

Projet de loi Macron

AMENDEMENT 1681 : LE COMMERCE ASSOCIATIF EN OTAGE

Voilà au moins un texte qui fait l'unanimité... contre lui ! L'amendement 1681 de la loi Macron censée «libérer l'économie» est arrivé comme un cheveu sur la soupe : franchise, coopérative, licence, contrat d'approvisionnement... subissent désormais une seule et même loi. Leurs conventions sont indivisibles, ne doivent pas dépasser 9 ans, ne peuvent plus être renouvelées tacitement ou prévoir une clause de non-concurrence ! Enorme... si les conséquences sur la franchise et les groupements n'étaient pas si visiblement tragiques. A moins que le Sénat n'y mette le holà...

Par M^e Jean-Baptiste Gouache, avocat à la Cour (Gouache.avocats)

Depuis de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 relatif à la distribution alimentaire et le projet de loi Lefebvre qui en avait repris les principales préconisations, des menaces sérieuses de restrictions de la licéité des clauses post-contractuelles, et plus largement de clauses considérées comme restrictives de concurrence, pèsent indistinctement sur tous les contrats de distribution comportant la mise à disposition d'une enseigne (franchise, concession, licence, etc.).

Les députés n'ont pas tous fait preuve, dans le fort court débat parlementaire qui a précédé le vote d'adoption de l'amendement 1681 de la loi

plus désormais faire l'objet d'une tacite reconduction. Le législateur, probablement dans son habitude précipitation, a utilisé le terme reconduction, et non le terme renouvellement. L'on peut dès lors se demander s'il entend interdire le seul fait de reconduire le contrat initial, dont la durée est alors prorogée, ou s'il entend aussi interdire le renouvellement tacite, c'est-à-dire la naissance d'un nouveau contrat à défaut de manifestation de volonté contraire des parties. En tout état de cause, on ne comprends pas bien l'intérêt de cette disposition puisque le distributeur dont le contrat se reconduit ou se renouvelle tacitement dispose toujours de la faculté de faire obstacle à la poursuite du contrat par une simple notification à l'enseigne de sa volonté de ne pas poursuivre les relations au terme du contrat. En revanche, on est certain que cette disposition va conduire les distributeurs à ne pas conclure de nouveau contrat au terme du premier, tout en continuant à exploiter l'enseigne. Cette situation se retrouve dans de nombreux réseaux et il est difficile de la gérer pour l'enseigne : si elle exige le départ du distributeur qui ne signe pas, elle entame sa part de marché, sa puissance d'achat et ses revenus ; sans contrat, elle ne bénéficie d'aucun encadrement contractuel de sa marque, de son savoir-faire, d'aucun encadrement du périmètre de son réseau.

2/ L'interdiction pour l'enseigne d'imposer à ses distributeurs une clause de non-concur-

rence post-contractuelle aux termes du contrat conclu est la seconde innovation adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale. Le droit européen, de la concurrence, comme le droit français de la concurrence, admet la validité de ces clauses qui, dès lors qu'elles ont pour objet de protéger un savoir-faire, sont présumées préserver un avantage concurrentiel qui est utile au consommateur à qui il bénéficie in fine. Il faut pour cela que ces clauses soient objectivement limitées, dans le temps et l'espace, et qu'elles soient subjectivement limitées (à la nécessité de protéger le savoir-faire et la réputation de l'enseigne, et proportionnées à cet objectif). Les tribunaux français n'hésitent d'ailleurs pas, sur ce fondement, à déclarer de telles clauses inapplicables lorsqu'elles n'ont pas pour but de protéger le savoir-faire du franchiseur ou sont disproportionnées par rapport à cet objectif. Le juge sanctionne donc déjà le comportement anticoncurrentiel.

1/ Cet amendement impose en premier lieu une durée maximum de 9 ans aux contrats relevant

du champ de l'article L. 330-3 du Code de commerce (mise à disposition de signes distinctifs, assortie d'une exclusivité ou quasi exclusivité pour l'exercice de l'activité, en ce compris l'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif). L'amendement initial prévoyait de limiter cette durée à six ans. C'était clairement nier les difficultés qu'allait rencontrer les franchisés dans leur recherche de financement de leurs projets. L'augmenter à 9 ans n'est pas plus satisfaisant. Cela reste inférieur à la durée de 10 ans, durée maximale imposée par l'article L. 330-1 du Code de commerce, actuellement en vigueur, en présence d'un contrat de franchise contenant une clause d'approvisionne-

ment exclusif pour assurer l'efficacité de cette clause au-delà de 10 ans (ou 5 ans si le réseau est soumis à l'application du droit communautaire de la concurrence, ce qui est le cas de la plupart des enseignes de grandes surfaces alimentaires). Cette durée est en outre inférieure à celle des amortissements de certains investissements dans le secteur des grandes surfaces alimentaires, notamment des investissements logistiques, mais aussi dans certains secteurs où la franchise domine, comme la restauration à thème. A ce double égard, cette limitation de durée est critiquable. En outre, les contrats concernés ne pourront

