

CONTRATS CONCURRENCE CONSOMMATION

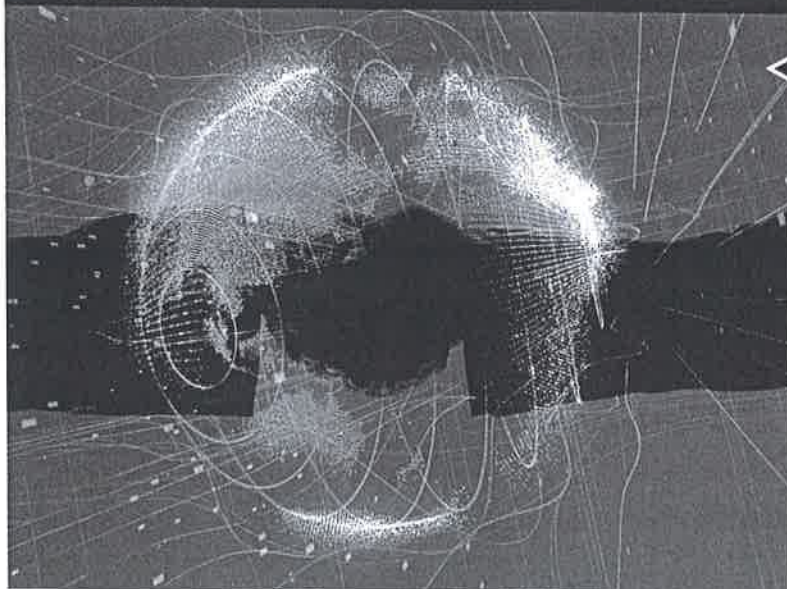
sous la direction de :

LAURENT LEVENEUR
MARIE MALAURIE-VIGNAL
GEORGES DECOCCQ

AOÛT-SEPTEMBRE 2018- **N°8-9**

28^e ANNÉE - ISSN 1156-8291

CONTRATS



11 > p. 6

Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations

Étude par Laurent LEVENEUR, professeur à l'université
Panthéon-Assas (Paris II), directeur du laboratoire de
droit civil, co-directeur du JurisClasseur Civil Code

► DOSSIER

Concurrence

1 à 4 > p. 17

Colloque AFEC
du 13 mars 2018

par Jean-Louis FOURGOUX, Laurence
IDOT, Michel PONSARD et Michaël
COUSIN

► ÉTUDE

Concurrence déloyale

12 > p. 12

Clair-obscur autour de la
distinction entre diffamation
et dénigrement

par Alexandre QUIQUEREZ

► COMMENTAIRES

Rupture brutale de relations commerciales établies

152 > p. 49

La menace de déréférencement
doit être antérieure à la rupture
de la relation

(Cass. com., 20 juin 2018)

par Nicolas MATHEY

Abus de position dominante

157 > p. 52

Indemnisation judiciaire d'un
abus de position dominante
pour refus de permettre la
réplicabilité d'une offre tarifaire

(CA Paris, 8 juin 2018)

par David BOSCO

Contrôle des concentrations

158 > p. 52

Une opération de concentration
suppose un changement de
contrôle de l'entreprise cible
(CJUE, 31 mai 2018)

par Georges DECOCCQ

Garantie légale de conformité

165 > p. 62

Refus d'une action directe
du consommateur contre
l'importateur... ou les limites de
la protection du consommateur
(Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2018)

