

MARS 2015

FLASH CONCURRENCE N°2

Projet de loi Macron et droit de la concurrence : rappel des dispositions votées et implications pratiques

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy, Thibault Bussonnière et Caroline Bellone

CLASSEMENT « DÉCIDEURS STRATÉGIE FINANCE DROIT » 2015

EXCELLENT :

**Contrôle des concentrations
Droit de la concurrence**

Après une année 2014 marquée du sceau de la loi Hamon, le droit de la concurrence sera l'objet une nouvelle fois d'une réforme en 2015 avec l'adoption programmée pour la fin du printemps prochain (sous réserve d'un recours devant le Conseil Constitutionnel) du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, projet de loi dit « Macron » du nom de l'actuel Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique.

Considéré comme adopté le 19 février dernier par l'Assemblée nationale en première lecture en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, le projet de loi Macron comporte de multiples dispositions ayant notamment pour objet de renforcer les prérogatives de l'Autorité de la concurrence et d'accélérer le traitement des procédures contentieuses et de contrôle confiées au gendarme français de la concurrence.

Le texte qui sera débattu devant le Sénat à la mi-avril intègre également un mécanisme d'encadrement des modalités de rattachement des magasins de commerce de détail à un réseau, lequel suscite beaucoup de réactions dans la grande distribution.

Par ailleurs, il s'avère que les députés ont profité de l'occasion pour envisager quelques ajustements à la loi Hamon du 17 mars 2014 dans sa partie concernant la négociation commerciale :

INCONTOURNABLE :

**Droit de la franchise
Droit de la distribution**

modification du champ d'application des articles L.441-7 et L.441-8 du Code de commerce relatifs respectivement à la convention annuelle et à la clause de renégociation du prix convenu en cas de forte volatilité du cours des matières premières agricoles ou alimentaires ; énième réécriture des dispositions sur les délais de paiement de l'article L.441-6 du Code de commerce ; augmentation majeure de la sanction en cas de pratiques restrictives de concurrence.

Regroupées dans le projet de loi au sein du chapitre II « Commerce » du Titre I intitulé « Libérer l'activité » ainsi qu'aux articles 59 bis, 59 ter, 59 quater et 59 quinquies du chapitre IV « Simplifier » du Titre II intitulé « Investir », l'ensemble de ces modifications font l'objet des développements ci-dessous.

* * *

Les nouvelles prérogatives dévolues à l'Autorité de la concurrence

À titre liminaire, il convient de préciser que les nombreuses nouvelles fonctions consultatives de l'Autorité de la concurrence envisagées par le projet de loi Macron qui ne ressortent pas de sa mission originelle qui est de sanctionner ou d'être consultée sur des pratiques anticoncurrentielles – avis sur les organisateurs des épreuves théoriques du permis de conduire ; avis sur les tarifs réglementés ; établissement d'une carte pour la

libre installation des offices de certaines professions juridiques réglementées – ne feront pas l'objet de commentaires dans ce Flash concurrence.

• **Un dispositif d'injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail : des cessions de magasins à la clé !**

L'article L.752-26 du Code de commerce, dans sa rédaction actuelle, permet à l'Autorité de la concurrence, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, de procéder aux injonctions et aux sanctions pécuniaires prévues à l'article L.464-2 du même code. Dans ce cadre, elle peut notamment imposer à l'entreprise incriminée de procéder à la cession d'actifs, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée.

L'article 11 du projet de loi modifie substantiellement l'article L.752-26 du Code de commerce : le pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité de la concurrence s'applique non plus en cas d'abus, mais dès lors qu'une entreprise exerce une position dominante, à savoir lorsque qu'elle détient plus de 50 % des parts de marché dans une zone de chalandise et qu'elle pratique des prix ou des marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné.

La Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi a introduit une précision à la faveur de laquelle l'Autorité de la concurrence sera tenue tout d'abord, lorsqu'elle envisage de faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, de préciser son estimation de la part de marché et du niveau de prix ou de marges qui justifie ces préoccupations de concurrence.

Si l'entreprise qui répond aux deux critères précités ne propose pas d'engagements de nature à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité de la concurrence dans un délai de deux mois ou si cette dernière considère que les engagements proposés ne sont pas suffisants, l'Autorité peut lui enjoindre :

- soit de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé de trois mois maximum, tout

accord et tout acte par lequel s'est constituée la « *puissance économique qui permet les prix ou les marges élevés constatés* » ;

- soit de procéder à la cession d'actifs, y compris des murs, dans la mesure où cette « *cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective* ».

