demander à être entendues par l'Autorité, et se faire représenter ou assister (C. com., art. L. 463-7).

Toutefois, les parties ayant procédé à la notification et le rapporteur public doivent produire leurs observations, en réponse à la communication du rapport, dans un délai de 15 jours ouvrés (C. com., art. L. 430-6, al. 2).

Avant de statuer, l'Autorité de la concurrence peut entendre des tiers, en l'absence des parties ayant notifié. Dans les mêmes conditions, les comités d'entreprise des sociétés parties à l'opération peuvent être entendus, à leur demande, par l'Autorité (C. com., art. L. 430-6, al. 3).

Enfin, le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un « délai raisonnable » est imparti pour présenter leurs observations (C. com., art. L. 430-7, III, *in fine*).

### 1901 Décisions de l'Autorité de la concurrence

Au terme de l'examen approfondi auquel elle a procédé, et en principe avant l'expiration du délai de soixante-cinq jours ouvrés depuis son ouverture, - en 2011, le délai moyen a été de dix-sept jours ouvrés (Rapp. Aut. conc. 2011, p. VI) - l'Autorité de la concurrence prendra une *décision motivée*.

Elle peut, d'abord « interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties, de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante » (C. com., art. L. 430-7, III). Il convient d'observer qu'aucune décision d'interdiction n'a été prononcée en France depuis 1999 (Lasserre B., éditorial, Rapp. Aut. conc. 2012, p. 111).

Elle peut ensuite « autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». C'est une solution qui avait souvent été proposée au ministre de l'Économie, qui prenait la décision, par le Conseil de la concurrence, qu'il avait consulté (ainsi, Cons. conc., avis n° 93-A-01, 12 janv. 1993, Stés Gaumont et Pathé Cinéma, BOCCRF 26 mars ; Cons. conc., avis n° 94-A-24, 20 sept. 1994, Secteur du béton prêt à l'emploi, Recueil Lamy, n° 605 ; Cons. conc., avis n° 95-A-1, 7 févr. 1995, Sté Pêche et Froid, BOCCRF 6 avr. ; Cons. conc., avis n° 05-A-13, 24 juin 2005, Sté France Handling : cession d'activités pour éviter une position dominante). C'est la solution qu'impose, aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence quand elle autorise, sous condition, le rachat d'une entreprise (ainsi le rachat de Totalgaz par UGI France, société mère d'Antargaz, avec, parmi les engagements discutés et négociés avec l'Autorité, la cession de participation au capital de plusieurs dépôts de GPG et l'amendement d'un contrat d'approvisionnement : Aut. conc., déc. n° 15-DCC-53, 15 mai 2015). Mais, concernant cette opération, le Conseil d'État a jugé que, s'agissant d'un des quatre marchés de produits identifiés par l'Autorité de la concurrence (distribution de GPL combustible en petit vrac), le champ de l'analyse concurrentielle à laquelle elle s'était livrée n'était pas suffisamment large. Il a donc annulé la décision de l'Autorité de la concurrence à cet égard et, en conséquence, estimé que les remèdes envisagés ne suffisaient pas à garantir le maintien d'une concurrence suffisante sur le marché concerné (CE, 6 juill. 2016, n°s 390457 et 390774).

Les injonctions et prescriptions mentionnées pour ces deux types de décisions s'imposent, précise la loi, « quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties » (C. com., art. L. 430-7, III, al. 4).

Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions précédentes - à savoir l'interdiction ou l'autorisation sous conditions - « elle autorise l'opération par une décision motivée » (C. com., art. L. 430-7, IV ; ainsi pour l'acquisition par Direct Energie de son concurrent Poweo, Aut. conc. déc. n° 11-DCC-142, 22 sept. 2011, RLC 2012/30, n° 1965, obs. Bitton E. ; pour l'acquisition par Gallimard du Groupe Flammarion, Aut. conc., déc. n° 12-DCC-126, 30 août 2012, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Flammarion par le groupe Gallimard, RLC 2013/34, n° 2187, obs. Relange M. ; pour l'acquisition, par le groupe LDC, des activités d'abattage et de vente de volailles du groupe Glon Sanders : Aut. conc., déc. n° 15-DCC-14, 24 févr. 2015, Aut. conc. communiqué, 26 févr. 2015 ; pour la prise de contrôle de la société Kyro Concept par le groupe Fimalac : Aut. conc., déc., n° 14-DCC-53, 11 avr. 2014). Cette formulation légale surprend, tant elle paraît suggérer que l'autorisation n'est donnée qu'à regret, ou par défaut... Il ne semble pas que, dans l'esprit du législateur de 2008, la concentration

d'entreprises soit, par principe, interdite... Cette autorisation, précise le texte de l'article L. 430-7 précité, « peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification », ce qui paraît aller de soi, et qui était une pratique courante du Conseil de la concurrence. Celui-ci proposait souvent au ministre de subordonner la concentration en cause à une injonction ou un engagement concernant le *comportement* des entreprises, que cet engagement ait été pris lors de la notification, ou accepté ensuite en cours de procédure.

L'Autorité de la concurrence a confirmé la recherche, en priorité, de *mesures structurelles*, qui peuvent notamment, mais pas uniquement, prendre la forme classique de cession d'actifs (Rapp. Aut. conc. 2009, p. 283 ; Aut. conc., déc. n° 10-DCC-98, 20 août 2010, Groupe Tarmac, RLC 2011/26, n° 1723, obs. Girgenson I. ; Aut. conc., déc. n° 12-DCC-41, 23 mars 2012, Sté Brossette/Groupe Point P, cession de 22 points de vente ; Aut. conc., déc. n° 12-DCC-48, 6 avr. 2012, ITM Entreprises/Sté Sofides, cession de 5 points de vente ; Aut. conc., déc. n° 13-DCC, 11 juill. 2013, Monoprix/Casino, RLC 2013/37, n° 2393, obs. Schrameck S. et RLC 2014/38, n° 2444, obs. Rossion A. et Babinet A., Cession de 58 points de vente). Ainsi a-t-elle accepté un engagement de cession d'activité dans le cadre d'effets horizontaux (Aut. conc., déc. n° 09-DCC-67, 23 nov. 2009, secteur de la viande de volaille : cession de quatre sociétés appartenant à la cible), ainsi que la mise en place d'un système d'appel d'offres et de sociétés à capital ouvert dans le cadre d'effets verticaux (Aut. conc., déc. n° 09-DCC-54, 16 oct. 2009, SNCF Novatrans, RLC 2010/23, n° 1571, obs. Medina C.). Dans les lignes directrices révisées, publiées le 10 juillet 2013 (voir n° 1864), l'Autorité a proposé deux modèles types de contrats, un contrat d'engagement de cession, et un contrat déterminant les missions du mandataire chargé de veiller à l'exécution des engagements.

Mais l'Autorité a été amenée à accepter également des *mesures comportementales* soit parce qu'aucune mesure structurelle proportionnée ne pouvait permettre de répondre à l'atteinte à la concurrence identifiée, soit en raison de l'absence d'acquéreur intéressé par la reprise d'actifs (Aut. conc., déc. n° 09-DCC-54, 16 oct. 2009, précitée : engagement de non-discrimination basé sur l'établissement d'une grille tarifaire ; Aut. conc., déc. n° 09-DCC-67, 23 nov. 2009, précitée : engagement de ne pas consentir de remise de gammes et de non-couplage ; Aut. conc., déc. n° 09-DCC-16, 22 juin 2009, Banque Populaire, Caisse d'Épargne : maintien d'une autonomie de gestion et de l'indépendance juridique des activités des réseaux ; Aut. conc., déc. n° 10-DCC-02, 12 janv. 2010, Stés Keolis et Effia, RLC 2010/23 n° 1572, obs. de Bure F. et Duprey J.S., engagement de ne plus répondre à des appels d'offres, réitéré par Aut. conc., déc. n° 12-DCC-129, 5 sept. 2012, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations, RLC 2013/34, n° 2188, obs. Medina C. ; Aut. conc., déc. n° 10-DCC-11, 26 janv. 2010, Groupe TF1, NT1 & TMC, RLC 2010/23, n° 1570, obs. de Bure F. : maintien de l'indépendance des offres sur le marché de la publicité, approbation du Conseil d'État ; CE, sect., 30 déc. 2010, n° 338.197, RJDA 2011, n° 352 ; Aut. conc., déc. n° 10-DCC-34, 25 févr. 2011, Ne Varietur/GDF Suez, RLC 2011/28, n° 1834, obs. de Muizon G. : résiliations de contrats ; Aut. conc., déc. n° 11-DCC-87, 10 juin 2011, High Tech Multicanal Group/Media Concorde SNC, RLC 2011/29, n° 1893, obs. de Bure F. ; Aut. conc., déc. n° 11-DCC-114, 12 juill. 2011, RLC 2011/29, n° 1892, obs. Pinçon J.-B. ; Aut. conc., déc. n° 12-DCC-42, 26 mars 2012, Coopératives agricoles : révision des modalités de coopération ; Aut. conc., déc. n° 13-DCC-101, 26 juill. 2013, Sté Imerys TC/ Bouyer-Leroux, RLC 2014/38, n° 2448, obs. Bary L. : proposer, pendant 5 ans, un volume annuel de 25 000 tonnes de briques).

Elle a aussi accepté de combiner mesures structurelles et engagements comportementaux (Aut. conc., déc. n° 10-DCC-01, 12 janv. 2010, Mr Bricolage, approbation du Conseil d'État ; CE, sect., 23 déc. 2010, n° 337.533, RLDA 2011/58, n° 3333, obs. Oster T., RJDA 2011, n° 350, RLC 2011/27, n° 1774, obs. de Bure F. : engagement de cession, combiné avec un engagement de non-renouvellement de contrat ; cessions de points de vente et cessation du contrat de franchise : Aut. conc., déc. n° 14-DCC-71, 4 juin 2014, prise de contrôle exclusif du groupe nocibé par Advent International Corporation ; *adde*, Aut. conc., déc. n° 14-

DCC-160, 30 oct. 2014, prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice, RLC 2015/42, n° 2662, obs. Medina C.), et même proposé des remèdes originaux (Aut. conc., déc. n° 10-DCC-198, 30 déc. 2010, Véolia Transport/Transdev, RLC 2011/27, n° 1768, obs. Montet Ch., et n° 1775, obs. Delanois Th. : création d'un fonds d'animation de la concurrence sur le marché des transports urbains, mesure correctrice réitérée par Aut. conc., déc. n° 13-DCC-137, 1<sup>er</sup> oct. 2013, RLC 2014/38, n° 2449, obs. Verney C., Contrats, conc., consom. 2013, alerte 64).

En 2015, l'Autorité a adopté 192 décisions, dont 6 sous réserve d'engagements (Rapp. Aut. conc. 2015, p. 25).

### 1902 Absence de décision dans le délai

Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune de ces trois décisions dans le délai de soixante-cinq jours ouvrés qui lui est imposé, éventuellement prolongé de 20 jours (voir n° 1899), elle en informe le ministre de l'Économie. L'opération est alors réputée avoir été tacitement autorisée au terme du délai imparti au ministre pour évoquer l'affaire, soit vingt-cinq jours ouvrés à compter de la réception de cette information (C. com., art. L. 430-7, V et L. 430-7-1, II).

### 1903 Évocation de l'affaire par le ministre

Dans le délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence, ou en a été informé, le ministre de l'Économie « peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération » (C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 1<sup>er</sup>).

Le législateur a pris soin de préciser que ces motifs d'intérêt général justifiant l'évocation sont « notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ».

Après que l'Autorité de la concurrence ait effectué un bilan purement concurrentiel des affaires de fusion, en intégrant, s'il y en a, les gains d'efficacité qu'elles procurent, le ministre aura ainsi la possibilité, une fois rendue la décision finale de l'Autorité, d'évoquer la possibilité de celle-ci, « d'évoquer une opération présentant un caractère stratégique pour le pays. Il pourra alors en faire un bilan global et, par exemple, autoriser une fusion dont l'intérêt industriel ou social compense l'impact négatif sur la concurrence » (Lasserre B., Vers un contrôle indépendant des concentrations économiques, RLC 2008/17, éditorial, p. 4). Les relations entre l'autorité administrative indépendante et le ministre de l'Économie paraissent ainsi plus claires que celles instaurées par la loi sur les nouvelles régulations économiques en 2001. Le législateur de 2008 a recherché un meilleur équilibre : « l'expert de la concurrence fera son travail sans interférences, mais le politique pourra reprendre la main dans les cas où les intérêts fondamentaux du pays seront en jeu », qui ont « vocation à demeurer exceptionnels » (Lasserre B., précité, p. 4).

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a complété le pouvoir d'évocation du ministre de l'Économie. Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 430-7-1 du code de commerce modifié, le ministre peut, s'il estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés un engagement figurant dans sa décision, (i) retirer sa décision d'autorisation, (ii) enjoindre sous astreinte aux parties d'exécuter dans un délai qu'il fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ou (iii) enjoindre sous astreinte aux parties d'exécuter dans un délai qu'il fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée.

### 1904 Décision du ministre

Lorsque le ministre évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision *motivée* statuant sur l'opération en cause (C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 3). Sa décision,



1905

fondée sur des motifs d'intérêt général, sera une décision d'autorisation. Mais rien n'exclut qu'il puisse prendre une décision d'interdiction, en raison de la formulation ambiguë du texte légal (cf. Vilmar Ch., Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, Contrats, conc., consom. 2009, alerte 10 ; *adde* : Sélinsky V., L'Autorité de concurrence « unique » : une réforme à parfaire, RLC 2008/17, n° 1260 : « le droit d'évocation peut jouer que l'Autorité ait autorisé ou interdit l'opération »).

En toute hypothèse, la décision sera prise après que les observations des parties à l'opération de concentration aient été entendues. Elle pourra être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements, et devra être transmise, sans délai, à l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 3 et 4).

Aucun délai précis n'a été imposé au ministre, ayant exercé son droit d'évocation, pour prendre sa décision. Cette lacune a été regrettée, car la rapidité des procédures est, en matière de concentration, un gage de sécurité juridique (Sélinsky V., L'Autorité de concurrence « unique » : une réforme à parfaire, RLC 2008/17, n° 1260).

Cf. de Bure F. et Girgenson I., Le pouvoir d'intervention du ministre de l'Économie en matière de contrôle des concentrations, RLC 2009/18, n° 1265.

