

## **Bilan et réforme de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME**

### **Lancement d'une consultation publique**

Mme Christine LAGARDE, ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et M Luc CHATEL, Secrétaire d'État auprès de la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, chargé de la consommation et du tourisme ont réuni le 23 juillet 2007 les principaux représentants des fournisseurs, des distributeurs et des consommateurs pour procéder à un point d'étape de l'application de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME (réforme de la « loi Galland ») et évoquer la méthode et le calendrier de la deuxième étape de cette réforme.

Ils entendent donner toute leur place à la consultation et à la concertation tant sur le bilan de l'application de cette loi que sur les propositions d'évolution future du dispositif.

Dans la perspective fixée par l'article 57 de la loi du 2 août 2005 qui prévoit la remise au Parlement avant la fin de l'année d'un rapport d'évaluation et de propositions, les opérateurs économiques intéressés sont donc invités à faire connaître avant fin septembre 2007 leur analyse du bilan de cette loi et leurs propositions pour la deuxième étape de la réforme<sup>1</sup>.

Pour faciliter ces réflexions et contributions, plusieurs documents de travail sont publiés :

1. Un questionnaire de bilan et de perspective destiné à guider les contributions écrites qui seront transmises à l'administration
2. un document résumant la présentation faite lors de la réunion du 23 juillet par Guillaume CERUTTI, Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sur les premiers éléments de bilan de l'application de cette loi.
3. Un document de travail intitulé « Pistes d'évolution du cadre juridique des relations commerciales » que vient de réaliser un groupe d'experts réuni par l'administration.

Le rapport final d'évaluation du Gouvernement sera soumis à l'Assemblée Nationale et au Sénat en décembre.

---

<sup>1</sup> Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes  
Sous direction de la politique de la concurrence - Bureau B2  
59, bd Vincent Auriol - Télédoc 031  
75703 PARIS Cedex 13

Ou par courriel à : B2@ dgccrf.finances.gouv.fr.

## **Bilan et réforme de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME**

### **Questionnaire pour la consultation publique**

#### **1. APPRECIATION SUR LA LOI DU 2 AOUT 2005**

- **Appréciations générales**

1. Quels ont été les principaux effets positifs et négatifs de l'application de cette loi ?
2. Quels effets a-t-elle eu sur les rapports de force entre les différents acteurs économiques ?
3. La loi a-t-elle rempli ses principaux objectifs : effets sur l'inflation, effets sur les pratiques abusives, effets sur la négociation commerciale ?

- **Les conditions de vente**

4. Quel bilan peut on tirer de l'application de la loi en matière de conditions générales de vente ? de conditions particulières de vente ? de différenciation tarifaire ?
5. Le régime actuel des conditions de vente doit il être stabilisé ou doit il être encore perfectionné, et si oui, dans quel sens ?
6. Quels pourraient être les avantages et les désavantages de la négociabilité des conditions générales de vente ?

- **La coopération commerciale**

7. Quels sont les avantages et les défauts du régime actuel de la coopération commerciale ?
8. La définition actuelle de la coopération commerciale est elle trop restrictive ? (incertitude pour les services indirects).
9. Faut-il maintenir la distinction entre coopération commerciale et services distincts ou regrouper ces deux catégories ?
10. Les règles de formalisme imposées à la coopération commerciale sont elles trop rigides ? Quelles modifications apporter, le cas échéant, au régime juridique de la coopération commerciale ?
11. Faut-il et, si oui comment, canaliser la croissance des marges arrière ?

- **Le seuil de revente à perte**

12. Le dispositif d'assouplissement du mécanisme de calcul de la revente à perte a-t-il rempli ses objectifs ?
13. Quelles peuvent être les conséquences favorables et défavorables de l'assouplissement du mécanisme jusqu'au trois fois net ?
14. Quelles seraient les avantages et les désavantages d'une suppression de l'interdiction de la revente à perte ?
15. En cas d'une suppression de l'interdiction de la revente à perte, quel mécanisme permettrait de sanctionner les prix abusivement bas ? Le régime actuel de sanction du prix abusivement bas est-il opérationnel ? Un autre mécanisme est-il envisageable ?
16. Quelles conséquences une telle suppression aurait-elle sur la coopération commerciale ? Sur les règles de facturation ?

## **2. APPRECIATION SUR LE TITRE IV DU LIVRE IV DU CODE DE COMMERCE :**

17. Quels objectifs prioritaires le droit des pratiques restrictives de concurrence devrait-il conserver aujourd'hui ?
18. Comment mieux articuler et rapprocher droit des pratiques restrictives, droit des pratiques anticoncurrentielles et droit civil ? Comment améliorer leur efficacité d'ensemble ?
19. Comment la logique du droit des pratiques anticoncurrentielles pourrait-elle être développée pour se substituer efficacement à la sanction « per se » de la revente à perte, de la discrimination abusive et de la fausse coopération commerciale ?
20. La réécriture du L 442-6 du code de commerce vous semble-t-elle nécessaire et si oui dans quel sens ?
21. Doit-on faire évoluer la conception de la discrimination en matière de négociation commerciale ?
22. Le dispositif actuel de sanction des pratiques abusives est-il efficace ?
23. La dépenalisation des pratiques abusives est-elle souhaitable ? comment alors assurer l'efficacité du dispositif de sanction ?
24. La pénalisation de la non communication des conditions de vente doit-elle être maintenue ?
25. Quelles dispositions du titre IV du Livre IV du code de commerce vous semblent-elles devoir être modifiées ?

**Merci de mentionner vos coordonnées complètes lors de l'envoi de ce questionnaire.**

Les contributions sont à adresser avant fin septembre 2007 à l'adresse suivante :  
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes  
Sous direction de la politique de la concurrence - Bureau B2  
59, bd Vincent Auriol - Télédéc 031  
75703 PARIS Cedex 13

Ou par courriel à : [B2@ dgccrf.finances.gouv.fr](mailto:B2@dgccrf.finances.gouv.fr).

