Meffre & Grall
AVOCATS

La Lettre du Cabinet

Mai 2008

Flash Concurrence :

Projet de Loi de Modernisation de l'Economie : Affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs / Suppression de la discrimination abusive / Maintien des services distincts, mais rémunérés par des remises ou ristournes sur facture du fournisseur

Par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros

I. Présentation des principales dispositions du projet de Loi de Modernisation de l'Economie

Le projet de loi de modernisation de l'économie, tel qu'il sera déposé le 13 mai prochain sur le Bureau de l'Assemblée nationale, lève définitivement le voile sur le nouveau cadre législatif des relations industrie/commerce.

Les principales dispositions concernant les pratiques restrictives de concurrence visées sous le Titre IV du Livre IV du code de commerce, telles qu'elles ressortent des articles 6, 21 et 22 du projet de loi, sont les suivantes (la version consolidée des articles L.441-2-1, L.441-6, L.441-7 et L.442-6 du Code de commerce figure en annexe au présent **Flash Concurrence**) :

- ✓ **Affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs par la suppression de l'interdiction per se de la discrimination tarifaire prévue a ce jour par l'article l. 442-6-i-1° du code de commerce !**

Cette disposition s'inscrit dans la droite ligne des conclusions des rapports Attali du 23 janvier 2008 et Hagelsteen du 7 février 2008 prônant une libéralisation quasi totale de la négociation commerciale qui se rapprochera ainsi de ce qui se passe dans les pays anglo-saxons.

Rappelons que selon les deux rapports précités, l'interdiction des pratiques discriminatoires abusives prévue depuis des dizaines d'années en France aurait freiné la différenciation tarifaire et l'absence de négociabilité des conditions de vente par la conjonction des dispositions des articles L.441-6 et L.442-6-I-1°du Code de commerce, réduisant ainsi la concurrence entre les distributeurs. En outre, en empêchant la négociation individualisée des tarifs, cette non négociabilité des tarifs aurait incité les fournisseurs et les distributeurs à privilégier la négociation de « *marges arrière* », non réintégrables dans le prix de vente aux consommateurs.

L'objectif affiché du gouvernement est de mettre un terme au système des marges arrière, mais on peut légitimement douter que toute la négociation bascule « *à l'avant* » dès le 1er janvier 2009.

Lors de la présentation de ce projet de loi le 28 avril dernier, Christine Lagarde indiquait : « ***Cette réforme va permettre aux fournisseurs de négocier librement des tarifs et les consommateurs***

auront accès à plus de supermarchés et donc aux prix les plus bas », Luc Chatel ajoutant que les prix devraient baisser globalement de 1.6 % au bout de trois ans !

Pour notre part, nous demeurons sceptiques sur cette baisse des prix qui pouvait intervenir sans une telle loi et sur la « *liberté de négociation* » des tarifs car pour négocier des tarifs, il faut être deux ; or, pour bon nombre de fournisseurs, il s'agira de demandes unilatérales des distributeurs qui exigeront de leurs fournisseurs des dégradations tarifaires auxquelles ils ne pourront pas résister et qui économiquement parlant seront très difficiles à supporter ! Jean-René Buisson, Président de l'ANIA ne déclarait-il pas la semaine dernière sur France Inter : « ***C'est véritablement une aberration de dire que la LME va avoir un effet sur la baisse des prix. Aujourd'hui, si les distributeurs veulent les baisser, ils peuvent le faire sans cette loi !*** », attirant en outre l'attention des pouvoirs publics sur les conséquences néfastes pour les PME dont les marges sont aujourd'hui très serrées.

✓ **Sanction de la pratique consistant à** ***« soumettre ou à tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*****, aux lieu et place de celle de l'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente et nullité de toute clause ou contrat prévoyant la possibilité** ***« de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant »*** **!**

En soi, le nouveau texte pourrait ne pas être une mauvaise chose car son objectif est de donner au juge du commerce la possibilité de condamner un abus sans avoir préalablement à constater - ce qui induit pour le fournisseur d'en apporter la preuve - un état de dépendance économique, ce qui est extrêmement difficile aujourd'hui au vu des conditions devant être satisfaites et appréciées au regard de la pratique décisionnelle très stricte du Conseil de la concurrence. Pour autant, le nouveau texte a de fortes chances de se retrouver inapplicable pour les 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 des 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 ?