1905

### Secret des affaires

Lorsque l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie interrogent des tiers au sujet de l'opération de concentration, de ses effets et des engagements proposés par les parties, ils doivent « tenir compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification, ou des personnes citées, à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ». Il en est de même lorsqu'ils rendent publiques leurs décisions (C. com., art. L. 430-10). Cette disposition légale a été précisée par le décret n° 2009-186 du 17 février 2009 (JO 19 févr.), qu'il s'agisse de la publicité des décisions de l'Autorité de la concurrence par diffusion sur son site Internet, ou de celles du ministre de l'Économie par publication dans l'édition électronique du BOC-CRF. Les règles procédurales de la demande de protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence ont été précisées par le décret n° 2009-142 du 10 février 2009 (JO 11 févr.).

1906

### Autorisation de concentration et abus de domination

Dans la phase II de la procédure, comme dans la phase I, l'Autorité de la concurrence peut, en cas d'abus de domination, enjoindre aux entreprises de modifier ou résilier tous accords ou actes ayant permis ces abus (voir n° 1894).

1907

### Recours devant le Conseil d'État

Le législateur de 1986 n'avait prévu aucune disposition concernant les voies de recours pouvant être exercées contre les décisions ministérielles rendues en matière de concentration. Il en a été de même, en 2008, pour ces décisions, qu'elles émanent du ministre ou de l'Autorité de la concurrence.

Cependant, ces décisions doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, conformément à la solution admise avant l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986. En effet, le décret du 25 octobre 1977 avait donné compétence à cette Haute juridiction administrative pour connaître, en premier et dernier ressort, de l'annulation pour excès de pouvoir des décisions prises en matière de concentration, cette compétence s'expliquant notamment par le fait que les décisions administratives visées avaient un champ d'application s'étendant au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif (cf. Lorthé, Le contrôle administratif français des

concentrations économiques, RD pub. 1980, p. 508 ; Gavalda Ch., La concentration des entreprises : opportunité de la loi française ?, in Actualités du droit français de la concurrence, n° spéc., RJ com. 1980, p. 56). Le Conseil d'État avait, ainsi, annulé l'arrêté du ministre de l'Économie et des Finances ayant enjoint à une société de ne pas donner suite à son projet de concentration parce qu'un rapport technique dont disposait l'Administration n'avait pas été communiqué à la Commission ni, de ce fait, été porté à la connaissance des parties intéressées (CE, 22 mai 1985, n° 61.847, Société Cabot Corporation, Rec. CE, p. 158, Rapp. CE pour 1985, p. 13, D. 1986, jur., p. 608, note Bolze Ch., RD pub. 1986, p. 233, note Gaudemet Y.).

Dans deux arrêts du 9 avril 1999 (CE, sect., 9 avr. 1999, n° 191.654, Sté Interbrew ; CE, sect., 9 avr. 1999, n° 201.853, Sté The Coca-Cola Company), le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour statuer sur recours contre les décisions ministérielles en matière de concentration (cf. Sélinsky V., L'irruption du Conseil d'État dans le droit de la concurrence, Lettre distrib. 1999, n° 4, p. 1 ; Storrer P., Le Conseil d'État, juge de la concurrence, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 17, n° 1062). Il l'a fait, tout d'abord, en annulant l'arrêté ministériel intervenu dans des conditions irrégulières, sur le fondement de la violation du principe général des droits de la défense, un tiers intéressé par cette décision n'ayant pas été mis en mesure de présenter ses observations (aff. Sté Interbrew). Il l'a fait, ensuite, en rejetant la requête, présentée par l'une des parties au projet de concentration, à l'encontre de l'arrêté ministériel lui enjoignant de renoncer à ce projet (aff. Société The Coca-Cola Company). Dans les deux cas, c'est parce que le champ d'application de l'arrêté « s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif » que le Conseil d'État s'est reconnu « compétent en premier et en dernier ressort pour connaître des conclusions dirigées contre ledit arrêté » (aff. Société The Coca-Cola Company ; *adde*, concl. com. gouv. Stabl J.-H., dans l'affaire Société Interbrew ; CE, sect., 6 oct. 2000, n° 216.645, Sté Pernod-Ricard, Rec. CE, p. 397).

Dans un arrêt du 31 juillet 2009 (CE, 31 juill. 2009, n° 305.903, Sté Fiducial Audit, RLDA 2009/42, n° 2538, obs. Anadon C.), le Conseil d'État, appréciant les risques de création ou de renforcement, du fait d'une opération de concentration autorisée par le ministre, a écarté l'erreur de droit et d'appréciation de celui-ci, et, partant, rejeté le recours (cf. Hubert P. et de Douhet J., La position dominante collective vue par le Conseil d'État, RLDA 2009/43, n° 2592).

Curieusement, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques n'avait également prévu aucune disposition concernant la juridiction compétente en cas d'appel contre les décisions ministérielles en la matière. Certains avaient vu là l'une des omissions les plus fâcheuses de la loi nouvelle, même si les solutions acquises avaient, sans doute, vocation à continuer à s'appliquer (de La Laurencie J.-P., Givry L. et alii, Loi NRE : régulation de la concurrence, Suppl. Rev. Lamy dr. aff. 2001, n° 40, n° 2584, spéc. n° 141).

C'est, finalement, un simple décret de codification qui, en 2000, a affirmé que le Conseil d'État était compétent pour connaître en premier et dernier ressort « 9° Des recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques » (D. n° 2000-389, 4 mai 2000, ayant inséré cette disposition à l'article R. 311-1 du code de justice administrative ; Cot J.-M. et de La Laurencie J.-P., Le contrôle français des concentrations, 2<sup>e</sup> éd., 2003, n° 563-1 ; cf. Cardon M., Le droit des concentrations et le Conseil d'État, Dr. adm. 2003, n° 18).

Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, les décisions rendues par l'Autorité de la concurrence seront, comme les décisions ministérielles, susceptibles de recours devant le Conseil d'État. L'Autorité a précisé, dans ses lignes directrices, que la jurisprudence établie sous l'ancien régime vaudra pour elle, citant les arrêts précités du Conseil d'État du 9 avril 1959 sur le contrôle de l'excès de pouvoir.

Le Conseil d'État s'est prononcé à deux reprises, en 2010, sur la légalité des décisions de l'Autorité de la concurrence ayant autorisé des opérations de concentration (CE, sect., 23 déc. 2010, n° 337.533, Mr Bricolage ; CE, sect., 30 déc. 2010, n° 338.197, Sté M6 ; Rapp. Aut. conc. 2010, p. 495 et 499, Contrats, conc., consom. 2011, chron. 2, spéc. n° 4, par Bosco D.). Il a,

dans les deux cas, rejeté ces recours. Depuis, il s'est prononcé sur la régularité de la procédure de contrôle du respect des engagements souscrits par des parties à une opération de concentration, examinée notamment au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353.856, Société Groupe Canal Plus / Société Vivendi Universal, JCP E 2013, 1094, BRDA 2013, n° 2, inf. 18, Contrats, conc., consom. 2013, chron. 3, obs. Bosco D., RJDA 2013, n° 842, Rapp. Aut. conc. 2012, p. 322; voir n° 1911). Il a annulé une décision de l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., déc. n° 12-DCC-101, 23 juill. 2012), lui reprochant de n'avoir pas respecté le principe de la collégialité pour accepter les engagements proposés par les parties, et d'avoir commis une erreur d'appréciation sur l'aptitude d'un engagement à prévenir la production des effets anticoncurrentiels (CE, 23 déc. 2013, n° 363702 et 363.719, M6/TF1; CE, 23 déc. 2013, n° 363.978, Sté Métropole Télévision, JCP E 2014, 74, Contrats, conc., consom. 2014, comm. 71, obs. Decocq G., RLDI 2014/101, n° 3351, obs. Durieux E., RLC 2014/39, n° 2502, obs. Medina C.), mais après une nouvelle notification, l'opération, avec des engagements identiques, a été de nouveau autorisée (Aut. conc. communiqué, 2 avr. 2014). À un concurrent qui contestait l'autorisation d'une opération de concentration, il a précisé qu'« il appartenait seulement à l'Autorité de la concurrence, pour apprécier si un engagement était suffisamment pertinent, de rechercher s'il était de nature à pallier les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée et maintenir ainsi une concurrence suffisante » (CE, 5 nov. 2014, n° 373.095, Wienerberger c/ Autorité de la concurrence, Contrats, conc., consom. 2015, chron. 2, obs. Prieto C., JCP E 2014, n° 1641). Mais, il a annulé une décision de l'Autorité de la concurrence au motif que le champ de l'analyse concurrentielle à laquelle elle s'était livrée, concernant l'un des marchés concernés par l'opération, n'était pas suffisamment large (CE, 6 juill. 2016, n° 390457 et 390774, précité).

### 1908 Suspension de la décision

Les règles particulières du droit des concentrations ne font pas obstacle au droit commun de la procédure administrative. Il est donc possible de demander au juge des référés du Conseil d'État de suspendre l'opération de concentration, lorsque certaines conditions lui paraissent réunies. Ainsi, statuant en référé, la condition d'urgence étant satisfaite, la Haute juridiction administrative a-t-elle suspendu une décision ministérielle, autorisant une concentration, parce qu'elle ne caractérisait pas suffisamment la possibilité de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération (CE, ord. réf., 19 mai 2005, n° 279.697, Sté Fiducial informatique, D. 2005, p. 1552, obs. Chevrier E., Contrats, conc., consom. 2005, comm. 131, obs. M. M.-V.; cf. Hubert P., Contrôle des concentrations et juge administratif français, RLC 2005/4, n° 265; Geffriaud P., Procédures d'urgence et contrôle des concentrations, RLC 2005/4, n° 267). Puis, le Conseil d'État, statuant au contentieux, a saisi le Conseil de la concurrence, aux fins d'examiner, dans les mêmes conditions que celles alors prévues à l'article L. 430-6 du code de commerce pour le ministre de l'Économie, l'opération de concentration, et de remettre son avis dans le délai de trois mois (CE, 20 juill. 2005, n° 279.180, Sté Fiducial informatique, Rev. Lamy dr. aff. 2005, n° 86, n° 5376, obs. Méar S., JCP G 2005, IV, p. 1771, n° 3145, BRDA 2005, n° 19, p. 8, RJDA 2005, n° 1, n° 68, 1<sup>re</sup> esp.). L'avis rendu, la Haute juridiction administrative avait conclu l'affaire par le rejet de la requête, les analyses du ministre de l'Économie, du Conseil de la concurrence et du commissaire du Gouvernement lui permettant de juger que l'opération de concentration ne portait pas atteinte à la concurrence (Cons. conc., avis n° 05-A-24, 14 déc. 2005; CE, 13 févr. 2006, n° 279.180, Sté Fiducial informatique, RLDI 2006/3, n° 145, obs. Méar S., RLC 2006/7, n° 494, obs. Girgerson I.). Le référé-suspension s'était révélé ainsi, dans cette affaire, comme « un instrument énergétique entre les mains d'un opposant et notamment d'un concurrent », car il avait permis, pendant un long délai, d'obtenir une décision rapide parvenant à ralentir ou arrêter l'opération de concentration (Hubert P., précité).

Une telle procédure ne saurait être utilisée par le demandeur pour revenir sur des engagements qu'il aurait lui-même concédés, quelques mois auparavant, devant l'Autorité (CE, sect., ord. 26 mai 2010, n° 338.596, Sté Mr. Bricolage, Contrats, conc., consom. 2011, chron. 1, Bosco D., et Contrats, conc., consom. 2011, dossier 4, obs. Bosco D., JCP E, 2011, n° 16-17, p. 33, n° 1325, obs. Decocq G.).

Mais le pouvoir de suspension dont dispose le juge administratif des référés ne peut s'exercer que dans la mesure où la décision dont la suspension est demandée n'a pas produit tous ses effets. Le Conseil d'État a ainsi rejeté la demande de suspension d'une autorisation d'acquiescer des titres alors que cette acquisition avait été réalisée et intégralement réglée au vendeur (CE, ord., 25 juill. 2006, n° 294.897, Sté France Antilles, RLDI 2006/9, n° 513, obs. Cheynet B., RLC 2007/10, n° 703, obs. Cheynet B., Gaz. Pal. 1-4 nov. 2006, p. 26, JCP G 2007, IV, n° 1480).

### 1909 Suites de l'annulation de la décision

En cas d'annulation totale ou partielle de la décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre de l'Économie, s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées ayant procédé à la notification ont un délai de deux mois, à compter de la date de notification du Conseil d'État, pour soumettre une notification actualisée de leur projet de concentration (C. com., art. R. 430-9).

S'il s'agit d'une décision du ministre de l'Économie, prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation, le juge administratif peut préciser dans sa décision, au titre de ses pouvoirs généraux, qu'une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité de la concurrence à laquelle la décision ministérielle s'était substituée, ce qui rendra inutile toute nouvelle notification (Lignes directrices).

### 1910 Concentration réalisée en violation de la décision

Lorsqu'une opération de concentration est réalisée en violation de la décision prise, au terme de la phase II de la procédure, par l'Autorité de la concurrence, ou par le ministre ayant exercé son pouvoir d'évocation, l'Autorité peut enjoindre aux parties de revenir à l'état antérieur, sous astreinte de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard, à compter de la date qu'il fixe, et peut, en outre infliger aux personnes auxquelles cette décision s'imposait une sanction pécuniaire d'un montant différent selon qu'il s'agit de personnes morales (5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France, durant la même période, la partie acquise) ou de personnes physiques (1,5 million d'euros; C. com., art. L. 430-8, I et V, L. 464-2, II).

### 1911 Inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement

Le législateur de 2008 a donné à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de veiller à la bonne exécution de ses décisions. Aussi bien, pour l'aider à veiller au suivi des engagements pris par les parties, l'Autorité a recours à des mandataires indépendants (Galmiche P. et Lucas J., Le suivi des engagements en matière de contrôle des concentrations, Contrats, conc., consom. 2012, étude 5; Contrôle français des concentrations : comment assurer le suivi des engagements, JCP E 2012, 1295).

