

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Le droit français de la distribution après la loi Macron du 6 août 2015

Dossier | Concurrences N° 1-2016 | pp. 13-37

Introduction

Jean-Christophe Roda

Agrégé des Facultés de droit
Professeur, Université de Toulon, CDPC-JCE (UMR-CNRS 7318)
Membre associé, LDPSC (Aix-Marseille Université)

L'encadrement des réseaux de distribution : Les questions soulevées par l'article L. 341-1 de la loi Macron

Leyla Djavadi

Avocate associée, Cabinet Fourgoux et Associés, Paris

Jean-Louis Fourgoux

Avocat associé, Cabinet Fourgoux et Associés, Paris
Président de l'Association française d'étude de la concurrence, Paris

La loi Macron du 6 août 2015 : Le point de vue de la franchise

Christophe Grison

Responsable juridique, Fédération française de la franchise, Paris

Réseaux de distribution et droit des sociétés : Un loup dans la bergerie ?

Frédéric Buy

Agrégé des facultés de droit, Professeur, Université d'Aix-Marseille

La nouvelle réforme de la transparence tarifaire par la loi Macron

Julie Zoughi

Docteur en droit, Avocat, Cabinet DDG, Paris

Frankenstein ou le Prométhée moderne

Alain Gauvin

Directeur exécutif des affaires juridiques et réglementaires France, Carrefour, Massy

Le nouvel article L. 462-10 du code de commerce : Le renforcement (relatif) du contrôle de la puissance d'achat

Jean-Christophe Roda

Agrégé des Facultés de droit
Professeur, Université de Toulon, CDPC-JCE (UMR-CNRS 7318)
Membre associé, LDPSC (Aix-Marseille Université)

Le droit français de la distribution après la loi Macron du 6 août 2015*

Introduction

Jean-Christophe Roda

Agrégé des Facultés de droit
Professeur, Université de Toulon, CDPC-JCE (UMR-CNRS 7318)
Membre associé, LDPSC (Aix-Marseille Université)

L'encadrement des réseaux de distribution : Les questions soulevées par l'article L. 341-1 de la loi Macron

Leyla Djavadi

Avocate associée, Cabinet Fourgoux et Associés, Paris

Jean-Louis Fourgoux

Avocat associé, Cabinet Fourgoux et Associés, Paris
Président de l'Association française d'étude de la concurrence, Paris

La loi Macron du 6 août 2015 : Le point de vue de la franchise

Christophe Grison

Responsable juridique, Fédération française de la franchise, Paris

Réseaux de distribution et droit des sociétés : Un loup dans la bergerie ?

Frédéric Buy

Agrégé des facultés de droit, Professeur, Université d'Aix-Marseille

La nouvelle réforme de la transparence tarifaire par la loi Macron

Julie Zoughi

Docteur en droit, Avocat, Cabinet DDG, Paris

Frankenstein ou le Prométhée moderne

Alain Gauvin

Directeur exécutif des affaires juridiques et réglementaires France, Carrefour, Massy

Le nouvel article L. 462-10 du code de commerce : Le renforcement (relatif) du contrôle de la puissance d'achat

Jean-Christophe Roda

Agrégé des Facultés de droit
Professeur, Université de Toulon, CDPC-JCE (UMR-CNRS 7318)
Membre associé, LDPSC (Aix-Marseille Université)

ABSTRACT

Avec le présent dossier « Tendances » consacré aux évolutions récentes du droit français de la distribution, la revue *Concurrences* poursuit sa réflexion sur les grandes questions de droit de la concurrence que suscite la loi Macron du 6 août 2015. Qu'il s'agisse de simples ajustements, comme en droit de la transparence, ou de véritables nouveautés, comme l'encadrement des réseaux ou l'amorce d'un contrôle de la puissance d'achat, le constat est le même qu'à chaque réforme : celui d'une activité législative toujours soutenue, aux objectifs souvent louables, mais souvent aussi peu cohérente... et forcément déstabilisante pour les opérateurs des secteurs concernés !

With this new Trends issue related to the last evolutions of the French distribution law, the review Concurrences carries on its work on the most important competition issues raised by the Macron law adopted on August 6th, 2015. From small adjustments in transparency law to genuine developments on distribution network framing or on buyers' power control, each reform gives rise to the same results: those of a strong legislative activity with worthy goals but also usually without consistency... and necessarily disrupting for economic operators related sectors.

* Avertissement : le présent dossier "Tendances" a été réalisé au cours du mois de septembre 2015, à une période où aucun des décrets d'application n'était publié.

Un encart « Dernière minute » a été ajouté en page 15 à la suite de la publication du décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés.

Introduction

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Agrégé des Facultés de droit
Professeur, Université de Toulon, CDPC-JCE (UMR-CNRS 7318)
Membre associé, LDPSC (Aix-Marseille Université)

1. Décidément, la revue *Concurrences* n'en a pas fini avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite "loi Macron"! Il faut dire que le législateur a été ambitieux. Il n'a pas eu peur de s'attaquer à de très nombreux pans du droit économique français, par l'intermédiaire d'un texte riche de plus de 300 articles. Après un numéro 4-2015 consacré aux aspects de droit de la concurrence et de la régulation de la loi, le présent dossier "Tendances" s'intéresse donc cette fois-ci au versant "distribution" du texte, même si ce cloisonnement est sans doute un peu artificiel. En effet, de nombreux aspects de la réforme concernant le droit de la distribution sont directement inspirés d'avis rendus par l'Autorité de la concurrence. Il n'est toutefois pas certain que la logique de marché qu'implique le droit de la concurrence

VOIR AUSSI sur
Concurrences +
www.concurrences.com

"Competition law and policy and the food value chain"

Peter C. Carstensen,
Ioannis Lianos, Claudio Lombardi,
James M. MacDonald, Diana L. Moss

soit parfaitement adaptée aux spécificités du monde de la distribution¹. Quoi qu'il en soit, les apports de la loi Macron à ce secteur sensible et fondamental de l'économie française nécessitent que l'on y consacre un examen attentif. Des universitaires, des praticiens et des professionnels, tous spécialistes de la matière, ont donc pris leur plume pour présenter, de la façon la plus claire possible, les enjeux que la loi nouvelle soulève et les défis qu'elle impose aux acteurs de la distribution.

2. Liberté: tel a été le mot d'ordre qui a été transmis aux auteurs de ce dossier "Tendances"! Les contributions vont, selon les sensibilités, du simple questionnement au commentaire résolument critique. Le lecteur se fera sa propre opinion. La diversité des avis émis fait, en tout cas, la richesse de la présente rubrique.

3. La voie choisie par le législateur, consistant à encadrer et à réguler certains aspects de la grande distribution, pour éviter les abus maintes fois constatés, n'emporte pas l'entière adhésion, c'est le moins que l'on puisse dire! Plusieurs auteurs invités à s'exprimer soulignent ainsi que le souci de protection du plus faible se fait au détriment de la liberté contractuelle, ce qui n'est peut-être pas la voie la plus sûre pour atteindre la croissance et la libération de l'activité. Dans le même ordre d'idées, même si l'injonction structurelle a disparu, le texte comporte des dispositions qui peuvent se révéler très sévères pour les entreprises et c'est le spectre des amendes disproportionnées qui réapparaît... Manifestement, il y a eu une volonté de recourir à la méthode "lourde", quitte à doter désormais le juge de pouvoirs immenses pour lutter contre les déséquilibres de la grande distribution². Il est également reproché au texte d'avoir eu pour objectif de contrer des dérives spécifiques à la grande distribution à dominante alimentaire, et de généraliser les remèdes à tout un secteur qui est pourtant d'une extrême diversité: en effet, qu'y a-t-il de commun entre le commerce associé, les chaînes de grande distribution regroupant un millier de franchisés ou les commerces de proximité ne comptant que quelques dizaines d'acteurs?

4. Sans forcément que l'on adhère à toutes les opinions émises, les doutes ainsi formulés révèlent combien la loi Macron est loin de faire l'unanimité parmi les spécialistes du droit de la distribution³. Il y a fort à parier que, à peine l'encre sèche, le travail de lobbying reprendra et que de nouvelles réformes interviendront, sans parler entre-temps des tentatives de QPC pour invalider

les morceaux de la loi qui dérangent⁴. C'est tout le drame du droit français de la distribution: il s'agit d'un chantier permanent, et les réformes successives ne brillent pas toujours par leur cohérence et leur efficacité⁵. Finalement, la matière devient de plus en plus complexe et difficile d'accès. Il en résulte un fort sentiment d'insécurité juridique parmi les principaux acteurs du secteur de la distribution en France.

5. Les principaux apports et nouveautés de la loi Macron concernant la distribution se logent principalement dans son chapitre II, consacré au "Commerce". Tour à tour sont concernées les règles relatives aux réseaux de distribution, à la transparence tarifaire ou à la négociation commerciale. Mais l'on trouve aussi, dans d'autres parties du texte, des dispositions qui intéressent le sujet: les mesures concernant le contrôle de la puissance d'achat se retrouvent dans la partie relative aux nouvelles compétences de l'Autorité de la concurrence. Cet éparpillement dans la loi traduit finalement bien ce qu'est le droit de la distribution aujourd'hui: une matière éclatée entre le droit commercial classique, le droit des contrats d'affaires et le droit de la concurrence, et dont on peine parfois à dessiner les contours exacts. Par souci de clarté et de pédagogie, l'on procédera par thèmes généraux pour présenter les réformes opérées.

6. Un premier thème est d'abord consacré aux réseaux de distribution. La notion fait officiellement son entrée dans le code de commerce, dans un titre IV du livre III. En particulier, les articles L. 341-1 et suivants cherchent à encadrer ces relations et, notamment, à faciliter le changement d'enseigne des commerçants membres de réseaux afin de garantir une meilleure concurrence. L'adoption de ces mesures s'inscrit dans le prolongement de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010⁶ dénonçant la difficulté pour les magasins indépendants de changer d'enseigne dans le secteur de la distribution alimentaire. Maître Leyla Djavadi et maître Jean-Louis Fourgoux présentent l'article L. 341-1, en soulevant les questions qu'il suscite immédiatement: le dispositif prétend ainsi limiter la durée des contrats d'affiliation et exclure la tacite reconduction, mais aussi prohiber les clauses de non-concurrence post-contractuelle⁷. Les interrogations sont nombreuses, et les risques d'effets pervers sont soulignés. Ces risques d'effets contraires sont également mis en avant par Christophe Grison, responsable juridique de la Fédération française de la franchise⁸. Si la mobilité entre réseaux peut présenter

1 En ce sens, N. Mathey, Les réseaux de distribution entre marché et organisation, *Contrats, conc., consom.* no 7, juillet 2015, repère 7.

2 M. Behar-Touchais, Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n° 21, 25 mai 2015, doct. 603.

3 Au-delà des opinions émises par les auteurs de la présente rubrique, on peut aussi citer: E. Claudel, Projet de loi "Macron": un texte controversé. Brève présentation, *RTD com.* 2015, 75; A. Riéra, Avis de tempête sur les réseaux de distribution, *AJCA* 2015, 100; N. Mathey, Les réseaux de distribution entre marché et organisation, préc.; M.-E. Pancrazi, Nouveautés dans le secteur de la distribution (articles 31 à 34), Dossier spécial, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 37, 10 septembre 2015, 1405.

4 M. Behar-Touchais, L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle! *RDC*, septembre 2015 n° 3, p. 535.

5 V. M. Chagny, chron. "Pratiques restrictives", *Concurrences* n° 3-2015, p. 102 et s., qui observe que la loi "Macron" revient sur des nouveautés de la loi "Hamon", alors même que ces deux textes ont été adoptés sous une même majorité, à un an d'intervalle.

6 Aut. conc., avis no 10 -A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

7 L. Djavadi et J.-L. Fourgoux, Les questions soulevées par l'article L. 341-1 de la loi Macron: v. *infra*.

8 C. Grison, La loi Macron du 6 août 2015: Le point de vue de la franchise: v. *infra*.

des avantages au regard du droit de la concurrence, la stabilité est également un élément d'incitation important. À cet égard, la diversité du secteur de la distribution rend délicate la généralisation, et les textes semblent mal adaptés à la spécificité des réseaux de franchise: "trop de réglementation, pas assez de liberté!", tel est finalement le cri d'alarme lancé. De son côté, le professeur Frédéric Buy revient sur le champ d'application de l'article L. 341-1 du code de commerce et soulève l'existence d'une "exception sociétaire": le texte est en effet inapplicable à tout contrat de société, civile ou commerciale⁹. Notre collègue s'interroge alors sur les raisons et les possibilités découlant de cette brèche laissée ouverte.