# **Bilan de la loi du 2 août 2005**

**Présentation du 23 juillet 2007**

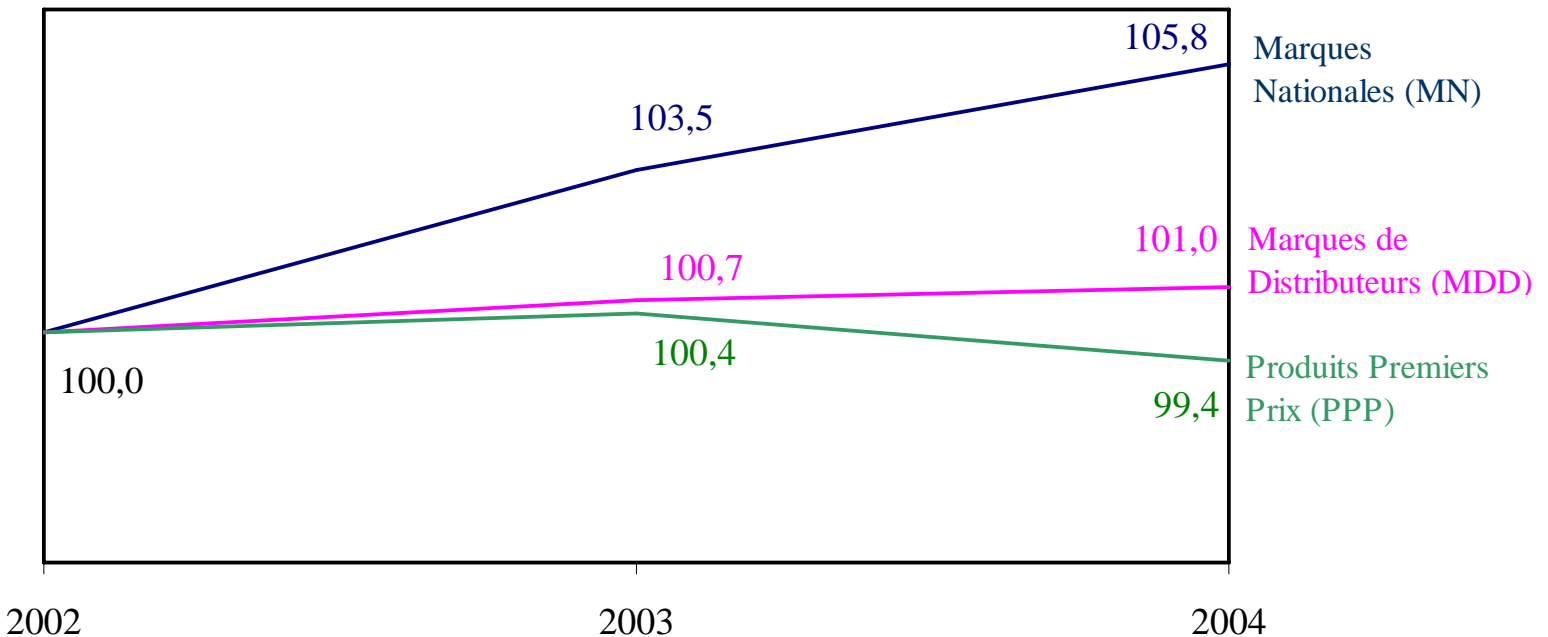


## Bilan loi du 2 août 2005

### AVANT LA LOI DE 2005 : EVOLUTION DES PRIX DE VENTE DANS LA GRANDE DISTRIBUTION (2002-2004)

Indice 100 = niveau de prix en 2002

Indice prix



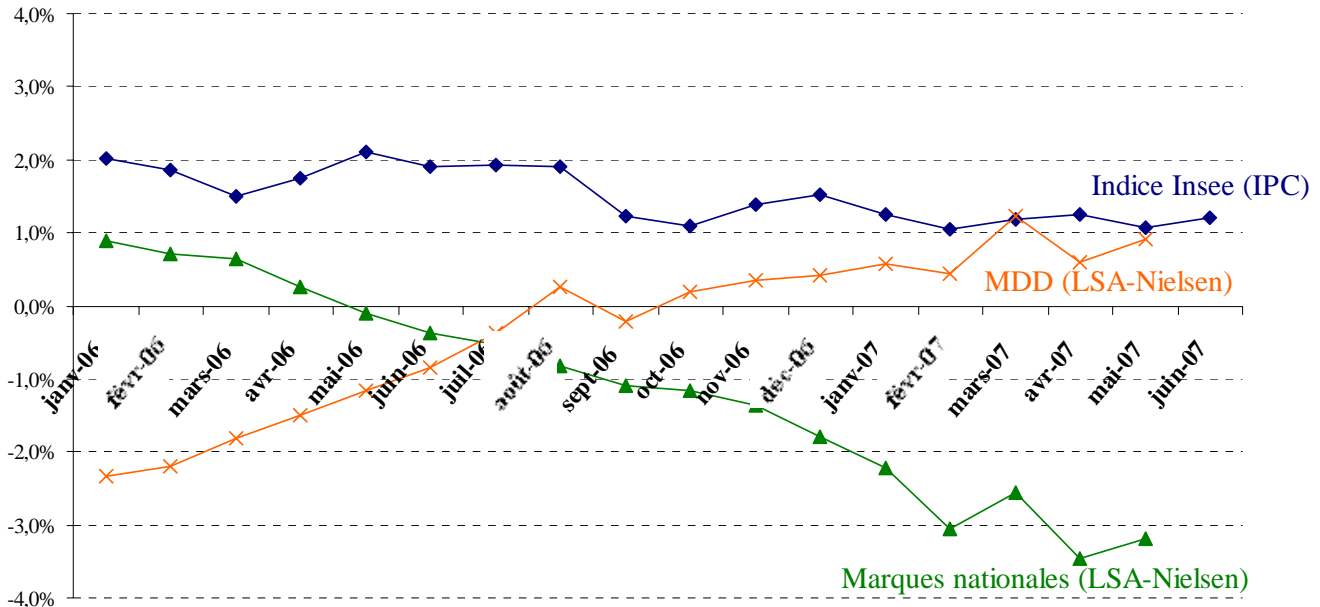
Source : IRI Business Conseil (Enquête 200-2001) ; Panel International (Enquêtes novembre 2001 – novembre 2002 ; janvier 2003 – janvier 2004)

# Bilan loi du 2 août 2005

## Effets sur les prix aux consommateurs

### depuis la loi de 2005

Évolution des indices en % - Glissement annuel



- effet favorable sur les prix des produits de grande consommation dans la grande distribution,
- baisse des prix des marques nationales entre mai 2006 et mai 2007 (-3,2 %),
- légère hausse des prix des marques distributeurs (+0,9 %) sur la même période,
- effet volume également très positif (évolution du C.A. : +2,8 % entre mai 2006 et mai 2007).

