

AJ Contrats d'affaires

CONCURRENCE
DISTRIBUTION

Dossier



495 LA PUISSANCE DU COCONTRACTANT

489

Le juge (du fond) est-il régulateur ?
Muriel Chagny

512

Loi Macron : un nouveau régime
des contrats de distribution inutile,
coûteux et inadapté
Louis Vogel et Joseph Vogel

536

Le tribunal de commerce, juge de la concurrence
Yves Lelièvre

DALLOZ



Version numérique incluse*



LOI MACRON : UN NOUVEAU RÉGIME DES CONTRATS DE DISTRIBUTION INUTILE, COÛTEUX ET INADAPTÉ

par Louis Vogel

Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Joseph Vogel

Avocat au Barreau de Paris

Loi « touche-à-tout », la loi Macron¹ concerne les secteurs les plus divers : le transport par autocar, les tarifs des notaires, les autoroutes, les aéroports, les auto-écoles...² Le droit de la distribution n'est, hélas, pas épargné ! Le texte ajoute de nouvelles contraintes aux contrats de distribution conclus entre certains réseaux de distribution et les exploitants de magasins de commerce de détail qui leur sont affiliés : uniformité des échéances contractuelles, indivisibilité légale des contrats et interdiction des clauses postcontractuelles limitant la liberté commerciale des distributeurs³.

Pourtant, l'intention de départ était vraiment louable⁴. Le Gouvernement espérait fluidifier les réseaux des enseignes de la grande distribution et éviter que l'enchevêtrement des différents contrats, qui forment la relation commerciale entre les enseignes et leurs affiliés indépendants et qui comportent des échéances distinctes, ne rende de fait impossibles les changements d'enseigne. Le résultat se révèle catastrophique. Le texte adopté, peu précis, a un champ d'application mal défini. Potentiellement, il concerne tout un ensemble de contrats de distribution allant bien au-delà du périmètre des contrats d'affiliation de la grande distribution et crée des difficultés nouvelles dans des réseaux où le changement de marque ou d'enseigne ne pose aucun problème. La réforme générera donc involontairement des contraintes inutiles pour les entreprises et rigidifiera le fonctionnement des réseaux de distribution en général. Paradoxalement, elle ne règle aucunement le verrouillage contractuel des enseignes de la grande distribution. Les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation postcontractuelles demeurent en effet possibles, même si elles sont mieux encadrées, et les parties peuvent toujours insérer, dans les contrats non soumis à la loi Macron, les clauses antisortie les plus efficaces⁵.

Cette loi est clairement inadaptée et contre-productive. Elle génère des difficultés pour le plus grand nombre sans résoudre la question particulière qu'elle devait régler. Comment ce texte, qui n'aurait jamais dû voir le jour, a-t-il franchi la barrière du contrôle de constitutionnalité⁶ ?

Le nouveau régime des contrats de distribution résultant de l'article 31 de la loi Macron, codifié aux articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce, appartient malheureusement aujourd'hui à notre droit positif. Cernons-en le champ d'application, particulièrement flou, afin d'apprécier les marges de manœuvre dont disposent les entreprises pour faire échapper leurs contrats de distribution à un régime juridique rigide, peu efficient et contraire au droit européen de la concurrence.

Un champ d'application incertain

Le champ d'application matériel et temporel des articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce issus de l'article 31 de la loi Macron demeure extrêmement incertain.

Champ d'application matériel

Le périmètre contractuel auquel s'appliquent les nouvelles obligations d'échéance commune, d'indivisibilité légale des contrats et d'interdiction des restrictions postcontractuelles à la liberté commerciale des distributeurs apparaît particulièrement imprécis et sujet à interprétation. L'article L. 341-1 du code de commerce vise : « l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre 1^{er} du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale ».

L'enchevêtrement des notions constitue un vrai défi à l'intelligence. Le déchiffrement du texte implique de définir successivement les notions d'opérateurs amont, d'opérateurs aval et la nature de la relation contractuelle qui les lie.

Opérateurs amont

L'opérateur amont peut être :

- soit une personne physique ou morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre 1^{er} du code de commerce ;

(1) L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août ; pour une présentation, V. le dossier « Le droit de la concurrence et de la distribution après la loi Macron : changements en vue », AJCA 2015. 399.