Les députés ont adopté l'amendement n°525 de Monsieur Patrick Hetzel qui garantit aux entreprises visées par une injonction structurelle de disposer d'une voie de recours effective à l'encontre de la décision de l'Autorité comportant une telle mesure. Le projet de loi renvoie ainsi à la procédure de « droit commun » des pratiques anticoncurrentielles : appel devant la cour d'appel de Paris dans un délai d'un mois.

Très proche du dispositif d'injonction de l'article L.752-27 du Code de commerce réservé à l'Outre-Mer, ce nouveau mécanisme d'injonction s'inspire de celui préconisé par l'Autorité de la concurrence dans son avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

Avec cette mesure, le projet de loi Macron a pour objectif de fluidifier la concurrence et mieux répartir le foncier commercial entre les enseignes (voir interview de Jean-Christophe Grall dans le magazine « Points de vente » n°1168 du 8 décembre 2014).

Il est toutefois légitime de s'interroger sur la constitutionnalité de cette future disposition législative. Ne porterait-elle pas, en effet, une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'au droit de propriété ?

Ce dispositif n'a pourtant pas été remis en cause par le Conseil d'État dans son avis du 8 décembre 2014 sur le projet de loi Macron.

Lors de son audition par la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi croissance et activité, le Président de l'Autorité de la concurrence, Monsieur Bruno Lasserre, a défendu l'utilité de l'injonction structurelle en s'inspirant de ce qui ce fait en Grande-Bretagne, où paradoxalement le mécanisme n'a toutefois jamais été utilisé.

• **La consultation de l'Autorité de la concurrence en matière d'urbanisme commercial**

L'article 10 du projet de loi prévoit qu'à la demande d'un Ministre ou d'un Préfet, l'Autorité de la concurrence pourra être consultée sur tout projet d'urbanisme commercial ou de sa révision, pour vérifier notamment si ces derniers ne contiennent pas des clauses empêchant l'arrivée de nouveaux entrants dans une zone de chalandise, ayant pour effet de nuire à la concurrence.

Le projet de loi initial autorisait également le Rapporteur général à proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office de ces projets ou modifications de documents d'urbanisme commercial. Cette possibilité ne figure plus dans le texte adopté par l'Assemblée nationale quand bien même le rapport de la commission d'étude des effets de loi Macron, présidée par Madame Anne Perrot, souligne que cette faculté d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence constitue un élément important du dispositif et une condition de son efficacité.

• L'information préalable obligatoire en cas de rapprochement de centrales d'achats ou de référencement

Dans le contexte des rapprochements à l'achat, les députés ont adopté l'amendement n°1603 qui a pour objet d'introduire un mécanisme d'information préalable de l'Autorité de la concurrence sur les accords intervenant dans le secteur du commerce de détail entre les opérateurs du secteur ayant pour objet de négocier de manière groupée l'achat et/ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs.

Un nouvel article L. 462-10 serait ainsi intégré au sein du Code de commerce :

« Art. L. 462-10. – 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.

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. »

Il ne s'agit donc pas d'une notification au titre du contrôle des concentrations mais bien d'une simple information préalable de l'Autorité de la concurrence.

Il est bien évident qu'il s'agit là d'un texte destiné à pouvoir appréhender les alliances de massification actuellement en cours d'examen par l'Autorité de la concurrence (voir communiqué de presse du 6 novembre 2014

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=591&id_article=2447).

Rappelons que cet avis est attendu pour fin mars.

Les modifications envisagées des procédures de l'Autorité de la concurrence

• L'introduction d'une procédure de transaction

L'article 59 quinquies du projet de loi prévoit de substituer à la procédure de non-contestation des griefs, une procédure de transaction sur le modèle de celle déjà existante en droit de l'Union européenne.

L'article L.464-2, III du Code de commerce serait ainsi modifié de la manière suivante :

« III. – Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans la proposition de transaction qu'il lui soumet. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans le cadre prévu par la transaction. »

Le Rapporteur général disposerait ainsi d'un véritable pouvoir de négociation du montant des sanctions et des engagements proposés ; nous nous inscrivons ici dans une logique très anglo-saxonne.

Cette procédure de transaction permettrait à l'entreprise qui décide de ne pas contester les manquements qui lui sont reprochés de connaître précisément le montant final de la sanction encourue, à la différence de la situation actuelle dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, l'exposé des motifs du projet de loi souligne à juste titre que « dans la pratique actuelle la négociation porte non pas sur un montant de réduction de la sanction en valeur absolue mais sur un pourcentage de réduction d'une sanction non connue et difficilement prévisible, les entreprises ne disposant d'aucune prévisibilité sur ce que sera le montant de la sanction prononcée ». Le législateur attend donc de cette nouvelle procédure qu'elle incite davantage les entreprises à entrer en négociation avec l'Autorité de la concurrence qui, en retour, attend des gains procéduraux évidents.

