

Affaires

CONCURRENCE

304

Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ?

POINTS-CLÉS → L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées a été publiée au *Journal officiel* du 25 avril 2019 → Cette réforme est d'ampleur variable quant à la transparence dans les relations commerciales : de la simple réorganisation en matière de délais de paiement à l'innovation portant sur le formalisme des conventions écrites par exemple → Elle poursuit des objectifs variés quant au droit des pratiques commerciales déloyales : contrôle des déséquilibres contractuels, réduction du contentieux en matière de rupture brutale.



Muriel Chagny

agrégée des facultés de droit, directeur du master de droit de la concurrence et des contrats (Paris-Saclay), rapporteur général de l'AFEC

Évoquée à l'occasion du colloque célébrant les 30 ans de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (*Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence : JO 9 déc. 1986, p. 14765. - Le droit français de la concurrence, trente ans après l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : rétrospectives et perspectives, dir. C. Arens. M. Chagny et J.-L. Fourgoux : Actes du colloque du 1^{er} décembre 2016 coorganisé par la cour d'appel de Paris, l'AFEC et le master Concurrence contrats (Paris-Saclay), LGDJ 2017*) et des Entretiens de la concurrence (*M. Chagny, Vers un droit unifié et réformé des pratiques commerciales déloyales, in Loyauté, droit de la concurrence et juge de droit commun : nouveaux développements, nouvelles perspectives : RLC 2017/11, n° spéc.*), au cœur des travaux de l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC, *Observations sur les évolutions souhaitables en matière de pratiques restrictives de concurrence visées au Titre IV du livre IV du Code de com-*

merce, 18 sept. 2017 : rapport prolongé par des propositions de textes) et du Club des juristes (*Pour une réforme du droit de la concurrence, Rapport du Club des juristes, Groupe de travail sous la présidence de G. Canivet et F. Jenny, janv. 2018, spéc. p. 120 et s. et p. 143 et s.*), la refonte du très décrié titre IV du livre IV du Code de commerce s'achève (au moins provisoirement car il conviendra de procéder à la transposition de la directive 2019/633 du 17 avril 2019, *V. PE et Cons. UE, dir. 2019/633, 17 avr. 2019, sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire : JOUE n° L 111, 25 avr. 2019, p. 59 ; JCP E 2019, act. 316*) avec l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 (*Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées : JO 25 avr. 2019, texte n° 16*) qui, c'est le premier effet visible, entraîne une renumérotation de l'ensemble des textes.

En dehors du chapitre préliminaire, relatif à la Commission d'examen des pratiques commerciales, conservé en l'état, le titre IV se compose désormais de trois chapitres : ceux consacrés à « la transparence dans la relation commerciale » et aux « pratiques commerciales déloyales entre entreprises » paraissent constituer une sorte

de droit commun, tandis que le dernier rassemble des « dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires ». Cette dissociation, opérée à des fins de clarification, apparaît d'autant plus opportune que les dispositions sectorielles devraient être étoffées avec la transposition à venir de la directive sur les pratiques commerciales déloyales au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (*PE et Cons. UE, dir. 2019/633, 17 avr. 2019, préc.*). Parmi les quatre textes du chapitre III, un seul innove, requérant que les conditions générales de vente et conventions écrites fassent référence aux indicateurs définis dans le Code rural et de la pêche maritime et explicitent la façon dont il en est tenu compte pour la détermination du prix (*C. com., art. L. 443-4*).

Les chapitres consacrés à la transparence et aux pratiques commerciales déloyales révèlent une refonte, d'ampleur variable pour l'un (1), aux finalités plurielles, pour l'autre (2).

1. La refonte d'ampleur variable de la transparence dans la relation commerciale

De façon pédagogique, le chapitre 1^{er} est ordonné selon un plan chronologique, en envisageant, dans trois sections distinctes, les phases successives de la relation. Les modifications apportées, d'ampleur bien différentes, sont évoquées ci-après par ordre croissant d'importance.

Délais de paiement. - S'agissant des délais de paiement, le changement consiste, pour l'essentiel, en un regroupement des dispositions jusqu'alors éparpillées dans le code.

Facturation. - Quant à la facturation (*C. com., art. L. 441-9*), la date d'émission de la facture, dans le cas de la vente, est désormais déterminée, comme en matière fiscale, à partir de la notion de « réalisation de la livraison ». Sont par ailleurs ajoutées deux mentions obligatoires : l'adresse de facturation lorsqu'elle est différente de l'adresse des parties et le numéro de bon de commande lorsqu'il a été préalablement établi par l'acheteur. L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 a spécifiquement prévu que les dispositions antérieures restent applicables aux factures émises avant le 1^{er} octobre 2019, ména-

geant ainsi un délai d'adaptation aux nouvelles règles (Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019, préc., art. 5, III).

