

Quelle réflexion et prospective sur la pratique et le droit des relations commerciales ?

Introduction de Madame Muriel CHAGNY, professeur de droit à l'université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines (Paris-Saclay), directeur du master de droit de la concurrence et des contrats

A l'approche du trentième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et au moment de fêter les quinze ans de la Commission d'examen des pratiques commerciales, le moment est apparu particulièrement bienvenu pour procéder, à l'épreuve de la pratique, non seulement à un bilan, mais aussi faire œuvre de proposition sur le droit applicable aux relations commerciales.

L'objectif assigné à cette table-ronde ne se limitait donc pas à une analyse critique du droit positif ; il s'agissait également de se risquer - et la localisation du colloque, dans l'enceinte de l'Assemblée Nationale, est de ce point de vue particulièrement bien choisie -, à suggérer des changements à l'attention du législateur français qui, en cette matière, ne rechigne pas à la tâche. Depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 ayant créé la CEPC, le droit français des pratiques restrictives de concurrence a connu maintes évolutions à la faveur de différentes réformes législatives dans le détail desquelles il n'est pas apparu opportun de revenir au regard du temps imparti.

La volonté de combiner, à l'occasion de la table-ronde, approches opérationnelles et juridiques, se reflète dans sa composition. D'un côté, il a été fait appel, pour faire valoir le point de vue des entreprises, à deux membres de la Commission, Mesdames Rachel Blumel et Delphine Kosser-Glories, chargées de représenter, non pas un point de vue personnel ou propre à un syndicat donné, mais celui de l'ensemble du collègue des fournisseurs et des distributeurs auquel elles appartiennent respectivement. De l'autre, ont été invités, Madame Irène Luc, Président de la Chambre 5-4 de la Cour d'appel de Paris ainsi que Maître Thomas Deschryver, du Cabinet Cornet Vincent Segurel, qui, l'un comme l'autre, sont régulièrement appelés à mettre en œuvre ces règles.

La première partie de la table-ronde s'est donc attachée à recueillir le point de vue des représentants des entreprises sur le droit français actuel des pratiques restrictives de concurrence. A plus précisément été posée la question de savoir dans quelle mesure ce corps de règles apparaît adapté aux besoins de la pratique et sert l'impératif de compétitivité des

entreprises françaises. Cette interrogation s'est ensuite prolongée par une appréciation de l'attractivité du droit et du système judiciaire français. L'entrée en vigueur du nouveau droit commun du contrat a enfin conduit à évoquer ses incidences possibles sur le droit des pratiques restrictives de concurrence. Outre les difficultés d'articulation entre les deux corps de règles, qui retiennent largement l'attention, se pose également la question de savoir dans quelle mesure le droit des pratiques restrictives peut influencer la mise en œuvre des règles du code civil qui en sont inspirées, à l'instar de l'article 1171 du code civil, appréhendant le déséquilibre significatif en droit commun. Plus fondamentalement, l'adoption de certaines règles, comme cette dernière ou encore celle de l'article 1143 du code civil appréhendant les abus de dépendance, pourrait inciter à se demander si le moment n'est pas venu de repenser, à certains égards, le droit des pratiques restrictives de concurrence.

Le second temps de la table-ronde a donc consisté, après un bilan en forme de panorama ayant fait apparaître des difficultés et des critiques, à envisager des pistes d'amélioration.

Intervention de Madame Delphine KOSSER-GLORIES, responsable du département affaires juridiques et économiques de la CGI¹, pour le collège des grossistes, distributeurs

Volet « diagnostic, état du droit de la négociation commerciale »

Avant de traiter de l'état du droit de la négociation commerciale, il est important de souligner que cette intervention est au nom de l'ensemble du collège « distributeurs » dans sa diversité : grande distribution, distribution spécialisée, et commerce de gros et international. Il s'agit donc de présenter un certain nombre de constats généraux communs à l'ensemble des membres de ce collège.

1. L'état du droit de la négociation commerciale

Deux sous-questions sont posées : (i) est-ce que les règles actuelles permettent d'atteindre l'objectif ? et (ii) quel impact ont ces règles sur la compétitivité des entreprises.

Sur le premier point, nous pourrions formuler les observations suivantes :

Le principal objectif poursuivi par le législateur en matière de Pratiques Restrictives de Concurrence (PRC) est de mettre fin aux abus qui peuvent être constatés dans certains cas.

Pour y parvenir le législateur a prévu des outils de contrôle, qui se traduisent par des règles de transparence des relations commerciales, et visent des comportements commerciaux interdits *per se*.

1) Si l'objectif général est louable, sa mise en œuvre a créé **des contraintes trop lourdes** pour les entreprises.

Aussi elles sont confrontées aux difficultés suivantes :

- des contraintes de formalisme que ces règles impliquent,
- et d'insécurité juridique compte tenu de notions générales retenues par le législateur, qui sont donc soumises à interprétation.