Ainsi, lorsqu'elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, ou dans la décision du ministre, l'Autorité peut constater cette inexécution, et prendre les décisions suivantes :

• 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration,



les parties sont tenues de notifier de nouveau... » (comme dans l'hypothèse d'une notification avec déclaration inexacte, voir n° 1882) ;

« 2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2 » (voir n° 1910), aux parties auxquelles incombe l'obligation non exécutée, d'exécuter les injonctions, prescriptions ou engagements (C. com., art. L. 430-8, III, al. 4 et 5). Ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution. Elles ont, en effet, pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé : l'atteinte qu'elles portent à la liberté d'entreprendre, protégée par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, est justifiée par les objectifs de préservation de l'ordre public économique et proportionnée à ces objectifs (Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, n° 2012-280, BRDA 2012, n° 20, inf. 20, RLDA 2012/77, n° 4364, obs. Mathonnière C., Contrats, conc., consom. 2013, chron. 1, Bosco D.).

L'Autorité de la concurrence peut, de plus, dans ces deux hypothèses, infliger aux personnes auxquelles incombe l'obligation non exécutée, une sanction pécuniaire (pour le montant, voir n° 1910).

La procédure applicable est celle que prévoient les articles L. 463-2, 2° alinéa, L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7 du code de commerce, comme pour l'examen approfondi de la phase II (voir n° 1900). Toutefois, les parties ayant procédé à la notification et le rapporteur public doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

Quant à l'Autorité de la concurrence, elle doit se prononcer dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés (C. com., art. L. 430-8, III, al. 7 et 8).

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, le ministre de l'Économie a sanctionné, pour la première fois, l'inexécution des engagements dans une affaire de concentration, s'agissant du non-respect, par le groupe Carrefour, des engagements consentis par ce groupe dans le cadre du rachat de la chaîne Treff Marché (Arr. min. éco, 21 août 2007 ; Cons. conc., avis n° 07-A-03, 28 mars 2007, BOCCRF 14 sept. 2007, RLC 2008/14, n° 963, obs. Girgenson I.). Il a ensuite sanctionné le non-respect des engagements, pris par TF1 lors de l'acquisition de 80 % du capital de Télé Monte Carlo, concernant l'autonomie des régies d'espaces publicitaires, en lui infligeant une sanction pécuniaire (Arr. min. 17 nov. 2008, BICC n° 10 bis, 22 déc. 2008, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 51, obs. Decocq G., RLC 2009/19, n° 1332, obs. Duprey J.-S.).

L'Autorité de la concurrence a sanctionné pour la première fois, le 20 septembre 2011, le non-respect par une entreprise des engagements pris lors d'une opération de concentration, lui infligeant une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros, et retirant la décision d'autorisation de ladite opération (Aut. conc., déc. n° 11-D-12, 20 sept. 2011, acquisition de TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, RLDA 2011/64, n° 3667, obs. Mathonnière C., JCP E 2011, act. 497, RLDI 2011/75, n° 2487, obs. Costes L., D. 2011, p. 2270, obs. Chevrier E., RLC 2011/29, n° 1891, obs. de Bure et Bary L., RDC 2012, p. 120, obs. Prieto C., Contrats, conc., consom. 2012, chron. 1, Bosco D. ; Adam M., Non-respect d'engagements : l'Autorité de la concurrence sévit et retire l'autorisation de rachat de TPS par Groupe Canal Plus, RLDA 2011/65, n° 3716 : 10 des 59 engagements pris n'ont pas été respectés ; cf. Nouët G., La sanction de l'inexécution d'engagements déposés au titre du contrôle des concentrations, RLC 2011/29, n° 1890 ; Bougette P., Deschamps M., Montet Ch., Le premier retrait d'autorisation de concentration pour non-respect des engagements en France,

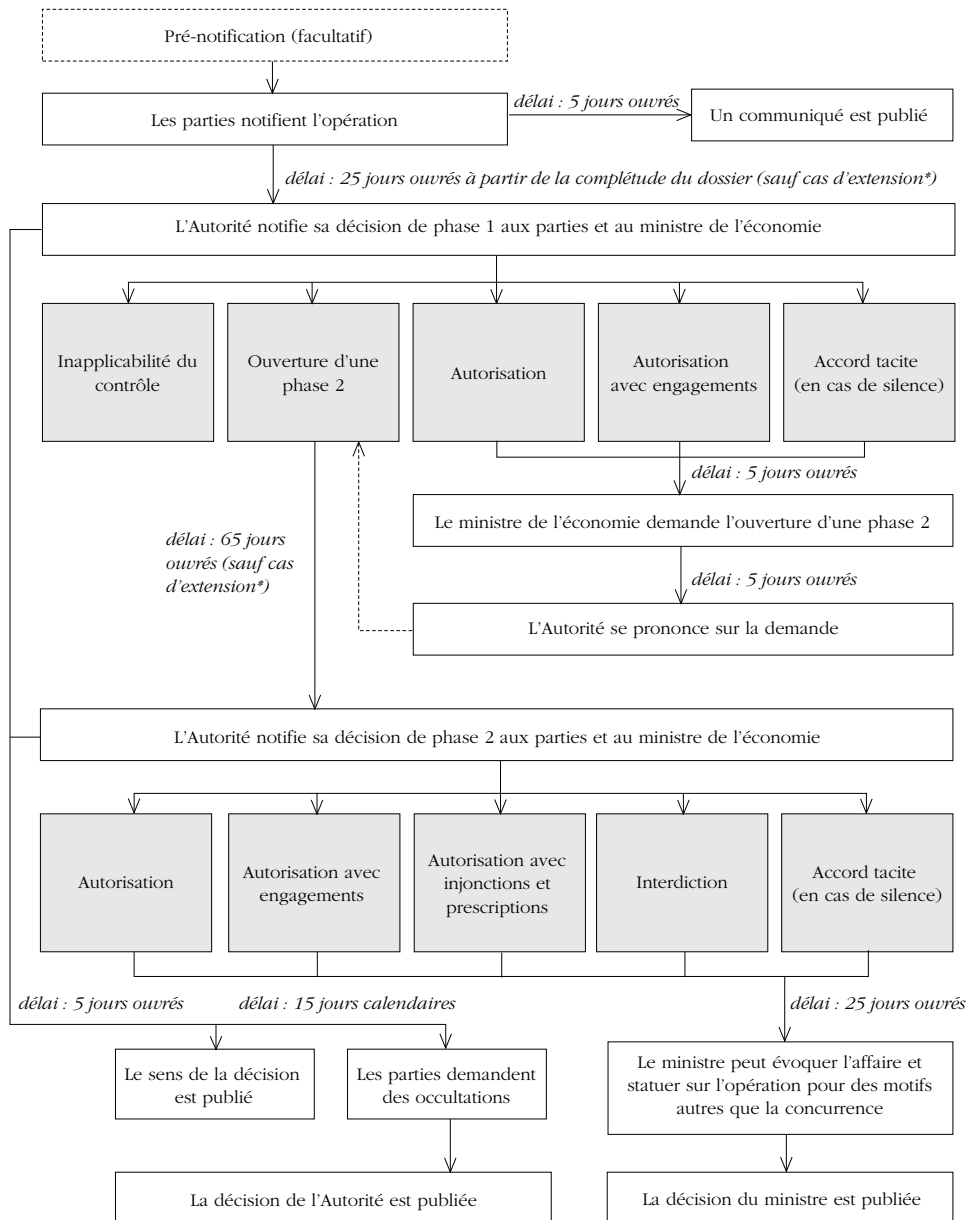
RLC 2012/30, n° 2014). Elle a ensuite décidé, le 28 mars 2012, d'ouvrir une phase d'examen approfondi dans le cadre de la renotification de cette opération (cf. Communiqué Aut. conc., 28 mars 2012), puis autorisé à nouveau celle-ci, décision assortie de trente-trois injonctions et de la désignation d'un mandataire chargé de veiller à leur respect (Aut. conc., déc. n° 12-DCC-100, 23 juill. 2012, relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canal Satellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, JCP E 2012, act. 545, obs. Meuris F., Contrats, conc., consom. 2013, chron. 1, obs. Bosco D. ; Paroche E., Canal + : un monopole sous surveillance, RLC 2012/33, n° 2137, décision confirmée, pour l'essentiel, par le Conseil d'État (CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353.856, Sté Groupe Canal +, JCP E 2013, 1094, BRDA 2013, n° 2, inf. 18, Contrats, conc., consom. 2013, chron. 3, obs. Bosco D., RJDA 2013, n° 842). Mais à la suite d'une annulation par le Conseil d'État, dans le cadre de ce contentieux, d'une décision de l'Autorité, pour erreur d'appréciation, les effets de la décision annulée ayant été maintenus de manière temporaire, l'Autorité de la concurrence a été conduite à une nouvelle analyse de l'opération en tenant compte de l'état actuel du marché (CE, ass., 23 déc. 2013, nos 363.702, 362.719, M6 et TF1 ; Aut. conc., déc. n° 14-DCC-50, 2 avr. 2014, RLC 2014/40, n° 2561, obs. de Bure F. et Lévy V.).

L'Autorité de la concurrence reconnaît que le contrôle du respect des engagements comportementaux présente un caractère plus complexe que celui des mesures de nature structurelle, et que ce contrôle « ne relève pas d'une appréciation globale, mais porte sur le respect des engagements pris un par un, dont chacun a valeur obligatoire ». Considérant que « le respect formel de la lettre d'un engagement peut être insatisfaisant s'il s'avère que l'entreprise qui était tenue de le mettre en œuvre a, par ailleurs, pris des mesures aboutissant à le vider, en tout ou en partie de sa portée », elle doit, en ce cas, « apprécier les suites à donner aux manquements constatés, en fonction notamment de la nature de l'engagement concerné », ce qui l'a conduite à prononcer une sanction pécuniaire d'un million d'euros à l'entreprise ayant ainsi méconnu l'efficacité de l'engagement pris (Aut. conc., déc. n° 12-D-15, 9 juill. 2012, Contrats, conc., consom. 2013, chron. 1, obs. Bosco D., Rapp. Aut. conc. 2012, p. 318, relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa viandes par Groupe Bigard).

Craignant que la société Numéricable, qui s'était engagée à préserver la viabilité économique des actifs à céder, leur valeur marchande ainsi que leur compétitivité (cf. Aut. conc., déc. n° 14-DCC-160, 30 oct. 2014), n'ait pas respecté cet engagement par une augmentation des tarifs de ses forfaits, l'Autorité de la concurrence s'est autosaisie, puis a constaté, quelques jours après, que l'entreprise en cause avait annulé cette augmentation de sa propre initiative, afin, sans doute, de réduire ou de supprimer les risques de sanction, ce qui, selon l'Autorité, ne préjugait en rien l'issue de la procédure (Aut. conc. communiqué, 22 janv. et 2 févr. 2015 ; cf. Christol R., Contrôle des concentrations : il faut respecter ses engagements, Contrats, conc. consom. 2015, Focus 29).

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a complété les pouvoirs détenus par l'Autorité de la concurrence en cas d'inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement figurant dans une décision d'autorisation et prévus à l'article L. 430-8, IV du code de commerce : désormais, l'Autorité peut également enjoindre sous astreinte d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée (C. com., art. L. 430-8, IV, rédac. L. n° 2015-990, 6 août 2015).

1912 Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations



\* En phase 1, le délai est prolongé à 40 jours ouvrés lorsque des engagements sont déposés. Les parties peuvent aussi demander une prolongation dans la limite de 15 jours ouvrés. En phase 2, les délais sont prolongés de 20 jours ouvrés en cas de dépôt d'engagements moins de 20 jours avant le délai initialement prévu ; les parties peuvent demander une prolongation (jusqu'à 20 jours) ; l'Autorité peut arrêter les délais lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées

Source : Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 16 déc. 2009.



# Les commissionnaires



## DIVISION 3 La participation d'intermédiaires à la distribution

## CHAPITRE 2

## Les commissionnaires

## SOMMAIRE

## SECTION 1

## Les caractères généraux des commissionnaires

Définition du commissionnaire . . . . .	<b>3817</b>
Distinction entre commission et contrats voisins . . . . .	<b>3818</b>
Qualité de commerçant du commissionnaire . . . . .	<b>3819</b>
Limitation des possibilités de requalification du contrat de commission en contrat de travail . . . . .	<b>3820</b>
Activité du commissionnaire ; les diverses entreprises de commission . . . . .	<b>3821</b>
Les commissionnaires usagers d'un marché d'intérêt national . . . . .	<b>3822</b>
Loi applicable aux commissionnaires internationaux . . . . .	<b>3823</b>

## SECTION 2

## Le contrat de commission

## § 1. Les obligations réciproques des parties

## A. — Les obligations du commissionnaire

*1° Les obligations communes à tous les commissionnaires*

L'obligation d'exécuter la mission confiée par le commettant . . . . .	<b>3824</b>
Non-révélation aux tiers de l'identité du commettant . . . . .	<b>3825</b>
La faculté de substitution . . . . .	<b>3826</b>
L'interdiction de la contrepartie occulte . . . . .	<b>3827</b>
La clause de contrepartie . . . . .	<b>3828</b>
Le marché d'application . . . . .	<b>3829</b>
L'obligation d'exécuter les ordres du commettant . . . . .	<b>3830</b>
L'obligation d'informer le commettant . . . . .	<b>3831</b>

*2° Obligations complémentaires assumées par certains commissionnaires*

La convention de ducroire . . . . .	<b>3832</b>
Portée de l'engagement du commissionnaire ducroire . . . . .	<b>3833</b>

Preuve de la convention de ducroire . . . . .	<b>3834</b>
Convention d'exclusivité . . . . .	<b>3835</b>
Consignation des marchandises . . . . .	<b>3836</b>
La revendication des marchandises par le commettant . . . . .	<b>3837</b>

## B. — Les obligations du commettant

Obligations générales du commettant . . . . .	<b>3838</b>
---	-------------

*1° Sommes dues au commissionnaire*

Le paiement de la commission . . . . .	<b>3839</b>
Le remboursement des frais et avances . . . . .	<b>3840</b>
L'indemnisation des pertes subies par le commissionnaire . . . . .	<b>3841</b>

*2° Garantie des sommes dues au commissionnaire*

Privilège du commissionnaire . . . . .	<b>3842</b>
Créances garanties par le privilège . . . . .	<b>3843</b>
Assiette du privilège . . . . .	<b>3844</b>
Exercice du privilège . . . . .	<b>3845</b>
Droit de rétention du commissionnaire . . . . .	<b>3846</b>

## § 2. Obligations des parties à l'égard des tiers

Les obligations du commissionnaire à l'égard des tiers contractants . . . . .	<b>3847</b>
Responsabilité du commissionnaire en matière de qualité des produits . . . . .	<b>3848</b>
La situation du commettant au regard des tiers contractants . . . . .	<b>3849</b>

## § 3. Fin du contrat de commission

Réalisation de l'opération confiée au commissionnaire . . . . .	<b>3850</b>
L'arrivée du terme . . . . .	<b>3851</b>
Conséquences du caractère personnel du contrat . . . . .	<b>3852</b>
La résiliation unilatérale du contrat . . . . .	<b>3853</b>
Cession du contrat de commission . . . . .	<b>3854</b>

## SECTION 1

## Les caractères généraux des commissionnaires

### 3817 Définition du commissionnaire

Selon l'article L. 132-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce, « le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ».