## Bilan loi du 2 août 2005

### Une concurrence accrue entre enseignes

- **La loi du 2 août 2005 a permis de rompre avec la situation antérieure caractérisée par une faible différenciation tarifaire entre enseignes**
- **Dès le premier semestre 2006 instauration d'une différenciation des prix entre enseignes : baisse des prix de - 0,1% en moyenne mais amplitude de 7 points entre les enseignes (de - 2,8 % à + 4,4 %).**
- **Un mouvement qui s'est accentué en 2007 : amplitude de + 7 en janvier 2006 à + 13 en avril 2007 (source IRI France).**

## Bilan loi du 2 août 2005

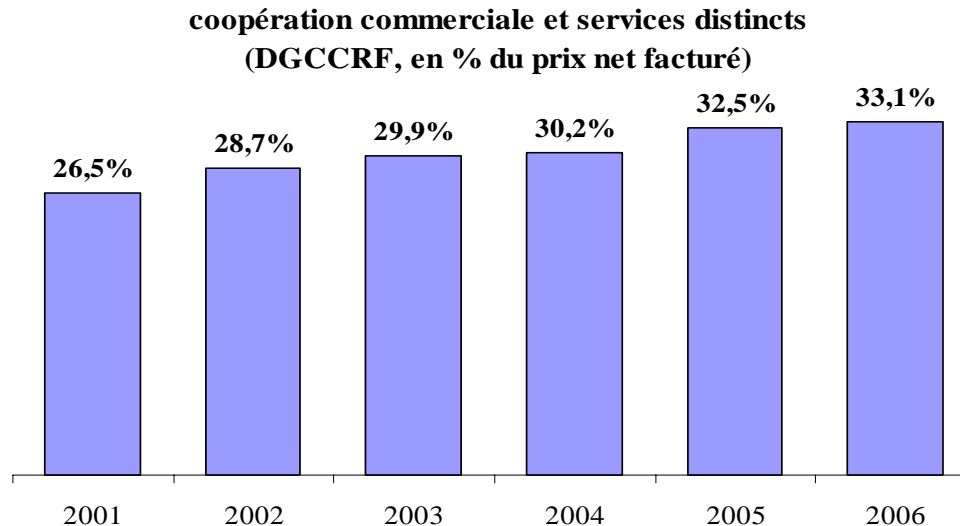
### La place des PME dans les linéaires et les effets sur l'emploi dans la grande distribution

- **Une crainte au moment de la préparation de la loi : la baisse de la part des PME dans les linéaires**
- **Des résultats encourageants depuis l'entrée en vigueur de la loi : hausse du poids de ces produits (marques PME + MDD) dans le CA des grandes et moyennes surfaces**  
en 2 ans, passant de 56,2 % à 57,9 % (Source FEEF-Nielsen)
- **La grande distribution alimentaire a créé des emplois en 2005 (+ 10 000 emplois) et en 2006 (+ 20 000 emplois ?).**

# Bilan loi du 2 août 2005

## L'évolution des marges arrière

**Les marges arrière ont continué à augmenter selon toutes les enquêtes**



**Chiffres ILEC : 35,3 % en 2005 et 37,3 % en 2006**

(Source CEPC-rapport sur l'équilibre des relations fournisseurs- distributeurs, janvier 2007)

**Chiffres FEEF : hausse moyenne de 1,46 point sur un an**

(source CEPC-rapport sur l'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs, janvier 2007)

# Bilan loi du 2 août 2005

## Effectivité de la loi

- **Des contrôles moins nombreux mais mieux ciblés, l'administration accompagnant la montée en puissance de la loi**
- **Un nombre significatif de décisions judiciaires issues de l'action du Ministre**
  - Décisions pénales : 140 en 2005, 110 en 2006
  - Décisions civiles : 50 dans la période 2004-2006
- **Les actions judiciaires entre professionnels : un volume également important (140 sur la même période)**
  - Des actions en presque totalité devant le juge civil
  - Une grande majorité d'actions pour rupture brutale de relations commerciales

# Bilan loi du 2 août 2005

## Sujets de réforme évoqués lors des auditions du 24 avril 2007 conduites par la DGCCRF

### ➤ **Des sujets de réforme réunissant un certain consensus**

La simplification du Titre IV du Livre IV du code de commerce

La dépénalisation, au moins partielle, du régime des sanctions

L'amélioration de l'efficacité du régime de sanction civile

L'allègement du formalisme juridique applicable aux contrats : fusion de contrats de services ou réforme plus radicale avec l'institution d'un seul contrat retraçant tous les éléments de la négociation commerciale

### ➤ **Des sujets plus débattus**

L'évolution vers le trois fois net et l'avenir de l'interdiction de la revente à perte

Le statut à conférer aux conditions de vente

Le rôle de la CEPC : renforcement de son rôle voire création d'une autorité administrative indépendante de régulation du secteur

## **Bilan et réforme de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME**

### **Pistes d'évolution du cadre juridique des relations commerciales**

A la demande de la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes un groupe de travail constitué de Mesdames les professeurs Martine BEHAR-TOUCHAIS et Muriel CHAGNY et de Monsieur le Professeur Didier FERRIER, a réfléchi aux options possibles de réforme du cadre juridique des relations commerciales. La présente synthèse de ces réflexions a été élaborée avec l'aide de Joël TOZZI, chef du bureau des pratiques restrictives de concurrence et des affaires juridiques de la DGCCRF.

*Avertissement : cette contribution a le statut d'un document de travail. Elle ne reflète pas une position officielle de l'administration, mais est destinée à susciter réactions et propositions, de manière à faire progresser les réflexions en vue d'une évolution du cadre juridique des relations commerciales.*

#### **1 - AMELIORER LES CONDITIONS DE LA CONCURRENCE ENTRE OPERATEURS PAR L'ASSOUPLISSEMENT DE LA LEGISLATION SUR L'INTERDICTION DE REVENTE A PERTE**

Actuellement, la revente à perte - en-dessous d'un seuil fixé au prix d'achat effectif (et non au coût de revient) du produit - est en France sanctionnée pénalement. Les modifications législatives récentes ont cherché à prendre en compte, dans le calcul du prix d'achat effectif, des contreparties financières obtenues par les distributeurs, afin de contrecarrer l'inflation excessive des produits de grande consommation.

##### **1.1 - Une solution radicale : le remplacement de l'interdiction de revente à perte par un dispositif de prohibition des prix abusivement bas**

La voie la plus radicale pourrait conduire à abandonner l'interdiction « per se » de la revente à perte au profit d'un dispositif de substitution permettant de conserver un mécanisme de contrôle des prix trop bas tout en assurant un net assouplissement du contrôle exercé.

###### **1.1.1 La suppression de l'interdiction « per se » de la revente à perte**

La question de la suppression de la revente à perte mérite au moins d'être posée, pour plusieurs raisons :

- Une raison d'efficacité : le concept français d'interdiction de revente à perte obéit à une définition juridique plus qu'à une logique économique. Cela peut conduire à des absurdités lorsque le franchissement est mineur et qu'il n'a pas eu d'effets sur le marché.

A l'inverse, une simple sanction pénale pourra être insuffisamment dissuasive et trop tardive s'il s'agit de sanctionner une pratique de prix prédateurs durable dont l'objectif était d'évincer du marché un concurrent.

- L'effet bénéfique de l'interdiction de la revente à perte pour le consommateur est contesté comme l'a constaté l'OCDE dans son rapport de février 2006<sup>1</sup> sur ce sujet (une revente à perte non prédatrice peut constituer un prix bas bénéfique au consommateur).

- Un objectif de simplification : le calcul du seuil de revente à perte est une opération très complexe (déduction du prix facturé de chaque produit de la quote-part de coopération commerciale et de service distinct qui lui revient).

### **1.1.2 L'adoption d'une disposition de substitution : la prohibition des prix abusivement bas**

De façon liminaire, il importe de souligner que l'assouplissement envisagé, gage d'une liberté accrue pour les agents économiques, suppose également l'abandon de la sanction pénale.

Deux voies d'assouplissement sont concevables et peuvent être combinées

- l'une consiste à passer d'un système de seuil rigide (seuil de revente à perte) dont le franchissement entraîne la condamnation à un système conférant à l'autorité saisie une marge d'appréciation ;

- l'autre consiste à intégrer les effets sur la concurrence ou sur les concurrents dans l'appréciation de la pratique.

La recherche d'un dispositif de substitution à l'interdiction de la revente à perte peut s'opérer, soit au sein du droit des pratiques anticoncurrentielles (titre II du livre IV du code de commerce), soit au sein du droit des pratiques restrictives (titre IV du livre IV du code de commerce). Outre que l'abus est une notion commune au droit de la concurrence et au droit civil, la notion de prix abusivement bas existe déjà dans les textes.

L'offre ou la pratique de prix abusivement bas, en tant qu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'évincer du marché des opérateurs, constitue aujourd'hui une pratique anticoncurrentielle que le Conseil de la concurrence est compétent pour sanctionner (article L 420-5 du code de commerce). Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, le Conseil de la concurrence a été saisi à plusieurs reprises sur le fondement de cet article. Ces saisines ont cependant été déclarées irrecevables ou se sont traduites par une décision de non-lieu, l'instruction n'ayant pas permis de conclure à l'existence d'offres ou de pratiques de prix abusivement bas.

La question se pose donc de la possibilité d'améliorer le mécanisme de sanction des prix trop bas. Ainsi la référence au prix abusivement bas pourrait-elle permettre, le cas échéant, une « fusion » des articles L. 442-2 du code de commerce prohibant l'IRP et L. 420-5 du même code, ou une disparition pure et simple de l'article L 442-2 précité.

Cela pourrait être l'occasion d'unifier le traitement réservé à la vente et à la revente, voire aux services, tout en renforçant l'efficacité de l'interdiction des prix abusivement bas qui, jusqu'à présent, a été peu appliquée et n'a donné lieu à aucune condamnation. Les différentes options sont discutées en annexe de la présente note.

## **1.2 - Une solution plus progressive : La poursuite de l'assouplissement de la définition de l'interdiction de revente à perte**

Il est également concevable de conserver l'interdiction de la revente à perte, tout en introduisant certains assouplissements, liés à l'abaissement du seuil de revente à perte (1) et/ou à l'élargissement des exceptions à l'interdiction (2), les deux pouvant être combinés. Il faut également évoquer le maintien du dispositif de l'interdiction de la revente à perte, en le cantonnant à certains opérateurs (3).

---

<sup>1</sup> « Dans les nations qui disposent déjà de lois contre les prix d'éviction prédateurs et la tromperie des consommateurs, les coûts de la loi sur la revente à perte pour les consommateurs sont susceptibles d'excéder les avantages ».

### **1.2.1 L'abaissement du seuil de revente à perte en poursuivant l'évolution vers le « trois fois net ».**

Le seuil de revente à perte pourrait être maintenu, mais abaissé, soit au trois fois net si l'on opère une consolidation de la vente et de la coopération commerciale dans le cadre d'une « vente commerciale » (a), soit au prix d'achat déduction faite d'une valeur plafonnée de la coopération commerciale (b).

#### **a) Poursuivre la mise en œuvre des préconisations du rapport Canivet : l'évolution vers le « trois fois net ».**

Le trois fois net a le mérite de correspondre au prix réellement payé par le distributeur pour acheter et commercialiser le produit ultérieurement revendu. La définition du SRP devient donc plus simple et a une signification économique indiscutable.

Ce serait un pas supplémentaire vers la liberté des prix soumis au seul droit de la concurrence, sauf à considérer que le droit de la concurrence doit également rechercher une concurrence « loyale » et donc s'opposer à des pratiques excessives constituées précisément par la revente à perte que tout distributeur ne peut pas pratiquer. En outre, à ce niveau, le SRP au trois fois net aurait une justification plus forte en théorie économique que le SRP actuel.