7. Un deuxième thème concerne ensuite les nouvelles dispositions relatives à la transparence tarifaire et à la négociation commerciale. Maître Julie Zoughi présente les principaux traits de la réforme touchant au titre IV du livre IV du code de commerce, consacré à la transparence¹⁰. Plusieurs textes sont passés au crible, en particulier l'article L. 441-6, qui modifie les règles relatives aux délais de paiement, l'article L. 441-7-1, qui crée une convention unique spécifique aux relations fournisseurs-grossistes ou encore l'article L. 441-8, qui instaure une clause de renégociation pour les produits MDD. Pour sa part, Alain Gauvin, directeur exécutif des affaires juridiques et réglementaires de Carrefour, évoque le fameux article L. 442-6 du code de commerce et l'augmentation de l'amende civile qu'il prévoit¹¹. Le texte ne cesse d'être retouché au fil des réformes, jusqu'à devenir, selon les mots de l'auteur, qui se montre très critique,

un monstre au sein des règles relatives à la négociation commerciale. Le risque d'amende d'un montant excessif est important et l'auteur espère que les juges sauront faire preuve de discernement dans la mise en œuvre du texte.

8. Un troisième thème, enfin, aborde la question du contrôle de la puissance d'achat. Nous nous intéressons plus précisément à l'article L. 462-10 du code de commerce qui instaure une nouvelle obligation légale d'information à la charge des entreprises qui négocient des accords d'achats groupés¹². Ces dernières doivent transmettre à l'Autorité de la concurrence toutes les informations utiles pouvant lui permettre d'agir rapidement par la suite, afin de limiter les effets potentiellement nocifs que pourrait impliquer la mise en œuvre de tels partenariats. Le nouveau texte s'inspire de l'avis du 31 mars 2015 rendu par l'Autorité¹³ et crée un mécanisme original de surveillance du marché. Les centrales et autres regroupements devront désormais approcher l'Autorité avant de mettre en œuvre leurs accords, sans pour autant avoir à interrompre les opérations de rapprochement. En effet, c'est surtout après-coup que l'on peut juger les effets néfastes de ces pratiques. Le contrôle se situe ainsi entre le *ex ante* et le *ex post*. Sera-t-il efficace? La question se pose, dans la mesure où ce dispositif de "veille" devait être initialement accompagné d'un assouplissement des conditions de mise en œuvre de l'abus de dépendance économique. Mais cette suggestion n'a pas été reprise, ce qui laisse un goût d'inachevé. En réalité, le contrôle de la puissance d'achat n'a été renforcé que de façon assez relative. ■

Dernière minute : Parution du décret relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés.

Au moment où ce dossier « Tendances » était sur le point d'être bouclé, les premiers décrets d'application de la loi Macron intéressant le droit de la distribution ont commencé à paraître. Tel est le cas du décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés (JORF n°0291 du 16 déc. 2015 p. 23166). Les décrets d'application qui n'ont pas pu figurer dans ce dossier seront commentés au fur et à mesure dans les prochains numéros de la Revue. Pour revenir au texte publié, qui devient le nouvel article R. 462-5 du Code de commerce, celui-ci détermine les chiffres d'affaires au-delà desquels les entreprises concluant un accord à l'achat doivent communiquer cet accord à l'Autorité de la concurrence. Il s'agit du chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à l'accord et du chiffre

d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de l'accord par l'ensemble des parties.

Le nouveau texte, qui évoque la mécanique du contrôle des concentrations, pose deux conditions cumulatives aux termes desquelles les entreprises concernées devront prévenir l'Autorité de la concurrence. Il faut d'abord que « le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à de tels accords est supérieur à 10 milliards d'euros ». Il faut ensuite que « le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de ces accords par l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à de tels accords est supérieur à 3 milliards d'euros ». Pour apprécier ce dernier seuil, il est précisé que deux ou plusieurs accords conclus au cours d'une période de deux années entre les mêmes entreprises ou

groupes de personnes physiques ou morales sont considérés comme un seul accord intervenant à la date du premier.

Les chiffres mentionnés peuvent paraître importants, mais il faut les relativiser aux regards des chiffres d'affaires générés dans ce secteur d'activité. En réalité, les principaux des accords conclus devraient tomber sous le coup du texte. Par exemple, Inca, la centrale d'achat née de l'alliance entre Auchan et Système U, représente plus de 9 milliards d'euros de volume d'achats (LSA Conso., 22 janv. 2015 : la nouvelle donne des achats à l'épreuve des négos). Au 30 juin 2015, Auchan enregistrait 26,9 milliards d'euros de chiffre d'affaires hors taxe consolidé. L'ensemble du chiffre d'affaires total mondial deux groupes dépasse largement le seuil fixé par la première condition, tandis que les chiffres d'achat annoncé remplissent également le second seuil fixé. Le texte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016. J.-C. R. ■

9 F. Buy, Réseaux de distribution et droit des sociétés : Un loup dans la bergerie ? *infra*.
 10 J. Zoughi, La nouvelle réforme de la transparence tarifaire par la loi Macron : *v. infra*.
 11 A. Gauvin, Frankenstein ou le Prométhée moderne : *v. infra*.

12 J.-C. Roda, Le nouvel article L. 462-10 du code de commerce : Le renforcement (relatif) du contrôle de la puissance d'achat : *v. infra*.
 13 Aut. conc., avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, *Contrats, conc., consom.* n° 8-9, août 2015, comm. 202 par M. Malaurie-Vignal.

L'encadrement des réseaux de distribution : Les questions soulevées par l'article L. 341-1 de la loi Macron

Leyla Djavadi

djavadi@fourgoux.fr

Avocate associée, Cabinet Fourgoux et Associés, Paris

Jean-Louis Fourgoux

jfourgoux@fourgoux.fr

Avocat associé, Cabinet Fourgoux et Associés, Paris
Président de l'Association française d'étude de la concurrence, Paris

1. La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (ci-après "loi Macron" ou la "Loi"), promulguée le 6 août 2015 (*Journal officiel* du 7 août 2015), encadre les relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail affiliés à ces réseaux en ajoutant au livre III un titre IV intitulé "Des réseaux de distribution commerciale" (article 31 de la Loi, qui sera intégré aux articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce).

2. Cette disposition a vocation à entrer en vigueur à l'issue d'un délai d'un an après la promulgation de la loi Macron, soit à partir du 7 août 2016.

3. L'objectif principal était de faciliter le changement d'enseigne des commerçants membres de réseaux de distribution et donc de garantir une meilleure concurrence.

4. L'adoption de la Loi s'inscrit dans le prolongement de l'avis de l'Autorité du 7 décembre 2010¹⁴, dénonçant la difficulté pour les magasins indépendants de changer d'enseigne dans le secteur de la distribution alimentaire. En effet, aux termes de cet avis, l'Autorité avait constaté que la multiplicité des contrats liant un exploitant à un groupe de distribution dont les échéances ne coïncidaient pas constituait une entrave au changement d'enseigne.

5. Le gouvernement avait alors déposé un projet de loi destiné à remédier à ce manque de concurrence en 2011, sans succès.

6. La réforme des réseaux de distribution, non exempte de critiques, a cette fois été menée à son terme. En effet, le Conseil constitutionnel a été saisi pour examiner, entre autres, la validité de l'article L. 341-1. La saisine du Conseil constitutionnel dénonçait le risque d'atteinte à la liberté contractuelle du fait que l'échéance commune imposée par l'article L. 341-1 ne permettait pas une individualisation de la relation contractuelle.

7. Le Conseil constitutionnel a tranché en faveur de la conformité dudit article aux principes constitutionnels. En effet, il a considéré que "*le principe de liberté contractuelle ne protégerait pas un droit à l'individualisation de la relation contractuelle*". Il a rappelé que la prolongation artificielle des contrats pouvait s'apparenter à une restriction de la liberté d'entreprendre des commerces de détail.

8. Enfin, du fait du caractère limité de l'article L. 341-1, le Conseil constitutionnel a considéré que la Loi ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle.

9. L'article L. 341-1 du code de commerce va donc s'appliquer. Mais dans quelles conditions exactement, car la rédaction est encore source d'un grand nombre d'interrogations ?

10. En effet, l'obligation légale d'échéance commune et l'interdiction des clauses susceptibles de limiter la liberté du détaillant font resurgir des difficultés d'application.

14 10-A-26.

I. Clarification nécessaire du champ de l'article L. 341-1 de la Loi

11. L'article L. 341-1, du code de commerce, dans une rédaction relativement approximative, s'applique aux 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^{er} 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”*.

12. À titre liminaire, l'article L. 341-1 exclut les magasins collectifs de commerçants indépendants et les sociétés de caution mutuelle, ainsi que les contrats de bail, d'association et de société civile, commerciale ou coopérative.

13. Tout d'abord, au titre de la *“personne physique ou (...) personne morale de droit privé regroupant des commerçants”*, le titre IV, désigne les réseaux de distribution¹⁵. Plus largement, toute personne animant un réseau de distribution est soumise à l'application de la Loi. La décision du Conseil constitutionnel a précisé que la Loi ne s'applique qu'aux contrats conclus entre les réseaux de distribution et les exploitants de commerce de détail, ce qui semble exclure heureusement les contrats conclus avec les fournisseurs hors du réseau.

14. Sont également concernées les personnes physiques ou morales mettant à disposition les services de l'article L. 330-3 alinéa 1, du code de commerce, à savoir *“un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité”*. Un grand nombre d'exploitants de réseaux de distribution sont donc visés, tels que la franchise, la concession, la location-gérance, la commission, l'affiliation. Le contrat de distribution sélectif, n'imposant pas d'obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi exclusif, ne semble pas être soumis à ce texte.

15. Concernant les personnes exploitant pour leur compte ou pour le compte de tiers un commerce de détail, il est possible de se référer aux lignes directrices de l'Autorité sur les concentrations qui, au point 80, prévoient que : *“La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion*

(brocante, dépôts vente, etc.). Sont traditionnellement assimilés à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne ou par correspondance, ou encore via des livraisons directes, l'article L. 430-2, II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.”

16. Cependant, cette interprétation d'une autorité administrative ne s'imposera pas aux juridictions commerciales qui pourront avoir une conception différente de la notion de commerce de détail en la limitant à la revente au client final de biens manufacturés.

17. Par ailleurs, que faut-il entendre par les clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice de l'activité commerciale du détaillant ?

18. L'article L. 341-1 nouveau du code de commerce n'impose des obligations qu'aux opérateurs mentionnés ci-dessus ayant signé un contrat (i) ayant pour but commun l'exploitation du magasin et (ii) comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice de l'activité commerciale.

19. Seuls les contrats susceptibles de limiter la liberté d'exercice de son activité commerciale par le détaillant rentrent dans le champ de l'article L. 341-1, sans précision sur une liste de clauses exhaustive. Rentrent vraisemblablement dans son champ d'application les clauses d'exclusivité et de non-concurrence, dans la mesure où elles constituent des clauses obligeant l'acheteur à couvrir plus de 80 % de ses besoins sur un marché donné, en s'approvisionnant auprès d'un seul et même fournisseur¹⁶.

20. Dans l'attente d'une application de la Loi par les juridictions compétentes, ces questions restent ouvertes.

II. L'échéance commune des contrats

21. La loi Macron instaure, pour les contrats répondant aux critères mentionnés ci-dessus, un nouveau régime. En effet, l'article L. 341-1 prévoit que les contrats poursuivant le même but doivent arriver à échéance en même temps.

15 Le nouveau titre IV du code de commerce est : “Les réseaux de distribution”.

16 Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, pt 129.

22. Par cette exigence, le législateur souhaite éviter que la multiplicité des contrats conclus entre les mêmes cocontractants, et en particulier les modalités différentes de rupture du contrat, n'empêche le détaillant de changer d'enseigne.

23. Le Conseil constitutionnel partage la même analyse et constate que l'article L. 341-1 vise "à mettre un terme aux pratiques contractuelles des réseaux de distribution commerciale qui concluent avec les exploitants de commerce de détail qui leur sont affiliés des contrats différents n'ayant pas les mêmes durées, les mêmes échéances ou les mêmes conditions de résiliation, de sorte qu'il en résulte une prolongation artificielle des contrats qui peut s'apparenter à une restriction de la liberté d'entreprendre des exploitants de commerce de détail". Le Conseil constitutionnel reconnaît la liberté de fixer une durée et une échéance commune et la tacite reconduction des contrats.

24. Cependant, l'article L. 341-1 ne mentionne pas si son champ d'application inclut ou non les contrats à durée indéterminée. La rédaction actuelle signifierait que, dans l'hypothèse où certains accords dans les réseaux prévoient des contrats à durée indéterminée, ces contrats devraient être modifiés pour prévoir désormais une durée déterminée.

25. Par ailleurs, le non-respect de l'obligation légale tenant à la nécessaire échéance commune des contrats susmentionnés ne semble pas faire l'objet de sanction. Ce silence de la Loi permettra peut-être de prétendre que les accords ne comportant pas tous une échéance commune peuvent être tous dénoncés à tout moment. Les rédacteurs devront donc évaluer leurs risques et être attentifs à faire coïncider les échéances d'une convention ponctuelle (assurance groupe, convention tripartite avec les prestataires informatiques, entretien, sécurité...).

