

NUMERO SPECIAL :

Le Comité National Français (Commission Concurrence Distribution) de la Chambre de Commerce Internationale a organisé le 19 septembre dernier un séminaire sur les relations Industrie/Commerce instaurées par loi du 2 août 2005, dite "Loi PME". Nous avons eu l'honneur d'intervenir sur le thème : "Le nouveau régime de la coopération commerciale et les discriminations licites". Nous sommes heureux de vous adresser un extrait de cette intervention.

Les nouvelles dispositions ou "le pourquoi du comment"

Fallait-il voter un nouveau texte pour modifier les pratiques tarifaires des entreprises et notamment celles observées dans le secteur de la grande distribution ?

S'il semble à peu près acquis que **l'envol des marges arrières**, couplé à l'ancien mode de calcul du seuil de revente à perte (SRP), a pu entraîner des dérives inflationnistes, il nous semble en revanche que nous avons d'ores et déjà dans notre arsenal législatif et répressif tout ce qu'il faut pour faire en sorte que le système fonctionne correctement et pour mettre radicalement fin aux abus constatés dans le domaine des accords de coopération commerciale.

Pour ne parler que des sanctions "ordinaires", on citera l'article L.442-6 du Code de Commerce, qui réprime et oblige à réparation "le fait 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 par rapport à la valeur du service rendu".

On aurait d'ailleurs pu aller beaucoup plus loin dans les sanctions. Souhaitait-on faire un exemple et sanctionner les **grands distributeurs** ou leurs centrales d'achat ? Il suffisait pour cela de prononcer la nullité de quelques accords de coopération commerciale fictifs pour contraindre les coupables à restituer aux producteurs les sommes indûment perçues.

Préférerait-on frapper du côté des **grands producteurs industriels**, qui trouvent leur compte dans le gonflement artificiel des marges arrière, grâce au phénomène d'alignement des prix de revente qu'il génère ? Il suffisait alors de brandir l'arme fiscale en menaçant de remettre en cause la déductibilité de ces charges fictives.

Ces mesures extrêmes n'ont – à tort ou à raison – pas été mises en œuvre et les dérives n'ont fait que croître, entraînant les **effets anticoncurrentiels et inflationnistes** que le rapport Canivet a justement dénoncé.

C'est dans ce contexte que le pouvoir politique est intervenu sur les thèmes de la reconstitution du pouvoir d'achat du consommateur, puis de la protection des PME, thèmes hautement porteurs à la veille des grandes manœuvres que sont la préparation des prochaines échéances électorales.

Tout ceci pourrait éventuellement convaincre si l'on avait une garantie de résultat. Mais tel n'est pas le cas. En effet, si les distributeurs sont, par les moyens juridiques nouveaux mis à leur disposition, **invités à restituer au consommateur une partie de leurs profits** en abaissant leurs prix de revente, il est clair qu'**on ne les y contraint aucunement**.

Aussi – et même si l'on peut effectivement s'attendre à quelques baisses de prix rendues nécessaires par un possible retour à la concurrence - est-ce probablement faire trop confiance à la nature humaine que d'imaginer que les distributeurs - et leurs actionnaires - accepteront d'en supporter seuls la charge financière. Il est donc assez vraisemblable que ces baisses s'accompagneront de "rattrapages" et de compensations qui ne seront pas sans effet sur le pouvoir d'achat du consommateur.

Pour notre part nous regrettons que sur ce sujet des pratiques tarifaires, on ne se soit pas contenté de mettre en application le droit positif et que l'on ait préféré légiférer à nouveau. Peut-être n'a-t-on pas appliqué le droit existant "faute de moyens". Malheureusement, nous n'avons rien vu dans le nouveau texte qui changera quoi que ce soit à cette situation de pénurie.

* * *

Les nouvelles dispositions : présentation et tentative d'explication

Le nouveau texte instaure 4 niveaux de fixation ou de modulation du prix de vente : (1) les conditions générales de vente (CGV), qui seront uniques ou différenciées, selon les catégories d'acheteurs, (2) les conditions particulières de vente (CPV), (3) les accords de coopération commerciale (ACC) et (4) la fourniture de "services distincts". Il convient d'essayer de déterminer le domaine réservé de chacun.

1./ Les conditions générales de vente (CGV)

Le texte a pour premier effet d'inscrire dans la loi ce que la circulaire Dutreil avait précisé : les CGV peuvent être **uniques** (c'est-à-dire les mêmes pour tout le monde) ou **différenciées** selon les catégories d'acheteurs. En revanche, les critères de différenciation sont soustraits à l'arbitrage des vendeurs pour être désormais fixés par un **décret**, ce qui, dans les faits, contraindra bon nombre d'entreprises à **refondre leurs CGV**, le moment venu, pour les mettre au diapason du décret.

