

Réforme du Code de commerce

La main passe

Le gouvernement, poussé par les événements, s'est engagé à produire un texte. Parmi les professionnels, il a cherché un impossible consensus, entre ceux qui voulaient ne rien changer (centre-ville, CGPME, FNSEA, artisanat), ceux qui voulaient tout reprendre à zéro (Leclerc, ITM) ou le prétendaient (FCD, Auchan) et ceux, enfin, qui optaient pour une évolution graduelle (Ania, Ilec) plus ou moins profonde. Au demeurant, la situation se compliquait du fait que les opérations variaient, selon les interlocuteurs, au sein d'un même camp, mais aussi dans le temps, en fonction des stratégies et des jeux d'alliance.

La politique s'en est mêlée, au sein d'une majorité très divisée sur le sujet. Christian Jacob qui a récupéré le dossier après le départ de Nicolas Sarkozy, ne pouvait pas reprendre les idées de ce dernier qu'il avait tant critiqué. L'ancien ministre avait prévu de diminuer progressivement le SRP, par application de coefficients appliqués soit au trois fois net, soit à la facture, dans le cadre d'un dispositif administrativement sanctionné. Christian Jacob a choisi d'attaquer directement la marge arrière par le moyen d'un plafonnement qui n'en est pas vraiment un. Mû par les meilleures intentions à l'égard des producteurs, il a utilisé la méthode la plus compliquée, la plus discutable aussi dès lors qu'il a fait le choix d'un dispositif de nature pénale.

1. Les bonnes intentions

La loi contient nombre de dispositions qui vont dans le bon sens, dont deux ont été adoptées à notre demande :

1.1. Le régime des conditions de vente (article 41)

Le texte entend favoriser la négociation à l'avant, comme nous l'avons souhaité.

111 - Les conditions générales de vente

Elles forment le « socle de la négociation commerciale ». Elles comprennent : « les conditions de vente [ndr : curieusement les termes « conditions générales de vente » et « conditions de vente » sont juxtaposés sans raison manifeste]; le barème des prix unitaires ; les réductions de prix ; les conditions de règlement ». Comme la circulaire Dutreil, la loi reconnaît l'antériorité des CGV, ce qui, pour autant, ne veut pas dire leur primauté. Elles sont l'alpha, mais pas l'oméga de la relation d'affaires. Elles peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs, en fonction « notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution ». À titre d'exemple, la loi distingue entre « grossistes et détaillants » renvoyant pour le reste à un décret prévu pour l'automne prochain.

La transparence, résultant de l'obligation de communication des CGV, ne s'applique qu'au sein des catégories d'acheteurs.

112 - Les conditions particulières de vente

Après la circulaire Dutreil, la loi rappelle ce qui était implicite dans l'ordonnance Balladur, à savoir que peuvent être conclues des « conditions particulières de vente », tenant compte de la spécificité des acheteurs. Ces documents ne sont pas soumis à l'obligation de communication à des tiers.



En vue de favoriser la négociation à l'avant, la loi ménage ainsi explicitement une zone de non-transparence, au sein de laquelle aménager les conventions, en fonction de la singularité de chaque acheteur. L'idée est claire. Sa mise en œuvre, toutefois, est critiquable. L'article 27 se réfère en effet à « la spécificité des services rendus ». L'expression est toutefois particulièrement malheureuse, la négociation à l'avant étant le terrain des « contreparties », pas celui des « services » qui se trouvent à l'arrière.

1.2. L'encadrement de la coopération commerciale (article 42)

Le projet entend éradiquer la fausse coopération et la coopération morte, de façon à réduire dans l'immédiat les marges arrière et, le cas échéant, à décider de les supprimer durant l'année 2007.

121 - La définition de la coopération commerciale

Largement reprise de la circulaire Dutreil, la définition retenue est explicite. Elle vise la vente, par le distributeur à son fournisseur, de services qui, d'une part, ne relèvent pas de l'acte d'achat et de vente, et d'autre part, sont de nature à favoriser la vente au consommateur. Est exclu tout ce qui se trouve en amont du magasin (entrepôt, logistique) et probablement ce qui constitue une prestation interindustrielle (convention financière, fourniture de statistiques, etc.). Le référencement ne semble relever de la coopération commerciale que s'il comporte un véritable suivi marketing, permettant d'apprécier la réaction des consommateurs à l'innovation.