III. La résiliation commune des accords

26. L'article L. 341-1 du code de commerce prévoit que la résiliation d'un des contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats liant les parties.

27. En premier lieu, dans les contrats qui sont à durée déterminée, la fin du contrat est logiquement et naturellement le non-renouvellement. La résiliation signifie alors une interruption avant terme qui n'est possible que pour des cas avérés de faute grave. La résiliation et le non-renouvellement ont les mêmes conséquences, mais constituent juridiquement des notions distinctes, d'où l'imprécision de la rédaction.

28. En outre, dans l'hypothèse prévue, si plusieurs contrats ont été conclus pour plusieurs types de produits, par exemple, la résiliation de l'un d'entre eux entraîne-t-elle celle des autres? La réponse est affirmative si l'on suit la rédaction de l'article alors que, dans certaines situations, il pourrait s'agir de souhaits de réorganisation

d'une activité sans que cela nécessite de remettre en cause tous les autres contrats signés.

29. En conclusion, l'article L. 341-1 du code de commerce qui, selon les termes mêmes du titre IV, vise à encadrer les réseaux de distribution, se limite en réalité à prévoir les conditions de la fin des contrats et à encadrer les clauses susceptibles de limiter la liberté des détaillants.

30. Si cet article a le mérite de tenter de permettre aux commerces de détail de changer d'enseigne, plusieurs questions d'application pratiques et juridiques se posent inévitablement.

IV. Les critères de validité des clauses de non-affiliation

31. L'article L. 341-2 du code de commerce pose le principe de l'interdiction des clauses de concurrence post-contractuelles, mais propose immédiatement une exception pour ne pas anéantir la possibilité accordée de protéger un savoir-faire après la fin des relations contractuelles. Ce savoir-faire a été souvent critiqué dans les contrats de franchise liant les magasins de la grande distribution alimentaire.

32. Par exception, les clauses à effet post-contractuel remplissant les critères cumulatifs suivants ne sont pas prohibées :

- les clauses "concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I";
- "elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I";
- "elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I";
- "leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1".

33. Sur ce point, le droit français s'inspire du droit européen mais va au-delà. En effet, l'article 5-3 du règlement 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées¹⁷ exempte les accords verticaux répondant à ces mêmes caractéristiques.

34. Mais l'effet du règlement sur ce point n'était pas aussi contraignant que la Loi puisque le règlement ne crée ni droit ni obligation pour les cocontractants.

17 JOUE n° L. 102/1 du 23 avril 2010.

35. Le simple fait d'insérer dans un contrat de distribution des clauses non exemptes par l'article 5 n'était pas sanctionné par la nullité. Seule la clause litigieuse n'était pas exemptée et celui qui souhaitait en être délié devait justifier d'un manquement à l'article 101, § 1 (CJUE VAG).

36. La loi Macron est plus radicale et considère que toute clause non contractuelle qui ne remplit pas les conditions de l'exonération est réputée non écrite.

37. Cependant si la condition liée à l'existence d'un savoir-faire n'est pas démontrée, cela pourrait signifier que toute clause de non-affiliation pourra être invalidée. Il faut donc là encore que les rédacteurs anticipent les contestations judiciaires.

38. Également, qu'en est-il des clauses de non-sollicitation? Doit-on considérer qu'une clause de non-sollicitation empêche un détaillant d'exercer son activité

commerciale, dans la mesure où, s'il ne peut débaucher les employés d'une entreprise, rien ne lui interdit de s'approcher du personnel d'autres opérateurs?

39. Cette restriction n'est bien évidemment applicable que dans le cadre des contrats relatifs à l'exploitation d'un magasin de commerce de détail.

40. Ces nouvelles contraintes s'inscrivent dans la ligne des propositions de l'Autorité de la concurrence. Il est cependant regrettable que les réponses apportées pour le secteur de la grande distribution (lieu d'affrontement entre opérateurs économiques) soient purement et simplement étendues à des domaines qui ne rencontrent pas les mêmes problématiques.

41. La loi Macron, dont l'un des objectifs est de faciliter l'activité économique, pourrait ainsi avoir des effets pervers en réduisant l'attractivité du droit français de la distribution. ■

La loi Macron du 6 août 2015 : Le point de vue de la franchise

Christophe Grison

c.grison@franchise-fff.com

Responsable juridique, Fédération française de la franchise, Paris

Introduction

1. La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite "loi Macron", a souhaité encadrer davantage les contrats des réseaux de distribution commerciale. Cette volonté d'encadrement procède avant tout d'une volonté politique (I.).

2. Il convient de préciser que les dispositions votées par le Parlement ne concernent pas uniquement le système de la franchise mais s'étendent à d'autres formes de distribution telles que la coopérative. Toutefois, nos propos porteront sur le système de la franchise, dont les spécificités et la diversité en termes de secteurs d'activité ont été souvent ignorées par le législateur (II.). La loi Macron s'inscrit enfin dans une tendance de fond consistant à soumettre toujours davantage les contrats de distribution au droit de la concurrence (III.).

I. Une volonté politique d'encadrer les contrats de franchise par le législateur

3. Le législateur est intervenu afin, d'une part, d'interdire la pratique des contrats à durée différente empêchant un distributeur de sortir du réseau (1.) et d'autre part, de réglementer plus strictement les clauses de non-concurrence post-contractuelles (2.).

1. L'enchevêtrement des contrats : Une pratique interdite

4. **Une disposition votée malgré l'engagement des professionnels de la franchise de la faire cesser** – La loi Macron a voulu mettre un terme à une pratique consistant à faire signer à des distributeurs des contrats à échéances différentes afin d'empêcher ces derniers de sortir du réseau de distribution.

5. Cette pratique avait déjà été dénoncée par l'Autorité de la concurrence (Adlc), dans son avis du 7 décembre 2010¹⁸. L'Adlc demandait alors "aux opérateurs d'unifier la durée de l'ensemble des contrats constitutifs de la relation commerciale, courants et à venir"¹⁹ considérant que "lorsque de tels contrats sont d'une durée différente et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas automatiquement la rupture d'un autre (...) la durée de la relation contractuelle peut alors être artificiellement prolongée"²⁰.

6. À la suite de cet avis, les professionnels de la franchise ont fait évoluer, dès juin 2011, leur code de bonnes pratiques en ajoutant un article 17 au code de déontologie européen de la franchise, qui vise, notamment, à interdire cette pratique.

7. Malgré la volonté des professionnels de la franchise de s'autoréguler, le législateur a décidé d'intervenir. Ainsi, la loi Macron dispose, en son article 31, que les contrats liant une tête de réseau avec son distributeur "prévoient une échéance commune"²¹. Elle ajoute que "la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article".

8. **La méfiance du législateur à l'égard des professionnels** – Le vote de cette disposition manifeste de la part du législateur une certaine méfiance à l'égard des professionnels et suscite, en ce sens, trois séries de commentaires.

18 Aut. conc., avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

19 Pt 224, Aut. conc., avis du 7 décembre 2010.

20 Pt 136, Aut. conc., avis du 7 décembre 2010.

21 L'article L. 341-1 du code de commerce dispose en effet que : "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 Ier 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.

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, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative."

– Le législateur n’a pas tenu compte de la volonté des professionnels de la franchise de s’autoréguler *via* leur code de déontologie. Or, ce code a un double effet : un effet préventif en ce sens qu’il indique aux réseaux de franchise les pratiques à ne pas mettre en œuvre et un effet incitatif en ce sens que les entreprises, ayant mis en œuvre une mauvaise pratique, sont invitées à la faire cesser par leurs pairs. En outre, les professionnels de la franchise, *via* leur code de déontologie, sont allés plus loin que ce que prévoit la loi actuelle. En effet, l’article 17 de ce code prévoit que “*le franchiseur ne doit pas développer de pratiques injustifiées privant le franchisé de sa liberté de quitter le réseau à la fin du contrat de franchise*”. Sont ainsi visées les pratiques de contrats à durée différente mais également de paiement de droits d’entrée à la sortie empêchant le franchisé de quitter le réseau²². Certes, la régulation n’est pas dans les us et coutumes de tous les autres systèmes de distribution, cependant, il aurait été opportun que le législateur tienne compte de cette spécificité du système de la franchise avant de le soumettre à une telle disposition²³.

– Il convient également de rappeler qu’un franchiseur de la grande distribution alimentaire, ayant mis en œuvre cette pratique, s’était engagé auprès de l’Adlc, et ce, quelques mois avant l’avis du 7 décembre 2010, à “*aligner sur une même date les échéances de ses contrats de franchise et d’approvisionnement en cours qui comporteraient des termes différents*”²⁴. Par conséquent, tous les acteurs économiques de la franchise étaient d’accord pour supprimer cette pratique, ce qui réduit immanquablement l’intérêt de cette disposition pour ce qui concerne le système de la franchise. Est-ce à dire que cette pratique avait cours dans d’autres systèmes que celui de la franchise ? Dans ce cas, il aurait été opportun que l’Adlc, dans son avis du 7 décembre 2010, indique combien d’entreprises du secteur de la grande distribution alimentaire recouraient encore à cette pratique. Une ? Deux ? Nous l’ignorons. Il convient également d’observer que l’avis de l’Adlc, ayant inspiré le législateur, date de plus de quatre ans ! Les pratiques des professionnels n’ont-elles pas depuis évolué ?

– Un nouveau travail d’analyse de ces pratiques aurait dû être préalablement effectué par le gouvernement sans que ce dernier se limite au seul secteur de la grande distribution alimentaire²⁵. Ceci lui aurait permis de savoir, en toute indépendance, si, d’une part, cette pratique n’a effectivement pas cessé et, d’autre part, si elle concernait suffisamment d’entreprises pour justifier son intervention.

9. Il s’agit avant tout d’une disposition éminemment politique, mais son vote révèle l’état d’esprit de certains parlementaires qui veulent légiférer, coûte que coûte, sur les réseaux de distribution – et plus particulièrement sur les acteurs de la grande distribution alimentaire²⁶.

2. Les clauses de non-concurrence post-contractuelles : Des conditions de validité plus strictes

10. La reprise contestable des conditions de validité du droit communautaire – Le législateur a voté une autre disposition relative aux conditions de validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles, qui concernent plus particulièrement le système de la franchise, étant inhérentes à ce dernier.

11. Dans son avis de 2010, l’Adlc avait déjà demandé “*la limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles dans les contrats d’affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d’associés à une durée de un an et au magasin objet du contrat*”.

12. L’article L. 341-2 du code de commerce²⁷ va dans le même sens et reprend les conditions de validité prévues à l’article 5 du règlement d’exemption communautaire n° 330-2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l’application de l’article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne à des catégories d’accords verticaux et de pratiques concertées²⁸.

13. La reprise de ces conditions peut néanmoins laisser perplexe... Il apparaît que les conditions fixées par ce règlement ne constituent qu’une présomption de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle. Cela signifie qu’une clause allant au-delà des critères

26 Voir ci-dessous II-1.

27 L’article L. 341-2 du code de commerce dispose que : “I. – 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. II. – Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s’en prévaut démontre qu’elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :
1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l’objet du contrat mentionné au I ;
2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l’exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;
3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;
4° Leur durée n’excède pas un an après l’échéance ou la résiliation d’un des contrats mentionnés à l’article L. 341-1.”

28 L’article 5 du règlement d’exemption prévoit les conditions de validité suivantes :
“a) l’obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels ;
b) l’obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l’acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ;
c) l’obligation est indispensable à la protection d’un savoir-faire transféré par le fournisseur à l’acheteur ;
d) la durée de l’obligation est limitée à un an à compter de l’expiration de l’accord.”

22 Le paiement des droits d’entrée à la sortie était également une pratique dénoncée par l’avis de l’Autorité du 7 décembre 2010 (pts 139 à 141).

23 V. ci-dessous II-2.

24 Aut. conc., déc. n° 10-D-08 du 3 mars 2010, § 33.

25 Voir ci-dessous II-1.

fixés dans ce règlement ne sera pas *ipso facto* annulée par le juge²⁹. Si tel est le cas, le franchiseur devra alors démontrer que sa clause remplit les conditions prévues à l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Au-delà de cet aspect, nous aurions souhaité que le législateur fixe des conditions plus souples que celles du droit communautaire puisque les parts de marché de la grande majorité des franchiseurs et franchisés n'atteignent pas les seuils du règlement communautaire, ce qui réduit considérablement les éventuelles atteintes à la concurrence.

14. La défiance du législateur à l'égard des juges? – Ces nouvelles conditions légales de validité sont également plus restrictives que celles définies jusqu'alors par la jurisprudence. Ne témoignent-elles pas d'une certaine défiance du législateur à l'égard des juges qui sont amenés à valider ces clauses?

15. La jurisprudence a fixé des conditions de validité pour les clauses de non-concurrence post-contractuelles en matière de franchise. Celles-ci doivent être limitées dans le temps, dans l'espace, proportionnées et justifiées par les intérêts à protéger³⁰.