Exemples : déséquilibre « significatif », abus « disproportionné », avantage « manifestement disproportionné » (sur la notion de « déséquilibre significatif », il a fallu sept ans au juge pour dessiner les contours de cette notion, qui connaît un contentieux abondant en dehors des relations grande distribution / fournisseurs avec un taux d'échec très significatif).

¹ Confédération française du commerce interentreprises commerce de gros/commerce international

On peut s'interroger sur le point de savoir si ces règles ne vont pas au-delà de l'objectif poursuivi, aussi légitime soit-il (cf. deuxième point) ?

La pratique contractuelle illustre bien l'effet pervers de ces dispositions et la réaction des entreprises à cette insécurité juridique :

Par exemple, l'évolution du cadre réglementaire et le rôle accru du juge dans l'appréciation du contrat, ont conduit les entreprises à autoévaluer leurs accords au stade de la négociation commerciale et de la formalisation du contrat afin de se prémunir de toute remise en question de clauses qui seraient jugées abusives au titre de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce.

Les jurisprudences récentes montrent que le contrôle du juge peut aller dans certains cas jusqu'à porter sur des conditions tarifaires, appréciées comme étant constitutives d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Cette insécurité juridique a créé du côté des entreprises un phénomène d'autolimitation et de rigidité.

2) La question de **l'effectivité de ces mesures** doit être aussi soulevée.

Depuis 1996, le législateur a procédé à une accumulation de réglementations pour réguler les relations Fournisseurs / Distributeurs, mais les acteurs économiques continuent de dénoncer un cadre inadapté qui ne résout pas les difficultés rencontrées.

3) Au-delà des règles elles-mêmes, c'est sans doute **la méthode d'intervention législative** qui est problématique :

- Le législateur entend souvent se saisir d'un problème particulier mais édicte une réglementation générale qui s'applique à toute l'économie marchande. Aussi les règles édictées sont donc inadaptées dans la plupart des cas.

- De plus la fréquence des modifications législatives, sans aucun recul et étude de cohérence avec l'ensemble des textes adoptés, participe à l'insécurité juridique à laquelle les entreprises sont confrontées.

On ne peut pas dire aujourd'hui que les règles actuelles permettent d'atteindre l'objectif.

Sur le second point, plusieurs éléments amènent à considérer que les règles actuelles sont plutôt néfastes pour la compétitivité des entreprises françaises.

1) D'abord, les règles relatives à la transparence des relations commerciales sont marquées par un **formalisme très fort**.

Par exemple, le formalisme de la convention unique illustre bien cette contradiction avec les exigences de fluidité et de rapidité nécessaire au commerce.

Dans certains cas, par exemple, pour les distributeurs/grossistes, les conditions tarifaires sont négociées très fréquemment. Cette situation tient au fait qu'ils peuvent être à la fois fournisseurs et distributeurs, ils ont donc à faire face aux demandes, par nature évolutive, de leur clientèle de professionnels. Ainsi pour tenir compte de ces situations de marché, les entreprises doivent faire preuve d'une grande réactivité, qui peut se heurter au principe d'intangibilité du « prix convenu » pour l'année.

Dans l'ensemble, les acteurs du commerce font le constat que ce formalisme est particulièrement inadapté aux pratiques commerciales. Il faut rappeler que le risque juridique et financier attaché à ce formalisme est important : il peut s'élever jusqu'à 375 000 euros d'amende administrative en cas de non-conformité aux règles applicables à la convention unique.

Ce formalisme fait donc supporter un risque juridique et financier important et nécessite une organisation administrative conséquente et coûteuse, difficile à supporter pour des PME.

Il constitue un frein dans les relations commerciales entre les entreprises françaises et les entreprises étrangères, ces dernières n'ayant pas la culture d'un tel formalisme dans leurs relations d'affaires.

2) Le droit de la négociation commerciale crée également un **déficit de sécurité juridique** pour les entreprises.

Cette insécurité juridique a trois grandes causes :

a) Le manque de lisibilité de certains dispositifs :

Beaucoup de ces règles manquent en effet de lisibilité, et sont très complexes à appliquer. Sur une question aussi centrale que celle des délais de paiement dans les relations internationales, on ne sait pas quelle règle appliquer : la convention de Vienne, les dispositions du droit français (article L. 441-6 I alinéa 9 du code de commerce), Rome I et Rome II.

b) L'enchevêtrement des régimes juridiques :

L'enchevêtrement des régimes juridiques est également un facteur de complexité. A titre d'exemple, les dispositions du code de commerce et du code rural (volet commercial) prévoient une douzaine de régimes contractuels en fonction du produit vendu, de la qualité de l'acheteur et/ou du vendeur etc. (contrat LMAP, les deux conventions uniques, le contrat LDTR, le contrat de sous-traitance, le régime applicable à la clause de renégociation, les régimes applicables aux contrats MDD, etc.) De plus, nous disposons de peu de jurisprudence sur les régimes applicables à ces différents cadres contractuels, ce qui permettrait de disposer de critères d'application plus clairs.

