

Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et concurrence : de grandes espérances, un résultat modeste

Par Louis Vogel
Président de l'Université Panthéon Assas
et Joseph Vogel
Avocat au Barreau de Paris

A la suite de la loi Chatel du 3 janvier 2008 (CDC 01/2008), la loi de modernisation de l'économie (LME) entend remédier aux effets pervers des différentes réglementations qui limitent la concurrence entre distributeurs, et entre fournisseurs et distributeurs. L'intervention législative paraît parfaitement justifiée : de nombreuses études ont démontré, ces dernières années, que la combinaison du droit des pratiques restrictives et de la réglementation de l'urbanisme commercial diminuait l'efficacité économique (v. not. Askenazy et Weidenfeld, *Faut-il solder la loi Raffarin ?*, in *27 Questions d'économie contemporaine*, Albin Michel, 2008, p. 345 à 384). Après avoir assoupli le seuil de revente à perte, le Gouvernement souhaitait franchir une étape supplémentaire en libéralisant l'ouverture de nouvelles surfaces de vente, en favorisant la négociation commerciale entre partenaires, en centralisant l'application du droit de la concurrence auprès d'une seule autorité et en améliorant le fonctionnement des entreprises grâce à la réduction des délais de paiement. Mais le passage d'un régime administré à un régime concurrentiel constitue un exercice délicat. La loi LME laisse beaucoup de questions non résolues et renforce sensiblement l'insécurité juridique des entreprises du fait de la multiplication des textes et des difficultés d'application qu'ils suscitent.

1. Une ouverture de la distribution à la concurrence encore insuffisante.

5. La loi - c'est sa disposition phare - porte de 300 à 1 000 m² le seuil de déclenchement de la procédure d'autorisation en matière d'urbanisme commercial (C. com., nouvel art. L. 752-1)[1]. Cette mesure ne permettra sans doute pas de remédier à l'insuffisance de la concurrence dans les zones de chalandise, que le Conseil de la concurrence a mise en évidence dans son avis du 11 octobre 2007 (avis n° 07-A-12 relatif à la législation relative à l'équipement commercial) et que confirme la récente étude Asterop (LSA n°s 2034 et 2038). Seuls les petits formats commerciaux profiteront du relèvement des seuils, les autres magasins demeurant soumis à la réglementation. En outre, le foncier commercial disponible se raréfie et les sites les plus attractifs sont déjà occupés ou préemptés. Si l'on avait voulu véritablement désenclaver la distribution, il aurait fallu engager une libéralisation beaucoup plus profonde, que certains députés ont proposée, mais que le

gouvernement a préféré remettre à plus tard.

La mesure qui a été adoptée est soumise à certaines restrictions et laisse ouvertes différentes possibilités de contournement :

1. dans les communes de moins de 20 000 habitants, le maire, saisi d'une demande de permis de construire d'un équipement commercial dont la surface est comprise entre 300 et 1 000 m², pourra proposer à son conseil municipal de saisir malgré tout la Commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) (C. com., nouvel art. L. 752-4) ;
2. le périmètre des personnes habilitées à former un recours contre la décision de la CDAC a été considérablement élargi puisqu'il s'étend désormais, au-delà du préfet et du maire, à « toute personne ayant intérêt à agir » (C. com., nouvel art. L. 752-17), ce qui risque de multiplier les recours et d'allonger les délais de réalisation des projets.

En définitive, le relèvement du seuil de contrôle, qui est d'application immédiate, facilitera les ouvertures de surfaces de *hard discount*, sous réserve que les maires des communes d'implantation ne saisissent pas la CDAC pour retarder le projet. Il est donc vraisemblable que ce modèle de distribution continuera de se développer, d'autant plus qu'il apparaît aujourd'hui mieux adapté aux besoins des consommateurs que le modèle classique de l'hypermarché généraliste. Le niveau actuel du prix de l'essence accentue encore cette tendance puisqu'il incite le consommateur à privilégier les petites surfaces de proximité au détriment des hypermarchés dont l'accès nécessite des trajets plus longs. Enfin, les contraintes de pouvoir d'achat favorisent les enseignes misant sur un assortiment restreint, à prix réduit, limité aux besoins essentiels du consommateur.

6. La loi LME entend limiter la concentration de la distribution et fluidifier la cession des points de vente par trois mesures complémentaires qui avaient été évoquées par le rapport Hagelsteen (rapport du 12 février 2008, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, CDC 03/2008) :

3. le seuil de contrôle des concentrations dans la distribution est abaissé dès lors que deux au moins des parties à la concentration sont des entreprises actives dans le commerce de détail : l'opération sera soumise à contrôle si le CA total mondial de l'ensemble des entreprises parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euro, si le CA total HT réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises concernées est supérieur à 15 millions d'euro et à condition que la concentration ne relève pas du contrôle communautaire (C. com., nouvel art. L. 430-2, II) ;

4. le pouvoir du ministre d'ordonner des mesures de déconcentration en cas d'abus de position dominante ou de dépendance économique est transféré au Conseil de la concurrence;
5. les clauses de préférence en cas de cession ou de transfert d'activité, de non-concurrence post-contractuelle et de non-concurrence supérieures à deux ans obtenues de revendeurs exploitant des surfaces de vente au détail de moins de 300 m² non liés par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, sont déclarées nulles (C. com., nouvel art. L. 442-6, II, e).

Ces trois mesures techniques permettront-elles de rééquilibrer le marché ? La soumission de nombreuses cessions de magasins au contrôle des concentrations aura, au mieux, pour effet d'empêcher le renforcement des positions dominantes dans les zones de chalandise mais au prix d'un contrôle très lourd. Chaque cession de magasin réalisant un CA de 15 millions d'euros en France à un acheteur réalisant au moins le même CA si le CA cumulé mondial des entreprises ou groupes concernés dépasse 75 millions d'euro est désormais soumise à notification. Ce contrôle administratif renforcé empêchera la dégradation de la situation mais ne suffira pas à rétablir la concurrence. Il en va de même du pouvoir de déconcentration qui jusqu'à présent n'a été utilisé qu'en une occasion, sans résultat concret (Décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 du Conseil de la concurrence, demeurée sans suites jusqu'à présent). Quant à la nullité des clauses de blocage, elle est tellement limitée dans son champ d'application qu'elle ne permettra pas de remédier au gel des surfaces de vente des supermarchés et des hypermarchés qui affecte actuellement l'ensemble du territoire français. La combinaison de clauses d'agrément, de préemption, de pénalités de sortie et/ou de non-réaffiliation post-contractuelle a rendu les points de vente de l'ensemble des enseignes d'indépendants captifs et empêche souvent, en pratique, toute cession et tout changement d enseigne (pour une présentation des clauses habituellement utilisées pour bloquer la sortie des points de vente des réseaux, V. Mainguy, *Autopsie d'un puzzle juridique - Les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente*, Mélanges Foyer, 2008, *Economica*, p. 655).

En réalité, la loi LME ne suffira pas à rétablir la concurrence au stade de la distribution. Du fait des fortes barrières réglementaires à l'entrée qui subsistent, les coûts et les délais de création de nouvelles surfaces de vente demeurent plus importants que ce qu'ils seraient en l'absence de réglementation ; de ce fait, les enseignes existantes bénéficient toujours d'un avantage par rapport aux nouveaux entrants. Cette situation constitue aussi un frein à l'entrée d'opérateurs étrangers qui ne sont pas en mesure de créer *ex nihilo* un nombre significatif de nouveaux magasins et qui sont empêchés d'acheter des points de vente existants même si leurs propriétaires souhaitent les leur céder compte tenu de l'effet cumulatif des clauses qui bloquent les cessions à des tiers. Dans la mesure où la concurrence active entre distributeurs constitue la condition de la répercussion sur les consommateurs des avantages que les distributeurs pourront obtenir de leurs fournisseurs (ainsi que la garantie d'une diversité des débouchés), l'effet sur les prix de détail se fera

vraisemblablement attendre. Une libéralisation plus importante de la réglementation et la sanction par l'Autorité de concurrence des effets cumulatifs anticoncurrentiels des clauses de blocage constituent un préalable à l'amélioration de la situation concurrentielle.