Conditions générales de vente. - La montée en puissance de la sanction administrative se confirme avec l'abandon des sanctions pénales en matière de facturation, mais aussi avec le choix de délaisser la sanction civile en cas de défaut de communication des conditions générales de vente (CGV) au profit d'une amende administrative. Le nouvel article L. 441-1 du Code de commerce, consacré à celles-ci, ne devrait pas emporter d'autres changements majeurs. S'agissant du contenu des CGV, le texte mentionne uniquement, mais de façon non exhaustive (« notamment »), des éléments tarifaires (conditions de règlement et éléments de détermination du prix). La communication des CGV doit être effectuée par « tout moyen constituant un support durable ». Elle incombe à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », appellation englobante préférée à l'énumération antérieure, mais seulement si elle « établit des conditions générales de vente ». De même, s'il est indiqué comme précédemment que les CGV constituent le socle unique de la négociation commerciale, cela vaut « dès lors qu'[elles] sont établies ».

Conventions écrites. - Les changements majeurs concernent les conventions écrites requises pour la formalisation de la relation.

Le dispositif prévu pour les relations industrielles est maintenu tel quel, sous le bénéfice d'une renumérotation (ancien article L. 441-9 devenu C. com., art. L. 441-5). Une autre disposition (ancien article L. 441-10 devenu C. com., art. L. 441-7) qui, visant la conception et la production de produits alimentaires, aurait pu être insérée au sein du chapitre III, voit son domaine clarifié, se rapportant aux « produits vendus sous marque de distributeur », et étendu à tout contrat quelle que soit sa durée.

Les nouveaux articles L. 441-3 et L. 441-4 traduisent quant à eux un changement radical d'approche prôné notamment par l'AFEC (AFEC, obs., 18 sept. 2017, préc.) au vu du caractère inadapté d'un formalisme très contraignant, conçu en considération des relations de la grande distribution, mais d'application générale aux relations entre fournisseurs et distributeurs, exception faite des grossistes bénéficiaires d'un dispositif allégé. Un renversement des perspectives s'est opéré : le nouveau régime d'application générale correspond, pour l'essentiel, à celui antérieurement prévu pour les grossistes. L'obligation faite au fournisseur de communiquer spontanément ses CGV, qui ne s'imposait pas jusqu'alors à ces derniers, doit être réalisée « dans un délai raisonnable ».

L'une des modifications principales se rapporte aux avenants pour lesquels il est exigé d'établir un écrit et de « mentionner l'élément nouveau le justifiant ». Cette disposition s'applique immédiatement « à toute convention en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, à compter de cette date » (Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019, préc., art. 5, I).

L'autre changement significatif concerne le « prix convenu », déterminé en tenant compte non seulement des remises liées aux conditions de l'opération de vente et des autres obligations rendues par le distributeur, mais aussi nouvellement des services de coopération commerciale. De façon corrélative, a été ajoutée l'obligation de prévoir, dans la convention écrite, la « rémunération globale afférente » à la coopération commerciale.

Ce régime général est complété par l'article L. 441-4 spécialement prévu pour les produits de grande consommation, entendus comme des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation dont la liste est fixée par décret, étant précisé que les grossistes sont exclus de ce dispositif additionnel. Si certaines des exigences requises en sus du régime général reprennent des prescriptions qui existaient déjà (C. com., art. L. 441-4, III, V et VII), le cadre contraignant a encore été renforcé. Une fois les CGV communiquées par le fournisseur dans un délai précis, il incombe à présent au distributeur de notifier par écrit, dans « un délai raisonnable à compter de leur réception », les motifs de refus de sa part ou son acceptation ou, le cas échéant, les dispositions des CGV qu'il souhaite soumettre à la négociation. Il est encore indiqué que « la convention fixe le chiffre d'affaires prévisionnel » ainsi que les modalités de sa révision en cas de convention pluriannuelle de 2 ou 3 ans. Ceci est à relier aux nouvelles règles d'encadrement, notamment en volume, des promotions (Ord. n° 2018-1128, 12 déc. 2018, relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires : JO 13 déc. 2018, texte n° 19 ; JCP E 2019, act. 39, A. Berg-Moussa et B. Naouri ; JCP E 2019, 1021, A.-S. Choné-Grimaldi ; JCP E 2019, 1069, A.-S. Choné-Grimaldi. - ordonnance qui établit la limite en volume à 25 % du chiffre d'affaires prévisionnel). Le chiffre d'affaires prévisionnel, est-il ajouté, « constitue, avec l'ensemble des obligations fixées par la convention conformément au III de l'article L. 441-3, le plan d'affaires de la relation commerciale » (C. com., art. L. 441-4, IV).