* * *

En revanche, systématiser la nullité des clauses ayant pour objet l'octroi des meilleures conditions commerciales accordées à ses clients – clause de la nation la plus favorisée que l'on connaît bien en droit international – est une bonne chose

- ✓ **Durcissement des sanctions en maintenant le plafond de l'amende à 2 millions d'euros, tout en prévoyant à l'intérieur de ce plafond la possibilité que cette amende puisse être portée au triple du montant des sommes indûment versées** ;

Des mesures de publication et d'affichage des décisions, mais aussi des astreintes viennent compléter le dispositif judiciaire. Ce dernier sera mis en œuvre par des juridictions spécialisées, dont la désignation est renvoyée à l'adoption d'un décret et qui pourront consulter pour avis la CEPC.

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

- ✓ **Les conditions particulières de vente n'auront plus à être motivées !**

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 projet de loi 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.

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 auront à souffrir cruellement de ce déséquilibre si le texte actuel est adopté en l'état par le Parlement dans les prochaines semaines !

- ➔ **Plus aucune motivation des conditions particulières de vente ne pourrait donc être exigée du distributeur !**

Ces conditions particulières de vente n'auront, bien entendu, pas à être communiquées, mais tel était déjà le cas.

- ✓ **Assouplissement dans l'établissement des Conditions catégorielles de vente par suppression de toute intervention réglementaire !**

On se souvient que la loi Dutreil avait renvoyé à un décret la définition des catégories de clientèle. La CEPC dans son avis n° 07-01 particulièrement bien motivé du 12 avril 2007 avait considéré qu'un décret définissant les différentes catégories d'acheteurs était inadapté, compte tenu de la trop grande variété des

situations particulières des acheteurs et de la rigidification de la négociation commerciale à laquelle un nouveau texte réglementaire de ce type conduirait inutilement.

Chaque fournisseur doit en effet avoir la possibilité de différencier ses conditions de vente en fonction de critères qui lui sont propres, dès lors qu'ils sont objectifs, écrits, et appliqués de façon homogène et non discriminatoire, une structure catégorielle de vente pouvant aussi constituer le support d'une entente verticale. On a tendance à oublier un peu vite que la suppression de la discrimination abusive des pratiques restrictives de concurrence ne fait pas disparaître la prohibition de la discrimination comme support d'une entente anticoncurrentielle !!!

Les fournisseurs, sous cette réserve importante, doivent avoir toute marge de manœuvre pour définir ces catégories.

✓ L'obligation de mentionner la rémunération des services distincts sur la facture du fournisseur

On se souvient que dans notre dernier **Flash Concurrence** consacré à l'avant projet de loi soumis au Conseil d'Etat, nous avions critiqué la disparition des services distincts de la convention annuelle prévue par les lois Dutreil et Chatel au profit de leur remontée sur facture en tant que réduction de prix.

Aujourd'hui, force est de constater que les services distincts sont maintenus au sein de la convention annuelle de l'article L.441-7 du Code de commerce ; c'est une bonne chose !

Mais attention ! Ces services distincts seraient rémunérés sous forme de réductions de prix portées obligatoirement sur la facture du fournisseur. Il s'agit là d'un compromis entre leur disparition pure et simple, très critiquée notamment et à juste raison par les négociants et grossistes, et leur maintien dans le contrat annuel de l'article L.441-7 précité, mais avec obligation de mentionner leur contrepartie financière sur les factures des industriels et fournisseurs de manière générale.
Cette nouvelle obligation ne va pas sans susciter de vraies interrogations, à commencer en matière fiscale.

Comment peut-on considérer qu'un service qui est rendu par un distributeur à un fournisseur, qui fait aujourd'hui l'objet 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 du fournisseur ?

C'est là aller très loin et ce d'autant plus que dans l'affaire Monsanto v/s Somagri, le Conseil d'Etat avait approuvé la Cour administrative d'appel de Nantes d'avoir, dans son arrêt du 22 juin 1999, indiqué ce qui suit :

> « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la SA SOMAGRI, qui exerce notamment une activité de négoce de produits phyto-sanitaires dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive conclu avec la société Monsanto, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant, en matière de taxe sur la valeur ajoutée, sur la période allant du 1er janvier 1986 au 31 décembre 1987 ;* ***que le vérificateur estimant que les rabais et ristournes consentis par la société Monsanto sur la vente de ses produits rémunéraient des prestations de services que lui rendait la SA SOMAGRI, a réintégré ces réductions des prestations de prix dans la base d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée due par la SA SOMAGRI ;*** *que la SA SOMAGRI, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 Juin 1999 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a annulé les articles 2 et 3 du jugement du 14 mai 1994 du tribunal administratif de Versailles lui accordant la décharge des compléments de taxe sur la valeur ajoutée et des intérêts de retard demeurant en litige auxquels elle a été assujettie pour la période allant du 1er janvier 1986 au 31 décembre 1987 à raison des redressements en cause, et remis à sa charge lesdits compléments de taxes et intérêts.*
>
> *Considérant qu'aux termes de l'article 256 du Code Général des Impôts : « Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre*

onéreux par un assujetti agissant en tant que tel (i) ».

Considérant que pour remettre à la charge de la SA SOMAGRI les impositions contestées, la Cour a jugé que les sommes reçues par cette société de son fournisseur, la société Mosanto, sous forme de rabais, remises, ristournes sur le prix de vente normal des produits qu'elle lui achetait, n'entraient pas dans les prévisions des dispositions du 1° du II de l'article 267 du Code Général des Impôts, excluant de la base d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée les « escomptes de caisse, remises, rabais, ristournes et autres réductions de prix consenties directement aux clients », sur lesquelles s'étaient fondés les premiers juges pour accorder la réduction demandée par la SA SOMAGRI ; ***mais rémunéraient des prestations de service rendues par elle à son fournisseur, constituées par des actions de promotion et des opérations de stockages effectuées par elle pour le compte de la société Monsanto, prestations soumises à la taxe sur la valeur ajoutée sur le fondement des dispositions précitées de l'article 256 du même code ;*** *qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la Cour, et notamment de la notification de redressement du 18 septembre 1989, que l'administration a toujours entendu assujettir les prestations en cause à la taxe sur la valeur ajoutée sur le fondement de l'article 256 et qu'elle a rappelé cette position tant devant le Tribunal administratif que devant la Cour ; qu'ainsi la Cour n'a pas irrégulièrement procédé à une substitution de base légale pour confirmer le bien fondé des redressements.* »

On voit bien ici qu'exprimer sous forme de remise ou de ristourne une rémunération qui était à l'origine celle d'une prestation de services facturée par le négociant ou le distributeur n'est pas chose facile et peut être critiquée en droit fiscal.

C'est là un risque à ne pas ignorer par les opérateurs économiques.

Il serait nécessaire que la DGI et le Service de Législation Fiscale (« *SLF* ») se prononcent à court terme sur ce point !

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 !

Rien n'interdirait a priori et selon les termes actuels du 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 dans le cadre d'un contrat de prestations de services rémunérées sous une forme forfaitaire ou proportionnelle, avec émission d'une facture par le prestataire de service.

Vaste débat en perspective !

Ce qui est certain en revanche, c'est que les règles de facturation ne seront pas assouplies. Bien au contraire, exiger des fournisseurs la mention des contreparties financières sur leurs factures ne représente pas un cadeau pour eux mais un surcroît de formalisme et une potentialité accrue de sanctions pénales. En outre, l'article L.441-3 du Code de commerce n'étant pas modifié, ceci induit que la dénomination de la réduction de prix accordée en contrepartie du service rendu par le distributeur soit portée sur facture, ainsi que son taux, avec individualisation des différentes contreparties financières !

Là aussi vaste débat en perspective ; serait-ce un retour à la bonne vieille « *facturologie* » ?

- ✓ **Les délais de paiement ne peuvent désormais dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture ;**
- ✓ **Le doublement des intérêts minimaux dus en cas de retard de paiement et le renforcement de la sanction civile pour le dépassement du délai de paiement**

L'article 6 du projet de loi vise à plafonner à 45 jours fin de mois ou 60 jours calendaires le délai de paiement convenu entre les entre-

prises, sous réserve bien entendu des délais réglementaires qui existent d'ores et déjà aujourd'hui sous l'article L.443.1 du Code de commerce pour les produits alimentaires périssables, le bétail sur pied et la viande fraiche dérivée, les boissons alcooliques, le poisson surgelé, etc., à doubler les intérêts minimaux dus en cas de retard et à renforcer la sanction civile pour dépassement du délai de paiement.