Fixer le SRP au trois fois net (qui correspond au prix d'achat tous remises, ristournes, rabais et rémunération de services déduits) rejoint l'une des préconisations du rapport « Canivet » sur les rapports entre industrie et commerce comme moyen de relancer la concurrence par les prix.

Le seuil de revente à perte pourrait être défini comme « le prix d'achat figurant sur la facture avec déduction du prix des services rendus par le distributeur à l'occasion de l'achat ou de la revente ».

#### **b) Une solution alternative évoquée par le rapport Canivet : le plafonnement de la coopération commerciale**

L'évolution vers le trois fois net ne s'est pas accompagnée d'une réduction des montants de marges arrière (avantages financiers). C'est pourquoi, il pourrait être envisagé de plafonner le niveau des avantages financiers non répercutés sur la facture, permettant à la fois de facturer à prix deux fois net mais avec un plafonnement des avantages hors facture.

Une telle option aurait certes le mérite d'instituer un dispositif susceptible d'avoir un effet positif sur le niveau des prix tout en limitant la croissance de la marge arrière et en évitant la complexité inhérente au mode de calcul actuel de la rémunération des services. Le contrôle de la revente à perte serait préservé. Elle n'est pas sans inconvénients (dirigisme ; recherche d'autres formes d'avantages financiers ; effacement des différences d'efficacité entre les distributeurs ; risque que les secteurs économiques les moins touchés par les marges arrière ne soient incités à relever leurs taux).

### **1.2.2 L'élargissement du régime d'exception prévu par l'article L 442-4 du code de commerce**

Une autre possibilité d'assouplissement pourrait consister à offrir à l'entreprise poursuivie pour revente à perte la possibilité d'échapper à la condamnation, soit par le jeu d'exceptions du même type que celles actuellement admises par l'article L. 442-4, mais élargies, soit en justifiant sa pratique plus largement que ne l'autorise actuellement le texte.

D'un côté, en s'inspirant des exemples étrangers, de nouvelles exceptions pourraient être introduites permettant de s'approcher au cas par cas de la logique économique souhaitée sans pour autant supprimer un mécanisme qui peut présenter un intérêt (ex : généralisation de l'exception d'alignement, ou mise à l'étude des mécanismes italien et grec).

D'un autre côté, il pourrait être considéré que le franchissement du seuil de revente à perte est présumé nocif pour la concurrence, mais que l'entreprise a la possibilité de justifier sa pratique.

### **1.2.3 Le cantonnement de la suppression de l'interdiction de la revente à perte à certaines catégories d'opérateurs**

Un régime différencié pourrait être introduit selon les opérateurs par suppression de l'interdiction de la revente à perte pour les opérateurs plus petits mais maintien de la prohibition avec abaissement au trois fois net pour les plus grandes surfaces. Cette option soulève cependant la question de la détermination du seuil discriminant et, au-delà, celle de l'opportunité de discriminer entre les opérateurs en fonction de la taille, particulièrement dans le contexte communautaire.

### **1.3 Dans tous les cas de figure, la dépenalisation de la revente à perte**

L'abandon de la sanction pénale au profit de sanctions civiles paraît recueillir un large assentiment de la part des professionnels et de l'administration. Outre le fait qu'elle marquerait un desserrement psychologique de la contrainte légale à destination des acteurs concernés, la dépenalisation permettrait, comme cela a déjà été indiqué, de retenir une définition plus souple de la pratique prohibée.

Cela renvoie cependant à la question plus générale de sanctions civiles efficaces pour les pratiques visées au titre IV du livre IV du code de commerce. La réparation du préjudice et/ou l'amende civile pourrait ici remplacer l'amende pénale (voir point III ci dessous). La référence actuelle aux dépenses de publicité pour fixer cette amende pourrait être conservée, ayant le mérite de la facilité de calcul.

## **2 - AMELIORER L'ENVIRONNEMENT DES ENTREPRISES PAR LA SIMPLIFICATION DES TEXTES ET LA DEPENALISATION PARTIELLE DES SANCTIONS**

La simplification et la clarification du Titre IV du Livre IV du code de commerce (1°) dans un souci de plus grande sécurité juridique des opérations commerciales et d'amélioration de la qualité de la réglementation, et d'autre part, la dépenalisation de la sanction de ces pratiques (2°) parallèlement au renforcement de l'efficacité du régime de sanction civile, permettraient d'améliorer l'environnement des entreprises et plus particulièrement du cadre de leurs relations commerciales.

### **2.1 - Simplification et clarification**

Simplifier et clarifier le Titre IV du Livre IV du code de commerce apparaît aujourd'hui indispensable face à la complexité juridique des relations commerciales, au regard de la nécessité de renforcer la sécurité juridique des opérations commerciales et la clarté et la qualité du droit. Ainsi, le formalisme des relations commerciales comme le statut des conditions de vente pourraient être allégés et clarifiés dans le cadre d'une simplification d'ensemble du titre IV du Livre IV du code de commerce.

#### **2.1.1 Un formalisme allégé des relations commerciales**

La transparence des services est nécessaire car elle garantit aux opérateurs économiques un minimum d'informations, de droits et obligations dans ces matières et elle permet également un contrôle de ces prestations, notamment des contreparties. L'obligation d'établir un contrat par écrit serait maintenue, comme l'indication par la loi des informations minimales qu'il devrait contenir (le contrat devrait préciser le contenu des services rendus par le fournisseur, les modalités de rémunération quelles qu'elles soient).

Un allègement très sensible du formalisme des relations commerciales pourrait être néanmoins atteint par l'adoption de l'une ou l'autre des mesures suivantes :

- Soit l'adoption d'un contrat regroupant tous les services qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente, c'est à dire la coopération commerciale et les services distincts, critère qui les distingue des services liés aux conditions de vente. Dans une telle hypothèse, soit la définition de la coopération commerciale est élargie aux services qui ne sont pas rendus à l'occasion de la revente aux consommateurs, soit il n'est plus nécessaire de définir la coopération commerciale, les parties au contrat ayant toute liberté pour conclure un contrat de service, sous réserve que ce service ne relève pas des obligations d'achat et de vente (ce critère pourrait éventuellement être explicité, sauf à

considérer que la jurisprudence antérieure à la loi du 2 août 2005 était satisfaisante) et que rémunération et service rendu ne soient pas totalement déconnectés. La question peut alors se poser de savoir si les services aujourd'hui visés dans les conditions particulières de vente demeurent rattachés à la vente ou aux services.