16. La fixation de conditions de validité plus restrictives que celles définies en jurisprudence aura certainement pour effet de cantonner le pouvoir d'appréciation des juges du fond. Ils ne pourront, semble-t-il, exercer ce pouvoir d'appréciation qu'au travers de la condition de l'existence ou non d'un savoir-faire à protéger. Les autres conditions légales³¹ ne permettant pas *a priori* l'exercice de ce pouvoir d'appréciation par le juge.

17. La jurisprudence sera-t-elle, dans les prochaines années, plus restrictive quant à la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles? Autrement dit, une clause valable sous l'empire des conditions jurisprudentielles le sera-t-elle encore sous l'empire de la loi Macron? Ainsi, une clause de non-concurrence post-contractuelle de deux ans, validée par le juge, le sera-t-elle encore demain? Se dessine ainsi une zone d'insécurité juridique pour les réseaux de franchise qui devront, le cas échéant, modifier leur clause de non-concurrence post-contractuelle. Pour ce faire, le législateur leur laisse une seule année. Il sera certainement difficile, pour un certain nombre de réseaux, de modifier leurs clauses dans un laps de temps aussi court... Aujourd'hui comme hier,

les professionnels ne pourront alors compter que sur les juges pour trouver les moyens d'assurer le meilleur équilibre entre la liberté d'entreprendre du franchisé et la nécessaire protection du savoir-faire.

18. Pour les raisons évoquées ci-dessus, les deux dispositions de la loi Macron concernant les réseaux de distribution nous paraissent, pour la première, inutile, puisqu'en franchise la pratique d'enchevêtrement des contrats avait disparu ou était sur le point de l'être, et, pour la seconde, inopportune puisque les juges contrôlaient déjà, au cas par cas, la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles³².

II. Une approche législative niant la diversité sectorielle et les spécificités de la franchise

19. Afin de réglementer les contrats de distribution, le législateur a retenu l'approche suivante: d'une part, il s'est focalisé sur les pratiques de certains acteurs du secteur de la grande distribution alimentaire pour définir des dispositions applicables, *in fine*, à tout le secteur du commerce de détail (1.) ; d'autre part, il a ignoré les spécificités du système de la franchise par rapport à celles d'autres systèmes de distribution (2.).

1. Du secteur de la grande distribution alimentaire à tous les autres secteurs du commerce de détail

20. Une approche unisectorielle de la franchise par le législateur – L'avis de 2010 de l'Adlc avait stigmatisé certaines pratiques de quelques acteurs de la grande distribution alimentaire. Pour autant, le dispositif voté par le Parlement a étendu les recommandations de l'Adlc à tous les secteurs du commerce de détail.

21. Aux yeux du législateur, il apparaît que le secteur de la grande distribution alimentaire fonctionne comme un catalyseur des mauvaises pratiques qui pourraient, le cas échéant, se propager à d'autres secteurs d'activité.

²⁹ Comme le relèvent les juges nationaux, "un règlement d'exemption aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1 du Traité CE (désormais l'article 101, paragraphe 1 du Traité FUE), n'établit pas de prescriptions contraignantes ou obligeant les parties contractantes à y adapter le contenu de leur contrat, mais se limite à établir des conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et, par conséquent, à la nullité de plein droit prévues par l'article 81, paragraphe 1 du Traité CE". CA Rouen, 24 octobre 2013, n°12-04374.

³⁰ CA Rennes, 28 juin 2011, n° 10-00903 : La cour d'appel de Rennes a considéré que "limitée dans l'espace et dans le temps, et strictement proportionnée aux intérêts que le franchiseur était légitimement fondé à défendre, cette clause est valable".

³¹ À savoir, la clause doit être limitée aux biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat, à un 1 an et aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat.

³² V. ci-dessous II-1.

22. Ce point de vue est critiquable en ce sens qu'il procède d'un *a priori* puisqu'aucune analyse de l'Adlc ne démontre que les pratiques dénoncées dans l'avis de 2010 se retrouvent dans d'autres secteurs d'activité. En outre, le secteur d'activité de la grande distribution alimentaire est très particulier d'un point de vue concurrentiel si bien qu'il ne nous paraît pas pouvoir représenter à lui seul tous les autres secteurs d'activité du commerce et de la distribution. Le manque de représentativité de ce secteur est corroboré, en franchise, par les chiffres. Les réseaux de franchise, dans ce secteur, représentent à peine 9 % de l'ensemble des réseaux de franchise et moins de 20 % du total des franchisés³³. Par conséquent, l'extension du champ d'application de l'avis de 2010 de l'Adlc, à laquelle le législateur a procédé, nous paraît dangereuse alors même qu'aucune étude d'impact n'a été réalisée pour connaître les conséquences de ces dispositions sur ces autres secteurs d'activité.

23. La jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence post-contractuelles illustre parfaitement les particularismes du secteur de la grande distribution alimentaire par rapport à d'autres secteurs d'activité.

24. Les particularités jurisprudentielles du secteur de la grande distribution alimentaire quant à la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles

Les clauses de non-concurrence post-contractuelles, dans le secteur de la grande distribution alimentaire, font l'objet d'une analyse très rigoureuse de la part des juges du fond, qui tiennent compte des particularités de ce secteur d'activité et les annulent presque systématiquement³⁴. Cela ne signifie pas pour autant que ces clauses ne puissent pas être validées par les juges nationaux puisqu'ils relèvent bien, dans leurs arrêts, l'existence d'un savoir-faire dans ce secteur. Toutefois, ce savoir-faire – que les juges estiment de “faible technicité” – ne permet pas d'aller au-delà des conditions de validité

posées par le droit communautaire³⁵. Ainsi, là où parfois les juges sont enclins à réduire la portée d'une clause de non-concurrence post-contractuelle³⁶, les mêmes juges, dans le secteur de la grande distribution alimentaire, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, annulent la clause. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas et, en pratique, le franchisé pourra continuer d'exercer son activité dans un autre réseau ou de manière isolée sauf à ce qu'il continue, par exemple, d'utiliser l'enseigne du réseau et/ou de vendre des produits de marques de distributeur³⁷. Dans ces derniers cas, la clause de non-concurrence post-contractuelle retrouve tout son intérêt – même dans un réseau de la grande distribution alimentaire – puisqu'elle permet de protéger le réseau de franchise d'un ex-franchisé³⁸.

25. Ainsi, le travail des juges permettait déjà de concilier la liberté d'exercice d'une activité par un franchisé de la grande distribution alimentaire avec la nécessaire protection du savoir-faire, indispensable dans un système tel que celui de la franchise.

33 Source FFF, données 2014 et étude d'impact de la franchise Diagnostic & Systems, 2015. Annuaire Toute la franchise® 2015.

34 Cass. com., 18 décembre 2012, n° 1-27068 : le contrat de franchise comportait une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an, une enseigne de renommée nationale ou régionale, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel ayant relevé “que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi-systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale ou régionale ; qu'il constate que la supérette des franchisés était exploitée dans un petit chef-lieu de canton ; que de ces constatations et appréciations souveraines des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a pu déduire (...) que la clause, qui emportait interdiction de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres, mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce, n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et devait être annulée”. Même solution dans les arrêts Cass. com. du 16 septembre 2014, n° 13-18710, CA Paris du 3 avril 2013, n° 10-24013 et CA Metz du 27 janvier 2015, n° 15-00042 concernant la grande distribution alimentaire.

35 Cass. com., 23 septembre 2014, n°13-22624 : dans cette affaire, le contrat de franchise était assorti d'une clause de non-réaffiliation d'une durée de trois ans en cas de résiliation du contrat. La Cour de cassation considère qu'“ayant relevé l'existence d'un savoir-faire, dont elle a apprécié les faibles technicité, spécificité, et originalité, comme étant centré sur la politique de promotion de l'enseigne, incluant sa politique tarifaire, et souligné que les méthodes de ce savoir-faire sont abandonnées au profit de celles du nouveau franchiseur quand un franchisé s'affilie à une autre enseigne, la cour d'appel (...), a légalement justifié sa décision”. Elle ajoute qu'“après avoir constaté que l'interdiction faite au franchisé de se réaffilier et de vendre des produits de marques de distributeur liées à une enseigne de renommée nationale ou régionale concurrente ne trouve application que lorsque le contrat prend fin par anticipation en raison de fautes du franchisé, l'arrêt retient, d'abord, que cette clause tend à décourager les franchisés de quitter prématurément le réseau, ne concerne pas la protection du savoir-faire et des intérêts légitimes du franchiseur et a pour effet de porter une atteinte illégitime à la liberté d'exercer son commerce dans des conditions normales ; qu'il relève, ensuite, qu'à l'égard des clauses de non-concurrence, qui en principe apportent une restriction plus grande à la liberté commerciale du franchisé que les clauses de non-réaffiliation, la durée raisonnable fixée par les règlements communautaires n° 4087/88 et n° 330-2010, pour protéger les droits du franchiseur et la réputation du réseau, ne peut excéder un an, et qu'il n'est pas démontré que le commerce de distribution de détail alimentaire présente une technicité telle qu'il impose une clause de non-réaffiliation d'une durée de trois ans ; qu'il constate, enfin, au sein du réseau Carrefour, une variabilité de la durée des clauses de non-réaffiliation que le franchiseur n'a pu expliquer par des raisons objectives ; (...) que disproportionnée au but poursuivi, la clause l'était également dans sa durée”.

36 CA Paris, 3 juin 2011 n°09-09940 : la cour d'appel de Paris considère que “la clause de non-concurrence n'était pas illicite en elle-même, dans la mesure où elle protégeait le savoir-faire du franchiseur et les intérêts des franchisés du réseau, qu'elle était limitée dans le temps pour une durée raisonnable, que l'atteinte à la pérennité du fonds du franchisé résulte seulement de son extension aux départements limitrophes du territoire concédé ce qui conduit non à la nullité de la clause dans son ensemble mais à réduire la sanction de cette clause aux seules violations du territoire concédé, que celle-ci est patente au regard de ce qui a été précisé” (Secteur de la location de véhicules).

37 CA Lyon 4, décembre 2014, n° 14-00912 : un franchisé ayant voulu quitter le réseau SPAR continuait après sa sortie du réseau à utiliser l'enseigne et à commercialiser de nombreux produits marqués Casino. Les juges ont considéré que la tête de réseau “était tout à fait en droit d'exiger que la société [franchisée] n'use plus de l'enseigne SPAR alors que celle-ci était sortie de ce réseau du fait de la résiliation du contrat de franchise et alors que l'article 16 du contrat lui faisait interdiction de le faire, l'intimée ne lui a jamais demandé de ne plus vendre de produits alimentaires, contrairement à ce qui est allégué, mais uniquement et légitimement, de ne plus continuer à vendre des produits de marque Casino en violation de la clause de non-concurrence”.

38 V. ci-dessous II-2.

2. La nécessité de reconnaître les spécificités de la franchise

26. La méconnaissance du système de la franchise par le législateur – L'amendement déposé par le député Brottes, prévoyant de réputer non écrites les clauses de non-concurrence post-contractuelles, méconnaissait les spécificités du système de la franchise. En effet, comme le rappellent régulièrement les juges, *“ les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence post-contractuelles peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité; que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent ”*³⁹.

27. Si ces clauses ne sont pas nécessaires dans d'autres systèmes de distribution tels que la coopérative, il en va autrement en franchise. Aussi, l'ambition de certains parlementaires de *“ garantir la liberté d'exercice de leur activité des commerçants de détail ”*⁴⁰ ne doit pas aboutir à remettre en cause tout un système.

28. Contrairement à ce qui est parfois soutenu, la clause de non-concurrence post-contractuelle n'a pas uniquement pour objectif de protéger les intérêts et les investissements réalisés par le franchiseur. Cette clause permet, de la même manière, de protéger les autres franchisés du réseau. En effet, que diraient ces franchisés s'ils apprenaient qu'un ex-franchisé pouvait les concurrencer en utilisant immédiatement le savoir-faire transmis? Quel serait également l'intérêt pour un franchiseur de se développer *via* la franchise et de réaliser d'importants investissements en matière de savoir-faire, d'innovations, de R&D alors même qu'un ancien franchisé pourrait réduire tous ces efforts à néant?

29. À vouloir traiter uniformément les différents systèmes de distribution, le législateur peut en arriver à remettre en cause le fonctionnement même de ces systèmes pourtant créateurs de richesses et d'emplois. Cette remise en cause est très certainement due à une méconnaissance du fonctionnement et des exigences du système de la franchise. À cet égard, il est intéressant de souligner le parti pris de certains parlementaires considérant que les franchisés *“ sont de simples utilisateurs de services ”* par opposition aux *“ commerçants coopérateurs et associatifs ”* qui seraient de *“ vrais ”* commerçants indépendants prenant des risques entrepreneuriaux⁴¹.