Cette définition permet de distinguer le commissionnaire du mandataire. Si le commissionnaire et le mandataire agissent tous deux pour le compte d'une autre personne qualifiée de commettant dans le contrat de commission et de mandant dans le contrat de mandat, il existe toutefois une différence entre ces deux intermédiaires : le commissionnaire agit en son propre nom alors que le mandataire agit au nom du mandant.

D'éminents auteurs ont contesté cette distinction en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article L. 132-1 du code de commerce qui précise : « les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil » (consacré au mandat). Ils ont, par voie de conséquence, cherché d'autres critères permettant de distinguer le commissionnaire du mandataire (à propos de ces divergences doctrinales, cf. Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2634).

Pour un recensement des questions juridiques soulevées, cf. Lavabre Ch., *Actualité du contrat de commission*, RJDA 1996, chron., p. 619 ; Ferrier D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7<sup>e</sup> éd., 2014.

L'utilisation du contrat de commission revêt un intérêt pratique : celui de l'opacité. Dans certains contrats internationaux, il peut être plus aisé d'utiliser la technique juridique de la commission pour conclure un contrat, le tiers contractant avec le commissionnaire n'a pas connaissance de l'identité du commettant (voir n° 3818).

S'est développée la pratique de la « commission-affiliation » au sein de certains réseaux de distribution. L'opacité n'entre pas en jeu puisque le commissionnaire utilise l'enseigne du commettant. La commission-affiliation permet au distributeur de ne pas prendre en charge les risques financiers liés à l'achat et la vente de produits puisqu'il n'est pas propriétaire du stock. Elle permet également au fournisseur de pouvoir définir la commercialisation de ses produits et notamment les prix de vente. Ce type de commission est toutefois à mettre en œuvre avec précaution (Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-66.773, Bull. civ. IV, n° 114 ; voir n° 3736 et 3818).

### 3818 Distinction entre commission et contrats voisins

Pour distinguer la commission du mandat, une jurisprudence assez nette sur ce sujet s'en tient au critère énoncé par l'article L. 132-1 du code de commerce : le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte du commettant, alors que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant (Cass. com., 6 juill. 1960, n° 58-11.222 et 58-11.223 à 58-11.225, Bull. civ. III, n° 279 ; Cass. com., 3 mai 1965, n° 60-11.866, Bull. civ. III, n° 280, « à la différence d'un mandataire, le commissionnaire agit en son nom propre ou sous un nom social qui n'est pas celui de son commettant »).

Les règles du mandat sont donc applicables lorsque le commissionnaire n'agit pas en son propre nom, et il suffit que le commettant reprenne à son compte le contrat passé par le

commissionnaire qui s'est révélé sous cette qualité aux tiers pour transformer la commission en mandat (Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2636 ; voir n° 3849).

Cependant, les indemnités de rupture dues au mandataire en cas de mandat d'intérêt commun (voir n° 3789) ne peuvent être allouées au commissionnaire que s'il a agi au nom de son commettant et non pas en son propre nom et si les circonstances permettent de qualifier la rupture d'abusives (Cass. com., 10 févr. 1970, n° 68-10.363, D. 1970, jur., p. 392 ; Cass. com., 27 juin 1978, n° 76-13.791, D. 1978, I.R., p. 452 ; voir n° 3853).

Le commissionnaire, comme l'agent commercial, représente les intérêts d'une autre personne. Mais, agissant en son propre nom, le commissionnaire est partie au contrat conclu pour le compte du commettant, alors que l'agent commercial, lorsqu'il conclut un contrat pour le compte de son mandant, engage ce dernier mais ne s'engage pas lui-même, même s'il négocie les conditions de l'opération (CA Paris, 20 nov. 1963, RTD com. 1964, p. 136, obs. Hémar J.). La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette différence quand un commissionnaire affilié se prétend agent commercial pour obtenir le versement une indemnité de fin de contrat (Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-66.773, Bull. civ. IV, n° 114, voir n° 3736). En outre, la cour d'appel de Pau énonce que l'une des « principale[s] différence[s] entre les commissionnaires et les agents commerciaux est que les agents commerciaux ne sont pas propriétaire de leur fonds de commerce » (CA Pau, 16 déc. 2010, n° RG : 5447/10 : le distributeur disposait d'un tel fonds, la qualité d'agent commercial ne lui a pas été reconnue ; Dissaux N., *Agent commercial et commissionnaire-affilié : une différence de fond(s) ?*, JCP E 2011, n° 12, 24 mars 2011). Quant au courtier (voir n° 3855 et s.), il se distingue du commissionnaire en ce qu'il ne conclut pas lui-même le contrat, se bornant à rapprocher les parties (Cass. crim., 15 oct. 1964, n° 64-90.667, D. 1965, jur., p. 175).

### 3819 Qualité de commerçant du commissionnaire

L'article L. 110-1 du code de commerce range parmi les actes de commerce : « toute entreprise de commission ».

En conséquence, le commissionnaire qui accomplit des actes de commission à titre habituel est un commerçant.

Il faut donc que le commissionnaire ait la capacité commerciale puisqu'il contracte pour le compte d'un commerçant, mais en son nom propre. Cependant, la capacité civile suffirait si le représentant n'accomplissait qu'un acte isolé de commission, de nature civile (Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2637).

Le commissionnaire est tenu de demander son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés. L'immatriculation en qualité de commissionnaire n'exclut pas, *a priori*, l'application de la théorie du mandat d'intérêt commun ; mais il incombe au juge d'apprécier l'existence d'un tel mandat (Cass. com., 14 mars 1989, n° 87-16.829).

Or, dans son ensemble, la jurisprudence refuse l'application de cette théorie (voir n° 3853).

Il résulte de la qualité de commerçant du commissionnaire que plusieurs commissionnaires chargés d'accomplir une opération pour le compte d'un commettant sont solidairement responsables envers celui-ci (CA Paris, 28 avr. 1836, cité par Bouloc B., *Rép. com. Dalloz*, V<sup>o</sup> Commissionnaire). Par ailleurs, le contrat de commission réalisé en entreprise commerciale est un acte de commerce dont la preuve peut être rapportée par tous moyens.

En sa qualité de commerçant, selon les Lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne du 19 mai 2010, si le commissionnaire assume « le risque commercial ou financier [...] en relation avec les activités » d'achat ou de vente de biens ou de services pour le compte du commettant, la relation commettant-commissionnaire peut entrer dans le champ d'application du droit de la concurrence et donc des articles 101-1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

3820

### Limitation des possibilités de requalification du contrat de commission en contrat de travail

Sur cette question, voir n° 3751.

Dans une affaire récente concernant le secteur de l'achat et la revente en gros d'articles d'horlogerie bijouterie, le contrat de commission-affiliation n'a pas été requalifié en contrat de travail. Toutefois, la cour d'appel a jugé que la co-gérante de la société commissionnaire pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale au motif que les conditions prévues à l'article L. 7321-2 du code du travail étaient réunies et faisaient apparaître une réelle dépendance économique (CA Dijon, 17 sept. 2015, n° RG : 15/00009, Lettre de la distrib., nov. 2015, p. 5).

3821

### Activité du commissionnaire ; les diverses entreprises de commission

Le commissionnaire s'entretient généralement entre un vendeur et un acheteur. L'arrêté du 5 novembre 1946, aujourd'hui abrogé, précisait l'activité des commissionnaires, en distinguant le commissionnaire à l'achat du commissionnaire à la vente. « Le commissionnaire à l'achat achète à son nom, est responsable vis-à-vis du tiers et facture à son commettant. Il prend livraison de la marchandise et en assure, le cas échéant, la centralisation, l'emballage, l'expédition (...) » (Arr. 5 nov. 1946, art. 21). « Le commissionnaire à la vente facture à son nom au tiers acheteur qui de ce fait ignore le commettant. Il assure, le cas échéant, la livraison, la garde, la conservation (...) » (Arr. 5 nov. 1946, art. 22).

Mais il existe d'autres hypothèses de commission de vente. On a déjà rencontré le cas des commissionnaires qui effectuent des ventes directes de marchandises pour le compte d'entreprises, notamment dans des centres commerciaux de magasins d'usine. Certains commissionnaires d'achat et de vente ont un statut particulier et étroitement réglementé. C'est le cas des sociétés de bourse (qui remplacent les agents de change ; L. n° 88-70, 22 janv. 1988), chargées de la négociation des valeurs mobilières ainsi que de la cession de ces valeurs (Le Lamy sociétés commerciales).

En outre, un commissionnaire peut intervenir dans d'autres contrats que la vente. L'agent de publicité, qui s'entretient entre les annonceurs et les supports, était parfois qualifié de commissionnaire par la jurisprudence ; mais la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 impose aux intermédiaires pour l'achat d'espaces publicitaires le statut de mandataires (voir n° 2838). Le commissionnaire de transport, intermédiaire entre expéditeurs et transporteurs de marchandises, est réglementé par les articles L. 132-3 à L. 132-9 du code de commerce, et par le décret n° 90-200 du 5 mars 1990 (sur la responsabilité du transporteur vis-à-vis du commissionnaire, cf. Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-15.241, Bull. civ. IV, n° 106 ; sur la définition du contrat de commission de transport, cf. Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-10.235, Bull. civ. IV, n° 101, BRDA 2005, n° 12, p. 5, D. 2005, p. 1411, obs. Chevrier E. et p. 2293, note Guignard L.). Le commissionnaire en douane (ou transitaire) est chargé d'effectuer toutes formalités d'entrée et de sortie des marchandises (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 02-16.649, Bull. civ. IV, n° 165 ; pour un exemple Cass. com., 6 oct. 2015, n° 13-20.381 : le commissaire en douane avait pour mandat de procéder aux formalités douanières d'un Boeing 767 immatriculé aux États-Unis, il a alors procédé à une déclaration d'importation temporaire de son appareil sur le territoire français sans savoir que les formalités douanières pour cet appareil avaient déjà été réalisées deux ans auparavant, la cour d'appel a pu valablement juger l'absence de faute du commissaire en douane).

La présente analyse, qui s'insère dans une étude des circuits de distribution, se limite à la commission de vente et d'achat dont il existe, toutefois, des variétés particulières intéressantes la distribution des produits : notamment les centrales d'achat (voir n° 4876) et les commissionnaires usagers des marchés d'intérêt national.

3822

### Les commissionnaires usagers d'un marché d'intérêt national

Les « mandataires aux balles », depuis le transfert des halles centrales de Paris au Marché d'intérêt national de Rungis, ont été inclus dans la catégorie des commissionnaires « usagers des marchés d'intérêt national » (C. com., art. R. 761-13 à 761-26).

Les commissionnaires usagers d'un marché d'intérêt national ont le droit exclusif d'effectuer des opérations pour le compte de producteurs sur ce marché.

Ces commissionnaires doivent faire la preuve de leur immatriculation en France au Registre du commerce et des sociétés ou d'une inscription équivalente dans un pays étranger garantissant la licéité de leur activité (C. com., art. R. 761-15).

Les commissionnaires sont tenus de se conformer aux dispositions du règlement intérieur du marché ainsi qu'aux textes législatifs et réglementaires applicables à leurs activités, de ne pas nuire à l'image et à la notoriété du marché, de respecter leurs obligations contractuelles envers le gestionnaire et de s'acquitter des redevances et contributions de toute nature perçues par celui-ci (C. com., art. 761-16).

Enfin, selon une jurisprudence constante, ils sont responsables de l'exécution des opérations (Cass. req., 13 juill. 1864, DP 1864, 1, p. 462).

3823

### Loi applicable aux commissionnaires internationaux

La Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, signée à La Haye le 14 mars 1978, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1992 (L. n° 85-8, 2 janv. 1985, approuvant cette convention ; D. n° 92-423, 4 mai 1992, portant publication de cette convention) est applicable aux relations à caractère international se formant lorsqu'un commissionnaire a le pouvoir d'agir, agit ou prétend agir avec un tiers pour le compte d'un commettant.

Le rapport entre le commettant et le commissionnaire est, en principe, régi par la loi interne choisie par les parties (Conv. La Haye, art. 5). Les règles et la jurisprudence analysées aux nos 3725 et 3726 sont transposables, *mutatis mutandis*, au contrat de commission international.

## SECTION 2

# Le contrat de commission

## § 1. Les obligations réciproques des parties

### A. — Les obligations du commissionnaire

#### 1<sup>o</sup> Les obligations communes à tous les commissionnaires

3824

### L'obligation d'exécuter la mission confiée par le commettant

Le contrat de commission est soumis aux règles générales du droit des obligations. Ainsi a été jugé nul, en raison de sa



cause illicite, un contrat de commission portant sur des armes conclu en violation de la réglementation de ce commerce (CA Paris, 29 mai 1986, D. 1986, I.R., p. 308, rejet de la demande de restitution de la commission).

L'obligation principale du commissionnaire est de traiter l'opération pour laquelle le commettant a choisi de se faire représenter.

Selon l'article L. 132-1 du code de commerce, « les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés » par les articles 1984 et suivants du code civil relatifs au mandat. Toutefois, la qualité de commerçant et d'intermédiaire professionnel du commissionnaire met à sa charge, en cas d'inexécution de ses obligations, une responsabilité plus lourde que celle d'un mandataire de droit commun, même salarié.

Le commissionnaire doit accomplir tous les actes nécessaires à la réalisation de l'opération de vente ou d'achat qui lui a été confiée : recherche d'un acquéreur ou d'un vendeur, paiement ou encaissement du prix (Cass. req., 11 déc. 1929, S. 1930, 1, p. 107).

Il ne saurait être responsable de l'inexécution résultant d'un événement de force majeure (Cass. req., 7 nov. 1904, S. 1906, 1, p. 284) ou de la faute du tiers.