- Soit, de manière plus radicale l'adoption d'un contrat unique exhaustif retraçant dans un seul document les résultats de la négociation commerciale et prenant donc en considération globale l'opération de vente et de revente. Il inclurait alors les conditions de vente, la coopération commerciale et les services distincts actuels négociés à l'occasion de cette opération.

Mais les services liés à l'opération de vente ou de revente ou étrangers à cette opération, figurant dans des conditions de vente ou dans des conditions de service (appelés coopération commerciale notamment), devront en tout état de cause être formalisés au sein de ce contrat unique avec toutes les informations nécessaires au contrôle de leur réalité et de leur valeur. De même serait conservée l'obligation de formalisation avant fourniture et le détail de certaines informations : objet, prix du service, date de prestation, modalités de paiement.

- Les autres éléments du régime juridique applicable aux services fournis par les distributeurs seraient supprimés (cadres contractuels préétablis) ou simplifiés (mode de rémunération de la coopération commerciale qui devrait être néanmoins être conservé transitoirement jusqu'au passage au trois fois net).

### **2.1.2 La clarification du statut des conditions de vente en perfectionnant le dispositif existant**

Dans le cadre du principe de liberté contractuelle, le dispositif actuel assure un certain contrôle des discriminations comme de la transparence de l'offre, tout en conférant aux conditions des industriels une réelle portée, qui s'appuie sur la notion de « socle de la négociation commerciale ».

Cet équilibre ne modifie pas la réalité des rapports de force mais constitue un cadre raisonnable de négociation et de contrôle qui devrait être conservé en tant qu'acquis de la réglementation actuelle comportant les trois piliers suivants : les principes de non discrimination abusive et de justification de la différenciation tarifaire, la règle selon laquelle les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale en ce sens que toute dérogation aux conditions générales de vente doit être justifiée (référence à L. 442-6), la sanction de la non communication des conditions de vente comme instrument de la transparence.

Sur plusieurs aspects, la situation est perfectible dans le sens d'une clarification du dispositif.

le contenu des CGV et l'articulation avec les conditions d'achat. Dans le cadre préétabli par la loi selon lequel les CGV constituent le socle de la négociation commerciale, la question se pose de l'opportunité de définir plus strictement le contenu des conditions de vente et, derrière cette question se profilent celles, délicates, du choix d'une définition stricte ou large de la vente (selon qu'elle intègre ou non le fait qu'il s'agit d'une vente destinée à la revente), et de l'articulation avec les conditions d'achat.

la différenciation tarifaire, nécessaire en tant qu'elle conforte l'offre de vente des industriels et introduit des éléments de négociabilité entre industriels et distributeurs, devrait plus clairement relever de la liberté contractuelle des opérateurs. Elle pourrait ainsi être confortée par la suppression de tout encadrement réglementaire de ses conditions de mise en œuvre, ou par l'inscription dans la loi de certains paramètres simples de distinction ou encore par l'indication expresse de la seule réserve des pratiques discriminatoires.

les CPV devraient [pourraient] être confortées en précisant leur définition, par abandon d'une part de toute référence à la spécificité des services rendus, imprécise et source d'insécurité juridique et son remplacement par l'indication selon laquelle ces services sont ceux qui relèvent des obligations d'achat et de vente (critère de distinction majeur avec les services de l'article L 441-7).

la communication des conditions de vente jouant un rôle essentiel pour assurer la transparence et contenir le développement de la discrimination abusive, la sanction de la non communication des

conditions de vente doit être conservée. Pour autant, il est proposé de dépenaliser cette pratique qui pourrait être sanctionnée par le juge civil, la non communication des conditions de vente devenant une présomption simple de discrimination.

### **2.1.3 L'allègement et la restructuration du Titre IV du Livre IV du code de commerce**

Le titre IV du Livre IV du code de commerce doit être allégé et restructuré. Les dispositions devenues obsolètes devraient être supprimées. Cette orientation peut être accompagnée par un renforcement de l'efficacité des dispositions sanctionnant l'abus de dépendance économique et les prix abusivement bas.

- clarification et simplification des articles L 442-6 qui concerne les pratiques abusives et les pouvoirs du Ministre et L 441-6 du code de commerce qui concerne les conditions de vente et les conditions de règlement

Première option : conserver l'article L 442-6 du code de commerce, mais sous un format clarifié, simplifié et réorganisé. Il serait également allégé, en retirant de cet article le régime des sanctions et des pouvoirs du Ministre, qui serait alors placé dans un chapitre ou article autonome consacré aux sanctions.

Cet article serait regroupé autour de quelques pratiques abusives fondamentales réécrites ou clarifiées : les pratiques discriminatoires dans un article les reliant à la transparence tarifaire et à la sanction de la non communication des conditions de vente ; l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionnée dans un article resserré (suppression des exemples, intégration des primes de référencement) ; l'abus de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente dans une définition regroupant les I, 3°, 4°, 7°, 8° et le II de l'article L 442-6; la rupture brutale de la relation commerciale.

Seconde option : dans un souci de clarification, éclater l'article L 442-6 du code de commerce par grandes catégories cohérentes d'abus faisant l'objet d'autant de nouveaux articles : discrimination/différenciation ; fausse coopération commerciale ; rupture brutale de relation commerciale ; dépendance et abus de puissance d'achat ; cas de nullité. Un nouvel article pourrait être créé sur les conditions de règlement regroupant les dispositions correspondantes figurant actuellement aux articles L 441-6, L 442-6 7° et L 442-6 III c.

- En tout état de cause, il est proposé de déplacer les dispositions sur le régime des sanctions et les pouvoirs du ministre en les positionnant dans un chapitre particulier sur les sanctions ou dans un article autonome du chapitre sur les pratiques restrictives de concurrence.

Par cohérence, l'article L 441-6 devrait être également simplifié et clarifié au regard notamment d'un mouvement éventuel de dépenalisation et de regroupement des dispositions relatives à la discrimination/différenciation tarifaire et aux conditions de règlement.

- La question se pose du maintien de l'action du Ministre pour demander la sanction des ruptures brutales de relations commerciales.