c) La place laissée au juge :

Le déficit de sécurité juridique est aussi lié à la place qui est laissée au juge dans la réglementation des relations commerciales. Que ce soit en matière de rupture brutale de relations commerciales établies, ou de déséquilibre significatif, le juge occupe un rôle toujours plus important, au détriment de la sécurité juridique offerte aux parties par le contrat. L'impact de cette insécurité juridique est clair : les entreprises étrangères sont de plus en plus sensibles à cet élément et peuvent préférer soumettre leur contrat à d'autres droits qui garantissent davantage de prévisibilité et de sécurité juridique, comme le droit suisse par exemple (à titre d'illustration, le droit suisse ne prévoit pas de dispositif permettant au juge de remettre en question des clauses prévues qu'il jugerait abusives).

On peut en conclure que le droit actuel ne favorise pas la compétitivité des entreprises françaises.

Volet « prospectives »

2. Réflexion prospective sur les possibles évolutions du droit de la négociation commerciale

Pour faire évoluer le droit des relations commerciales, de manière efficace, le collègue

« distributeurs » a quatre grandes propositions :

- La principale proposition est de mieux adapter le droit de la négociation commerciale aux besoins des entreprises, et de certains secteurs. Partant du constat qu'il est bien souvent inadapté aux contraintes des entreprises, il serait justifié d'avoir des approches différenciées tenant compte de la diversité de tailles des entreprises (fournisseurs PME / grands industriels) et des métiers par exemple.
- S'agissant de l'évolution du droit des pratiques commerciales, on peut espérer qu'il sera mis fin à la tendance actuelle consistant à prévoir toujours plus de formalisme, comme outil de contrôle des abus (formalisme qui renforce la transparence et censé tracer des abus), au risque de remettre en cause un peu plus la liberté contractuelle et la liberté du commerce.
- Certaines règles doivent être revues rapidement, comme le régime de la rupture brutale de relations commerciales établies. Un système de plafonnement du préavis pourrait par exemple être instauré pour mettre fin à la tendance jurisprudentielle de prévoir des préavis toujours plus longs et coûteux pour les entreprises.
- Enfin la fréquence des modifications législatives, parfois de circonstance, sans aucune étude d'impact ni concertation préalable, conduit trop souvent à retirer de la cohérence au texte initial.

La CEPC pourrait jouer un rôle consultatif dans le processus parlementaire.

Intervention de Madame Rachel BLUMEL, directrice de Coop de France agroalimentaire, pour le collège des fournisseurs

I. Le droit des pratiques restrictives de concurrence est-il adapté aux besoins de la pratique ?

A cette question générale, nous apportons une réponse positive qu'il convient toutefois de préciser.

En effet, au cours de ces dernières années, ce droit spécifique a connu de nombreuses évolutions accélérées, voire précipitées, qui ont eu pour effet de fragiliser le cadre légal général et altérer les impacts opérationnels pour nos entreprises. Face à ce constat, il se révèle nécessaire de dresser un nouveau diagnostic pour envisager une évolution de fond.

Après être revenu brièvement sur la genèse du droit des pratiques restrictives, nous nous intéresserons aux risques de ce droit devenu conjoncturel ayant contribué à la complexité du cadre légal des relations commerciales et enfin, vous exposer notre position pour l'avenir.

1/ La genèse du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Ce droit spécifique français est né du constat d'un déséquilibre structurel entre fournisseurs et distributeurs, marqué par une situation oligopolistique de la grande distribution. Cette législation a été construite sur le fondement de sept textes ces vingt dernières années :

- quatre textes d'encadrement visant à rééquilibrer les relations commerciales, à commencer par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996,
- Une rupture de cette évolution d'encadrement avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME) qui libéralise la négociation en supprimant l'interdiction de discrimination et en introduisant la notion de déséquilibre significatif,
- Des tentatives d'ajustement avec la loi Hamon, la loi Macron et aujourd'hui le projet de loi Sapin 2 dont l'objectif, selon le gouvernement, est de corriger les dérives amenant à la déflation et aux crises agricoles.

La particularité de ce droit est aussi liée au pouvoir d'agir qu'il confère au Ministre de l'économie au titre de la défense de l'ordre public économique afin de veiller à la loyauté des relations commerciales.

Il s'agit d'une spécificité française certes, mais il est intéressant de noter une nette évolution sur ce sujet en Europe, avec plusieurs pays, notamment la Pologne, l'Espagne, l'Italie et la République Tchèque, qui finissent eux aussi par encadrer les relations industrie-commerce. Notre droit spécifique inspire donc nos pays voisins.