122 - La normalisation du contrat de coopération commerciale

Sans aller jusqu'à définir un contrat type, la loi normalise le contrat de coopération commerciale.

La loi spécifie que ce contrat indique le contenu des services et les modalités de leur rémunération. Cette précision paraît ouvrir une fausse fenêtre, car dans la suite de l'article 42, il est précisé « dans tous les cas (quels cas?) la rémunération du service rendu est exprimée en pourcentage du prix unitaire net (quel prix?) du produit (quel produit?) auquel il se rapporte ». C'est donc qu'il n'y a aucun choix quant au mode de rémunération.

Le contrat est établi avant la fourniture des services. Chacune des parties en détient un exemplaire. Formellement, il est constitué soit par « un document unique », soit par « un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application ».

Le contrat unique ou le contrat cadre annuel est établi avant le 15 février (dans les deux mois en cas d'instauration d'une relation commerciale en cours d'année).

Le contrat unique ou les contrats d'application précisent la date à laquelle les services sont rendus, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels ils se rapportent. Cette rémunération est toujours exprimée « en pourcentage du prix unitaire net du produit » (cf. ci-dessus).

123 - L'apparition d'un concept nouveau « les services distincts »

Désireux d'enfermer strictement la coopération commerciale dans un espace clos, restreint et contrôlable, de façon à forcer la remontée vers l'avant d'un maximum de rubriques, la loi s'est mise en difficulté elle-même. Il existe en effet nombre de services détachables de l'acte de l'achat-vente qui ne sont pas directement liés à la commercialisation d'un produit donné auprès des consommateurs. Il en va ainsi de tous les services horizontaux, de nature inter-industrielle, tels que par exemple fourniture de statistiques, conventions financières ou contrats internationaux, ces derniers étant seuls explicitement visés par l'article 42. Quant aux NIP, la loi dans sa version finale n'en parle pas, à juste raison, car cette catégorie est par nature hétérogène en droit. Elle mélange promotions, mandats et coopération commerciale classique et, par conséquent, ne peut être traitée par un seul et même mécanisme juridique.

La nécessité s'est faite jour de légiférer à propos de ces autres services, appelés par la loi « services distincts ». Le dispositif, à leur égard, est beaucoup plus léger. Il reprend les obligations imposées dans l'ordonnance 1986 à la coopération commerciale : existence d'un contrat écrit en double exemplaire et indication de la nature des services. En revanche, il n'y a pas de contrainte de date,

de mode de rémunération ou de nature de services. Il s'agit d'une catégorie ouverte, par opposition à la coopération commerciale qui est fermée.

124 - Le contrôle des services

La loi comporte des innovations majeures destinées à rendre son application efficace.

1241 - La nature pénale de la sanction

Le formalisme juridique attaché aux contrats de coopération commerciale (contrat unique, ou ensemble comprenant un contrat cadre et un contrat d'application) comme aux contrats de services distincts est renvoyé au pénal (amende de 75 000 €). Le fournisseur peut être mis en cause aussi bien que le distributeur.

1242 - Le renversement de la charge de la preuve

Désormais, c'est à celui qui fournit un service d'en prouver la conformité au contrat, en cas de contrôle. Cette innovation procédurale a été combattue par la distribution. Elle n'a pourtant rien d'exorbitant. Elle résulte de l'article 1315 du code civil, relatif à la preuve des obligations et à celle du paiement : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

1.3. L'abaissement du seuil de revente à perte (article 47)

La rationalisation des modes de négociation à l'avant, tout comme l'encadrement de la rémunération des services tendent à faciliter ce qui constitue le cœur de la réforme : l'abaissement immédiat du seuil de revente à perte (au-delà d'un seuil de 20 %) obtenu par la diminution et, à terme, peut-être par la suppression des marges arrière. Par des moyens différents, c'est l'objectif que nous nous étions fixé.