Ce texte prévoit également la possibilité d'étendre par décret à l'ensemble d'un secteur professionnel les accords qui auraient été conclus par les organisations professionnelles du secteur en cause, en vue de réduire le délai de paiement en dessous du nouveau seuil. Il est également prévu des dérogations exceptionnelles par accord interprofessionnel pour une durée limitée, sans pouvoir excéder le 31 décembre 2011, lorsque des situations objectives liées à des secteurs économiques le justifieront ; ces accords interprofessionnels devront être conformes à des critères qui seront définis réglementairement et après avis du Conseil de la concurrence.

✓ **La création d'une Autorité de concurrence**

L'organisation actuelle des autorités de concurrence en France résulte de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté de la concurrence : une administration du ministère chargé de l'économie, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) réalise les enquêtes nécessaires à la détection des pratiques anticoncurrentielles ; le Conseil de la concurrence exerce les pouvoirs d'instruction et de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, le Ministre de l'économie dispose - **seul** - du pouvoir de décision en matière de concentrations, la DGCCRF effectuant l'instruction des dossiers. Le Conseil peut être saisi pour avis par le ministre sur les opérations de nature à porter atteinte à la concurrence – 17 avis jusqu'à ce jour, ce qui est très peu.

Une nouvelle Autorité nationale de la concurrence aux pouvoirs étendus et aux moyens accrus sera ainsi créée pour renforcer la régulation concurrentielle des marchés.

Elle se verra ainsi confier le soin d'examiner toutes les demandes d'autorisation en matière de concentrations et exercera par ailleurs les compétences actuelles du Conseil de la concurrence avec des moyens et des pouvoirs élargis ; elle disposera de ses propres enquêteurs.

A cet égard, il sera essentiel pour le respect des droits de la défense que les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles soient prises en toute indépendance par rapport aux personnes qui instruiront les dossiers. Il conviendra également que les mêmes personnes ne puissent pas siéger en formation consultative, puis en formation répressive.

Le cumul des pouvoirs d'enquête avec ceux d'instruction et de sanction conduit à souligner la nécessité de formaliser davantage la séparation de ces fonctions au sein du Conseil, si l'on veut tenir compte des dangers d'un tel cumul et respecter les principes fondamentaux de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Un prochain **Flash Concurrence** sera consacré à la création de cette Autorité de la concurrence à l'instar de ce qui existe dans d'autres Etats membres de l'Union européenne (l'OFT pour le Royaume Uni et le Bundeskartellamt pour l'Allemagne, à titre d'exemple) !

II. Version consolidée des articles du Code de commerce

Article L 441-6 du Code de commerce :

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;

- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne porte que sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestations de services d'une même catégorie.

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, en outre, convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestations de services des conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement fixé à l'alinéa précédent. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement ainsi défini à tous les opérateurs du secteur.

Nonobstant les dispositions précédentes de l'alinéa précédent, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à **trois fois** le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de **10** points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Est puni d'une amende de 15 000 €, le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux **onzième et douzième** alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du dixième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa.

Article L 441-7 du Code de commerce :

I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, tout service propre à favoriser leur

commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

3° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux visés aux alinéas précédents. **Les contreparties financières correspondant à ces services figurent sur les factures du fournisseur.**

Cette convention est établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application. S'agissant de la coopération commerciale mentionnée au 2° et des services distincts mentionnés au 3°, elle précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation. S'agissant de la coopération commerciale, elle précise, en outre, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent.

La convention unique ou le contrat cadre annuel est conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation se rapportant aux produits ou aux services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

Les présentes dispositions ne sont pas applicables aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

II. – Est puni d'une amende de 75 000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I.

Article L 441-2-1 du Code de commerce

Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.

Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. **Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier.**

Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L.632-3 et L.632-4 du code rural, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type.

Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15.000 €.

Article L 442-6 du Code de commerce :

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage

peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4º D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L.441-6 ; **Est abusif tout délai de règlement supérieur au délai maximal prévu au neuvième alinéa de l'article L.441-6 ;**

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

9º De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle.

II. - Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites **et** demander la répétition de l'indu. **Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant, évalué par la juridiction, des sommes indûment versées.**

La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application de cet article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Ces juridictions peuvent consulter la commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L. 440-1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

IV. - Le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires [il doit s'agir ici d'une omission de modification !] ou abusives ou toute autre mesure provisoire.

* * *

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.mgavocats.f