2. Une liberté de négociation qui place les fournisseurs en position de faiblesse.

Dans les mois qui ont précédé l'adoption de la loi LME, la grande distribution a réclamé la liberté de négociation dans le but, selon elle, d'abaisser les prix de détail. En réalité, la liberté de négociation existait déjà, à condition que le distributeur fournisse des contreparties aux avantages tarifaires réclamés. La grande distribution a voulu s'arroger le droit de négocier avec les fournisseurs, sans nécessairement leur fournir de contrepartie.

Elle a largement obtenu gain de cause :

6. l'interdiction des pratiques discriminatoires qui figurait à l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce est abrogée ;
7. l'obtention, sous la menace, de conditions manifestement dérogatoires aux CGV n'est plus sanctionnée en tant que telle ;
8. les conditions générales de vente catégorielles peuvent être déterminées librement, sans référence à de quelconques catégories fixées par décret comme l'avait prévu la loi Dutreil (C. com., nouvel art. L. 441-6) ;
9. les conditions particulières de vente consenties à certains distributeurs n'ont plus à être justifiées par des services spécifiques (C. com., nouvel art. L. 441-6) ;
10. les clauses du client le plus favorisé, revenant à recréer une interdiction conventionnelle des pratiques discriminatoires et dissuadant l'octroi à un partenaire d'avantages sous peine de devoir les accorder à d'autres, sont interdites sous peine de nullité (C. com., art. L. 442-6, II, d) ;
11. la négociation du prix est libre, même si les fournisseurs et les distributeurs soumis à l'obligation d'établissement d'une convention unique doivent y mentionner les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de déterminer le prix à l'issue de la négociation commerciale (C. com., nouvel art. L. 441-6) ;
12. la notion de services distincts des services de commercialisation, introduite par la loi Dutreil, disparaît au profit des « autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services », qui concourent désormais à la fixation du prix de vente (C. com., nouvel art. L. 441-6).

Les distributeurs, en position de force économique, se trouvent ainsi avantagés dans la négociation et les fournisseurs privés de la quasi-totalité des arguments juridiques qui leur permettraient auparavant de s'opposer dans une certaine mesure aux demandes d'avantages ou de réductions formulées par la distribution. Le fournisseur ne peut plus faire valoir qu'il octroierait un avantage discriminatoire à son client s'il faisait droit à ses demandes : les pratiques discriminatoires interdites per se ont été supprimées. Il ne peut plus exiger qu'une demande de conditions particulières de vente soit compensée par des services spécifiques rendus par le distributeur : la contrepartie n'est plus obligatoire. Il ne peut plus faire valoir que la création d'une nouvelle condition catégorielle va au-delà des hypothèses envisagées par le législateur : les catégories sont illimitées. Le positionnement prix des produits est désormais entièrement aux mains du distributeur qui, depuis la loi Chatel du 4 janvier 2008, peut fixer le prix au seuil de revente en trois fois net, remises, ristournes et services déduits. Or, ce même distributeur est souvent le principal concurrent du fournisseur au travers des MDD, qui représentent déjà dans de nombreux cas près de 30 % des ventes. Quant aux contreparties des prix et réductions de prix, il suffit de mentionner dans la convention unique quelques vagues obligations des parties pour satisfaire au formalisme requis.

