

## Département Affaires, Contentieux & Arbitrage

*La Loi de Modernisation de l'Economie, du 4 août 2008, dite LME, vise, au travers d'une série de mesures hétéroclites à favoriser la baisse du prix de vente au consommateur.*

*Cette réforme trouve notamment sa source dans les propositions de la commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques ATTALI qui, dans son rapport d'étape du 12 octobre 2007, préconisait d' "instaurer le principe de liberté tarifaire dans la distribution et le commerce, en levant l'obstacle de la discrimination tarifaire". Un des éléments central de la LME, porte sur la suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoire.*

### Le thème du mois : LME : La négociabilité des CGV

La LME veut introduire plus de concurrence dans les relations commerciale en libérant la phase de négociation (I). En revanche, soucieux de préserver un semblant d'équilibre entre les partenaires, le législateur a voulu limiter les abus (II).

#### I – La libre négociation

La LME affiche ses ambitions par son titre II : « Mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance ».

Elle supprime à compter du 6 août 2008 l'interdiction des discriminations injustifiées et valide le recours à des conditions générales de vente (CGV) catégorielles et aux conditions particulières de ventes.

La LME revient sur un principe énoncé il y a 50 ans qui prohibait à l'article L 442-6-1 du Code de commerce les pratiques discriminatoires « *non justifiés par des contreparties réelles* ».

En d'autres termes, aucune modification des prix pratiqués par un fournisseur n'était possible si la modification tarifaire n'était pas justifiée par des contreparties et qu'elle était proportionnée.

En pratique, la négociation commerciale n'avait pas disparu. Les négociations de gré à gré se sont déplacées du prix de vente facturé, c'est-à-dire les marges avant, vers la coopération commerciale, c'est-à-dire les marges arrière.

La LME a entendu supprimer la sanction de la pratique discriminatoire non justifiée par des contreparties réelles.

La loi valide par ailleurs le principe énoncé par la loi du 2 août 2005 selon lequel les CGV « *constituent le socle de la négociation commerciale* ».

Enfin, la LME confirme la possibilité ouverte à tout vendeur de créer des CGV catégorielles.

La loi nouvelle abandonne la référence au décret qui devait définir des catégories par critères de chiffre d'affaires, de nature de la clientèle ou de mode de distribution.

Chaque opérateur sera donc libre de définir lui-même des conditions spécifiques par catégories d'acheteurs ou demandeurs de service.

La LME a également supprimé la condition posée par la loi DUTREIL à l'existence de conditions particulières de vente « *justifiées par la spécificité du service rendu* », permettant ainsi d'abandonner le recours aux faux services justifiant des vraies réductions de prix obtenues par la seule négociation commerciale.

En définitive, les dispositions de la LME permettent désormais aux parties de librement négocier les conditions de leurs relations commerciales.

Cette liberté retrouvée n'ouvre cependant pas le champ à tous les excès, la LME ayant mis en place de nouveaux outils destinés à limiter les abus.

#### II – Les limites à la liberté de négocier

La LME complète la liste des abus sanctionnés par le Code de commerce, notamment en son article 442-6. Sont prohibés :

- Le non respect des dispositions nouvelles relatives aux délais de paiement (Le lecteur se reportera utilement sur ce point à notre Une du mois de novembre 2008).

- « *le fait (...) de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

- « *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* »

C'est désormais l'obtention de « *conditions manifestement abusives* » qui est sanctionnée ; et non plus l'obtention de conditions contraires aux CGV (L442-6 ancien), l'adverbe « *manifestement* » laissant toutefois le commentateur perplexé.

- Enfin, la clause dite « *du client le plus favorisé* » est désormais nulle.

Cette clause permettait de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables obtenues par un concurrent. Elle était donc directement contraire à la volonté affichée par le législateur de favoriser les négociations de gré à gré.

### ■ Déréfèrement : les délais de préavis prévus dans les accords interprofessionnels ne sont pas forcément suffisants

La Cour de cassation dans son arrêt du 2 décembre dernier<sup>1</sup> a considéré que le fait pour une société de mettre fin à une relation commerciale établie en respectant le délai de préavis prévu par un accord interprofessionnel ne suffit pas à caractériser l'absence de brutalité de la rupture au sens de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce.

