

# Libéralisation des négociations et des pratiques tarifaires entre fournisseurs et distributeurs

Afin de parachever la réforme engagée par la loi Chatel du 3 janvier 2008, et de notamment «tourner le dos définitivement au système des marges arrière», la loi de modernisation de l'économie est venue apporter de nouvelles mesures.



Par Igor Doumenc,  
avocat, Sarrau  
Thomas Couderc

Après la loi Chatel du 3 janvier 2008<sup>1</sup> qui procède notamment à l'abaissement du seuil de revente à perte (SRP) pour le ramener au «trois fois net», la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008<sup>2</sup> prend un ensemble de mesures complémentaires destinées à favoriser la libéralisation des négociations commerciales et des pratiques tarifaires entre fournisseurs et distributeurs. L'article L. 442-2 du Code de commerce (modifié par la loi Chatel) définit le SRP comme le «prix unitaire net figurant sur la facture d'achat» (à savoir : le tarif brut diminué des remises sur factures), «minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur» (à savoir les contreparties financières non mentionnées sur la facture, telles les remises de fin d'année, coopérations commerciales, prestations de service), et «majoré des taxes (...) et du prix du transport». Ainsi, le SRP en «trois fois net» permet la «remontée» des marges arrière<sup>3</sup> en réduction du prix d'achat<sup>4</sup> en vue de relancer la concurrence entre les distributeurs sur le prix de revente au consommateur. La LME souhaite parachever la réforme et «mettre un terme à la fausse coopération commerciale et tourner le dos définitivement au système des marges arrière maintes fois dénoncé et jamais réformé<sup>5</sup>». A cette fin, la LME prend notamment les mesures suivantes.

**1.** Le principe de l'interdiction des pratiques discriminatoires est abrogé depuis le 6 août 2008<sup>6</sup>. Concrètement, ceci signifie que les entreprises disposent de davantage de marges de

manœuvre dans la détermination de leur politique tarifaire. C'est désormais le principe de la liberté des négociations commerciales de gré à gré qui s'instaure, la discrimination tarifaire n'étant plus condamnable en tant que telle. Néanmoins, les nombreuses pratiques abusives répertoriées dans le Code de commerce demeurent applicables<sup>7</sup>.

**2.** Si les conditions générales de vente (CGV) demeurent le socle de la négociation commerciale, la LME favorise le recours aux CGV différenciées «selon les catégories d'acheteurs de produits<sup>8</sup>». La loi étant muette sur ce qu'il faut entendre par «catégories d'acheteurs», une latitude est laissée aux fournisseurs pour classifier, sous leur responsabilité, leur clientèle et organiser les différenciations notamment tarifaires. En outre, le fournisseur peut s'éloigner davantage des CGV pour convenir des conditions particulières de vente (CPV) avec tel acheteur, sans qu'il soit nécessaire de les justifier par la spécificité des services rendus.

**3.** La LME développe le concept de la «convention unique<sup>9</sup>», dont l'objet est de récapituler annuellement le résultat de la négociation entre fournisseurs et distributeurs. Cette convention retrace l'ensemble des avantages et obligations réciproques consentis tant sur la détermination du prix de vente facturé, que sur les conditions de coopérations commerciales et autres prestations de services rendues. Elle couvre trois catégories d'obligations.

1. Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, JO 4 janvier 2008.

2. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, JO 5 août 2008.

3. La notion de «marge arrière» désigne les remises et autres réductions de prix hors facture (généralement perçues a posteriori) qui ne sont pas prises en compte dans le calcul du prix et du SRP, mais qui participent à la marge totale du distributeur. Elles constituent un avantage différé qui est généralement reversé en fin d'année. La marge est dite arrière, car située derrière le SRP et insusceptible d'être utilisée pour diminuer le prix de revente au consommateur.

4. Par opposition à la marge arrière, la «marge avant» désigne la différence entre le prix de vente au consommateur et le prix d'achat acquitté par le détaillant à son fournisseur, tel que ce dernier prix figure sur la facture du fournisseur et tel qu'il est déterminé par application des CGV ou CPV.

5. Extrait de l'exposé des motifs du projet de LME adopté par le Conseil des ministres du 28 avril 2008.

6. L'ancien article L. 442-6-I-1° du Code de commerce (instauré par un décret du 24 juin 1958) disposait qu'engage la responsabilité de son auteur le fait de «pratiquer à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles (...)». Ceci interdisait toute modulation tarifaire non justifiée par des contreparties réelles et proportionnées.

7. Notamment, les situations visées à l'article L. 442-6 du Code de commerce (en particulier l'hypothèse nouvelle de «déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties»), les cas d'entente illicite (art. L. 420-1 C. com.) ou d'abus de position dominante (art. L. 420-2 C. com.) faussant le jeu de la concurrence, etc.

8. Article L. 441-6 du Code de commerce.

9. Article L. 441-7 du Code de commerce (concept introduit par la loi Chatel).

**3.1.** Les conditions de l'opération de vente telles qu'elles résultent de la négociation commerciale (CGV, CPV, réductions de prix, délais de paiement, etc.)<sup>10</sup>.

**3.2.** Les «conditions dans lesquelles le distributeur s'oblige à rendre au fournisseur; à l'occasion de la revente de ses produits aux consommateurs ou aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de revente<sup>11</sup>». La LME prend soin d'y inclure les services rendus à l'occasion de la revente à un professionnel (ce qui couvre l'activité de grossiste<sup>12</sup>). Ces services de coopération commerciale, distincts de l'opération d'achat-revente, donnent lieu à l'établissement d'une facture autonome.

**3.3.** Les «autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre fournisseur et distributeur<sup>13</sup>». Ceci couvre les anciens «services distincts» qui devaient être autonomes et déta-

chables de l'opération d'achat-revente (à savoir : service de statistique des ventes, mise en avant de certains produits, paiement centralisé, etc.). Naguère, ils faisaient l'objet d'une facture séparée émise par le distributeur, ce qui avait largement contribué au gonflement des marges arrière. Dorénavant, la LME dispose que «les obligations 1 et 3 concourent à la détermination du prix convenu». Aussi, les «autres obligations» ne peuvent plus être facturées par le distributeur, mais doivent donner lieu à une réduction de prix de la part du fournisseur. Ainsi, la LME entend faire basculer ces services dans la marge avant. Néanmoins, cette réforme est déjà controversée au motif, notamment, qu'il paraît compliqué de distinguer sans risque les hypothèses 2 (coopération commerciale) et 3 (ex-services distincts), qu'il n'y a pas de raison qu'une prestation réellement détachable de l'opération d'achat-revente vienne en réduire le prix, ou que ces prestations qui sont normalement soumises à TVA soient traitées comme des remises venant diminuer la base taxable<sup>14</sup>. ■

11. Article L. 441-7, 1<sup>o</sup> du Code de commerce.

12. Article L. 441-7, 2<sup>o</sup> du Code de commerce.

13. Ceci s'avérera particulièrement utile dans le secteur de la consommation hors domicile (CHD).

14. Article L. 441-7, 3<sup>o</sup> du Code de commerce.

15. Cf. notamment : N. Genty, D. Delesalle, E. Deberdt, «LME : l'ultime réforme des relations commerciales ?», *Revue Lamy Droit des Affaires*,

oct. 2008, n<sup>o</sup> 31 ; «Loi de modernisation de l'économie : mesures en droit de la concurrence», *BRDA* 17/08 ; J.-F. Fourgoux, «Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse», *Gazette du Palais*, 14-16 sept. 2008 ; M. Malaurie-Vignal, «La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif».