Présentation synthétique des dispositions de la loi Macron du 6 août 2015

Août 2015

La loi « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » (ci-après la « loi Macron ») promulguée le 6 août dernier a été au cœur de l'actualité législative et politique de ces derniers mois, tant du fait de l'utilisation de l'article 49-3 de la Constitution qui a permis de limiter les débats au Parlement que de la sensibilité des règles qu'elle réforme (travail du dimanche notamment).

Elle a ensuite été soumise au Conseil constitutionnel qui l'a en grande partie validée par une décision du 5 août 2015, à l'exception notable de quelques dispositions, 12 d'entre elles pour des questions de procédure (dont la réforme de la loi Evin sur la publicité sur l'alcool, l'enfouissement des déchets nucléaires, la lutte contre le gaspillage des denrées périssables) et 5 pour des raisons de fond (dont l'encadrement des indemnités de licenciement, la transmission des fadettes à l'Autorité de la concurrence ou l'injonction structurelle).

Désormais applicable, sous réserve pour certaines dispositions de l'adoption des décrets d'application nécessaires (décrets attendus d'ici la fin de l'année), la loi Macron contient des dispositions importantes en droit de la concurrence et de la distribution.

Six points majeurs retiennent l'attention.

1. La création d'un contrôle des rapprochements entre centrales d'achat ou de référencement

Le projet de loi du gouvernement a été complété au cours des travaux parlementaires en réaction aux opérations de rapprochement entre les centrales d'achat de Système U et Auchan, de Casino et Intermarché et de Carrefour et Cora, successivement en septembre, octobre et décembre 2014. Ces rapprochements ont entraîné une saisine pour avis de l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« ADLC ») par le Ministre de l'Economie et par la Commission économique du Sénat. Dans son avis rendu le 31 mars 2015, l'ADLC a rappelé que ce type d'accords de coopération à l'achat ne relevait pas à lui seul du contrôle des concentrations (faute de constituer une fusion, d'entrainer le changement de contrôle des groupes concernés ou de créer une entreprise commune de plein exercice). Par conséquent, l'ADLC a estimé ne pas avoir la possibilité de contrôler ces opérations avant leur mise en œuvre et a regretté, compte tenu de leur impact économique, de n'avoir de compétence que pour suivre leur mise en œuvre ultérieure au regard du droit des ententes.

La loi Macron prévoit donc que l'ADLC doit être informée, deux mois avant sa mise en œuvre, de « *tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs* ». Ainsi les parties à un tel accord devront-elles notifier l'accord à partir du moment où elles dépasseront des seuils en chiffres d'affaires arrêtés par décret.

CABINET RENAUDIER
société d'avocats
42 av. Raymond Poincaré
75116 Paris
Tél : +33 (0) 1 53 70 28 00
Fax : +33 (0) 1 47 55 02 63
contact@renaudier.com

La loi est silencieuse sur la nature du contrôle qui pourra être exercé par l'ADLC. Le décret conditionnant l'entrée en vigueur de cette disposition précisera les seuils de chiffre d'affaires déclenchant l'obligation d'information mais n'est pas annoncé comme devant régler les autres questions telles que la nature du contrôle qui en découlera, le test de concurrence qui sera appliqué, les modalités de la procédure pendant les deux mois de suspension, et la nature de l'éventuelle décision adoptée par l'ADLC. A ce stade, le Ministre de l'économie envisage que l'ADLC émette des recommandations.

Le contrôle de l'ADLC devrait logiquement porter sur la licéité des accords au regard de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. Mais quelle sera la portée de ce contrôle a priori si l'on souligne que par définition il ne pourra porter que sur l'objet et non sur les effets des accords ? Dans ce cadre, il est permis de penser que l'ADLC ne se dispensera pas de contrôler la façon dont les accords seront mis en œuvre au-delà des deux mois de suspension et, dans l'hypothèse où elle formulerait des recommandations, si celles-ci ont été suivies.

2. Les évolutions relatives aux relations fournisseurs / distributeurs ou grossistes

2.1. Modification de l'article L. 441-6 du Code de commerce relatif aux délais de paiement

La loi Macron supprime l'alternative entre le délai de 45 jours fin de mois et le délai de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture pour imposer ce dernier. Par dérogation, les parties pourront toutefois stipuler dans leur contrat un délai de 45 jours fin de mois sous réserve que cela ne caractérise pas « *un abus manifeste* » à l'égard du créancier.

Pour les secteurs présentant un « *caractère saisonnier particulièrement marqué* », qui seront déterminés par décret, les parties pourront convenir d'un délai de paiement supérieur qui ne devra pas dépasser le délai maximal applicable en 2013 (accords dérogatoires).

2.2. Réforme de la convention annuelle concernant les grossistes (L 441-7 et L 441-7-1 du Code de commerce)

La loi Macron crée un nouvel article L. 441-7-1 relatif au contenu de la convention écrite conclue entre le fournisseur et le grossiste, qui ne sera plus régie par l'article L 441-7 du Code de commerce.

La convention écrite entre fournisseur et grossiste sera très similaire à celle de l'article L441-7, à l'exception des dispositions ajoutées en 2014 par la Loi Hamon.

Ainsi, la date butoir de signature de la convention (1er mars) et la forme de la convention (convention annuelle écrite, mentionnant les conditions de vente, les services de coopération commerciale et les « *autres obligations* ») restent identiques.

En revanche, le barème de prix n'a pas à être inclus dans la convention avec les grossistes. Par ailleurs, les parties prévoient, parmi les éléments entrant dans la détermination du prix « *les types de situation et les modalités selon lesquelles des*

conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ». Enfin, les dispositions relatives à la concomitance de la date d'application, les NIP et l'obligation de répondre aux demandes du fournisseur sur l'application de la convention ne sont pas applicables à cette nouvelle convention.

Les grossistes sont définis dans ce texte comme « *toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité* » ainsi que « *les centrales d'achat ou de référencement de grossistes* » mais pas les centrales d'achat ou de référencement de détaillants.

2.3. Modification de l'article L. 441-8 du Code de commerce relatif à la clause de renégociation

L'obligation de stipuler une clause de renégociation est étendue « *aux contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits mentionnés au premier alinéa* ». Cette réforme met fin à l'incertitude qui existait sur la question de savoir si cette clause de renégociation était applicable aux contrats visant les produits sous marques de distributeurs.

2.4. Modification de l'article L. 442-6 du Code de commerce relatif à l'amende civile

La loi Macron alourdit l'amende civile de 2 millions d'euros qui peut déjà être portée au triple du montant des sommes indûment versées et qui pourra désormais être portée « *de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre* ».

3. Les conventions d'affiliation

L'article 31 de la loi Macron prévoit la création d'un nouveau Titre IV « Des réseaux de distribution commerciale » au sein du Livre III du Code de commerce, composé des nouveaux articles L 341-1 et L 341-2, imposant de nouvelles contraintes aux têtes de réseaux mettant à la disposition de leurs distributeurs au détail un nom commercial, une marque ou une enseigne dans le cadre de contrats divers.

Ces contraintes concernent la durée des contrats ainsi que les clauses de non-concurrence et de non-affiliation.

S'agissant de la durée de ces contrats, deux nouvelles exigences :

- une échéance commune de tous les contrats conclus entre la tête de réseau et chaque magasin de détail ;

- l'extension de la résiliation d'un contrat à tous les contrats conclus avec le même magasin de détail.

S'agissant des clauses de ces contrats ayant pour effet, après leur échéance ou leur résiliation, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat (clauses de non-concurrence et de non-affiliation principalement), elles seront réputées non écrites, sauf si la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

- Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du ou des contrats de distribution ;

- Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat ;

- Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat ;

- Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats.

Ne sont pas concernés par ces dispositions les contrats de bail commercial, d'association, de société civile, commerciale ou coopérative. Il résulte de cette exclusion, âprement discutée pendant les débats parlementaires, que les clauses limitant la liberté d'exercice de l'activité commerciale post contractuelles de l'exploitant ne sont pas interdites lorsqu'elles figurent dans les statuts des sociétés permettant l'exploitation des magasins de détail ou dans les statuts d'une société coopérative. Ainsi, les cas dans lesquels la tête de réseau soit est une coopérative, soit a pris une action dans la société d'exploitation (« franchise participative » par exemple) et dans lesquels les clauses restrictives de liberté d'exercice de l'activité commerciale figurent dans les statuts de la société commerciale ou coopérative, ne sont pas soumis à la présente réforme.

