



Ga

Gouache. avocats
au service des franchiseurs

Petit déjeuner
Loi « Macron » du 6 août 2015



Gouache. avocats

Une équipe dédiée aux activités de distribution





Gouache. avocats

Plus de 200 enseignes clientes en France

- **Notre cabinet**
conseille des commerçants et des enseignes nationales depuis 2007.
- **Notre équipe**
l'une des plus importantes du marché sur la spécialité, a développé une expertise approfondie de la franchise et des contrats de distribution.

Création de
30 RÉSEAUX DE FRANCHISE
En 2013



Gouache.avocats

Gouache Avocats

À nouveau distingué en 2015



Notre équipe est qualifiée
« **d'incontournable** »
dans les classements 2014 et 2015
du magazine *DÉCIDEUR JURIDIQUE*
pour le droit de franchise
et « **forte notoriété** »
en droit de la distribution.



Gouache.avocats

Gouache Avocats

À nouveau distingué en 2015



Notre équipe est qualifiée
« **équipe montante** »
en droit de la distribution



Recommandé en droit
de la concurrence et de
la distribution



Gouache. avocats

Notre équipe

Jean-Baptiste Gouache

GOUACHE. Avocats regroupe une équipe d'avocats soudée et dynamique, dont la pratique est axée sur le droit de la distribution, de la concurrence, la franchise et le droit commercial.



Jean-Baptiste Gouache a fondé le cabinet début 2007. Il est avocat au barreau de Paris. Il est diplômé d'un **DJCE** (Diplôme de Juriste Conseil d'Entreprises), d'un **DESS de droit des affaires** et de **NEOMA (Master Spécialisé de Management des Réseaux de Distribution)**

Il a développé son expertise au sein du cabinet **Landwell & Associés** (cabinet lié au réseau PricewaterhouseCoopers) partir de 1998, pendant six années, puis au sein d'un cabinet de niche intervenant auprès d'une clientèle d'enseignes nationales. Il dispose d'une expérience opérationnelle au sein d'un hypermarché E. Leclerc.



Gouache. avocats

Notre équipe

Jean-Baptiste Gouache

Jean-Baptiste Gouache **enseigne le droit de la distribution au Master 2 DJCE (Faculté de droit de Rennes) et au Master 2 Concurrence distribution (Faculté de droit de Caen).** Jean-Baptiste Gouache, comme les autres avocats du cabinet, **écrit de manière régulière dans les revues professionnelles et juridiques. Il est auteur des formules et de l'encyclopédie Fonds de commerce du Dictionnaire Permanent de droit des affaires et de publications aux éditions LEXIS NEXIS et Francis Lefebvre.**

Il est membre du Collège des experts de Fédération Française de la Franchise. Il est également régulièrement nommé **arbitre.**

Les classements Décideur Juridique 2014 et 2015 le positionne comme « incontournable » en droit de la franchise, « pratique réputée » en droit de la distribution. Son équipe s'est vue décerner le trophée « équipe montante » du droit de la distribution aux Trophées du droit en juin 2015.



Notre équipe

Martine Behar - Touchais



Martine Behar Touchais est Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

Martine codirige l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS – Institut Tunc).

Martine dirige également le groupe de travail « Contrats, consommateurs et e-commerce » du Réseau européen d'experts en droit (Trans Europe Network –TEE), qui organise des études avec les autres groupes du réseau (jeux en lignes, actions de groupe, données personnelles, renforcement de l'application privée en faveur des victimes de pratiques anticoncurrentielles, etc...) et qui répond aux appels d'offres du Parlement Européen et de la Commission Européenne.



Gouache. avocats

Notre équipe

Martine Behar - Touchais

Martine a été membre du Collège de la Concurrence de janvier 2003 à janvier 2009.

Martine est spécialisée en Droit de la concurrence, en Droit de la Consommation ainsi qu'en Droit des contrats, particulièrement dans le domaine de la distribution. Elle a écrit un grand nombre de publications et est l'un des auteurs actifs de la revue de référence Concurrence.

Elle a arbitré un grand nombre de litiges en droit de la distribution, notamment alimentaire. Elle a rejoint l'équipe en tant que of counsel.

INTRODUCTION

I. DISPOSITIONS CONCERNANT LE DROIT DES CONTRATS D’AFFILIATION

II. AUTRES DISPOSITIONS CONCERNANT LE DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

III. DISPOSITIONS DE DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET DES CONCENTRATIONS

I. DISPOSITIONS CONCERNANT LE DROIT DES CONTRATS D’AFFILIATION

- **ADLC: 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
- **Projet de loi LEFEBVRE** (très ambitieux) : adopté en première lecture par l'Assemblée nationale (de droite à l'époque) et le Sénat (de gauche à l'époque)

Projet abandonné après les élections présidentielles car le gouvernement s'aperçoit qu'il créait une discrimination injustifiée entre le commerce coopératif et les autres formes de commerce.

Tentative de le refaire passer lors de la loi Hamon, mais le Ministre veille et cela ne passe pas.

- Il a fallu attendre la loi Macron (et le fait que le Ministre soit plus à l'écoute du lobbying de l'ADLC) pour que cela passe, **mais les débats parlementaires ont beaucoup amenuisé la portée des textes.**

Interdiction per se

- **Dans l'avis de l'ADLC** : les clauses qui entravent la liberté de sortie du franchisé devaient être examinées sous l'angle de l'abus de dépendance économique (art L. 420-2 C. com.), mais c'était difficile
- **D'où préférence de l'ADLC pour une interdiction per se = en elle-même**
 - ❖ Interdiction sans flexibilité
 - ❖ Interdiction sans distinction en fonction des situations où c'est nocif et celles où cela ne l'est pas (je suis opposée à la multiplication des interdictions per se)

Article L. 341-1 du C. com.

- 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.

A. LE PRINCIPE

A. Le principe

1. Les parties

- a. « *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* »*
- Si l'on s'en tient au premier morceau de phrase et aux derniers (en bleu ci-dessus) : sont visés tous les réseaux de distribution qui regroupent des magasins sous une **enseigne commune, un nom commercial commun, une marque commune.**

A. Le principe

1. Les parties

- C'est le morceau de phrase du milieu qui est gênant, car comme il y a des « ou » entre deux, on pourrait interpréter le texte comme signifiant :

contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou

- ❖ Soit 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 ;
- ❖ Soit mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3.

A. Le principe

1. Les parties

- Dans ce cas, les magasins de commerce de détail sans enseigne commune seraient concernés.

Par exemple, un contrat entre une personne physique et une personne morale de droit privé regroupant des commerçants (sans l'exigence de l'art. L. 330-3 C. com.)

- Contre cette interprétation : **Déc. 2015-715 Conseil Constitutionnel du 5 août 2015**

A. Le principe

1. Les parties

- « 24. Considérant, en second lieu, d'une part, que les articles L. 341-1 et L. 341-2 visent 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 ; qu'en adoptant les articles L. 341-1 et L. 341-2, le législateur a entendu assurer un meilleur équilibre de la relation contractuelle entre l'exploitant d'un commerce de détail et le réseau de distribution auquel il est affilié ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ;

A. Le principe

1. Les parties

- 25. *Considérant, d'autre part, que les dispositions des articles L. 341-1 et L. 341-2 ne s'appliquent qu'aux contrats conclus entre des réseaux de distribution et des exploitants de commerces de détail ; que les dispositions de l'article L. 341-1 ne s'appliquent qu'aux contrats comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par un exploitant de son activité commerciale ; qu'elles ne s'appliquent pas au contrat de bail commercial, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative ; qu'elles laissent les parties contractantes libres de fixer la durée et l'échéance commune de l'ensemble des contrats qui les lient et de prévoir leur tacite reconduction ; que les dispositions de l'article L. 341-2 ne s'appliquent pas aux clauses dont il est démontré qu'elles remplissent les conditions cumulatives énumérées à cet article ; que les dispositions des articles L. 341-1 et L. 341-2 ne sont applicables qu'à l'expiration d'un délai d'un an suivant la promulgation de la loi ; que, dans ces conditions et au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, les dispositions des articles L. 341-1 et L. 341-2 ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée... »*
-

A. Le principe

1. Les parties

- Pour le Conseil constitutionnel, ce sont bien les contrats d'affiliation qui sont visés : contrat entre la tête de réseau et le commerçant qui exploite un commerce de détail
- Le Conseil constitutionnel mentionne les contrats entre « les réseaux » et les commerçants, mais les réseaux n'ont pas la personnalité morale, et ne concluent pas de contrats.

A. Le principe

1. Les parties

➤ **Exclusion expresse de la loi**

« 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 »

- Cela exclut les magasins collectifs de commerçants indépendants (ch V)
- Et les sociétés de caution mutuelle (ch VI)

A. Le principe

1. Les parties

- 2^{ème} contractant
-

- b. « *d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail* »

Pas de définition dans la loi Macron. Deux façons de raisonner par analogie :

- L. 441-7 du Code de commerce ;
- §80 des lignes directrices sur le contrôle des concentrations (juillet 2013).

A. Le principe

1. Les parties

- 2^{ème} contractant
-

- L'assemblée nationale avait donné une définition à propos de la modification de l'article L. 441-7 (qu'elle a abandonné ensuite : cf. infra)
- Selon le texte voté par l'assemblée nationale, la notion de distributeur de commerce de détail devait s'entendre « *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* ».

A. Le principe

1. Les parties

- 2^{ème} contractant

-
- **§80 LD ADLC sur le contrôle des concentrations juillet 2013** : 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 de véhicules et montage de pneus).

A. Le principe

1. Les parties

- 2^{ème} contractant

- **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 aux consommateurs, l'article L. 430-2-II précisant que « *ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.* ».

A. Le principe

1. Les parties

- 2^{ème} contractant
-

- Entre ces définitions, laquelle les juges vont-ils retenir ?
- En revanche, on constate qu'alors que l'avis de l'ADLC n'avait demandé des règles strictes que pour les contrats d'affiliation **dans le domaine alimentaire, on ne trouve plus cette limite dans la loi Macron.**
- Le contrat entre la tête de réseau et ses franchisés peut donc entrer dans cette catégorie, pour les ventes de marchandises sans difficulté.
- Pour les prestations exclues par l'ADLC (ex. une franchise de restauration), il existe une incertitude (selon la définition qui sera retenue par les juges).

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

- Texte : « *L'ensemble des contrats [...] 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* ».

Donc 2 conditions :

- ❖ « But commun » : ensemble contractuel
 - ❖ « Comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale » : le contrat est qualifié ici par ses clauses accessoires
- Le but même de la loi (protéger contre les clauses restrictives) se retrouve dans la qualification du contrat

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

Contournement ?

- Pourrait-on stipuler une clause expresse de divisibilité entre les différents contrats, pour faire « éclater » l'ensemble contractuel ?
- Probablement non : Comp Ch. Mixte 17 mai 2013 (location financière) : « attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ; »

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

- Pourrait-on prétendre que le contrat ne comporte pas les dites clauses restrictives pour échapper à la loi ?
- Certains disent que la distribution sélective ne contient pas de telles clauses : ils échapperaient à la loi.
- Pas sûr du tout. Une chose est de dire avec la jurisprudence Métro (1977) que le contrat n'est pas une PAC, autre chose est de dire qu'il ne comporte aucune restriction : notamment, **la clause d'étanchéité limite la liberté des membres du réseau de revendre hors réseau.** Cela pourrait entrer dans le champ d'application du texte.

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

- Quelles sont les clauses visées ici, qui vont permettre de faire entrer le contrat dans le champ d'application de la loi :
 - ❖ Clause de non-concurrence et de non-affiliation pendant le contrat ou post-contractuelle
 - ❖ Pacte de préférence en cas de vente du FC : à mon sens non
 - ❖ Clause de partage du fichier client : douteux
 - ❖ Clause de non-sollicitation du personnel : ?

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

Incertitudes :

- **Quid si le contrat ne comporte qu'une clause restrictive ?**

Le texte vise « *L'ensemble des contrats [...] ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice [...]* »

- **Quid si un contrat comporte des clauses restrictives alors qu'un autre n'en contient pas ?**

- **Le texte vise « *L'ensemble des contrats [...] ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice [...]* »**
-

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

Objet/Effet :

- De plus, ces « *clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale* », sont-elles uniquement des clauses qui ont cet **objet**, ou aussi des clauses qui sans avoir cet objet, auraient cet **effet** ?

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

Parties différentes ?

- Ces contrats qui comportent des « *clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale* », doivent-ils avoir été **contractés entre les mêmes parties** ?
- La notion d'ensemble contractuel inviterait à répondre non (ex. du crédit-bail).
- Mais ici le texte semble être clair en sens contraire. C'est **l'ensemble des contrats conclus entre les deux parties** rappelées ci dessus.

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

A priori pas d'échéance commune dans l'hypothèse suivante :

- 1^{er} contrat : un contrat de franchise conclu pour 10 ans avec une CNC post contractuelle
- 2^{ème} contrat : un contrat d'approvisionnement avec quota entre le franchisé et un fournisseur d'un produit utile pour son magasin (alors que cet approvisionnement exclusif n'est pas prévu par le contrat de franchise) ; contrat conclu pour 4 ans
- La lettre du texte n'impose pas dans ce cas une échéance commune.

A. Le principe

2. Le contrat

a. Les contrats visés

Contournement ?

- Le risque n'est-il pas alors qu'un des contractants crée une PM distincte pour conclure un autre contrat qui ferait partie de l'ensemble contractuel ?
- La jurisprudence pourrait-elle néanmoins dire en étendant le texte, que cela s'applique aux entreprises ? Difficile car le texte vise les personnes physiques ou morales . Ce serait une extension vraiment prétorienne.

A. Le principe

2. Le contrat

b. Les contrats exclus

- Bail, association, société civile ou commerciale, ou coopérative
- Le projet de loi Macron n'exceptait que le bail commercial, puis les autres exceptions ont été réintroduites, afin de ne pas sacrifier un modèle économique (notamment coopératif) sur l'autel de la régulation
- Association dans ITM est préservée
- Idem coopérative
- Mais la loi perd ainsi de son effectivité

A. Le principe

2. Le contrat

b. Les contrats exclus

Contournement ?

- **La règle qui restreint la liberté commerciale de l'exploitant sera mise, par exemple, dans le contrat de société**
- Dans la franchise, le franchiseur pourrait prendre une petite participation dans le capital de la société franchisée et insérer ces clauses dans les statuts

Obs. n°1 : risque de concentration

- Si, par exemple, la restriction empêche le changement d'enseigne, et que le franchiseur a ainsi un droit de veto sur cette décision d'exploitation cruciale, il y a contrôle, et dès qu'un seuil est franchi (cf. L. 430-2 II C. com.), il faut une autorisation de concentration et il y a donc examen par l'ADLC.
-

A. Le principe

2. Le contrat

b. Les contrats exclus

- Par exemple, dans une affaire n° **10-DCC-16 du 24 février 2010**, l'ADLC a décrit un montage sociétaire réalisé, où le franchisé était une société dont le capital appartenait majoritairement à un couple de personnes physiques et très minoritairement au franchiseur (parfois une seule action, dite « de préférence »). Une clause des statuts indiquait que le minoritaire pouvait pendant une très longue durée (supérieure à quinze ans) bloquer tout changement d'enseigne, toute mutation d'actions et obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce s'ils exploitaient aussi un autre fonds de commerce.
- Après analyse de ce montage, l'Autorité de la concurrence en a déduit que, malgré sa participation minoritaire, le franchiseur, pouvant ainsi influencer sur des décisions stratégiques, exerçait un contrôle conjoint sur la société franchisée.

A. Le principe

2. Le contrat

b. Les contrats exclus

- Dans son **avis n° 10-A-26**, l'**Autorité** a entériné cela en précisant que « *dans certains cas* », une prise de participation de blocage dans une société pourra être qualifiée d'opération contrôlable et sera examinée en tenant compte des clauses du pacte statutaire qui permettent au minoritaire d'exercer une influence déterminante sur l'affilié majoritaire, notamment les clauses d'enseigne et celles qui fixent une durée de la société telle que l'adhérent ne peut finalement jamais quitter le réseau.

A. Le principe

2. Le contrat

b. Les contrats exclus

Obs. n°2 : risque de déséquilibre significatif

- La loi réserve ces contrats mais dans leur rôle normal. Si on introduit dans ces contrats des clauses, à seule fin de les faire échapper à la loi Macron, ce détournement de la finalité de l'exception, peut entraîner le jeu du déséquilibre significatif
- **Mais pour l'instant, jamais appliqué à un contrat de société**

A. Le principe

2. Le contrat

b. Les contrats exclus

Obs. n°3 : si pas de pouvoir d'empêcher le changement d'enseigne, quid en cas de changement d'enseigne ?

- Le franchiseur se retrouve à avoir des parts dans une société franchisée qui a contracté avec une autre enseigne.
- **Peut-on l'en exclure ?**
A priori non, sauf si une clause des statuts prévoit la possibilité d'exclusion de l'associé
- Risques d'échanges d'informations par ce biais entre concurrents et donc de PAC.

A. Le principe

3. Les effets

a. L'échéance commune

- Les contrats « *prévoient une échéance commune* ».

Le législateur a abandonné in fine le fait que cette échéance soit plafonnée à 9 ans, alors que cela pouvait restreindre les possibilités de crédit de l'exploitant.

But : cf. Conseil constitutionnel 5 août 2015 (considérant 24)

- Les articles L. 341-1 et L. 341-2 visent 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 ; (cf. avis Grande distribution alimentaire)

A. Le principe

3. Les effets

a. L'échéance commune

- Le texte n'interdit pas la tacite reconduction (ce que faisait le projet de loi Lefebvre).
- Heureusement, on est entre professionnels, et la tacite reconduction n'est pas une clause léonine.

A. Le principe

3. Les effets

a. L'échéance commune

Sanction ?

➤ **Quid s'ils ne prévoient pas une échéance commune ?**

La loi ne prévoit pas de sanction pécuniaire

➤ Mais elle prévoit que la résiliation d'un des contrats entraîne de plein droit la résiliation des autres.

Questions :

➤ CDD ou aussi CDI ?

➤ « échéance commune » cela devrait viser des CDD

➤ Mais certains disent que la loi parle de « résiliation » et donc que cela vise des CDI

A. Le principe

3. Les effets

a. L'échéance commune

Autres causes d'extinction que la résiliation ?

➤ Le législateur parle de résiliation :

- ❖ quid de la résolution ?
- ❖ quid de la nullité d'un des contrats ?
- ❖ quid du non-renouvellement, qui n'est pas juridiquement une résiliation ?
- ❖ quid de la caducité d'un des contrats ?

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictives

- L 341-2 : « 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 ».
- pour effet/ pas pour objet, mais c'est finalement plus large.

Qu'est-ce que cela couvre ?

- Forcément d'autres clauses que celles qui sont validées par exception sous condition.

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictives

Quid des pactes de préférence ?

- Je ne le pense pas, car le pacte ne restreint pas « *la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant* ». Il restreint son droit de vendre son FC ou le terrain
- Mais attention, un peu d'incertitude
- À mettre dans le contrat de société, ou autre contrat exclu ?

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictives

Clause d'agrément ?

- Certains franchisés se plaignent d'une expropriation de fait de leur clientèle par suite de refus abusifs d'agrément par les franchiseurs.
- Pourtant, la jurisprudence a admis le contrôle de l'abus en cas de refus d'agrément dans le contrat de concession (Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338, RDC 2005, p. 384) et cette jurisprudence doit pouvoir s'appliquer à la franchise.
- Là encore, il ne me semble pas que cette clause à la lettre entre dans la catégorie des « clauses 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 ».

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictive

- Car d'une part, il n'y a pas dans ce cas échéance ou résiliation mais cession du contrat, sauf si défaut de cession par suite du refus d'agrément.
- D'autre part, tout se passe encore une fois AVANT et non après l'extinction (dans les cas où une telle extinction a lieu)

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictive

Les clauses fixant des coûts de sortie ?

- Les clauses qui fixent des coûts de sortie sont-elles des « *clauses 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* » ?

- **A la lettre : non**
 - ❖ elles provoquent une dépense AVANT la sortie et non après
 - ❖ elles n'empêchent aucun exercice libre de l'activité commerciale

- Mais ces clauses étaient visées dans l'avis de l'ADLC « Grande distribution »

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictives

Quid si la Cour de cassation décide de faire une interprétation très large du texte nouveau et de dire que toute somme payée AVANT, diminue la trésorerie APRES et entrave l'exercice de l'activité commerciale ?

- Ce serait à mon sens aller vraiment trop loin, mais les juges sont très protecteurs depuis qu'ils veulent rééquilibrer le contrat
- Dans ce cas, les clauses suivantes seraient visées :

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictives

Les clauses de droit d'entrée à paiement différé

- L'Autorité a dénoncé les droits d'entrée à paiement différé, qui doivent être payés au jour où le contrat de franchise prend fin. Ces sommes peuvent avoir pour effet de dissuader l'affilié de quitter le réseau (cf. avis, pt. 140).
- On peut en rapprocher, même si l'Autorité ne les vise pas, certaines remises de fin d'année conséquentes qui sont **conditionnées à la persistance de l'enseigne au 31 décembre de l'année pour laquelle elles sont dues**. Si le contrat de franchise a été conclu en janvier et n'est pas renouvelé, la perte n'est pas grande. Mais si le contrat de franchise a été conclu fin novembre, le franchisé perd, en ne renouvelant pas le contrat, le bénéfice d'une RFA de onze mois sur laquelle il comptait faire tout ou partie de sa marge.

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictives

Rapprochement avec les clauses de restitution en nature des cuves

- A rapprocher de l'ancienne clause de restitution en nature des cuves imposées aux pompistes de marque par les compagnies pétrolières, à seule fin de les empêcher de rompre le contrat. En effet, alors même que les cuves enfouies dans le sol de la station-service n'avaient qu'une valeur devenue symbolique, les retirer obligeait à détruire la station-service, ce qui était une entrave à la rupture du contrat par les pompistes et ce qui a été qualifié d'entente par la Cour de cassation (Cass. com., 18 févr. 1992, JCP E 1992, II, n° 21897 et n MBT.).
- A rapprocher de la clause de cessation des signes distinctifs dans les contrats : le fait de lui demander de cesser l'utilisation des signes distinctifs (ex : aménagements) ne pourrait-il pas être considéré comme empêchant économiquement le distributeur de changer d'enseigne et comme ayant un effet restrictif de concurrence.
- Cependant si le droit d'entrée est à paiement échelonné, et qu'il reste la dernière année du contrat au maximum 20%, cela devrait être admis, car le projet Lefebvre avait été voté en ce sens par l'assemblée nationale et le Sénat.

A. Le principe

3. Les effets

b. Interdiction de principe des clauses post-contractuelles restrictive

Les clauses compromissaires

- L'Autorité avait dénoncé le coût de sortie de certains réseaux de franchise liés aux clauses compromissaires mais elle n'était pas allée jusqu'à les interdire. L'Assemblée nationale ne les avait pas davantage annulées, mais le Sénat, sans autre forme de procès, les avaient réputées non écrites.
- Pour moi, ce ne sont pas des « *clauses 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* » ?
- Mais qui sait ?

**B. ADMISSION SOUS CONDITION
DES CNC POST-
CONTRACTUELLES : ART. L 341-2**

L'état du droit français avant la loi Macron

- Avant la loi Macron, la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelle était soumise au respect de plusieurs conditions cumulatives.
- Conditions de validité non inscrites dans la loi mais dégagées par la jurisprudence :
 - elle devait être limitée dans l'espace ;
 - elle devait être limitée dans le temps ;
 - elle devait être nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (ex : la protection du savoir-faire en franchise, d'informations confidentielles, de la clientèle dans la cadre d'une cession de fonds de commerce) ;
 - elle devait être proportionnée à l'objet du contrat (Cass. com. 4/01/1994, D. 1994, jurisp. p. 205, obs. Y. Serra).
- Critères soumis à l'appréciation des juges du fond : prononciation de la nullité de la clause en cas de non-respect de ces conditions.

B. Admission sous condition des CNC post-contractuelles : Art. L 341-2

- 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.
-

Reprise des conditions posées par le droit communautaire

- Reprise des 4 conditions cumulatives posées par l'article 5, §3 du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 relatif aux accords verticaux et pratiques concertées.

- En droit communautaire, une clause de non-concurrence post-contractuelle est considérée comme licite si elles respectent les conditions cumulatives suivantes :
 - elle concerne des biens ou services en concurrence avec les biens ou les services contractuels ;
 - elle est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ;
 - elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur (les critères du savoir-faire ne sont pas directement visés dans la clause mais le règlement d'exemption définit le savoir-faire (secret, substantiel, identifié) ;
 - sa durée est limitée à 1 (un) an à compter de l'expiration de l'accord.

Reprise des conditions posées par le droit communautaire

- Faute de respecter ces conditions, la clause de non-concurrence est considérée comme ayant un effet anti-concurrentiel : elle révèle une entente susceptible de fausser la concurrence. L'accord ne peut donc être exempté par catégorie.
- La clause n'encourt cependant pas automatiquement la nullité.
- Le bénéficiaire de la clause peut bénéficier d'une exemption individuelle en démontrant l'absence d'effet anticoncurrentiel d'une telle clause.
- Elle ne tombe sous le coup de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE que si elle a pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence dans le marché intérieur et si elle est de nature à affecter le commerce entre les Etats membres.

Admission sous condition des CNC post-contractuelles: Art. L 341-2

- Principe : Interdiction des clauses post-contractuelles restreignant la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant insérées dans les contrats relevant du champ d'application de l'article L. 341-1 du Code de commerce.
 - ➡ Ces clauses sont réputées non écrites.
- Exception : Admission si respect de 4 (quatre) conditions cumulatives :

Admission sous condition des CNC post-contractuelles: Art. L 341-2

Comparaison des conditions au regard de la jurisprudence française :

La clause doit :

- concerner des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat ;
- ➡ condition conforme aux décisions rendues par les juges du fond.
- être limitée aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat :
 - ➡ condition plus restrictive car jusqu'à présent les juges du fond admettait que l'interdiction de non-concurrence puisse être étendue à la zone d'exclusivité (CA Rennes, 17/01/2012, n°10/07801 ou à un rayon de plusieurs kilomètres autour du point de vente (Cass. com. 04/12/2007, n°06-15137).

Admission sous condition des CNC post-contractuelles: Art. L 341-2

Comparaison des conditions au regard de la jurisprudence française :

Favorisée par les exigences du droit communautaire, la Cour de cassation et les juges du fond ont eu tendance à restreindre l'étendue territoriale de la clause au territoire ayant fait l'objet d'une exploitation effective (Cass. com. 09/06/2009, n°08-14301).

Un seul arrêt avait retenu que la clause devait être limitée à l'agence où l'activité était exercée (Cass. com.03/04/2012, n°11-16301).

➤ être indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

➡ condition plus restrictive : la jurisprudence pourrait exclure du bénéfice de l'exception les contrats ne comportant pas de transmission de savoir-faire.

Admission sous condition des CNC post-contractuelles: Art. L 341-2

- Les conditions de validité sont cumulatives : la clause de non-concurrence n'est valide que si elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret.
- Cette condition indique que le savoir-faire est transmis dans le cadre du contrat mentionné à l'article L. 341-1 du Code de commerce : sont notamment concernés les contrats relevant de l'article L. 330-3 du Code de commerce, c-à-d les contrats par lesquels une personne met à la disposition d'une autre personne 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.
 - Rentrent dans cette catégorie les contrats de licence de marque, les contrats de concession.
 - Or, ces contrats ne comprennent pas une transmission de savoir-faire.
- On peut donc se demander si on peut valablement stipuler une clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de licence de marque ou de concession et si la stipulation d'une telle clause ne serait pas limitée aux contrats de franchise.

Admission sous condition des CNC post-contractuelles: Art. L 341-2

Comparaison des conditions au regard de la jurisprudence française :

- ne pas excéder un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.
 - ➔ condition conforme aux décisions rendues par la jurisprudence : au regard des exigences du droit communautaire, une durée d'1 (un) an était fréquemment retenue pour les contrats de distribution (Cass. com. 09/06/2009, n°08-14301).

Validité des clauses de non-concurrence pour les contrats ayant pour objet des services ?

- L'article L. 341-2 du Code de commerce prévoit que pour être valables, les clauses de non-concurrence post-contractuelle doivent être « *limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat* ».
- La Cour de Justice de l'Union Européenne considère que le membre de la phrase « *locaux et terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat* » vise « *uniquement les lieux à partir desquels les biens ou services contractuels sont offerts à la vente et non pas l'ensemble du territoire dans lequel les biens ou services peuvent être vendus au titre d'un contrat de franchise* » (CJUE, 7/02/2013, aff. C-117/12).

Validité des clauses de non-concurrence pour les contrats ayant pour objet des services ?

- Cette interprétation pourrait poser des difficultés au regard de certaines activités de services ne nécessitant aucun local. (Ex : conseil en crédit).
- Cela reviendrait à exclure la possibilité de prévoir une clause de non-concurrence post-contractuelle pour ces contrats de services alors même qu'un savoir-faire est transmis et nécessiterait d'être protégé postérieurement à la cessation du contrat.
- Il convient d'attendre la position de la jurisprudence sur l'interprétation de ce texte mais il n'est pas à exclure que les juges du fond interprètent cette condition à la lumière de la jurisprudence communautaire.

B. Admission sous condition des CNC post-contractuelles : Art. L 341-2

Renversement de la charge de la preuve

- Jusqu'alors, c'était à celui qui veut faire annuler une CNC ou une clause de non-réaffiliation de prouver qu'elle ne remplissait pas les conditions de validité (justification, limitation dans le temps et l'espace, proportionnalité)
- Avec ce texte, c'est à celui qui se prévaut de la clause de prouver que les conditions de validité sont remplies : donc inversion de la charge de la preuve, lourde de conséquence en pratique
- A gérer dans le contrat, pour se préconstituer la preuve notamment de la justification

B. Admission sous condition des CNC post-contractuelles : Art. L 341-2

Attention

- Le sujet des contrats d'affiliation n'est pas clos puisque la loi donne mission au Gouvernement de présenter, dans les quatre mois de la promulgation de la loi, un rapport contenant des propositions en vue de renforcer la concurrence dans ce secteur.

II. AUTRES DISPOSITIONS CONCERNANT LE DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

A. LA HAUSSE DU PLAFOND DE L'AMENDE CIVILE EN CAS DE PRATIQUE CONTRAIRE À L'ARTICLE L. 442-6 I 2° DU CODE DE COMMERCE

B. LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION ÉLARGIE AUX MDD

C. LA CONVENTION UNIQUE CONCLUE AVEC DES GROSSISTES EST ASSOUPLEE

D. MODIFICATION DU TEXTE SUR LES DÉLAIS DE PAIEMENT

**A. LA HAUSSE DU PLAFOND DE
L'AMENDE CIVILE EN CAS DE
PRATIQUE CONTRAIRE À
L'ARTICLE L. 442-6 I 2° DU CODE
DE COMMERCE**

A. La hausse du plafond de l'amende civile en cas de pratique contraire à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce

- Pas énormément de mesures, mais une très importante
- Renforcement de l'amende civile sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence (L. 442-6 C. com)
 - Qu'est qu'une pratique restrictive de concurrence ? Ex : Déséquilibre significatif/Rupture brutale des relations commerciales ;
 - 2-3 exemples de pratiques constitutives de déséquilibre significatif.
- L'amende pourra désormais atteindre, non plus seulement 2 millions d'euros, ou 3 fois le montant des restitutions, mais, 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (art. L. 442-6 III C. com.).
- Il s'agit bien sûr d'un **plafond** voté sans discussion, les députés étant convaincus que toute augmentation des sanctions contre la grande distribution est salutaire.

A. La hausse du plafond de l'amende civile en cas de pratique contraire à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce

- Comme la Cour de cassation a jugé que l'auteur des pratiques était l'entreprise (Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29166 sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° C. com.), cela pourrait être 5 % du chiffre d'affaires consolidé du groupe mais seulement en France.
- Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29166.
- Exemple du chiffre d'affaires consolidé de Carrefour pris sur Internet en 2014, 5 % de cette somme équivalent à 1 983 400 000 euros, soit presque 2 milliards 39668 millions euros, pour la France.
http://www.carrefour.com/sites/default/files/Communique_Carrefour_T4_2014_160_12015_1.pdf

A. La hausse du plafond de l'amende civile en cas de pratique contraire à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce

- Aucun critère légal : CA Paris, 1^{er} juillet 2015 dit que l'amende civile dépend de la gravité de la faute et du dommage à l'économie (comme en antitrust) ; rien ne permet d'affirmer cela.

Comment vont-ils apprécier le dommage à l'économie d'une telle pratique ?

- Aucun moyen pour le juge pour la prononcer justement (aucune étude économique).

Garde-fous ?

- seul le Ministre (donc la DGCCRF) peut la demander
- le texte ajoute « *de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement* »

A. La hausse du plafond de l'amende civile en cas de pratique contraire à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce

Cela signifie-t-il que cela doit être égal au profit illicite, ou que cela peut être un multiple de ce profit illicite, dans une mesure de grandeur à apprécier souverainement par le juge ?

- C'est assez confus, car le juge peut déjà condamner au triple du montant des sommes indûment versées (ce qui équivaut à 3 fois le montant des avantages tirés du manquement). Cela n'apporterait rien au texte si le nouveau texte signifiait un plafond de 5% du CA France, dans la limite du profit illicite.

A. La hausse du plafond de l'amende civile en cas de pratique contraire à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce

Texte peu clair par rapport au plafond existant

- Or, le législateur a montré sa volonté d'augmenter l'amende civile.
- Donc cela pourrait être interprété, comme permettant :
 - ❖ 3 fois les avantages retirés, sans autre plafond
 - ❖ ou plus encore, 4, 5 fois les avantages retirés avec le plafond de 5% du CA
- Pour l'instant les juges ne sont pas allés au delà de 2.000.000 d'euros

B. LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION ÉLARGIE AUX MDD

B. La révision pour imprévision élargie aux MDD

- L'article L. 441-8 C. com. prévoyait déjà l'obligation de prévoir une clause de renégociation en cas de fluctuation du prix des matières premières pour certains produits listés par décret (produits alimentaires surtout), sous peine d'une amende administrative pouvant aller jusqu'à 375.000 euros pour les personnes morales.
- Ce dispositif est étendu aux produits MDD (marque de distributeur) : « *Le présent article est également 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.* ».

**C. LA CONVENTION UNIQUE
CONCLUE AVEC DES
GROSSISTES EST ASSOUPLEE**

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

- L'Assemblée nationale avait introduit en première lecture un nouvel article dont l'objet était d'exclure les grossistes du champ d'application de la convention annuelle de l'article L. 441-7 du Code de commerce dans leurs relations amont avec les fournisseurs. C'est à cette occasion que les députés avaient envisagé que l'article L. 441-7 du Code de commerce ne soit applicable qu'aux seuls distributeurs de commerce de détail définis comme un « *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* ».

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

Le texte final définit plutôt le grossiste

- Art. L. 441-7-1 C. com.

Notion de grossiste

- La notion de grossiste s'entend de 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.

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

- **Sont assimilés** à des grossistes, au sens du texte, 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.

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

Conclusion d'une convention écrite spécifique avec leurs fournisseurs

- Comme la convention annuelle de l'article L. 441-7, une convention écrite, signée avant le 1^{er} mars (ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier), fixera les obligations auxquelles se sont engagées les parties, c'est-à-dire :
 - ❖ les conditions de l'opération de vente telles que les remises et ristournes relevant des CGV / CCV et CPV ;
 - ❖ les prestations de service de coopération commerciale ; et
 - ❖ les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le grossiste.

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

Différences entre L. 441-7 et L. 441-7-1 ?

- le barème de prix et les CGV n'auront pas à être annexés à la convention annuelle ;
- les CGV ne devront pas nécessairement être transmises avant le 1^{er} décembre de l'année n-1 ;
- le prix convenu pourrait être appliqué à une date postérieure au 1^{er} mars ; la date d'application du nouveau tarif et d'octroi des différentes réductions de prix pourra être antérieure ou postérieure à la date d'effet du prix convenu.

On n'a pas les phrases « *Les obligations relevant des 1^o et 3^o concourent à la détermination du prix convenu. Celui-ci s'applique au plus tard le 1^{er} mars. La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux 1^o à 3^o ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet du prix convenu.* ».

- **Donc c'est un peu plus souple**
-

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

- De plus, le nouvel article L. 441-7-1 dispose que la convention écrite fixera « *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* ».
- Donc, possibilité pour le fournisseur et le grossiste de convenir ponctuellement de conditions tarifaires plus favorables permettant à ce dernier d'accorder, à son propre client, un prix de vente plus faible

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

Contradiction ?

- Mais l'article L. 442-6 I 12° C. com. sanctionne le fait « 12° De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8. ».
- Probablement non, sinon ce serait une réforme totalement inefficace

C. La convention unique conclue avec des grossistes est assouplie

- En outre le texte ne vise que le prix convenu à l'article L. 441-7 et non le prix convenu à l'article L. 441-7-1.
- Mais le texte aurait été rédigé, s'il avait été expressément prévu que l'article L 442-6 I 12° C. com. ne s'applique pas à cette situation.

**D. MODIFICATION DU TEXTE
SUR LES DÉLAIS DE PAIEMENT**

D. Modification du texte sur les délais de paiement

- Jusqu'alors, choix sans condition entre :
 - ❖ le délai de paiement de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture ; et
 - ❖ le délai de 45 jours fin de mois.

Nouvel article L. 441-6 al. 5 du C. com. :

- ❖ en principe 60 jours à compter de l'émission de la facture
- ❖ par dérogation conventionnelle : 45 jours

D. Modification du texte sur les délais de paiement

- « *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. En cas de facture périodique, au sens du 3 du I de [l'article 289 du code général des impôts](#), le délai convenu entre les parties ne peut dépasser quarante-cinq jours à compter de la date d'émission de la facture.* »

D. Modification du texte sur les délais de paiement

- Donc on peut arriver à plus de 60 jours

Exemple : facture émise le 20 mai, payable à 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture

- Dans ce cas, le règlement peut intervenir jusqu'au 31 juillet
- Modification pour se mettre en conformité avec la directive européenne sur les délais de paiement : d'où la mention « *sous réserve que ce délai [...] ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier* », ce qui va être un facteur d'insécurité juridique

III. DISPOSITIONS DE DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET DES CONCENTRATIONS

**A. LA TRANSACTION REMPLACE LA NON-CONTESTATION
DES GRIEFS**

B. LA PROCÉDURE DE CLÉMENCE EST SIMPLIFIÉE

**C. L'INFORMATION PRÉALABLE DE L'ADLC EN CAS DE
RAPPROCHEMENT DE CENTRALE**

**D. L'INJONCTION STRUCTURELLE SANS FAUTE INVALIDÉE
PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

E. LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES ENQUÊTEURS

**F. L'EXTENSION DES MOTIFS DE REJET PAR L'ADLC DES
SAISINES CONTENTIEUSES AUX PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES LOCALES**

**G. MODIFICATIONS MINEURES DU DROIT DU CONTRÔLE
DES CONCENTRATIONS**

A. LA TRANSACTION REMPLACE LA NON-CONTESTATION DES GRIEFS

A. La transaction remplace la non-contestation des griefs

- Quand le rapporteur notifie à une entreprise une entente ou un abus de position dominante (une PAC), elle peut choisir de ne pas contester les griefs (surtout si elle sait que les preuves sont accablantes) et de discuter uniquement de la sanction.
- Le défaut essentiel de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs (NCG), tenait au manque de visibilité sur le montant de la sanction. L'entreprise négociait un pourcentage de réduction sur une sanction qu'elle ne connaissait pas.

A. La transaction remplace la non-contestation des griefs

Nouvel article L. 464-2 III C. com. :

- Le nouveau dispositif de transaction, qui remplace la non-contestation des griefs, remédie à cette imprévisibilité.
- Lorsque l'entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut désormais lui soumettre une proposition de transaction fixant **le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée.** Si l'entreprise l'accepte, le rapporteur général propose à l'Autorité de prononcer une sanction dans les limites ainsi fixées.

A. La transaction remplace la non-contestation des griefs

La sécurité juridique n'est pas absolue

- La loi ne dit rien sur les conséquences d'une décision du collège de s'écarter de cette proposition.
- Mais une telle décision devrait logiquement entrainer un renvoi à l'instruction comme le prévoit le communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs.

A. La transaction remplace la non-contestation des griefs

Pas de transactions sur certains griefs

- La loi ne prévoit pas la possibilité d'une transaction ne portant que sur certains griefs parmi ceux notifiés.
- Il faut plutôt considérer que ce n'est pas possible. Les travaux parlementaires sont en ces sens. Le Sénat avait introduit cette faculté et les députés l'ont supprimée.

A. La transaction remplace la non-contestation des griefs

Cela ne joue que si l'entreprise s'engage à ne pas contester les griefs :

- L'entreprise doit s'engager dans des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, à ne contester **ni la réalité** de l'ensemble des pratiques en cause, **ni la qualification juridique** qu'en donnent les services d'instruction au regard des dispositions pertinentes du code de commerce et du TFUE, **ni leur imputabilité**.
- La renonciation à contester la réalité des pratiques en cause doit porter à la fois sur les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et leurs effets anticoncurrentiels, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur les modalités de participation de l'intéressé aux pratiques.

A. La transaction remplace la non-contestation des griefs

- La renonciation à contester les griefs implique aussi que l'entreprise ne conteste pas la validité de la notification des griefs, eu égard notamment aux règles relatives à la compétence de l'Autorité et à la procédure menant à cette notification. **En fait, l'entreprise ne discute plus que la sanction.**
- L'entreprise a tout intérêt à s'engager à modifier son comportement, car le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction
- La transaction sera un meilleur instrument que la NCG pour faire diminuer la sanction quand il n'y a pas d'argument sérieux à développer sur la réalité de la pratique anticoncurrentielle.

B. LA PROCÉDURE DE CLÉMENCE EST SIMPLIFIÉE

B. La procédure de clémence est simplifiée

- La procédure de clémence est également simplifiée : les services d’instruction pourront ne pas adresser de rapport à une entreprise demanderesse de clémence comme ils en ont déjà la possibilité vis-à-vis des entreprises qui ne contestent pas les griefs (ou qui à présent transigent).

C. L'INFORMATION PRÉALABLE DE L'ADLC EN CAS DE RAPPROCHEMENT DE CENTRALES

C. L'information préalable de l'ADLC en cas de rapprochement de centrales

- Fin 2014, trois rapprochements d'envergure sont intervenus entre des centrales d'achat ou de référencement dans le secteur de la grande distribution.
- Ces rapprochement étaient non contrôlables au titre du droit des concentrations
- Saisine pour avis de l'Autorité par le ministre de l'économie
- **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**

C. L'information préalable de l'ADLC en cas de rapprochement de centrales

- L'Autorité avait notamment préconisé la mise en place d'un dispositif d'information préalable de ce type d'opérations lui permettant de contrôler leur conformité aux règles de concurrence.
- Le nouvel article L. 462-10 C. com. institue ce dispositif. Tout accord de négociation groupée conclu entre des entreprises de commerce de détail (ou groupements de commerçants indépendants), y compris entre des centrales d'achat ou de référencement, devra être soumis à l'Autorité pour information deux mois avant sa mise en œuvre. Cette obligation ne s'appliquera que si les parties à l'accord atteignent certains seuils de chiffre d'affaires qui seront fixés par décret.
- **Quid si cet accord de regroupement concerne en partie des centrales « étrangères » ?**

C. L'information préalable de l'ADLC en cas de rapprochement de centrales

- La seconde proposition de l'Autorité dans cet avis visait à assouplir les critères de détermination de l'abus de dépendance économique figurant au second alinéa de l'article L. 420-2 C. com.
- La commission spéciale de l'Assemblée nationale a préconisé la suppression de cette disposition (à l'initiative du gouvernement). Ce dernier a estimé que l'extension du champ d'application de cette infraction prévue par l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce aurait empiété sur le dispositif existant de l'article L. 442-6 du Code de commerce dont le 2° vise à sanctionner le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

C. L'information préalable de l'ADLC en cas de rapprochement de centrales

- En fait, et c'est là que le débat parlementaire est tronqué du fait de l'ignorance des parlementaires, les deux mesures sont différentes :
 - ❖ l'article L. 420-2 = PAC. Ce n'est pas une interdiction per se. Il faut prouver les conditions, prouver l'effet sur le marché ; peut-être susceptible d'être sauvé si gains d'efficience.
 - ❖ l'article L. 442-6 I 2° = pratique restrictive de concurrence ; interdiction per se ; on prouve les conditions et c'est tout ; pas à prouver d'effet sur le marché ; pas de sauvetage même si la pratique profite au consommateur par exemple.