Le bilan récent de la jurisprudence montre que dans ce domaine les opérateurs économiques obtiennent, sans l'intervention du Ministre, de nombreuses décisions judiciaires contre les abus dont ils peuvent être l'objet. Le droit commun permettant en outre la constatation et la sanction des abus de rupture brutale de relations commerciales, la question peut se poser de conserver l'action du Ministre dans ce domaine, celle-ci pouvant plus utilement être recentrée sur des pratiques dans lesquelles sont constatées des infractions plus graves à l'ordre public économique (discrimination, fausse coopération commerciale, abus de puissance d'achat ou de vente).

### **2.1.4 La clarification des notions de prix abusivement bas et de l'abus de dépendance économique en droit des pratiques anticoncurrentielles.**

Insuffisamment appliquées, ces deux notions pourraient être modifiées en vue de favoriser leur plus grande application, permettant d'une part de réaliser une économie de texte si cette prohibition est efficace, assurant ensuite un lien avec l'abus de la relation de dépendance.

S'agissant en particulier de l'abus de dépendance économique qui n'a guère été appliqué, il pourrait, soit être considéré que cette interdiction n'a pas sa place parmi les pratiques anticoncurrentielles et qu'il convient de la supprimer purement et simplement, soit être procédé à sa réécriture pour lui conférer plus d'efficacité en donnant une définition de l'état de dépendance économique liant les organes appelés à appliquer ce texte et, éventuellement, en rédigeant différemment l'exigence actuelle d'atteinte à la concurrence.

## **2.2 La dépénalisation partielle du titre IV du livre IV du code de commerce**

Les évolutions législatives successives ont déjà dépénalisé en partie le droit des relations commerciales, soit par suppression de certaines infractions pénales, soit par substitution des sanctions civiles aux sanctions pénales (refus de vente et de prestation de service ; pratiques discriminatoires). La loi du 2 août 2005 en faveur des PME a au contraire renforcé le volet pénal de cette réglementation (formalisme de la coopération commerciale).

La poursuite de la dépénalisation du Titre IV du Livre IV est aujourd'hui souhaitée et souhaitable au motif de l'inefficacité de la sanction pénale à faire cesser les pratiques abusives (montants d'amende faibles ; intervention tardive de la sanction), du caractère jugé infamant de la sanction pénale et de la possibilité de définir plus souplesment les pratiques interdites.

Ces arguments doivent néanmoins être relativisés en matière de pratiques restrictives car : 60 à 70% des décisions rendues concernent les infractions aux règles de facturation du code de commerce, pour lesquelles la légitimité d'une sanction pénale ne semble pas remise en cause ; le développement des suites alternatives, et notamment de la transaction, aboutit à réduire le nombre des décisions judiciaires effectivement rendues dans ces matières.

### **2.2.1 La dépénalisation totale n'est pas souhaitable**

Dans au moins deux domaines, la facturation et les délais de paiement, l'infraction apparaît suffisamment grave pour justifier le maintien d'une sanction pénale.

L'hésitation est permise, s'agissant du formalisme de la coopération commerciale, qui semble difficile à sanctionner civilement. Certes, toute sanction civile n'est pas inconcevable, soit sur le terrain de la validité du contrat, soit sur le terrain de la preuve, mais le contrôle en sera probablement difficile et les sanctions par le juge probablement rares.

### **2.2.2 Une dépénalisation partielle semble préférable**

Certaines infractions aujourd'hui condamnées pénalement pourraient être condamnées civilement demain : infractions en matière de prix imposés, d'interdiction de la revente à perte, de non communication des conditions de vente, voire, sous les réserves exprimées ci-dessus, le formalisme de la coopération commerciale.

La question de la dépénalisation doit en effet s'envisager au regard de la possibilité ou non de prévoir des incriminations suffisamment précises ainsi que des substituts possibles. C'est donc la question de l'efficacité des sanctions civiles qui est posée.

## **3 - AMELIORER L'EFFICACITE DE LA REGLEMENTATION EN MODIFIANT LE REGIME DES SANCTIONS**

### **3.1 - La création d'un chapitre spécifique aux sanctions et aux procédures**

Pour une meilleure lisibilité des textes, pourrait être créé à la fin du titre IV un chapitre sur les sanctions et les procédures. L'article L. 442-6 notamment s'en trouverait allégé.

Si le principe du maintien de sanctions pénales est acquis, l'actuel art. L. 442-3 sur la responsabilité pénale des personnes morales pourrait être inséré dans ce chapitre (sous le bénéfice de modifications éventuelles).

### **3.2 - La modification du régime de sanctions**

Pour répondre à une demande assez consensuelle, le dispositif prévu par l'article L 442-6 (définition des abus ; action du Ministre ; sanctions possibles) pourrait être conforté, mais sensiblement modifié. Le régime des sanctions devrait être dicté par un souci d'efficacité dans la mise en œuvre de la sanction, et d'exemplarité dans le contenu même de la sanction.

L'intérêt du mécanisme d'action du ministre n'est pas remis en cause car il a démontré son utilité pour défendre les atteintes à l'ordre public économique et parce que le nombre des décisions rendues ainsi que les montants de condamnation obtenus apportent la preuve de l'efficacité de ce mode de régulation original.

Pour autant ce mécanisme doit être clarifié, sécurisé juridiquement et rendu plus efficace. Plusieurs options sont possibles.

#### **3.2.1 Le maintien du régime de sanctions actuelles en améliorant son efficacité**

Le dispositif actuel de sanction permettant de demander la cessation des pratiques, la nullité des contrats, la restitution de l'indu et l'amende civile, pourrait être maintenu.

Les motifs qui avaient conduit les pouvoirs publics à instaurer ces mesures n'ont pas disparu et ces différents modes de sanction conservent aujourd'hui toute leur pertinence. Il est en outre d'un grand intérêt pour les pouvoirs publics de pouvoir disposer d'une panoplie diversifiée de possibilités de sanctions, adaptables en fonction de la nature du dossier.

Il conviendrait néanmoins de consolider le dispositif actuel, notamment celui de la répétition de l'indu. Ainsi pourrait être inscrite dans la loi la perception et la restitution des sommes par le canal du Trésor public ainsi que l'affectation des sommes, en cas de refus par les fournisseurs du bénéfice du jugement, à un fonds dédié aux associations de consommateurs par exemple.

#### **3.2.2 Le maintien du régime de sanction actuel (action en nullité, amende civile, restitution de l'indu), mais en faisant de ces actions, pour les unes, des actions propres et, pour les autres, des actions en représentation**

L'action du Ministre serait autonome pour demander la cessation des pratiques et l'amende civile. En revanche, la demande en nullité des clauses ou des contrats illicites ou en restitution ne pourrait prospérer qu'avec l'accord des opérateurs.

#### **3.2.3 La généralisation de l'amende civile et la suppression de tout ou partie des autres sanctions**

Le régime des sanctions en matière de pratiques restrictives pourrait être aligné sur le régime du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'amende devenant la sanction de droit commun. Dans un tel schéma, la restitution de l'indu serait supprimée, comme la demande en nullité des clauses ou du contrat.

La nullité d'une convention débouche en principe sur une restitution des sommes sans qu'il soit besoin de le demander spécifiquement ; le refus par les fournisseurs de ces sommes, la contestation croissante de leur légitimité devant le juge par ces mêmes fournisseurs rendent difficile voire impossible une application effective de cette sanction.

Par articulation avec la réforme de dépenalisation, la sanction civile serait étendue aux infractions dépenalisées.

Une telle solution a le mérite de simplifier le régime de sanction. Elle risque cependant d'appauvrir les marges de manœuvre de l'administration dont le choix deviendrait binaire entre demander une amende ou ne rien faire.

Si une telle solution était retenue, elle pourrait enfin revêtir deux formes : la demande d'amende civile en présence des opérateurs, la demande d'amende civile en l'absence des opérateurs.

### **3.2.4 Rendre plus efficace la sanction par l'amende civile**

Une telle réforme suppose qu'en contrepartie de la dépénalisation des sanctions et de la simplification de leur régime, le régime de l'amende civile soit consolidé pour assurer l'effectivité et l'exemplarité (limitée aujourd'hui à 2 millions d'euros).

- renforcer le caractère dissuasif de la sanction par amende civile.

*Option 1* : prévoir que celles ci puissent s'élever à x % du chiffre d'affaire pour la personne morale ou x fois le montant des dommages et intérêts. Ce mécanisme ne garantirait néanmoins pas la sévérité de la sanction le juge fixant librement ce montant.

*Option 2* : prévoir que les amendes correspondent au montant de tout ou partie des sommes indûment perçues. Le juge dispose alors d'une moindre latitude dans la fixation de l'amende quand sont en cause des sommes indues.

- améliorer la rapidité des décisions rendues (réforme du référé ; utilisation de la procédure de l'assignation à date).

### **3.2.5 Poursuivre le renforcement du rôle de la CEPC**

Certaines propositions du rapport Canivet mériteraient d'être réexaminées.

- permettre sa saisine par un juge en vue de l'éclairer sur les pratiques et usages.

- attribuer à la CEPC un pouvoir de sanction administrative . Dans ce cas la CEPC devrait évoluer vers un statut d'autorité administrative indépendante, qui deviendrait compétente pour prononcer des mesures provisoires ou des sanctions pécuniaires administratives par exemple sur saisine de la DGCCRF.

## Annexe

### **Options de réforme de la prohibition des prix abusivement bas**

-1<sup>ère</sup> possibilité : Au sein des pratiques anticoncurrentielles, conserver le texte actuel prohibant le prix abusivement bas en l'élargissant à la revente

L'adaptation du texte sur les prix abusivement bas pourrait consister à supprimer l'alinéa suivant de l'article L.420-5 du code de commerce qui exclut aujourd'hui expressément les activités de revente en l'état de son champ d'application. C'est la solution préconisée par le rapport Canivet.

-2<sup>e</sup> possibilité : Modifier le texte actuel en dissociant les prix abusivement bas des prix prédateurs

Cela suppose de déterminer :

- si le texte doit seulement concerner la revente en l'état ou s'appliquer plus largement :

la réécriture aboutirait en effet, d'un côté à assouplir le régime de la revente (sévérité moindre que l'interdiction de la revente à perte) et, de l'autre, à contrôler plus étroitement qu'à l'heure actuelle la vente (seuls les prix prédateurs étant sanctionnés pour le moment).

- s'il doit prendre place dans le droit des pratiques anticoncurrentielles ou dans le droit des pratiques restrictives :

Il pourrait être considéré que la sanction des prix abusivement bas, distincts des prix prédateurs, ne relève pas du Conseil de la concurrence, mais seulement du juge judiciaire. Faire figurer ce texte au sein des pratiques restrictives n'interdit pas nécessairement de faire référence à une incidence sur la situation des concurrents (cf. la rédaction de la prohibition des pratiques discriminatoires) et permettrait au ministre de l'Économie d'agir le cas échéant, comme il peut le faire actuellement pour la revente à perte.

- comment apprécier le caractère abusivement bas du prix et par rapport à quel référent :

La réponse à cette question dépend partiellement des choix effectués quant au domaine du texte (revente en l'état seulement ou pas) et de la nature de la pratique sanctionnée (pratique anticoncurrentielle ou restrictive). Aussi seules quelques pistes sont évoquées ci-après.

Option 1 : en limitant la prohibition à la seule revente, il est possible de continuer à faire référence au prix d'achat effectif.

Option 2 : en adoptant une rédaction commune à la vente et à la revente, il s'agit de se référer au coût de revient tel qu'il est explicité dans l'art. L. 420-5 (*coûts de production, de transformation et de commercialisation*). Le coût de revient est en revanche plus difficile à calculer que le prix d'achat effectif. En outre, le seuil de référence est supérieur à celui actuel de la revente à perte. Cela étant, son seul franchissement ne caractérise par un prix abusivement bas.

Dans le cas d'un texte unique, commun à la vente et à la revente, la rédaction serait en son alinéa 1<sup>er</sup> identique à celle de l'actuel article L. 420-5 C. com. : la loi pourrait préciser les conditions du caractère abusif, le juge appréciant comme il le fait déjà dans son application de l'article L 442-6, au cas d'espèce le caractère abusif de la pratique qui lui est soumise.