par Sabine BERNHEIM-DESVAUX

3 Les propositions de l'AFEC concernant la réforme attendue des pratiques restrictives de concurrence

Michel PONSARD,

avocat à la Cour, secrétaire général de l'AFEC

L'AFEC recommande une réorganisation des textes composant le titre IV du livre IV du Code de commerce pour en ordonner, en clarifier la lecture et en simplifier l'application. Après de longues années d'empilements successifs, il est temps d'alléger les dispositions de ce titre IV. Pour l'essentiel au niveau de la transparence, l'AFEC propose de créer un droit commun de la convention globale très simplifié en termes de formalisme, voire même facultatif. Les obligations formelles ne subsisteraient que pour les relations entre l'industrie et la grande distribution. L'AFEC propose également d'introduire de la souplesse dans la réglementation des délais de paiement quant aux dérogations possibles et de limiter la sanction aux seuls abus des débiteurs. De même, la question du maintien de la prohibition de la revente à perte *per se* à l'égard des consommateurs se pose. L'AFEC propose également de simplifier l'article L. 442-6 en faisant de la règle sur le déséquilibre significatif le dispositif central du contrôle des pratiques restrictives de concurrence et en supprimant la plupart des autres dispositions. De même, l'AFEC propose de créer un article spécifique pour la rupture brutale de manière à éviter que le ministre de l'économie n'agisse sur ce fondement. Enfin les sanctions administratives, civile et pénales doivent être réarticulées dans une section spécifique. L'AFEC recommande la suppression des sanctions administratives ou à défaut au moins leur contrôle par les juridictions de l'ordre judiciaire ou leur prononcé par une institution administrative indépendante qu'est la Commission d'examen des pratiques commerciales.

1 - L'Association française d'étude de la concurrence (« AFEC »), riche de la diversité de ses membres représentant les différents intervenants de la concurrence, a toujours suivi attentivement les évolutions du droit de la concurrence et en particulier des pratiques restrictives logées dans le titre IV du livre IV du Code de commerce.

2 - Cette section du droit de la concurrence a été marquée depuis plus de 30 ans par des évolutions incessantes fruits de la tension qui existe entre différents acteurs économiques (industrie et grande distribution) de ce secteur, le législateur cherchant à appréhender la réalité par un formalisme prohibitif qui s'est toujours trouvé dépassé par les évolutions de la pratique.

3 - Les textes n'ont cessé d'étendre les interdictions et le formalisme sans pour autant qu'un changement des pratiques ne vienne sanctionner cette expansion prohibitive et formelle. L'AFEC estime cependant qu'il ne saurait être question de supprimer le titre IV du livre IV qui a démontré, dans le temps, sa nécessité et sa spécificité.

L'AFEC a dès lors décidé de constituer un groupe de travail, riche de l'expérience de ses praticiens, pour réfléchir à une évolution de ces textes permettant d'en alléger le formalisme tout en tentant de renforcer leur efficacité.

4 - Au plan formel, le titre IV du livre IV du Code de commerce apparaît en effet comme une sorte de fourre-tout dans lequel on trouve pêle-mêle des dispositions sur les produits agricoles (qu'il faudrait regrouper dans un titre spécifique), des dispositions qui relèvent du droit de la consommation (qui ne nécessitent pas de figurer dans le Code de commerce) et de nombreuses dispositions disséminées dans différents articles alors qu'elles pourraient être regroupées dans un seul (par exemple les délais de paiement).

5 - Les propositions portent sur cinq thèmes essentiels du dispositif, la transparence tarifaire (1), les pratiques tarifaires (2), les pratiques contractuelles abusives et, en particulier, celles relatives au déséquilibre significatif (3) et à la rupture brutale (4), ainsi que les sanctions (5). Nous insistons sur les propositions les plus importantes.

1. La transparence

A. - La convention globale (article L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce)

6 - Il apparaît que le mode législatif d'empilement de textes à chaque réforme du titre IV a trouvé ses limites notamment en ce qui concerne les dispositions relatives à la convention globale. Ces dispositions créent en effet un formalisme très lourd dans les relations entre les parties et ont un champ d'application très large, parfois imprécis (notion de produits destinés à la revente en l'état absente par exemple¹, les notions de fournisseurs et distributeurs ne sont pas très claires).

Ces textes fixent un régime général (C. com., art. L. 441-7) et un régime spécifique pour les grossistes² qui comporte moins d'obligations formelles (C. com., art. L. 441-7-1).

