

à la une

Département Affaires, Contentieux & Arbitrage

Le Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, préparé par le Secrétaire d'Etat au Tourisme et à la Consommation Luc CHATEL, a été adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée Nationale le 27 novembre 2007. Ce projet vise notamment à lutter contre la pratique des « marges arrière » et s'inscrit en ce sens dans la continuité de la Loi n°2005-882 du 2 août 2005 dite « PME » ou « DUTREIL II » qui avait déjà pour ambition de sanctionner les dérives constatées dans le secteur de la grande distribution dans le cadre des négociations hors facture.

Le thème du mois : Un pas en avant contre les « marges arrière »

En France, et contrairement à la très grande majorité des Etats membres de l'Union Européenne, la loi interdit en tant que telle la pratique consistant à revendre un produit à perte, quels qu'en aient été les effets anticoncurrentiels¹.

L'interdiction *per se* de la revente à perte telle que redéfinie par la loi Galland en 1996, qui visait à protéger les commerces de proximité face à la grande distribution, a été très souvent critiquée car non seulement elle n'aurait aucune justification économique², mais encore elle aboutirait à entraver l'objectif principal du droit de la concurrence qui est de favoriser la baisse des prix en faveur du consommateur.

Elle serait ainsi à l'origine du développement de la pratique des « marges arrière » dans le secteur de la grande distribution au cours de la dernière décennie, qui a entraîné une hausse notable des prix à la consommation.

Face à cet effet secondaire, le Gouvernement avait mis en place en août 2005 une réglementation jugée à la fois trop complexe et trop peu efficace par les praticiens. La Commission ATTALI a depuis proposé dans son rapport d'étape de supprimer tout simplement l'interdiction de la revente à perte³.

Ce n'est pas l'option retenue par le gouvernement qui propose, dans son récent projet de Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs⁴, d'intégrer l'ensemble des marges arrière dans le calcul du seuil de revente à perte (I.) et de simplifier la formalisation de la coopération commerciale (II.).

I. Le Projet de Loi intègre les « marges arrière » dans le calcul du Seuil de Revente à Perte

De l'avis général, le calcul du Seuil de Revente à Perte (SRP) tel que défini par la loi Galland en 1996 était trop simplificateur puisqu'il était alors interdit pour un distributeur de revendre un produit en dessous du prix apparaissant sur la facture d'achat, sans aucune prise en compte des remises hors factures.

C'est cette disposition qui a entraîné les acteurs du secteur de la grande distribution à déporter la négociation commerciale de l'avant (remises sur facture) vers l'arrière (remises hors facture), puisque les « marges arrière » réalisées par les distributeurs dans le cadre d'accords de coopération commerciale ne pouvaient pas être répercutées sur le prix de vente au consommateur.

En août 2005, le gouvernement a souhaité mettre en place un arsenal destiné à lutter contre cette dérive. Mais en voulant trop bien faire, il a fait voter un texte trop complexe, difficile d'interprétation et d'application, qui prévoit l'intégration partielle et progressive des « marges arrière » dans le calcul du SRP.

Le Projet de Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs revient à plus de simplicité en intégrant immédiatement au calcul du seuil de revente à perte « l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur. »⁵

Si le Projet de Loi est adopté, les « marges arrière » pourront donc être répercutées sur le prix de vente au consommateur.

Comme en 2005, la réglementation devrait produire des effets secondaires notamment dans le secteur pharmaceutique où les laboratoires « génériqueurs » ont recours à la pratique des « marges arrière ».

II. Le Projet de Loi simplifie la formalisation de la coopération commerciale

La même volonté de simplification se retrouve dans les règles prévues par le Projet de Loi pour encadrer les accords de coopération commerciale, qui sont la source même des « marges arrière. »

En 2005, le législateur avait créé une distinction artificielle entre les services de coopération commerciale proprement dits, qui étaient encadrés par des règles très contraignantes, et les services « distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale »⁶, dont les modalités d'application étaient un peu plus souples.

Finalement, le Projet de Loi ne reconnaît plus qu'un seul corps de règles, largement assoupli, et prévoit qu'une convention unique doit être établie qui fixera « 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, ainsi que tout service ayant un objet distinct. »

Cette même convention fixe « les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale », ce qui permettra d'avoir sur un document unique un aperçu global de la négociation intervenue entre un fournisseur et son distributeur.

¹ Article L.442-2 du Code de commerce : « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende (...) »

² C'était notamment la position du Conseil de la concurrence dans son avis n°04-A-18 du 18 octobre 2004 qui estimait que « la définition actuelle du seuil de revente à perte revêt un caractère conventionnel et ne correspond pas à un seuil économique. »

³ C'était également la proposition de la Commission CANIVET dans son rapport du 18 octobre 2004.

⁴ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0351.asp>

⁵ Dans son intégralité, l'article L.442-2, al.2 du Code de commerce serait rédigé comme suit : « Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport. »

⁶ La pratique les appelle tout simplement « services distincts »

■ La rupture brutale d'une relation commerciale établie.

L'article L 442-6-1-5° du Code de commerce prévoit qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale 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 ».

En l'espèce⁷, une société spécialisée dans le portage de quotidien à domicile s'est vue attribuer un marché correspondant à plusieurs arrondissements parisiens aux termes d'un contrat d'un an et renouvelable par tacite reconduction.

Ledit contrat était assorti de deux obligations ayant un poids économique pour la société de portage, à savoir, l'engagement d'exclusivité pendant toute la vie du contrat et une clause de non concurrence d'une durée de deux ans applicable dans Paris et sa couronne après la rupture du contrat.