30. Sans rien retirer aux spécificités du système coopératif, il convient de rappeler que le code de déontologie européen de la franchise indique que les franchisés sont des commerçants juridiquement et financièrement indépendants. Les franchisés sont donc des commerçants

indépendants – et non des clients – qui ont choisi, en toute liberté, la franchise pour développer leur(s) entreprise(s), et supportent les risques de tout entrepreneur, et ce, que ce soit au niveau juridique, social, ou bien encore financier⁴².

31. La nécessité de réaffirmer l'indépendance des franchisés – La remise en cause de l'indépendance des franchisés n'est pas l'unique fait du législateur. L'Adlc a, elle aussi, tendance à remettre en cause, dans ses décisions, l'indépendance des franchisés en les assimilant à de simples succursales.

32. Il est vrai qu'en franchise, la tête de réseau est, dans la grande majorité des cas, propriétaire d'un certain nombre de succursales – constituant le réseau intégré – lui permettant de tester son concept et ses évolutions afin, le cas échéant, de les transmettre aux points de vente franchisés. Nous sommes ici au cœur du système de la franchise, qui consiste en une réitération du savoir-faire et de la réussite du franchiseur par les franchisés.

33. À la lecture d'un certain nombre de décisions de l'Adlc concernant notamment les concentrations et les abus de position dominante, le réseau de franchise est souvent considéré comme un *“ groupe d'entreprises ”* appartenant au franchiseur. En procédant ainsi, elle en arrive à remettre en cause le système de la franchise, fondé sur l'indépendance des franchisés. Il est certain que la franchise implique nécessairement un minimum de coordination entre les franchisés et les succursales, notamment en matière de prix et de politique commerciale, afin de préserver le savoir-faire et de respecter le concept. Il ne peut en être autrement. Ceci étant dit, l'indépendance des franchisés n'est pas en soi remise en cause. Les franchisés ayant le droit de modifier les prix et de réaliser des campagnes promotionnelles et/ou de communication locale dans le respect de la réputation et de la notoriété de la marque. L'indépendance des franchisés devrait alors s'apprécier au regard de la possibilité pour ceux-ci de quitter le réseau de franchise à la fin du contrat. Si le contrat de franchise permet au franchisé de sortir du réseau et d'exercer une autre activité commerciale, alors il s'agit bien d'un commerçant indépendant. Il ne peut dès lors appartenir à un groupe d'entreprises comme peuvent l'être les succursales d'une tête de réseau.

34. La reconnaissance des spécificités du système de la franchise devrait alors permettre de justifier la présence d'un certain nombre de clauses. Il en va ainsi des clauses de non-concurrence ou de non-affiliation qui n'empêchent pas un ex-franchisé d'exercer une autre activité commerciale ou la même activité mais dans un autre endroit.

39 CA Paris, 3 avril 2013, n° 10-24013.

40 Amendement n° 1681 présenté par M. Brottes devant l'Assemblée nationale.

41 Séance du 10 avril 2015 au Sénat (<http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410007.html>).

42 Juridiquement, c'est le franchisé qui signe les contrats avec les différents prestataires de son entreprise ou bien encore avec ses fournisseurs, le cas échéant. De même, il est et reste responsable des produits vendus et des services rendus à sa clientèle.

Socialement, c'est le franchisé qui embauche ses salariés et qui les rémunère et, d'une manière plus générale, c'est sur lui seul que reposent les obligations en matière sociale vis-à-vis de ces derniers.

Financièrement, c'est lui qui engage les investissements nécessaires à son point de vente, à sa gestion et à sa communication locale.

35. Les raisons développées ci-dessus démontrent qu'en pratique la liberté d'entreprendre d'un franchisé n'est pas menacée, au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la protection du savoir-faire de la tête de réseau, par la présence de clauses de non-concurrence post-contractuelles.

36. **Pour un changement de paradigme** – L'approche des réseaux de distribution par l'Adlc et le législateur repose sur le paradigme suivant : une vision unisectorielle, puisqu'exclusivement tournée vers la grande distribution alimentaire, et une vision uniforme des systèmes de distribution, ce qui conduit à ignorer les spécificités de chaque système. Ce constat suscite alors une interrogation : si tous les systèmes s'équivalent et se voient finalement appliquer les mêmes règles, quel est l'intérêt pour un opérateur économique d'opter plus pour l'un que pour l'autre ?

37. Cette approche consistant à vouloir toujours tout unifier – certainement par commodité afin d'appréhender plus facilement les réseaux de franchise – est également perceptible au niveau communautaire. Rappelons-nous de l'arrêt de la CJCE du 28 janvier 1986, *Pronuptia*⁴³, dans lequel le juge communautaire développait une analyse spécifique du système de la franchise lui permettant de valider ou d'invalider telle ou telle clause du contrat de franchise qui lui était alors soumis. Cette approche spécifique du système de la franchise se retrouvait dans le règlement communautaire de 1988⁴⁴ qui s'appliquait à certaines catégories d'accords de franchise. La démarche actuelle de la Commission européenne procède désormais d'une approche totalement différente puisque le règlement d'exemption de 2010 ne se borne pas aux accords de franchise mais concerne toutes "*catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*". Le terme "*franchise*" n'apparaissant même pas dans ce règlement. Il manque peut-être à ce règlement l'empreinte que le juge communautaire avait eue sur le règlement de 1988.

38. Il serait temps de revenir à plus de pragmatisme et de prendre en compte les spécificités de la franchise et ses pratiques, qui en font son efficacité, en ne les cantonnant pas à un seul secteur d'activité. Aussi, il nous semble qu'un changement de paradigme s'impose. Celui-ci peut se formuler sous la forme d'un chiasme : d'une approche unisectorielle et globale des systèmes de distribution à une approche spécifique de ces systèmes et plurisectorielle.

43 CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia*, aff. 161/84.

44 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise.

III. Les tendances de fond découlant de la loi Macron

39. Depuis quelques années, les professionnels de la franchise constatent deux tendances de fond : une soumission de plus en plus forte des réseaux de distribution au droit de la concurrence (1.) et une influence croissante de l'Autorité de la concurrence (2.). La loi Macron n'échappe pas à ces deux tendances.

1. Plus de réglementation, moins de liberté contractuelle

40. **Un droit de la concurrence omniprésent** – La loi Macron confirme la première tendance en imposant de nouvelles obligations aux professionnels dans la rédaction de leurs contrats d'affaires. Ceci se traduit inévitablement par un recul de la liberté contractuelle et marque la volonté du législateur de contrôler de plus en plus les clauses des contrats de distribution. Ce faisant, le droit de la concurrence, qui devrait être appréhendé positivement par la majorité des entreprises puisqu'il doit permettre d'assurer une concurrence saine et loyale, peut, à certains égards, être perçu avec méfiance en ce sens qu'il en vient à s'immiscer de plus en plus dans une relation contractuelle et, *in fine*, essaye de diriger les pratiques et comportements des entreprises.

41. Grâce à leur mobilisation, les professionnels ont réussi à ce que les dispositions concernant les réseaux de distribution commerciale n'emportent pas de conséquences trop graves sur leur pérennité. Toutefois, les menaces d'une immixtion plus grande du droit de la concurrence sur les réseaux de distribution n'a pas complètement disparu puisque la loi Macron prévoit que "*le Gouvernement remettra au Parlement un rapport, dans un délai de quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi, dans lequel il présentera des mesures concrètes visant à renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseignes afin d'augmenter le pouvoir d'achat des Français, de diversifier l'offre pour le consommateur dans les zones de chalandise tout en permettant au commerçant de faire jouer la concurrence entre enseignes, notamment au niveau des services que celles-ci proposent*". Là encore, il apparaît que le rapport se concentrera sur les pratiques des réseaux de la grande distribution alimentaire et aura une vision forcément parcellaire – si ce n'est faussée – des pratiques des réseaux de distribution.

42. Au-delà de cet aspect, en sollicitant ce rapport, le législateur reconnaît-il que les dispositions concernant les réseaux de distribution sont un échec? Sont-elles seulement insuffisantes et nécessitent-elles d'être complétées? De quelles manières? Nous pouvons nous interroger sur les propositions qui seront formulées dans ce rapport alors même que le législateur et le

gouvernement ont dû infléchir leur position à la suite de la démonstration par les professionnels qu'un bon nombre de dispositions de l'amendement Brottes et de certaines recommandations de l'Autorité dans son avis de 2010 n'étaient pas valables tant d'un point de vue juridique qu'économique.

43. Cependant, nous ne doutons pas que la politique saura tout mettre en œuvre pour aboutir à ce qu'il souhaite, et ce, sous couvert de principes énoncés à maintes reprises lors des débats parlementaires, à savoir: renforcer la concurrence, permettre les changements d'enseigne, garantir la liberté d'exercice de leur activité par les distributeurs. Est-ce que ces beaux principes, que chacun partage, doivent aboutir à une remise en cause de tout un système tel que celui de la franchise? Gageons que le rapport du Gouvernement saura faire la part des choses en sachant valoriser également les bonnes pratiques des réseaux de distribution et qu'une nouvelle intervention législative emporterait plus d'inconvénients que d'avantages.

2. L'influence croissante de l'Autorité de la concurrence

44. Des avis motivant l'intervention du législateur – La seconde tendance de fond se manifeste par une influence toujours plus importante de l'Autorité de la concurrence au travers de ses avis lui permettant de sensibiliser le pouvoir législatif à certaines problématiques. Et le législateur fait souvent preuve d'un certain suivisme en matière de concurrence, faisant ainsi confiance à l'Adlc. Les débats parlementaires sur les dispositions concernant les réseaux de distribution ont en effet démontré l'influence de cette Autorité sur le pouvoir législatif. Cette influence porte en elle le risque de devenir une emprise sur le législateur, tenté alors de retranscrire *in extenso* les desiderata de cette "autorité administrative indépendante". Ses avis devenant alors un outil au service même de cette Autorité⁴⁵.

45. En ce sens, la loi Macron a révélé une certaine complaisance du législateur à l'égard de l'Autorité de la concurrence lorsqu'il s'est agi de lui accorder un

pouvoir d'injonction structurelle. En effet, dans un avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, l'Adlc a sollicité un pouvoir d'injonction structurelle⁴⁶. Heureusement, le Conseil constitutionnel a censuré fermement ce dispositif prévu à l'article 39 de la loi Macron en se fondant sur l'atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. Ainsi, n'est-ce pas l'arroseur arrosé avec un législateur prônant la liberté d'entreprendre des distributeurs et se faisant rappeler à l'ordre par les Sages pour y avoir porté atteinte?

46. De la même manière, il conviendra de prendre garde que la volonté politique de réglementer toujours davantage les contrats de distribution n'aboutisse pas à porter atteinte à des principes essentiels que sont la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre.

Propos conclusifs

47. La régulation, une solution à trop de réglementation? – Alors, peut-on enrayer cette emprise du droit de la concurrence sur les réseaux de franchise? Les acteurs de la franchise ont certainement une carte à jouer qui est celle de la régulation. En effet, depuis les années 1970, la Fédération française de la franchise s'est dotée d'un code de déontologie qui est, par la suite, devenu européen. Ce code est une aide pour mieux faire comprendre les spécificités du système de la franchise et mieux faire connaître ses bonnes pratiques. En ce sens, il peut également constituer une sorte de garde-fou à l'égard de l'Autorité de la concurrence et du législateur, à condition que ces derniers prennent en compte les engagements des professionnels.

48. La régulation par les professionnels – ou la *soft law* prônée par la Commission européenne⁴⁷, qui a bien compris que la réglementation ne permettait pas toujours de répondre rapidement à des pratiques parfois changeantes – pourrait constituer un moyen d'éviter que le législateur s'empare de problématiques dont il maîtrise moins bien les tenants et les aboutissants que les professionnels eux-mêmes. Le droit de la concurrence en sortirait, très certainement, grandi. ■

45 Ceci est notamment affirmé dans le rapport relatif aux "Mesures touchant à l'urbanisme commercial" de janvier 2015 dont les experts étaient chargés d'évaluer les effets des principales mesures prévues en la matière par la loi Macron: "(...) l'Autorité s'est vu octroyer il y a quelques années un pouvoir d'auto-saisine en matière d'avis, dont elle a fait un grand usage: dans un contexte non contentieux, cette procédure d'avis lui permet de faire valoir publiquement l'intérêt d'un fonctionnement concurrentiel des marchés et les modalités nécessaires pour y parvenir (...)"

46 Pts 194-195. Aut. conc., n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

47 C'est ainsi que la Commission européenne, dans sa communication du 15 juillet 2014, Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, encourage les acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire européenne à participer à des dispositifs volontaires visant à promouvoir les bonnes pratiques et à réduire les pratiques commerciales déloyales.

Réseaux de distribution et droit des sociétés : Un loup dans la bergerie ?

Frédéric Buy

f.buy@univ-amu.fr

Agrégé des facultés de droit
Professeur, Université d'Aix-Marseille

1. Le dispositif d'encadrement des relations contractuelles entre les réseaux et leurs affiliés comprend une disposition qui attire indiscutablement l'attention. Après avoir posé les grandes règles (échéance commune des contrats, résiliation en cascade), l'article L. 341-1 du code de commerce précise en effet, dans son troisième alinéa, que *“le présent article n'est pas applicable (...) au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative”*. Pourquoi sanctuariser ainsi le contrat de société, alors que, dans sa première version, le projet de loi indiquait au contraire que *“les règles statutaires et les décisions collectives adoptées conformément aux dispositions législatives relatives aux associations et aux sociétés civiles, commerciales ou coopératives ne peuvent déroger (aux dispositions précédentes)”*? Cette hésitation du législateur a trahi la difficulté qu'il y avait à arbitrer entre le souci de préserver un mode d'organisation des réseaux particulièrement apprécié et celui de ne pas manquer la cible à force d'exclusions.

2. Nous voudrions ici nous interroger sur la pertinence du choix qui a été finalement opéré. Parce que *“l'instrumentalisation du droit des sociétés”*⁴⁸ s'exprime en la matière sous des formes très diverses, nous n'en retiendrons que deux figures emblématiques : celle du réseau coopératif (I.) et celle de la franchise participative (II.).

I. Le réseau coopératif

3. Le débat existait déjà au lendemain du fameux avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010. Pour les besoins de son analyse (qui devait conduire au constat d'une faible mobilité interenseignes dans le secteur de la grande distribution alimentaire), l'Autorité avait en effet choisi de traiter en bloc le cas de tous les “magasins indépendants” : ceux qui étaient affiliés à un groupe intégré (Carrefour, Casino, Auchan) par un contrat de franchise, comme ceux qui étaient affiliés à un groupement coopératif (E. Leclerc, Système U, Intermarché). Cette assimilation fut énergiquement dénoncée à l'époque, entre autres par notre collègue Marie Malaurie-Vignal, qui reprocha à l'Autorité de ne s'être guère interrogée sur l'applicabilité du droit de la concurrence au droit coopératif et de procéder à un *“amalgame entre droit des contrats et droit des sociétés coopératives”*⁴⁹. L'amendement Brottes du 22 janvier 2015, largement inspiré de l'avis de 2010, essuya naturellement à son tour de vives critiques. Faisant front uni contre ce qui était encore l'article 10 A du projet, les acteurs du commerce associé reprochèrent au législateur de confondre *“deux modèles d'organisation répondant à des exigences économiques différentes”*⁵⁰.

4. Il nous semble que ces réactions étaient dans leur ensemble justifiées. Il est en tout cas certain que les réseaux coopératifs, bâtis sur des relations longues, auraient été plus affectés que d'autres, et notamment que les réseaux de franchisés, par le système de durée maximale des contrats qui fut un temps envisagé⁵¹. On ne jurerait pas qu'en l'absence de relation de longue durée

49 M. Malaurie-Vignal, Réflexions autour de l'avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire, *Contrats, conc., consom.* 2011, étude 3.

50 Communiqué de presse de la Fédération du commerce associé, 2 février 2015.

51 V. not. Débats Sénat, séance du 10 avril 2015. Adde N. Mathey, Les réseaux de distribution entre marché et organisation, *Contrats, conc., consom.* 2015, repère 7.

48 B. Dondero, L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative, *JCP E* 2012, 1671.

les réseaux coopératifs eussent à craindre que leurs magasins fussent progressivement aspirés par les réseaux intégrés⁵². Mais l'argument de l'incitation à l'investissement méritait, quant à lui, d'être entendu et il le fut, d'ailleurs, quand la Cour de cassation accepta qu'une clause d'adhésion (de trente ans minimum!) puisse avoir "pour objet de maintenir pendant une durée raisonnable la cohésion des coopérateurs entre eux en vue de couvrir les risques décidés en commun et d'achever l'amortissement dont le partant ou l'exclu a temporairement tiré profit"⁵³. Certains éléments techniques n'étaient pas non plus à négliger. Outre que l'on créait un cas très singulier d'actionnariat à durée limitée, on pouvait se demander si une relation longue ne pouvait pas être comprise comme la contrepartie de l'ensemble des bénéfices que le commerçant avait tirés du système coopératif⁵⁴.

5. Le texte ayant été expurgé de cette mesure crispante, était-il encore utile de prévoir une "exception sociétaire"? Les débats parlementaires n'en laissent pas transparaître l'exacte raison, mais l'on y retrouve à plusieurs reprises l'argument de l'égalité de traitement: les réseaux intégrés n'étant pas concernés par la loi, il fallait peut-être que les réseaux coopératifs pussent aussi y échapper. Soit... Même si, ni les uns ni les autres ne sont en réalité complètement hors champ légal puisqu'il leur arrive aussi, en pratique, de recourir à la technique contractuelle pour organiser leurs réseaux⁵⁵.

6. Toujours est-il qu'à ce jeu le commerce associé ne pouvait être naturellement seul ciblé.

II. La franchise participative

7. Les ressources du droit des sociétés sont également exploitées en dehors des réseaux coopératifs. La franchise participative en fournit un superbe exemple, à partir d'un processus en quelque sorte inversé: ce ne sont plus les distributeurs qui intègrent le groupement en devenant associés, mais la tête de réseau qui prend une participation dans le capital de la société franchisée⁵⁶. Rien ne

l'interdit *a priori* et si le montage sert bien évidemment les intérêts du franchiseur, il peut aussi présenter quelque utilité pour le franchisé⁵⁷.

8. On se souvient cependant que, dans son avis précité du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence avait mis en lumière la part d'excès de cette pratique, laquelle figurait en bon rang parmi les causes de captivité des franchisés⁵⁸. Cette méfiance affichée par le droit de la concurrence allait être d'ailleurs, peu de temps après, relayée par le droit des sociétés. Par un arrêt remarqué rendu le 30 mai 2012⁵⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation censurait en effet une cour d'appel qui avait refusé de prononcer la nullité d'une clause des statuts de la société d'exploitation franchisée qui conférait à l'assemblée générale extraordinaire le soin de statuer sur le retrait ou le changement d'enseigne. La chambre commerciale avait alors reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché "si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait [le franchiseur] (...), n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence".

9. "Coup dur pour la franchise participative!", avait alors titré notre collègue Bruno Dondero⁶⁰. C'est pourtant à un véritable retour en grâce auquel nous assistons aujourd'hui, puisque l'article L. 341-1 est inapplicable à tout contrat de société, civile ou commerciale. Certes, la jurisprudence de 2012 n'est pas renversée, mais la franchise participative est confortée dans son existence et ce n'est pas rien. Car même dépouillée du droit de veto du franchiseur, celle-ci complique indiscutablement, pour toute une série de raisons (risque de dissolution ou d'exclusion de la société), la sortie du franchisé qui pourra y réfléchir à deux fois avant de dénoncer son contrat⁶¹. Autrement dit, et de façon un peu étrange, l'enchaînement du distributeur ne poserait ici aucun problème alors que dans une franchise non participative, où le franchiseur tient *a priori* moins de place, l'harmonisation des durées contractuelles serait particulièrement impérieuse.

10. On avoue ne pas saisir l'entière logique du système. De leur côté, les franchiseurs n'ont plus qu'à s'engouffrer dans la brèche. Qui les en blâmera? ■

52 V. Aut. conc., avis préc., pt 129 et s.

53 Cass. com., 22 février 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 552, obs. P. Neau-Leduc.

54 V. E. Piat, A. Bertheuil et M. Jonchère, tribune disponible sur le site commerce-associe.fr

55 Sur l'ambiguïté de la loi à cet égard, v. D. Mainguy, Premières vues sur le "droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale", daniel-mainguy.fr

56 V. B. Dondero, art. préc.

57 Pour une analyse détaillée, v. B. Dondero, art. préc.

58 Pt 178 et s.

59 Cass. com., 30 mai 2012, *JCP E* 2012, 1641, note B. Dondero ; *D.* 2012, p. 2717, note A. Constantin.

60 Note préc.

61 V. M. Behar-Touchais, Les obstacles à la sortie du franchisé, *RLDA* 2012, suppl. n° 73, p. 32 et s. ; B. Dondero, art. préc.

La nouvelle réforme de la transparence tarifaire par la loi Macron

Julie Zoughi

zoughi@ddg.fr

Docteur en droit
Avocat, Cabinet DDG, Paris

1. Moins de dix-huit mois après l'adoption de la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation⁶² qui avait largement modifié les dispositions du code de commerce relatives à la transparence tarifaire, la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁶³ s'inscrit dans le mouvement de réécriture permanente de ce pan du droit en apportant à son tour trois modifications d'importance inégale aux dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce.

I. La modification des règles relatives aux délais de paiement (article L. 441-6)

2. Depuis l'adoption de la loi LME, les opérateurs économiques disposaient d'une alternative quant au choix de leur délai de paiement qui ne pouvait dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours date d'émission de la facture.

3. L'alinéa 9 de l'article L. 441-6 du code de commerce est modifié de la manière suivante: "*Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Par dérogation, un délai de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier*" (cf. art. 46).

4. En d'autres termes, les opérateurs économiques ne disposent plus de l'option précitée. Le délai de paiement maximum est désormais de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. Ce n'est qu'à titre dérogatoire que le délai de 45 jours fin de mois peut être retenu aux deux conditions cumulatives suivantes: (i) avoir été expressément stipulé dans le contrat conclu et (ii) ne pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier. En revanche, dès lors que ces conditions sont respectées, les entreprises conservent la liberté de choisir le mode de computation des 45 jours fin de mois qui peuvent être comptabilisés soit à compter de la date d'émission de la facture (la limite de paiement intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces 45 jours), soit à compter de la fin du mois d'émission de la facture⁶⁴.

5. Une autre dérogation est prévue pour les ventes de produits ou de prestations de services relevant de secteurs présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué. Le nouvel article L. 441-6, alinéa 15, prévoit que les parties pourront convenir d'un délai de paiement qui ne peut pas dépasser le délai maximal applicable en 2013 en application d'accords dérogatoires sectoriels⁶⁵ et à la condition que ce délai soit expressément stipulé par contrat et ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier. Un décret dont la publication est annoncée pour décembre 2015 fixera la liste des secteurs concernés.

62 JO du 18 mars 2014.

63 JO du 7 août 2015.

64 V., en ce sens, Avis de la CEPC du 22 décembre 2008 et réponses de la DGCCRF à la question « Comment comprendre le mode de computation des 45 jours fin de mois ? » accessibles à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/delais-paiement-sur-computation-des-delais#q23>.

65 Accords conclus sur le fondement de l'article 121-III de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

II. La création d'une convention unique spécifique aux relations fournisseurs – grossistes (article L. 441-7-1)

6. Après le seuil de revente à perte spécifique aux grossistes⁶⁶, la loi Macron introduit une convention annuelle spécifique aux relations fournisseurs-grossistes.

1. Rappel du contexte

7. L'Assemblée nationale avait en première lecture introduit un article qui modifiait substantiellement le champ d'application de l'article L. 441-7 du code de commerce puisque l'obligation de conclusion d'une convention annuelle aurait été limitée aux seules relations entre fournisseurs et distributeurs de commerce de détail⁶⁷. Pour les députés, il s'agissait d'éviter que le formalisme de l'article L. 441-7 soit exigé indifféremment de la grande distribution comme de la distribution professionnelle pour laquelle ce formalisme est présenté comme inadapté à leurs relations.

8. Constatant à juste titre que ce nouvel article supprimait l'exigence de la convention unique pour tout un pan des relations commerciales, le Sénat s'est opposé à son adoption tout en proposant une convention unique allégée concernant les relations fournisseurs-grossistes. Deux arguments ont été avancés afin de justifier cette adoption : d'une part, les relations entre fournisseurs et grossistes ne subissent pas le même déséquilibre que dans le secteur de la grande distribution et, d'autre part, les relations sont plus mouvantes que celles qui existent entre fournisseurs et commerce de détail, de sorte que le contenu impératif de la convention annuelle n'est pas adapté à la réalité des relations⁶⁸.

9. Ainsi, à l'issue de la navette parlementaire, le code de commerce se trouve complété d'un article L. 441-7-1 qui allège le formalisme de la convention annuelle dans le cadre des relations fournisseurs-grossistes.

2. Champ d'application du nouveau texte

10. L'article L. 441-7-1 vise toute convention annuelle conclue entre le fournisseur et le grossiste. Ce dernier est défini comme *“toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité. Sont assimilés à des grossistes (...) les centrales d'achat ou de référencement de grossistes. Sont exclus de la notion de grossiste les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail”*.

11. Si cette définition n'appelle pas de remarque spécifique, on notera toutefois l'exclusion des centrales du secteur de la distribution insérée par l'Assemblée nationale en deuxième lecture. Ce faisant, les députés ont tenté d'éviter les manœuvres de contournement du texte par les centrales du secteur.

3. Contenu de la convention unique fournisseurs-grossistes

12. À l'instar de la convention unique de l'article L. 441-7, la convention unique fournisseurs-grossistes doit être conclue avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivants le point de départ de la période de commercialisation des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier. Son contenu est dérogoratoire puisque plusieurs des informations devant figurer dans la convention unique de l'article L. 441-7 n'auront pas à figurer dans la convention unique fournisseurs-grossistes comme l'illustre le tableau ci-après :

66 cf. art. L. 442-2 du code de commerce modifié par la loi Chatel n° 2008-3 du 3 janvier 2008.

67 cf. art. 10 B du texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture.

68 cf. art. 10 B du texte adopté par le Sénat en première lecture et rapport n° 370 déposé le 25 mars 2015.

Contenu de la convention unique	Convention unique générale Art. L. 441-7	Convention unique spécifique fournisseurs-grossistes Art. L. 441-7-1
Obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale	•	•
Barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur avec ses CGV ou les modalités de consultation de ce barème	•	
Conditions de l'opération de vente telles qu'elles résultent de la négociation commerciale (1°)	•	•
Conditions de réalisation des services de coopération commerciale (2°)	•	•
Autres obligations (3°)	•	•
Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu	•	•
Le prix convenu entre en vigueur au plus tard le 1er mars	•	
La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux 1° et 3° ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet du prix convenu.	•	
Communication des CGV au plus tard le 1er décembre ou 2 mois avant le point de départ de la période de commercialisation	•	
Référence aux contrats de mandat conclus entre fournisseur et distributeur pour les avantages promotionnels que le fournisseur accorde aux consommateurs	•	
Obligation pour le distributeur de répondre de manière circonstanciée à toute demande écrite du fournisseur dans un délai ne pouvant dépasser deux mois	•	

13. Il est donc à noter que les fournisseurs des grossistes n'auront pas à communiquer leurs CGV au plus tard le 1^{er} décembre ou deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation et que le barème de prix (ou les modalités de sa consultation) n'aura pas à figurer dans la convention annuelle. En outre, le prix convenu semble pouvoir être appliqué à une date postérieure au 1^{er} mars et la date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux 1° et 3° pourra être antérieure ou postérieure à celle du prix convenu.

14. Enfin, l'article L. 441-7-1-1° précise que la convention annuelle devra spécifier au titre des conditions de l'opération de vente "le cas échéant, les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées". D'après les débats parlementaires, cette dernière précision vise la possibilité, pour le fournisseur et le grossiste, de convenir d'opérations particulières telles que promotions ou discounts afin de favoriser la commercialisation des produits du fournisseur⁶⁹, ce qui permettra au grossiste en aval d'accorder à ses propres contractants des conditions de vente plus intéressantes.

4. Sanctions

15. Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences de l'article L. 441-7-1 est sanctionné de manière identique à la convention régissant les relations fournisseurs-distributeurs, autrement dit une amende administrative pouvant atteindre 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale.

16. L'ouverture des négociations commerciales pour 2016 dans les prochaines semaines permettra de mesurer les éventuelles difficultés d'application de ce texte ainsi que son véritable impact en termes de simplification de la relation pour les opérateurs concernés.

III. La soumission des produits MDD à la clause de renégociation (article L. 441-8)

17. La loi Hamon du 17 mars 2014 a prévu, pour les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente d'un grand nombre de produits agricoles et alimentaires, dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des

⁶⁹ Débats devant la Commission spéciale de l'Assemblée nationale, lundi 8 juin 2015, compte rendu n° 27.

matières premières agricoles et alimentaires, l'obligation de prévoir une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse.

18. La clause de renégociation obéit à des règles précises définies à l'article L. 441-8 du code de commerce, puisqu'elle doit indiquer les conditions de déclenchement de la renégociation et doit faire référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires.

19. Jusqu'à présent, les produits concernés par cette clause de renégociation du prix étaient ceux mentionnés à l'article L. 442-9, alinéa 2, du code de commerce, c'est-à-dire :

- bovin, veau, porc, ovin-caprin, cheval, volaille et lapin : carcasses et leurs morceaux, viandes et abats, viandes hachées, saucisses fraîches et préparations de viandes ;

- produits de la pisciculture ou issus de la première transformation de ces produits ;

- lait et produits de la laiterie issus de la première transformation du lait ;

- œufs et ovoproduits alimentaires issus de leur première transformation.

20. La note d'information de la DGCCRF du 22 octobre 2014 précisait clairement que ce texte n'avait pas vocation à s'appliquer aux contrats de fourniture de produits fabriqués sur la base d'un cahier des charges imposé par le distributeur, c'est-à-dire les produits sous marques de distributeur⁷⁰.

21. Cette exclusion est supprimée par la loi Macron, qui a introduit à l'article L. 441-8 un nouvel alinéa précisant que cet article est désormais applicable "*aux contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits mentionnés au premier alinéa*". ■

⁷⁰ cf. p. 25, note d'information n° 2014-185 du 22 octobre 2014.

Frankenstein ou le Prométhée moderne

Alain Gauvin

alain_gauvin@carrefour.com

Directeur exécutif des affaires juridiques et réglementaires France, Carrefour, Massy

1. Mary Shelley ne m'en voudrait certainement pas d'avoir plagié le titre de son roman le plus célèbre pour qualifier l'état actuel de l'article L. 442-6 au sortir de la loi Macron. En effet, ne sommes-nous pas en face d'un monstre juridique constitué membre par membre, tous assemblés pêle-mêle et déconnectés de la réalité des affaires, ce monstre attendant l'orage pour s'animer et semer la terreur par sa seule présence? L'image n'est pas trop forte si l'on considère que la foudre est représentée par l'accroissement des sanctions liées à ce texte.

2. Revenons à l'origine de la mutation du titre IV du code de commerce. Au gré des modifications législatives de ces trente dernières années, nous avons assisté à une complexification extrême des relations industrie-commerce. En fait sur le fond rien n'a réellement changé, il est toujours question du partage de la valeur et de la détermination du "juste prix" si cher à saint Thomas d'Aquin, mort il y a plus de 700 ans sans nous avoir laissés de solution! Pour cause, la multitude de facteurs qui concourent à une telle détermination : facteurs de marché, concurrence entre marques, concurrence entre distributeurs, nombreux canaux de distribution, e-commerce *versus* commerces physiques, fluctuation des cours mondiaux des matières premières, inflation, déflation, etc.

3. Aussi, faute de trouver une règle de droit de fond universelle pour résoudre un problème au demeurant insoluble, le législateur s'est dans un premier temps attaché à la forme et à la définition du seuil de vente à perte, pour rendre la situation à ce point complexe que le terme de "facturologie" a fait son apparition et que les contrats se sont multipliés dans un mouvement "shadokien" ou stakhanoviste. Face à cette machine infernale, la LME a tenté de remédier courageusement au problème par l'affirmation de la libre négociabilité des tarifs avec comme contrepartie l'introduction dans l'article L. 442-6 du déséquilibre significatif, sans le définir et sans alléger le reste du titre IV et notamment l'article L. 441-7. Depuis 2008, chaque loi plus ou moins en rapport avec le commerce fait l'objet d'un déchaînement de certains lobbies pour revenir sur la libre négociabilité et par là même revenir à un passé qui représenterait un Eden perdu, mais perdu pour qui?

4. Face à cela et pour préserver l'esprit de la LME, l'article L. 442-6 s'alourdit chaque fois un peu plus, au point d'être devenu le "Frankenstein" du code de commerce,

fragilisant les relations contractuelles, la sécurité juridique et la prévisibilité de l'application de la règle de droit.

5. Rappelons quelques dispositions pour illustrer ces dérives: "1. D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité (...)"

6. L'utilisation des termes "manifestement disproportionné" et "contrepartie proportionnée" laisse le champ libre à toutes les interprétations possibles. Mais les choses se sont encore dégradées avec le deuxième: "2. De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (...)"

7. Voilà le fameux déséquilibre significatif, dont l'application aboutit curieusement toujours à la sanction des mêmes opérateurs. L'article de Mme Behar-Touchais intitulé "Un déséquilibre significatif à deux vitesses" (*La Semaine Juridique* n° 21 du 25 mai 2015) est particulièrement éclairant sur la situation actuelle de la jurisprudence et de votre situation selon que vous serez distributeur ou non!

8. Ces concepts sont flous et par là même dangereux. Leurs définitions seront issues de la jurisprudence qui pour l'heure se refuse à avoir une vision globale des relations entre les parties pour s'attacher à une lecture clause par clause des contrats. Cette vision parcellaire est très éloignée de la réalité des affaires et crée en fait un vrai déséquilibre. Lorsqu'une clause est annulée, le paradoxe est que cela entraîne un véritable enrichissement sans

cause chez l'autre partie, qui le plus souvent n'est pas même pas demanderesse, l'action ayant été introduite par M. le ministre de l'Économie.

9. Outre cette déstructuration contractuelle, il y a plus grave encore, ce sont les sanctions associées au prononcé de la nullité d'une ou plusieurs clauses contractuelles. Avant la loi Macron, il était déjà prévu le prononcé d'une amende civile dont le montant ne pouvait être supérieur à 2 millions d'euros ou au triple du montant des sommes indûment versées. D'aucuns auraient pu juger excessifs ces montants en matière de pratiques restrictives, il faut croire que non puisque maintenant la sanction peut être portée à 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques. Le chiffre d'affaires de référence étant celui réalisé lors du dernier exercice

clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Sans doute dans un souci d'atténuation de la sanction, avant d'énoncer le chiffre de 5%, il est précisé "*de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement*" (sic). Voilà la foudre qui s'abat sur l'article L. 442-6 pour mettre en marche un monstre protéiforme aux contours ectoplasmiques. Cette disposition de la loi Macron, très significative et "impactante" n'a pourtant pas soulevé de polémique particulière, sauf parmi les "familiers" de l'article L. 442-6.

10. Il ne nous reste plus qu'à en appeler à la sagesse des juges pour éviter d'écrire les nouvelles pages d'un roman qui commencerait par ces mots : "Pandore ouvrit la boîte, tous les maux du monde se répandirent sur la Terre, seul demeura l'espoir." ■

Le nouvel article L. 462-10 du code de commerce : Le renforcement (relatif) du contrôle de la puissance d'achat

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Agrégé des Facultés de droit
Professeur, Université de Toulon, CDPC-JCE (UMR-CNRS 7318)
Membre associé, LDPSC (Aix-Marseille Université)

1. Une des nouveautés importantes issues de la loi Macron du 6 août 2015 réside dans l'insertion d'un nouvel article L. 462-10 dans le code de commerce. Celui-ci institue un mécanisme d'information de l'Autorité de la concurrence sur les accords ayant pour objet de négocier des achats groupés. Le texte dispose en effet que *“doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs”*. Un second alinéa indique qu'un décret en Conseil d'État fixera les seuils de chiffre d'affaires qui détermineront quels accords seront concernés⁷¹. Pour bien saisir la portée du nouveau dispositif, il convient d'abord de revenir sur le contexte dans lequel celui-ci a été élaboré (I.), avant d'envisager ensuite son champ et sa nature (II.), puis d'examiner enfin de quelle façon celui-ci est mis en œuvre (III.).

71 *“Le premier alinéa s'applique lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à l'accord et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de l'accord par l'ensemble des parties à l'accord excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État”*.

I. Contexte théorique et genèse du texte

2. L'article L. 462-10 vise les pratiques émanant des entreprises de la grande distribution qui, directement ou par l'intermédiaire de centrales d'achat ou de référencement, se regroupent afin de négocier de meilleures conditions auprès de leurs fournisseurs. C'est donc la relation des distributeurs avec leurs fournisseurs à l'amont qui est ciblée ici par le législateur et, plus particulièrement, la problématique de la *“puissance d'achat”* (ou *buyers' power*)⁷² : ces accords d'achat groupé visent généralement à créer une puissance d'achat susceptible de conduire à une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs finaux. C'est la raison pour laquelle les économistes et les autorités de concurrence ont généralement considéré ces alliances avec faveur. De nombreux auteurs avancent que *“la puissance d'achat des clients peut venir contrebalancer le pouvoir de marché des offreurs”*⁷³. C'est le fameux *“contre-pouvoir”* des acheteurs⁷⁴, qui peut d'ailleurs permettre de justifier une concentration d'entreprises qui aurait été sinon interdite⁷⁵. L'argument est bien évidemment repris du côté de la grande distribution, qui indique que les regroupements en amont permettent d'offrir aux consommateurs les meilleurs prix en linéaires.

72 La puissance d'achat se définit généralement comme *“la capacité d'une entreprise cliente à exiger de ses fournisseurs des conditions d'achat préférentielles par rapport à celles des autres acheteurs pour une prestation équivalente”* (OCDE, 1981).