131 - Le coefficient minorant

Le SRP est défini comme le prix unitaire net de la facture de marchandises, diminué de :

- ☞ « l'ensemble des autres avantages financiers » :
- ☞ - « *autres* » : ceux qui ne figurent pas sur la facture ;
- ☞ - « *ensemble des avantages financiers* » : avantages reçus au titre de la coopération commerciale, des services distincts, mais aussi, le cas échéant, ristournes qui ne figurent pas sur la facture. C'est ce que, dans notre enquête Ilec, nous appelons la « *marge arrière* ».
- ☞ (ensemble) « *exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit* ». Ce n'est pas seulement la coopération commerciale qui doit être ramenée au produit et exprimée en pourcentage, mais toute la marge arrière telle que définie par l'Ilec ;
- ☞ « *et excédant un seuil de 20 % à compter du 1^{er} janvier 2006* ». Il n'y a pas de blocage des marges arrière, et pas non plus de la coopération commerciale. Par conséquent la dérive continue.

Le SRP est appelé à varier considérablement dans le temps, la réforme étant conçue pour s'appliquer progressivement :

- ☞ de la date de publication de la loi au 31 décembre 2005, il ne change pas. La loi Galland continue à s'appliquer telle quelle ;
- ☞ du 1^{er} janvier au 31 décembre 2006, il est diminué du montant de la marge arrière excédant un seuil de 20 % du prix de la facture, sauf mise en œuvre d'un amortisseur tel que le montant minorant le prix de facture ne peut excéder 40 % de la marge arrière ;
- ☞ le 1^{er} janvier 2007 le coefficient minorant de 20 % est ramené à 15 %. Il n'y a plus d'amortisseur. Le SRP se définit alors comme le prix trois fois net, augmenté d'une marge

arrière maximum de 15 % ce qui, grosso modo, correspond au point mort des distributeurs les plus performants et les plus rustiques ;

- ☞ avant le 31 décembre 2007 le gouvernement remet un rapport au Parlement dans lequel est évaluée « *l'opportunité de baisser [le coefficient minorant] à 10 % puis à 0 %* ». La perspective du trois fois net est esquissée.

132 - L'exception grossistes

À titre permanent, le SRP est diminué de 10 % pour les opérations des grossistes lorsqu'ils vendent à des détaillants qui n'ont pas de liens de capitaux ou d'enseigne avec eux. Les SCA ne pourront pas bénéficier de cette clause, par exemple chez Métro, à l'inverse des magasins Leclerc, Intermarché et autres indépendants.

133 - L'amortisseur

Durant l'année 2006, un amortisseur est prévu pour limiter la minoration du SRP dans les secteurs où la marge arrière est particulièrement forte. Il est aussi prévu que, durant cette période, « *le montant minorant n'excède pas 40 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit* ».

Selon la règle de base le coefficient minorant s'établit comme suit :

Taux de marge arrière	20	25	30	33,33	40	50	60	70
Coefficient minorant > 20 %	0	5	10	13,33	20	25	40	50

L'amortisseur est égal à 40 % de la marge arrière, soit :

Taux de marge arrière	20	25	30	33,33	40	50	60	70
Coefficient avec amortisseur	8	10	12	13,33	16	20	24	28

= MAR x 0,40

La comparaison des deux séries de chiffres montre que le coefficient minorant résultant de la règle de base des 20 % s'applique jusqu'à un taux de marge arrière de 33,33 %. À ce niveau l'amortisseur donne le même résultat et prend le relais pour tous les taux de marge arrière supérieurs à ce montant de 33,33 %, dans les conditions ci-dessous :

Taux de marge arrière	20	25	30	33,33	40	50	60	70
Coefficient minorant	0	5	10	13,33	16	20	24	28

Le système fait montre d'efficacité, le décrochage entre les deux séries de chiffres étant très sensible à partir de 50 % de marge arrière.

1.4. Dispositions diverses concernant les pratiques restrictives

Nous avons été entendus sur tous les aspects sensibles à nos yeux : contraintes de gamme, déductions-compensations, centrales de la distribution, concentrations.

141 - Les contraintes de gamme (article 49 II)

Elles sont, optiquement, interdites à un double titre :

- ☞ comme pratiques anticoncurrentielles, en tant que manifestation d'un abus de dépendance économique. Il faut toutefois savoir que le Conseil de la concurrence est si restrictif dans l'interprétation du concept de dépendance économique (par opposition à la position dominante)

que la clause semble avoir fort peu de chance de jouer, sauf pour les fournisseurs en position dominante, soumis au droit commun ;

- comme pratiques restrictives de concurrence susceptibles d'engager (au civil) la responsabilité de leur auteur. Deux conditions sont posées qui paraissent cependant difficiles à réunir. Il faut que soit constaté, d'une part un abus de puissance de vente ou d'achat dans la relation verticale entre fournisseur et distributeur, soit à la fois un état de puissance de vente ou d'achat (concept très imprécis) et un abus, d'autre part une entrave faite aux autres fournisseurs, dans la relation horizontale, concernant l'accès aux linéaires. Autant de facteurs cumulés de nature à neutraliser la mise en œuvre de la disposition.