Ajoutons enfin que des travaux européens sont en cours sur les relations dans la chaîne alimentaire afin de prendre en compte le déséquilibre structurel fournisseurs/distributeurs et envisager une législation commune.

2/ Les risques d'un droit devenu conjoncturel.

Ces évolutions multiples du droit des pratiques restrictives de concurrence ont été justifiées à chaque fois par la volonté de l'adapter à la pratique et au contexte économique en perpétuelle mutation.

En témoigne la LME qui a été adoptée pour redonner du pouvoir d'achat par une baisse des prix des produits de grande consommation dans un contexte d'inflation, alors que les récentes lois Hamon, Macron et Sapin 2 sont intervenues dans un contexte de déflation avec pour volonté de corriger certains dysfonctionnements liés à l'application de la LME.

Le contexte actuel est en effet marqué par une guerre des prix excessive à laquelle se livrent les distributeurs.

Cette situation économique est le résultat, notamment :

- De la concurrence exacerbée sur les prix à laquelle se livrent les acteurs de la grande distribution dans un contexte de très faible croissance. Cette concurrence a été favorisée par la libéralisation de la négociation, rendue possible par la LME. Pour rappel, cette loi avait pour objectif de lutter contre l'inflation et redonner du pouvoir d'achat aux consommateurs par une baisse des prix. Par ailleurs, cette loi a développé une approche bilatérale de la relation.
- D'une évolution du modèle de la distribution, qui confrontée à de nouvelles formes de concurrence, comme le e-commerce, a conduit les enseignes à développer de nouveaux canaux de distribution (le multi modal). Pour compenser ces nouvelles sources d'investissement, nous avons assisté ces deux dernières années à une multiplication des alliances à l'achat (centrale d'achat) et à des rapprochements d'enseignes, qui ont renforcé inévitablement le déséquilibre structurel au détriment des fournisseurs.

Nous sommes en présence d'un droit qui cherche en permanence à corriger les mauvaises pratiques en ayant du mal à les rattraper. La créativité en la matière précède la norme qui tente de répondre, *a posteriori*, aux difficultés constatées.

Dans ce contexte particulier, nous tenons à saluer le travail tant du législateur qui veut prendre en compte l'évolution des pratiques, que celui du juge et de l'administration, qui doivent tous deux se livrer à un travail d'interprétation pour donner la bonne lecture des textes.

Nous souhaitons également insister sur l'intérêt de la CEPC, véritable lieu d'échanges et de partages qui apporte un éclairage et une interprétation opérationnelle de la législation devenue complexe en raison de son approche accélérée et segmentée depuis 2008.

3/ Un droit devenu complexe.

Le droit des relations industrie-commerce est marqué par sa complexité qui s'explique par deux constats :

- Il est le résultat d'un éparpillement des normes que l'on retrouve tant dans le code de commerce, que dans le code rural ou le code civil. Le droit français des pratiques restrictives est aujourd'hui concurrencé par le droit des contrats avec la réforme de 2016 qui vient interférer avec le titre IV du livre IV du Code de commerce. Le code rural présente également un certain nombre de dispositions relatives aux relations commerciales qu'il convient d'appréhender tout autant.
- Il concerne une diversité importante d'opérateurs économiques alors qu'initialement, le titre IV du code de commerce avait été rédigé principalement pour les opérateurs à dominante alimentaire. En d'autres termes, la législation prévoit un régime commun pour une diversité et multiplicité d'acteurs.

Nous nous interrogeons par conséquent sur la pertinence et l'adaptabilité d'un tel système pour nos entreprises.

Force est de constater que certaines filières économiques ne se retrouvent pas dans ce droit spécifique.

Ce droit complexe qui empile les normes successive désavantage probablement les petites structures économiques qui, dépourvues de service juridique, rencontrent des difficultés certaines dans l'application du cadre légal, ex : la rédaction de conditions générales de vente (CGV) pour tous les fournisseurs.

Toutefois, le formalisme prévu par le dispositif, même s'il est complexe, a pour avantage d'être protecteur puisqu'il constitue un outil de contrôle permettant de vérifier que chacun remplit ses obligations.

Au-delà du formalisme de la négociation commerciale, nous nous accordons à dire que c'est davantage l'exécution des contrats qui pose problème. En effet, la négociation commerciale peut être formalisée de façon très précise et rigoureuse mais l'application des contrats signés doit être suivie. Les contrôles avaient trop tendance à cibler seulement la formalisation des négociations commerciales et notamment, le respect de la date butoir, au détriment de leur mise en œuvre. Nous soutenons les équipes de la DGCCRF qui orientent depuis deux ans, leurs contrôles sur l'application des dispositions légales et réglementaires afin de ne pas se focaliser uniquement sur le respect du formalisme.

