

CE QUE CHANGE LA LOI MACRON

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (« **Loi Macron** ») est, en trois ans, le troisième texte (après la Loi Lurel du 20 novembre 2012 et la Loi Hamon du 17 mars 2014) à modifier les dispositions du Code de commerce en matière de droit de la distribution et de droit de la concurrence...

Le Gouvernement et le Parlement se sont cette fois largement inspirés des positions de l'Autorité de la concurrence (« **L'Autorité** ») sur des sujets très divers. Les recommandations issues des avis de l'Autorité (grande distribution alimentaire, transports de voyageurs, professions réglementées, etc.) sont en effet à l'origine de nombre de dispositions discutées devant le Parlement.

Cependant, force est de constater que les modifications concernant spécifiquement le droit de la concurrence sont assez limitées, et que le dispositif « phare » sur le pouvoir d'injonction structurelle ne verra pas le jour, après sa censure par le Conseil constitutionnel. Quant aux dispositions qui portent sur le droit de la distribution, elles nous semblent être, pour la plupart, inutilement complexes et assez critiquables sur le fond.

➤ DROIT DE LA DISTRIBUTION

1. Encadrement des réseaux de distribution commerciale

Le livre III du Code de commerce comprend désormais un nouveau titre IV intitulé « *Des réseaux de distribution commerciale* » composé de seulement deux articles (L 341-1 et L 341-2).

L'objectif de ce titre IV est d'éviter qu'un commerçant indépendant, membre d'un réseau de distribution, se trouve empêché de changer d'enseigne en raison des clauses contractuelles qui le lient à la tête de réseau.

Ces nouvelles dispositions s'appuient sur un avis de l'Autorité du 7 décembre 2010 relatif au secteur de la grande distribution alimentaire. Elles devaient initialement être limitées à ce seul secteur. Cependant, sans qu'aucune étude préalable ait été effectuée, la Loi Macron les étend à **tous les secteurs de la distribution au détail...**

Sont concernés les contrats qui lient un commerçant indépendant à un réseau de distribution, dès lors qu'ils obligent à une exclusivité de marque ou d'enseigne. Ces contrats sont désormais soumis à deux principes essentiels.

D'une part, les différents contrats qui lient le commerçant au réseau - contrats de franchise, d'approvisionnement, etc. - sont considérés comme formant **un tout indivisible** : ils devront donc tous avoir la même échéance (le projet initial prévoyait en outre que leur durée devait être limitée à neuf ans, ce qui a heureusement été abandonné). Et la résiliation d'un seul contrat emportera la résiliation de tous les autres. Ces dispositions sont justifiées car, jusqu'à présent, un commerçant indépendant pouvait se trouver empêché de rejoindre un autre réseau du seul fait du décalage entre les dates d'échéance de ses différents contrats et de l'impossibilité en résultant de les dénoncer tous pour une même date.

D'autre part, le commerçant indépendant ne pourra pas se voir imposer **une clause de non concurrence ou de non réaffiliation postérieurement à sa sortie du réseau.**

En réponse aux critiques contre ce second principe, le législateur a prévu qu'il puisse y être dérogé, sous réserve que quatre conditions cumulatives soient réunies :

- (i) les clauses limitant l'exercice de l'activité du commerçant indépendant doivent concerner des biens et services en concurrence avec ceux objet du contrat,
- (ii) elles doivent être limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat,
- (iii) elles doivent être indispensables à la protection du savoir-faire « *substantiel, spécifique et secret* » transmis dans le cadre du même contrat,
- (iv) elles ne doivent pas excéder un an après la fin des contrats.

Les contrats concernés devront être mis en conformité avant le 6 août 2016 (aucune sanction n'est toutefois prévue).

Ce système de dérogation reste éminemment critiquable. Ainsi, dans les franchises de services où un véritable savoir-faire « *substantiel, spécifique et secret* » est transmis au franchisé, sa protection sera illusoire, puisque, en vertu de la deuxième condition, la clause restreignant l'exercice de l'activité de l'ex-franchisé devra être territorialement limitée au seul local dans lequel celui-ci exerçait son activité...