1. L'ajout permettrait d'éviter les acheteurs qui distribuent les produits dans le cadre d'une prestation de service globale tels que les CHR, se reporter sur ce point à l'avis de la CEPC.

2. Par grossiste, il convient d'entendre « 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 »

7 - À la différence de la convention prescrite par l'article L. 441-7, la convention Fournisseur/Grossiste est dispensée d'indiquer le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation commerciale.

En plus des mentions classiques requises (conditions de l'opération de vente, services de coopération commerciale et « autres obligations » destinées à favoriser la relation commerciale), la convention pourra fixer « 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 » (C. com., art. L. 441-7-1, I, al. 1^{er} et 3).

8 - Il est proposé d'inverser l'approche actuelle. Le droit commun de la convention globale applicable à toute activité d'achat de produits destinés à être revendus en l'état, dans l'hypothèse d'une négociation commerciale, résiderait dans l'actuel article L. 441-7-1 du Code de commerce afin de simplifier le régime général. L'actuel article L. 447-1 du Code de commerce deviendrait quant à lui l'exception et ne serait applicable qu'aux conventions conclues entre fournisseurs et grande distribution. La notion de grand distributeur pourrait être définie comme s'entendant de « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à plusieurs fournisseurs et les revend en l'état, à titre principal, dans au moins un magasin de commerce de détail d'une surface de vente d'une superficie minimum de 1.000 m², les centrales d'achat ou de référencement étant assimilées à des grands distributeurs ».

9 - L'établissement de la convention globale devrait être facultative « dans ce nouveau droit commun » (elle devrait en revanche être obligatoire dans les rapports entre les fournisseurs et la grande distribution), sauf demande écrite de l'une des parties de manière à éviter la rigidité de l'imposition de son établissement dans les secteurs où elle est inadaptée.

10 - Dans ces textes, il est proposé de supprimer la disposition selon laquelle « les obligations relevant des 1^o et 3^o concourent à la détermination du prix convenu », de nature à soulever des questions de conformité aux règles de facturation lorsque les rémunérations sont versées en contrepartie de prestations de service.

De même, les articles L. 441-7-1 comprennent chacun une référence à l'article L. 442-6 du Code de commerce prohibant les pratiques abusives dans la négociation et, plus particulièrement, la nécessité de prévoir une rémunération proportionnée aux différentes obligations prévues. Cette insertion pose problème car cela signifie qu'une même obligation peut donner lieu à un contentieux administratif sur le fondement des articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce et/ou civil sur le fondement de l'article L. 442-6 du même code. Il apparaît donc opportun aux membres du groupe de supprimer cette référence à l'article L. 442-6 du Code de commerce ainsi que l'exigence d'une rémunération proportionnée dans ce texte.

11 - Il est proposé de supprimer également l'alinéa suivant de l'article L. 441-7 : « Sans préjudice des dispositions et stipulations régissant les relations entre les parties, le distributeur ou le prestataire de services répond de manière circonstanciée à toute demande écrite précise du fournisseur portant sur l'exécution de la convention, dans un délai qui ne peut dépasser deux mois. Si la réponse fait apparaître une mauvaise application de la convention ou si le distributeur s'abstient de toute réponse, le fournisseur peut le signaler à l'autorité administrative chargée de la

concurrence et de la consommation ». En effet, cet article introduit un formalisme différenciant selon les partenaires économiques (fournisseur vs distributeur) et peu utile en pratique.

12 - Il semble aussi opportun de confirmer la possibilité de faire rétroagir au 1^{er} janvier les conditions négociées entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} mars, en précisant qu'il s'agit d'une dérogation à l'interdiction du principe des réductions de prix rétroactives, prévues par l'article L. 442-6, II, a. Il faudrait néanmoins prévoir un dispositif qui permette la contractualisation de relations commerciales qui se sont nouées en cours d'année et qui ne portent pas stricto sensu sur des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, soit en définissant mieux les notions de « période de commercialisation » et de « cycle de commercialisation », soit en reprenant la rédaction de la loi du 3 janvier 2008 qui avait été supprimée par erreur lors des débats parlementaires de la loi du 4 août 2008 (à savoir « Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention ou ce contrat est signé dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande 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 »).

