

ENJEUX ET PERSPECTIVES DE LA RÉFORME DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE VISÉES AU TITRE IV DU LIVRE IV DU CODE DE COMMERCE

Le projet de loi « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable » a été déposé le 1^{er} février dernier devant l'Assemblée Nationale.

L'intitulé de ce texte vise directement le secteur agricole et alimentaire. Cependant, à côté des mesures propres à ces secteurs, le projet de loi comporte la volonté du gouvernement de réformer de manière générale les pratiques commerciales restreignant la concurrence (PCR) inscrites dans le titre IV du livre IV du Code de commerce.

1. LES ETATS GÉNÉRAUX DE L'ALIMENTATION À L'ORIGINE DU PROJET DE LOI

Le projet de loi fait suite aux Etats Généraux de l'Alimentation (EGA) qui ont été lancés le 20 juillet 2017 et se sont achevés le 21 décembre 2017. Pendant plus de 5 mois, les représentants des agriculteurs, industries agroalimentaires, du commerce et de la grande distribution, élus, experts, partenaires sociaux, associations de consommateurs et de la société civile... se sont réunis en vue de proposer aux pouvoirs publics des solutions concrètes pour relancer la création de valeur et en assurer l'équitable répartition dans les filières, permettre aux agriculteurs de vivre du juste prix payé, accompagner la transformation des modèles de production et promouvoir une alimentation saine, sûre et durable.

Si les débats portaient sur les problématiques alimentaires et agricoles, ces EGA furent une aubaine pour aborder plus généralement les questions de pratiques commerciales puisqu'ils ont réuni la majorité des acteurs de la chaîne d'approvisionnement et de distribution soumis aux dispositions du titre IV du livre IV.

Les travaux ont été structurés en quatorze ateliers. L'atelier n°7 est à l'origine des articles 9 et 10 du projet



Xavier Hugon



Thibaut Marcerou

de loi. Ils prévoient une habilitation permettant au gouvernement de prendre, par voie d'ordonnance, deux types de mesures abordées ci-dessous, qui vont impacter les pratiques commerciales du titre IV du livre IV du Code de commerce.

2. UN RELÈVEMENT DU SRP ET UN ENCADREMENT DES PROMOTIONS

L'article 9 du projet de loi habilite le gouvernement, pour les seuls produits alimentaires, (i) à relever de 10 % le seuil de revente à perte (SRP) et (ii) à encadrer les promotions.

(i) l'augmentation du SRP s'inscrit dans le souhait du gouvernement d'assurer des conditions de négociation

plus favorables pour les fournisseurs afin de trouver le prix le plus juste (qui n'est pas nécessairement le plus bas comme l'a souligné le ministre de l'agriculture).

Cependant, le relèvement du SRP suscite des interrogations portant d'une part sur un risque avéré d'inflation des prix et d'autre part sur un risque potentiel de contrariété de cette mesure au droit européen.

En effet, il est indiqué dans l'étude d'impact du projet de loi que « le relèvement du SRP devrait entraîner mécaniquement une augmentation des prix de ventes aux consommateurs d'un certain nombre de produits », laquelle se situerait entre 0,7% et 2%. A ce titre, le président de l'UFC QUE CHOISIR a chiffré une telle hausse entre « 1,74 et 4,98 milliards d'euros de surcoûts pour les consommateurs (soit jusqu'à 177 € par ménage) et de sur-marge pour les grands groupes, distributeurs en tête. »¹

Le relèvement prévu du SRP pourrait être remis en cause sur le terrain de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans la mesure où il existe toujours à ce jour un flou juridique sur la conformité d'une mesure nationale qui prévoit une interdiction générale de revente à perte d'un professionnel à l'égard des consommateurs².

Dans le cadre des EGA, il a été acté que cette révision du seuil devait s'accompagner d'autres mesures telles que notamment l'encadrement des promotions.

(ii) Le gouvernement considère que les pratiques promotionnelles ont besoin d'un outil de régulation pour répondre à un double objectif général : rétablir un certain équilibre économique dans les filières alimentaires et lutter contre le gaspillage alimentaire (fin de l'offre : 1 acheté, 1 gratuit).

1 - LSA, « Seuil de revente à perte : le gouvernement chiffre jusqu'à 5 milliards d'euros d'inflation », selon l'UFC Que Choisir, 5 février 2018

2 - Dans son arrêt du 21 décembre 2017, n°16-18028, la Cour de cassation a confirmé que l'applicabilité de l'article L.442-2 du Code de commerce entre professionnels n'était pas contraire à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales

En effet, les promotions, notamment celles comportant des annonces de réduction de prix, sont relativement dérégulées puisque ce type de pratiques est libre sous réserve qu'elles ne constituent pas une pratique commerciale déloyale ni ne conduisent à une revente à perte. En matière de produits alimentaires, les articles L.441-2 et L.441-7 du Code de commerce prévoient certaines limites à cette liberté relative. Malgré l'objectif poursuivi d'encadrer les promotions, le gouvernement doit encore préciser les modalités de mise en œuvre de l'encadrement des promotions, notamment les taux et les modalités juridiques d'encadrement en prix et en volume.