Il faut également souligner la tendance de certains opérateurs à délocaliser les contrats afin, entre autres objectifs, de les soustraire au droit français ce qui tend d'ailleurs à démontrer que ce droit souvent décrié, y compris par ceux qu'il est censé protéger, est plus efficace qu'on veut bien le dire.

II. Perspectives, changements opportuns ?

Dix ans après le rapport Hagelsteen qui a précédé la réforme apportée par la LME, le diagnostic dressé à l'époque n'est probablement plus adapté. C'est pourquoi l'étude de l'impact économique de la LME, lancée par le ministère de l'économie auprès de trois économistes renommés, est très attendue par les acteurs du collège fournisseur de la CEPC.

Nous sommes majoritairement favorables à une réforme de fond qui permettrait de simplifier le dispositif en redonnant de la cohérence entre les dispositions éparpillées dans plusieurs codes. Cela permettrait aussi de prendre en compte les évolutions du contexte économique auxquelles nous avons assisté depuis huit ans.

Il s'avère toutefois essentiel d'adopter une approche filière afin que la loi permette un équilibre des rapports entre tous les acteurs de la filière.

Pour sortir d'une négociation commerciale portant uniquement sur le prix, l'un des enjeux essentiels de la réforme de fond consistera à favoriser une négociation du produit dans une optique de création de valeur. C'est bien à travers le prisme de la création de valeur que nous serons en mesure de renforcer la compétitivité de nos entreprises, qui souffrent aujourd'hui face à la concurrence européenne notamment. La relance de la compétitivité n'en sera que plus bénéfique pour le consommateur. En effet, la création de valeur est un objectif qui répond à l'enjeu de confiance des consommateurs.

La LME a concouru à la destruction de valeur et d'emplois, c'est pourquoi nous devons envisager des mécanismes permettant de redonner de la valeur au produit et préserver les emplois et les entreprises dans les territoires. La politique économique doit prioriser la défense de l'emploi et des entreprises.

Cette cohérence d'ensemble doit passer par une articulation complète des législations (code rural, code de commerce, code civil) et à la réalisation indispensable d'étude d'impact avant de modifier le cadre légal.

Intervention de Monsieur Thomas DESCHRYVER, avocat associé Cornet Vincent Ségurel

Volet diagnostic : état du droit de la négociation commerciale.

Je partage un très grand nombre des constats qui viennent d'être décrits, et, en effet, pour être attractif, le droit français doit être source de sécurité juridique.

Celle-ci repose d'une part sur l'organisation juridictionnelle, et, d'autre part, sur la permanence et la clarté des textes.

En premier lieu, sur l'organisation juridictionnelle, la sécurité juridique a été accrue par la spécialisation de Tribunaux de commerce, compétents pour les pratiques restrictives de concurrence, avec, en second degré, la compétence de la seule Cour d'Appel de Paris, ce qui permet une uniformisation plus rapide de la jurisprudence.

Il faudra regarder si les recours devant les Tribunaux administratifs à l'encontre de Procès-verbaux notifiant une amende administrative pour certaines infractions (convention unique/sous-traitance- délais de paiement) ne donnent pas lieu à des interprétations nouvelles.

En second lieu, la sécurité juridique nécessite d'une part une certaine permanence des dispositions légales, et force est de constater que les pratiques restrictives de concurrence ont donné lieu à de nombreuses interventions du législateur, très souvent conjoncturelles. Cela crée une inquiétude des investisseurs étrangers, et pour les entreprises françaises implantées dans une pluralité de pays, cela renforce le sentiment d'une insécurité juridique en France.

Enfin et surtout, les textes en la matière, sans doute rédigés avec une volonté de concilier des points de vue divergents donnent lieu à de nombreuses possibilités d'interprétation, il faut plusieurs années pour en connaître la portée réelle.

Ainsi, par exemple, pour le déséquilibre significatif, les premiers arrêts de la Cour de Cassation, intervenus au premier trimestre 2015, portaient sur les contrats rédigés au dernier trimestre 2008, par des entreprises – dotées de juristes ou non - qui découvraient cette notion, nouvelle en la matière.

L'imprévisibilité juridique est donc importante en amont, même si elle tend à être corrigée en aval par la jurisprudence.

Naturellement, cela n'est satisfaisant ni pour les grands groupes qui peuvent être soumis à un très grand nombre de contrats et donc avec un risque accru, ni pour les PME, bien souvent dépourvues de juristes.

Enfin, je souhaite faire un focus particulier sur l'explosion du contentieux lié à la rupture de relations commerciales établies, qui a été évoqué il y a quelques instants. Lorsque l'on a cherché à créer de la prévisibilité – pour une plus grande sécurité juridique - celle-ci n'a pas nécessairement eu les effets escomptés :

- ainsi, il est jugé que les clauses du contrat, organisant un préavis de rupture, ne liaient pas nécessairement le Juge ;

- il en est de même des accords sectoriels qui ont été signés pour constituer des usages,

- ou, encore, des clauses déterminant la Loi applicable, qui ne résistent pas nécessairement au caractère d'ordre public des dispositions de l'article L442 6.1.5 du code de commerce.