La contrainte de gamme était et demeure interdite, dans la mesure où elle est abusive. C'est ce que l'Ilec a toujours soutenu.

142 - Les centrales d'achat, de référencement ou de services (article 49 I)

Les centrales d'achat ne peuvent être interdites, par nature, et dans tous les cas. Elles oeuvrent à la modernisation du commerce indépendant. Pour autant, elles ne doivent pas servir de support à des pratiques restrictives de concurrence, telles que demandes d'avantages financiers sans autres contreparties que la globalisation du chiffre d'affaires, ou alignement sur les conditions du partenaire le plus favorisé.

Ce sont ces pratiques qui, au civil, sont visées par la loi, dans les termes que nous avons utilisés. Le fait de savoir si ces dispositions seront appliquées dépend, pour l'essentiel, du comportement des fournisseurs.

143 - Déductions-compensations (article 48 II)

Dans notre Faxilec 8/05 du 24 avril dernier, nous écrivions : « Les pénalités décidées unilatéralement, liquidées par simple compensation sur les factures de marchandises, sont une nouvelle source d'hémorragie financière pour les fournisseurs. Elles risquent de se gonfler si la coopération commerciale diminue. Or le texte est muet à cet égard. » Nous demandions alors que retour fut fait au code civil, selon lequel la compensation légale ne peut intervenir que si la créance est liquide, certaine et exigible. C'est exactement ce que fait la loi. Pour faire bonne mesure, elle traite même de la même façon les refus ou retours de marchandises. Une fois de plus le fait de savoir si ces dispositions seront appliquées dépend pour l'essentiel de l'attitude des fournisseurs.

144 - Concentration économique

Un amendement voté par le Sénat conférerait au ministre le pouvoir de provoquer le contrôle d'une concentration, même a posteriori, à partir d'un seuil de part de marché à hauteur de 25 %. Cette disposition a fait l'objet, de la part de notre comité juridique, d'une recommandation négative adressée à notre conseil d'administration qui s'est rangé à cet avis. Nous sommes intervenus et l'amendement a été retiré. Ne reste, sur le sujet, qu'une disposition selon laquelle la création d'emploi est de nature à justifier une concentration (sic).

1.5. L'effectivité du droit

La loi, dans le but d'assurer l'effectivité du droit, étend le champ des incriminations pénales, au risque que celles-ci perdent en exemplarité.

151 - Extension du droit pénal

Le formalisme de la facturation demeure dans l'orbite du droit pénal où est introduit celui de la coopération commerciale.

Nous rappelons que l'Ilec n'a jamais soutenu l'idée que les relations d'affaires doivent être pénalement sanctionnées (cf. Faxilec 7/05 du 21 avril 2005). Nous avons seulement plaidé pour l'effectivité du droit. À ce titre, nous avons marqué notre préférence pour les sanctions

administratives, partant du principe que, selon l'administration elle-même, les textes n'étaient sanctionnés ni au civil, ni au pénal.

Nous déplorons l'extension de l'aire du pénal, mais nous en comprenons les raisons. Au demeurant des moyens de procédure ont été adoptés en vue d'en assurer une plus grande efficacité, tout en en minorant les inconvénients qui en découlent.

152 - Réforme de la procédure

L'expérience montre que les procureurs, maîtres de la poursuite au pénal, ne se consacrent guère à la revente à perte, classant le plus grand nombre des affaires dont le petit nombre qui donne lieu à poursuite intéresse très peu les tribunaux (282 000 € d'amendes en trois ans).

La loi prend acte de cet état de fait. Elle fait retour, afin de tourner la difficulté, à la procédure de la transaction pénale, selon laquelle l'administration est habilitée à constater une infraction et à proposer une amende de composition (le cas échéant sans paiement !), ce qui permet d'éviter d'aller en justice (c'est exactement le régime juridique des infractions pour stationnement interdit).