13 - Les NIP, qui représentent, une partie non négligeable de la négociation commerciale, devraient faire partie intégrante de la convention unique et leurs modalités de rémunération figurer dans la convention unique.

14 - Concernant le barème des prix unitaires devant être transmis dans la convention unique, certains secteurs ne se prêtent pas à l'élaboration d'un barème (produits agricoles dont les prix sont soumis à des fluctuations de cours, vente de produits sur devis, etc.). La communication des barèmes ne devrait être requise que si l'activité se prête à l'élaboration d'un tel barème.

La convention de droit commun serait donc terriblement allégée.

B. - Les contrats de sous-traitance (articles L. 441-9 et D. 441-8 du Code de commerce)

15 - Le champ d'application de l'article L. 441-9, qui exige une convention écrite, est très vague. Les définitions sont imprécises. Ce texte ne s'applique qu'aux achats manufacturés fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production dont le montant est supérieur à 500 000 € (HT ou TTC ?). Le groupe propose la suppression de ce texte en raison de son inutilité et de son champ très vague, source de confusion ou de le conserver mais en le limitant à l'exigence d'une formalisation écrite ainsi qu'en précisant beaucoup plus sa portée réelle.

2. Les pratiques tarifaires

A. - Les délais de paiement (articles L. 441-6, L. 441-6-1 et L. 443-1 du Code de commerce)

16 - En premier lieu, au plan formel il apparaît nécessaire de consacrer un article spécifique aux délais de paiement.

La France a fait le choix de l'instauration de délais de paiement « plafonds », obligatoires s'appliquant à tous les secteurs, aux fournisseurs comme aux acheteurs³ auxquels il ne semble pas possible de déroger. Pour rappel, la France est allée au-delà de ce que prévoit la directive 2011/7/UE du 16 février 2011. L'article 3.5 de la directive prévoyait en effet : « Les États

détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité » ainsi que les centrales d'achat ou de référencement de grossistes (C. com., art. L. 441-7-1, II, al. 1^{er} et 2).

3. Une liste limitative de secteurs ayant des délais dérogatoires a néanmoins été établie par décret, mais elle ne concerne que 5 secteurs.

membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n'excède pas soixante jours civils, à moins qu'il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier au sens de l'article 7 ».

17 - Ainsi le délai de 60 jours peut être dépassé contractuellement dans certains cas, afin de prendre en compte les besoins des entreprises, à condition que cela soit prévu explicitement dans le contrat⁴. La seule limite serait alors l'abus manifeste.

Pour respecter l'esprit de la directive et offrir un peu de souplesse aux entreprises, il pourrait être opportun de laisser les parties libres de pouvoir déroger à ce délai plafond. Les partenaires commerciaux devront justifier le dépassement de ce délai par des éléments objectifs de nature à écarter le grief d'abus manifeste.

18 - L'autre dérogation possible aux délais plafonds pourrait résulter d'accords interprofessionnels, sans pour autant limiter cette possibilité, ni à certains accords listés dans le texte et pour la plupart obsolètes, ni à certains secteurs saisonniers⁵ visés par l'article L. 441-6, I, alinéa 14 du Code de commerce⁶. La réécriture de l'article L. 441-6, I, alinéa 14 s'impose donc. Dans un souci de lisibilité et de cohérence du texte, il pourrait également être opportun de « fusionner » cet alinéa avec le dixième alinéa de l'article L. 441-6, I, qui prévoit des accords interprofessionnels pour des délais maximums inférieurs aux délais plafonds « légaux ».

