

# à la une

## Département Affaires, Contentieux & Arbitrage

La Loi CHATEL (Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement au service des consommateurs) impose désormais aux fournisseurs et à leurs distributeurs de récapituler **avant le 1<sup>er</sup> mars** dans une **convention unique** le résultat de leur négociation commerciale.

Le législateur a souhaité à la fois simplifier et alléger la formalisation de la relation entre le fournisseur et son distributeur mais le texte suscite malgré tout certaines interrogations.

### Le thème du mois : La formalisation de la négociation commerciale après la Loi CHATEL

La loi CHATEL du 3 janvier 2008 prévoit une modification d'un certain nombre des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce consacré à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence.

La Loi modifie notamment les règles gouvernant la formalisation de la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, et vise à simplifier et à alléger le dispositif législatif.

Dans l'exposé des motifs du projet de Loi, Luc CHATEL avait rappelé que la formalisation du résultat de la négociation commerciale dans une seule convention devait permettre « de retracer les avantages consentis par le fournisseur et le distributeur tant du point de vue de la vente que de la revente », avec pour objectif de faciliter le travail de la DGCCRF lors de ses contrôles.

La Loi devait offrir en contrepartie aux opérateurs économiques un allègement des « exigences formelles permettant de connaître la nature des avantages consentis et les services rendus par le distributeur. » Nous reviendrons sur ces deux points forts de la réforme.

#### ■ **Simplification** : une convention unique récapitule le résultat de la négociation commerciale

Le nouvel article L.441-7 du Code de commerce fait désormais obligation au fournisseur de conclure avec son distributeur ou son prestataire de services<sup>1</sup> une convention écrite qui matérialise, pour reprendre la formule de Luc CHATEL, l'ensemble de leur « plan d'affaires ».

Cette convention unique doit donc fixer les résultats de la négociation commerciale pour chacune des trois grandes catégories de services d'ores et déjà dégagés par la Loi Dutreil en 2005, à savoir :

- Les « conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale » ou **conditions particulières de vente** (ex : les remises « qualitatives » accordées en contrepartie des services logistiques fournis à l'occasion de la revente des produits). A ce stade, la doctrine est divisée sur le périmètre des ces conditions de vente. Faut-il évoquer ici les remises quantitatives alors qu'elles relèvent, en raison du principe de non-discrimination, des conditions générales de vente ? Plus généralement, doit-on évoquer les dérogations obtenues par le distributeur par rapport aux CGV de son fournisseur (délais de livraison, transfert des risques et de la propriété etc.) ? On attend avec impatience une circulaire sur la question ;
- 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 » ou **services de coopération commerciale** (ex : le placement du produit en « tête de gondole ») ;

- 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 » ou **services distincts** (ex : les enquêtes et autres questionnaires sur les produits du fournisseur)

La convention unique fixe pour chaque obligation son objet, la date de et les modalités de son exécution, sa rémunération et, pour les services de coopération commerciale, les produits auxquels ils se rapportent.

Curieusement, et alors que la Loi avait pour objectif affiché de simplifier la réglementation, le terme « coopération commerciale » disparaît officiellement (alors qu'il était compris de tous les praticiens) et le terme service distinct subsiste (alors qu'il n'a plus vraiment d'utilité). Il eut été plus simple de regrouper l'ensemble de ces services sous le vocable unique « coopération commerciale ».

Le reste du dispositif demeure à peu près identique ; la Loi maintient ainsi fort opportunément la possibilité pour les opérateurs de recourir selon leur souhait soit à un **document unique**, soit à un **contrat-cadre annuel** et des contrats d'application,

De même, fournisseurs et distributeurs peuvent encore conclure des **avenants** à cette convention unique, avec simplement l'obligation de formaliser la négociation dans les deux mois de la commande et avant que la prestation ne soit rendue, pour éviter les remises rétroactives.

#### ■ **Allègement** : une plus grande liberté laissée aux opérateurs

Les opérateurs ont désormais jusqu'au **1<sup>er</sup> mars** pour formaliser chaque année le résultat de leur négociation commerciale, et ils gagnent ainsi 15 jours grâce à la réforme<sup>2</sup>.

Par ailleurs, la Loi a **supprimé l'obligation de reporting annuelle** à la charge du distributeur, qui n'est donc plus contraint de faire connaître à ses fournisseurs avant le 31 janvier de chaque année le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits concernés.

En outre, le prix des prestations rendues n'a plus à être exprimé en pourcentage du prix de vente des produits auxquels ils se rapportent, et les opérateurs peuvent donc **librement déterminer les modalités de rémunération** des services de « coopération commerciale » et des « services distincts ».

<sup>1</sup> En pratique, les centrales d'achat ou de référencement.

<sup>2</sup> Pour les relations engagées en cours d'année, la règle reste la même : la convention devra être passée dans les deux mois de la première commande.

## ■ La Commission Européenne inflige à Microsoft une astreinte record de 899 millions d'euros

La Commission européenne vient d'infliger à Microsoft une astreinte de 899 millions d'euros pour ne pas avoir rempli les obligations qui lui incombaient en vertu de sa décision rendue en mars 2004 (**Comm. CE, communiqué n°P/08/318**).

Cette décision (Comm. CE, communiqué n°P/04/382), confirmée par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes en septembre 2007 (TPICE, 17.09.2007, T-201/04) avait estimé que la société Microsoft avait abusé de sa position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE et que l'entreprise était tenue de divulguer des spécifications d'interfaces pour assurer une parfaite interopérabilité entre les serveurs de groupe de travail d'une autre marque et les PC et serveurs Windows, et ce à un prix raisonnable.

Microsoft ayant attendu plus de trois ans pour se mettre en conformité avec la décision de 2004, elle est logiquement condamnée.

Toutefois, "c'est la première fois en 50 ans de politique de concurrence dans l'UE que la Commission a dû infliger une amende pour non-respect d'une décision antitrust", a commenté la commissaire à la Concurrence, Neelie Kroes.

## ■ La situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale peut être engagée alors même que l'auteur et la victime de l'acte malveillant ne sont pas en situation de concurrence.

C'est la solution dégagée peu à peu par la Cour de cassation depuis une série d'arrêts rendu en 2000 (Cass. com., 25.01.2000, pourvoi n°97-19957 / Cass. com., 30.05.2000, pourvoi n°98-15549 / Cass. com., 21.11.2000, pourvoi n°98-17478), et qui vient à nouveau d'être rappelée à deux reprises par la Haute Juridiction.

Dans la plus récente de ces deux décisions (**Cass. com., 12.02.2008, pourvoi n°06-17501**), la Haute juridiction approuve la Cour d'appel de Versailles d'avoir condamné la société LA FERMIERE à régler à la société YOPLAIT la somme de 200 000 € pour avoir commercialisé auprès de la société DANONE un produit similaire à celui qu'elle fabriquait déjà pour compte de YOPLAIT.

Peu importe en l'espèce que les marchés concernés (consommation hors domicile pour YOPLAIT / grandes et moyennes surfaces pour DANONE) soient distincts et que LA FERMIERE n'ait pas cherché à démarcher la clientèle de YOPLAIT puisque la situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale.

L'arrêt rendu le 20 novembre dernier par la Cour de cassation (**Cass. com., 20.11.2007, pourvoi n°05-15643**) a quant à lui appliqué cette jurisprudence en matière de dénigrement.

Aussi paradoxal que la solution puisse paraître, elle s'impose au plan juridique car l'action en concurrence déloyale repose, en droit français, sur la responsabilité civile délictuelle de droit commun de l'article 1382 du Code civil, et sur la simple démonstration d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice.

## ■ Les organismes professionnels ne peuvent entraver la politique tarifaire et commerciale de leurs membres

Le Conseil de la Concurrence rappelle chaque année, à l'occasion de son rapport annuel<sup>3</sup>, qu'une association professionnelle ou un syndicat sort de sa mission de défense de ses adhérents lorsqu'il se livre à des pratiques anticoncurrentielles.