Cependant, il convient de relever que la procédure de transaction ne conserve pas l'abaissement du plafond légal de la sanction tel qu'envisagé en cas de non-contestation des griefs.

• La simplification de la procédure de clémence

L'article 59 quinquies du projet de loi envisage de supprimer le deuxième tour de contradictoire, c'est-à-dire l'obligation d'établir un rapport, dans les procédures de clémence, à l'image de ce qui est prévu aujourd'hui pour la procédure de non-contestation des griefs.

En vertu de cette mesure de simplification procédurale, les débats devant l'Autorité de la concurrence seraient ainsi limités à un seul tour de contradictoire lorsque les parties mises en cause ont déposé une demande de clémence, et pour eux seuls, comme est venu le préciser l'amendement 2336. Le double tour de contradictoire restera indispensable pour les autres parties à la procédure qui n'ont pas engagé de procédure de clémence et entendent contester les griefs notifiés.

• L'extension des motifs de rejet de saisines contentieuses aux pratiques anticoncurrentielles locales

L'article 59 quater du projet de loi prévoit d'insérer un nouvel alinéa à l'article L.462-8 du Code de commerce en vertu duquel l'Autorité de la concurrence pourrait rejeter une saisine contentieuse dans l'hypothèse où les pratiques invoquées seraient de dimension locale et susceptibles d'être traitées par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) dans les conditions de l'article L.464-9 du Code de commerce.

Cette mesure a également pour objectif de simplifier et d'alléger les procédures contentieuses devant l'Autorité de la concurrence.

• Le renforcement des pouvoirs des enquêteurs : de plus en plus loin !

Les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, ou tout autre fonctionnaire habilité à procéder aux enquêtes de concurrence, pourraient à l'avenir accéder aux factures téléphoniques détaillées (couramment dénommées « fadettes ») pour mettre au jour l'existence d'une pratique anticoncurrentielle.

L'article 59 ter du projet de loi prévoit en effet d'intégrer à l'article L.450-3 du Code de commerce la disposition selon laquelle les agents mentionnés à l'article L.450-1 du Code de commerce pourraient « se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques et par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et en obtenir la copie. ».

Les modifications envisagées des règles relatives au contrôle des concentrations : une contrôlabilité renforcée

• La modification des seuils dans les départements et régions d'outre-mer

L'article 59 bis du projet de loi modifie le troisième alinéa de l'article L.430-2, III du Code de commerce relatif au second seuil de contrôlabilité des opérations de concentration dans les départements et régions d'outre-mer.

Désormais, il conviendrait pour apprécier ce seuil de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé individuellement par les entreprises concernées

dans l'ensemble des départements et collectivités d'outre-mer et non plus dans chacun de ces départements pris isolément.

L'objectif du législateur est une nouvelle fois d'abaisser le seuil de contrôlabilité de ces opérations. Pour mémoire, ce seuil a déjà été récemment modifié, d'une part, par la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 qui avait introduit un seuil spécifique pour le commerce de détail et, d'autre part, par la loi n°2012-1270 dite « Loi Lurel » du 20 novembre 2012 qui avait abaissé le second seuil à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail.

• L'octroi d'une dérogation sous d'éventuelles conditions

En application de l'article L.430-4 du Code de commerce, la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence (ou dans certains cas celui du Ministre chargé de l'Économie). En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de la concentration sans attendre cet accord.

L'article 59 bis du projet de loi prévoit que « l'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions » puis ajoute que cette dérogation « est caduque d'office si, dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération, l'Autorité de la concurrence n'a pas reçu la notification complète de l'opération ».

Le projet de loi réalise ainsi sur ce point l'harmonisation du contrôle national des concentrations avec le règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises qui prévoit également à l'article 7, paragraphe 3 que « cette dérogation peut être assortie de conditions et de charges destinées à assurer des conditions de concurrence effectives ».

• L'introduction d'un mécanisme dit « stop the clock » ou « arrêt des pendules » en phase 1

Un nouvel alinéa rédigé comme suit serait inséré après le deuxième alinéa du II de l'article L. 430-5 du Code de commerce :

« L'Autorité de la concurrence peut suspendre le délai mentionné au I lorsque les parties ayant

procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. Le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension. »

Actuellement, l'Autorité de la concurrence a la faculté de suspendre les délais uniquement en phase 2. Elle pourrait désormais prendre l'initiative d'« arrêter les pendules » dès la phase 1. Cette mesure illustre une nouvelle fois la volonté d'harmonisation entre procédure nationale et européenne de contrôle des concentrations.

• Extension de la durée de la procédure en phase 2

Le projet de loi envisage de modifier l'article L. 430-7, II du Code de commerce de la manière suivante :

« (...)II. - Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. **S'ils Lorsque des engagements, y compris toute modification apportée à ceux-ci, sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements leur réception, dans la limite de quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi.** »

Cette modification a pour objectif de donner la possibilité à l'Autorité de la concurrence de bénéficier d'un délai supplémentaire d'examen, non seulement lorsque des engagements lui sont transmis moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai de 65 jours ouvrés fixé pour prendre une décision mais aussi lorsque des modifications sont apportées à ces engagements.

Toutefois, faut-il en conclure que toute modification, même non substantielle, apportée aux engagements dans le délai envisagé, est susceptible de prolonger le délai d'instruction de l'opération ? Il serait bienvenu que le Sénat apporte une précision sur ce point.

• La sanction par l'Autorité du non-respect des engagements, injonctions ou prescriptions

En cas de non-respect par les parties des engagements ou injonctions ou prescriptions figurant dans la décision de l'Autorité (et non plus dans celle du Ministre ayant statué sur l'opération), l'article L.430-8 du Code de commerce, dans sa nouvelle rédaction, donnerait à l'Autorité de la concurrence la possibilité d'enjoindre aux parties de nouvelles prescriptions ou injonctions qui viendraient alors se substituer aux précédentes mesures non respectées.

En outre, un nouvel alinéa préciserait que, lorsque les mesures correctives qui n'ont pas été respectées résultent d'une décision du Ministre en application de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce, l'Autorité n'a plus compétence pour retirer sa décision en cas de décision modificative du Ministre, ce dernier pouvant alors prendre seul des injonctions ou prescriptions nouvelles.

• La compétence élargie du Président de l'Autorité de la concurrence

L'article 59 du projet de loi prévoit de modifier le dernier alinéa de l'article L.461-3 du code de commerce dans les termes suivants :

« [...] Le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions prévues à l'article L. 462-8, ainsi que celles prévues aux articles L. 464-2 à L. 464-6 quand elles visent des faits dont l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en application du quatrième alinéa de l'article L. 464-9. Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues à l'article L. 430-5, **des décisions de révision des mesures mentionnées au III et IV de l'article L 430-7 ou des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures.** »

Ainsi, le Président de l'Autorité de la concurrence serait habilité à prendre seul les mesures de révision ou de mise en œuvre des engagements ou injonctions de phase 2. Actuellement, ces mesures sont adoptées à la suite d'une délibération et d'une décision collégiale.

L'encadrement des contrats entre magasins affiliés et enseignes

L'article 10 A du projet de loi complète le livre III du Code de commerce par un titre IV intitulé « Des réseaux de distribution commerciale » qui a pour

objet d'encadrer les modalités de rattachement des magasins de commerce de détail à un réseau.

- Le texte prévoit que tous les contrats entre les magasins et leur tête de réseau (contrats d'approvisionnement, d'enseigne, ou marketing, à l'exclusion des baux commerciaux) prennent fin à la même date et fixe à neuf années la durée maximale de tous ces contrats, lesquels sont insusceptibles de renouvellement par tacite reconduction. À cela s'ajoute la précision selon laquelle la résiliation de l'un de ces contrats entraîne la résiliation des autres.

Cet encadrement contractuel qui touche de plein fouet la franchise est le résultat de l'adoption par les députés de l'amendement n°1681 du Président de la Commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale, Monsieur François Brottes. Cet amendement fixait initialement la durée maximale des contrats à 6 ans.

Ce dispositif fait écho aux recommandations de l'Autorité de la concurrence dans son avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 qui dénonçait les verrous que certaines enseignes insèrent dans leurs contrats pour empêcher un magasin, en théorie indépendant, de quitter le réseau et la centrale d'achats. L'Autorité de la concurrence avait ainsi constaté qu'il était très difficile à un opérateur d'implanter un nouveau magasin dans une zone de chalandise car les magasins affiliés étaient « captifs de l'enseigne qui les regroupe ». En facilitant les changements d'enseigne, la volonté des députés et de l'Autorité de la concurrence est donc de renforcer la concurrence entre les centrales d'achat, au bénéfice des prix bas.

Les indépendants craignent toutefois, à juste titre, que cette mesure fragilise le modèle coopératif en rendant risqué tout investissement dans les magasins et dans les structures centrales.

Le texte prévoit qu'un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, définira les seuils de chiffres d'affaires en deçà desquels cette nouvelle mesure ne trouvera pas à s'appliquer. Lors des débats, le Ministre de l'Économie a indiqué que ce dispositif d'encadrement des contrats entre magasins affiliés et enseignes sera limité aux magasins réalisant plus de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel.

