

OBSERVATIONS DE L'AFEC SUR LE PROJET D'ORDONNANCE DE REFORME DU TITRE IV DU LIVRE IV (article L 442-6.I. V° ancien)

INTRODUCTION

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (« AFEC ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

Pour poursuivre cette mission et dans le cadre des réflexions que semble engager le gouvernement sur une réforme du Titre IV du Livre IV du code de commerce, il a semblé à l'AFEC essentiel de participer par avance à cette réflexion pour proposer des pistes d'évolutions de ce Titre IV. L'AFEC¹ a élaboré une note synthétique sur cette réforme et remis à la DGCCRF un projet de texte.

Le présent document porte uniquement sur la modification de l'ancien article L 442-6 du code de commerce, les dispositions relatives à la CEPC, transparence tarifaire, à la coopération commerciale et aux sanctions ayant été commentées dans de précédentes observations du 21 janvier 2019.

L'AFEC est bien évidemment à la disposition de la DGCCRF afin de poursuivre ces échanges sur les propositions de texte, et notamment pour formuler d'éventuelles suggestions de modifications rédactionnelles dans une optique de critique constructive.

§ § § §

¹ Les travaux ont été conduits sous la responsabilité de Jean-Louis Fourgoux, Muriel Chagny, Mary-Claude Mitchell et Michel Ponsard avec les membres suivants que l'AFEC remercie vivement pour leurs contributions : *Jean-Philippe Arroyo, Mathilde Boudou, Bertrand Jardel, Valérie Ledoux, Thibaut Marcerou, Joffrey Sigrist, Amaury Le Bourdon, Nathalie Pétrignet, Violaine Ayrole, Julie Catala-Marty, M. Chagny, Lénaïc Godard, Nizar Lajnef, Annabelle Lebaudy, Nathie Manoka, Lauren Mechri, Sara Pomar, Michel Ponsard, Mary-Claude Mitchell, Richard Renaudier Laurence Borrel-Prat, Laurent Vallette-viallard, Violaine Ayrole, Carole Leray, Dominique Heintz, Jean-Louis Fourgoux, Émilie Dumur, Bastien Mathieu, Marc-Antoine Picquier et Dimitri Delesalle.*

A titre liminaire, l'AFEC se félicite de la réelle simplification du texte de l'article L 442-6 du code de commerce qu'elle appelait de ses vœux depuis longtemps, notamment la suppression de l'ancien article L 442-6 II et des trop nombreux paragraphes peu ou pas appliqués, ainsi que la scission du texte en deux dispositions distinctes respectivement consacrées aux règles de fond et à la mise en œuvre. Certains membres toutefois s'inquiètent de la disparition définitive des pratiques illicites et souhaiteraient à titre d'exemple qu'une liste de clauses noires soit citée dans le texte.

Néanmoins la rédaction nouvelle soulève quelques inquiétudes et appelle donc quelques commentaires.

§ § § §

Le Nouvel article L 442-1 du code de commerce s'organise en deux paragraphes :

Le premier comporte d'une part l'ancien article L 442-6.I 1° et d'autre part la disposition quasi-inchangée (à l'exception notable du remplacement de partenaire commercial par « l'autre partie ») sur le déséquilibre significatif.

Le second traite de la rupture brutale.

Le chapeau qui couvre ces deux dispositions précise que la responsabilité peut être engagée « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution du contrat* ». Cet ajout est à notre sens source de confusion notamment pour le déséquilibre significatif qui concerne l'existence, au jour de la formation du contrat, de clauses déséquilibrées et non négociées. La référence à l'exécution du contrat laisse craindre en outre une fragilisation permanente du contrat, toute partie pouvant se plaindre d'un déséquilibre significatif à tout moment pendant la vie de celui-ci. Cet ajout serait en contradiction avec la jurisprudence la plus récente, selon laquelle l'inexécution contractuelle ne peut créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L 442-6 I 2°.

L'AFEC propose de supprimer cet ajout pour ce qui concerne le I 2°.

Article L 442-1 I

De manière générale, on observe une volonté d'étendre l'application de ce texte au-delà des seuls rapports commerciaux. Ainsi des professions exerçant une activité économique bien que non commerciale seront concernées par le nouveau texte (par exemple les notaires, les avocats...). Ceci n'appelle pas de commentaire de l'AFEC.

L'absence de référence à la nature commerciale des rapports pourrait poser des difficultés dans l'articulation du champ d'application de ce texte avec les autres dispositions du code civil et en particulier l'article 1171 du code civil.

La logique de simplification du texte, prônée par l'AFEC, impliquait que la prohibition restante ne devait viser que des situations d'abus. Or la rédaction du 1° du premier paragraphe interpelle par sa généralité : la pratique prohibée vise le fait « D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie. » La rédaction est très générale : comme cela était déjà le cas précédemment, sans faire référence au fait de soumettre ou tenter de soumettre à un abus ; mais dorénavant, le texte est applicable au-delà des seuls services et pose l'exigence d'une contrepartie pour n'importe quel avantage, ce qui laisse craindre un retour de la notion de « discrimination » dans le droit des pratiques restrictives.