Mais, en tant que professionnel, il pourra être considéré comme responsable s'il traite avec un tiers notoirement insolvable (Cass. com., 5 oct. 1965, n° 62-12.268, Gaz. Pal. 1966, 1, jur., p. 218) ou s'il ne prend pas, en cas de doute, les instructions du commettant (Cass. com., 24 nov. 1970, n° 69-13.347 et 69-13.965, D. 1971, som., p. 58). La Cour de cassation a rappelé que le contrat de commission de transport se caractérisait par « la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et les moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité » (Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-16.731). Ainsi a-t-il été jugé responsable à la suite de manquants constatés à l'arrivée (Cass. com., 11 déc. 2001, n° 99-13.111). Il peut aussi être responsable des dommages causés au transporteur pour le déplacement des marchandises, si le contrat de transport lui imposait de veiller au bon calage de celles-ci (Cass. com., 14 janv. 2004, n° 02-13.587, Bull. civ. IV, n° 12, Contrats, conc., consom. 2004, comm. n° 36).

Le commissionnaire peut aussi engager sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 314-1 du code pénal, notamment lorsqu'il aura détourné les fonds remis par le commettant pour acquérir des marchandises (Cass. crim., 17 nov. 1986, n° 85-96.004, DP 1868, 1, p. 142).

La charge de la preuve de l'exécution de la mission incombe au commissionnaire, dès lors qu'il est « tenu de rendre un compte complet de sa mission » (Cass. com., 30 janv. 1990, n° 88-14.518). Les juges ne sauraient donc renverser le fardeau de la preuve en exigeant du commettant la preuve de l'inexécution.

## 3825

**Non-révélation aux tiers de l'identité du commettant**

Le commissionnaire doit traiter l'opération en son nom. Cela implique que, sans être tenu au secret professionnel au sens de l'article 226-13 du code pénal, il ne doit pas, cependant, révéler aux tiers le nom du commettant (CA Rouen, 25 juin 1904, DP 1906, 2, p. 191). Si par une convention spéciale, le commettant lui donne l'autorisation de divulguer son identité, la difficulté va résider dans le fait de déterminer si, en pratique, le commissionnaire agit toujours en son nom et pour le compte du commettant ou s'il agit au nom et pour le compte du commettant. Dans ce dernier cas, le commissionnaire pourrait être alors considéré comme un mandataire. Lors de l'affaire « *Chattawak* » (Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-66.773, précité), les juges ont notamment eu à tenir compte de cette distinction pour savoir si le commissionnaire-affilié pouvait être considéré comme agent commercial (voir n° 3818 et n° 3736).

## 3826

**La faculté de substitution**

Le commissionnaire peut-il faire traiter l'opération par un tiers qu'il se substituerait ?

La question ne soulève aucune difficulté lorsque le commettant autorise la substitution ou, au contraire, l'interdit ; le commissionnaire doit alors se plier à sa volonté. Dans le silence du contrat, certains auteurs ont estimé qu'il est obligé de passer, en son nom, le contrat sur les ordres du commettant, le commissionnaire doit agir personnellement (Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2645). Cependant les juges du fond, suivant l'avis d'une autre partie de la doctrine, considèrent que le commissionnaire peut se substituer un tiers pour l'exécution de l'opération (CA Aix-en-Provence, 10 juin 1872, Rec. Marseille 1873, 1, p. 90 ; T. com. Le Havre, 29 déc. 1925, Rec. Le Havre 1926, 2, p. 165). C'est le cas du commissaire de transport (Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-12.358, Bull. civ. IV, n° 96, Dict. perm. dr. aff., Bull. 576, p. 7676). Mais il doit justifier du consentement de son donneur d'ordre à l'existence de cette substitution (Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-10.235, Bull. civ. IV, n° 101, BRDA 2005, n° 12, p. 5, D. 2005, p. 1411, obs. Chevrier E. et p. 2293, note Guignard L.).

Le commissionnaire demeure, en tout état de cause, responsable à l'égard du commettant du choix de la personne qu'il se substitue et de la transmission des instructions du commettant (Cass. com., 23 nov. 1970, n° 69-12.735, Bull. civ. IV, n° 312 ; Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-19.638, Bull. civ. IV, n° 90).

## 3827

**L'interdiction de la contrepartie occulte**

Le commissionnaire étant chargé de conclure une opération pour le compte de son commettant, il est apparu dangereux qu'il se porte cocontractant ou « *contrepartie* », c'est-à-dire qu'il achète (ou vende) lui-même la marchandise qu'il est chargé de vendre (ou d'acheter) à un tiers, sans en informer son commettant. Un conflit d'intérêt apparaît alors entre le commettant et le commissionnaire. Ce dernier sera tenté de conclure le contrat au mieux de son intérêt personnel, au détriment de son commettant. On peut ajouter que l'intermédiaire étant également cocontractant, l'opération de commission s'avère purement fictive, le pseudo commissionnaire devenant, en réalité, l'acquéreur ou le vendeur.

La jurisprudence condamne « ce procédé fondamentalement irrégulier qu'est la contrepartie » (Cass. com., 30 janv. 1990, n° 88-14.518). Elle estime que celui qui se porte « *contrepartie* » à l'insu de son commettant ne peut pas être considéré comme un commissionnaire, et elle permet au commettant d'obtenir l'annulation du contrat de commission (Cass. req., 28 mars 1904, DP 1905, 1, p. 65, note Lacour ; Cass. civ., 10 déc. 1912, DP 1914, 1, p. 97, note Lacour). Le commettant pourra ainsi récupérer les sommes versées au commissionnaire et laisser l'opération au compte de ce dernier.

Sur le plan pénal, le fait de prendre la fausse qualité de mandataire pour se porter contrepartie de manière occulte constitue le délit d'escroquerie (Cass. civ., 16 févr. 1907 et Cass. civ., 12 mars 1909, DP 1909, 1, p. 201, note Lacour ; Cass. crim., 1<sup>er</sup> déc. 1911 et 23 janv. 1913, DP 1915, 1, p. 57, note Lacour).

## 3828

**La clause de contrepartie**

Le commettant peut cependant autoriser, par une clause expresse, le commissionnaire à se porter contrepartiste. La validité de cette clause n'est pas discutée par la jurisprudence (Cass. req., 22 mai 1905, DP 1906, 1, p. 33, note Lacour). En effet, le danger de la contrepartie réside dans son caractère occulte ; dès lors que le commettant connaît le rôle joué par le commissionnaire, il ne saurait contester l'opération, dans la mesure où elle a été conclue dans des conditions normales. Parfois l'autorisation de se porter contrepartiste résulte implicitement des termes de la convention (Cass. req., 28 août 1903, DP 1904, 1, p. 88 ; Cass. req., 26 janv. 1909, DP 1909, 1, p. 449, note Lacour).

ou d'une ratification donnée par le commettant après exécution de l'opération (Cass. civ., 10 déc. 1912, DP 1914, p. 197, note Lacour).

Mais, généralement, le commettant donne des instructions impératives au commissionnaire avant de l'autoriser à se porter contrepartiste.

On s'est demandé si le contrat de commission n'était pas alors transformé en un simple contrat de vente, de sorte que le commissionnaire perdrait tout droit à la commission et ne bénéficierait plus de son privilège (voir n° 3842). La doctrine est hésitante et la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de trancher cette question. Il nous semble que le contrat devrait être qualifié de vente, car il n'y a plus dans l'opération l'écran de la représentation qui constitue l'élément essentiel du contrat de commission (voir n° 3817).

### 3829 Le marché d'application

Il y a marché d'application lorsqu'un même commissionnaire se trouve, aux termes de deux contrats de commission, chargé d'exécuter des ordres en sens inverse : un ordre d'achat pour le compte d'un commettant et un ordre de vente pour le compte d'un autre (CA Versailles, 13 nov. 1985, Gaz. Pal. 1986, 2, som., p. 281, courtier jouant le rôle de commissionnaire du vendeur et de l'acheteur). Peut-on considérer qu'il se porte contrepartiste en appliquant l'un de ses ordres à l'exécution de l'autre ?

La majorité de la doctrine répond par la négative, dans la mesure où le commissionnaire n'a pas un intérêt personnel à faire prévaloir dans l'opération. Il convient cependant qu'il n'avantage pas l'un de ses commettants au détriment de l'autre. Un tel danger est écarté lorsque des ordres précis lui sont donnés.

### 3830 L'obligation d'exécuter les ordres du commettant

Le commissionnaire, s'il agit en son nom propre, traite cependant l'opération pour le compte du commettant. Il doit, en conséquence, respecter les instructions données par ce dernier.

Ces instructions peuvent être plus ou moins contraignantes.

Parfois le commettant laisse toute liberté au commissionnaire pour l'exécution de l'opération soit en lui demandant de traiter « dans les meilleures conditions » ou « au mieux de ses intérêts » (on parle alors de « commission indicative »), soit en ne lui fournissant aucune précision sur les modalités de l'opération (on parle, dans ce cas, de « commission facultative »). Le commissionnaire doit, dans ces hypothèses, « agir comme le ferait un commettant soigneux, selon les usages des lieux et la nature des marchandises, sur lesquelles porte la commission » (Bouloc B., Rép. com. Dalloz, V° Commission). Il ne pourrait engager sa responsabilité qu'en cas de fraude ou de conditions contractuelles anormalement désavantageuses pour le commettant (CA Paris, 17 juin 1932, Gaz. Pal. 1932, 2, p. 562).

Le plus souvent, le commettant donne des instructions précises sur les conditions d'exécution de l'opération. Le commissionnaire est alors tenu de les respecter, que ces ordres soient donnés au moment de la conclusion du contrat de commission ou qu'ils soient donnés postérieurement, même s'ils modifient à ce moment-là les conditions initiales (Cass. req., 15 nov. 1893, DP 1894, 1, p. 273, note Sarrut, changement de destinataire des marchandises livrées par le commissionnaire).

Le commissionnaire doit donc conclure l'opération au prix fixé de manière impérative par le commettant (Cass. com., 21 nov. 1956, n° 1.887, Bull. civ. III, n° 303), et dans les délais précisés par lui.

La question se pose de savoir ce qu'il adviendra d'une opération conclue par le commissionnaire en violation des ordres expressément donnés par le commettant. Une partie de la doctrine considère que l'opération doit être maintenue, à charge

pour le commissionnaire de réparer le préjudice subi par le commettant du fait de la violation de ses instructions (Ripert G. et Roblot R., Traité de droit commercial, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2643).

La jurisprudence a cependant estimé que le commettant dont les ordres n'avaient pas été suivis pouvait refuser de ratifier l'opération et en laisser la charge au commissionnaire (Cass. com., 18 nov. 1969, n° 68-11.253, D. 1970, som., p. 109 ; Cass. com., 24 nov. 1970, n° 69-13.347, D. 1971, som., p. 58).

### 3831 L'obligation d'informer le commettant

Le mandataire supporte toujours, en droit, une obligation de rendre compte de ses diligences. Le commissionnaire n'échappe pas à la règle.

Pendant l'exécution du contrat de commission, il doit informer le commettant sur la situation du marché ou sur les difficultés rencontrées, pour lui permettre de différer ou d'accélérer l'opération selon son intérêt (Cass. req., 10 juill. 1923, S. 1924, 1, p. 214) ; il doit également l'informer sur les conditions auxquelles il entend négocier l'opération, lorsque celles-ci n'ont pas été impérativement fixées par le commettant. Ce dernier ne saurait être « laissé dans l'ignorance des prix de vente réels de ses marchandises » (Cass. com., 30 janv. 1990, n° 88-14.518).

Lorsque l'opération est conclue, le commettant peut exiger que le compte lui en soit fourni. Le commissionnaire devra lui communiquer tout document justifiant l'accomplissement de l'opération ; il doit notamment rendre compte des escomptes et bonifications qui auraient été consentis par le cocontractant vendeur (Cass. req., 5 mars 1906, DP 1909, 1, p. 374), car le seul profit de l'opération, pour lui, doit être, sauf stipulation contraire, la commission versée par le commettant (voir n° 3839).

Le commissionnaire n'est cependant pas tenu de révéler au commettant le nom du tiers avec lequel il a traité. En effet, il convient d'éviter que le commettant utilise cette information pour se passer des services du commissionnaire et négocier directement avec ce tiers par la suite (Cass. req., 11 nov. 1898, S. 1900, 1, p. 326).

Mais les juges peuvent exiger pour la justification des opérations conclues par le commissionnaire et notamment pour vérifier qu'il ne s'est pas porté contrepartie (voir n° 3827), que soit communiqué le nom du cocontractant.

La représentation des livres du commissionnaire (C. com., art. L. 123-21 et s.) permettra de satisfaire cette exigence tout en évitant que le commettant ait connaissance de l'identité du tiers (Cass. req., 6 déc. 1858, DP 1859, 1, p. 75 ; Cass. req., 15 nov. 1898, DP 1900, 1, p. 317).

## 2<sup>o</sup> Obligations complémentaires assumées par certains commissionnaires

### 3832 La convention de ducroire

La convention de ducroire est celle par laquelle le commissionnaire (alors appelé « commissionnaire ducroire ») garantit au commettant la bonne fin de l'opération en percevant généralement en rémunération de ce service complémentaire une somme appelée « prime ».

Ainsi, les dépositaires distributeurs de journaux assurant, moyennant une commission, sous leur responsabilité et en leur nom, la livraison, le paiement du prix des quotidiens vendus et le retour des invendus sont, selon les usages de la profession, liés aux éditeurs de journaux par un contrat de commission ducroire (CA Rennes, 9 juill. 1974, JCP G 1975, II, n° 17990, obs. Piant R. ; CA Aix-en-Provence, 8 juill. 1991, Bull. Aix 1991/43, n° 2).

La nature juridique de cette convention a été, dans le silence des textes, discutée. Dans la mesure où elle a pour objet de garantir le prix dû par l'acquéreur, on a proposé la qualification



3833

de cautionnement (Derrida F., Étude sur la commission, sous la direction de Hamel J., 1949, p. 107 ; dans ce sens, Cass. req., 6 mars 1935, S. 1935, 1, p. 210). Mais, en l'absence de contrat entre le commettant et le tiers, on ne peut se référer au cautionnement qui est un contrat accessoire garantissant un contrat principal ; on a aussi proposé la qualification d'assurance ; mais l'engagement du commissionnaire n'est pas subordonné à la réalisation d'un risque.

Faute de pouvoir assimiler la convention de ducroire à un autre contrat, la doctrine dominante la considère comme une convention originale.