Il est vrai que le fournisseur dispose encore d'un instrument de différenciation grâce aux services de coopération commerciale qu'il peut acheter aux uns ou aux autres. La loi étend même le champ de la coopération en visant également les services rendus par les grossistes. Mais les distributeurs, échaudés par les condamnations répétées obtenues à leur rencontre par la DGCCRF, qui considère que ces services sont souvent vendus à un prix excessif, sont aujourd'hui moins enclins à passer ce type d'accords. Après que la Cour de cassation ait dit récemment pour droit (Cass. com., 8 juillet 2008, LawLex200800001091JBJ ; CDC 07/2008) que le ministre était en droit d'agir pour demander notamment la nullité des clauses illicites et la répétition de sommes indûment perçues même en l'absence des fournisseurs concernés et sans avoir besoin de leur consentement, les distributeurs risquent de se montrer encore plus réticents à l'égard des accord de coopération commerciale, d'autant plus que la loi LME prévoit que le plafond de l'amende civile de 2 millions d'euros, applicable notamment en cas d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés, peut être porté au triple des sommes indûment versées. Au mieux limiteront-ils le champ de ces accords à des services reconnus de façon incontestable comme satisfaisant aux conditions de validité de la coopération commerciale. Les distributeurs seront donc fortement tentés d'imposer aux fournisseurs un accord unique comportant des baisses de prix et des réductions de prix sous forme de conditions de vente ou d'opérations destinées à favoriser la relation commerciale, mais ne prévoyant qu'un minimum de services de coopération négociables. Dans ce contexte, certains pensent même que les distributeurs seraient en droit de renégocier dès à présent les conditions 2008 même si celles-ci font l'objet d'un accord valable jusqu'à la fin de l'année.

La négociation sera nécessairement plus dure et le rapport de force se fera sentir encore plus nettement que par le passé. Les fournisseurs tenteront de défendre leur politique tarifaire en se fondant sur la cohérence de leurs conditions générales de vente, le cas échéant catégorielles. Ils rappelleront que la liberté de négociation doit s'exercer dans une double limite : celle de l'abus de droit et des pratiques anticoncurrentielles. Ils souligneront aussi que l'obtention d'avantages dans le cadre de la négociation commerciale doit faire

l'objet d'obligations de la part des distributeurs, sans que les fournisseurs soient soumis à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ni contraints sous la menace à 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. Enfin, s'ils sont en position dominante, ils pourront faire valoir que la loi leur interdit d'accorder des avantages discriminatoires à leurs clients dès lors que cette discrimination est susceptible de produire un effet sur le marché. De même, au-delà de 30 % de part de marché du fournisseur, la demande et l'octroi en connaissance de cause d'un avantage discriminatoire ayant un effet sur le marché pourra caractériser une entente prohibée. S'ils ne sont pas dépourvus de tout argument dans la négociation, la position des fournisseurs est néanmoins plus difficile qu'auparavant.

3. Le maintien de la concurrence entre autorités de concurrence

Le rapport Attali et le projet de loi LME avaient prévu de transformer le Conseil de la concurrence en une véritable Autorité de concurrence, aussi en charge du contrôle des concentrations, réservé jusqu'à présent au ministre. La fin du dualisme des autorités apparaît souhaitable : la quasi-totalité des Etats membres de l'Union européenne consacrent le modèle de l'autorité unique pour des raisons d'économie de coûts, de cohérence et d'indépendance.

Le législateur n'est pas parvenu à mettre fin au dualisme qui risque à certains égards de s'aggraver. Même si la nouvelle Autorité de concurrence succédant au Conseil de la concurrence à compter de la promulgation d'une ordonnance qui doit intervenir au plus tard le 1^{er} janvier 2009 est désormais dotée d'un pouvoir de décision en matière de contrôle des concentrations, le ministre conserve des pouvoirs considérables, qui vont au-delà des prérogatives dont sont investis ses homologues des autres Etats membres.

En premier lieu, il peut demander à l'Autorité de concurrence un examen approfondi dans un délai de cinq jours ouvrés après qu'elle ait rendu une décision d'autorisation à l'issue de la phase 1 (C. com., nouvel art. L. 430-7-1). En pratique, une telle demande revient à demander à l'Autorité de concurrence de se déjuger. Elle risque aussi de générer une négociation parallèle des parties avec les services du ministre en vue d'éviter l'ouverture d'une phase 2.

En second lieu, le ministre peut évoquer l'affaire dans un délai de 25 jours après avoir reçu une notification ou information de la décision expresse ou tacite de l'Autorité de concurrence prise à l'issue de l'examen approfondi et statuer sur l'opération en cause pour « des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération » (C. com., nouvel art. L. 430-7-1).