(2) L. Vogel, Des professions réglementées aux professions surréglementées I, *Le Figaro*, 16 févr. 2015.

(3) L. 6 août 2015, art. 31 de la loi créant les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce.

(4) L'amendement Brottes initial n° 1681 du 22 janvier 2015 à l'origine du texte précise qu'« il importe de renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseigne des magasins indépendants [...] afin d'éviter que la durée des contrats et la variété de leurs échéances ne rende impossible, pour un commerçant, d'opter pour l'indépendance ou de rejoindre un autre réseau » ; sur cet amendement, V. A. Riéra, Avis de tempête sur les réseaux de distribution, AJCA 2015. 100.

(5) En ce sens, Simon Associés, La lettre des réseaux, n° spécial Loi Macron, Volet relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail, p. 14.

(6) Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

■ soit une personne physique ou morale de droit privé mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 du code de commerce.

Ni la première, ni la seconde branche de la définition ne sont claires. La notion de personne morale de droit privé regroupant des commerçants englobe toutes sortes de groupements de commerçants, notamment des centrales d'achat ou de référencement, agissant en tant que têtes de réseau de distribution. Sont en revanche expressément exclus les magasins collectifs de commerçants indépendants visés au chapitre V du titre II du livre 1^{er} du code de commerce et les sociétés de caution mutuelle visées au chapitre VI.

La notion de personne « mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 I [du code de commerce] » qui vient compléter le champ d'application apparaît particulièrement obscure. L'article L. 330-3 du code de commerce n'a en effet aucunement pour objet de décrire des services. Il énonce le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle, qui s'impose à « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ». Selon la jurisprudence, l'exigence d'une obligation juridique d'exclusivité ou de quasi-exclusivité constitue la condition de déclenchement de l'obligation d'information précontractuelle pesant sur le fournisseur que la seule situation d'exclusivité de fait ne suffit pas à rendre applicable⁷. Le renvoi imprécis de l'article 31 de la loi Macron aux services mentionnés à l'article L. 330-3 du code de commerce autorise deux interprétations. Selon que la notion de services mis à disposition se rapporte exclusivement à la fourniture d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne ou que cette fourniture s'accompagne d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, le champ d'application de la loi se définit en effet de façon radicalement différente. Dans le premier cas, le périmètre des opérateurs amont couvrirait la quasi-totalité des têtes de réseaux de distribution : dans la plupart des contrats de distribution exclusive ou sélective ou même de simple distribution agréée, le fournisseur met à disposition de ses distributeurs une marque, une enseigne ou un nom commercial. Dans le second, seule une mise à disposition assortie d'un engagement juridique d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ferait entrer le fournisseur dans la catégorie des opérateurs visés

en amont. Plusieurs éléments militent en faveur de la seconde interprétation. Le renvoi de l'article 31 de la loi Macron au premier alinéa de l'article L. 330-3 du code de commerce est général. Or, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer, conformément aux règles classiques d'interprétation admises en droit privé. Par ailleurs, comme la loi nouvelle crée de lourdes obligations à la charge des entreprises, son champ d'application devrait être interprété restrictivement.

Opérateurs aval

La catégorie des opérateurs visés en aval apparaît un peu mieux encadrée. Il s'agit de « toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, au moins un magasin de commerce de détail ». Bien que la notion de commerce de détail ne fasse pas l'objet d'une définition légale uniforme, la définition généralement admise est celle rappelée par l'Autorité de la concurrence⁸ : « La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme

un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique ». La notion d'exploitation d'un magasin de commerce de détail permet notamment de soustraire du champ d'application de la loi les réseaux de distribution exclusive de matériels agricoles et d'engins de chantier ainsi que, de façon générale, les réseaux de distribution visant une clientèle de professionnels. De même, il est généralement admis que la notion de commerce de détail exclut « les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel ainsi que les établissements de services ou de location de matériels et les restaurants »⁹.