Dans le secteur de la grande distribution alimentaire, on peut au contraire s'interroger sérieusement sur l'existence d'un savoir-faire « *substantiel, spécifique et secret* ». Dès lors, si la troisième condition n'est pas remplie, toute clause de non concurrence ou de non réaffiliation post-contractuelle, même limitée quant à son objet, son territoire et sa durée, devra être invalidée. Aucune dérogation ne devrait donc pouvoir intervenir et il y aurait alors interdiction pure et simple des clauses limitatives post contractuelles pour ces réseaux...

Rappelons que dans ce secteur qui – une fois de plus – a guidé toute la réflexion du législateur, ce dispositif est apparu d'ores et déjà insuffisant puisque le Gouvernement a été chargé de proposer rapidement des « *mesures concrètes* » permettant de faciliter les changements d'enseigne « *afin d'augmenter le pouvoir d'achat des français* » (comme si un lien évident existait entre les deux sujets...).

2. Plafond des délais de paiement contractuels

Priorité est désormais donnée aux délais de paiement plafond de **60 jours** à compter de la date d'émission de la facture. Le délai plafond de 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture qui constituait jusqu'à présent une option ne subsiste qu'à titre de dérogation, et sous réserve (i) qu'il soit expressément stipulé dans un contrat conclu entre les parties et (ii) qu'il ne constitue pas un « *abus manifeste à l'égard du créancier* ». Cette notion doit être interprétée au regard de la définition de la clause abusive donnée par la Directive européenne du 16 juillet 2011 contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, à savoir « *toute clause contractuelle qui s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales et qui est contraire à la bonne foi et à la loyauté* », définition qui laissera un large pouvoir d'appréciation au juge...

Ces nouvelles dispositions de l'article L 441-6 du Code de commerce ne s'appliquent pas aux achats de produits alimentaires périssables (qui demeurent soumis au délai de 30 jours après la fin de la décade de livraison).

Par ailleurs, les **régimes dérogatoires** mis en place pour des secteurs présentant un caractère saisonnier « *particulièrement marqué* » sont pérennisés, la Loi Macron prévoyant que les parties pourront convenir d'un délai de paiement spécifique qui ne pourra dépasser le délai maximal applicable en 2013 au titre du régime dérogatoire et ne devra pas constituer un « *abus manifeste à l'égard du créancier* ». Les secteurs concernés feront l'objet d'un décret. À ce jour, cinq secteurs bénéficient d'un régime dérogatoire : le jouet, la bijouterie - horlogerie, le cuir, les articles de sport et les agro-équipements.

3. Conventions annuelles entre les grossistes et leurs fournisseurs

L'article L 441-7 du Code de commerce impose la signature d'une convention annuelle entre les « *fournisseurs* » et les « *distributeurs* » de produits et de services, dont l'objet essentiel est la détermination du prix. En l'absence de toute définition des termes « *fournisseurs* » et « *distributeurs* », on pouvait se demander si une convention unique devait véritablement être négociée à tous les niveaux de la chaîne de distribution, ce qui était contesté par beaucoup.

Le projet de loi avait entendu ces critiques puisqu'il prévoyait initialement d'exclure du champ d'application de la convention unique les relations entre fournisseurs et **grossistes**, allègement finalement écarté par le Parlement, qui crée un article L 441-7-1 spécifique aux relations fournisseur / grossiste.

Ce nouvel article reprend l'essentiel de l'article L 441-7, sous réserve de deux modifications présentées comme des assouplissements au bénéfice des grossistes.

On comprend aisément le premier de ces assouplissements : la suppression de l'obligation d'indiquer « *le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation* ».

On comprend beaucoup moins le second qui ajoute une mention pour le moins déroutante.

En effet, le 1^{er} volet de la convention, qui fixe les conditions de la vente issues de la négociation, peut également fixer, aux termes de ce nouvel article L 441-7-1, « *les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées* ».