19 - En outre, la rigueur dans la législation sur les délais de paiement a une conséquence en matière de crédit interentreprises. L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier pose le principe du monopole bancaire pour les opérations de crédit. Cependant, l'article 511-7 du même code précise que cette interdiction ne s'oppose pas à ce qu'une entreprise consente à ses contractants, dans le cadre de son activité professionnelle des délais ou avances de paiement. Cette dérogation, très ancienne⁷, est aujourd'hui remise en cause par l'instauration de délais de paiement plafonds qui limitent leur durée à 60 jours. La rédaction actuelle de l'article L. 441-6 du Code de commerce empêche pour le moment les fournisseurs d'octroyer de leur plein gré des délais de paiement supérieurs aux délais légaux, pour accorder du crédit à leurs co-contractants. Cette observation justifie d'autant plus les dérogations au dépassement des délais plafonds visée ci-dessus.

20 - Il est constant que l'objectif premier de l'instauration de délais de paiement légaux vise à protéger le vendeur-fournisseur contre le retard de paiement de ses débiteurs-acheteurs. La DGCCRF elle-même vise principalement les acheteurs-débiteurs

dans ses contrôles⁸. Or, la lettre de l'article L. 441-6 du Code de commerce permet, du moins en théorie de sanctionner l'acheteur comme le vendeur. Il semble donc à la majorité du groupe de travail nécessaire de limiter la sanction du dépassement des délais plafond aux seuls abus des débiteurs, tout en permettant d'invoquer un choix imposé par le fournisseur.

21 - L'article L. 470-2, V du Code de commerce prévoit la publication automatique des décisions sanctionnant le dépassement des délais légaux⁹. Auparavant, il ne s'agissait que d'une faculté offerte à l'Administration.

Cette disposition a pour but de renforcer le dispositif existant et de rendre publique l'action du Gouvernement en matière de contrôle des délais de paiement¹⁰. Il semble préférable de revenir vers la solution du droit antérieur car la publication de telles sanctions peut jouer sur le crédit des entreprises alors même qu'aucune décision définitive n'ayant constaté une infraction n'est intervenue. L'AFEC recommande la suppression de la publication systématique des décisions sanctionnant le dépassement des délais légaux. Elle ne devrait être possible en tout état de cause qu'une fois une décision insusceptible de recours intervenue.

22 - L'article L. 441-6-1 du Code de commerce prévoit une obligation pour les sociétés dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes de communiquer des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs et de leurs clients. Il prévoit également un rôle d'alerte du commissaire aux comptes en cas de manquements répétés au respect des délais de paiement « des neuvième et dixième alinéas du I de l'article L. 441-6 du présent code ». L'article D. 441-4 du Code de commerce prévoit que les retards de paiement présentés dans les rapports de gestion des commissaires aux comptes s'apprécient à partir des délais de paiement contractuels, ou à défaut à partir des délais légaux applicables.

23 - Dès lors, il semble exister une contradiction entre l'article L. 441-6-1 du Code de commerce, qui fait référence aux délais légaux maxima de l'article L. 441-6, I, alinéa 9 et 10, et cet article D. 441-4 qui semble viser, à la fois, les délais légaux maxima, mais également les délais contractuellement prévus et le dépassement du délai supplétif de 30 jours en l'absence de stipulations contractuelles. Il semble plus opportun de limiter l'obligation d'alerte du commissaire aux comptes au signalement du dépassement des plafonds légaux et, s'il y a lieu, contractuels de paiements.

B. - Sur la revente à perte (articles L. 442-2, L. 442-3 et L. 442-4 du Code de commerce)

24 - Selon l'article L. 442-2 du Code de commerce, la revente à perte est « le fait, pour tout commerçant, de revendre ou

4. « Cependant, dans certaines circonstances, il est possible que des entreprises aient besoin de délais de paiement plus longs, par exemple si elles souhaitent accorder des crédits commerciaux à leurs clients. Il devrait donc demeurer possible, pour les parties contractantes, de convenir explicitement de délais de paiement supérieurs à soixante jours civils, pourvu toutefois que cette prolongation ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier » PE et Cons. UE, dir. 2011/07, 16 févr. 2011, cons. 13.

