

Avril 2008

Flash Concurrence :

**Avant-projet de loi de modernisation de l'économie :
la négociabilité des tarifs est actée ! La discrimination abusive est
supprimée ! Un texte qui lamine les intérêts des industriels et de
manière plus générale ceux des fournisseurs !**

Par Jean-Christophe Grall

L'avant-projet de loi de modernisation de l'économie transmis au Conseil d'Etat début avril n'est manifestement pas un texte de compromis entre les intérêts des fournisseurs et ceux des distributeurs.

Il ignore totalement les intérêts des industriels/fournisseurs et fait la part belle à ceux de la grande distribution.

↳ **Premier point : un texte qui supprime la discrimination abusive et consacre le principe de libre négociabilité des tarifs des fournisseurs :**

Les articles **L.441-6** et **L.442-6-I** du Code de commerce sont modifiés de manière substantielle :

- **S'agissant de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce** qui avait institutionnalisé le principe de la non discrimination, cette disposition est purement et simplement abrogée au nom de la libre négociabilité des tarifs, prenant ainsi acte des conclusions figurant dans les rapports Attali du 23 janvier 2008 et Hagelsteen du 7 février 2008, qui se sont largement prononcés en faveur d'une libéralisation totale de la négociation commerciale.

Cette levée de la prohibition de la discrimination abusive était dans l'air du temps depuis plusieurs années en fait, et il était évident que les fournisseurs ne pouvaient plus compter sur cette disposition pour s'opposer à certaines demandes plus ou moins fondées de la part de leurs clients.

Dans une vision anglo-saxonne, le principe même de discrimination abusive n'avait plus lieu d'être et c'est en toute logique qu'il va disparaître.

Cependant, les cultures sont différentes et la négociation commerciale n'est pas la même Outre-Atlantique, Outre-Manche, Outre-Rhin et en France où la culture de la marge arrière est très fortement ancrée dans les esprits.

On peut douter que toute marge arrière soit éradiquée dès le 1^{er} janvier 2009 ; on peut craindre dès lors que l'on se retrouve avec une négociation tarifaire totalement débridée et une certaine forme de continuité dans la négociation de marges arrière.

De plus et surtout, le texte actuellement entre les mains du Conseil d'Etat supprime le mot le plus important du Titre 4 du Livre IV du Code de commerce et donc des pratiques restrictives de concurrence, à savoir celui de « *contrepartie* » !

Fin de la discrimination abusive, libre négociabilité des tarifs et suppression du mot « contrepartie » signifient que les tarifs ne voudront en fait plus rien dire puisqu'ils seront librement négociables par chaque client de chaque fournisseur lors de chaque négociation commerciale !

Et ne nous y trompons pas, dès lors que l'article L.441-6 du Code de commerce serait modifié en ce qui concerne l'octroi de conditions particulières de vente, ces dernières n'auraient plus à être justifiées par quoi que ce soit.

- **S'agissant de l'article L.441-6 du Code de commerce** qui définit les conditions particulières de vente et exige aujourd'hui une contrepartie.

Le projet de texte actuel prévoit ni plus ni moins que la possibilité pour un fournisseur, un grossiste, un importateur ou un prestataire de services, de convenir avec son client de conditions particulières de vente qui n'auront plus besoin d'être motivées.

Plus aucune motivation de ces conditions particulières de vente ne pourra donc être exigée de son client, à tout le moins en se fondant sur un texte légal.

Ces conditions particulières de vente n'auront, bien entendu, pas à être communiquées, mais tel était déjà le cas, à ses autres clients qui pourraient en faire la demande.

LES CONDITIONS PARTICULIERES DE VENTE N'AURONT PLUS A ETRE MOTIVEES !

Allant toujours dans le sens de la libre négociabilité des tarifs et donc de l'absence de toute contrepartie, le texte qui avait été envisagé le 26 mars 2008 lors de la réunion présidée par Madame Christine Lagarde et Monsieur Luc Chatel, prévoyait que la convention annuelle instituée par la loi Chatel du 3 janvier dernier ayant modifié l'article L.441-7 du Code de commerce, « *indique également les contreparties aux avantages tarifaires consentis* », le texte de synthèse établi par l'administration portant l'observation suivante : « *il y a consensus des participants pour que les contreparties soient : vérifiables*

et appréciées globalement. ». C'était là une excellente chose !