Un point, en revanche, reste obstinément dans le flou : si l'on sait que les entreprises ont l'obligation de communiquer leurs CGV quand elles en ont, à ceux qui leur en font la demande, ont-elles désormais ou non l'obligation d'**établir a priori des CGV** ?

Le Ministre a clairement déclaré, lors des travaux parlementaires, qu'il était opposé à la généralisation de cette obligation, par égard notamment pour les artisans et pour les producteurs de fruits et légumes, qu'il refuse de noyer sous – nous citons – "la paperasse" (1).

Néanmoins, cette position a été prise avant que ne soit défendu – et finalement voté – un amendement précisant que les CGV sont "le socle de la négociation commerciale". Or, à l'issue des débats sur cet amendement, les parlementaires se sont félicités de ce que le Ministre ait ainsi, en se déclarant favorable à son adoption, renoncé à son opposition de principe à l'établissement généralisé de CGV, satisfecit qui ne provoqua aucune dénégation de sa part (2).

Les choses sont-elles désormais claires ? En réalité, non. Pour qu'elles le soient, il eût fallu que le texte précisât que tout producteur et prestataire de service doit établir et communiquer ses CGV, ce que – comme naguère le précédent texte – il ne dit toujours pas.

Le fait que les CGV soient désormais "le socle de toute négociation" ne change pas grand chose à l'affaire, tant la formulation est vague et non juridique.

On peut néanmoins soutenir que si la négociation "doit avoir un socle" et que si ce socle est constitué par les CGV, alors **il ne peut y avoir de négociation sans CGV**. Il en résulterait que les entreprises qui n'ont pas de CGV ne pourraient pas négocier leurs conditions de vente et donc, devraient pratiquer des conditions analogues pour tous. Cette compréhension du texte nous semble raisonnable.

En revanche, nous ne voyons rien dans le nouveau texte qui oblige l'artisan ou le petit producteur, qui applique son tarif du moment à tous, sans distinction ni négociation, à établir des CGV.

2./ Les conditions particulières de vente (CPV)

La légalisation des CPV est probablement l'un des changements les plus marquants puisqu'elle permet désormais d'établir des **conditions de vente "sur mesure"** pour chaque acheteur et de différencier entre deux clients relevant d'une même catégorie dans une convention bilatérale qui n'est pas soumise à l'obligation de communication.

Ce point mérite qu'on s'y arrête un instant.

Il nous semble que la manière dont le sujet a été abordé par le législateur tout au long des débats repose sur une **grave confusion** entre deux termes que sont "négociation" et "différenciation". On citera notamment, à cet égard, un exemple particulièrement représentatif de cette confusion, tiré d'un rapport de la Mission d'information de la Commission des Affaires économiques.

On peut en effet lire dans ce rapport : "*Les tarifs doivent rester non négociables (...). En revanche, les rabais, ristournes, remises et les délais de paiement restent négociables, ainsi que quelques autres points éventuellement : il importe de laisser toute sa place à ce qui fait l'essence même du commerce. Ces éléments traduisent la négociation commerciale entre un client donné et un fournisseur donné.*" (3)

A la lecture de ce texte, qui affirme avec force et sans nuance le **"droit de négocier"**, on pourrait penser que les opérateurs économiques peuvent désormais fixer de gré à gré les termes de leurs relations. C'est bien évidemment aller beaucoup trop loin, et il est clair que le mot de négociation est ici employé de manière abusive.

¹ JO – AN – 1^{ère} séance du 7 juillet 2005 – page 4455 – 3^{ème} intervention du Ministre

² JO – AN – 1^{ère} séance du 7 juillet 2005 – page 4456 – Intervention de M. Gaubert

³ Rapport d'Etape rédigé le 16 février 2005 par la Mission d'information de la Commission des Affaires Economiques, de l'Environnement et du Territoire, page 6

En réalité, la négociation est un **concept commercial** : elle est le résultat d'un **rapport de force**, à un moment donné, entre deux opérateurs. Elle a vocation à rester secrète et, à notre sens, elle est le plus souvent incompatible avec le concept juridique de non discrimination, et donc, illicite.

La différenciation, elle, est un **concept juridique**, qui s'inscrit dans le concept supérieur de non discrimination : elle est simplement la possibilité de **moduler la règle générale** en fonction de situations particulières. Mais, comme on sait par ailleurs que cette modulation doit être **objective, quantifiable et justement proportionnée** à l'avantage procuré, elle a vocation – puisqu'il est interdit de discriminer – à être connue de tous et à figurer dans les CGV et non dans des accords bilatéraux.