3833

### Portée de l'engagement du commissionnaire ducroire

Le commissionnaire ducroire garantit au commettant l'exécution des contrats passés pour son compte, c'est-à-dire le paiement du prix ou la livraison des marchandises à l'échéance fixée (CA Paris, 4 déc. 1919, Le droit financier 1920, p. 73), mais aussi, sauf convention contraire, « les frais de poursuite contre les acheteurs... et les intérêts des découverts en banque supportés (par le commettant) en suite des retards dans les paiements » (Cass. com., 6 janv. 1981, n° 79-11.803, Bull. civ. IV, n° 4).

La doctrine dominante, suivie par la jurisprudence, estime que le commissionnaire ducroire assume tous les risques, y compris ceux provenant de la force majeure (Cass. req., 6 mars 1935, S. 1935, 1, p. 210 ; *contra*, Ripert G. et Roblot R., Traité de droit commercial, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2655).

Cependant, le commissionnaire ducroire ne saurait répondre d'une inexécution ou d'un fait imputable au commettant (CA Lyon, 8 mars 1911, Gaz. trib. Midi 10 mai 1911 ; Cass. req., 21 nov. 1944, garantie des vices cachés entraînant un refus de payer du tiers contractant ; T. com. Marseille, 24 mars 1904, DP 1905, 5, p. 12, compensation avec une créance sur le commettant, réclamée par le tiers).

3834

### Preuve de la convention de ducroire

La convention de ducroire peut être prouvée par tous moyens (CA Aix-en-Provence, 23 nov. 1937, DH 1938, p. 105), conformément aux règles de preuve en matière commerciale (C. com., art. L. 110-3).

Même lorsqu'elle n'est pas stipulée dans le contrat de commission, les parties pourront donc s'en prévaloir en invoquant les usages commerciaux qui établissent le ducroire dans certaines conventions (CA Aix-en-Provence, 29 avr. 1866, Journal de Marseille 1867, 1, p. 148). Ainsi, le dépositaire distributeur de journaux est-il considéré comme un commissionnaire ducroire (CA Rennes, 9 juill. 1974, JCP G 1975, II, n° 17990, note Plaisant R.). L'existence d'une clause de ducroire peut encore résulter des conditions du contrat (CA Aix-en-Provence, 23 nov. 1937, précité). Ainsi, le montant de la rémunération, qui est généralement le double de la commission normale, lorsqu'il y a engagement de ducroire, pourra traduire l'existence d'une telle clause (CA Toulouse, 27 nov. 1869, DP 1870, 2, p. 118), sans suffire à l'établir de manière indiscutable (T. com. Marseille, 16 juin 1873, Journal de Marseille 1873, 1, p. 238 ; Cass. com., 6 janv. 1981, n° 79-11.803, Bull. civ. IV, n° 4).

3835

### Convention d'exclusivité

Souvent le commissionnaire a la qualité de commissionnaire exclusif. S'il bénéficie d'une exclusivité de représentation, il doit en retour ne pas traiter d'opérations pour le compte d'un commettant concurrent sous peine d'engager sa responsabilité (CA Reims, 18 mai 1976, RTD com. 1977, p. 789, obs. Hémard J.).

3836

### Consignation des marchandises

Il arrive que le commissionnaire, chargé de vendre ou d'acquérir des marchandises pour le compte du commettant, se trouve temporairement détenteur de celles-ci. On qualifie l'opération de « consignation » pour la distinguer du contrat de dépôt dans lequel la garde constitue l'objet même du contrat, sans que le dépositaire ait mission de vendre. Le commissionnaire consignataire détient les marchandises pour les vendre à un tiers ou pour les expédier au commettant.

Le commissionnaire, s'il ne fait pas de réserves, est présumé avoir reçu les marchandises en bon état ; il supporte alors l'obligation d'en assurer la conservation dans cet état pendant le temps où elles se trouvent sous sa garde. Si les marchandises sont perdues, détournées ou détériorées, le commissionnaire en supportera la responsabilité (CA Nîmes, 10 avr. 1861, DP 1863, 2, p. 44), à moins qu'il puisse justifier d'un événement de force majeure (Cass. req., 28 janv. 1896, DP 1891, 1, p. 246). L'obligation d'assurer la garde et la conservation des marchandises qui lui ont été remises est, pour le commissionnaire, une obligation de résultat. Cependant, si le commissionnaire, dans l'accomplissement de sa mission, remet les marchandises à d'autres commerçants afin que ces derniers les vendent pour le compte du commettant, le commissionnaire n'est pas garant de l'exécution par ces derniers de leurs propres obligations ; le commissionnaire, tenu alors d'une simple obligation de moyens, ne saurait être condamné à payer la valeur des marchandises perdues sans que sa faute soit prouvée (Cass. com., 29 mai 1990, n° 88-18.366).

Généralement, le commissionnaire est conduit à assurer les marchandises qu'il détient ; se pose alors la question du remboursement par le commettant des primes d'assurances payées par le commissionnaire (voir n° 3840).

Lorsque les marchandises risquent de se déprécier rapidement, le commissionnaire, faute d'instruction du commettant, peut demander au président du tribunal de commerce l'autorisation de les vendre au cours de la place ou d'être déchargé de leur conservation (Bouloc B., Rép. com. Dalloz, V° Commissionnaire). Cette autorisation judiciaire s'impose, car le commissionnaire ne saurait disposer seul des marchandises consignées entre ses mains, sous peine d'être poursuivi, sur le fondement de l'article 314-1 du code pénal, pour abus de confiance (Cass. crim., 25 avr. 1929, Gaz. Pal. 1929, 1, p. 813).

3837

### La revendication des marchandises par le commettant

Le commettant demeure propriétaire des marchandises consignées entre les mains du commissionnaire. Il peut donc les revendiquer même si le commissionnaire est mis en redressement ou en liquidation judiciaire (C. com., art. L. 621-122, al. 1<sup>er</sup>).

Il faut cependant que le commettant prouve que les marchandises situées dans les magasins du commissionnaire sont bien celles qu'il lui avait remises. Cela implique que les marchandises doivent se retrouver en nature chez le commissionnaire (C. com., art. L. 621-122, al. 1<sup>er</sup>). Lorsque les marchandises sont périodiquement renouvelées et ne peuvent faire l'objet d'une identification précise, la revendication n'est pas admise (Cass. com., 8 oct. 1963, n° 61-12.971, D. 1964, jur., p. 313, revendication refusée alors même que les produits déposés portaient un numéro de fabrication permettant d'assurer leur identification). Il faut en outre qu'aucun droit n'ait été régulièrement constitué sur les marchandises, au profit d'un tiers. La solution est évidente lorsque la propriété des marchandises a été aliénée par le commissionnaire, mais la jurisprudence l'applique également lorsqu'un gage est constitué par le commissionnaire au profit d'un créancier de bonne foi (Cass. civ., 29 déc. 1930, S. 1931, 1, p. 136).

Le droit de revendication appartient au commettant, qu'il ait remis les marchandises au commissionnaire pour les vendre, ou qu'il l'ait chargé d'acquérir des marchandises, lesquelles se trouvent encore dans ses magasins.

Lorsque les marchandises ont été vendues par le commissionnaire avant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire dirigée contre lui, le commettant peut revendiquer entre les mains de l'acquéreur le prix encore dû. En effet, l'article L. 624-18 du code de commerce dispose que « peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure ». Ainsi, cette disposition ne peut jouer dès lors qu'au jour de l'exercice de la revendication, le prix de revente des marchandises a été payé par le sous-acquéreur entre les mains du tiers subrogé dans les droits de l'acheteur initial (Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-19.331, Bull. civ. IV, n° 134).

## B. — Les obligations du commettant

### 3838 Obligations générales du commettant

Le commettant est tenu des obligations qui incombent au mandant dans le mandat salarié (Cass. com., 16 janv. 1979, n° 77-12.136, JCP G 1979, IV, p. 98).

Il doit donc fournir au commissionnaire tous les moyens de traiter l'opération qui lui a été confiée, en lui remettant notamment les marchandises qu'il est chargé de vendre (voir n° 3824), le rétribuer pour le service rendu et lui rembourser les frais qu'il a engagés.

### 1° Sommes dues au commissionnaire

#### 3839 Le paiement de la commission

La rémunération due par le commettant au commissionnaire est dénommée « commission ».

Le montant de la commission est parfois déterminé forfaitairement, mais le plus souvent il est proportionnel à la valeur de l'opération traitée (5 à 10 %), avec un taux majoré lorsque le commissionnaire est lié par une convention de *ducroire* (voir n° 3832).

Lorsque le commissionnaire obtient des conditions de prix plus intéressantes que celles initialement fixées par le commettant, il ne peut, sans commettre un abus de confiance, conserver le bénéfice ainsi réalisé. Il devra donc en répercuter tout le profit sur le commettant à moins que le contrat ne lui ait réservé celui-ci à titre de commission (Cass. crim., 18 déc. 1882, DP 1883, 1, p. 230).

À défaut de détermination contractuelle de la commission, ce seront les usages du lieu d'exécution du contrat ou, à défaut, le juge qui fixeront son montant (Cass. com., 16 janv. 1979, n° 77-12.136, JCP G 1979, IV, p. 98). Selon les usages, la commission versée à un intermédiaire, dès lors qu'elle ne correspond pas à une somme forfaitaire mais est fixée en pourcentage, doit s'entendre comme portant sur la valeur totale du marché (CA Paris, 27 nov. 1991, D. 1992, I.R., p. 72, rémunération d'une société chargée par des supermarchés de présenter des produits à des établissements, ces derniers ayant réalisé la commande).

La commission était autrefois payable d'avance et de ce fait appelée « provision ». Il est admis maintenant qu'elle est due lorsque l'opération a été conclue. Peu importe, alors, que le contrat soit ou non exécuté (Cass. req., 21 déc. 1892, DP 1893, 1, p. 108, le commettant ne pouvait, par suite d'un incendie, livrer les marchandises vendues par l'intermédiaire du commissionnaire), dans la mesure où l'inexécution n'est pas le résultat d'une faute du commissionnaire (voir n° 3830).

Lorsque l'opération n'est pas conclue, le commissionnaire n'a pas droit à sa commission. Toutefois, si le défaut de conclusion n'est dû qu'à une faute du commettant, celui-ci pourra être

condamné à verser des dommages et intérêts au commissionnaire privé de la commission à laquelle il aurait pu prétendre (Cass. req., 17 mars 1926, S. 1926, 1, p. 285).

Les juges peuvent réduire la commission, en considérant le service effectivement rendu par l'intermédiaire (Cass. com., 11 juin 1981, n° 80-12.980, il s'agissait en l'occurrence d'un hôtelier, mandataire occasionnel).

### 3840 Le remboursement des frais et avances

Le commettant doit, en sus de la rémunération, rembourser au commissionnaire les frais engagés par lui pour la conservation des marchandises et, d'une façon générale, pour la réalisation de l'opération : prix des marchandises, du transport, droit de douane, frais de magasinage...

Le remboursement devra intervenir que l'opération soit ou non conclue, sauf faute du commissionnaire. Il correspond aux sommes effectivement engagées par le commissionnaire (Cass. com., 26 janv. 1965, n° 60-11.349, Bull. civ. III, n° 72), majorées des intérêts courus depuis le jour où elles ont été payées par lui (Cass. req., 31 déc. 1845, DP 1847, 4, p. 307 ; CA Colmar, 9 févr. 1852, DP 1855, 2, p. 257).

La question s'est posée de savoir si le commettant devait rembourser le montant des primes d'assurance versées par le commissionnaire.

La réponse est positive lorsque le commettant lui a donné l'ordre d'assurer les marchandises. Quand le commissionnaire assure les marchandises de sa propre initiative, la doctrine dans son ensemble estime qu'il doit encore obtenir le remboursement des primes (Derrida F., Étude sur la commission, sous la direction de Hamel J., 1949, p. 114). La jurisprudence l'a également admis (CA Rennes, 22 déc. 1905, Rec. Nantes 1907, 1, p. 159) mais lorsque l'assurance pouvait être considérée comme un acte de gestion d'affaires (C. civ., art. 1375).

### 3841 L'indemnisation des pertes subies par le commissionnaire

Conformément à l'article 2000 du code civil, si le commissionnaire, dans l'exécution du contrat, subit des pertes, sans avoir commis de faute ni d'imprudence, le commettant doit l'en indemniser (CA Paris, 25 juill. 1895, S. 1897, 2, p. 305, note Wahl A.).

Il appartiendra au commissionnaire de prouver l'existence d'un lien de causalité entre l'exécution normale de la commission et le préjudice résultant directement de celle-ci, étant admis que le préjudice découlant des négligences apportées dans la conduite de ses propres affaires ne saurait être pris en compte, en raison des diligences nécessitées par l'exécution normale de la commission (Lyon-Caen et Renault, Droit commercial, t. 3).

Les dispositions des articles 1999 et 2000 du code civil, applicables au contrat de commission, ont un caractère supplétif. Dès lors, les parties peuvent y déroger contractuellement.

Ainsi, il a été jugé que si le contrat précise que la commission rémunère le commissionnaire de manière forfaitaire, « tant pour ses peines et soins que pour ses frais sans aucune exception ni réserve », le commissionnaire ne saurait demander au commettant l'indemnisation de ses pertes d'exploitation, alors que ces dernières résultent des opérations de restructuration menées par le commissionnaire (CA Paris, 16 juin 1992, RJDA 1992, n° 902).

La commune intention des parties à renoncer aux bénéfices de l'article 2000 du code civil est appréciée souverainement par les juges. Aussi « justifie légalement sa décision par laquelle elle écarte une clause de renonciation à l'article 2000 du code civil la cour d'appel qui retient que cette clause, noyée dans les conditions générales du contrat et sans que l'article 2000 soit reproduit, est trop hermétique pour qu'il soit établi qu'elle a été acceptée en connaissance de cause » (Cass. com., 5 févr. 2002, n° 98-17.529).

3842

2<sup>o</sup> Garantie des sommes dues au commissionnaire

## 3842 Privilège du commissionnaire

Le commissionnaire, aux termes de l'article L. 132-2 du code de commerce, « a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances de commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures ».