La formulation du texte est obscure et ne permet pas de déterminer si le ministre peut seulement autoriser une concentration interdite, comme en droit allemand, ou s'il a également le pouvoir d'interdire, pour des raisons d'intérêt général, une concentration que l'Autorité de concurrence aurait autorisée (en faveur de l'absence de faculté d'interdiction d'une concentration autorisée : Vilmart, JCP éd. E, 2008, 1977, 17 ; contra : Arhel, PA, 7

août 2008, 7). En dépit des critiques formulées par le Conseil de la concurrence appelant à une limitation expresse de l'intervention du ministre à l'autorisation éventuelle de concentrations interdites (Cons. conc., avis n° 08-A-05, point 29, relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence), les travaux parlementaires montrent clairement que le législateur a entendu permettre au ministre de statuer dans les deux sens, en autorisant une concentration que l'Autorité de concurrence aurait interdite ou en interdisant une opération qu'elle aurait autorisée (en ce sens, Rapport n° 413 de la Commission spéciale du Sénat du 24 juin 2008, Article additionnel avant l'article 23 ; déclarations Lamure et Retailon, Sénat, Séance du 7 juillet 2008). Le pouvoir du ministre devra cependant s'exercer dans les limites du droit communautaire.

En outre, les motifs d'intérêt général que le ministre peut invoquer comprennent notamment « le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi » (C. com., nouvel art. L. 430-7-1). D'abord, il faut espérer que l'Autorité de concurrence, contrairement à la pratique antérieure du Conseil, s'abstiendra en conséquence de statuer sur ces questions dans le cadre de l'évaluation de la contribution de l'opération au progrès économique. Ensuite, il serait souhaitable que le ministre accepte de limiter la portée de son pouvoir en l'interprétant à la lumière d'une règle de raison, à l'instar de l'ancien Conseil de la concurrence. Celui-ci avait adopté une interprétation très restrictive de ces motifs d'intérêt général en exigeant un lien « direct et inéluctable » entre la concentration et le développement international des entreprises (Rapport pour 1990, XLV, LawLex2002000038JBJ), une absence de création d'emplois au détriment d'autres entreprises ou un lien de causalité nécessaire entre la création d'emplois et la concentration (Avis Cons. conc., n° 95-A-14 du 29 août 1995, LawLex200202032JBJ, BOCCRF, 12 février 1996). Il n'est toutefois pas certain que le ministre adopte la même interprétation dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi LME.

Au-delà des pouvoirs qui lui sont reconnus en matière de concentrations, il est question d'attribuer au ministre de l'économie le pouvoir de poursuivre les « micro pratiques anticoncurrentielles » ou « micro PAC » dès lors qu'elles affectent un marché local, ne tombent pas sous le coup du droit communautaire et sont le fait d'entreprises dont le chiffre d'affaires individuel est inférieur à 50 millions d'euro en France et 100 millions au total. Si elle devait être adoptée dans le cadre de l'ordonnance à intervenir, cette disposition accentuerait encore le dualisme des autorités de concurrence en l'étendant au droit des pratiques anticoncurrentielles.

4. Une tentative de réduction des délais de paiement.

La loi LME envisage, grâce à un ensemble de mesures applicables à compter du 1^{er} janvier 2009 de réduire sensiblement les délais de paiement inter-entreprises qui fragilisent les PME et peuvent provoquer des faillites en chaîne en cas de défaillance d'une entreprise. Le délai de paiement maximum est de 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. Le point de départ du délai est fixé à la date de réception des marchandises pour les livraisons dans les DOM et les COM compte tenu de la longueur des délais de livraison entre le territoire métropolitain et les départements et collectivités d'outre-

mer (C. com., nouvel art. L. 441-6).

Les pénalités de retard passent du taux BCE majoré de 7 points au taux BCE majoré de 10 points à défaut de stipulation dans les CGV ou d'accord des parties. Le taux minimum des pénalités est augmenté de 1,5 fois à 3 fois le taux légal.