En l'espèce, était en cause le délai de préavis préconisé par l'accord interprofessionnel FMB UNIBAL lors d'un déréfèrement dans le secteur du bricolage.

La société Castorama, spécialisée dans la distribution d'articles de bricolage et de décoration, entretenait des relations commerciales avec la société Tomécanic depuis plus de trente ans lorsqu'elle l'a informée qu'elle cesserait de distribuer ses produits passé un délai de préavis de 12 mois. Le délai de préavis ainsi accordé par la société Castorama respectait celui préconisé par l'accord interprofessionnel FMB UNIBAL.

Cependant, la Cour de cassation a estimé que cette rupture était brutale, faute pour la société Castorama d'avoir accordé à la société Tomécanic un préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale. Elle a ainsi confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de DOUAI qui avait condamné la société Castorama à payer à la société Tomécanic la somme de 1.127.874,96 euros au titre du préjudice consécutif à la brutalité de la rupture.

Ainsi, selon la Cour, le fait de respecter le délai de préavis contenu dans un accord interprofessionnel ne suffit pas à établir l'absence de brutalité de la rupture dans la mesure où le préavis accordé à la partie subissant la rupture doit tenir compte de la durée de la relation commerciale.

Les conditions posées par l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce sont donc cumulatives. Pour ne pas être considérée comme brutale, la rupture doit être opérée dans le respect d'un préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant le préavis minimal fixé par l'accord interprofessionnel.

### ■ Cautionnement : l'obligation du dirigeant caution demeure après cessation de ses fonctions

La Cour de cassation<sup>2</sup> est venue rappeler que la caution donnée par le dirigeant d'une société à l'un des créanciers de l'entreprise ne s'éteint pas automatiquement du fait de la cessation de ses fonctions. Le dirigeant reste tenu à l'égard du créancier, bénéficiaire de l'acte de cautionnement, des dettes de la société malgré son départ de la direction de l'entreprise à moins que l'acte de cautionnement stipule expressément que l'existence du mandat social est la condition déterminante de l'engagement de la caution.

En conséquence, il est nécessaire d'apporter une attention particulière à la rédaction de l'acte de cautionnement.

En outre, la caution ayant la faculté de mettre un terme à son engagement en respectant le formalisme prévu par l'acte de cautionnement, le dirigeant qui cesse ses fonctions doit prendre garde à dénoncer les cautionnements qu'il a pu consentir durant l'exercice de son mandat social.

### ■ Cautionnement : la victoire du droit à l'information des cautions sur le secret bancaire :

La Cour de Cassation vient de départager deux principes antagonistes : le droit des cautions à obtenir des informations sur la créance qu'elles garantissent, d'une part, et le secret bancaire, d'autre part. Dans son arrêt du 16 décembre 2008 (Cass. Com. 16/12/08, pourvoi n° 07-19777), elle se prononce en faveur du premier en affirmant que le secret bancaire ne peut être opposé à la caution qui demande justification des sommes réclamées par la banque.

En l'espèce, un dirigeant s'était porté caution auprès de la BNP des engagements contractés par sa société au titre d'un contrat de concession. A la mise en liquidation de la société débitrice, la banque se tourna vers les héritiers de la caution, décédée trois ans auparavant, en vue d'obtenir l'exécution de l'engagement de caution. Ceux-ci s'exécutèrent.

Néanmoins, s'interrogeant sur la légitimité de la réclamation de la banque au regard du principe de l'extinction de l'obligation de couverture au décès de la caution, les héritiers demandèrent à la banque des explications sur les sommes réglées. La banque leur opposa le secret bancaire.

La Cour de Cassation retient que « **dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire** ».

Autrement dit, les banques ne peuvent pas se cacher derrière le secret bancaire pour ne pas exécuter leur obligation contractuelle d'information envers les cautions ou leurs ayants droit.

### **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 - T. BEDOISEAU

L. GIMENO – T. KLIBANER – S. MBARKI

<sup>1</sup> Cass. Com., 2 décembre 2008, n°08-10.731

<sup>2</sup> Cass. Com., 14 octobre 2008, n°07-16.947