Tout commissionnaire bénéficie de ce privilège, c'est-à-dire non seulement le commissionnaire chargé de vendre des marchandises mais encore celui qui a mission d'en acquérir (Cass. req., 10 déc. 1902, DP 1904, 1, p. 537, note Thaller). La jurisprudence accorde même ce privilège au commissionnaire occasionnel (Cass. req., 14 juin 1877, DP 1878, 1, p. 475) qui n'a pourtant pas la qualité de commerçant (voir n° 3819) ainsi qu'au commissionnaire en douane (CA Lyon, 27 mai 1977, BT 1977, p. 336).

Le privilège du commissionnaire est un privilège mobilier spécial qui repose sur l'idée de gage. En conséquence, il prime les privilèges généraux à l'exception des frais de justice (C. civ., art. 2331, 1<sup>o</sup>), des privilèges fiscaux (CGI, art. 1920) et du super-privilège des salariés (C. trav., art. L. 3253-2 et L. 3253-4) ; il prime également les autres privilèges spéciaux, sauf celui du tiers qui a engagé des frais pour la conservation des marchandises après leur remise au commissionnaire (Cass. civ., 13 nov. 1962, n° 61-10.801, JCP G 1963, II, n° 12976).

Lorsqu'il y a conflit entre deux privilèges spéciaux de même rang, celui qui a été établi le premier prime l'autre (Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-14.473, Bull. civ. IV, n° 311), le privilège du commissionnaire de transport, régulièrement en possession, prime le privilège du vendeur de meubles non payé, au cas d'établissement simultané, les créanciers privilégiés spéciaux exerceront leurs droits concurremment (Cass. civ., 12 mai 1885, DP 1885, 1, p. 185, concl. Desjardins).

Dès lors que les conditions d'exercice du privilège prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 132-2 du code de commerce sont remplies, il ne peut être fait échec à cet exercice ; le juge des référés ne saurait ordonner à un commissionnaire de transport de livrer les marchandises qu'il détient en relevant que la rétention exercée par ce dernier doit être interprétée comme une voie de fait et qu'il convient de prévenir un dommage imminent (Cass. com., 15 oct. 1991, n° 89-21.017, Bull. civ. IV, n° 287).

## 3843 Créances garanties par le privilège

L'article L. 132-2 du code de commerce dispose que, « dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris, avec le principal, les intérêts, commissions et frais accessoires ».

En conséquence, toutes les créances du commissionnaire sur le commettant sont garanties par le privilège, dans la mesure où elles sont nées et actuelles (Cass. req., 2 mai 1935, S. 1935, 1, p. 189), et où le commissionnaire n'a pas renoncé à son privilège.

La jurisprudence a ainsi décelé, dans le fait d'avoir traité une opération sans la faire passer au compte courant utilisé dans toutes les relations entre le commissionnaire et le commettant, une renonciation tacite au privilège (Cass. civ., 26 août 1940, DH 1940, p. 193), car, dans une telle hypothèse, c'est le solde du compte courant qui est garanti par le privilège (Cass. civ., 26 nov. 1872, DP 1872, 1, p. 436).

Les tribunaux ne recherchent pas si un rapport existe entre la créance garantie et les marchandises détenues. Il suffit que les frais aient été engagés par le commissionnaire dans des opérations, fussent-elles antérieures, traitées pour le compte du propriétaire des marchandises actuellement en sa possession (CA Paris, 6 nov. 1968, D. 1969, som., p. 19 ; CA Rouen, 16 mai 1959, JCP G 1959, II, n° 11192, note Rodière R. ; Cass. com., 19 juin 1978, n° 77-10.466, Bull. civ. IV, n° 171).

## 3844 Assiette du privilège

Le privilège du commissionnaire porte sur « la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent » (C. com., art. L. 132-2, al. 1<sup>er</sup>).

Le commissionnaire ne peut donc exercer son privilège que sur les marchandises, au sens de meubles corporels (Ripert G. et Roblot R., Traité de droit commercial, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2662), qui se trouvent entre ses mains par suite d'un dépôt ou d'une consignation et tant qu'elles y restent (Cass. com., 11 juin 1968, n° 66-11.039, D. 1969, jur., p. 6). Par extension, les marchandises expédiées au commissionnaire sont réputées être déjà en sa possession lorsqu'elles sont à sa disposition par le transfert du récépissé de la lettre de voiture ou du connaissement (Cass. civ., 30 janv. 1850, DP 1850, 1, p. 51). Mais les marchandises qui lui seraient remises après la procédure collective ouverte contre le commettant ne pourraient servir de garantie (CA Lyon, 1<sup>er</sup> déc. 1979, RJ com. 1979, p. 406, note Derrida F.).

En outre, il va de soi que le commissionnaire ne peut exercer son privilège que sur les marchandises qui appartiennent à son commettant (CA Paris, 25 avr. 1960, Journal des agrées 1960, p. 122 ; CA Paris, 27 janv. 1960, Gaz. Pal. 1960, 1, jur., p. 170 ; Cass. com., 5 févr. 1980, n° 78-15.097, Bull. civ. IV, n° 63).

Toutefois, la jurisprudence admet que le commissionnaire fasse jouer son privilège sur des marchandises n'appartenant pas au commettant lorsqu'il pouvait, de bonne foi, croire qu'elles étaient sa propriété (CA Paris, 25 févr. 1960, RTD com. 1960, p. 389, obs. Hémar J. ; CA Paris, 25 avr. 1969, Gaz. Pal. 1969, 1, p. 322 ; CA Lyon, 21 févr. 1969, RTD com. 1972, p. 680, obs. Hémar J. ; Cass. com., 15 juill. 1970, n° 69-11.632, D. 1971, jur., p. 252). Le privilège du commissionnaire va ainsi primer le privilège du vendeur impayé (Cass. com., 11 juin 1968, n° 66-11.039, D. 1969, jur., p. 6 ; Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-14.473, Bull. civ. IV, n° 311).

## 3845 Exercice du privilège

Le commissionnaire considéré comme un créancier gagiste peut, en conséquence, faire procéder à la vente publique des marchandises (C. com., art. L. 521-3), après avoir cependant adressé au commettant une simple signification, huit jours auparavant (T. com. Marseille, 7 nov. 1892, Rec. Marseille 1893, 1, p. 25 ; Hémar J., Les contrats commerciaux, t. 2, n° 733).

Si le commettant vend ou fait vendre les marchandises, le commissionnaire peut exercer son privilège sur le prix de vente (Cass. civ., 24 déc. 1895, DP 1896, 1, p. 237) par saisie-attribution entre les mains de l'acquéreur (Hémar J., précité).

Lorsque le commissionnaire vend lui-même les marchandises, conformément aux ordres qu'il a reçus du commettant, il peut se payer directement sur le prix de la vente.

## 3846 Droit de rétention du commissionnaire

Le commissionnaire a également un droit de rétention sur les marchandises qui se trouvent entre ses mains.

En conséquence, il peut, en cas de vente, les conserver tant qu'il n'a pas été payé, à moins qu'il s'agisse d'une vente forcée poursuivie par les créanciers. Le commissionnaire ne peut non plus « invoquer son droit de rétention sur les marchandises contrefaites, dès lors que leur caractère illicite interdit leur commercialisation » (Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-20.488, Bull. civ. IV, n° 185, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 23, n° 1437, obs. Haberer J. ; cf. Delebecque Ph., Forces et faiblesses du droit de rétention, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 26, n° 1616 ; *adde*, Le Lamy droit commercial).

Mais ces créanciers ne peuvent faire pratiquer une saisie-attribution sur les marchandises sans désintéresser totalement le commissionnaire de ses avances (Cass. civ., 6 avr. 1875, DP 1875, 1, p. 354).



Le commissionnaire, qui n'a demandé son admission au passif de la procédure collective du commettant débiteur qu'à titre chirographaire, perd ainsi son privilège, avec le droit de rétention qui en est l'accessoire, et ne peut donc pas retenir les marchandises (Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, Cah. D. aff. 2000, som., p. 388, obs. Piédelièvre S., Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 20, n° 1268, obs. Montégudet G.). De plus, par application de l'article L. 622-7 du code de commerce, il ne peut exercer son droit de rétention sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture pour obtenir le paiement des créances antérieures (Cass. com., 13 nov. 2001, n° 98-20.207, Bull. civ. IV, n° 179).

## § 2. Obligations des parties à l'égard des tiers

### 3847 Les obligations du commissionnaire à l'égard des tiers contractants

Le commissionnaire agissant en son propre nom se trouve personnellement et, en principe, seul engagé à l'égard des tiers avec lesquels il traite (Cass. com., 13 mai 1958, n° 2.105, Bull. civ. III, n° 186). C'est pourquoi, en premier lieu, il supporte toutes les obligations qui découlent de l'opération conclue pour le compte du commettant, ce dernier étant normalement inconnu du tiers contractant (Cass. com., 15 juill. 1963, n° 60-13.600, Bull. civ. III, n° 378).

En second lieu, les relations juridiques existant sur un autre fondement entre le commissionnaire et le tiers contractant pourront influencer le règlement de l'opération. Ainsi, il a été admis que le tiers compense le prix d'achat des marchandises vendues par le commissionnaire avec une créance qu'il avait déjà contre ce dernier (T. com. Marseille, 25 mars 1858, Rec. Marseille 1858, 1, p. 119).

Enfin, la mise en redressement ou en liquidation judiciaire du commissionnaire affectera les tiers, alors que l'ouverture d'une procédure collective contre le commettant n'aura aucune conséquence sur l'exécution de l'opération.

La situation du commissionnaire est donc très différente de celle du mandataire dont les actes produisent leurs effets directement sur la tête du mandant. Est-ce à dire que, si le commissionnaire révèle l'identité du commettant, les règles du mandat vont s'appliquer ?

La réponse ne peut être que négative sous peine de voir les effets du contrat bouleversés au gré du commissionnaire. Celui-ci demeure tenu à titre principal à l'égard des tiers qui doivent donc agir contre lui (Cass. civ., 15 févr. 1893, S. 1893, 1, p. 128 ; Cass. com., 18 janv. 1955, n° 4.528, Bull. civ. III, n° 30 ; Cass. com., 15 juill. 1963, n° 60-13.600, Bull. civ. III, n° 378).

### 3848 Responsabilité du commissionnaire en matière de qualité des produits

Le commissionnaire assume parfois la responsabilité du vendeur en ce qui concerne la qualité des marchandises livrées, dans la mesure où elles se sont trouvées entre ses mains avant la livraison (CA Paris, 30 janv. 1974). Responsabilité civile, lorsqu'il devient garant des vices cachés pour ne pas avoir vérifié celles-ci (CA Rouen, 28 avr. 1858, D. 1859, 2, p. 133 ; CA Toulouse, 5 juill. 1886, S. 1887, 2, p. 188 ; CA Paris, 13 juin 1892, DP 1893, 2, p. 470). Responsabilité pénale, parfois, lorsqu'il ne respecte pas les règles propres à la vente de marchandises telles qu'elles découlent notamment de la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 (C. consom., art. L. 441-1, ancien C. consom., art. L. 213-1 et s. ; Cass. crim., 4 juill. 1929, S. 1931, 1, p. 156). La jurisprudence en matière de fraudes se montre aujourd'hui plus sévère à l'égard des importateurs. Lorsque le commissionnaire s'entremet dans une vente

en France de marchandises en provenance de l'étranger, la question se pose de savoir s'il peut être poursuivi comme importateur (sur cette question, voir nos 6901 et 6903).

### 3849 La situation du commettant au regard des tiers contractants

Les tiers qui contractent avec le commissionnaire ne peuvent agir contre le commettant pour obtenir l'exécution du contrat (T. com. Marseille, 3 janv. 1871, Recueil Marseille 1871, 1, p. 55 ; Cass. civ., 14 juin 1892, DP 1893, 1, p. 500).

Réciproquement, la jurisprudence n'admet pas l'action directe du commettant contre le tiers contractant (Cass. civ., 14 juin 1892, DP 1893, 1, p. 500), sauf pour certaines actions comme l'action en garantie des vices cachés par exemple (Cass. civ., 17 déc. 1945, S. 1946, 1, p. 80), ou lorsque le commettant reprend le contrat passé par le commissionnaire qui s'est révélé sous cette qualité au tiers contractant (Ripert G. et Roblot R., Traité de droit commercial, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2636).

Le commettant dispose, cependant, de moyens d'action indirecte. Ainsi, par la voie de l'action oblique « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne » (C. civ., art. 1341-1, issu de Ord. n° 131, 10 févr. 2016, à compter du 1<sup>er</sup> oct. 2016, ancien C. civ., art. 1166). Le commettant peut donc utiliser les droits et actions du commissionnaire contre le tiers contractant, et réciproquement.

Par la voie de l'action *de in rem verso* (C. civ., art. 1300, issu de Ord. n° 131, 10 févr. 2016, à compter du 1<sup>er</sup> oct. 2016, ancien C. civ., art. 1371), fondée sur l'enrichissement sans cause, le tiers pourrait agir contre le commettant qui aurait repris ses marchandises, valorisées par ce tiers contractant, sans ratifier l'opération réalisée par le commissionnaire (CA Rouen, 25 juin 1904, DP 1906, 2, p. 191).

Pour un renouvellement de l'analyse, cf. Auckenthaler F., Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant, D. 1998, chr., p. 53.

## § 3. Fin du contrat de commission

### 3850 Réalisation de l'opération confiée au commissionnaire

En principe, le contrat de commission prend fin lorsque l'opération confiée au commissionnaire a été réalisée ou lorsque, par suite d'un événement de force majeure (Cass. com., 9 juill. 1952, n° 4.406, Bull. civ. III, n° 266, circonstances de guerre) ou de la situation du marché, l'opération ne peut pas être réalisée.

### 3851 L'arrivée du terme

Lorsqu'une opération est confiée au commissionnaire, le commettant fixe généralement un délai d'exécution. Si, à l'expiration de ce délai, l'opération n'est pas accomplie, le contrat sera automatiquement rompu.

En outre, le contrat de commission est parfois conclu, non pas pour l'exécution d'une opération occasionnelle, mais pour un ensemble d'opérations échelonnées dans le temps. À l'arrivée du terme fixé par la convention, le commettant pourra mettre fin au contrat sans avoir à justifier son refus de le renouveler (CA Paris, 20 nov. 1963, D. 1964, som., p. 42).