Le taux légal étant de l'ordre de 4 % pour 2008 et les taux d'intérêt étant orientés à la hausse, le taux minimum des pénalités de retard sera d'au moins 12 % en 2009. Des accords interprofessionnels dérogatoires et temporaires peuvent maintenir en vigueur des délais plus longs jusqu'au 1^{er} janvier 2012, mais les conditions de fond et de forme de ces accords en rendent la conclusion difficile : le dépassement du délai légal doit être motivé par des raisons objectives et spécifiques au secteur, notamment au regard des délais de paiement constatés dans le secteur en 2007 ou de la situation particulière de rotation des stocks ; l'accord doit prévoir la réduction progressive des délais dérogatoires, en vue de leur alignement sur le délai légal, et l'application d'intérêts de retard en cas de non-respect du délai dérogatoire dans l'accord ; l'accord doit être limité dans sa durée sans dépasser le 1^{er} janvier 2012 ; enfin, l'accord doit être conclu avant le 1^{er} mars 2009 et être reconnu comme satisfaisant à l'ensemble des conditions précitées par un décret pris après avis de l'Autorité de concurrence ; ce décret pourra étendre le délai dérogatoire à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord.

Le non-respect du délai maximum de paiement ainsi que le différé de facturation en vue de contourner ce délai maximum engagent la responsabilité de leur auteur qui peut être engagée non seulement par le créancier victime de la pratique abusive mais aussi par l'Administration.

La négociation d'accords conventionnels de réduction des délais de paiement montre que les délais prévus par la loi sont vraisemblablement trop courts compte tenu des masses de trésorerie en jeu et qu'il aurait été plus réaliste de prévoir une réduction progressive des délais dans le temps.

L'expérience acquise dans le domaine des transports routiers de marchandises, qui a fait l'objet d'une étude récente de la DGMT (V. Garcia-Campillo, Délais de paiement à trente jours, Premier Bilan, Act. Lamy Transports, Septembre 2007), montre que même si, compte tenu des enjeux économiques, une mesure autoritaire de réduction des délais de paiement n'est pas parfaitement respectée en pratique, elle se traduit généralement par une réduction sensible des délais pratiqués. Pour un délai légal de 30 jours, il est fait état, s'agissant des transporteurs routiers interurbains de marchandises, d'une convergence vers un délai moyen de 45 jours (par rapport à des délais supérieurs à 60 jours auparavant).

Les modalités pratiques de la réforme auraient sans doute pu être améliorées mais elle aura vraisemblablement un effet positif sur la réduction des délais de paiement.

5. La sécurité juridique des entreprises mise à mal.

Les entreprises voient aujourd'hui leur sécurité juridique remise en cause par une succession de plus en plus rapide de textes de qualité inégale, qui leur imposent des contraintes lourdes (tel le nouveau contrat unique) et qui sont souvent difficiles à mettre en oeuvre.

La loi LME a créé de nouvelles catégories juridiques qui, du fait de leur imprécision, créent un risque juridique. Ainsi, la notion de services distincts des services de commercialisation, introduite par la loi Dutreil, disparaît. Le texte y substitue celle d'"autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services" qui concourent désormais à la fixation du prix de vente. Cette disposition demeure mystérieuse. Si ces obligations concourent à la formation du prix, la rémunération afférente doit-elle être déduite sur facture ou le régime des réductions de prix applicable aux conditions de l'opération de vente s'applique-t-il également aux autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale, de sorte que leur régime pourrait obéir à trois modalités différentes (de réduction de prix) :

13. soit sous forme de remise si la réduction de prix est acquise et payable immédiatement,
14. soit sous forme de ristourne acquise et à paiement différé (simplement mentionnée mais non déduite sur facture), la date de paiement d'une réduction de prix pouvant être déterminée librement par les parties,
15. soit sous forme de ristourne si le paiement est soumis à la condition que l'obligation soit effectivement rendue et le cas échéant sous certaines conditions.

L'obligation imposée par la convention unique de traiter les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale nécessairement sous la forme de réduction de prix expose les entreprises à un risque non négligeable dès lors que certaines de ces obligations peuvent être considérées du point de vue fiscal comme des services rendus par les distributeurs qui auraient dû faire l'objet de factures de leur part et non de réductions de prix par le fournisseur, l'Administration et le juge fiscal ne s'estimant pas liés par les catégories du droit commercial (cf. par exemple, la requalification de rabais et ristournes déduits des factures du fournisseur en prestations de services devant être facturées et soumises à la TVA par le distributeur pour des opérations de stockage : CE, 10 avril 2002, Monsanto/Somagri, LawLex200300009255JBJ, approuvant CAA Nantes, 1^{re} ch., 22 juin 1999, n° 96NT01955).