Dans la même veine, la loi ouvre la voie de la composition pénale qui permet au procureur, une fois saisi, de renvoyer à un système analogue à la simple transaction, afin d'éviter de mettre en branle le tribunal. Le représentant de la chancellerie évite ainsi d'encombrer les tribunaux avec un contentieux économique, par nature marginal par rapport à la défense de l'ordre public.

Ces deux voies de procédures sont destinées à éviter les classements sans suite de la part des procureurs. Elles rendent la main aux agents de la DGCCRF.

153 - Réforme de la loi Galland et libertés publiques

La loi s'applique, en ses dispositions pénales, aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Dans ce dernier cas, le montant des amendes est quintuplé.

La loi précise que, sauf exception, « les condamnations prononcées pour les délits prévus au titre IV du livre IV du code de commerce » ne donnent pas lieu à inscription sur le casier judiciaire de l'intéressé. Une puissante objection au recours à la voie pénale est ainsi levée.

Nous rappelons que, sauf manipulation des cours dans les conditions de l'article 52, la loi prévoit, pour les personnes physiques, des amendes d'un montant maximum allant, selon les classes d'infractions, de 15.000 à 75.000 €. En aucun cas ne sont applicables des peines d'emprisonnement. La garde à vue ne peut être imposée. Le fait qu'il y ait, le cas échéant, récidive, ne change rien à la chose. Toute peine ou mesure restrictive de liberté est absolument écartée.

Lorsqu'une personne est condamnée à de la prison avec sursis, sa peine devient non avenue si, pendant un délai de cinq ans, elle n'a pas commis un nouveau crime ou délit sanctionné par un emprisonnement ferme. À l'exception toujours de l'article 52, les sanctions prévues par la loi ne sont assorties d'aucune peine restrictive de liberté. Elles ne peuvent donc, même en cas de récidive, conduire à faire tomber un sursis en cours (article 132-35 du code pénal). Ni de façon directe ni de façon indirecte, la loi ne peut conduire un entrepreneur à séjourner au poste (en garde à vue) ou en prison. En tout état de cause son casier judiciaire demeure vierge.

154 - Réforme de la loi Galland et dissuasion

L'avantage de la transaction tient à la simplicité de la procédure, gage de rapidité. L'inconvénient tient au secret qui implique l'absence de dissuasion. La loi Galland a été efficace, aussi longtemps qu'elle n'a pas eu à s'appliquer, en raison de son effet dissuasif. À l'inverse, elle s'avère inopérante depuis que la campagne de revente à perte a repris, après la signature de l'accord Sarkozy. Nouvelle preuve que la dissuasion l'emporte, en matière économique, sur la répression, et la règle simple sur la règle complexe.

Outre que la loi nouvelle est complexe, elle instaure des procédures de résolution des conflits absolument opaques. Les transactions ne donnent lieu à aucune publicité. Le marché ne sera pas

informé des sanctions adoptées et par conséquent il ne sera pas incité à modifier ses comportements.

Le seul effet d'information reposera sur la CEPC appelée, dans son rapport annuel, à se livrer à « une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales... ou civiles ». Sera-ce suffisant pour réformer des habitudes fortement ancrées ? S'il n'est pas interdit d'espérer, il est permis de douter, le rapport intervenant, au mieux, un an après les faits.

1.6. Dispositions diverses

161 – Enchères inversées (article 51)

Nous ne commenterons pas les articles de la loi consacrés aux enchères inversées. Il s'agit d'un dossier très complexe qui a donné lieu à un avis de grande qualité émis par la CEPC. Nous approuvons l'esprit de la loi, tout en doutant qu'un texte de droit interne puisse radicalement influencer sur un phénomène qui, ayant pour instrument l'internet, est par définition supranational.

162 – Prémption des fonds de commerce

À côté des secteurs sauvegardés de la loi Malraux, apparaissent ceux du commerce de centre-ville au sein desquels la commune dispose d'un pouvoir de prémption sur les fonds de commerce ou les baux commerciaux. L'Assemblée nationale avait décidé que ce pouvoir pouvait être délégué aux Chambres de commerce et d'industrie (sic). Réflexe républicain ? La Commission mixte paritaire a supprimé cette délégation.