La formulation retenue dans l'article L. 441-6 du Code de commerce consacré à la sanction du formalisme contractuel permet d'asortir « tout manquement » d'une amende

administrative, de sorte que celle-ci est certainement applicable dorénavant en cas de non-respect des exigences relatives aux nouveaux instruments promotionnels.

De façon à ne pas laisser perdurer durablement l'ancien dispositif, l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 prévoit qu'à compter du 1^{er} mars 2020, les nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 seront applicables aux conventions d'une durée supérieure à un an en cours à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

2. La refonte aux finalités plurielles du droit des pratiques commerciales déloyales

Le chapitre II est désormais placé sous la bannière des « pratiques commerciales déloyales », vraisemblablement sous l'influence de l'Union européenne (PE et Cons. UE, dir. 2019/633, 17 avr. 2019, préc.). Il conserve un ensemble un peu hétéroclite rassemblant, selon son intitulé, les « autres pratiques prohibées », laissées de côté ici, faute de réel élément de nouveauté. Retient l'attention la première section, dédiée aux « pratiques restrictives de concurrence », qui révèle des changements en profondeur concernant l'article L. 442-6 ancien du Code de commerce, aussi bien quant aux dispositions de fond que du point de vue de la mise en œuvre.

S'agissant, pour commencer, du sujet des règles, le procédé de l'énumération cède la place à une formule englobante visant, conformément à l'article L. 410-1 du Code de commerce, « toutes les activités de production, de distribution ou de services ».

En retrait par rapport au projet soumis à consultation, l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 maintient la disposition destinée à protéger les réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles (C. com., art. L. 442-2). Elle conserve également deux cas de nullité expressément prévus pour les stipulations permettant de bénéficier d'une rétroactivité de remises, ristournes ou accords de coopération commerciale ainsi que d'un alignement automatique sur les conditions plus favorables consenties aux concurrents (C. com., art. L. 442-3).

Le recentrage du nouvel article L. 442-1 autour des trois règles majeures, relatives pour deux d'entre elles aux déséquilibres contractuels, pour la dernière à la rupture brutale, n'en est pas moins remarquable, d'autant que les modifications apportées à ces textes visent un objectif bien différent.

Contrôle des déséquilibres contractuels. - Le contrôle des déséquilibres contractuels, qui faisait précédemment l'objet de trop nombreuses règles, est confié à deux règles préexistantes, relatives au déséquilibre significatif et à l'avan-

tage manifestement disproportionné. Les changements effectués dans leur rédaction sont destinés à en étendre les possibilités d'application, de façon à leur permettre notamment d'appréhender les pratiques antérieurement stigmatisées par une règle ciblée (*Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées* : JO 25 avr. 2019, texte n° 15, indiquant que « le champ d'application a été élargi dans cette optique »).

Commune aux deux règles, la notion de partenaire commercial, interprétée restrictivement par la cour d'appel de Paris (V. not. CA Paris, pôle 5 ch. 4, 27 sept. 2017, RG n° 16/00671. - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 déc. 2018, RG n° 17/03922 : *JurisData* n° 2018-024383), disparaît au profit de « l'autre partie », se prêtant assurément à une application d'autant plus large que la nouvelle rédaction se réfère aux pratiques intervenant « dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat ».

La règle relative à l'avantage sans contrepartie, jusqu'alors limitée aux contrats de services, a désormais vocation à jouer de façon plus générale, sa nouvelle rédaction ne visant plus un type donné de contrat ; elle paraît dès lors consacrer une prise en compte quasi généralisée de la lésion dans les contrats entre professionnels.

Or, tandis que le résultat de la pratique, sous la forme d'un avantage manifestement disproportionné, est l'unique élément constitutif de cette règle, celle relative au déséquilibre significatif requiert, en sus du résultat, un comportement (« soumettre ou tenter de soumettre »), dont la démonstration nécessite d'établir, selon la jurispru-

dence la plus récente de la cour d'appel de Paris, l'absence de négociation effective (V. not. CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, RG n° 13/04879 : *JurisData* n° 2017-027127 ; *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 68, N. Mathey. - CA Paris, 16 mai 2018, RG n° 17/11187 : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 175, N. Mathey). Dès lors, la refonte opérée pourrait se traduire par une utilisation plus fréquente de la disposition relative à l'avantage sans contrepartie qui, plus ancienne que celle sur le déséquilibre significatif, avait pu sembler éclipsée par cette dernière.