Conditions relatives à la relation contractuelle

Tous les contrats entre les opérateurs amont et aval ainsi définis ne sont pas soumis aux contraintes de la loi Macron. Encore faut-il que les contrats conclus entre ces opérateurs aient « pour but commun l'exploitation » d'un magasin de commerce de détail et comportent « des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale ». Ces conditions ne renvoient pas à des catégories juridiques connues.

Contrats ayant pour but commun l'exploitation d'un magasin de commerce de détail. La notion d'exploitation du magasin dans un but commun suscitera d'importantes difficultés d'interprétation. Un auteur a fait valoir que l'exigence d'un but commun des contrats renvoyait à la notion d'ensemble contractuel ou de groupe de contrats¹⁰, selon laquelle plusieurs contrats concourant à la même opération économique sont réputés indivisibles nonobstant toute clause contraire¹¹. Cependant, l'article 31 de la loi Macron ne se réfère pas de façon générale à un contrat conclu pour un but commun mais vise explicitement les contrats conclus entre un opérateur amont et un opérateur aval ayant pour but commun l'exploitation d'un magasin de commerce de détail.

La condition correspond bien à la situation des réseaux de distribution créés par des distributeurs¹² mais non au fonctionnement des réseaux fournisseurs. Les grands distributeurs ont mis en place des réseaux de centrales d'achat ou de référencement – des réseaux distributeurs – qui centralisent les achats de l'ensemble de leurs points de vente ou référencent leurs fournisseurs qui doivent y adhérer pour accéder au linéaire. Dans le cadre d'un réseau distributeur, les

La notion d'exploitation d'un magasin de commerce de détail permet notamment de soustraire du champ d'application de la loi Macron les réseaux de distribution exclusive de matériels agricoles et d'engins de chantier ainsi que, de façon générale, les réseaux de distribution visant une clientèle de professionnels

(7) L. et J. Vogel, Cinq ans d'application de la loi Doubin, D. Affaires, 1995, 5.

(8) Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, pt 80.

(9) Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, pt 80.

(10) Simon Associés, La lettre des réseaux, n° spécial Loi Macron, préc., p. 10.

(11) Ch. mixte, 17 mai 2013, n°s 11.22.768 et 11.22.927, sur l'interdépendance du contrat de vente et de location financière ; Caen, 12 mai 2010, n° 08/04076, CCC 2011, n° 8, obs. N. Mathey, sur l'interdépendance du contrat d'approvisionnement et du contrat de franchise.

(12) Sur cette notion, V. L. et J. Vogel, Droit de la distribution, LawLex-Bruylant, 2015, n° 2, « Des réseaux fournisseurs aux réseaux distributeurs ».

contrats entre la centrale et ses adhérents ont bien pour but commun l'exploitation du magasin. Ces différents contrats (contrat d'enseigne, contrat de franchise, contrat d'approvisionnement exclusif, etc.) sont nécessaires, tous ensemble, pour permettre l'exploitation du magasin. Tel n'est pas le cas de manière générale des contrats fournisseurs qui n'ont pas pour but commun avec le distributeur l'exploitation de son magasin. Les contrats des réseaux fournisseurs ont pour objet la vente des produits du fournisseur alors que les intérêts des deux parties diffèrent largement. Très souvent, le contrat est unique. S'il y a pluralité de contrats, ceux-ci n'ont pas pour but commun l'exploitation du magasin du distributeur mais en règle générale, soit la distribution de marques distinctes, soit l'exercice d'activités distinctes (vente, réparation, après-vente, location, etc.). Ces différentes marques et/ou activités peuvent être exploitées par un même magasin mais aussi, souvent, séparément, par des réseaux distincts. En matière de distribution automobile, par exemple, existent souvent à côté des concessionnaires *full service* assurant la vente de véhicules neufs et l'après-vente, des réparateurs agréés qui ne sont pas habilités à vendre des véhicules neufs et n'ont qu'une activité d'après-vente. Le seul exercice avéré ou potentiel de façon séparée de l'activité de vente et d'après-vente ou de la distribution de telle ou telle marque par des opérateurs distincts démontre que les différents contrats en cause, lorsqu'ils sont passés avec un même opérateur, n'ont pas pour but commun l'exploitation d'un magasin de commerce de détail. Certaines activités, comme l'activité de réparation agréée, ne constituent pas à titre principal une activité de commerce de détail à proprement parler.

La décision du Conseil constitutionnel limiterait l'application de la loi aux relations entre les réseaux distributeurs et leurs affiliés. En effet, pour justifier la constitutionnalité du dispositif, le Conseil constitutionnel a notamment relevé que les articles L. 341-1 et L. 341-2 ne s'appliquent qu'aux contrats conclus entre des réseaux de distribution et des exploitants de commerce de détail. Or, un fournisseur individuel ne s'identifie pas, par définition, à un réseau de distribution ; seuls les réseaux distributeurs sont donc concernés.

Contrats comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par un exploitant de son activité commerciale. Le texte vise un objet indéterminé en ne s'appliquant qu'aux contrats comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par un exploitant de son activité commerciale. Immédiatement surgissent à l'esprit les clauses de non-concurrence contractuelles ou postcontractuelles, ou encore les clauses de non-réaffiliation, mais la portée de la notion est sans doute plus grande. Interprétée largement, la clause susceptible de limiter la liberté d'exercice de l'exploitant viserait toute stipulation contractuelle faisant peser des obligations quelconques sur le distributeur. Une telle interprétation paraît cependant excessive puisque tout contrat de distribution fait peser des obligations sur les deux parties. Dès lors que l'article 31 de la loi Macron a pour objet de favoriser la concurrence, une interprétation raisonnable consisterait à définir les clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice de l'exploitant comme celles qui ne sont pas inhérentes au mode de distribution choisi et affectent la concurrence. Une interdiction de revente hors réseau convenue en matière de distribution sélective est inhérente à la distribution sélective et qui ne porte pas atteinte à la concurrence si elle est purement qualitative. De même, en matière de distribution sélective, qualitative ou quantitative, la liberté commerciale du distributeur, qui peut pratiquer librement les ventes passives et actives aux consommateurs et aux membres du réseau, garantit que la concurrence n'est en aucune façon restreinte. Seul l'ajout d'une obligation restrictive de concurrence non inhérente au système de distribution retenu, comme une exclusivité de marque ou d'approvisionnement, caractériserait une clause susceptible de limiter la liberté d'exercice de l'exploitant.

Champ d'application temporel

Des divergences surgiront également lors de l'application de la loi dans le temps. Si l'on s'en tient à la loi elle-même et aux règles classiques

du droit transitoire, les nouvelles obligations prévues par les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce ne s'appliqueraient qu'aux contrats conclus à compter de son entrée en vigueur, soit le 7 août 2015. Comme le rappelle l'article 2 du code civil, « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Dès lors, selon la jurisprudence, « les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés »⁽¹³⁾. Cette solution est affirmée de façon constante⁽¹⁴⁾ sans que le caractère d'ordre public de la loi nouvelle ne justifie son application immédiate aux effets à venir des contrats en cours⁽¹⁵⁾. De même, il est admis que les conditions de validité d'un contrat ou d'une clause sont gouvernées par la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat, sauf si celle-ci en dispose autrement et que des raisons d'ordre public particulièrement impérieuses fondent son application aux contrats en cours⁽¹⁶⁾. Ces règles de droit transitoire s'appliquent aussi en droit économique comme l'ont rappelé la doctrine⁽¹⁷⁾, la pratique administrative⁽¹⁸⁾ et la jurisprudence⁽¹⁹⁾ à l'occasion de la législation sur les clauses abusives entre professionnels instituée par la loi LME, qui ne régit que les contrats postérieurs à son entrée en vigueur. En principe, les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce ne s'appliqueraient donc qu'aux contrats conclus à compter du 7 août 2015, avec une période transitoire d'un an dans la mesure où le paragraphe II de l'article 31 de la loi Macron diffère leur application « à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi ». Cependant, l'application de la loi dans le temps a donné lieu à une divergence d'interprétation qui trouve sa cause dans les mécanismes de droit transitoire imaginés à l'origine par le législateur. Initialement, le régime transitoire envisagé prévoyait que les dispositions nouvelles « s'appliquent, y compris aux contrats en cours,

(13) Civ. 3^e, 3 juill. 1979, n° 77-15.552, Bull. civ. III, n° 149.

(14) Civ. 1^{re}, 4 mai 1982, n° 81-11.539 ; Civ. 1^{re}, 18 avr. 1989, n° 86-17.117 ; Civ. 1^{re}, 30 janv. 2001, n° 98-15.178.

(15) Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, n° 96-12.183 ; Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 03-19.802.

(16) Com. 3 mars 2009, n° 07-16.527, LawLex20090000819JBJ ; Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, n° 96-12.183, Bull. civ. I, n° 115 ; Civ. 2^e, 5 juill. 2006, n° 04-10.273 Bull. civ. II, n° 180.

(17) M. Chagny, Les mesures transitoires de la LME, Concurrences, n° 03-2009, p. 24 : « des certitudes existent aussi, en faveur du jeu de la loi ancienne, pour certaines situations nées dans le passé, avant la loi ancienne... La nullité d'un contrat conclu avant cette date (le 6 août 2008 s'agissant de la loi LME) ne saurait être prononcée en application de la loi nouvelle visant le déséquilibre significatif ».

(18) CEPC, avis n° 12/03 du 10 avr. 2013 relatif à un contrat de licence d'exploitation d'un site internet : « l'article L. 442-6-I-2° n'est applicable que depuis le 06 août 2008, date d'entrée en vigueur de la notion de "déséquilibre significatif", dans notre ordre juridique. Il n'est donc pas possible de faire application de cette notion pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur en raison du caractère non-rétroactif de la loi ».

(19) V. les décisions suivantes, écartant l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi LME à des contrats conclus avant son entrée en vigueur : Paris, 26 sept. 2013, n° 11/09146, LawLex201300001409JBJ, *Greenmodal Transport c/ CMA GCM* ; Paris, 23 févr. 2012, n° 08/15137, M. *Bizalion c/ Delta Color* ; Paris, 9 juill. 2010, n° 10/03248, LawLex201000001329JBJ, *BTSJ c/ La Poste* ; Nancy, 31 mai 2012, n° 09/01190, LawLex201300001221JBJ, *Key West c/ Cora* ; T. com. Paris, 9 févr. 2012, n° 2010024988, *Capital max c/ Palatine Asset Management* ; adde, écartant l'application de dispositions de l'article L. 442-6, II introduites en droit positif par la LME à des contrats conclus avant son entrée en vigueur : Paris, 19 oct. 2011, n° 10/03381, *Tafanel c/ Cherif et Ougouadfel*.

à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la promulgation de la [...] loi »²⁰. Au cours des débats parlementaires, ce régime avait même été rendu encore plus complexe avec une application « à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date de promulgation de la [...] loi s'agissant des contrats en cours dont la durée restant à courir est supérieure à six ans à la même date » et « quatre ans après la promulgation de la [...] loi aux contrats dont la durée à courir est inférieure à six ans à la date de cette promulgation »²¹. Le texte finalement adopté est revenu à un régime plus simple en prévoyant une application des nouvelles dispositions à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, mais sans viser les contrats en cours contrairement aux versions précédentes. Logiquement, les contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur échapperaient donc au nouveau régime.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a indiqué, dans son communiqué de presse sur sa décision du 5 août 2015 (sans que cette précision ne figure dans la décision elle-même), que « l'article 31 [...] impose la mise en conformité des contrats en cours un an après la promulgation de la loi ». Cette interprétation *contra legem*, contraire à l'évolution de la rédaction du texte au cours des travaux parlementaires, n'est pas fondée mais suscitera des discussions.

Si le champ d'application de la loi Macron en matière de distribution demeure particulièrement imprécis, le régime juridique qu'elle définit apparaît en revanche plus clair, mais aussi rigide, inefficace et, éventuellement, contraire au droit européen de la concurrence.

Un régime juridique rigide, peu efficient et contraire au droit européen de la concurrence

Un régime juridique rigide

Les contrats relevant de la loi Macron, dont on ignore le périmètre matériel et temporel précis, seront soumis à un régime juridique contraignant caractérisé par une exigence d'uniformité des échéances contractuelles, d'indivisibilité légale des contrats et d'interdiction des clauses postcontractuelles limitant la liberté commerciale des distributeurs.

(20) Amdt n° 1681 présenté par M. Brottes, *in fine*.

(21) Amdt n° 1646 présenté par le Gouvernement.

(22) Aut. conc., 7 déc. 2010, n° 10-A-26 LawLex2010000052JBA.

(23) L'exclusion adoptée par le Sénat a été supprimée par l'Assemblée nationale.

(24) L'article 31 de la loi, visiblement inspiré par l'hypothèse de contrats à durée déterminée, n'envisage que le cas de leur « résiliation », mode ordinaire de fin des contrats à durée indéterminée, alors qu'il aurait dû logiquement viser leur fin ordinaire, à savoir leur non-renouvellement. De même, au cours des débats parlementaires, il a été soutenu que l'amendement à l'origine des articles L. 341-1 et L. 341-2 visait « à appliquer strictement la directive européenne en matière de clauses de non-concurrence » alors que le droit européen régissant la matière résulte d'un règlement d'exemption, instrument juridique très différent d'une directive.

(25) Simon Associés, La lettre des réseaux, n° spécial Loi Macron, préc., p. 15.

L'uniformité des échéances contractuelles

Les contrats décrits à l'article L. 341-1 du code de commerce « prévoient une échéance commune », afin d'éviter que les durées distinctes des différents contrats conclus par la tête de réseau avec le même magasin de détail ne l'empêchent de changer d'enseigne quand il le souhaite. La disposition a visiblement été inspirée par les relations entre les enseignes de la grande distribution qui sont liées à leurs affiliés par une série de contrats à durée déterminée dont les échéances peuvent ne pas être identiques et par l'avis de l'Autorité de la concurrence qui avait souligné les effets anti-concurrentiels d'un tel verrouillage contractuel dans le secteur de la grande distribution alimentaire²². En pratique, compte tenu de son imprécision et de son caractère général, la loi peut toutefois s'étendre au-delà de ce périmètre restreint et s'appliquer à des réseaux fonctionnant sur la base de contrats à durée indéterminée. Ce risque a conduit les réseaux de distribution automobile, généralement organisés sur la base de contrats à durée indéterminée, à solliciter l'exclusion de la distribution sélective du champ d'application de la loi lors des travaux parlementaires²³.

Mais alors, ces réseaux devront-ils mettre fin à leurs contrats à durée indéterminée (CDI) au profit de contrats à durée déterminée (CDD) ? Littéralement, un contrat à durée indéterminée est dépourvu d'échéance. Obliger les réseaux construits sous forme de CDI à leur substituer des CDD conduirait cependant à une absurdité au regard de la finalité de la loi : favoriser le passage d'un réseau à un autre. Le contrat à durée indéterminée peut être résilié à tout moment sans motif, à la seule condition de respecter un délai de préavis raisonnable, qui peut être convenu contractuellement, mais doit respecter la durée raisonnable de préavis imposée par l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Il s'agit de la forme contractuelle la plus souple à la disposition des parties pour autoriser la sortie du contrat alors qu'un contrat à durée déterminée doit, par définition, être exécuté jusqu'à son terme, qui peut être éloigné dans le temps, sauf faute grave.

Dans la mesure où la loi Macron appelle une interprétation téléologique et n'emploie pas les notions qu'elle utilise dans leur sens juridique précis²⁴, il paraît raisonnable que la prévision d'une échéance commune au sens de la loi puisse résulter de la convention d'une même échéance, déterminée ou indéterminée. La décision du Conseil constitutionnel peut s'interpréter en ce sens dans la mesure où elle justifie la constitutionnalité du texte par la liberté des parties de « fixer la durée et l'échéance commune de l'ensemble des contrats qui les lient ». La plupart des commentateurs considèrent que la loi n'a pas remis en cause la faculté de conclure des contrats à durée indéterminée²⁵.

L'indivisibilité légale des contrats

En vertu du deuxième alinéa de l'article L. 341-1, la résiliation d'un des contrats relevant de la loi vaut résiliation de l'ensemble des contrats conclus entre la tête de réseau et le magasin de détail concerné. Cette disposition a provoqué une inquiétude légitime dans les réseaux de distribution. Elle posera de sérieuses difficultés d'application. Un fournisseur peut être lié avec un même magasin de détail par de multiples contrats, pas forcément indivisibles ni nécessaires au fonctionnement de ce magasin. Un même fournisseur distribue souvent les produits de plusieurs marques et établit autant de contrats que de marques et, au sein de chaque marque, autant de contrats que d'activités : vente de produits contractuels neufs, distribution de matériels d'occasion, contrat de réparateur agréé, de location, etc. Dans le cadre d'une réorganisation du réseau, un fournisseur peut souhaiter ne résilier que les contrats d'une marque ou d'une seule activité. Bien que l'affirmation contraire, *contra legem*, ait été formulée lors des débats parlementaires, le texte de l'article 31 impose dans ce cas une résiliation globale, ce qui fragilise inutilement les réseaux et implique une résiliation assortie d'une proposition de nouveaux contrats pour les marques et/ou les activités dont la tête de réseau souhaite poursuivre l'exploitation.

L'encadrement des clauses postcontractuelles restreignant la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant

Le paragraphe I de l'article L. 341-2 du code de commerce répute non écrite toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de « restreindre la liberté commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat ». Compte tenu des risques de contrariété manifeste d'une telle disposition avec le droit européen de la concurrence, qui exempte expressément les clauses de non-concurrence postcontractuelles sous un certain nombre de conditions, le texte a aménagé une exception qui reprend expressément les conditions prévues par le règlement européen restrictions verticales. Ne sont pas soumises à la sanction les clauses dont 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 contrat ;
- 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 ;

■ et leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.

Que de difficultés soulève cette obligation imposée par le législateur ! En effet, la loi ne définit pas la notion de clause postcontractuelle restreignant la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant. Les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation sont certainement visées. Qu'en est-il des clauses de préemption et de toutes les autres clauses postcontractuelles qui limitent la liberté commerciale de l'exploitant au sens large mais sont parfaitement justifiées, comme l'interdiction d'utiliser les signes distinctifs de la marque ou l'obligation

de céder au concédant le stock de produits contractuels à un prix convenu par avance ? Le Conseil constitutionnel assimile dans sa décision les clauses postcontractuelles limitant la liberté commerciale aux clauses restrictives de concurrence après l'échéance ou la résiliation²⁶. Une telle interprétation paraît raisonnable. À défaut, dès lors que l'interdiction n'est levée qu'à des conditions strictes et réservée aux contrats prévoyant un transfert de savoir-faire, tout un ensemble de clauses parfaitement légitimes et non restrictives de concurrence se trouveraient privées d'effet alors qu'elles sont nécessaires au bon fonctionnement des réseaux. Cependant, même s'agissant des clauses de non-concurrence postcontractuelles, le régime de la loi Macron apparaît excessivement sévère car il applique les conditions nécessairement strictes d'un régime d'exemption européen de plein droit, alors que le juge français admet que les clauses de non-concurrence postcontractuelles concernent un périmètre plus étendu que les seuls terrains ou locaux à partir desquels s'est exercée l'activité²⁷.

Un régime juridique peu efficient et contraire au droit européen de la concurrence

Un régime juridique peu efficient

Le nouveau régime juridique des contrats de distribution issu de la loi Macron génère deux séries d'inefficiences. D'abord, il ne

résout pas le problème du verrouillage des réseaux de la grande distribution résultant du jeu des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation postcontractuelles. Bien qu'encadrées, celles-ci demeurent en effet parfaitement utilisables par les enseignes de la grande distribution : les contrats d'affiliation reposent généralement sur des franchises qui prévoient par définition un transfert de savoir-faire et dont les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation remplissent les conditions de l'article L. 341-2 du code de commerce. Ensuite, la loi ne s'applique pas au contrat de bail, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative. Or, la grande distribution prévoit déjà souvent des prises de participation minoritaire dans le capital de ses affiliés avec des clauses d'agrément : il suffit qu'elle complète ces contrats par des clauses statutaires de préemption ou d'autres clauses antisortie pour maintenir ou recréer un verrouillage contractuel. La loi n'atteint donc absolument pas son objectif. Il aurait été beaucoup plus efficace, en se fondant sur l'effet cumulatif anticoncurrentiel de l'ensemble de ces clauses, d'engager contre elles des actions ciblées devant l'Autorité de la concurrence plutôt que d'édicter *a priori* une réglementation générale insusceptible de contrecarrer les montages contractuels variés, fruits de l'ingéniosité des enseignes. À cette première inefficacité s'en ajoute une autre, plus grave celle-là. Si elle ne résout pas la question qu'elle devait régler, la loi crée en revanche des difficultés de fonctionnement importantes pour des réseaux qui ne connaissent aucun verrouillage d'enseigne ou de marque et génère ainsi d'importantes externalités négatives.