Promotion et revente à perte sont étroitement liées comme le démontrent les promotions de -70% pratiquées par INTERMARCHE sur le Nutella en janvier dernier. La DGCCRF après enquête a relevé que les produits avaient été revendus à perte.

En définitive, il faut retenir que les deux mesures prévues par l'article 9 sont limitées aux produits alimentaires (au sens de denrées alimentaires)³ pour une durée expérimentale de 2 ans.

3. UNE SIMPLIFICATION ET CLARIFICATION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

L'article 10 du projet de loi habilite le gouvernement à modifier et clarifier les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, relatives à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées, rendues nécessaires par l'évolution des textes et les apports de la jurisprudence. Les enjeux majeurs seront donc la simplification et la précision de ces textes qui ont fait l'objet de multiples réformes depuis l'ordonnance de 1986.

L'objectif affiché du gouvernement est de :

- clarifier les règles de facturation ;
- préciser les dispositions relatives aux conditions générales de vente et mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires du Code de commerce ;
- simplifier les dispositions relatives aux conventions conclues entre les

fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de service ;

- simplifier et préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L.442-6, notamment en ce qui concerne la rupture brutale des relations commerciales et les voies d'actions en justice ;

- élargir à l'article L.442-9 le champ d'application de l'action en responsabilité.

Deux entités réunissant des experts du droit de la concurrence, l'Association Française d'Etude de la Concurrence et le Club des juristes ont publié des éléments de réflexion et des propositions de réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce⁴.

Il en ressort que certains préconisent une suppression des pratiques restrictives de concurrence visées au chapitre 2 du titre IV afin que celles-ci soient appréciées par le droit de la concurrence, le droit de la consommation ou le droit commun des contrats.

D'autres ont souhaité conserver ce chapitre 2 en formulant, sans exhaustivité, les recommandations suivantes : harmoniser les règles de facturation avec le Code général des impôts, isoler les délais de paiement dans un texte spécifique, simplifier l'application des dispositions relatives à la convention unique et rapprocher les obligations de communication des CGV dans ce texte, isoler les dispositions relatives à la rupture brutale en l'écartant des pratiques de l'article L.442-6, supprimer les sanctions administratives instaurées depuis la Loi Hamon en 2014.

S'agissant des pratiques listées à l'article L.442-6 du Code de commerce, il a été proposé de consacrer la notion de déséquilibre significatif comme principe général au soutien duquel, une liste de pratiques réputées comme déloyales pourrait être indiquée à l'instar du Code de la consommation.

Sur ce point, la DGCCRF semble être plutôt favorable au recentrage des différentes pratiques de l'article L.442-6 sous la notion de déséquilibre significatif, sous réserve d'avoir un texte relativement large et adaptable afin qu'il s'inscrive dans la durée sans exclure les nouvelles formes de commerce (e-commerce notamment).

Enfin, le terme de « pratiques restrictives de concurrence » pourrait laisser place à celui de « pratiques commerciales déloyales entre professionnels ». Cette terminologie ne serait pas nouvelle puisque, au-delà de sa référence au droit de la consommation, elle a déjà vu le jour dans le livre vert de la Commission sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe du 31 janvier 2013. Une nouvelle intervention de l'Union européenne visant à harmoniser les pratiques commerciales au sein des Etats membres de l'Union européenne pourrait voir le jour, et ce, à la suite de la réforme française. A ce titre, la DGCCRF souhaite que l'harmonisation soit minimale, afin de préserver le droit national qui reste précurseur sur ces sujets.

Les prochains mois devraient donc être cruciaux pour une réforme des pratiques commerciales visées au titre IV du livre IV du Code de commerce tant au niveau national qu'euro-péen. L'objectif étant toutefois que les nouvelles dispositions soient adoptées en vue des négociations commerciales de 2019.

Xavier HUGON, Managing Partner PDGB, membre de l'ACE et de l'association Droit & Commerce,

Thibaut MARCEROU avocat PDGB, membre de l'AFEC et vice-président de l'AFEC Jeunes depuis 2016



3 - L'article 2 du règlement n°178/2002 du parlement européen et du conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire définit le terme de « denrée alimentaire » comme « toute substance ou produit, transformé, partiellement transformé ou non transformé, destiné à être ingéré ou raisonnablement susceptible d'être ingéré par l'être humain. »

4 - AFEC, Observations de l'AFEC sur les évolutions souhaitables en matière de pratiques restrictives de concurrence visées au titre IV du livre IV du Code de commerce, 18 septembre 2018 ; Le Club des juristes, Rapport pour une réforme du droit de la concurrence, janvier 2018