Dans sa décision du 28 novembre 2007 (**Déc. Cons. Conc., 28 novembre 2007, n° 07-D-41**), le Conseil de la Concurrence rappelle à nouveau que « si un organisme professionnel peut diffuser des informations destinées à aider les membres dans l'exercice de leur activité, l'aide à la gestion qu'il leur apporte ainsi ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de détourner ses membres d'une appréhension directe de leur stratégie commerciale qui leur permette d'établir leurs prix de façon indépendante. »

<sup>3</sup> Le rapport pour l'année 2007 n'a pas encore été publié.

En l'espèce, la société NORDPATHOLOGIE et ses gérants, trois médecins spécialistes, avaient dénoncé auprès du Conseil les pressions exercées à leur encontre par plusieurs organisations professionnelles médicales et qui visaient à empêcher la présentation d'offres tarifaires inférieures aux tarifs des prestations pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance maladie, dans le cadre de marchés publics hospitaliers pour des prestations d'examen anatomopathologiques.

## ■ Le rapport de la Commission HAGELSTEEN sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente

Le 12 février 2008, Marie-Dominique HAGELSTEEN, Président de la section des travaux publics du Conseil d'Etat, a remis son rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente au Gouvernement qui a souhaité que soit examinée la possibilité de mettre en place un nouveau dispositif juridique de nature à restaurer une pleine liberté de négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente.<sup>4</sup>

Dans ce contexte, Le rapport propose de faire sauter l'une des clés de voûte du droit français de la concurrence, l'interdiction des pratiques discriminatoires, en abrogeant purement et simplement le 1° du I de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Si l'interdiction des pratiques discriminatoires disparaît, la Commission HAGELSTEEN souhaite néanmoins maintenir l'article L.441-6 du Code de commerce, qui prévoit l'obligation d'établir des conditions générales de vente et l'obligation de les communiquer.

Le rapport donne simplement la possibilité d'établir des tarifs adaptés aux catégories particulières avec lesquelles un fournisseur souhaite négocier.

En outre, la Commission HAGELSTEEN préconise le développement de la concurrence en aval dans le secteur de la distribution et notamment entre enseignes, par un allègement de la législation relative à l'équipement commercial et l'institution de mécanismes anti-concentration au niveau local.

Le rapport propose aussi de favoriser l'élaboration d'un cadre permettant de rééquilibrer les relations entre les fournisseurs, notamment les petites et les moyennes entreprises, et les distributeurs en instaurant un code de bonne conduite qui régirait leurs relations et contribuerait à la pacification des relations professionnelles.

Enfin, le rapport propose également un renforcement du régime des sanctions, sans prévoir de dépénalisation, par une augmentation de l'amende civile dont le plafond ne sera pas fixé en valeur absolue, mais en proportion du chiffre d'affaires de l'entreprise (5% du chiffre d'affaires réalisé en France).

Cette dernière proposition fait écho au Rapport COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires qui vient d'être remis au Garde des Sceaux, qui ne conclut pas à une dépénalisation générale du droit des affaires mais plutôt, selon la formule employée par Jean-Marie COULON, à « *mieux pénaliser*.<sup>5</sup> »

**P.D.G.B Société d'Avocats**  
174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris  
[www.pdgb.com](http://www.pdgb.com)  
**G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX**  
B. JARDEL - P. JULIEN - A. COLNEL  
L.GIMENO - T. BEDOISEAU

<sup>4</sup> Le rapport HAGELSTEEN peut être consulté à cette adresse : [http://www.minefe.gouv.fr/directions\\_services/sircom/consommation/rapport\\_hagelstee\\_n080211.pdf](http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/sircom/consommation/rapport_hagelstee_n080211.pdf)

<sup>5</sup> Le rapport COULON peut être consulté à cette adresse : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000090/index.shtml>