La contrariété au droit européen de la concurrence

En vertu du règlement 1/2003²⁸, un texte national de droit de la concurrence ne doit pas remettre en cause un contrat que le droit de l'Union européenne considère comme ne portant pas atteinte à la concurrence ou qu'il exempte expressément. Les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce ont pour objet de promouvoir la concurrence. Cette finalité transparaît tant dans les travaux préparatoires²⁹ que les déclarations du Gouvernement³⁰. Or la plupart des contrats de distribution auxquels la loi s'appliquerait en cas d'interprétation large de son champ d'application sont

(26) Cons. const., 5 août 2015, préc., cons. 20.

(27) Rennes, 17 janv. 2012, n° 10/07801, LawLex20120000271JBJ : extension à la zone d'exclusivité ; Com. 4 déc. 2007, n° 06-15.137, LawLex200700001970JBJ : application dans un rayon de plusieurs kilomètres autour du point de vente.

(28) Règl. (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, L 1, 4 janv. 2003.

(29) V. la motivation de l'amendement Brottes n° 1681 du 22 janvier 2015 : « il importe de renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution ».

(30) V. les observations du Gouvernement sur l'article 31 devant le Conseil constitutionnel : « en prévoyant un encadrement des contrats conclus entre les commerçants et les réseaux de distribution commerciale auxquels ils sont affiliés, le législateur poursuit un but d'intérêt général en favorisant l'ordre public économique concurrentiel. Cette absence de synchronisation entraîne une prolongation artificielle des contrats qui peut s'apparenter à une restriction de la liberté contractuelle susceptible de porter atteinte au principe de libre concurrence ».

considérés en droit européen soit comme ne portant même pas atteinte à la concurrence (les contrats de distribution sélective purement qualitative), soit comme exemptés de plein droit en vertu du règlement d'exemption vertical (tous les contrats de distribution exclusive, de distribution sélective qualitative et quantitative, d'approvisionnement exclusif, de franchise, etc., dès lors que le fournisseur et le distributeur détiennent moins de 30 % de parts de marché et que le contrat ne comporte pas de restrictions caractérisées), soit comme susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle. Les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce, en remettant en cause des contrats valables en droit européen de la concurrence, heurtent ainsi de plein front le principe de primauté du droit de l'Union européenne.

■ Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, les réseaux de distribution adopteront une stratégie juridique claire par rapport aux contraintes nouvelles posées par les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de

commerce. Pour leur intérêt, les réseaux chercheront par tous les moyens à échapper au régime incertain de la loi : la perspective de transformer des CDI souples en CDD rigides, la mise en cause potentielle de clauses postcontractuelles parfaitement légitimes et les difficultés de mise en œuvre d'une réorganisation des réseaux démontrent l'inadaptation totale du texte au regard des besoins d'une distribution moderne. Dans ces conditions, en fonction de la situation de chaque réseau, les entreprises assistées de leurs conseils opposeront trois lignes de défense à l'application des articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce : elles feront valoir que le contrat de distribution en cause ne relève pas de la loi Macron car il se situe en dehors de son champ d'application matériel et/ou temporel ;

■ elles souligneront que le contrat de distribution est déjà conforme à la loi dès lors que celle-ci n'interdit pas les contrats à durée indéterminée ;

■ elles opposeront enfin que si la loi recevait une autre interprétation et remettait en cause des contrats ou clauses parfaitement conformes au droit européen de la concurrence, les articles L. 341-1 et L. 341-2 seraient contraires au principe de primauté du droit de l'Union.