La loi Macron a prévu un délai de mise en conformité des contrats visés d'un an à compter de la promulgation de la loi, soit à compter du 7 août 2016.

4. Les évolutions en droit des pratiques anticoncurrentielles

4.1. Instauration de la procédure de transaction

L'article 218 de la loi Macron a modifié partiellement la rédaction de l'article L.464-2 III du Code de commerce en remplaçant la procédure de non-contestation de griefs par une procédure de transaction proprement dite.

Désormais, dans toutes les procédures dans lesquelles la notification de griefs a été communiquée après le 7 août 2015, lorsque l'entreprise destinataire d'un ou plusieurs griefs renonce à le(s) contester, le rapporteur général de l'ADLC fixe un montant minimal et maximal de l'amende qui servira de fourchette à l'appréciation du collège de l'ADLC lors de la fixation finale de l'amende.

Cette modification apportée par la loi Macron a pour effet de renforcer notablement la visibilité des entreprises sur le traitement qui leur sera appliqué car la procédure actuelle ne leur permettait pas d'estimer à l'avance le montant de l'amende encourue en cas de non-contestation de griefs et, partant, les met en situation d'opérer le choix de contester ou non les griefs de manière plus éclairée.

4.2. Invalidation par le Conseil Constitutionnel des dispositions relatives à la communication des fadettes aux agents de l'ADLC

Une disposition de la loi Macron permettait aux agents des services d'instruction de l'ADLC de se faire communiquer les données des opérateurs de communications électroniques et d'en obtenir la copie.

Le Conseil constitutionnel a invalidé cette disposition qui porte une atteinte disproportionnée 1) au droit au respect de la vie privée dès lors que les agent pourront obtenir ces informations pour les besoins d'une simple enquête et qu'ils n'encourent aucune sanction en cas de divulgation des informations ; 2) aux droits fondamentaux garantis par l'article 66 de la Constitution dans la mesure où la loi ne prévoit pas l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser la communication des données.

5. Les évolutions relatives au droit des concentrations

5.1. L'article L. 430-2 du Code de commerce relatif aux seuils de contrôlabilité dans les départements et collectivités d'outre-mer :

La loi Macron abaisse à nouveau le seuil de contrôlabilité des opérations réalisées dans les départements et collectivités d'outre-mer. Pour rappel, la loi imposait le franchissement des deux seuils ci-après :

- 75 millions d'euros (chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises concernées par l'opération de concentration) ; et

- 15 millions d'euros (chiffre d'affaires hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales par deux au moins des entreprises concernées) ou 5 millions d'euros (dans le secteur du commerce de détail).

La loi Macron ajoute une précision concernant ce second seuil en prévoyant qu'il n'est pas « *nécessaire que ce seuil soit atteint par l'ensemble des entreprises concernées dans le même département ou la même collectivité territoriale* ».

5.2. L'article L. 430-4 du Code de commerce relatif à la dérogation à l'effet suspensif de la notification

L'ADLC peut autoriser, par dérogation, une entreprise à réaliser une opération de concentration notifiable sans attendre son autorisation « *en cas de nécessité dûment motivée* ».

La loi Macron prévoit que l'ADLC puisse assortir cette dérogation de conditions. Elle ajoute également que si l'ADLC n'a pas reçu la notification complète de l'opération dans un délai de trois mois après la réalisation effective de l'opération, la dérogation cesse d'être valable. L'ADLC avait déjà énoncé cette règle dans ses lignes directrices (§ 129) mais a souhaité la voir consacrée législativement.

5.3. L'article L. 430-5 du Code de commerce relatif à l'introduction d'un nouveau mécanisme de « stop the clock » ou « arrêt des pendules » en phase 1

Ce mécanisme de l'arrêt des pendules à l'initiative de l'ADLC, jusqu'alors réservé à la phase 2, a été introduit en phase 1 de la procédure de contrôle des concentrations. Désormais, l'ADLC pourra suspendre le délai de procédure lorsque les parties auront manqué de l'informer d'un fait nouveau, de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers auront manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties, les informations demandées.