5. La liste des secteurs dérogatoires est fixée par le décret du 16 novembre 2015, n° 2015-1484, codifié à l'article D. 441-5-1 du Code de commerce. Ces secteurs sont l'agroéquipement, les articles de sport, la filière du cuir, l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie, et enfin le commerce du jouet.

6. L'article L. 441-6, I, alinéa 14 prévoit la possibilité de « convenir d'un délai de paiement qui ne peut dépasser le délai maximal applicable en 2013 en application d'un accord conclu sur le fondement du III de l'article 121 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ». Cette dérogation vise « les ventes de produits ou les prestations de services relevant de secteurs présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué ».

7. L. n° 84-46 24 janv. 1984, art. 12.

8. DGCCRF, *Délai de paiement : un enjeu économique majeur* : site de la DGCCRF, 21 juin 2016, « L'action a été ciblée davantage sur les grands opérateurs, en raison des importants effets sur l'économie que peuvent avoir des retards de paiement de ces entreprises pour leurs fournisseurs et l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement ».

9. En 2015, 6 décisions avaient fait l'objet d'une publication sur le site Internet de la DGCCRF. En 2016, elles avaient été 34 à faire l'objet de cette publication.

10. DGCCRF, *Délai de paiement : un enjeu économique majeur*, préc. Le non-respect de ces dispositions est passible d'une amende administrative de 75 000 € (375 000 € pour une personne morale). Par ailleurs, engage sa responsabilité civile celui qui passe, règle ou facture une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu à l'issue de la renégociation (C. com., art. L. 442-6, I, 12^e modifié). Pour les contrats régis par le Code rural et de la pêche maritime, l'article L. 631-25 sanctionne d'une amende de 75 000 € le fait pour l'acheteur de ne pas avoir inclus dans sa proposition de contrat écrit une clause obligatoire, telle que la clause de renégociation, ou d'avoir rédigé cette clause en méconnaissance de la loi.

d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif ». Les dispositions relatives à la revente à perte ont fait l'objet de nombreuses réformes et donné lieu à peu de décisions¹¹, ce qui invite dès lors à s'interroger sur leur opportunité ou leur efficacité¹². On se souvient en outre de l'effet néfaste sur les prix de l'augmentation du seuil de revente à perte dans le cadre de la loi Galland. La limitation de la prise en compte des réductions de prix dans le seuil de revente à perte a conduit à figer la négociation des prix qui sont devenus de ce fait plus élevés pour le consommateur sans que l'acheteur n'en bénéficie. L'AFEC est résolument hostile à tout relèvement du seuil de revente à perte.

25 - Ces dispositions pourraient être remises en question à l'épreuve de la directive européenne 2005/29/CE (II) du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Il convient de préciser que, selon l'interprétation qu'en a fait la Cour de justice, une réglementation, même destinée à des professionnels, peut relever de son champ d'application, dès lors qu'elle poursuit partiellement un objectif de protection des consommateurs. Or, si la revente à perte constitue une pratique commerciale au sens de la directive, elle ne figure pas dans la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances, de sorte qu'elle ne peut être interdite *per se* lorsque la revente s'effectue auprès des consommateurs. La législation française semble donc contrevenir à la directive européenne.

26 - Il semble donc souhaitable que les articles L. 442-2 et suivants soient supprimés en raison de leur éventuelle incompatibilité avec le droit de l'Union européenne et de l'existence des dispositions relatives aux prix prédateurs et aux prix abusivement bas. À défaut, il faudrait à tout le moins, mettre cette disposition en conformité avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Il reviendrait alors aux juges de déterminer si la pratique revêt un caractère déloyal ou non selon les secteurs d'activité et les circonstances de chaque espèce.

3. Pratiques relatives aux déséquilibres contractuels et règle sur le déséquilibre significatif

A. - Faire de la règle sur le déséquilibre significatif le dispositif central de contrôle des pratiques se rattachant aux déséquilibres contractuels

27 - Il semble opportun désormais de privilégier une règle générale plutôt que continuer à empiler des interdictions qui ne rattrapent jamais la pratique. Dans cette logique, la règle sur le déséquilibre significatif pourrait être au centre du dispositif de contrôle des pratiques restrictives de concurrence. Une règle générale présente l'avantage de la stabilité du droit et de l'adaptabilité de la règle de droit aux nouvelles pratiques des opérateurs économiques même si elle peut avoir pour corollaire une forme d'incertitude sur l'application de la règle à des situations données. Tel qu'il est issu de la loi LME, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dispose d'une formulation générale, applicable à la plupart des secteurs d'activité, visant tous les

déséquilibres juridiques et tarifaires, sans qu'il soit nécessaire de prouver, au préalable, une puissance d'achat ou de vente.

B. - Sur les éventuelles modifications à apporter à la règle sur le déséquilibre significatif

28 - L'AFEC propose de se référer à la notion de partenaire « économique » plutôt que « commercial » ou à celle de co-contractant, ceci en cohérence avec le champ d'application général résultant de l'article L. 410-1 du Code de commerce et avec l'idée que le droit des pratiques restrictives de concurrence s'applique aux relations économiques. Viser le partenaire économique permettrait d'étendre l'application du texte notamment aux professions juridiques et à l'économie collaborative.

29 - Il serait sans doute utile de donner des exemples, une liste non limitative d'obligation susceptible de créer un déséquilibre significatif, telle que le fait d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et le cas échéant d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit, de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le co-contractant, etc.

Au-delà, il apparaît préférable de conserver le texte dans sa rédaction actuelle

4. La rupture brutale

A. - Sur le maintien de l'article L. 442-6, I, 5

30 - L'AFEC recommande que cette disposition fasse l'objet d'un article spécifique, distinct de l'article L. 442-6 du Code de commerce avec la double conséquence de soumettre aux juridictions de droit commun le contrôle de cette pratique (observons que c'est surtout au sujet de cette disposition que les problèmes de compétence entre juridictions de droit commun et juridictions spécialisées s'est posé) et de laisser ce contentieux aux opérateurs économiques en supprimant pour cette seule disposition la possibilité d'intervention du ministre chargé de l'économie.

B. - Sur le contenu de l'article L. 442-6, I

31 - Il apparaît nécessaire de préciser le champ d'application de ce texte en clarifiant la notion.

Pour les produits distribués sous marque de distributeur, il est proposé de retenir le principe du doublement du préavis en cas en proposant de renvoyer, pour leur définition, à l'article R. 412-47 du Code de la Consommation.

S'agissant des « usages/accords interprofessionnels », peut-être serait-il préférable de rendre alternatif (« ou ») et non cumulatif (« et ») leur prise en compte par rapport à la durée de la relation pour donner leur pleine valeur à de tels accords issus de la négociation. Dans le même esprit le groupe de travail propose de ne pas limiter la durée de préavis prévue dans de tels accords professionnels à une « durée minimale » mais d'autoriser aussi dans ce cadre la fixation d'une « durée maximale ».

5. Les sanctions

32 - Les textes relatifs aux sanctions ont été particulièrement concernés par les différentes réformes législatives évoluant au gré des préoccupations ponctuelles face au secteur de la grande distribution (régulation, libéralisation, administration) et parfois contradictoires de chaque législateur. Là encore la stratégie de l'empilement a prévalu. Les différentes réformes législatives ont

11. « En matière de revente à perte, les décisions sont [...] relativement peu nombreuses : 21 décisions sont répertoriées par la DGCCRF dont 7 faisant ou pouvant faire l'objet d'un recours ». Ainsi les tribunaux semblent appliquer davantage les dispositions relatives aux prix prédateurs que celles relatives à la revente à perte.