En outre, le II de l'article 10 A indique que ce dispositif d'encadrement s'appliquera à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date de

promulgation de la loi s'agissant des contrats en cours dont la durée restant à courir est supérieure à six ans à la même date et s'appliquera quatre ans après la promulgation de la loi aux contrats dont la durée restant à courir est inférieure à six ans à la date de cette promulgation.

- Par ailleurs, le projet de loi Macron envisage d'interdire dans ces mêmes contrats entre les magasins et leur tête de réseau toute clause de non-concurrence post-contractuelle.

L'article 10-A prévoit ainsi l'introduction, dans le code de commerce, d'un nouvel article L. 341-2 visant à interdire, dans les contrats liant l'exploitant d'un point de vente à un réseau de distribution commerciale, « toute clause ayant pour effet (...) de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant (...) ».

La formule retenue, très large, vise ainsi à ce que soit réputée non écrite toute clause de non-concurrence post-contractuelle et ses dérivés, notamment les clauses de non-réaffiliation, contenue dans tout contrat liant l'exploitant d'au moins un commerce de détail à une société tête de réseau, quel que soit le type de réseau en cause, en ce compris les réseaux de franchise.

La question de la légitimité de ces clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation n'est pas nouvelle. Dans le secteur de la distribution alimentaire, ces clauses ont d'ores et déjà été mises à mal, tant par l'Autorité de la concurrence que par la Cour d'appel de Paris.

Dans son avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, l'Autorité de la concurrence annonçait ainsi clairement sa position :

« En présence d'obstacles importants à la création de nouveaux magasins, l'une des réponses possibles à la concentration excessive des zones de chalandise réside dans la faculté que pourraient avoir des opérateurs concurrents d'attirer dans leurs réseaux des magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution concurrents. (...) »

De la même façon, la mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution pourrait supporter l'entrée d'un groupe de distribution étranger, à même d'intensifier la concurrence sur

le marché national et d'atténuer la concentration des centrales d'achat. (...) »

Seuls des gains d'efficience suffisamment significatifs, en termes de transfert de savoir-faire ou d'incitation à l'investissement par exemple, pourraient alors contrebalancer ces effets restrictifs de concurrence ».

L'Autorité de la concurrence rappelait ainsi, dans son avis, que les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation devaient être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent, à savoir notamment la protection du savoir-faire de la tête de réseau.

Or, l'Autorité de la concurrence a estimé que, dans le secteur de la distribution alimentaire, la majeure partie du savoir-faire des têtes de réseau n'avait pas à être protégé par des clauses de non-réaffiliation dans la mesure où il était soit observable en magasin (agencement, assortiment, plan d'implantation des produits...), soit commun à toutes les enseignes (gestion financière, implantation des magasins) et n'avait donc aucun caractère secret.

Quant à la part – minime – du savoir-faire constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents (la politique de promotion notamment), elle n'était pas directement transmise aux membres du réseau de distribution et n'était donc pas susceptible de faire l'objet d'un transfert de savoir-faire en cas de changement d'enseigne.

L'Autorité de la concurrence concluait donc que « la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées dans les contrats d'affiliation étudiés ne rempliss[ai]ent pas les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis, érigées par le droit de la concurrence ».

La Cour d'appel de Paris, reprenant à son compte les développements de l'Autorité de la concurrence, a annulé, dans deux arrêts des 6 mars et 3 avril 2013 (le second ayant été confirmé par la Cour de cassation le 16 septembre 2014), les clauses de non-réaffiliation contenues dans les contrats Carrefour.

Par ailleurs, le législateur s'est également emparé de la question, comme l'y invitait d'ailleurs l'Autorité de la concurrence en conclusion de son avis n°10-A-26.

Le projet de loi Lefebvre n°3508 déposé le 1^{er} juin 2011, finalement abandonné, prévoyait ainsi l'introduction, dans le code de commerce, d'un article très similaire à l'article L. 341-2 proposé par le projet de Loi Macron, à la différence qu'il ne visait que l'« *activité de commerce de détail non spécialisé en libre-service et dont le chiffre d'affaires hors taxes, hors carburant, provient pour plus du tiers de la vente de produits alimentaires* ».

Le projet de Loi Macron a supprimé cette référence au commerce de détail alimentaire pour étendre l'interdiction des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation à l'ensemble des domaines d'activité.

Or, il n'est pas du tout certain que le raisonnement de l'Autorité de la concurrence s'agissant de l'absence de savoir-faire protégeable dans le secteur de la distribution alimentaire puisse s'étendre à tous les secteurs d'activité, bien au contraire !

Rappelons en effet que l'essence même du contrat de franchise est la transmission d'un savoir-faire secret, substantiel et identifié qu'il paraît légitime de protéger et ce, tant dans l'intérêt du franchiseur que des franchisés.

Interdire per se toute clause de non-concurrence post-contractuelle ou de non-réaffiliation dans les contrats d'affiliation à une enseigne reviendrait ainsi à remettre en cause le principe même de la franchise !

Il convient toutefois de noter que le Ministre s'est engagé à faire procéder à une étude d'impact sur cette question avant de soumettre son Projet de Loi au Sénat.

En tout état de cause, l'interdiction des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation ne devrait concerner que les têtes de réseau réalisant un certain niveau de chiffre d'affaires. Dans le cadre des débats à l'Assemblée Nationale, Monsieur Emmanuel Macron a précisé que ce seuil devrait être fixé « *aux environs de 50 millions d'euros* ». Affaire à suivre donc...

Les ajustements envisagés à la loi Hamon en matière de négociation commerciale

• **L'exclusion des grossistes de l'article L. 441-7 du Code de commerce dans leurs relations amont avec les fournisseurs : une réforme importante du Code de commerce aux enjeux sensibles dans les relations BtoB !**

Deux amendements identiques (n°336 rectifié et 1104 rectifié) portés par des députés de l'opposition et Monsieur Hammadi, président de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), ont été adoptés afin d'exclure les grossistes du champ d'application de l'article L.441-7 du Code de commerce et donc de l'obligation de formaliser chaque année dans une convention cadre ou unique les résultats de leurs négociations avec leurs fournisseurs.

Pour ce faire, toutes les occurrences des termes « *ou le prestataire de services* » sont remplacées dans le nouvel article par les termes « *de commerce de détail* ». En conséquence, le premier alinéa du futur article L.441-7 I du Code de commerce pourrait être rédigé de la manière suivante :

« Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services de commerce de détail indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L.441-6 et L.442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ».

Les grossistes estiment, en effet, que cette obligation de formalisation annuelle des négociations commerciales ne correspond pas à leur activité qui est marquée par des ajustements de prix et des négociations qui s'opèrent à plusieurs reprises en l'espace d'un an.

L'article L.441-7, I du Code de commerce serait complété d'un article I bis précisant ce qu'il convient d'entendre par la notion de « distributeur de commerce de détail » :

« Au sens du I, la notion de distributeur de commerce de détail s'entend du distributeur effectuant pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, ou de la centrale d'achat ou de référencement d'entreprises de ce distributeur ».

Lors de débats, le Ministre de l'Économie a estimé toutefois que cette définition est « *trop imprécise* » en ce qu'elle exclut « *les opérateurs intermédiaires, qui ne sont pas forcément de petits grossistes* », faisant référence, notamment, aux opérateurs de la consommation hors domicile. Le gouvernement a ainsi émis un avis défavorable sur cet amendement qui reviendrait, selon lui, à créer deux régimes juridiques distincts entre les grossistes et les centrales d'achat.

Une question : les opérateurs de *cash and carry* qui jouent également un rôle de négociants grossistes se retrouveraient de fait exclus de la formalisation de la négociation annuelle avec leurs fournisseurs ; est-ce logique ? Ne peut-on pas craindre des débordements à cet égard car ces opérateurs sont très proches des GSA ?

• L'élargissement du champ d'application de l'article L.441-8 du Code de commerce aux contrats de MDD

Suite à l'adoption de l'amendement de Madame la députée Annick Le Loch, l'article 10 C du projet de loi prévoit que l'article L.441-8 du Code de commerce, lequel impose une clause de renégociation du prix convenu dans les contrats de vente de plus de trois mois portant sur certains produits, « n'est pas applicable lorsque le contrat ne comporte pas d'engagement sur le prix d'une durée d'au moins trois mois ».

Autrement dit, pour les marchés disposant déjà de mesures compensatoires, comme le marché au cadran du porc ou la cotation régionale du bœuf cités à titre d'exemple par l'auteur de l'amendement, les opérateurs ne seraient plus dans l'obligation d'insérer une telle clause de renégociation.

En revanche, ce même amendement inclut dans le champ d'application de ce même article les contrats de marques distributeurs (MDD), définis comme les « *contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur [...]* ».

• La modification des délais de paiement prévus à l'article L. 441-6 du Code de commerce : simplification ou complexification ?

L'article 11 quinquies du projet de loi envisage de réécrire une nouvelle fois les dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce relatives aux délais de paiement.

Les députés ont en effet adopté l'amendement n°2945 présenté par le gouvernement qui a pour objet d'apporter à la loi quelques ajustements afin de parfaire la transposition de la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les relations commerciales. Les délais de droit commun du neuvième alinéa

de l'article L.441-6 du Code de commerce seraient formulés de telle manière :

« *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 maximal 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.* »

Ainsi, conformément aux termes de la directive, le délai de 60 jours apparaît comme le plafond légal de principe, le délai de 45 jours fin de mois étant présenté comme une dérogation.

Cependant, une question demeure, de quelle manière computer le délai de 45 jours fin de mois ? Actuellement, il existe une option : soit 45 jours 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 45 jours à compter de la fin du mois d'émission de la facture.

Faut-il en conclure que la précision apportée par le projet de loi Macron selon laquelle le délai de 45 jours fin de mois se calcule à partir « *de la date d'émission de la facture* » met un terme à la seconde branche de cette option ? On peut raisonnablement répondre par l'affirmative.

En outre, il convient de noter que le texte réintègre la notion d'« *abus manifeste à l'égard du créancier* », laquelle avait été supprimée du Code de commerce par la loi Hamon. Nous avons démontré dans un précédent article paru dans la Lettre du Cabinet que cette disparition contrevenait au droit de l'Union européenne (cf. « *Loi Hamon : quelle sanction en cas de non-respect du délai de paiement convenu inférieur aux plafonds légaux ?* » – Lettre du Cabinet septembre-octobre 2014).

Par ailleurs, pour les ventes de produits ou les prestations de service relevant de secteurs dont l'activité présente un caractère saisonnier particulièrement marqué, l'article 11 quinquies du projet de loi prévoit qu'un délai maximal de paiement de 90 jours serait autorisé sous réserve que ce délai dérogatoire soit expressément stipulé dans le contrat et ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

Pour mémoire, l'article 121-III de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives avait prévu la possibilité pour certains secteurs particuliers, remplissant certaines conditions fixées par la loi, de déroger de manière temporaire au plafonnement des délais de paiement convenus défini à l'article L.441-6 du code de commerce. Cinq secteurs bénéficient actuellement de ces dérogations par décret : le secteur du jouet, des articles de sport, de la bijouterie-horlogerie, des agroéquipements et du cuir.

• **L'augmentation de la sanction en cas de pratiques restrictives de concurrence : une révolution de palais**

L'adoption de l'amendement n°1148 présenté par Monsieur Razzy Hammadi vient modifier l'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce, laquelle serait désormais fixée à 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques incriminées en lieu et place de l'amende actuelle d'un montant de deux millions d'euros maximum, laquelle, rappelons-le, peut tout de même être portée au triple du montant des sommes indûment versées.

Il s'agit pour l'auteur de l'amendement de rendre pleinement dissuasive la sanction en cas de pratiques restrictives de concurrence et de traduire dans la loi une proposition du rapport « Hagelsteen » de 2008.

Sans nul doute, cet alignement sur les sanctions prévues en droit des pratiques anticoncurrentielles fera bondir significativement le montant des amendes prononcées.

* * *

Les sénateurs de l'opposition ont d'ores et déjà déclaré vouloir remettre à plat le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Qu'en sera-t-il alors notamment du dispositif d'injonction structurelle ou de l'encadrement des contrats entre magasins et tête de réseau, mesures emblématiques mais tant contestées ? Réponse fin avril / début mai !

Programme des interventions et des formations 2015 :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur notre site www.grall-legal.fr]

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2015 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2015 et les évolutions liées à la loi Hamon sur la consommation :**

Les futures négociations commerciales interviendront dans un cadre évolutif fortement marqué par la volonté du gouvernement de faire appliquer strictement la LME et ce, dans toutes ses dispositions, outre toutes les nouvelles dispositions issues de la loi sur la consommation du 17 mars 2014 (« loi Hamon ») qui vont dans le sens de la fermeté et dont certaines s'appliquent immédiatement :

- Des conditions générales de vente dont le rôle est renforcé ;
- Un plan d'affaires annuel qui devra prévoir les contreparties aux avantages financiers accordés par le fournisseur ;
- Des avantages financiers dont l'assiette de calcul ne pourra pas rétroagir à une date antérieure à celle de l'application du nouveau tarif du fournisseur ;
- Les nouveaux instruments promotionnels (« NIP ») qui sont désormais contractualisés ;
- L'instauration de la règle de la concomitance entre la date de prise d'effet du tarif et celle des avantages financiers consentis au distributeur ;
- L'interdiction des demandes d'alignement et des compensations de marge ;
- L'impossibilité de modifier son tarif en cours d'année par l'industriel, sauf accord ou clause autorisée de renégociation ;
- Un mécanisme de facturation périodique mensuelle institutionnalisé ;
- L'instauration de sanctions administratives et d'un pouvoir de sanction donné aux services de la DGCCRF, sans oublier désormais un pouvoir d'injonction.

