

B^{le} Bulletin de l'ilec

Ceci n'est pas une newsletter

Temps du droit, temps des affaires

SOMMAIRE

JUSTE À TEMPS

Éditorial

page 2

LOIS ET RETOUCHES

Entretien avec Jean-Christophe Grall, avocat

page 1

LE PARENT PAUVRE DE LA JUSTICE PROFESSIONNELLE

Entretien avec Muriel Chagny, professeur à l'université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Page 3

HUIT MOIS PLUS DOUZE, PLUS VINGT ET UN

Entretien avec Joseph Vogel, avocat

Page 5

L'ADJUDICATOR", UN DROIT MOU PAS SI MOU

Par John Noble, British Brands Group

Page 6

CONTOURNER EN MÉDIANT

Entretien avec Pierre Pelouzet, Médiateur interentreprises

Page 7

OBJECTIF UN MOIS

Entretien avec Francis Amand, Médiateur des relations commerciales agricoles

Page 8

Lois et retouches

La pratique judiciaire française se fait plus réactive, mais elle doit compter avec la récurrence des interventions législatives, et un arsenal pas toujours facile à acclimater avec le droit communautaire et l'internationalisation des affaires.

Entretien avec Jean-Christophe Grall, avocat, Grall & Associés

■ *La France passe pour être un pays où les relations commerciales souffrent de nombreux retards, est-ce fondé ?*

Jean-Christophe Grall : Cette réputation de retardataire n'est pas totalement justifiée. Dans le cas des délais de paiement la France a longtemps fait figure de mauvaise élève en Europe, mais les entreprises ont fait des efforts importants, probablement incitées par la recrudescence des sanctions administratives. Pour 2017, l'Observatoire des délais de paiement a noté que les retards sont descendus en moyenne pour la première fois sous onze jours, ce qui est très encourageant.

S'agissant de la conclusion des contrats, les entreprises françaises ne font pas volontairement traîner les choses ; il faut qu'elles s'accordent, le contrat scelle les volontés des parties, encadre et structure le partenariat, il est normal qu'elles prennent leur temps pour faire valoir leur position. Il arrive que la loi impose aux parties de conclure les contrats dans un certain délai. C'est le cas de la convention écrite récapitulative qui formalise le résultat de la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, et doit être conclue au 1^{er} mars, sauf exception. La DGCCRF y veille sous peine de sanctions administratives qui peuvent être lourdes.

■ *Le nombre de procédures, normes, codes, règlement, est-il excessif en France ?*

J.-C. G. : Il est important, mais cela ne doit pas être perçu obligatoirement avec scepticisme. La vie des affaires est en incessante mutation, le législateur français et les autorités européennes doivent en tenir compte – ainsi du Règlement général sur la protection des données, qui entrera en vigueur le 25 mai. C'est moins le nombre de textes qui pose des difficultés aux entreprises que leur modification récurrente. En matière de pratiques restrictives de concurrence, les entreprises ont dû depuis quatre ans se mettre à jour des évolutions apportées par les lois « Hamon », « Macron », « Sapin II », et attendent avec vigilance le projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales¹, qui apportera certainement des nouveautés. Je pense aussi à la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, dont certaines dispositions intéressent fortement la vie des entreprises (l'imprévision,

(suite page 2)

Juste à temps

Dans un État de droit la justice ne se précipite pas, c'est ce qui la distingue de ses parodies en usage dans les tyrannies, expéditives parce que contre tout et tout le monde en guerre. Civile, pénale ou administrative, mais toujours prudente, la bonne justice s'attire donc, c'est de bonne paix, un procès récurrent en lentueur.

Le domaine où s'exerce le droit commercial y échappe d'autant moins que dans les affaires, le temps est proprement compté, en ce qu'il est « de l'argent », toujours réductible à un coût, à un gain ou à un manque à gagner. En cas de litige, le plaideur ne se rend jamais au palais toutes affaires cessantes ; car les affaires, justement, continuent. Plaideur, plaies d'heures. Les parties intéressées s'en ressentent, mais d'autres qu'elles aussi. Car les marchés en général détestent l'incertitude – alors qu'ils sont par excellence le terrain de jeu de l'incertitude – et aiment que tombent à point nommé les décisions qui les éclairent.

Ce Bulletin fait une large place à la temporalité du contentieux, qu'il ressortisse au judiciaire ou à la médiation. L'actualité y invite, avec la discussion d'un projet de loi qui devrait renforcer la part de la seconde dans le domaine des « relations commerciales agricoles ». Et les experts qui s'expriment dans ces pages y dispensent un peu de baume : les évolutions récentes des délais d'instruction, à les lire, ne sont pas si décourageantes.

Reste que cet aspect n'épuise pas les contradictions, discordances et décalages entre le temps du droit et celui des affaires. Le politique y a sa part, parce qu'il redéfinit le cadre légal où s'exerce le judiciaire, mais aussi parce qu'il commande à l'administratif. Et l'administratif, par son génie propre, y a la sienne. De même que leur action favorise ou non la simplification des normes ou les solutions de guichet unique (création d'entreprise, autorisations d'investissement...), toutes choses qui font gagner du temps, le degré de prise en considération du calendrier des affaires dans leurs décisions peut être crucial. Et ils sont un peu plus libres de leur agenda que ne l'est le judiciaire.

Hors tout litige particulier, il arrive en effet que des entreprises se trouvent dans l'inconfort de devoir différer une décision ou d'atermoyer, dans l'attente d'un avis ou action d'une administration de tutelle. Dans la grande consommation, les acteurs (tous) attendent ainsi depuis trois ans avec une certaine fébrilité la suite conclusive d'un avis¹, riche en questions, de l'Autorité de la concurrence sur la constitution des alliances à l'achat, suite inscrite sans date à son agenda. Compte tenu de l'actualité du commerce et des reconfigurations d'alliances qui sont à l'œuvre, il est à se demander si mieux n'aurait pas valu de ne rien annoncer du tout. Le temps meublera peut-être cet avis de la plus haute sagesse, mais il n'aura pas, pour son retard, l'excuse de la justice.

François Ebrard

1. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=15-A-06>.

>> suite de la page 1

la force majeure, la violence économique, le déséquilibre significatif par exemple). Alors que le projet de loi de ratification devait se contenter de rendre effectif ce que l'ordonnance avait prévu, il a pris une tournure inattendue en modifiant ou précisant certaines dispositions.

Cette intervention incessante du législateur peut créer un sentiment d'instabilité juridique. Les grandes entreprises qui disposent de directions juridiques pointues sont en mesure de former et d'informer leurs opérationnels. Les petites et moyennes éprouvent plus de difficultés et redoutent que leurs documents contractuels (CGV, conventions annuelles...) ou comptables (factures) ne soient pas en conformité avec la réglementation. Les procédures, je ne les qualifierai pas d'excessives. La DGCCRF réalise un important travail et veille au respect du Livre IV, Titre IV du Code de commerce. C'est le cas en matière de transparence tarifaire (délais de paiement, facturation ou convention écrite des articles L. 441-7 et L. 441-7-1), mais également de déséquilibre significatif, notamment avec l'enquête sur les pratiques des places de marché en ligne, qui a permis de contrôler les principales. Les résultats ont mis en évidence des pratiques douteuses d'Amazon, et conduit le ministre de l'Économie à assigner trois sociétés de ce groupe devant le tribunal de commerce. Ces procédures et leur communication sont un signal fort pour les entreprises, notamment étrangères, qui doivent tenir compte des règles protectrices du droit français.

■ *Qu'en est-il des instances européennes ? Les décisions de la CJUE sont-elles trop longtemps attendues ?*

J.-C. G. : Les instances européennes font un travail digne d'être remarqué. Je pense à l'enquête sectorielle lancée en 2015 par la Commission sur le commerce électronique, qui a donné lieu à une analyse minutieuse de milliers de contrats de distribution d'entreprises de divers États. Le rapport final du 10 mai 2017 offre une vue précise de ce secteur ainsi que des pratiques contractuelles potentiellement anticoncurrentielles.

Concernant la CJUE, il est vrai que ses décisions sont toujours attendues avec impatience, notamment lorsque les solutions qu'elle rend peuvent affecter la pratique contractuelle de milliers d'entreprises dans l'UE. Je pense à la question préjudicielle dans l'affaire Coty, où elle devait se prononcer sur la licéité pour un fournisseur d'interdire à ses distributeurs la revente de ses produits sur des places de marché. Saisie en avril 2016, elle a rendu son arrêt le 6 décembre 2017 (en considérant qu'un fournisseur de produits de luxe peut interdire à ses distributeurs agréés de vendre les produits sur une plate-forme tierce). Assurément les fournisseurs, têtes de réseaux, ont trouvé le temps long avant la publication de la décision, s'interrogeant sur la légalité des clauses prévues dans leurs contrats, d'autant plus que cette question a suscité un débat dans toute l'Europe.

■ *Les litiges industrie-commerce sont-ils plus vite traités sur les autres marchés européens ?*

J.-C. G. : La réglementation française qui encadre les relations industrie-commerce est très spécifique. Le droit français, à côté du droit antitrust et de la concurrence déloyale, sanctionne nombre de comportements *per se* au Livre IV - Titre IV du Code de commerce (« pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées »). L'Angleterre ou la Belgique n'ont pas un corpus juridique analogue et sanctionnent la rupture abusive d'un contrat au travers de rouages juridiques plus généraux. En Allemagne, il existe une réglementation générale permettant le

contrôle judiciaire des contrats rédigés par l'une des parties et dans lesquels se trouvent des clauses désavantageant injustement l'autre. Les litiges survenant dans ces pays sont-ils pour autant traités plus vite? Une question de droit comparé à laquelle il est difficile de répondre, tant les procédures judiciaires sont éloignées et le droit applicable substantiellement différent; mais il ne faut pas toujours croire que nous sommes plus lents en France! Nous pouvons ainsi obtenir une décision de référé en quelques jours...

■ *Hors l'encombrement des juridictions, quel temps pourrait-on raisonnablement escompter entre la dénonciation d'une pratique restrictive de concurrence et le rétablissement de la partie lésée dans son droit?*

J.-C. G. : Il n'y a pas de délai type, de délai incompressible qui serait similaire en tout contentieux pour pratique restrictive de concurrence. Tout dépend des pratiques soumises à la sagacité des juridictions, de la complexité du dossier, de la pluralité des parties – s'agissant de l'article L. 442-6 du Code de commerce, le ministre peut intervenir, notamment en introduisant l'action. Pour estimer un délai incompressible, il faudrait faire une distinction schématique entre les litiges complexes et ceux qui le sont moins. Un litige classique de rupture brutale de relations établies entre deux sociétés françaises devrait pouvoir être traité, dans un monde idéal, en moins d'un an (sauf urgence via une action en référé, voire un « *bref délai* »). Ce délai comprendrait l'acte introductif d'instance, la rédaction d'écritures en réponse et d'éventuelles conclusions récapitulatives, l'audience de plaidoirie, la signification de la décision et le versement des dommages et intérêts à la victime de la pratique restrictive. Mais il faudrait y ajouter un éventuel délai d'appel.

S'agissant de contentieux plus complexes, par exemple en matière de litiges internationaux, les délais seraient nécessairement allongés, car ces contentieux suscitent d'épineuses questions de droit international privé, donc de multiples jeux d'écritures entre les parties (notamment sur la compétence du juge français saisi). Il en est de même de contentieux où la victime ne se fonde pas sur une seule pratique de l'article L. 442-6 mais sur plusieurs. Il n'est pas rare qu'une entreprise introduise principalement une action à l'encontre de son partenaire qui a rompu les relations commerciales et invoque également à son encontre un déséquilibre significatif découlant du contrat conclu avec lui, ou d'une déduction arbitraire de pénalités. Dans ce dernier cas, nous nous situons *de facto* sur une échelle de temps plus longue, qui peut atteindre dix-huit voire vingt-quatre mois.

■ *Qu'attendre de ce que prévoit le projet de loi Travert sur la médiation et l'arbitrage, et en matière de contrôle?*

J.-C. G. : Les conclusions des États généraux de l'alimentation insistaient sur un dispositif d'arbitrage permettant d'imposer

rapidement une décision aux parties en cas d'échec des négociations et renégociations. Force est de constater que ce point n'a pas été pris en compte lors de la rédaction du projet de loi. Il fait en revanche la part belle à la médiation des relations commerciales agricoles, dans la continuité de la « loi d'avenir » du 13 octobre 2014. L'article 631-28 du Code rural et de la pêche maritime continue ainsi à poser le principe du recours à la médiation pour tout litige entre professionnels relatif à l'exécution d'un contrat de vente de produits agricoles ou alimentaires, sauf si le contrat en dispose autrement, ou en cas de recours à l'arbitrage.

En cas de litige relatif à la renégociation du prix (L. 441-8 du Code de commerce), seules deux options continuent à s'offrir aux parties : un recours à l'arbitrage ou un préalable de médiation, sans que les stipulations du contrat puissent y déroger. Avec le projet de loi Travert, cette disposition passe simplement du Code rural (article L. 631-28) au Code de commerce (article L. 441-8), ce qui devrait la rendre plus visible.

Les principales nouveautés de ce projet de loi se situent ailleurs. Le médiateur ne devrait plus être choisi par les parties, il s'agirait obligatoirement du Médiateur des relations commerciales agricoles; sa mission devrait être plafonnée à un mois; ses pouvoirs devraient être renforcés: il pourrait demander aux parties communication de tout élément nécessaire à la médiation, recommander la suppression ou la modification des contrats ou projets de contrats qu'il estime présenter un caractère abusif ou déséquilibré, émettre de sa propre initiative un avis sur toute question transversale relative aux relations contractuelles.

Pour autant, les recommandations du médiateur ne pourront s'imposer aux parties, à la différence d'une décision arbitrale qui a force exécutoire. Nous sommes donc loin de ce qui était attendu par les parties à l'issue des États généraux.

Côté contrôles et sanctions, l'article L. 631-25 du Code rural et de la pêche maritime – sanctions applicables en matière de contractualisation amont, entre les producteurs et leurs premiers acheteurs – devrait être réécrit et de nouveaux moyens de contrôles mis en place. Les agents de France Agrimer devraient pouvoir contrôler la conformité de ces contrats aux côtés de la DGCCRF et des agents chargés de l'agriculture et de la pêche. Le champ d'application de l'article L. 631-24 du Code rural devrait s'élargir à l'ensemble des produits agricoles et non plus seulement aux fruits et légumes et au lait.

Propos recueillis par Jean Watin-Angouard

1. [http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/projets/pl0627/\(index\)/projets-loi](http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/projets/pl0627/(index)/projets-loi).

Le parent pauvre de la justice professionnelle

Plus de trois ans en moyenne en cas d'appel pour traiter un dossier commercial: il y a pourtant eu des progrès, mais la disponibilité du juge n'est pas seule en question.

Entretien avec Muriel Chagny, professeur à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

■ *Les délais d'instruction sont-ils spécialement longs en France en matière commerciale? Ne serait-ce pas le temps des affaires qui est de plus en plus serré, plutôt que le temps judiciaire qui s'étire?*

Muriel Chagny : Il existe des statistiques à l'échelle nationale, au stade de l'appel comme en première instance, sur le temps de traitement des dossiers, entre le moment où une juridiction est saisie et la date à laquelle elle rend sa décision. S'agissant du tribunal de commerce de Paris, la durée moyenne d'une affaire a été mesurée à quatorze mois. Quant aux chambres commerciales de la cour d'appel de Paris, elles rendent leur arrêt dans un délai d'environ deux ans à compter de la déclaration d'appel. Cependant ces chiffres concernent les procédures au fond, le référé permet de voir une cause examinée dans des

délais beaucoup plus courts, évidemment à condition que l'affaire concernée s'y prête.

Des progrès ont pu être réalisés, me semble-t-il, grâce à l'attention portée par les chefs de juridictions à ces questions, ainsi que par l'investissement personnel des magistrats professionnels et consulaires. Cela ne signifie pas qu'on ne peut pas encore mieux faire coïncider le temps judiciaire et le temps des affaires, afin d'éviter notamment que des entreprises entrent en voie de liquidation avant l'achèvement du contentieux.

Pour rechercher les marges de progrès, il convient d'observer que ces délais comprennent la mise en état des dossiers, incluant d'éventuels incidents de procédure et les expertises, puis le temps de l'audiencement entre la clôture et l'audience, puis le délibéré. Autrement dit, les délais ne dépendent pas uniquement de la charge d'activité des juridictions concernées, mais aussi du temps des parties et de leurs avocats. Or si le temps est trop long pour celui qui a choisi d'agir en justice, il peut en aller autrement du défendeur, qui peut trouver intérêt à allonger la durée du procès – cela étant, la situation peut être inversée au stade de l'appel, dans le cas où le demandeur a obtenu au moins partiellement satisfaction et que le jugement a été assorti de l'exécution provisoire.

Les marges de progrès ne concernent pas uniquement les juges, mais aussi les parties et leurs conseils. C'est dans cette perspective d'amélioration des délais qu'un décret du 6 mai 2017 a permis aux juridictions consulaires, comme le tribunal de commerce de Paris l'avait proposé, de fixer d'autorité, en cas de désaccord des parties, le calendrier de procédure. Dans un autre registre, et toujours concernant la mise en état, il est question d'inciter les parties au procès à s'engager dans une procédure participative, ce choix étant récompensé par une fixation de l'audience à date rapprochée. Le rapport Agostini Molfessis remis au garde des Sceaux propose encore d'autres pistes, dont celles consistant à faire évoluer le rôle du juge de la mise en état, ou à limiter l'impact des incidents.

■ *Les juges de première instance sont-ils assez nombreux ? La justice consulaire gagnerait-elle à avoir plus de représentants et viser à être plus légitime devant des problématiques particulières (comme les relations de fournisseurs à grandes surfaces) ?*

M. C. : En première instance, ce sont le plus souvent les juridictions consulaires qui sont appelées à connaître des contentieux entre entreprises. En 2017, le nombre de juges du tribunal de commerce de Paris a été augmenté par la chancellerie, sur demande du président de cette juridiction en considération de la complexité des litiges notamment. Les délais moyens de traitement d'un dossier, avoisinant une année, sont assez satisfaisants.

Cela étant, la question du nombre des magistrats ne concerne pas uniquement les juridictions de première instance, mais également l'appel, par conséquent les juges professionnels affectés aux contentieux commerciaux. À cet égard, on peut regretter que le choix de centraliser le contentieux de l'article L. 442-6 du Code de commerce à la Cour d'appel de Paris n'ait pas été accompagné de moyens humains supplémentaires. Sans doute faut-il y voir la marque de ce que la matière commerciale a longtemps été le parent pauvre de la justice professionnelle. Même s'il reste à faire, on ne peut que se féliciter de la réorientation advenue à cet égard.

S'agissant de la légitimité, il me semble que des différences peuvent être faites selon la juridiction concernée, en particulier sa taille et le volume du contentieux dont elle est appelée à connaître dans un domaine donné. Ainsi la spécialisation concourt à renforcer la légitimité des juridictions à traiter d'un contentieux, particulièrement lorsqu'il est aussi complexe que celui des relations industrie-commerce. Pour autant, là encore, il n'est pas interdit de s'interroger sur le point de savoir s'il ne conviendrait pas d'étendre la spécialisation au Titre IV du Livre IV du Code de commerce dans son ensemble, et d'ajouter quelques ressorts aux huit actuellement retenus en première instance.

■ *Si des dispositions légales permettaient aux entreprises lésées d'être moins en situation de redouter des rétorsions économiques, les juridictions seraient-elles menacées d'engorgement ?*

M. C. : Il existe effectivement, dans certains cas, des réticences de la part des entreprises à engager des procédures judiciaires à l'encontre de leurs partenaires économiques. S'il est un cas où ce frein n'existe pas et suscite un contentieux assurément abondant, c'est celui de la rupture brutale des relations commerciales, pour lequel le partenaire évincé ne craint pas d'agir en justice. Le volume du contentieux est tel, en cette matière, qu'il a fallu lui consacrer une chambre du tribunal de commerce de Paris.

Pour autant, et quel que soit le succès, sur le plan contentieux, d'une règle de droit, l'engorgement des juridictions n'est pas une fatalité. En amont de tout litige, et de façon

à éviter les comportements contraires à la règle de droit, il est possible d'encourager l'autorégulation, tant dans chaque entreprise qu'à l'échelon d'une profession. Les programmes de conformité, dont on parle beaucoup en droit des pratiques anticoncurrentielles, peuvent être davantage utilisés en droit des relations commerciales et reconnus comme tels par des mesures incitatives. De même, on peut souhaiter voir se développer, à l'initiative des fédérations professionnelles, des codes de bonne conduite ou des accords interprofessionnels. Lorsque le litige survient, il est éminemment souhaitable de favoriser le recours à un mode alternatif de résolution du différend. Il en existe toute une gamme à la disposition des entreprises. Mais tous les dossiers n'y sont pas éligibles, et le recours au juge demeure indispensable dans une partie des dossiers. Moins de juges pour mieux de juges...

■ *Un renforcement du rôle de la CEPC pourrait-il rendre plus rapide l'action de l'administration ou la justice, ou moins fréquente leur nécessité ?*

M. C. : Permettez-moi de souligner que je m'exprime ici à titre personnel et que mes propos ne sauraient évidemment engager la CEPC. En tant qu'universitaire, il me semble que deux possibilités, déjà prévues par les textes, gagneraient à être davantage exploitées, en complément des avis sur la conformité au droit que la Commission rend régulièrement et qui sont publiés sur son site internet.

D'une part, la faculté, offerte aux juridictions, de consulter la Commission sur des pratiques dont elles sont saisies et qui sont susceptibles de relever du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, n'a quasiment pas été utilisée jusqu'à présent, alors qu'elle pourrait faciliter la mise en œuvre concrète des règles concernées dans telle ou telle hypothèse.

D'autre part, parmi les missions dont la CEPC est investie figure l'adoption de recommandations sur les questions dont elle est saisie et sur toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. Là encore, cette possibilité n'a pas été mise à profit autant qu'elle aurait pu, alors que son exploitation pourrait être

de nature à orienter les comportements en amont ou à éclairer les contentieux en aval.

Au-delà, il n'est pas interdit d'imaginer d'autres évolutions du rôle de la CEPC, mais celles-ci, allant au-delà des textes actuels, appellent sans doute une consultation, en prélude à une évolution législative.

Propos recueillis par J. W.-A.

Huit mois plus douze, plus vingt et un

Pour trompeuses que soient les moyennes, leur comparaison en matière de délais d'instruction n'est pas à l'avantage de la France. Les causes en sont multiples et font autant de pistes de réforme. Car le mieux ne viendra pas du seul « droit mou ».

Entretien avec Joseph Vogel, avocat, cabinet Vogel & Vogel

■ *Les délais judiciaires sont-ils spécialement longs en France en matière commerciale ?*

Joseph Vogel : Par rapport aux attentes des acteurs du milieu des affaires, le temps de la justice est long. La durée moyenne des affaires en 2016 devant les tribunaux de commerce français était de huit mois. Ce délai est plus long que la médiane des délais moyens des pays du Conseil de l'Europe, qui est de six mois (six au Danemark, sept en Allemagne, dix en Espagne). En appel, le délai moyen, douze mois, est nettement supérieur à la médiane Conseil de l'Europe, qui n'est que de quatre mois (six au Danemark et en Espagne, huit en Allemagne). Enfin, la chambre commerciale de la Cour de cassation a mis en 2016 en moyenne vingt et un mois à juger ses affaires, trois fois plus que les sept mois de la médiane Conseil de l'Europe (six au Danemark, douze en Allemagne, dix-sept en Espagne).

■ *Les délais d'instruction ont-ils tendance à se creuser, entre l'apparition de litiges et leur résolution ?*

J. V. : Devant les tribunaux de commerce, les délais d'instruction ont en moyenne été allongés d'un mois cette dernière décennie. Mais les dernières années, c'est à un mouvement de raccourcissement qu'on assiste. En référé, les délais sont restés stables, autour de deux mois. Certains référés sont même trop courts, en ce qu'ils ne laissent pas le temps de décisions suffisamment réfléchies. En appel, les délais ont aussi augmenté d'un mois depuis 2010. Devant la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'allongement est plus important : environ sept mois.

■ *Le caractère suspensif des décisions est-il plus répandu en France ?*

J. V. : En France, les voies ordinaires de recours, dont l'appel, sont suspensives. L'exécution provisoire est souvent prononcée, en général contre constitution d'une caution bancaire en tout ou en partie. Je ne suis pas favorable à la suppression de l'effet suspensif et à une automaticité de l'exécution provisoire de plein droit des jugements au fond. D'une part, seule une minorité des décisions de justice fait l'objet d'un appel, la plupart sont acceptées. D'autre part, le double degré de juridiction, pour jouer pleinement, doit s'accompagner de l'effet suspensif. Sinon, en cas d'infirmité en appel et d'exécution provisoire de droit sans garantie, la partie gagnante en appel sera souvent dans l'incapacité de récupérer les sommes versées en première instance. Le fait que les ordonnances de référé soient exécutoires de plein droit est par ailleurs suffisant à assurer le traitement des affaires urgentes.

■ *Y a-t-il en matière commerciale beaucoup d'exemples extrêmes voire absurdes de décalage entre une décision et ce qui avait motivé sa demande ?*

J. V. : En matière de concurrence, du fait que la procédure devant les juridictions commerciales vient souvent à la suite de la procédure de concurrence *stricto sensu*, il peut s'écouler quinze années, voire davantage, entre la première plainte auprès d'une autorité de concurrence et la décision judiciaire définitive sur les dommages-intérêts. Dans ce laps de temps, il arrive que la société incriminée ou plaignante n'existe plus. Toutefois, la réforme de la prescription a amélioré les choses, en mettant fin à des procès engagés très longtemps après le fait générateur du contentieux. L'exception de prescription est ainsi admise beaucoup plus fréquemment qu'auparavant.

■ *Le 25 janvier 2017, la Cour de cassation a confirmé un jugement de cour d'appel sur le déséquilibre significatif (ristournes de fin d'année Leclerc) remontant au 1^{er} juillet 2015, qui cassait un jugement de première instance du 24 septembre 2013 : le tout se rapportant à des contrats commerciaux de 2009 et 2010. Au total, les entreprises lésées par une pratique finalement déclarée illicite y auront été exposées pendant une demi-douzaine d'exercices après l'action en justice du ministre de l'Économie. Ce cas est-il représentatif du temps nécessaire à l'action judiciaire ?*

J. V. : Pour les affaires sur le déséquilibre significatif, les décisions sont en général prises dans un délai plus court que les huit ans de procédure de cette espèce. Il s'agissait d'un dossier particulier, en ce qu'il soulevait des questions de principe, dont celle de savoir si, au nom du déséquilibre significatif, il est possible de contrôler les prix ou les réductions de prix. Il n'est donc pas vraiment représentatif de ce type de contentieux.

■ *En l'occurrence, est-ce que le temps nécessaire à la procédure s'explique par la complexité du cas, celle du droit applicable (du fait par exemple de l'apparente contradiction entre deux textes, comme la législation française sur la revente à perte et la directive sur les pratiques restrictives), ou l'encombrement des juridictions ?*

J. V. : Comme souvent pour ce type de problématiques, il y a pluralité de causes. La procédure judiciaire prend du temps, car elle est fondée sur le principe du contradictoire, pour les écritures, pour les pièces et pour l'audience, et sur la résolution du litige par un tiers indépendant. Il est donc nécessaire que la procédure dure plusieurs mois. Mais un délai de six mois à un an devrait suffire. Les retards sont dus à une combinaison de facteurs, notamment : la dualité de juridictions (l'ordre judiciaire et l'ordre administratif), l'encombrement des juridictions, avec un stock de décisions en attente, chaque nouvelle décision n'étant examinée qu'après l'écoulement de ce stock, la spécialisation encore insuffisante des juridictions, le manque d'assistants et collaborateurs travaillant pour les magistrats, et l'uniformité des procédures, indépendantes du montant en jeu. Les affaires d'importance moyenne devraient être traitées plus rapidement que celles qui concernent des sommes importantes. Pour réduire

les délais de procédure, il conviendrait d'agir sur chacun de ces éléments.

■ *L'imminence d'une nouvelle loi affectant le droit des affaires conduit-elle à la suspension de certaines décisions de justice ?*

J. V. : Non, il n'y a pas de raison, en droit français, que l'imminence d'une loi affecte les procédures de justice. Le principe est la non-rétroactivité des lois par rapport aux contrats conclus avant leur entrée en vigueur. Dès lors, sauf exception, une loi nouvelle ne saurait affecter une procédure judiciaire relative à des contrats. Le Parlement vient de rappeler l'importance du principe de non-rétroactivité à propos de la réforme du droit des contrats. En tout état de cause, même en cas d'application immédiate d'une loi nouvelle aux procédures en cours, ce seul élément n'est pas de nature à prolonger sensiblement la procédure.

■ *La spécialisation de la cour d'appel de Paris dans les litiges industrie-commerce s'est-elle traduite par un allongement des délais avant décisions d'appel ?*

J. V. : La spécialisation de la Cour d'appel de Paris a effectivement entraîné une concentration des litiges sur les chambres spécialisées, et donc un allongement des délais. Alors qu'il était d'un an, en moyenne, en 2008, le délai est passé à quinze mois en 2010, après la spécialisation (il est aujourd'hui de dix-sept mois). L'objectif était pourtant tout autre: un gain d'efficacité était attendu de la mutualisation de compétences. Le même phénomène s'était déjà produit lors de la spécialisation de la Cour d'appel de Paris dans les opérations boursières: la spécialisation a entraîné des délais deux fois plus longs. Il devrait cependant s'agir davantage d'un problème conjoncturel que structurel. Par ailleurs, ce n'est pas la spécialisation qui est en cause, mais l'inadaptation de l'organisation et de l'affectation des ressources après la spécialisation.

■ L'“Adjudicator”, un droit mou pas si mou

L'introduction d'un code de bonnes pratiques avec un arbitre pour le faire respecter a facilité depuis quelques années le règlement des litiges sur le marché britannique, dans les relations industrie-commerce.

Par John Noble, British Brands Group¹

Du marché britannique des produits de grande consommation (alimentaire, entretien, hygiène-beauté, réunis outre-Manche sous le vocable *grocery*), les cinq premiers distributeurs détiennent 77 %. En cas de litige, leurs fournisseurs de toutes tailles évitent d'aller en justice, par crainte des conséquences commerciales; la cour de justice est un remède de dernier recours. Mais l'introduction du *Groceries Supply Code of Practice* ou GSCOP et d'un *Adjudicator* a permis de transformer le marché dans le bon sens pour les relations industrie-commerce, sans léser les consommateurs.

À l'origine du GSCOP sont deux enquêtes de l'Autorité de concurrence britannique, en 2001 et 2008. La première avait identifié des pratiques préjudiciables à l'intérêt public quand elles sont le fait de distributeurs détenant une part de marché supérieure à 8 %, car susceptibles de conduire les fournisseurs à investir moins, au détriment de l'innovation, de la qualité, du choix des consommateurs, et de fermer l'entrée sur le marché à de nouveaux fournisseurs, ou de réduire la concurrence entre enseignes. Il était résulté de ce diagnostic un code de pratiques

■ *L'Adjudicator britannique (qui a servi de référence à des débats parfois houleux dans le cadre des ÉGA) a-t-il effectivement permis de réduire le cycle des litiges de leur apparition à leur résolution ?*

J. V. : L'*Adjudicator* britannique est un régulateur indépendant chargé de veiller à des relations fournisseurs-distributeurs loyales. Il travaille en collaboration avec les deux acteurs, lance des enquêtes en cas de suspicion de déloyauté, et peut arbitrer les différends. Il résulte d'un rapport d'activité à son sujet, sur la période 2013-2016, que la résolution des conflits s'est faite plus rapidement et plus facilement, en évitant le recours à un véritable arbitrage. Toutefois, il demeure des réticences des fournisseurs à s'engager dans un processus de règlement des conflits, à cause de la levée de l'anonymat que cela occasionne et de la peur des représailles. Et les fournisseurs manquent de formation pour se saisir de l'*Adjudicator*. Cette formation n'a pas été prévue comme un de ses rôles, il y a donc un vide sur ce point.

■ *Quelles sont les limites de la médiation et de l'arbitrage ?*

J. V. : La médiation et l'arbitrage sont généralement mieux perçus que les procédures traditionnelles. Il ne faut cependant pas en exagérer les vertus, car elles ont des inconvénients: coûts généralement plus élevés que les procédures judiciaires, et décisions parfois rendues davantage en équité qu'en droit. Dans un système de droit occidental, seul le procès dit le droit. Si l'on recourt trop souvent à l'arbitrage ou à la médiation, on ne sait plus quel est l'état du droit sur certains sujets. De même en matière de concurrence, on ne peut pas tout résoudre par la voie transactionnelle. Le défi est davantage de rendre notre justice traditionnelle plus efficace que de privilégier à tout prix l'arbitrage et la médiation.

Propos recueillis par J. W.-A.

visant les relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs directs, quelles que soient la taille ou la nationalité de ceux-ci.

Une seconde enquête ayant dressé sept ans plus tard un constat d'inefficacité du code, l'Autorité de concurrence adopta un code renforcé, le GSCOP, assorti de la nomination d'un régulateur chargé de le faire respecter, l'*Adjudicator*.

Vrais pouvoir de sanction et efficacité discrète

L'*Adjudicator* a des pouvoirs d'obtention d'informations de la part des distributeurs et des fournisseurs, d'examen et d'arbitrage des conflits. Il peut faire des recommandations, exiger que le distributeur publie des informations, et infliger des amendes à hauteur de 1 % du chiffre d'affaires national du contrevenant au Code.

Compte tenu de ces pouvoirs, l'impact de son action peut sembler limité. L'actuelle détentrice du poste, Christine Tacon², n'est en fonctions que trois jours par semaine avec des ressources modestes, limitant son potentiel d'enquêtes à deux par an, alors qu'elle scrute les transactions quotidiennes de dix distributeurs avec sept mille fournisseurs directs. Depuis 2013 il n'y a eu qu'une enquête aboutie, sur Tesco, et une autre en cours, sur Co-op, et quatre arbitrages.

Pourtant, le GSCOP et l'*Adjudicator* ont changé les relations industrie-commerce. L'*Adjudicator* rencontre chaque trimestre les responsables de la conformité au Code chez les distributeurs. Elle a utilement défini ses priorités – qui incluent actuellement les

délais de paiements, les ventes prévisionnelles et les promotions. Là où elle estime que le GSCOP appelle une clarification, elle publie bonnes pratiques et études de cas. Quand elle prend un distributeur en contravention avec le Code, elle l'en avertit et en avertit ses neuf concurrents.

Sur les délais de paiement, elle ne se limite pas aux retards, mais vise aussi les déductions sur factures et promeut la mise en place d'instances de résolution distinctes des acheteurs. Elle consulte régulièrement les comités d'audit des distributeurs pour encourager une culture forte de conformité. Elle se déplace dans tout le pays à la rencontre des fournisseurs; elle mène une enquête annuelle auprès d'eux qui l'éclaire sur la performance des dix distributeurs au regard de quatorze pratiques visées par le GSCOP, ce qui lui permet d'aborder et d'illustrer chaque sujet avec chaque dirigeant d'enseigne par catégorie et type de fournisseur.

L'*Adjudicator* a fait du GSCOP un outil influent et respecté qui facilite la résolution des litiges. Une résolution négociée entre

les parties est la meilleure approche; la différence est qu'avec le GSCOP et la menace d'une intervention de l'*Adjudicator*, la motivation est plus forte chez des distributeurs de parvenir à un arrangement équitable. Quand apparaît à des fournisseurs que se profile une mauvaise pratique, l'adroite mention du GSCOP peut leur suffire à en dissiper le risque, sans préjudice pour la relation d'affaires.

Ces dernières années au Royaume-Uni, le déséquilibre des parties comme obstacle à la résolution amiable des litiges est moins souvent un sujet de préoccupation, même si la négociation sur le prix reste aussi dure que jamais. Dans l'enquête 2017 de l'*Adjudicator*, 56 % des fournisseurs ont fait état d'une question relevant du code, au lieu de 79 % en 2014. Une telle réduction en quatre ans, touchant des négociations commerciales sur un marché hautement concurrentiel, est à porter au crédit de l'*Adjudicator*.

1. Trad. F. E., *Ilec*.

2. <http://www.christinetacon.com>, @ChristineTacon.

Contourner en médiant

Résoudre un différend en quelques jours parfois : dans les trois quarts des cas où elles paraissent opportunes et aboutissent, les médiations sont un gain de temps.

Entretien avec Pierre Pelouzet, Médiateur interentreprises

■ *Est-ce que la médiation est toujours plus rapide que la procédure contentieuse ?*

Pierre Pelouzet : Il convient de rappeler en quoi la médiation apporte une nouvelle solution aux parties. La médiation se définit comme un processus structuré par lequel les parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur litige, avec l'aide d'un tiers, le médiateur. Elle est différente de la procédure contentieuse devant le juge. Le principe de la médiation a été précisé et renforcé par la « loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle » du 18 novembre 2016, qui élargit son champ d'action à toute la sphère publique. La médiation est désormais un mode de « droit commun » de résolution des différends, y compris dans l'exécution de la commande publique. Le recours à un processus de médiation préalablement à la saisine du juge interrompt les délais de recours contentieux et suspend les prescriptions. La médiation offre donc une solution souvent plus rapide, plus souple et moins coûteuse qu'une procédure contentieuse. Elle permet aux parties de trouver un accord par elles-mêmes, grâce au dialogue, en évitant une solution imposée par le juge qui parfois ne favorise qu'une des parties voire aucune des deux.

■ *Combien de temps prend une médiation ?*

P. P. : Comparé à une procédure contentieuse, le processus de médiation est très court. De la saisine par l'une des parties à la rédaction d'un protocole d'accord, il se passe en moyenne deux mois, au cours desquels différentes étapes sont nécessaires. La saisine tout d'abord, qui s'effectue sur internet (site du Médiateur des entreprises¹) qui fait l'objet d'une étude rapide en recevabilité. En moins de sept jours, un médiateur prend contact avec le requérant afin de définir un schéma d'action. Le médiateur réunit ensuite les deux parties et participe au rapprochement des intérêts, afin qu'elles élaborent des solutions communes qui pourront faire l'objet d'un protocole d'accord, signé par

les deux « médiés ». Deux mois ne sont qu'une moyenne; les médiations, selon le litige ou le type d'intervenant, peuvent ne durer que quelques jours ou s'étendre sur plusieurs mois, selon les difficultés rencontrées. Il faut également souligner que le taux de réussite de ces médiations est de 75 %.

■ *Comment s'organise le ou les dispositifs de médiation publics pour le secteur de l'agroalimentaire ?*

P. P. : La question est d'actualité, car nous venons de publier un document de présentation conjoint avec le Médiateur des relations commerciales agricoles qui a été distribué notamment lors du Salon de l'agriculture et dans le cadre des États généraux de l'alimentation. Il a pour objectif de présenter les deux dispositifs de médiation au service des filières alimentaires et agroalimentaires. Leur action complémentaire est au service des acteurs économiques du secteur, pour favoriser des relations commerciales durables. Le Médiateur des entreprises tente de résoudre les conflits contractuels, de transformer des comportements des acheteurs privés ou publics; le Médiateur des relations commerciales agricoles, lui, aide à la résolution amiable des litiges, assiste les partenaires et les filières à conclure des contrats équilibrés dans la durée. Cette brochure peut être téléchargée sur le site du Médiateur des entreprises, partie « Publications »².

■ *Quelles sont les possibilités du Médiateur des entreprises pour encourager les bonnes pratiques ?*

P. P. : La médiation des entreprises propose des outils d'amélioration des pratiques à disposition des acteurs du secteur, à l'instar du label « relations fournisseurs responsables industries agro-alimentaires », élaboré par la FCD, l'Ania et Coop de France, avec le soutien de l'Ilec, et attestant des relations équilibrées entre distributeurs, industriels, coopératives... Il s'agit là d'encourager effectivement les bonnes pratiques, en rétablissant la confiance et le dialogue entre les grandes enseignes de la distribution et leurs fournisseurs.

Propos recueillis par J. W.-A.

1. www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises.

2. www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediateur-des-entreprises/IMAGES/Mediateurs_MDE-et-MRCA.pdf.

Objectif un mois

Les instances de médiation instituées par l'État sont propres à la France. Leur efficacité et leur célérité devraient être bientôt plus grandes, du fait des mesures législatives inspirées par les ÉGA.

Entretien avec Francis Amand, Médiateur des relations commerciales agricoles

■ *Combien de temps prend une médiation dans les relations commerciales agricoles ?*

Francis Amand : Tout dépend de l'objet du litige, de la volonté des parties et de la complexité du dossier. Certains dossiers sont traités rapidement par simples échanges téléphoniques avec l'une et l'autre partie, d'autres nécessitent des réunions physiques individuelles, avec différents acteurs d'une filière, des producteurs aux industriels de la transformation jusqu'à la grande distribution, et plusieurs confrontations en séance plénière. Dans ce cas, la durée totale de la procédure peut atteindre quatre mois. De manière générale, nous préférons jusqu'à présent ne pas nous enfermer dans des délais fixés à l'avance au risque que la partie la plus réticente aux concessions en profite pour jouer la montre.

Nous commençons à anticiper la future donne législative, qui imposera au Médiateur des relations commerciales agricoles d'aller au bout de sa mission en un mois. Ce délai très exigeant – demandé par les opérateurs – sera d'autant plus soutenable que le médiateur se verra doté de la possibilité de faire des recommandations – qui le rapprochent en pratique du conciliateur –, de les rendre publiques, et de se faire communiquer tout élément utile à la solution du différend. En tout état de cause, la qualité de l'instruction préalable menée de manière séparée avec chaque partie est décisive pour obtenir une solution dans les temps.

■ *Les litiges sont-ils davantage traités par la médiation sur les autres marchés européens ?*

F. A. : Les pays anglo-saxons sont réputés avoir une meilleure culture de la médiation et y recourir plus fréquemment, dans un cadre privé. Les débats des États généraux de l'alimentation ont fait ressortir que les opérateurs français s'accoutrent progressivement à ce mode de résolution des litiges. La médiation institutionnelle – instituée par l'État – semble en revanche une spécificité française. La médiation des relations commerciales agricoles a été créée en 2010 par la loi de modernisation agricole pour servir les intérêts de l'ensemble des acteurs de la chaîne

alimentaire et agroalimentaire, du producteur au consommateur. À côté d'elle existent d'autres médiations institutionnelles, telle que la Médiation interentreprises, avec laquelle nous sommes coordonnés. Ces médiations sont à la disposition des parties, gratuites, indépendantes, impartiales, neutres et confidentielles. Il n'existe pas à notre connaissance de système comparable en Europe, même si certains États regardent l'expérience française avec intérêt.

■ *En matière de litiges, les entreprises ont-elles à redouter surtout les lenteurs de la justice consulaire ou la non-exécution des décisions de justice ?*

F. A. : Une décision de justice non exécutée est pire qu'une décision qui tarde. C'est ajouter l'insulte à l'injure à celui que la décision devait réparer et lui faire perdre tout espoir d'une juste réparation. Mais l'éventualité de l'une ou l'autre des deux situations montre en creux l'intérêt d'une médiation : elle tire les partenaires commerciaux de leur logique conflictuelle, les libère de la logique d'honneur qui peut les conduire à refuser une décision de justice, et se fonde sur ce que chacun est en mesure de faire concrètement, ce qui doit les conduire à mettre en œuvre le compromis obtenu.

Les logiques de médiation et judiciaire sont ainsi très différentes. Le médiateur intervient auprès de parties qui ont la volonté de poursuivre leurs relations commerciales, le différend sera réglé en équité. Le règlement judiciaire constate davantage un échec de la relation contractuelle, le différend sera réglé avant tout en droit.

■ *En quoi le projet de loi Travert va-t-il renforcer les moyens de la médiation ?*

F. A. : Il est difficile de savoir comment la discussion parlementaire va modifier le projet, s'agissant du renforcement des pouvoirs de la médiation, mais on observe une forte demande en ce sens. À ce stade, le projet de loi, en plus de lui donner un droit de communication, autorise le Médiateur, à sa seule initiative, à rendre publiques ses conclusions et ses recommandations au terme d'une médiation (sans enfreindre l'obligation de confidentialité résultant de la loi n° 95-125 du 8 février 1995), et à transmettre le dossier à la DGCCRF pour sanctionner l'absence d'accord-cadre. Des amendements ont été proposés pour interdire aux cocontractants d'écarter le recours à la médiation en cas de litige relatif à un contrat imposé par la loi, comme c'est possible aujourd'hui.

Propos recueillis par J. W.-A.

Bulletin de l'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation

251, boulevard Pereire, 75017 Paris – Directeur de la publication : Richard Panquiaux – Éditeur : Trademark Ride, 93, rue de la Santé, 75013 Paris (01 45 89 67 36, jwa@tmride.fr) – Rédacteur en chef : Jean Watin-Augouard – Secrétaire général de la rédaction et contact : François Ehrard (01 45 00 93 88, francois.ehrard@ilec.asso.fr) – Maquette et mise en pages : Graph'i Page (ividalie@orange.fr) – Imprimé par : SB Graphic, 38, rue Gay-Lussac, ZI de Mitry-Compans, 77290 Mitry-Mory – ISSN : 1271-6200 – Dépôt légal : à parution – Reproduction interdite sauf accord spécial