Prenons un exemple : le fait d'accorder une remise de x% à un acheteur qui accepte de procéder lui-même au déchargement du camion de livraison peut indiscutablement, dans le nouveau texte et conformément à ce qui figure expressément dans les travaux parlementaires, relever du domaine des CPV. Et pourtant, tous les acheteurs qui sont en mesure d'assurer ce déchargement n'ont-ils pas vocation à bénéficier de cette remise de x% ? A ce titre, cette remise pour "prise en charge du déchargement" n'a-t-elle pas vocation à figurer dans les CGV ? Nous pensons que oui.

Finalement, le nouveau texte aboutit à créer une **situation difficilement compréhensible** :

- où, d'un côté, on demeure **sous l'empire du principe de non discrimination**, ce qui doit nécessairement exclure un très grand nombre de négociations commerciales et notamment toutes celles qui sont relativement usuelles,
- mais où d'autre part on **banalise**, en l'inscrivant dans la loi, un **droit de différencier** au cas par cas, dans des accords secrets, des conditions particulières qui ne sont finalement pas si particulières que cela.

Dès lors, la nouvelle loi risque d'apparaître comme une véritable incitation à négocier, et donc, à discriminer. Nous pensons, pour notre part, que ceux qui se laisseront tenter ne le feront pas sans risque, en cas de contrôle des agents de la DGCCRF.

Comment, alors, concilier tous ces principes, apparemment contradictoires ? Il nous semble qu'il faut considérer que les vendeurs ne peuvent soumettre à CPV que des **services exceptionnels et inhabituels** qui, à ce titre, ne peuvent pas être objectivement quantifiés, les services plus courants ayant, en revanche, vocation à remonter dans les CGV au titre des "remises de prix" qui, rappelons-le, doivent impérativement y figurer.

Quoi qu'il en soit, on comprend instinctivement que ses chevauchements de textes n'iront pas sans entraîner de sérieuses difficultés de mise en œuvre et des divergences d'interprétation préjudiciables à la sécurité juridique des entreprises, notion absolument fondamentale dans un état de droit et à laquelle, en tant qu'avocats, nous sommes particulièrement attachés.

[3./ Les accords de coopération commerciale \(ACC\)](#)

Il s'agit bien évidemment du sujet le plus sensible dans l'élaboration du nouveau texte qui, pour le volet qui nous préoccupe, aurait aussi bien pu s'appeler "loi anti-coopération commerciale".

Sur le fond, la rédaction adoptée n'a rien pour bouleverser les habitudes anciennes et la **définition** qui nous est donnée du service relevant de la coopération commerciale est **globalement conforme** à l'état antérieur du droit, tel que défini par la jurisprudence et par la Circulaire Dutreil. Même si cette définition peut sembler un peu réductrice (services propres à favoriser la commercialisation des produits aux consommateurs, à l'exclusion de tout autre type de services), elle a, au moins, le mérite de la clarté.

Sur la forme, en revanche, les choses prennent une toute autre tournure.

Nous n'insisterons pas sur la lourdeur du **formalisme**, qui est tout à fait exorbitante et parfaitement hors de proportion dès que l'on s'écarte du secteur de la grande distribution. Il est clair qu'elle va compliquer la tâche des opérateurs. Mais, encore une fois, si l'objectif était de mettre fin aux abus, il y avait d'autres moyens d'y parvenir que la mise en place de **casse-tête calendaires et paperassiers**.

Et puisque l'on parle de casse-tête, parlons du **casse-tête rédactionnel** que sera l'élaboration du contrat de coopération commerciale puisqu'il devra préciser pour chaque service (établissement de tête de gondole, distribution de prospectus, mise en place d'une animation ... etc) : les **produits** concernés, la **durée** de l'opération de promotion et la **rémunération** du service, laquelle doit désormais être fixée en **pourcentage du prix unitaire net** de chaque produit ! (On se demandera au passage de quel "prix unitaire net" il s'agit, sachant que dans la pratique, certaines centrales calculent le montant de la rémunération des ACC sur le chiffre d'affaires réalisé par le distributeur, ce qui renvoie au prix unitaire de revente et non au prix unitaire de vente du producteur).

Parlons également du **casse-tête arithmétique** que sera, en fin d'exercice, le calcul de la rémunération.

Parlons enfin du **casse-tête de mise en œuvre**, au niveau des magasins : comment le gérant de telle ou telle supérette U prouvera-t-il qu'il a bien "mis en avant" la boîte de 500 grammes de petits pois X, sans discontinuité, du tant au tant, pour justifier, a posteriori, la rémunération de coopération commerciale qui lui sera attribuée sur chaque boîte de petits pois vendue durant cette période ? L'avenir nous le dira ... Peut-être ...