163 – Commerce équitable

Il s'inscrit dans « la stratégie nationale de développement durable ». En foi de quoi une commission franco-française, définie par décret en Conseil d'État est sensée veiller au respect de la chose (sic).

2. L'imparfaite réalisation

La loi est pavée de bonnes intentions. Elle est pourtant mal ficelée. À ce point que le mieux intentionné des commentateurs est obligé d'émettre des réserves et des doutes.

2.1. Les réserves

211 – Au regard du droit constitutionnel

La loi renvoie à un décret pour déterminer les catégories d'acheteurs. Est en jeu la définition d'un délit. Selon la combinaison des articles 34 et 37 de la Constitution, il s'agit d'un domaine par nature législatif.

La loi méconnaît aussi le principe d'application immédiate d'une loi pénale plus douce.

Un recours a été formé devant le Conseil constitutionnel, mais il ne porte pas sur la partie de la loi qui nous intéresse. Toutefois le gardien de la constitution n'est pas lié par les termes de la saisine.

Il faut attendre pour savoir si la loi est validée. Si c'est le cas, elle deviendra partie du droit positif, les tribunaux n'étant pas habilités à juger de la constitutionnalité d'une loi.

212 – Au regard des principes du droit pénal

La loi est de nature pénale. Elle doit respecter le principe de l'égalité des délits et des peines, selon lequel il n'y a ni infraction ni peine sans texte légal clair et précis, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans une décision n° 84-183 du 18 janvier 1985 :

« Considérant qu'il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs

d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure ».

En application de ce principe, le conseil a examiné dans sa décision n° 80-127 si les termes utilisés pour la définition d'un délit, soumis à son appréciation, étaient « obscurs ou imprécis », s'ils avaient « une acception juridique certaine » et s'ils étaient « énoncés sans ambiguïté ».

Pour la plupart d'entre eux, les termes utilisés par la loi sont imprécis. Ils seront certes précisés dans une circulaire déjà sur le chantier. Cependant un texte de nature administrative, intervenant au pénal est fragile du point de vue légal et assorti d'une autorité faible auprès des juges.

Ces considérations posent, à frais nouveaux, la question de l'effectivité de la loi :

- ✎ l'administration usera-t-elle des pouvoirs exorbitants qui lui sont concédés avec la transaction, compte tenu de la précarité juridique du dispositif, sans qu'il soit besoin d'évoquer le contexte politique ?
- ✎ les entreprises accepteront-elles la procédure de la transaction, ou choisiront-elles d'aller en justice, dans le but soit d'être condamnées pour revente à perte (publicité gratuite vis-à-vis des consommateurs), soit de tester la consistance du texte ?

2.2. Les doutes

La rédaction très imprécise de la loi est telle que le sentiment dominant vis-à-vis du texte est l'incertitude. Les pouvoirs publics en sont conscients. Ils préparent des décrets d'application et une circulaire interprétative, en principe pour le mois de septembre. Ils convoqueront à la rentrée les principaux partenaires, en vue de les associer à leurs travaux. Dans cette perspective, ils nous ont demandé de leur transmettre nos interrogations, ce que nous avons déjà fait.

Deux grandes catégories de questions se posent, les unes concernent les services et les autres le seuil de revente à perte.

221 – Les services

2211 – Typologie des services

Il existe dans le texte trois sortes de services :

- ✎ les services dont la spécificité justifie, à l'avant, la rédaction de conditions particulières de ventes avec un acheteur. Selon nous l'utilisation du terme « services » dans ce contexte constitue une erreur de plume, comme nous l'avons signalé à plusieurs reprises. Il conviendrait de parler de contreparties. Toutefois c'est bien le terme « services » qui a été utilisé.
- ✎ les « services propres à favoriser leur [des produits] commercialisation qui ne relèvent pas des conditions d'achat et de vente ». Il s'agit de la coopération commerciale classique ;
- ✎ les « services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale ». À titre d'exemple, sont « notamment » cités les accords internationaux. L'imprécision de la définition donnée, qui est par nature ouverte, semble incompatible avec la nature pénale du texte. Ces services font l'objet de contrats qui relèvent d'un formalisme allégé. Il n'est pas prévu que leur rémunération s'exprime en pourcentage et soit ramenée au produit. C'est peut-être que le législateur a jugé l'exercice impossible, s'agissant de services généraux de nature interindustrielle, tels que par exemple paiement centralisé ou statistiques. Pourtant il est spécifié par ailleurs que le SRP tient compte de « l'ensemble des autres avantages financiers » ramenés au produit, en pourcentage. Les services distincts devraient donc être soumis à ce formalisme, même si le texte semble indiquer le contraire.