On constate aujourd'hui une dérive dans le recours à ce fondement, que des entreprises étrangères utilisent le texte français pour assigner les entreprises françaises (voire des filiales étrangères de sociétés françaises) pour obtenir l'indemnisation de la fin d'une relation

commerciale. Le texte devient une aubaine pour des entreprises étrangères au détriment de groupes français.

Entrée en vigueur du nouveau droit commun du contrat : articulation des règles spéciales et des règles générales ?

Si le principe est que les règles spéciales dérogent aux règles générales, encore faut-il que les dispositions soient contradictoires. Dès lors et de mon point de vue, certains textes vont ainsi coexister.

Si nous prenons le cas du déséquilibre significatif, qui, pour l'instant, a donné lieu à des décisions de condamnation essentiellement dans le domaine de la distribution, il est probable que, pour un certain nombre de secteurs, le fondement juridique d'une telle action sera aussi celui du Code Civil. Il en sera de même lorsqu'un co-contractant qui n'est pas en relations d'affaires habituelles, et donc qui n'est pas un 'partenaire commercial' au sens des dispositions de l'article L 442-6 I 2 du code de commerce souhaitera faire sanctionner un déséquilibre significatif en se prévalant d'un contrat d'adhésion.

Il faudra dès lors attendre une interprétation du Juge sur la définition du contrat d'adhésion : en toutes hypothèses, les contestations, par exemple sur la définition du contrat d'adhésion (celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties) de nature commerciale, seront soumises au Juge de droit commun et non aux Tribunaux de commerce spécialisés avec un éventuel recours devant les différentes Cours d'Appel.

Il est à craindre que la pluralité de textes devant donner lieu nécessairement à interprétation par le Juge, compte tenu de leur rédaction, conduise ainsi à ne pas rendre plus prévisible le droit français dans les toutes prochaines années.

La capacité pour la CEPC à rendre des avis dans des délais naturellement beaucoup plus rapides que le temps nécessaire pour que se construise la jurisprudence, constitue vraisemblablement une opportunité, que non seulement les entreprises ou avocats, mais aussi les juridictions pourront utiliser. Le jugement d'un Tribunal de Commerce qui aura sollicité un avis de la CEPC sera revêtu d'une portée beaucoup plus importante.

Volet prospectives : réflexion prospective sur les possibles évolutions du droit de la négociation commerciale

Deux axes me paraissent pouvoir être envisagés :

- Préserver la force obligatoire du contrat, et accepter que les parties puissent d'elles-mêmes organiser les hypothèses d'imprévision, de fin de relations commerciales, de révision des prix... en opérant sans doute une distinction selon le pouvoir réel de négociation de chacun (PME/ Grandes Entreprises) pour le contrôle du déséquilibre significatif
- Ou à défaut, il faudra gommer les aléas créés par certains textes : par exemple définir une durée légale de préavis de rupture de relations commerciales et disposer d'outils d'interprétation des textes (avis de la CEPC, Circulaire...) compatibles avec les règles de négociations et, dans un certain nombre de cas, elles sont annuelles.

Intervention de Madame Irène LUC, présidente de la chambre 5-4 de la Cour d'appel de Paris

Volet diagnostic : état du droit de la négociation commerciale.

Il faut rappeler que la législation française de la distribution est née du constat selon lequel il fallait une régulation autre que celle du droit de la concurrence stricto sensu, pour deux raisons principales. D'une part, les pouvoirs publics poursuivent d'autres objectifs que la concurrence libre et non faussée, et notamment l'objectif de loyauté et d'équilibre des relations commerciales. Ils veulent donc garantir un certain équilibre entre fournisseurs et distributeurs. D'autre part, il y a un certain consensus pour dire que certaines pratiques, non répréhensibles en droit de la concurrence stricto sensu, présentent néanmoins des risques pour la concurrence, à moyen ou long terme. Il s'agit des abus de puissance d'achat. L'Autorité de la concurrence a ainsi relevé, dans son récent avis 15-A-06 (§ 264) : « un industriel déréférencé par une enseigne court le risque de perdre la quasi-totalité de son chiffre d'affaires avec les consommateurs clients de cette enseigne, sans possibilité de compensation, alors qu'un distributeur qui subirait une rupture d'approvisionnement ne ferait que diminuer éventuellement sa marge sur certains produits, sans que ceci n'impacte en principe la fidélité de ses consommateurs ».

De ce point de vue, les « pratiques restrictives de concurrence » sont utiles, le droit de la concurrence ne pouvant appréhender ce phénomène qu'au-delà de 30% de parts de marché sous le droit des ententes ou sous le qualificatif d'abus de position dominante. On sait que l'abus de dépendance économique a échoué, à cause des conditions trop exigeantes posées par la jurisprudence.