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

- **Le contrôle des concentrations :**

- Contrôle européen des concentrations : [règlement n°139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;

- Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009]** ;

- **La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;**

- **L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; Dual pricing ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;

- **La définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence] ;

- **Les enquêtes de concurrence françaises et européennes** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] **et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;**

- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et européen de la concurrence] ;

- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**

- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi Hamon sur la consommation du 17 mars 2014, la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence européenne de 2009 à 2014 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subor-

données, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

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

* * *

- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;**

- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**

- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**

- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.**

- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.grall-legal.fr

L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés

9 avril 2015

Intervenants : **Nathalia Kouchnir-Cargill & Eléonore Camilleri**

Formule 1 demi-journée - Tarif * : 650 € HT

Objectifs principaux

- Identifier les problématiques juridiques du commerce en ligne en fonction de vos objectifs
- Maîtriser le cadre juridique des relations B to B dans le cadre des stratégies de distribution du fournisseur
- Maîtriser le cadre juridique des relations B to C lié à la création et au développement d'un site de commerce en ligne
- Connaître les conditions de la validité de la vente à distance en ligne depuis la loi « consommation » (Hamon) du 17 mars 2014
- Bien rédiger les mentions légales, les conditions générales d'utilisation et les conditions générales de vente de votre site de commerce en ligne
- Anticiper les contrôles des agents de la CNIL et de la DGCCRF au regard de la loi « informatique et libertés » (données personnelles, cookies...)

Les systèmes de distribution

14 avril 2015

Intervenants : **Jean-Christophe Grall & Nathalia Kouchnir-Cargill**

Formule 1 journée - Tarif * : 850 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des contrats de distribution dans le cadre de l'architecture contractuelle européenne
- Connaître la qualification des différents statuts de distributeurs existants
- Savoir mettre en place un réseau de distribution exclusive ou sélective au niveau français et européen
- S'assurer de la pertinence de son réseau en termes d'étanchéité lorsqu'il s'agit d'un réseau de distribution sélective
- Savoir rédiger les différents contrats de distribution ; quelles sont les clauses sensibles (les « clauses noires ») ?
- Savoir intégrer des clauses relatives à la communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Savoir appréhender la distribution sur Internet (e-commerce)
- Savoir maîtriser le « dual pricing »
- Appréhender les importations parallèles et savoir réagir efficacement
- Comment réagir judiciairement dans chaque État membre de l'Union Européenne ?
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale ayant comme support un contrat de distribution
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Auto-évaluer son contrat de distribution dans le cadre du règlement 1/2003
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables et le rôle des autorités de concurrence en matière d'entente verticale

* par participant(e)

63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40 - T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40
contact@grall-legal.fr - www.grall-legal.fr

Rappel des prochaines formations

Bien gérer vos relations d'achat-vente : l'obligation d'information due par le vendeur et ses conséquences, la négociation commerciale, les conditions de validité du contrat de vente, les règles de facturation, les problématiques liées aux livraisons, la rupture de la relation commerciale établie

16 avril 2015 / 8 octobre 2015

Intervenants : Emmanuelle Bordenave-Marzocchi & Thomas Lamy

Formule 1 journée - Tarif * : 750 € HT

Objectifs principaux

- Appréhender les différentes étapes de la négociation commerciale
- Connaître les règles juridiques qui encadrent la négociation commerciale dans le contexte de la loi « consommation » du 17 mars 2014
- S'assurer de la régularité de ses factures
- Connaître les conditions de la validité du contrat de vente
- Connaître l'obligation d'information pesant sur le vendeur et ses conséquences
- Gérer les problématiques liées à la livraison
- Gérer et analyser le risque lié à la fin des relations commerciales

Droit de la consommation, publicité / mailing et opérations promotionnelles à jour des modifications prévues par la loi consommation

2 juin 2015

Intervenants : Jean-Christophe & Martine Béhar-Touchais

Formule 1 journée - Tarif * : 850 € HT

Objectifs principaux

- Appréhender les modifications issues de la loi Hamon du 17 mars 2014 relatives à la consommation
- Maîtriser les aspects juridiques des promotions des ventes dans le cadre de la loi Hamon du 17 mars 2014
- Connaître les règles applicables à chaque type d'opération promotionnelle
- Savoir appréhender l'impact européen sur l'organisation d'opérations promotionnelles
- Identifier les opérations promotionnelles à risques
- Bien connaître la notion de pratique commerciale déloyale dans le cadre de la Directive du 11 mai 2005
- Savoir accompagner les services marketing et attirer leur attention sur les risques encourus
- S'assurer de la pertinence de sa communication au regard du droit de la consommation
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des Tribunaux

* par participant(e)

63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40 - T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40
contact@grall-legal.fr - www.grall-legal.fr

Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, le Flash Concurrence ne saurait engager la responsabilité de Grall & Associés.