Après 13 années de relation commerciale suivie, sa cocontractante, prétextant « une dégradation constante de la qualité de prestation de portage », a rompu brutalement le contrat, sans préavis écrit, 2 mois et demi avant la reconduction du contrat.

En appel, les juges ont estimé qu'au vu de l'ancienneté de la relation contractuelle, et de la dépendance économique dans laquelle se trouvait la société de portage à l'égard de sa partenaire, le « délai » de 2 mois et demi était « insuffisant ».

La société aurait du, selon les juges du fond, respecter un préavis de 2 ans.

La singularité de l'arrêt réside dans la prise en compte de la clause de non concurrence dans le calcul de la durée du préavis approprié.

■ Les procédures collectives au cours des 10 dernières années.

Un an et demi après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, un bilan se devait d'être dressé.

Altarea et Deloitte Finance ont publié, le 5 octobre 2007, une analyse des procédures collectives ouvertes entre 1997 et le 1^{er} semestre 2007⁸.

Afin de mener à bien cette étude, il a été tenu compte de critères tels que la situation géographique de l'entreprise, son ancienneté, son chiffre d'affaires et le nombre de ses employés.

Il en ressort que l'application de la loi de sauvegarde, associée à une meilleure conjoncture économique, a abouti à une diminution de 4,5% du nombre de procédures collectives ouvertes en 2006.

En outre, et pour la même année, on note une tendance à la baisse du nombre de procédures de redressement judiciaire qui ne représentent plus que 34,1% des procédures collectives contre 36% en moyenne au cours des 10 années écoulées.

L'analyse de la même période révèle qu'une procédure de redressement judiciaire aboutit généralement à la liquidation judiciaire (65% des cas), parfois au plan de continuation (27%), plus rarement au plan de cession (8%).

Toutes ces données varient bien entendu en fonction du secteur d'activité, de la localisation géographique, de la taille et de l'importance de l'entité concernée.

Ainsi, certaines régions comme l'Île de France et la région Rhône-Alpes ont connu un fort taux de liquidations judiciaires au cours de la dernière décennie.

Les statistiques mettent également en évidence le rôle joué par la taille et l'ancienneté de l'entreprise dans les chances de succès de la procédure collective, les entreprises les plus importantes et les plus anciennes étant plus à même de bénéficier d'un plan de continuation ou d'un plan de cession.

Les procédures de sauvegarde, introduites par la réforme de juillet 2005, ont représenté pour l'année 2006 seulement 1% des procédures collectives. Elle a été plus ou moins employée selon le type d'activité des agents économiques.

Les trois secteurs ayant le plus eu recours à la sauvegarde sont les services (30,4% de l'ensemble des procédures), l'industrie (27,2%) et le commerce (19,4%).

Ce sont les plus jeunes et les plus petites des entreprises qui sont les plus touchées par la sauvegarde, car dans 71% des cas, la société a un chiffre d'affaires de moins de 1,5 million d'euros et dans 50% des cas, elles ont moins de 10 ans d'ancienneté.

Là encore, les régions Île de France et Rhône Alpes se démarquent puisqu'elles représentent à elles seules 25% des sauvegardes ouvertes en France depuis 2005.

Au premier semestre 2007, les procédures de sauvegarde instaurées l'année précédente ont abouti à un plan de sauvegarde à hauteur de 56% et le solde des procédures ont été converties en redressement ou liquidation judiciaire.

Autre statistique notable, la montée en flèche du nombre de mandats ad hoc sollicités (+30%) et l'explosion des conciliations dont le nombre a doublé par rapport aux règlements amiables de 2005⁹.

■ La charge des travaux imposés par l'administration dans un local commercial.

Il est de jurisprudence constante pour la Cour de cassation d'assimiler à un cas de force majeure la prescription de travaux par l'administration dans un local faisant l'objet d'un bail commercial.

Les travaux ainsi effectués sont à la charge du bailleur.

Toutefois, ce principe connaît une exception.

En effet, lorsque cette obligation de procéder à des travaux, bien que d'origine administrative, provient d'une déspecialisation volontaire du preneur ou de son choix d'activité dans un bail tous commerces ou de l'utilisation personnelle qu'il fait des locaux, la force majeure est écartée et les dispositions du bail redeviennent applicables de plein droit.

En l'espèce¹⁰, le locataire d'un bail commercial avait effectué des travaux suite à un commandement de l'administration afin de satisfaire, à la mise en place, à son initiative, d'une activité complémentaire à celle prévue dans le bail.

Le bailleur a demandé l'application de la clause résolutoire car ces travaux avaient été entrepris en violation du bail qui interdisait au locataire d'effectuer des travaux sans l'accord du propriétaire.

Le locataire pour se défendre répondit que l'injonction faite par l'administration de faire procéder aux travaux litigieux constituait un cas de force majeure qui l'exonérait de toute responsabilité contractuelle.

La Cour d'appel puis la Cour de cassation rejettent cet argument au motif que ces travaux n'étaient dus qu'à l'adjonction par le locataire d'activités complémentaires à celle prévue au bail.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

www.pdqb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX

B. JARDEL - P. JULIEN - A. COLNEL

L.GIMENO - T. BEDOISEAU

⁷ Cour d'appel de Paris 23 février 2007 n° 04-16524

⁸ <http://www.village-justice.com/articles/entreprise-difficulte-France-etude,2768.html>

⁹ La procédure de conciliation a, depuis la loi de sauvegarde, remplacé le règlement amiable.

¹⁰ Cour de cassation 13 juin 2007 n°06-13.661