L'intention du législateur est probablement que tous les services à l'arrière soient ramenés en pourcentage au produit, de façon à imputer le SRP. Elle est aussi qu'il n'y ait pas de confusion entre coopération commerciale et services distincts. Le risque existe pourtant que les « contrats de services distincts » soient utilisés après le 15 février de chaque année pour servir de support à de

nouvelles demandes, artificiellement présentées comme étrangères au domaine de la coopération commerciale. Si c'est le cas, avec le temps, la mauvaise monnaie chassant la bonne, la catégorie élastique des « *services distincts* » risque de cannibaliser celle de la coopération commerciale. C'est ce qu'il faut empêcher.

2212 – Services de coopération commerciale

Selon l'article 42, le contrat de coopération commerciale précise les produits auxquels se rapportent les services. Le terme « *produit* » n'est pas défini. Il ne signifie rien en droit pénal. Il revient pourtant à plusieurs reprises dans la loi (calcul du SRP, contraintes de gammes). Dans l'acception la plus large, c'est un objet qui répond à un besoin, auquel cas c'est presque une catégorie. Dans l'acception la plus étroite, c'est une référence précise, singularisée par un code à barres, auquel cas il y aurait autant de SRP que de tailles sur la même chemise, ce qui paraît absurde. La question est fondamentale en vue de déterminer le SRP. Ainsi, en cas de promotion dans un tract sur le produit yaourt, il est loisible d'imaginer que le fournisseur, désireux, grâce à une promotion, de concurrencer les produits sans marque, choisisse le yaourt blanc sans sucre, en emballage cartonné. Faut-il imputer le prix du tract sur ce seul article, sur la seule durée du tract (auquel cas son SRP est négatif), ou sur tous les yaourts y compris les parfumés, ou avec morceaux de fruits, en emballage carton et/ou de verre? Quid des yaourts à boire?

Il paraît par conséquent tout à fait hasardeux de ramener au produit la rémunération des services dont certaines obligatoirement exprimées en pourcentage et d'autres à la convenance des parties. L'exercice revient à mettre en relation deux grandeurs mal définies ce qui, au pénal, est inacceptable. L'utilisation de l'expression « *en pourcentage du prix unitaire net* » ne fait qu'augmenter la confusion. En effet il n'est pas dit « *net* » de quoi. L'urgence d'une circulaire se fait ici pleinement sentir.

Nous avons déjà remarqué que la loi semble exclure qu'une coopération commerciale soit convenue avec un grossiste, ce qui paraît curieux.

222 – La détermination du SRP

2221 – L'articulation des articles 42 et 47

L'article 42 II 4 indique que le distributeur, pénalement responsable, doit faire connaître à son fournisseur, avant le 31 janvier « *le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente, exprimés en pourcentage du chiffre d'affaires, pour chacun des produits auquel il se rapporte* ». La lecture de cette disposition peut donner à penser que le fournisseur et le distributeur établissent les bases contractuelles de la détermination du SRP. De l'article 47 se déduit pourtant l'idée exactement contraire. Le fournisseur ignore le calcul du SRP qui relève de la seule responsabilité du distributeur, lequel en répond devant les autorités de contrôle. Dès lors la question se pose de savoir comment articuler l'article 42, relatif à la coopération commerciale et l'article 47, relatif à la définition du SRP. À quoi sert en effet l'alinéa II 4 de l'article 42 selon lequel le fournisseur est informé du prix des services sur ses produits en année $n - 1$, alors que le SRP se calcule en année n et comprend, outre tous les services, les ristournes, soit l'entièreté de la marge arrière?