Pour cette raison, l'AFEC propose d'accoler le terme « abusif » au terme avantage et, pour certains membres de l'AFEC, de compléter également le texte, de façon analogue à la règle sur le déséquilibre significatif en faisant référence au « fait de soumettre ou tenter de soumettre »).

Article L 442-1 II

La réforme de l'article L 442-6. I 5° vise à simplifier l'application du texte et à quantifier les dommages susceptibles d'être alloués à la partie victime.

Le texte ne mentionne plus la nécessité d'un préavis « écrit. ». L'AFEC préconise de maintenir un certain formalisme ayant pour vertu de clarifier le point de départ pour la partie victime et pour les tribunaux. En l'état, des discussions sans fin auront lieu sur le point de départ de ce préavis.

Le texte ne mentionne plus les régimes spéciaux de préavis prévus pour les produits sous marque de distributeur ou en cas de mise en concurrence par vente aux enchères inversées. Ils seront traités comme les autres produits.

Pour apprécier la durée du préavis, le texte conserve le critère antérieur de la durée de la relation, mais admet que la prise en compte d'autres paramètres est possible (« notamment »). L'AFEC s'interroge sur le point de savoir s'il n'aurait pas été préférable de davantage intégrer la jurisprudence intervenue en se référant expressément aux paramètres dont elle a pu tenir compte : degré de dépendance, investissements, structure du marché et difficulté de reconversion éventuelle.

Le texte limite à un an la durée maximale du préavis. Si l'AFEC comprend bien la volonté de donner de la visibilité aux entreprises, un tel délai paraît court. D'une part on peut s'interroger sur la relation entre cette durée maximale légale et le préavis contractuel : le délai d'un an s'ajoute-t-il ou l'inclut-il ?

D'autre part, il existe des situations exceptionnelles en raison de la durée de la relation (30 ans), de l'exclusivité et des investissements imposés de nature financière, matérielle et humaine (personnel dédié) dans de nombreux domaines pour lesquels la durée d'un an paraît insuffisante. L'automobile est un exemple, mais il en existe de nombreux autres. Deux approches sont possibles : soit proposer 18 mois au lieu d'un an, soit prévoir que le préavis d'un an est un « maximum sauf circonstances exceptionnelles tenant à une durée de relations établies particulièrement longue ou à des investissements dédiés ou à une exclusivité requise ou à une situation de dépendance ». Une partie des membres sont d'ailleurs opposés au plafonnement de la durée du préavis considérant que le juge doit pouvoir décider de sa durée en fonction de la spécificité de chaque situation.

Article L 442-2 du code de commerce

Cet article remplace l'ancien article L 442.6.III du code de commerce

Il convient de relever que si le texte ouvre la possibilité d'agir au bénéfice de « toute personne justifiant d'un intérêt », il réserve en revanche la possibilité d'agir en nullité et de demander en conséquence la nullité à la seule « partie victime des pratiques ».

Elle ajoute au pouvoir du Ministre, du Ministère Public ou du Ministre chargé du secteur les fondements des articles L 442-4 (caractère minimal du prix de revente) et L 442-5 (manipulation cours). L'AFEC n'est pas favorable à cette extension, d'autant que la sanction pénale paraît maintenue pour l'imposition d'un prix minimum de revente. En L'AFEC considère que l'intervention du Ministre devrait être limitée aux fondements juridiques qui supposent une difficulté pour les parties d'agir, de sorte la possibilité d'agir au titre de la rupture brutale aurait dû être supprimée. De plus, cette extension pose le problème de l'engorgement des juridictions spécialisées. Il faudrait dans tous les cas élargir la liste des juridictions spécialisées ou augmenter leurs moyens, puisque l'insertion du L 442-1 I 1° sera d'application générale et pourra être invoqué dans toute relation contractuelle et pas seulement dans le cadre des rapports producteurs distributeurs.

L'AFEC se félicite de l'intégration dans la loi de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil Constitutionnel et tenant à la nécessité d'informer les fournisseurs avant toute action en nullité. Elle exprime également sa satisfaction quant à la suppression de la possibilité antérieurement offerte au ministre de l'Economie de demander la réparation des préjudices subis.

L'AFEC n'est pas favorable à l'obligation de publier systématiquement la décision, le juge doit être libre de décider ou non cette publication.

Enfin, l'AFEC s'interroge sur le maintien des prérogatives reconnues au Ministère

Public de saisir les juridictions civiles. Le choix de doter le Ministre de l'Economie d'une action autonome spécifique le place dans le rôle d'un procureur économique sans qu'il soit besoin de doubler cela d'une action par le Parquet qui, à ce jour, depuis l'adoption de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} Décembre 1986, n'a jamais engagé la moindre action.