Or, le texte actuellement soumis au Conseil d'Etat ne prévoit plus une telle exigence de rappel des contreparties aux avantages tarifaires consentis par le fournisseur au profit de ses clients dans la convention annuelle qu'il devra établir à compter du 1^{er} janvier 2009.

C'est là quelque chose de grave, en ce que ce texte matérialise un déséquilibre significatif entre industriel/fournisseur et distributeur/acheteur puisque prenant clairement parti pour les distributeurs et ignorant donc les intérêts légitimes des fournisseurs.

Nombre d'entreprises auraient à souffrir cruellement de ce déséquilibre si celui-ci devait être légalisé par le Parlement lors de l'adoption de cette loi dans les prochaines semaines !

CE TEXTE VIENT CONSACRER LES INTERETS DES DISTRIBUTEURS !

De plus, l'article L.442-6 du Code de commerce ne permettrait au juge de sanctionner que « *le déséquilibre significatif entre les droits et obligations* » des parties à la négociation commerciale.

Afin d'accompagner cette libre négociation des conditions commerciales et de ne pas permettre leur remise en cause par le juge, l'avant-projet de loi prévoit que le juge ne pourrait désormais condamner que le seul « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ».

On peut toujours rêver, en ayant une vision idéale de la négociation commerciale.

Cependant, si nous « *retombons sur terre* », ce texte est manifestement rédigé pour le rendre inapplicable pour les deux raisons suivantes :

- **Ce texte est inapplicable sur le fond :**

Qu'est-ce qu'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations ? Nous n'avons pas de définition !

Que veut dire « *significatif* » ; comment cela sera-t-il étalonné ?

Ce déséquilibre significatif renvoie en fait au droit des obligations bien connu des civilistes, mais parfaitement inadapté au droit commercial, et en l'espèce à la négociation commerciale, compte tenu de ce que le juge du commerce, même s'il s'agit d'une juridiction spécialisée, devra systématiquement replonger, à tout le moins, dans les dispositions de l'article 1108, qui définit les conditions de validité de toute convention, à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige, en l'espèce, le fournisseur d'un côté et le distributeur de l'autre, sa capacité de contracter, **un objet certain qui forme la matière de l'engagement** et une cause licite dans l'obligation.

Seul l'objet de la convention, support de la négociation commerciale, est ici visé.

Il sera donc nécessaire demain que le juge spécialisé, détermine cet objet et apprécie si les droits et obligations réciproques du fournisseur et du distributeur dans l'esprit d'un contrat synallagmatique, sont significativement déséquilibrés.

C'est là une mission extrêmement compliquée et qui promet de belles plaidoiries, pour autant qu'il y ait contentieux.

- **Ce texte est inapplicable sur la forme :**

En effet, qui ira saisir le juge du commerce, certes spécialisé, pour que celui-ci retienne le déséquilibre significatif existant entre le fournisseur et le distributeur ?

Certainement pas le fournisseur qui est en état de dépendance économique à l'égard de ses principaux clients et, s'agissant de la grande distribution, des cinq ou six centrales nationales.

Le Ministre de l'économie : peut-être, mais est-ce vraiment le rôle du Ministre de l'économie de s'immiscer dans la négociation commerciale ?

Il est vrai qu'au nom de la défense de l'ordre public économique, c'est le rôle du Ministre de l'économie que de faire sanctionner des comportements abusifs.

Et les principales décisions rendues en matière de pratiques restrictives en France l'ont été à l'initiative du Ministre de l'économie.

↳ **Deuxième point : Les services distincts disparaîtraient de la convention annuelle prévue par les lois Dutreil et Chatel au profit de leur remontée sur facture en tant que réduction de prix :**

C'est là un point important également en ce que l'avant-projet de loi consacre la disparition des services distincts puisque finalement n'étant plus prévus dans la convention annuelle et étant exprimés sous forme de remise ou de ristourne, ils vont se transformer ni plus ni moins en conditions particulières de vente.

Les conditions particulières de vente n'ayant pas besoin d'être motivées, la conclusion est assez facile à trouver : sous couvert de conditions particulières de vente, fournisseurs et distributeurs pourront négocier des services qui ne seront pas formalisés puisqu'aucune obligation de formalisation des conditions particulières de vente n'existe à ce jour, si ce n'est au travers du plan d'affaires annuel créé par la loi Chatel, avec un risque très grand d'exigence de rémunération de services qui n'en seront pas réellement, mais que l'on aura qualifié très globalement de conditions particulières de vente.

Or, faire disparaître les services distincts et les transformer ipso facto en conditions particulières de vente induisant leur mention sur facture, c'est peut-être possible pour les relations entre fournisseurs et distributeurs, mais très difficilement adaptable aux relations « *B to B* », soit au monde du négoce professionnel.

De plus, comment peut-on considérer qu'un service qui est rendu par un distributeur à un fournisseur, telle qu'une communication de statistiques qui fait l'objet aujourd'hui d'une facture du distributeur qui est le prestataire de service, pourrait-il être rémunéré demain sous forme de remise ou de ristourne et donc être mentionné sur la facture de l'industriel ?

**LA DISPARITION ANNONCÉE DES SERVICES
DISTINCTS !**

C'est le monde à l'envers et ce, pour autant que fiscalement de tels services puissent être requalifiés en avantages tarifaires, ce qui a été contesté par la Cour administrative d'appel de Paris dans la célèbre affaire « *Monsanto/Somagri* ».

Une telle requalification en remise ou ristourne fera donc prendre un risque aux fournisseurs et aux distributeurs sur le plan fiscal.

Il sera nécessaire de bien y réfléchir.

De toutes les façons, pourrait-on considérer qu'un opérateur économique qui souhaiterait en 2009 conclure un contrat de prestation de services, que nous ne qualifierions pas de distincts, avec l'un de ses clients ou fournisseurs serait sanctionnable ?

Nous ne le pensons pas, car la loi définit le contenu a minima de ce que doit prévoir le plan d'affaires annuel et non un contenu a maxima, ce qui signifie que le plan d'affaires annuel pourrait continuer à prévoir des services distincts et que, par ailleurs, rien n'interdirait a priori et selon les termes actuels de l'avant-projet de loi, à un fournisseur et à un distributeur et ce, notamment dans le cadre d'une relation « *B to B* », de convenir de prestations de services distincts dans le cadre d'un contrat de prestations de services rémunérés sous une forme forfaitaire ou proportionnelle, avec émission d'une facture par le prestataire de service.

Vaste débat en perspective !

↳ **Troisième point : quelques autres modifications sont envisagées, telles que le renforcement des sanctions dans le cadre du déséquilibre significatif des obligations entre fournisseur et distributeur et la création d'une autorité de concurrence :**

Les sanctions sont certes, il est vrai, fortement renforcées puisque le plafond de l'amende civile de 2 millions d'euros serait augmenté, le cas échéant, de trois fois le montant des sommes indûment perçues, la juridiction saisie

pouvant ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, ainsi qu'infliger des astreintes.

Les juridictions seraient spécialisées, ce qui serait une très bonne chose, ainsi que cela est le cas pour les pratiques d'ententes ou de position dominante aux termes de l'article L.420-7 du Code de commerce.

Une autorité de concurrence serait créée sur la base du Conseil de la concurrence actuel dont les compétences seraient élargies, notamment en matière de contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, ce qui passerait par un renforcement des moyens d'investigation, en intégrant selon notre compréhension, une partie des fonctions aujourd'hui dévolues à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et notamment à la Direction Nationale des Enquêtes de Concurrence.

Ces dispositions feraient l'objet d'une ordonnance qui devrait intervenir dans les huit mois à compter de la date de publication de la future loi.

Nous reviendrons sur cette réforme qui est bien entendu particulièrement importante de par le renforcement très net des pouvoirs du Conseil de la concurrence, qui est envisagé.

* * *

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site www.mgavocats.fr**