Les analyses divergent sur la manière dont il faut comprendre cet ajout et l'on attend impatientement les éclaircissements de la DGCCRF.

Il nous semble que l'objet le plus vraisemblable de cet ajout est d'ouvrir une exception au **principe d'intangibilité annuelle du « prix convenu »** mis en place par la Loi Hamon (article L 442-6, I, 12° du Code de commerce). Si cette interprétation est confirmée, ceux qui – on les comprend – refusent de croire en l'existence même de ce principe seront doublement déçus : d'une part, parce que l'exception vient confirmer l'existence du principe, d'autre part, parce que les outils que la loi propose pour assouplir le principe sont doublement inadéquats :

- tout d'abord, il est excessivement contraignant d'encadrer par la convention annuelle (qui ne peut pas tout prévoir) toutes les hypothèses et toutes les modalités de modification du prix convenu en cours d'année,
- ensuite, les ajustements éventuellement anticipés / autorisés par la convention annuelle ne joueront qu'en amont de la chaîne et ne pourront être répercutés au niveau du revendeur au détail puisque l'exception introduite dans l'article L 441-7-1 n'a pas été pareillement introduite dans l'article L 441-7...

4. Augmentation de l'amende civile

En cas d'action engagée par le Ministre de l'économie devant le Tribunal de commerce sur le fondement des pratiques restrictives prévues à l'article L 442-6 du Code de commerce, le juge peut prononcer à l'encontre de l'entreprise fautive une amende civile d'un montant maximal de deux millions d'euros ou du triple du montant des sommes indûment obtenues.

Désormais, le montant de l'amende civile pourra atteindre **5 % du chiffre d'affaires annuel** réalisé en France par l'entreprise auteur des pratiques.

Il s'agit d'un objectif affiché de dissuasion à l'égard des entreprises dont le chiffre d'affaires est significatif, les acteurs de la grande distribution alimentaire étant évidemment les premiers visés.

➤ DROIT DE LA CONCURRENCE

1. Introduction d'une véritable procédure de transaction

Du point de vue du droit de la concurrence, la principale innovation de la Loi Macron est la modification de la procédure de non contestation des griefs, désormais transformée en une véritable transaction sur le montant de la sanction encourue (article L 464-2 III du Code de commerce).

L'ancienne procédure ne permettait pas aux entreprises de prévoir le montant de la sanction finalement encourue. Le choix de renoncer à contester les griefs et, éventuellement, de prendre des engagements, se faisait à l'aveugle car seul le taux de réduction de la sanction était connu (encore s'agissait-il seulement d'une fourchette). Le montant de l'amende envisagée, sur lequel la réduction devait s'appliquer, restait inconnu. Une telle incertitude limitait le recours à cette procédure de la part de certaines entreprises.

De fait, même si dans son rapport annuel 2014, l'Autorité constatait que « *la procédure de non contestation des griefs confirme son attractivité* » (p. 29) en relevant qu'elle avait été appliquée dans la totalité des affaires en matière d'ententes en 2014, il n'en reste pas moins que, dans ces affaires, toutes les parties n'avaient pas opté pour cette procédure, limitant de ce fait le gain procédural recherché par l'Autorité, en particulier le raccourcissement des délais. Une **meilleure prévisibilité sur le montant de la sanction encourue** était donc nécessaire du point de vue des entreprises comme de l'Autorité.

C'est chose faite puisque le nouveau texte prévoit que l'entreprise aura connaissance du montant minimal et du montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. La réforme pourrait donc conduire un plus grand nombre d'entreprises à choisir cette voie procédurale.

On regrettera toutefois que la proposition du Sénat, qui visait à permettre aux entreprises de transiger sur une partie seulement des griefs notifiés, et donc d'en contester une autre partie, n'ait finalement pas été retenue. Il est vrai que, du point de vue de l'Autorité, l'introduction d'une procédure de transaction partielle n'aurait pas permis le raccourcissement des délais ni l'économie de moyens recherchés (les affaires faisant l'objet d'une telle transaction partielle auraient en effet continué à donner lieu à la rédaction d'un rapport sur la partie des griefs contestés).

Alléger le travail de l'Autorité et réduire les délais de traitement des dossiers sont des objectifs louables qui ne devraient toutefois jamais primer sur le droit indéfectible des entreprises de contester des griefs contestables.

2. Obligation d'information de l'Autorité en cas d'accords de négociation en commun

Dispositif de circonstances s'il en est, puisqu'il vise à répondre aux questions soulevées par les rapprochements de centrales d'achat ou de référencement dans le secteur de la grande distribution alimentaire intervenus fin 2014 / début 2015, le nouvel article L 462-10 du Code de commerce impose aux centrales (et plus généralement à tout exploitant d'un magasin) dans le secteur du commerce de détail d'informer l'Autorité de tout accord de négociation en commun avec des fournisseurs. Il s'agit d'une simple obligation d'**information préalable** et non d'une notification en vue d'une autorisation par l'Autorité. L'efficacité de ce mécanisme, qui intervient près d'un an après les rapprochements ayant mis en lumière son intérêt, restera à démontrer. Les seuils de chiffre d'affaires déclenchant cette obligation seront fixés par décret.

3. Aménagement des pouvoirs d'enquête simple

La Loi Macron renforce, à la marge, les pouvoirs des enquêteurs de l'Autorité et de la DIRECCTE. Elle amende l'article L 450-3 du Code de commerce en précisant que, dans le cadre d'une enquête simple, les enquêteurs peuvent demander communication de tous documents « *en quelques mains qu'ils se trouvent* ». Cela signifie en pratique que **toute entité détentrice d'informations** intéressant une enquête est soumise à cette obligation de communication de documents même si elle n'est pas elle-même l'objet de ladite enquête. Par ailleurs, les entreprises concernées doivent mettre à disposition des enquêteurs les moyens indispensables à leur mission. Ces modifications mineures viennent compléter le dispositif de l'article L 450-3 du Code de commerce qui avait été considérablement renforcé par la Loi Hamon en mars 2014.

4. Toilettage du contrôle des concentrations

La Loi Macron procède également à quelques aménagements, très limités, du contrôle des concentrations. Il s'agit notamment de précisions sur les seuils en outre-mer (article L 430-2 du Code de commerce), de la caducité de la dérogation à l'effet suspensif en l'absence de notification dans un délai de trois mois (article L 430-4 du Code de commerce), de la possibilité de suspension des délais en phase I (« *stop the clock* ») à la demande de l'Autorité (article L 430-5 du Code de commerce) ou encore de la possibilité de statuer à juge unique sur les décisions de révision des engagements (article L 461-3 du Code de commerce).

5. Ce à quoi les entreprises ont échappé

5.1 Pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité en l'absence d'abus

Depuis la Loi de modernisation de l'économie de 2008, l'Autorité dispose d'un pouvoir d'injonction structurelle en cas d'abus de position dominante ou de dépendance économique (article L 752-26 du Code de commerce). Lorsque les injonctions comportementales et/ou les amendes n'ont pas permis de mettre fin à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, l'Autorité peut, dans un second temps, enjoindre à l'entreprise concernée de modifier ou de

résilier tous les actes par lesquels s'est constituée la puissance économique ayant permis l'abus. Elle peut même enjoindre à l'entreprise de procéder à une cession d'actifs si cette cession constitue le seul moyen pour rétablir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée.

Dans les collectivités d'outre-mer, l'Autorité a toutefois obtenu, avec la Loi Lurel de 2012, un pouvoir d'injonction structurelle, **en l'absence même d'une pratique abusive**, dès lors que sont constatés l'existence d'une position dominante ainsi que des marges ou des prix élevés (article L 752-27 du Code de commerce).

Considérant qu'il fallait pouvoir remédier au niveau de concentration considéré comme trop élevé du marché de la grande distribution alimentaire, notamment à Paris, l'Autorité a demandé une **extension** de ces pouvoirs exceptionnels **à l'ensemble du territoire métropolitain**. C'était d'ailleurs un engagement du Président de la République, lors de sa campagne en 2012.

Ce nouveau pouvoir a toutefois été **censuré par le Conseil constitutionnel**, qui a considéré que l'injonction structurelle envisagée portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété en raison des contraintes qu'elle faisait peser sur les entreprises : remise en cause des prix ou des marges, obligations de modifier ou résilier des accords, de céder des actifs alors que la position dominante a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté. Il a considéré également que son champ d'application était trop large. Le Conseil constitutionnel a relevé que les mesures applicables à l'outre-mer étaient quant à elles justifiées par les contraintes particulières de ces territoires. Compte tenu de cette motivation, il semble peu probable que ce projet soit remis à l'ordre du jour avant longtemps.

5.2 Communication des « données de connexion » dans le cadre des enquêtes simples

L'article 216 de la Loi Macron visait, à la demande de l'Autorité, à aligner ses pouvoirs sur ceux d'autres autorités administratives

indépendantes (comme l'AMF ou l'HADOPI) ou d'administrations de l'État (douanes et fisc) en lui permettant de se faire communiquer, par les opérateurs téléphoniques et Internet, dans le cadre d'une enquête simple (article L 450-3 du Code de commerce), les « *données de connexion* », des personnes visées, c'est-à-dire le détail de leurs factures téléphoniques et Internet (l'introduction de ces nouveaux pouvoirs avait déjà été envisagée, puis abandonnée, par deux fois, en 2013 et 2014).

Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré que l'accès aux données de connexion dans le cadre de l'enquête simple (c'est-à-dire sur simple demande des enquêteurs) n'offrirait **pas de garanties suffisantes** permettant d'assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée des personnes inspectées, d'une part, et la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, d'autre part.

Il ne s'agit donc pas d'une opposition de principe à l'introduction de ces nouveaux pouvoirs. Une nouvelle tentative, assortie, cette fois, de garanties suffisantes - telles qu'une autorisation par un juge - pourrait donc être la bonne pour l'Autorité...

5.3 Assouplissement des conditions de l'abus de dépendance économique

Dans son avis 15-A-06 du 31 mars 2015 concernant le rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans la grande distribution, l'Autorité avait proposé de modifier l'article L 420-2 du Code de commerce afin d'introduire une **appréciation plus circonstanciée et plus souple** des critères de la « *dépendance économique* ».

Cette disposition a été discutée lors des débats parlementaires, avant d'être abandonnée au motif qu'elle aurait empiété sur le régime de l'article L 442-6 du Code de commerce qui donne au Ministre de l'économie le pouvoir d'agir devant les juridictions commerciales pour faire sanctionner l'abus de puissance d'achat via la notion de « *déséquilibre significatif* ».

Auteurs :

Frédérique CHAPUT
Avocat à la Cour, associée
fchaput@racine.eu

Valérie LEDOUX
Avocat à la Cour, associée
vledoux@racine.eu

Bastien THOMAS
Avocat à la Cour, associé
bthomas@racine.eu

Sophie PASQUESOONE
Avocat à la Cour
spasquesoone@racine.eu

Caroline LEVARD
Avocat à la Cour
clevard@racine.eu

Audrey MAÎTRE
Avocat à la Cour
amaitre@racine.eu

Pour plus d'informations : R A C I N E Avocats - 40, rue de Courcelles - 75008 Paris - + 33 (0)1 44 82 43 00 - www.racine.eu

Responsable de la publication : Valérie Ledoux

Cette publication a pour seul objet de présenter certains sujets de façon non-exhaustive. Elle ne constitue pas un conseil juridique. Pour toutes questions relatives aux sujets abordés dans ce document, vous pouvez vous adresser à vos contacts habituels ou aux auteurs de ce document.