Même si l'intention de protéger les fournisseurs est louable, il faut être conscient que qualifier d'abus 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" institue un contrôle généralisé des clauses abusives entre professionnels, inspiré des règles du droit de la consommation, qui est en réalité difficilement praticable. L'imprécision de la notion d'abus conduit souvent le tribunal, ses différentes chambres, ou parfois la même chambre, à déclarer, à quelques mois d'intervalle, la même clause abusive ou valable, sans même évoquer les divergences de jurisprudence aux différents stades de l'instance (Pour un panorama récent de la jurisprudence, V. Sauphanor-Brouillaud, *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus*, Contrats, conc., consom. juin 2008, p. 7). Si de nombreuses pratiques abusives de l'article L. 442-6 du Code de commerce sont demeurées inappliquées, la nouvelle catégorie des obligations créant un déséquilibre

significatif entre les droits et les obligations des parties risque de donner lieu à un important contentieux devant les juridictions consulaires, non seulement dans le domaine des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs où il a déjà été jugé que la relation contractuelle entre producteurs et distributeurs était « déséquilibrée en défaveur des producteurs » (Caen, 18 mars 2008, LawLex20080000312JBJ, CDC 04/2008) mais plus généralement dans l'ensemble des relations entre professionnels.

Enfin, l'aggravation des sanctions encourues crée aussi des risques pour la sécurité juridique des entreprises. S'agissant des pratiques abusives de l'article L. 442-6, le plafond de l'amende civile est porté à trois fois les sommes indûment perçues. Compte tenu des montants en cause ainsi que de l'imprécision et de la variabilité de la jurisprudence, le risque n'est pas négligeable (v. par exemple l'évolution de la jurisprudence sur l'engagement de détenir une gamme complète de produits considéré comme n'allant pas au-delà des obligations relevant des achats et des ventes : Cass. com., 27 février 1990, LawLex200100110JBJ ; TGI Paris, 10 juin 1996, LawLex200200145JBJ - avant d'être reconnu comme un véritable service spécifique relevant de la coopération commerciale : Cass. com., 20 février 2007, LawLex20070000388JBJ ; Paris, 5 octobre 2004, LawLex200400003043JBJ).

La loi LME ne fera sans doute pas de la distribution un marché concurrentiel. Elle exposera les fournisseurs à une pression accrue des distributeurs dans la négociation sans que les profits obtenus soient nécessairement rétrocédés aux consommateurs. Les gains attendus en termes de pouvoir d'achat ne seront vraisemblablement pas au rendez-vous^[2]. En revanche, il est vraisemblable que la loi LME entraînera une réduction significative des délais de paiement, si l'on extrapole les résultats obtenus à l'occasion de l'instauration d'un délai de paiement de 30 jours en matière de transports. Le principal reproche que l'on peut faire à la loi LME est de ne pas avoir mené la réforme à son terme. Les problèmes sont posés, les solutions explorées mais les mesures adoptées demeurent trop timides pour avoir une chance raisonnable d'atteindre leur objectif.

[1] Certaines activités - hôtellerie, stations de distribution de carburants, pharmacies et commerces de véhicules automobiles - ont été purement et simplement soustraites du domaine de la procédure d'autorisation.

[2] Une étude de juillet 2008 de l'économiste en chef de la banque HSBC en France, Mathilde Lemoine, estime l'effet de la loi LME en termes de baisse des prix entre 2009 et 2011 à 0,7 point dont 0,35 point pour la libéralisation de l'urbanisme commercial en dessous de 1000 m² et la libre négociabilité des prix entre fournisseurs et distributeurs ; 0,25 point pour la déréglementation de l'implantation des hôtels, concessions automobiles et stations-services et 0,15 point pour le nouveau régime plus flexible des soldes, l'effet baissier global étant estimé à 0,2 point pour 2009. Le ministre de l'Économie anticipe quant à lui un effet baissier de 0,5 point par an pendant trois ans, soit 1,5 point sur trois ans.