Un contrat de commission de vente de fruits et légumes ayant été conclu pour une durée déterminée, à savoir la campagne 1981-1982 expirant le 31 juillet 1982, le fait que plusieurs campagnes se soient succédé ne saurait conférer à la convention le caractère d'un contrat à durée indéterminée, dans la mesure où les renouvellements sont intervenus hors tout effet de tacite reconduction. Ce contrat ne peut donc faire l'objet d'une rupture anticipée, sauf à établir l'existence d'une cause légitime de révocation (CA Aix-en-Provence, 13 sept. 1991, Bull. Aix 1991/23, n° 3).

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 établit des règles spécifiques dans le cadre des réseaux de distribution commerciale dans le secteur du commerce de détail. L'article L. 341-1 du code de commerce impose un terme commun à l'ensemble des contrats structurant ces réseaux. Il dispose également que la « résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa » de l'article L. 341-1 du code de commerce (cf. Titone T. et Pihery R., L'introduction d'un droit des « réseaux de distribution commerciale » par la loi Macron, RLC 2016/46, n° 2887).

## 3852

**Conséquences du caractère personnel du contrat**

Le contrat de commission est considéré comme conclu *intuitu personae*, de la même manière que le contrat de mandat, car le commissionnaire, comme le mandataire, jouit de larges pouvoirs de représentation.

Il résulte de ce caractère personnel de la convention, que tout événement affectant la personne ou la capacité de l'une des parties constituera une cause de rupture du contrat, sauf convention contraire.

Ainsi, le décès du commettant, comme celui du commissionnaire, justifiera la rupture du contrat par l'autre partie (CA Paris, 30 mai 1969, RTD com. 1970, p. 767, obs. Hémar J.). Lorsque le contrat a été conclu avec une société, la dissolution de celle-ci produira les mêmes effets ; ainsi que la disparition d'un associé ou d'un dirigeant sur la tête duquel se réalisait le caractère personnel du contrat (T. com. Marseille, 25 avr. 1866, Recueil Marseille, 1866, 1, p. 88).

L'interdiction d'exercer le commerce, la faillite personnelle, l'interdiction de diriger ou contrôler une entreprise commerciale ou une personne morale, la liquidation judiciaire ou la déconfiture affectant l'une des parties devraient entraîner également la rupture du contrat.

## 3853

**La résiliation unilatérale du contrat**

Un contrat de commission à durée indéterminée a été jugé résiliable à tout moment sous un préavis raisonnable, sans l'octroi de dommages et intérêts, sauf pour le commissionnaire à prouver une faute ou un abus de la part de son commettant (CA Aix-en-Provence, 8 juill. 1991, Bull. Aix 1991/43, n° 2). Si le droit de rompre unilatéralement le contrat de commission à durée indéterminée n'est pas contesté, la question de savoir si l'auteur

de la rupture doit indemniser l'autre partie a soulevé des discussions. Le commissionnaire n'est-il pas, par analogie avec le mandataire, révocable *ad nutum* par le commettant (C. civ., art. 2006) ? Réciproquement, le commissionnaire ne peut-il pas résilier à tout moment, et sans justification, le contrat (C. civ., art. 2007) ?

Certains auteurs répondent par la négative ; pour eux, il s'agit là d'un contrat d'intérêt commun (voir n° 3789) auquel aucune des parties ne peut mettre fin par sa seule volonté (Ripert G. et Roblot R., Traité de droit commercial t. 2, 16<sup>e</sup> éd., par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2641).

La jurisprudence est plus nuancée. Elle considère que le commettant peut toujours retirer l'ordre donné à condition d'indemniser le commissionnaire de ses frais et diligences (TGI Annecy, 12 juill. 1961 et TGI Annecy, 8 juill. 1964, D. 1965, jur., p. 333, note Plaisant R.). Cependant, si la rupture présente un caractère abusif, des dommages et intérêts seront dus à la victime de la résiliation (Cass. com., 10 févr. 1970, n° 68-10.363, Bull. civ. IV, n° 49, D. 1970, jur., p. 392). C'est à la victime qu'incombe l'obligation d'apporter la preuve de cet abus (CA Rennes, 9 juill. 1974, JCP G 1975, II, n° 17990, obs. Plaisant R.). Ainsi, le juge exerce-t-il son contrôle sur les circonstances et les motifs de la rupture, tout en admettant la résiliation unilatérale du contrat par le commettant ou le commissionnaire, et en refusant d'appliquer la théorie de mandat d'intérêt commun (CA Reims, 18 mai 1976, RTD com. 1976, p. 789, obs. Hémar J., pourvoi rejeté par Cass. com., 27 juin 1978, n° 76-13.791, Bull. civ. IV, n° 182 ; Cass. com., 14 mars 1989, n° 87-16.829 ; voir n° 3819).

Une convention-affiliation a pu être résiliée judiciairement, sur le fondement de l'ancien article 1184 du code civil (C. civ., art. 1224, issu de Ord. n° 131, 10 févr. 2016, à compter du 1<sup>er</sup> oct. 2016), aux torts exclusifs du commettant qui a manqué à ses obligations d'assistance et d'organisation au cours du contrat. Le commissionnaire a obtenu une indemnité calculée à partir de la marge brute qu'il aurait pu réaliser jusqu'au terme du contrat (CA Pau, 16 déc. 2010, n° RG : 5447/10 ; Mathey N., Pot-pourri autour d'un contrat de commission, Contrats, conc., consomm. 2011, comm. 140).

## 3854

**Cession du contrat de commission**

Conclu *intuitu personae*, le contrat de commission ne peut être cédé à un nouveau commissionnaire sans l'accord du commettant. Dans une espèce où le commissionnaire avait mis son fonds de commerce de station-service en location-gérance, le contrat de commission de vente de carburant fut transmis au locataire-gérant avec l'assentiment de la compagnie pétrolière commettante. Le locataire-gérant ayant cessé ses paiements et la compagnie pétrolière ayant assigné en paiement le propriétaire du fonds en sa qualité de garant solidaire, la Cour de cassation a jugé que la compagnie pétrolière avait commis une faute de nature contractuelle à l'égard du cédant en poursuivant ses livraisons au cessionnaire, sans en aviser le cédant, mettant ainsi ce dernier dans l'impossibilité de résilier le contrat de location-gérance (Cass. com., 31 mai 1994, n° 90-13.717, RTD civ. 1995, p. 105, obs. Mestre J.).



# Les réseaux de distribution commerciale

## CHAPITRE 9

## Les réseaux de distribution commerciale

## SOMMAIRE

Historique.....	4873	La réglementation de la sortie.....	4875
Le champ d'application de l'article L. 341-1 du code de commerce.....	4874		

## 4873 Historique

La loi *Macron* (L. n° 2015-990, 6 août 2015) introduit, par son article 31 dans le Livre III du code de commerce qui traite de « certaines formes de vente et des clauses d'exclusivité », un nouveau Titre IV contenant deux articles, les articles L. 341-1 et L. 341-2 relatifs aux « réseaux de distribution commerciale ». Ce Livre III non seulement devient un fourre-tout mais avec ce nouvel ajout son titre est devenu erroné.

Ce texte résulte d'un long travail dont l'objectif était de rééquilibrer les relations entre les distributeurs membres du réseau et son promoteur en facilitant la mobilité des distributeurs en leur permettant de passer d'une enseigne à l'autre sans se voir opposer, du fait de la pluralité des contrats, des dates d'échéance différentes. Il conviendra de retenir l'objectif essentiel pour que ce texte ne fasse pas l'objet d'une interprétation extensive.

Le texte suit les lignes de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 rendu en matière de distribution alimentaire (Aut. conc., avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire).

La recherche de solution législative est passée par la proposition de conférer une personnalité juridique au réseau pour conforter la situation de ses membres (proposition de loi Glon et Cousté, n° 891, 20 déc. 1973) ; il a également été proposé de retenir un contrat unique d'affiliation entre le titulaire d'une enseigne de distribution alimentaire et les exploitants de cette enseigne sans engagement de non-concurrence post-contractuelle trop lourd (Projet de loi AN n° 3508, 1<sup>er</sup> juin 2011).

Ce texte a été adopté sur le fondement de l'article 49-3 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a validé le texte malgré la critique du manque de nuance du dispositif qui ne laisse place à aucune individualisation et surtout sur le manque de précision des dispositions qui ne garantissent aucune sécurité juridique.

Dans sa décision du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 341-1 du code de commerce conforme à la Constitution dès lors que ses dispositions « laissent les parties contractantes libres de fixer la durée et l'échéance commune de l'ensemble des contrats qui les lient et de prévoir leur tacite reconduction ».

Le texte est applicable à compter du 6 août 2016.

Un auteur voit dans ce texte « l'amorce d'un droit des réseaux de distribution commerciale » qui ne fait référence à aucun type

particulier de distribution, une « forme d'introduction normative à un droit à construire » (Mainguy D., Premières vues sur le « droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale » JCP E 2015, n° 1579).

Le texte ne vise ni la franchise, ni la distribution dans le secteur alimentaire tandis que l'avis de l'Autorité avait trait à cette forme et à ce secteur. *A priori* il a donc une vocation à s'appliquer largement.

Il est vrai que la difficulté essentielle vient de ce que le dispositif ne définit pas son objet qu'est le réseau de distribution commerciale. En effet, pour caractériser le réseau, le texte évoque une relation. Un auteur conclut qu'il faut ainsi entendre par réseau une multiplication et une similarité des relations qui le constituent. Il procède ainsi d'une dimension collective, mais cette dimension collective est curieusement ignorée du dispositif qui ne s'intéresse qu'à la seule relation entre le promoteur et un de ses membres pour faciliter la sortie de ce dernier (Ferrier D., Les réseaux de distribution commerciale, JCP G 2015, suppl. n° 44, p. 9 ; Malaurie-Vignal M., Les apports de la loi Macron en droit de la distribution, Contrats, conc., consom. 2015, n° 256 ; Vogel L. et Vogel J., Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté, AJCA 2015, p. 512 ; Riéra A., Vers un nouveau contrat d'affiliation ?, AJCA 2015, p. 411).

## 4874

## Le champ d'application de l'article L. 341-1 du code de commerce

Il est déterminé par l'article L. 341-1 du code de commerce en ces termes :

« L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I<sup>er</sup> du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale (prévoient une échéance commune) ».

Le champ d'application du texte est ainsi défini *ratione personae* par l'identification des personnes qui constituent le réseau et *ratione materiae* par l'identification des réseaux visés par le texte, en tant qu'ils comportent des clauses limitatives de la liberté commerciale.

### 1. Ratione personae

Il s'agit d'une relation entre d'un côté en amont, un promoteur qui peut être une personne physique ou une personne morale, à l'exclusion d'un magasin collectif de commerçants indépendants ou une société de caution mutuelle dans la mesure où leur objet n'est pas l'exploitation d'un magasin. En aval, la relation est établie avec l'exploitant d'un magasin de commerce de détail c'est-à-dire un magasin ayant comme activité principale la vente à un consommateur ou utilisateur final. *A priori*, aucun secteur n'est défini ni exclu, et l'activité alimentaire n'est pas spécialement visée même si elle était initialement celle que le législateur voulait protéger. Le mode d'exploitation importe peu, il peut s'agir d'une exploitation en nom propre, en location-gérance ou en mandataire-gérant. Par ailleurs, la centrale d'achat ou de référencement qui agit pour le détaillant est assimilée.

La relation entre le promoteur et le détaillant peut prendre la forme d'un contrat de concession, de franchise, de distribution sélective ou d'un ensemble de contrats ayant pour but l'exploitation du magasin (contrat de prêt, de licence, de location-gérance, de service logistique). Sont cependant exclus le contrat de bail et le contrat d'association ou de société qu'elle soit civile commerciale ou coopérative dès lors que la communauté d'intérêt créée entre les membres rend inutile la protection d'un d'entre eux.

Les relations sont nées entre les deux acteurs soit par la volonté de regrouper, soit par celle de proposer des services. Le texte fait référence aux services mentionnés à l'article L. 330-3 du code de commerce qui impose la délivrance d'une information avant la conclusion de tout contrat.

### 2. Les restrictions visées

Il n'est pas évident de déterminer les restrictions visées. Une interprétation large conduirait à retenir toute clause limitant la liberté des distributeurs tandis qu'une interprétation étroite conduirait à conclure que ne relèvent de cette catégorie que les clauses interdisant au distributeur l'exercice d'une activité concurrente de celle qui est exploitée dans le cadre du réseau et toute activité non concurrente exploitée dans ce point de vente.

En réalité il convient de procéder, comme en droit de la concurrence, au-delà du formalisme, à une analyse des effets produits par chacune de ces clauses selon le type d'accord de distribution et selon le contexte (Ferrier D., Les réseaux de distribution commerciale, JCP G 2015, suppl. n° 44, p 9).

4875

### La réglementation de la sortie

Elle a trait aux modalités de fin de relation et à la poursuite de l'activité.

### 1. La fin de la relation

Selon l'article L. 341-1 du code de commerce, l'ensemble des contrats doit prévoir une échéance commune, cependant, il n'est pas nécessaire que les contrats soient à durée déterminée (Vogel L. et Vogel J., article précité), ni qu'il soit clairement acquis que l'échéance commune affecte tous les éléments du contrat (Mainguy D., article précité).

Par ailleurs, ce texte précise :

« La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.

Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4 du code de commerce, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative »

Le texte introduit ainsi l'indivisibilité légale des contrats dès lors que la résiliation de l'un entraîne celle des autres. Sur le principe, l'intention est bonne mais le caractère automatique pourra conduire à des situations difficiles et sans doute la jurisprudence devra-t-elle apporter quelques nuances en fonction des situations.

Seule la résiliation est visée si bien qu'il reviendra à la jurisprudence de déterminer si le texte doit être interprété largement et comprendre également les cas d'annulation, de caducité, d'arrivée du terme, de résolution.

### 2. La poursuite de l'activité

Selon l'article L. 341-2 du code de commerce, « 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 »

Sont ainsi sans doute visées les clauses de non-concurrence, non-réaffiliation, non réinstallation, sauf si la clause de non concurrence accompagne le transfert du savoir-faire pour reprendre la solution prévue par le règlement d'exemption 330/2010 du 20 avril 2010. Dans la mesure où elles n'ont pas trait à la poursuite de l'activité, ne sont pas visées les clauses relatives au droit de préférence, de préemption, de promesse de vente au bénéfice du promoteur (Vogel L. et Vogel J., article précité). Le caractère général et peu précis de l'interdiction et des clauses visées est encore critiqué (Vogel L. et Vogel J., article précité ; Ferrier D., article précité).