Règle sur la rupture brutale. - À l'inverse, les modifications apportées à la règle sur la rupture brutale visent, au premier chef, à réduire le contentieux pléthorique d'une disposition ayant donné lieu à des dérives et suscité force critiques (V. not. L. Vogel, *La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies - Plaidoyer pour une réforme*, in Mél. M. Germain, *LexisNexis Lextenso*, p. 855 et s. - *Atelier de la concurrence, Quel bilan pour la rupture brutale des relations commerciales établies ?*, 11 déc. 2015. - N. Gile, *La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée* : *Gaz. Pal.* 19-22 août 2015, n° 236h2, p. 6 et s.). Il est désormais prévu que l'auteur d'une rupture d'une relation commerciale ne peut pas voir sa responsabilité engagée « du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois ». Si l'on comprend l'objectif, on peut s'interroger sur l'articulation de cette règle avec le droit commun. On ne regrettera guère la disparition des cas spéciaux de préavis aménagés pour les produits de marque de distributeur ou en cas de mise en concurrence par enchère à distance, pas plus qu'on ne déplorera la suppres-

sion des prérogatives confiées au ministre de l'Économie, jamais utilisées. Quant à la détermination du délai de préavis requis, l'adjonction de l'adverbe « notamment » conforte la jurisprudence ayant admis qu'elle soit effectuée en tenant compte, en sus du critère légal de la durée, d'un certain nombre de paramètres influençant le temps de reconversion.

Mise en œuvre des règles. - S'agissant de la mise en œuvre des règles, pour l'efficacité desquelles des prérogatives spécifiques ont été reconnues, au-delà du ministère public, au ministre de l'Économie, la suppression de la possibilité de demander « la réparation des préjudices subis » ne suscitera aucun regret. La nouvelle disposition (C. com., art. L. 442-4) intègre la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 mai 2011 (*Cons. const.*, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, *Système U et a.* : *JCP G* 2011, 717, A.-M. Luciani) en précisant que, dans le cas d'une action en nullité et en restitution, les victimes des pratiques « sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action ». Quant à l'amende civile, il est permis de regretter la disparition de toute référence à la proportionnalité ainsi que l'absence de tout critère de fixation de son montant. Dissipant tout doute lié au nouveau droit des contrats, la possibilité d'agir en nullité appartient désormais expressément à la victime et à elle « seule ». Par où l'on voit que l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, sans opérer une révolution, procède à une véritable refonte de la matière, emportant des changements d'importance à propos desquels il faut aussi s'interroger, d'un point de vue pratique, sur leur application dans le temps.

BANQUE

305

Crédit de restructuration et appréciation du devoir de mise en garde du banquier

Cass. com., 17 avr. 2019, n° 18-11.895, F-P+B : *JurisData* n° 2019-006241

En l'espèce des emprunteurs ont souscrit, auprès de la société de crédit, un prêt de restructuration d'un montant de 66 000 €, remboursable en 144 mensualités de 781,37 € chacune.

Les emprunteurs ayant été défaillants, la société de crédit les a assignés en exécution de leur engagement. Ils ont alors opposé à la société un manquement à son devoir de mise en garde.

Pour écarter les conclusions de la société de crédit qui faisait valoir que le crédit de restructuration consenti aux emprunteurs leur permettait de bénéficier d'un allègement de charges de 1 399,56 € par mois et retenir que cette société a manqué à son devoir de mise en garde et la condamner à payer aux emprunteurs des dommages-intérêts, l'arrêt retient que la seule diminution, même conséquente, du montant de la mensualité du crédit de restructuration est insuffisante à démontrer l'absence de risque d'endettement.

Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation qui juge qu'en statuant ainsi, alors qu'un crédit de restructuration, qui permet la reprise du passif et son rééchelonnement à des conditions moins onéreuses, sans aggraver la situation économique de l'emprunteur, ne

crée pas de risque d'endettement nouveau, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

CONCURRENCE

306

Simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence

D. n° 2019-339, 18 avr. 2019 : JO 20 avr. 2019, texte n° 10

Le décret n° 2019-339 du 18 avril 2019 porte simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence.