

à la une

Département : Affaires / Contentieux / Arbitrage

Le projet de loi de modernisation de l'économie (LME) présenté par le Ministre de l'Economie, Christine Lagarde, lors du conseil des ministres le 28 avril 2008, a été discuté en première lecture à l'Assemblée Nationale le 2 juin 2008. Selon le calendrier annoncé, le projet pourrait être définitivement adopté début juillet 2008.

Le thème du mois: les distributeurs bientôt libres de négocier les tarifs fournisseurs

Le projet de loi LME, inspiré du rapport Hagelsteen, est présenté comme constituant « la dernière étape de la réforme du cadre juridique des relations commerciales engagée avec la loi du 2 août 2005 en faveur des PME et qui s'est poursuivie avec la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. [...] Le cœur de la réforme réside dans la possibilité pour les fournisseurs de différencier les conditions tarifaires qu'ils accordent aux distributeurs. »¹

Le projet de loi LME vise essentiellement, à travers une liberté accrue de la négociation des conditions générales de vente entre distributeur et fournisseur, à renforcer la concurrence dans la grande distribution afin d'aboutir, à terme, à une baisse des prix en faveur des consommateurs.

Le projet de loi LME permet aux distributeurs de négocier librement les conditions générales de vente (I) mais pose des limites en sanctionnant les pratiques abusives (II).

■ Une libre négociabilité des tarifs fournisseurs

Le but de la réforme est de **supprimer tous les obstacles à la libre négociation des conditions générales de vente** par les fournisseurs et permettre ainsi, à ces derniers, de différencier librement les conditions tarifaires qu'ils accordent aux distributeurs.

Sous l'empire du droit positif actuel, le distributeur qui accorde des conditions générales de vente à un producteur et qui refuse de les accorder à un autre producteur tombe sous le coup de la sanction civile des pratiques discriminatoires non justifiées par des contreparties réelles de l'article L. 442-6, I-1° du Code de Commerce.

Cette interdiction *per se* des discriminations tarifaires avait conduit à favoriser la pratique dite des « marges arrière » entre fournisseurs et distributeurs, via la mise en place de contrats de coopération commerciale rémunérant des prestations fictives ou surévaluées.

La Loi LME a pour objectif de parachever l'œuvre des Loi Dutreil (août 2005) et Châtel (janvier 2008)², en donnant un coup d'arrêt définitif à la pratique des marges arrière abusives.

Par conséquent, l'article 22 du projet de loi LME **prévoit de supprimer purement et simplement la sanction civile des pratiques discriminatoires non justifiées par des contreparties réelles**. Ainsi, le producteur et le distributeur pourront négocier librement les conditions de vente sans que le distributeur ait l'obligation de justifier les raisons pour lesquelles certaines conditions sont consenties à tel distributeur et non à tel autre.

La Loi du 2 août 2005 avait autorisé les distributeurs à négocier des **conditions générales de vente différenciées selon les catégories d'acheteurs** (C. com. Art. L. 441-6, alinéa 6). Néanmoins le décret qui devait fixer les conditions d'application de cette loi n'a jamais été publié par

le gouvernement ; le projet de loi prévoit de supprimer la référence au décret et de permettra aux fournisseurs de différencier librement leurs conditions générales de vente entre leurs différents distributeurs.

La loi du 2 août 2005 avait également consacré la possibilité pour les producteurs d'établir des **conditions particulières de vente « justifiées par la spécificité des services rendus »** qui, contrairement aux conditions générales de vente, ne sont pas soumises à l'obligation de communication de l'article L. 441-6 al. 7 du Code de Commerce. Le projet de loi prévoit de supprimer la condition restrictive tenant à la « spécificité des services rendus » ce qui devrait faciliter leur établissement.

Enfin, toujours dans un souci de faciliter la libre négociation des conditions générales de ventes, l'article 22, 4° du projet de loi prévoit que **serait nulle la clause contractuelle « du client le plus favorisé »** prévoyant la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. Le producteur ne sera donc plus contraint d'accorder les conditions générales de vente négociées avec un distributeur à un autre distributeur.

Toutefois, afin de prévenir des éventuels abus que pourrait engendrer cette liberté accrue dans la négociation des conditions de vente, le projet de loi prévoit un certain nombre de garde-fous.

■ Un encadrement des rapports fournisseurs/distributeurs

En proposant la modification de l'article L. 442-6 du Code de Commerce, le projet de loi opère de véritables changements dans le contrôle et la sanction des comportements des fournisseurs et distributeurs.

Tout d'abord, le projet de loi prévoit de modifier l'article L. 442-6, 4° du Code de Commerce en sanctionnant le fait d'obtenir sous la menace non plus des conditions de vente « **manifestement dérogatoire aux conditions générales de vente** », mais 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** ». L'abus – et non plus la discrimination – est montré du doigt, ce qui est compatible avec la nouvelle liberté donnée aux opérateurs économiques dans la négociation des conditions de vente.

Ensuite, et par souci de simplification, l'article 442-6-I-2° du Code de commerce ne sanctionnera plus « **l'abus de dépendance** » ou « **l'abus de puissance d'achat ou de vente** », peu appliqués par les juges, mais le fait de « **soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** ».

Enfin, si l'amende civile maximum qui peut être prononcée par les Tribunaux en matière de pratiques restrictives de concurrence reste fixée à 2 millions d'euros, le projet de Loi prévoit que « **cette amende peut être portée au triple du montant, évalué par la juridiction, des sommes indûment versées** » (article L.442-6-III, alinéa 2).

¹ Cf. Exposé des motifs du Projet de Loi (Titre II, Chapitre premier)

² Voir nos Une du mois de novembre et février dernier sur ce point

L'actualité en Droit de la distribution, de la concurrence et de la consommation

■ La prescription de l'abus de position dominante

La Chambre criminelle de la Cour de cassation vient de juger que la prescription triennale du délit d'abus de position dominante résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif commence à courir à compter du dernier acte d'exécution du contrat (Cass. Crim., 19 mars 2008, n° 07-80.473) et non à compter du jour de l'annulation du contrat par une sentence arbitrale.

En 1993, la société SNF avait conclu un contrat d'approvisionnement exclusif avec la société CYTEC. En 2000, SNF a dénoncé le contrat comme contraire aux articles 81 et 82 du Traité CE et a cessé ses relations contractuelles avec CYTEC, laquelle a alors saisi une instance arbitrale qui a déclaré le nul le contrat et a condamné SNF à l'indemniser par une décision du 15 septembre 2004.

Le 10 novembre 2004, SNF a déposé une plainte avec constitution de partie civile en reprochant à CYTEC un abus de position dominante trouvant sa source dans le contrat-cadre conclu entre les deux sociétés.

En 1^{ère} instance, les juges du fond ont accueilli la demande de SNF, solution infirmée par la Cour d'appel de Lyon qui a déclaré l'action publique éteinte. SNF a alors formé un pourvoi en cassation afin de demander à la Cour de cassation de se prononcer sur le point de départ de la prescription du délit de position dominante.

La Cour de cassation confirme la solution rendue par la Cour d'appel en précisant que « **le délit d'abus de position dominante, résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif, se prescrit à compter du dernier acte d'exécution du contrat.** »

■ Délais de paiement et virement bancaire

L'article L. 441-3 alinéa 4 du Code de commerce prévoit que « *le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.* »

La Cour de Justice des Communautés Européennes vient tout récemment de préciser, en interprétation de la directive 2000/35 du 29 juin 2000 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, que le paiement du débiteur est considéré comme tardif dès lors que le créancier ne dispose pas de la somme due à l'échéance. (CJCE, 3 avril 2008 aff. 306-06, 1^{ère} ch, 01051 Telecom GmbH c/ Deutsche Telekom AG).

En cas de paiement effectué par virement bancaire, seule l'inscription du montant dû au crédit du compte du créancier permet à ce dernier de disposer de cette somme.