Quant à l'**inversion de la charge de la preuve** résultant de l'article 49 IV de la nouvelle loi, on la trouvera d'autant plus problématique que, dans la pratique, les ACC sont généralement négociés par les centrales d'achat pour l'ensemble de leurs adhérents, centrales d'achat qui, assez souvent, se gardent bien de les communiquer aux acheteurs. Il n'est donc pas rare qu'un gérant de grand magasin (qui est pourtant bien celui qui va rendre le service tendant à la promotion des ventes) n'ait aucune idée du contenu du contrat de coopération commerciale qui a été conclu pour son compte.

Finalement, le vice rédhibitoire du système est que s'il est effectivement – et de manière indirecte – de nature à décourager les abus, il est également de nature à rendre la vie impossible à ceux qui n'abusaient pas de la coopération commerciale. Cela n'était pourtant clairement pas l'objectif des divers promoteurs du projet de loi.

4./ Les services distincts

Le texte les décrit simplement comme étant de ceux "qui ne relèvent pas de la coopération commerciale". Avec un peu de bonne volonté, on comprendra qu'ils sont également de ceux qui ne relèvent pas non plus des obligations de vente et d'achat, même si ce n'est pas expressément dit.

Mais alors, quels sont-ils ? Sur ce point, une pâle lumière nous vient des travaux parlementaires. Ces services sont en effet décrits comme étant ceux qui ne relèvent d'aucune autre catégorie. Ce texte est donc un **texte râteau**, qui permet d'encadrer par la rédaction obligatoire d'un écrit, tous les services que la pratique tentera d'inventer pour **contourner la loi**.

On y retrouvera probablement également certains services qui, jusqu'à présent, étaient considérés comme relevant de la coopération commerciale mais qui, du fait de l'étrécissement de la nouvelle définition, ne semblent plus en relever. On peut notamment penser aux **études statistiques** établies par certains distributeurs, lesquelles, à notre sens, n'ont pas pour objet direct de "promouvoir les ventes aux consommateurs".

Quant aux fameux "**NIP**" (nouveaux instruments de promotion), qui sont cités par les travaux parlementaires comme étant de ceux qui relèvent des services distincts, nous ne voyons, pour notre part, aucune raison de les exclure a priori du champ de la coopération commerciale, dès lors que – qu'ils soient ou non mis en place en exécution d'un contrat de mandat – ils concernent un service rendu par un distributeur à un producteur dans un but de promotion commerciale de ses produits, ce qui est très exactement la définition de la coopération commerciale.

Conclusion

Les objectifs poursuivis par les promoteurs de ce texte sont louables et l'on ne peut qu'y adhérer. L'instrument de mise en œuvre de ces objectifs, c'est-à-dire le texte qui vient d'être voté, est, en revanche, hautement critiquable. Le texte recèle en effet trop d'incertitudes :

1./ L'articulation entre les "vieux" principes de transparence et de non discrimination et le "nouveau" principe de différenciation nous échappe : où commence l'une ? où s'arrêtent les autres ? Comment assurer la transparence lorsque l'on multiplie les accords tarifaires bilatéraux, non soumis à l'obligation de communication à tout acheteur actuel ou potentiel ? Il y a là une question essentielle qui n'a **jamais** été abordée au cours des débats.

2./ De la même manière, les frontières ne sont pas claires entre ce qui relève d'un type de négociation ou d'un autre, et la place est large, laissée à l'interprétation de chacun. Cette situation est d'autant plus préoccupante que les **sanctions** applicables à ceux qui n'appliqueront pas correctement les textes ont, dans le même temps, été considérablement **alourdis**.

3./ On déplorera enfin quelques **regrettables oublis**. On apprend en effet que le service relevant de la coopération commerciale est rendu par le distributeur "à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs", ce qui semble **exclure le B to B** du champ d'application de ce texte, sans aucune justification d'aucune sorte. Pourtant, il est clair que des intermédiaires professionnels peuvent parfaitement jouer, auprès de leurs clients détaillants et au profit de leurs fournisseurs, un rôle de promotion des ventes.

Bien évidemment, on lira avec intérêt le décret d'application qui nous dira sur quels critères établir des CGV différenciées. Une circulaire est par ailleurs attendue avant la fin de cette année. On peut néanmoins craindre que ces mesures explicatives seront insuffisantes pour restaurer la sécurité juridique : plus le législateur et le pouvoir politique vont entrer dans le détail typologique, plus l'on découvrira des hiatus entre texte et pratique, et plus l'on s'interrogera sur la manière dont il faut traiter les situations qui n'auront pas été expressément envisagées.