C'est une spécificité française, mais pas complètement. Nos voisins européens répriment aussi certains des abus du titre IV. Même nos voisins britanniques ont édicté un code de bonne pratique dans la grande distribution, qui déconseille fortement certains comportements de la grande distribution. Mais, ces pratiques ne sont pas sanctionnées en soi, et font l'objet de résolutions amiables.

Au regard de mon expérience au sein de la chambre spécialisée au sein de la cour d'appel de Paris, je pense qu'il faut remédier à certains dévoiements des textes et procéder sans doute à une refonte de ceux-ci. Par ailleurs, je voudrais répondre aux idées avancées sur le rôle du juge, source d'insécurité juridique.

I. Le dévoiement des textes peut être illustré par la pratique de la rupture brutale.

Les actions fondées sur ce texte constituent environ 50 à 60% des actions portées devant ma chambre, qui n'est pas la seule à les traiter (aussi 5-5 et 5-11). Elles concernent tous les secteurs de l'économie, et non la seule distribution, et pas seulement des relations entre des partenaires aux forces dissymétriques. Elles constituent pour certains plaideurs le moyen de voir leurs causes jugées à Paris. L'article L442-6 est plaidé à toutes fins utiles, la forfaitisation de l'indemnisation pour la rupture des relations commerciales incitant les parties à tenter leurs chances.

II. L'office du juge peut certes être source d'insécurité juridique dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence, comme dans les autres domaines du droit. Peut-être l'aléa judiciaire pourra-t-il un jour être pallié par des algorithmes intelligents, comme il était suggéré dans les Echos de fin septembre...

En attendant, il faut faire avec le pouvoir d'interprétation du juge. Il faut à cet égard se féliciter de la spécialisation des juges commerciaux.

On constate, aussi, sur ce point, une certaine stabilisation de la jurisprudence sous l'empire de la Cour de cassation. Je pense notamment à l'application du déséquilibre significatif, qui a été mesurée, et n'a pas remis en cause la force obligatoire des contrats, contrairement aux prévisions alarmistes qui en avaient accompagné l'avènement...

Je milite pour que les dossiers soumis aux juges soient plus argumentés économiquement. On ne peut à la fois se plaindre de l'automatisme de l'application des pratiques restrictives de concurrence et refuser au juge les éléments concrets d'appréciation. L'exemple des actions en protection des réseaux de distribution sélective me vient naturellement à l'esprit : dans les dossiers, aucune part de marchés, aucune étude de marché...

Entrée en vigueur du nouveau droit commun du contrat : articulation des règles spéciales et des règles générales ?

Un certain nombre de problèmes d'articulation peuvent se poser, même s'il est dit que « Les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières ».

Je ne vais pas tous les énumérer, mais juste citer quelques points :

- articulation du déséquilibre significatif de l'article L442-6-I, 2° du code de commerce et de l'article 1171 du code civil ;
- articulation entre l'article 1168, selon lequel « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence n'est pas une cause de nullité à moins que la loi n'en dispose autrement » et L 442-6-I, 2°, dont la jurisprudence a admis que la sanction pouvait être la nullité, même en dehors des cas où elle est demandée par le ministre, en raison de l'absence de cause.

Volet prospectives : réflexion prospective sur les possibles évolutions du droit de la négociation commerciale

L'application de l'article L442-6, I, 5° du code de commerce peut s'avérer un contre sens économique, en décourageant la vie des affaires, puisqu'il s'avère coûteux de changer de partenaires, même de ceux qui ne sont pas efficaces. Les parties sont invitées à aménager par avance les conséquences de leur rupture, par la Cour de cassation, mais tout de même, cet article devrait être davantage encadré :

- son application pourrait être réservée aux cas de dyssymétrie dans les rapports de force contractuels ;
- pourrait également être envisagé de plafonner la durée des préavis et de redonner sa vigueur au préavis contractuel.

Conclusions de Madame Muriel CHAGNY, professeur de droit à l'université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines (Paris-Saclay), directeur du master de droit de la concurrence et des contrats

Au moment de conclure, on peut relever que les constats effectués par les participants à la table-ronde sont nuancés.

Le besoin d'interprétation, comme le montrent les difficultés soulevées par la notion de contrat d'adhésion introduite dans le code civil, n'est pas propre au droit des pratiques restrictives de concurrence. La jurisprudence joue, en la matière comme en d'autres, son rôle unificateur, la spécialisation apparaissant bienvenue dans son principe sur ce point, et la Commission d'examen des pratiques commerciales est appelée à intervenir, à cet égard, de façon complémentaire, son rôle pouvant être renforcé.