Cet arrêt vient confirmer la position jurisprudentielle française, la Cour de cassation ayant déjà eu l'occasion de poser ce principe en précisant que le virement bancaire est réalisé à la date de l'inscription de son montant au crédit du compte bancaire du bénéficiaire. (Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 1993, pourvoi n°91-14472)

Le droit français est donc conforme à l'interprétation de la directive 2000/35 du 29 juin 2000 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales retenue par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

■ Publicité comparative en matière de médicaments génériques

La publicité comparative est visée à l'article L. 121-8 du Code de la consommation, qui dispose que pour être licite, la publicité doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services³.

En l'espèce, la société G GAM a fait paraître en mai 2003 dans des revues professionnelles des annonces informant de « la

commercialisation prochaine de la Paroxetine G GAM (générique de Deroxat), paru au JO du 1^{er} novembre 2002 », accompagnée de la représentation d'une face du conditionnement sur laquelle était imprimée la phrase « Ce médicament générique remplace le Deroxat, prescrit par votre médecin. »

Les sociétés Beecham PLC et Glaxosmithkline, respectivement titulaire et utilisatrice de la marque Deroxat ont alors assigné la société G GAM en contrefaçon de marque et en concurrence déloyale.

La Cour d'appel de Paris avait précisé, dans un premier temps, qu'une annonce qui ne citait que le nom du médicament princeps (ou de référence) et l'information relative à la mise en vente d'un générique ne pouvait être qualifiée de publicité comparative et était donc constitutive de contrefaçon.

La Cour de cassation casse la décision rendue par la Cour d'appel de Paris en affirmant que le seul terme « générique », utilisé dans la publicité et défini par l'article L. 5121-1 5° du code de la santé publique, permet au public visé - les pharmaciens - de déterminer précisément les caractéristiques comparées des deux produits, leur exactitude, la forme pharmaceutique de la spécialité de référence et de démontrer leur bioéquivalence. (Cass. Com., 26 mars 2008, pourvoi n°06-18366)

Il résulte donc de ces éléments que l'annonce litigieuse procède bien à une comparaison des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces deux produits au sens de l'article L. 121-8 du Code de la consommation.

A titre de précision, il conviendra de noter que cette solution ne s'applique que dans le cadre d'une publicité comparative faite en direction de professionnels, la publicité auprès du public consommateur étant interdite pour les médicaments soumis à prescription médicale (article L. 5122-6 du Code de la santé publique).

■ Chiffres INSEE pour 2007 : maintien de la progression du pouvoir d'achat

Il peut paraître paradoxal qu'à l'heure où le Gouvernement cherche à faire voter par l'Assemblée Nationale des mesures destinées à « redonner du pouvoir d'achat » aux consommateurs (cf. notre thème du mois), l'INSEE conclut dans son rapport, comme chaque année, que le pouvoir d'achat continue à gagner du terrain en 2007, avec une hausse de 3,3 % après un ralentissement observé entre 2003 et 2006.

Plus exactement, l'INSEE affirme qu'en 2007 « *le pouvoir d'achat des ménages gagne de la vigueur et leur taux d'épargne progresse* » (Comptes nationaux annuels pour l'année 2007).

La notion usuelle de pouvoir d'achat correspond en réalité au pouvoir d'achat du revenu disponible brut des ménages, lequel peut être défini comme la part du revenu qui reste à disposition des ménages pour la consommation et l'épargne une fois déduits les prélèvements sociaux et fiscaux.

L'INSEE rappelle que le pouvoir d'achat est une mesure macroéconomique qui « *peut différer de la perception qu'ont les ménages de l'évolution de leur niveau de vie* », de nombreux facteurs étant susceptibles, selon elle, « *d'expliquer un tel décalage, en particulier l'accroissement de la population. (dynamisme des naissances, augmentation de l'espérance de vie).* »

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

www.pdgb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX

B. JARDEL – P. JULIEN – T. BEDOISEAU

L.GIMENO – S. MBARKI – E. MARCILHAC

³ Sur ce sujet, lire notamment « *La publicité comparative, arme commerciale en plein devenir* », 5 sep 2007 - Décideurs : Stratégie Finance Droit – Par Xavier Hugon et Thomas Bedoiseau