73 E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, précis Dalloz 2005, p. 375 et s.

74 J. K. Galbraith, *American Capitalism – The Concept of Countervailing Power*, 1952, rééd. Transaction Publisher, 1993.

75 V. par ex. Comm. eur., déc. 25 novembre 1998, aff. IV/M.1225 – *Enso/Stora* : JOCE n° L. 254 du 29 septembre 1999, p. 9 et s.

3. Pourtant, la puissance d'achat n'aurait pas que des effets vertueux du point de vue de la concurrence. Des économistes ont ainsi souligné que les prix bas négociés par les acheteurs ne profitaient aux consommateurs que s'il existait suffisamment de concurrence entre les acheteurs eux-mêmes⁷⁶. La puissance d'achat ne peut être traitée de la même manière selon que l'on ait affaire à des regroupements d'acheteurs puissants face à des petits producteurs ou, à l'inverse, que l'on ait affaire à des acheteurs devant négocier avec des producteurs bénéficiant d'un important pouvoir de marché⁷⁷. En présence d'un pouvoir de monopsonie, le risque serait ainsi d'assister à une hausse des prix en aval⁷⁸. Par ailleurs, les regroupements en amont peuvent être l'occasion d'échanges sur les prix et de mise au point de stratégies d'entente.

4. Cela étant, les travaux empiriques sont encore assez peu nombreux et les autorités de concurrence sont parfois hésitantes lorsqu'il est question de réguler la puissance d'achat. Aux États-Unis, malgré quelques affaires retentissantes dans lesquelles les abus de la puissance d'achat ont été stigmatisés⁷⁹, les autorités se montrent prudentes, la crainte de provoquer des effets contre-productifs sur les prix étant mise en avant⁸⁰. En France, la même prudence a longtemps été de mise. Bien que, en son temps, le Conseil de la concurrence ait souligné les "effets ambigus" que pouvait avoir la puissance d'achat, il a aussi indiqué à plusieurs reprises qu'elle seule ne pouvait constituer une menace pour la concurrence sur les marchés en amont⁸¹. Le législateur français a, pour sa part, été beaucoup plus méfiant vis-à-vis de la puissance d'achat, mais souvent au regard d'autres objectifs de politique économique. Il a ainsi cherché à encadrer et limiter l'exercice de ce pouvoir, principalement au moyen des dispositions figurant au titre IV du livre IV du code de commerce. Sans revenir en détail sur les heurs et malheurs des lois Galland, Chatel et autres, on sait que ces divers mécanismes n'ont pas forcément eu les résultats escomptés⁸².

5. La question du contrôle de la puissance d'achat a à nouveau été posée récemment, à la suite d'un mouvement de regroupement des distributeurs intervenu à partir de 2013, faisant lui-même suite au déclenchement d'une guerre des prix entre les enseignes. Alors que des accords entre les principales centrales d'achat ont été conclus, l'on s'est inquiété de l'impact concurrentiel de telles alliances.

76 V. not. les travaux de Von Ungern-Sternberg (1996) et Dobson et Waterson (1997), cités par M. Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge Univ. Press 2004, p. 123.

77 Z. Chen, Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy, *Research in Law and Economics*, vol. 22, Elsevier 2007, p. 17 et s. L'auteur souligne toutefois que la grande taille des acheteurs n'est pas en soi suffisante pour conférer un fort pouvoir de négociation.

78 OCDE, Monopsony and Buyer Power, Policy Roundtables, DAF/COMP (2008) 38, disponible sur le site Internet de l'OCDE.

79 *Toys R'Us, Inc.*, 126 F.T.C. 415, 592-96 (1998), aff'd, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000). V. pour un aperçu général de ces questions: S. C. Salop, Anticompetitive Overbuying by Power Buyers, *Antitrust L. J.* 2005, vol. 72, p. 669 et s.

80 OCDE, *Monopsony and Buyer Power*, préc., p. 254.

81 V. par ex. Cons. conc., avis n° 00-A-02 du 4 février 2000 relatif à un projet de réforme de la régulation des relations commerciales.

82 OCDE, *Monopsony and Buyer Power*, préc., p. 162.

Ce mouvement a en effet ravivé les craintes d'un nouveau renforcement du pouvoir de marché de la grande distribution par rapport à leurs fournisseurs, PME et entreprises de taille intermédiaire. C'est dans ce contexte que le ministre de l'Économie et la Commission des affaires économiques du Sénat ont saisi pour avis l'Autorité de la concurrence à la fin de l'année 2014. En particulier, l'Autorité a été sollicitée afin de mesurer l'impact sur la concurrence de la concentration des centrales d'achat de la grande distribution, et ses conséquences éventuelles pour les fournisseurs en matière d'accès au consommateur final. Les risques que peuvent présenter ces partenariats en termes d'échanges d'informations et d'alignements des prix ont également été soumis à examen, notamment lorsque de tels accords se multiplient. Enfin, il a été demandé à l'Autorité de réfléchir à des propositions de modifications législatives permettant de rééquilibrer les relations commerciales entre grande distribution et industrie agroalimentaire.

6. Dans son avis du 31 mars 2015⁸³, l'Autorité de la concurrence a tenté de répondre à ces interrogations, alors que l'examen de projet de loi Macron avait déjà débuté. Dans ce contexte, l'Autorité a considéré qu'un mécanisme d'information préalable présenterait une utilité indéniable, puisque cela lui permettrait de détecter plus précocement des situations à risque et, le cas échéant, d'enclencher au plus vite une procédure afin de limiter les effets nocifs de la pratique⁸⁴. Elle a également suggéré un assouplissement des conditions de mise en œuvre de l'abus de dépendance économique, mais cette proposition n'a pas été retenue. L'adoption du nouvel article L. 462-10 est ainsi la conséquence directe de la saisine de l'Autorité de la concurrence.

II. Champ et nature du contrôle

7. Le contrôle envisagé par l'article L. 462-10 C. com. prend la forme d'une obligation légale d'information à la charge des entreprises qui interviennent dans le secteur de la grande distribution ou du commerce de détail de produits de grande consommation. Sont notamment visées les centrales de référencement ou d'achat, mais le texte est rédigé de manière suffisamment large pour permettre, par exemple, de faire entrer dans son champ les coopératives de commerçants qui négocient avec des fournisseurs. Peu importe d'ailleurs la nature juridique des accords conclus ou la technique employée, dès lors que l'objet est de "négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs".

8. Seuls les accords les plus importants sont visés: le recours à des seuils en chiffres d'affaires, qui doivent être précisés par décret, permet de prendre en considération le

83 Aut. conc., avis n° 15 -A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

84 Aut. conc., avis n° 15 -A-06, préc., pt 290.

poids économique individuel des parties, mais aussi leur poids dans l'accord à travers le chiffre d'affaires réalisé à l'achat dans le cadre de celui-ci. Focaliser ainsi le contrôle sur les accords d'importance était la solution la plus économiquement sensée, dans la mesure où l'on enseigne que seuls ceux-ci sont susceptibles d'avoir une incidence nocive sur la structure concurrentielle. L'utilisation de seuils en chiffres d'affaires présente également l'avantage de la transparence pour les entreprises qui peuvent s'autoévaluer relativement aisément.

9. L'article L. 462-10 C. com. établit ainsi un système de veille qui doit permettre à l'Autorité de la concurrence d'agir rapidement si elle détecte un risque pour le marché. Entre le moment où les accords sont conclus et rendus publics, et l'intervention de l'Autorité de la concurrence, les effets restrictifs sur la concurrence peuvent être importants, même si ce laps de temps est bref. Avec le nouveau dispositif, l'information doit être transmise préalablement à la mise en œuvre des accords, ce qui permet à l'Autorité de raccourcir ses délais d'intervention. Cela étant, l'article L. 462-10 C. com. n'instaure pas un mécanisme d'autorisation préalable : le texte n'oblige pas les parties à suspendre leurs accords dans l'attente d'une décision de l'Autorité. Le mécanisme n'est donc pas vraiment similaire à celui instauré en matière de contrôle des concentrations. Dans ses propositions, l'Autorité de la concurrence avait d'ailleurs estimé qu'un tel système n'était pas opportun dans la mesure où les modalités pratiques de mise en œuvre des accords visés ne sont en principe observables qu'*ex post*⁸⁵.

III. Mise en œuvre du contrôle

10. Dès lors que les seuils prévus sont franchis, et que l'on est en présence d'accords visant au regroupement pour l'achat ou le référencement de produits ou services, les parties ont l'obligation d'informer l'Autorité de la concurrence. Cette information doit être transmise "*au moins deux mois avant [l]a mise en œuvre*" de l'accord, ce qui nécessitera de la part des parties une bonne maîtrise des négociations et du *timing* contractuel. À la différence du droit des concentrations, le texte ne précise pas à quelles personnes incombe l'obligation d'information. Dans le silence de la loi, il revient donc à toutes les parties de faire preuve de vigilance sur ce point.

11. S'agissant du contenu des informations à transmettre, le texte ne définit pas de périmètre précis et semble exiger la transmission des accords eux-mêmes, c'est-à-dire l'ensemble des documents contractuels qui déterminent la stratégie de regroupement. Une ambiguïté apparaît sur ce point : de simples documents précontractuels et sans valeur juridique suffisent-ils ou faut-il communiquer les contrats définitifs ? Dans son avis du 31 mars 2015, l'Autorité de la concurrence suggérait que les parties

transmettent leurs *projets* d'accord. Le texte semble indiquer pour sa part qu'un accord d'ores et déjà conclu puisse être transmis, dès lors qu'il n'a pas été mis en œuvre. Cependant, l'insertion d'une condition suspensive ou d'un mécanisme contractuel équivalent se prête mal à la situation : dans la mesure où le contrôle de l'article L. 462-10 ne repose pas sur un mécanisme formel d'autorisation préalable, il paraît délicat d'ériger en évènement futur l'intervention de l'Autorité, sans assurance que celle-ci se prononce finalement.

12. Le texte ne précise pas non plus ce qu'il advient, une fois que l'information a été notifiée à l'Autorité de la concurrence. *A priori*, cette dernière dispose d'une marge de manœuvre importante pour déclencher ou non une procédure de contrôle et tout dépendra des éléments reçus. Lorsque l'Autorité identifie un risque pour la concurrence, deux cas de figure sont envisageables. Si le partenariat envisagé répond aux conditions de l'article L. 430-1 C. com., il est de toute façon soumis à une obligation de notification au titre du contrôle des concentrations : l'article L. 462-10 C. com. est alors un doublon à la procédure de notification en matière de concentration. Mais, comme l'Autorité de la concurrence l'a souligné dans son avis du 31 mars 2015, dans la plupart des cas, les accords de regroupement entre enseignes n'entrent pas dans le champ du contrôle des concentrations⁸⁶. C'est le droit des pratiques anticoncurrentielles qui a alors vocation à s'appliquer. Il s'agit du second cas de figure : si l'accord notifié peut être qualifié de pratique anticoncurrentielle, l'Autorité sera en mesure d'intervenir plus rapidement pour limiter les effets de celle-ci.

13. Le texte est encore muet en ce qui concerne les conséquences du défaut de communication des informations. Aucune sanction n'est prévue, ce qui paraît atténuer l'efficacité du mécanisme. En réalité, les entreprises ont tout intérêt à respecter l'obligation légale d'information préalable, dans la mesure où celle-ci leur permet d'assurer leur propre sécurité juridique. Si les accords sont nocifs, il vaut mieux en être informé le plus rapidement possible et nouer le dialogue avec l'Autorité de la concurrence, pour les modifier rapidement, plutôt que de s'exposer après-coup à une sanction qui sera nécessairement plus lourde si les effets de la pratique ont perduré.

14. En définitive, le nouvel article L. 462-10 C. com. offre à l'Autorité de la concurrence un instrument utile de surveillance du marché qui doit lui permettre d'intervenir plus rapidement. Le dispositif renforce indéniablement le contrôle de la puissance d'achat, mais ce renforcement est relatif dans la mesure où les vœux de l'Autorité n'ont pas été entièrement exaucés, en particulier sur la question de l'abus de dépendance économique. En toute hypothèse, et même si le texte n'institue qu'un simple mécanisme d'alerte, il constitue une indication forte de la volonté du législateur d'encadrer plus strictement le phénomène de la puissance d'achat. Il reste à savoir si ce signal sera reçu cinq sur cinq par les acteurs de la grande distribution. ■

85 Aut. conc., avis n° 15-A-06, préc., pt 288.

86 Aut. conc., avis n° 15 -A-06, préc., pt 66 et s.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> **Revue Concurrences** | **Review Concurrences**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	515,00 €	618,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	538,00 €	567,59 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	804,00 €	964,80 €

> **e-Bulletin e-Competitions** | **e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	719,00 €	862,80 €
--	----------	----------

> **Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions** | **Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	866,00 €	1039,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	924,00 €	1108,80 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1040,00 €	1248,00 €

Renseignements | **Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | **Send your order to:**

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France