Cependant, au rang du passif, s'il est permis de s'exprimer ainsi, il a été question d'un droit conjoncturel et complexe, notamment pour les PME. A encore été pointée du doigt la méthode d'intervention législative consistant, au moins dans certains cas, à édicter une réglementation d'application générale en réponse à un problème circonscrit à un domaine d'activité, ou bien encore à trop souvent intervenir, sans procéder à une remise en cohérence avec les textes préexistants.

Pour autant, le temps n'est plus, semble-t-il, où le droit des pratiques restrictives de concurrence faisait figure d'exception française. Une évolution est d'ores et déjà engagée au sein de l'Union européenne et devrait vraisemblablement se poursuivre dans le futur sous l'impulsion de la Commission. D'une certaine façon, cela pourrait contribuer à résoudre partiellement les difficultés tenant à la délocalisation des contrats en vue d'échapper à la législation française. Dans cette perspective, et tout en concédant la part de rêve dont cette idée procède, on pourrait imaginer que l'exemple français puisse faire école, quitte à se réformer lui-même au préalable.

Il peut sembler osé, après tant de réformes en la matière, d'en appeler encore à la réforme, au risque d'accroître les inconvénients déjà soulignés des trop fréquents changements législatifs. Pourtant, il n'est pas interdit de l'envisager, sous réserve de prendre le temps dans l'élaboration de la réforme et de procéder à une véritable remise à plat.

Après un nouveau droit commun du contrat, un nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence ? Les trente ans de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pourraient inciter à s'y atteler, cette manifestation et la réflexion à laquelle elle a donné lieu en amont peuvent y encourager et la Commission pourrait y prendre sa part. Cela est d'autant plus vrai que, comme l'a souligné la deuxième table-ronde, la CEPC se trouve saisie de questions inédites, telles celles liées à l'intermédiation par voie électronique, qui conduisent à réinterroger les règles actuelles et leur aptitude à répondre aux défis soulevés par la nouvelle économie.

Dans cette perspective, il semble essentiel de tenir compte, davantage qu'on ne l'a fait jusqu'à présent, du droit des pratiques anticoncurrentielles, d'un côté, et du droit commun du contrat, de l'autre, afin de raisonner en termes de complémentarité entre les règles et d'éviter les superpositions inutiles ainsi que les difficultés d'articulation entre elles. Le cas de l'intermédiation par voie électronique est emblématique à cet égard, même s'il ne s'agit évidemment pas du seul exemple.

Pour concilier le besoin de liberté des opérateurs économiques et la demande de sécurité juridique qui se sont exprimés à l'occasion de la table-ronde, on pourrait repenser la

configuration de l'article L. 442-6 du code de commerce, actuellement pléthorique, et recomposer ce texte autour d'un nombre limité de règles générales tandis que les autres règles actuelles n'en seraient plus que des illustrations spéciales, voire pourraient, pour certaines, être abrogées en raison de leur quasi-désuétude. De surcroît, certaines de ces règles spéciales pourraient être réduites quant à leur domaine d'application afin que celui-ci corresponde aux secteurs dans lesquelles elles sont effectivement utiles.

A minima, il est certainement souhaitable de renforcer la convergence et la cohérence des règles. Pour ne prendre qu'un exemple, dont il a déjà été question, à savoir la règle sur la rupture brutale, on pourrait songer à résoudre la difficile conciliation entre les deux règles spéciales de préavis respectivement prévues, pour les produits vendus sous marque de distributeur et pour les ruptures consécutives aux enchères à distance. Cela étant, la convergence doit également être recherchée en se tournant aussi vers le droit commun. Toujours du côté de la règle sur la rupture brutale, on pourrait souhaiter que l'indemnisation allouée à la victime soit davantage respectueuse du principe de la réparation intégrale lorsque celle-ci est parvenue à se reconvertir très rapidement.

Du côté de la lisibilité des règles et même en raisonnant à droit constant, on pourrait à tout le moins restructurer le Titre IV et scinder certains articles, tel l'article L. 441-6 du code de commerce qui, au fil des années, n'a plus guère à envier à l'article L. 442-6.

Sur le plan de l'organisation institutionnelle, et après avoir vanté les bienfaits de la spécialisation - quitte à en repenser les contours -, on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité à confier au juge administratif un chef de compétence en droit privé des contrats, à la faveur des recours formés contre les amendes administratives, et considérer qu'une dérogation à ce titre aurait été bienvenue. Il n'est jamais trop tard pour mieux faire ...

Comme cela a été dit à plusieurs reprises au cours de cette table-ronde et même de cette manifestation, le rôle de la Commission pourrait être encore renforcé, qu'il s'agisse notamment des interrogations soulevées par l'articulation entre droit des pratiques restrictives de concurrence et droit commun du contrat ou par l'application dans le temps de la future loi dite Sapin II, ou bien encore de développer les bonnes pratiques et les accords interprofessionnels. Il reste cependant à ajouter qu'il faudrait également en renforcer les moyens.