12. L'OCDE, notamment, « préconise la suppression de l'interdiction de revente à perte pour accroître le potentiel de l'économie et redresser la compétitivité du marché des biens et services ».

en effet conduit à un arsenal de sanctions dont la cohérence n'apparaît pas de manière évidente : sanctions civiles, sanctions pénales et sanctions administratives désormais. Au sein de chaque catégorie, les sanctions se sont diversifiées (par exemple pour les sanctions civiles : dommages et intérêts, nullité des clauses ou contrats illicites¹³ et répétition de l'indu¹⁴, cessation des pratiques, amendes civiles d'un montant presque équivalent aux sanctions prévues pour les pratiques anti-concurrentielles¹⁵). De ce fait différentes juridictions (répressives, judiciaires et administratives) ont vocation à contrôler les pratiques visées dans le titre IV du livre IV.

33 - En premier lieu, sur un plan formel il apparaît souhaitable de créer une section ou un chapitre « *Sanctions* » dans le titre IV du livre IV à l'instar de la nouvelle codification du Code de la consommation.

L'apparition des sanctions administratives a bouleversé la matière dans la mesure où elles sont dues dès leur prononcé par l'Administration et imposent un recours devant les juridictions administratives une fois le paiement opéré. Ce cumul du contrôle et de la sanction par le même organe n'apparaît pas idéal.

Il faut donc clarifier le régime des sanctions tant dans leur champ que dans leur interaction avec les autres sanctions.

34 - Il faut, soit supprimer les sanctions administratives, soit confier aux juridictions de l'ordre judiciaire le contrôle des sanctions prononcées par l'Administration, ce qui en termes de droits de la défense apporte davantage de garanties pour les justiciables et rapproche le régime des sanctions de celui des pratiques anti-concurrentielles. Alternativement, le groupe propose que la

Commission d'examen des pratiques commerciales, institution administrative indépendante, puisse prononcer les sanctions administratives en lieu et place du ministre chargé de l'économie en renforçant l'indépendance de cette institution et l'adéquation des décisions aux pratiques commerciales. Cette évolution aurait l'avantage de séparer les phases d'enquête d'instruction et de condamnation au sens de l'article 6 de la Convention EDH. Il faudrait à tout le moins cantonner les sanctions administratives aux seuls délais de paiement et aux dispositions relatives aux conventions globales.

35 - S'agissant des sanctions civiles, il faut indiquer expressément que le ministre chargé de l'économie quand il engage une procédure, intervient ou présente des observations dans une procédure et pendant tout le procès doit être soumis aux règles de procédure civile comme toute partie au procès. Il semble en outre opportun au groupe de travail d'autoriser le dépôt d'observations par une autorité indépendante. Il serait en outre opportun de développer les procédures négociées au sein de l'article L. 442-6 du Code de commerce (transaction, engagement, etc.) et de préciser expressément que la victime peut faire prononcer la nullité de la convention ou de la clause.

36 - Il faut cantonner les sanctions pénales aux seules règles de facturation. Par ailleurs la présence du ministère public dans les procédures visées à l'article L. 442-6 du Code de commerce ne semble pas nécessaire et le groupe de travail propose de supprimer la référence à celui-ci dans le texte.

37 - Telles sont les évolutions souhaitées par l'AFEC pour ce titre IV du livre IV, il est temps que ces dispositions si présentes dans la vie quotidienne des entreprises s'adaptent, se simplifient et se clarifient car leur complexité et leur obscurité sont autant de frein au développement de l'activité des entreprises, à leur croissance et à l'attractivité de la France dans un monde globalisé. ■

13. Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « LME ».

14. Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « LME ».

15. Depuis la loi n° 2015-990 du 16 août 2015, dite « loi Macron ».