5.4. L'article L. 430-7 du Code de commerce relatif à l'extension de la durée de la procédure en phase 2

Lorsque de nouveaux engagements ou des modifications à des engagements déjà proposés sont proposés en fin de phase 2 moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai de 65 jours ouvrés, l'ADLC bénéficie d'un délai de 20 jours afin d'y répondre, allongeant ainsi la période de 65 jours à 85 jours maximum. Cette disposition, qui n'existait que pour la réception d'engagements nouveaux, a été étendue au cas où des engagements déjà proposés seraient présentés dans une version modifiée.

5.5. L'article L. 430-7-1 du Code de commerce relatif au pouvoir d'évocation du Ministre du non-respect des engagements des parties

Le Ministre chargé de l'économie détient un pouvoir dit d'évocation d'une décision rendue par l'ADLC en matière de contrôle des concentrations lui permettant, en phase 2, de statuer sur l'opération pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence (notamment développement industriel, de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale ou de la création ou du maintien de l'emploi). Pour mémoire, le Ministre n'a jamais exercé cette faculté, instaurée en 2008 alors que l'ADLC devenait l'autorité compétente pour exercer le contrôle des concentrations.

La loi Macron accorde au Ministre le pouvoir d'adopter des injonctions, des prescriptions, des engagements ou des décisions de retrait d'autorisation, s'il estime que les parties n'ont pas exécuté, dans les délais fixés, un engagement figurant dans sa décision d'évocation. Il s'agit d'accorder au Ministre, sur ses décisions d'évocation, un pouvoir de suivi des engagements.

5.6. L'article L. 430-8 du Code de commerce relatif à la sanction par l'ADLC du non-respect des engagements, injonctions ou prescriptions

La loi Macron renforce les pouvoirs d'injonction de l'ADLC en matière de suivi des engagements des parties. Ainsi, elle pourra désormais enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles l'obligation incombe d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée.

5.7. L'article L. 461-3 du Code de commerce relatif à la compétence du Président de l'ADLC

La loi Macron modifie la procédure de suivi des engagements qui, jusqu'alors, nécessitait une délibération et une décision du collège de l'ADLC. Désormais, le Président de l'ADLC, ou un vice-Président désigné par lui, pourra prendre seul les mesures de révision ou de mise en œuvre des engagements.

6. L'injonction structurelle invalidée par le Conseil constitutionnel

L'injonction structurelle était l'une des dispositions phares de la loi Macron qui généralisait à tout le territoire français une disposition jusqu'alors spécifique aux collectivités d'outre-mer, et qui avait été validée en 2012 par le Conseil constitutionnel en raison de la situation particulière de ces territoires.

Il s'agissait de permettre à l'ADLC de s'autosaisir lorsqu'une entreprise exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail détenait plus de 50% de parts de marché et que cette concentration excessive portait atteinte à la concurrence, sous la forme de prix ou de marges plus élevés dans la zone concernée que la moyenne.

Au terme d'une procédure contradictoire, au cours de laquelle l'entreprise pouvait proposer des engagements pour remédier aux préoccupations de concurrence identifiées, l'ADLC pouvait enjoindre à l'entreprise concernée de résilier ses contrats voire de céder les magasins concernés. En d'autres termes, l'ADLC avait le pouvoir de « déconcentrer » dans toute zone de chalandise, alors même qu'aucun abus de position dominante n'avait été démontré et qu'il n'y avait pas d'acquisition ou de changement d'enseigne sur la zone permettant un contrôle des concentrations.

Dans sa décision du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a jugé que l'injonction structurelle était contraire à la Constitution. Après avoir rappelé que les atteintes au droit de la propriété et celles à la liberté d'entreprendre doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi, le Conseil relève que les mesures de résiliation ou de cession des actifs pourront être ordonnées par l'ADLC alors même que « *la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté* ». Il souligne également que les dispositions s'appliquent à l'ensemble du secteur du commerce de détail, et non seulement au secteur du commerce de détail alimentaire visé par les débats. Pour ces raisons, le Conseil estime que les dispositions de la loi Macron sur l'injonction structurelle portent une atteinte disproportionnée au droit de la propriété et à la liberté d'entreprise.

Comme toute information à caractère général, L'Essentiel ne saurait engager la responsabilité du Cabinet Renaudier