Autre différence

- ❖ L. 420-2 : on va devant l'ADLC (ou le juge)
- ❖ L. 442-6 I 2° : on va devant le juge

C. L'information préalable de l'ADLC en cas de rapprochement de centrales

- En d'autres termes, le Ministre voulait une interdiction per se, non susceptible d'être sauvée
- Plus facile de plaider devant les juges, que devant l'ADLC, plus compétente en matière économique

C. L'information préalable de l'ADLC en cas de rapprochement de centrales

Exemple du contentieux de la clause de parité tarifaire dans la réservation hôtelière

- **PAC : Aut. Conc. n°15-D-06 21 avril 2015** sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France : l'ADLC obtient l'engagement de Booking.com de renoncer à une bonne partie de ses clauses, et Booking.com conserve seulement le droit de stipuler une clause de parité tarifaire restreinte à l'égard des canaux directs des hôtels.
- **Interdiction per se : TC Paris, 7^{ème} ch., 7 mai 2015, Expedia RG 2015000040** : sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2°, la clause est entachée d'un déséquilibre significatif; elle est donc remise en cause entièrement.
- Article L. 311-5-1 du code du tourisme, tel qu'issu de la loi Macron : le prix de l'hôtelier est toujours libre. Toute clause contraire est réputée non écrite.
Dans le même sens : aucune clause de parité tarifaire ne survit

**D. L'INJONCTION
STRUCTURELLE SANS FAUTE
INVALIDÉE PAR LE CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

D. L'injonction structurelle sans faute invalidée par le Conseil Constitutionnel

- 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, l'ADLC avait constaté qu'elle ne disposait pas de réels moyens d'intervention lorsque les préoccupations de concurrence identifiées résultent des structures de marché et non des comportements des opérateurs. Certes, il existait dans nos textes une injonction structurelle (C. com., art. L. 725-26), mais elle ne s'appliquait qu'en cas de comportement abusif de l'opérateur.
- L'Autorité a appelé de ses vœux que le législateur lui donne un pouvoir d'injonction structurelle **en dehors de tout comportement fautif**
- Elle l'a obtenue dans les marchés d'outre-mer, qui souffrent d'un déficit de concurrence.
- La loi outre-mer du 20 novembre 2012 et loi du pays de Nouvelle-Calédonie du 25 juin 2013.

D. L'injonction structurelle sans faute invalidée par le Conseil Constitutionnel

- Mais, lors du vote de la loi Macron, le gouvernement voulait faire passer cette injonction pour tout le territoire métropolitain.
- Une grande partie de la doctrine s'est opposée à cet instrument de régulation tout à fait exorbitant, et qui annihile toute concurrence par les mérites.
- On a toujours enseigné que c'est seulement l'abus de position dominante qui est interdit, et non la position dominante elle-même.
- Le Sénat avait voté le texte en ajoutant la nécessité « *de prix ou de marges élevées* » au lieu des seules marges élevées, et en renforçant le caractère contradictoire de la procédure.

D. L'injonction structurelle sans faute invalidée par le Conseil Constitutionnel

- Mais heureusement, cela n'a pas suffi.
- Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 5 août 2015 a censuré l'injonction structurelle sans faute
 - ❖ atteinte disproportionnée portée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre
 - ❖ dispositif général, alors que des problèmes existent simplement dans la distribution alimentaire; contraintes trop forte sur les entreprises qui peuvent être contraintes de céder des actifs alors qu'elles n'ont commis aucun abus.

E. LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES ENQUÊTEURS

E. Le renforcement des pouvoirs des enquêteurs

- Les enquêteurs pourront :
 - ❖ exiger la communication et obtenir copie de documents professionnels « *de toute nature* », et « *entre quelques mains qu'ils se trouvent* » ;
 - ❖ la mise à disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications (art. L. 450-3 C. com.).

- En revanche, le Conseil Constitutionnel a censuré la disposition qui permettait aux enquêteurs d'obtenir les fadettes (les factures téléphoniques détaillées) faute de garanties prévues par la loi caractérisant une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée

**F. L'EXTENSION DES MOTIFS DE
REJET PAR L'ADLC DES
SAISINES CONTENTIEUSES AUX
PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES
LOCALES**

F. L'extension des motifs de rejet par l'ADLC des saisines contentieuses aux pratiques anticoncurrentielles locales

- Motif de rejet supplémentaire pour l'ADLC, puisqu'elle pourra rejeter une saisine portant sur des pratiques anticoncurrentielles mineures, dont l'effet est purement local, lorsque celles-ci sont susceptibles d'être traitées directement par la DGCCRF

G. MODIFICATIONS MINEURES DU DROIT DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

G. Modifications mineures du droit du contrôle des concentrations

- La loi modifie le second seuil de contrôlabilité des opérations de concentration OM. Désormais, le franchissement du seuil de 15 millions d'euros (ou de 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail) est apprécié individuellement par les entreprises concernées dans l'ensemble des départements et collectivités d'outre-mer et non plus dans chacun de ces territoires pris isolément.
- L'article L. 430-4 du Code de commerce prévoit la caducité de la dérogation accordée à l'effet suspensif de la notification des opérations de concentration en l'absence de notification complète reçue dans les trois mois qui suivent la réalisation de l'opération. En outre la dérogation pourrait être assortie de conditions.

G. Modifications mineures du droit du contrôle des concentrations

- **Introduction d'un mécanisme de « stop the clock » en phase I** = la suspension des délais d'examen sera possible dès la phase I lorsque les parties ne répondent pas dans le délai imparti aux demandes d'information de l'Autorité (c'est le cas devant la Commission européenne)
- **Extension de la durée de la procédure en phase II** : Un délai supplémentaire existait déjà en phase II en cas de réception tardive d'engagements moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'examen.
- Il est précisé désormais que cette prorogation des délais trouve à s'appliquer pour tout dépôt d'engagements mais **également « pour toute modification apportée à ceux-ci »**.

G. Modifications mineures du droit du contrôle des concentrations

Article L. 430-8 I C. com.

- Manquement à un engagement ou à une injonction qui conditionnait l'autorisation de l'opération : l'Autorité pourra adopter une nouvelle injonction sous astreinte
- Cas des engagements ou injonctions qui, avec le temps, ont été privés d'objet : l'Autorité pourra y substituer des remèdes pertinents
- Sans avoir recours à une décision de retrait d'autorisation (ex. affaire Canal+ en 2011)

G. Modifications mineures du droit du contrôle des concentrations

- Pour mémoire, le Ministre de l'économie disposera d'un pouvoir identique lorsqu'il constatera que des parties n'ont pas respecté les mesures assortissant une autorisation donnée par lui en application de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce (évocation d'une affaire à l'issue d'une phase II).
- Mais il n'a jamais évoqué depuis la loi LME de 2008.



www.gouache.fr

Pour contacter Jean-Baptiste Gouache:

jbg@gouache.fr

Tél : 01 45 74 75 92

Bureau: 4, rue Dufrénoy - 75116 PARIS

Etablissement secondaire: 1, rue Vieille – 14130 PONT L'ÉVÈQUE

Ga

Gouache. avocats
au service des franchiseurs