plus désormais faire l'objet d'une tacite reconduction. Le législateur, probablement dans son habitude précipitation, a utilisé le terme reconduction, et non le terme renouvellement. L'on peut dès lors se demander s'il entend interdire le seul fait de reconduire le contrat initial, dont la durée est alors prorogée, ou s'il entend aussi interdire le renouvellement tacite, c'est-à-dire la naissance d'un nouveau contrat à défaut de manifestation de volonté contraire des parties. En tout état de cause, on ne comprends pas bien l'intérêt de cette disposition puisque le distributeur dont le contrat se reconduit ou se renouvelle tacitement dispose toujours de la faculté de faire obstacle à la poursuite du contrat par une simple notification à l'enseigne de sa volonté de ne pas poursuivre les relations au terme du contrat. En revanche, on est certain que cette disposition va conduire les distributeurs à ne pas conclure de nouveau contrat au terme du premier, tout en continuant à exploiter l'enseigne. Cette situation se retrouve dans de nombreux réseaux et il est difficile de la gérer pour l'enseigne : si elle exige le départ du distributeur qui ne signe pas, elle entame sa part de marché, sa puissance d'achat et ses revenus ; sans contrat, elle ne bénéficie d'aucun encadrement contractuel de sa marque, de son savoir-faire, d'aucun encadrement du périmètre de son réseau.

3/ Ces dispositions s'appliquent aux ensembles contractuels (ex. : licence de marque, contrat cadre d'approvisionnement, contrat d'adhésion de la personne physique, etc.), lesquels seront réputés indivisibles, toute clause contraire étant dès lors réputée non écrite. Le texte n'a pas encore été débattu au Sénat. En espérant que le lobbying annoncé de la Fédération française de franchise, de la Fédération du commerce associé et des enseignes ait un impact tel que cet amendement ne soit finalement pas adopté, ses conséquences étant à mon sens mal appréhendées. Cet amendement est en outre probablement globalement inutile. L'arsenal des pratiques restrictives de concurrence, et la notion de déséquilibre significatif notamment, sont aujourd'hui suffisantes pour que juges commerciaux et arbitres sanctionnent les pratiques contractuelles réellement restrictives de concurrence, sans bouleverser les équilibres de marché.

A cet égard, un sous amendement a été adopté en séance de l'Assemblée nationale du 30 janvier en ce sens que le champ d'application de ce texte serait limité «à un type d'organisation de coopérative [...] au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires [...] – sans doute aux environs de 50 millions d'euros, selon les débats parlementaires.» Certains réseaux pourraient donc être épargnés, soit les plus

petits. En l'état, le seuil qui exonérerait les réseaux de respecter cette prohibition, serait fixé par décret, après avis de l'Autorité de la concurrence. Les débats parlementaires ne permettent pas d'éclairer réellement si le seuil de chiffre d'affaires à considérer est celui de la société concédant le droit d'usage de l'enseigne, celui de toutes les sociétés de la «tête de réseau» ou encore le chiffre des points de vente du réseau.

En outre, les contrats concernés ne pourront

plus désormais faire l'objet d'une tacite reconduction. Le législateur, probablement dans son habitude précipitation, a utilisé le terme reconduction, et non le terme renouvellement. L'on peut dès lors se demander s'il entend interdire le seul fait de reconduire le contrat initial, dont la durée est alors prorogée, ou s'il entend aussi interdire le renouvellement tacite, c'est-à-dire la naissance d'un nouveau contrat à défaut de manifestation de volonté contraire des parties. En tout état de cause, on ne comprends pas bien l'intérêt de cette disposition puisque le distributeur dont le contrat se reconduit ou se renouvelle tacitement dispose toujours de la faculté de faire obstacle à la poursuite du contrat par une simple notification à l'enseigne de sa volonté de ne pas poursuivre les relations au terme du contrat. En revanche, on est certain que cette disposition va conduire les distributeurs à ne pas conclure de nouveau contrat au terme du premier, tout en continuant à exploiter l'enseigne. Cette situation se retrouve dans de nombreux réseaux et il est difficile de la gérer pour l'enseigne : si elle exige le départ du distributeur qui ne signe pas, elle entame sa part de marché, sa puissance d'achat et ses revenus ; sans contrat, elle ne bénéficie d'aucun encadrement contractuel de sa marque, de son savoir-faire, d'aucun encadrement du périmètre de son réseau.

3/ Ces dispositions s'appliquent aux ensembles contractuels (ex. : licence de marque, contrat cadre d'approvisionnement, contrat d'adhésion de la personne physique, etc.), lesquels seront réputés indivisibles, toute clause contraire étant dès lors réputée non écrite. Le texte n'a pas encore été débattu au Sénat. En espérant que le lobbying annoncé de la Fédération française de franchise, de la Fédération du commerce associé et des enseignes ait un impact tel que cet amendement ne soit finalement pas adopté, ses conséquences étant à mon sens mal appréhendées. Cet amendement est en outre probablement globalement inutile. L'arsenal des pratiques restrictives de concurrence, et la notion de déséquilibre significatif notamment, sont aujourd'hui suffisantes pour que juges commerciaux et arbitres sanctionnent les pratiques contractuelles réellement restrictives de concurrence, sans bouleverser les équilibres de marché.

A cet égard, un sous amendement a été adopté en séance de l'Assemblée nationale du 30 janvier en ce sens que le champ d'application de ce texte serait limité «à un type d'organisation de coopérative [...] au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires [...] – sans doute aux environs de 50 millions d'euros, selon les débats parlementaires.» Certains réseaux pourraient donc être épargnés, soit les plus