2222 – Calcul du SRP

Le montant minorant le prix unitaire net figurant sur la facture comprend toute la marge arrière, ristournes incluses. Au sujet de ces dernières, il importe de savoir s'il faut prendre en compte celles qui sont acquises, ou également celles qui sont seulement de principe acquies. Nous en revenons aux errements antérieurs à l'adoption de la loi Galland. La question de déterminer s'il faut accepter, en diminution du SRP, une ristourne conditionnelle dont la condition n'est pas remplie, mais que le distributeur s'engage contractuellement à satisfaire, n'a jamais vraiment été réglée en droit. Au demeurant, il est permis de se demander quel est le régime du SRP, entre le 1^{er} janvier et le 15 février de chaque année, avant que ne soient conclus les accords de coopération commerciale.

La détermination du SRP dans le temps est incertaine. En cours d'année, des contrats portant sur des services distincts peuvent être conclus et s'imputer sur le seuil qui, du coup, est variable. À un instant donné, il semble possible qu'un même produit ait des SRP différents chez un même distributeur (lots physiques, lots virtuels, fond de rayon et tête de gondole). Il est même à craindre qu'apparaisse le concept de SRP virtuel, compte tenu de l'effet de cagnotte. Ce sont en effet des réductions de prix potentiellement applicables à tous produits. Quant à l'incidence des contrats de mandat qui peuvent être passés entre les fournisseurs et les distributeurs, elle est des plus incertaines.

Chaque distributeur risque d'avoir sa propre interprétation du texte. Or c'est à lui et à lui seul de calculer le SRP. Seule sa responsabilité pénale est en cause.



Depuis l'intervention de la loi Galland, le fournisseur avait la responsabilité de conduire la négociation commerciale, à charge pour lui de supporter la contrainte née de la transparence du seuil de revente à perte. Dans le nouveau régime, la main passe. La responsabilité pèse sur le distributeur. C'est lui qui calcule et assume, devant l'autorité de contrôle, la détermination du seuil de revente à perte. Le fournisseur est mis devant le fait accompli. Il n'est informé que partiellement, puisqu'il n'a pas connaissance du traitement réservé aux ristournes. Concernant les services distincts, il n'a connaissance du calcul qu'en année $n + 1$. À mesure que le coefficient minorant de 20 % diminue, il perd ses moyens de contrôle sur la détermination du PVC et, par conséquent, sur la rentabilité du distributeur. Sauf cas de discrimination abusive, les différences de prix le cas échéant constatées sur le marché ne devraient plus pouvoir lui être imputées. C'est le bon côté de la réforme qui rend au commerce le soin de mener ses propres affaires en pilotant ses marges. La main passe.

Le changement est radical. Pourtant il s'exerce dans la continuité. La loi ne bloque pas la dérive des conditions. Elle en neutralise seulement les effets sur le SRP. La réforme vaut retour vers le passé, en l'espèce au mode de relation commerciale qui prévalait avant la loi Galland, lorsque les partenaires échangeaient de la monnaie de singe : aggravation des conditions tarifaires contre hausses tarifaires sans incidence sur le SRP. Si c'est le cas, la loi risque paradoxalement d'accélérer la dérive qui ne sera plus freinée par la perspective d'une envolée indésirable des PVC. Nous devons nous attacher à prévenir pareil travers en utilisant tous les ressorts de la loi.

En tout état de cause, les conditions dans lesquelles la loi sera appliquée ne dépendent pas, pour l'essentiel, des fournisseurs, dans le contexte du renversement stratégique. L'attitude de la distribution sera décisive, et en particulier celle des indépendants. D'après nos informations, il paraît peu probable qu'ils cherchent à forcer le destin et anticipent le dispositif dès la rentrée, avant que le SRP dans sa définition modifiée soit applicable. Mais la prudence est de rigueur. Une autre période charnière va du 1^{er} janvier 2006 au 15 février. Durant ce laps de temps le régime juridique du SRP sera incertain. À partir du 16 février, il faudra savoir si les parties auront réussi à signer leurs accords dans les temps et comment elles s'accommoderont du texte, Compte tenu de leurs lectures respectives et de leurs stratégies.

Dans l'intervalle, l'administration aura fait connaître son interprétation, par le moyen d'une circulaire à la rédaction de laquelle les professionnels auront été associés. Il n'est pas impossible d'imaginer que la CEPC renouvelée aura également rendu son avis. Nous en saurons alors beaucoup plus. La présente note ne constitue donc qu'une esquisse destinée à aider les adhérents à construire leur politique.

