

Modification des conditions tarifaires - Approche juridique -

Introduction :

L'article L. 410-2 du Code de commerce consacre le principe de la liberté des prix :
« *les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

Il en résulte que le fournisseur doit avoir la maîtrise de ses conditions tarifaires. Il fixe librement dans son offre de vente le prix unitaire de ses produits et, le cas échéant, les réductions de prix qu'il entend accorder à ses clients (C. com., art. L. 441-6).

Dans le prolongement, il est libre de les modifier à la hausse ou à la baisse.

Cette liberté ne trouve de limite que dans les hypothèses où la fixation ou la mise en œuvre par le fournisseur de ses nouvelles conditions tarifaires se révéleraient abusives à l'égard directement du distributeur, ou plus largement de la concurrence sur le marché concerné.

La présente note recense les différentes hypothèses où des modifications tarifaires du fournisseur, entendues ici comme une hausse du prix unitaire de ses produits ou une baisse de ses réductions de prix, seraient susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement du droit des contrats (I), du droit des pratiques restrictives de concurrence (II) ou du droit des pratiques anticoncurrentielles (III).

Il convient toutefois de préciser que les moyens d'actions envisagées ci-dessous ont pour la plupart une efficacité relative.

I.- LES HAUSSES TARIFAIRES CONSTITUTIVES D'UNE VIOLATION CONTRACTUELLE

Si le fournisseur est en principe libre de modifier ses conditions tarifaires¹, il ne doit pas cependant méconnaître les modalités de modification qu'il a lui-même prévues dans ses conditions générales de vente ou qu'il a convenues avec le distributeur dans un contrat particulier et/ou dans la convention récapitulative annuelle (L. 441-7 C. com.).

Les conditions générales de vente du fournisseur communiquées au distributeur, ou le contrat conclu entre le fournisseur et le distributeur, contiennent en effet le plus souvent des clauses dont l'objet est de définir très précisément les conditions dans lesquelles le fournisseur est en droit de modifier ses conditions tarifaires.

¹ Toutefois, lorsque le distributeur est tenu par un engagement d'approvisionnement exclusif, la fixation des conditions tarifaires par le fournisseur ne saurait résulter d'un abus (Cass. Ass. plen., 1^{er} décembre 1995).

Ces clauses peuvent notamment obliger le fournisseur à :

- notifier au distributeur la modification tarifaire par lettre recommandée avec accusé de réception ;
- respecter un certain délai de préavis.

Le fournisseur est tenu de les respecter à peine de violer le contrat et d'engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1134 du Code civil.

Par ailleurs, lorsque les conditions générales de vente du fournisseur font l'objet d'une négociation entre les parties, l'article L. 441-7 du Code de commerce exige qu'une convention annuelle soit conclue entre le fournisseur et le distributeur avant le 1^{er} mars de chaque année afin de récapituler « *les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale* ».

Très souvent, de telles conventions contiennent des clauses précisant de façon similaire les conditions dans lesquelles le fournisseur peut modifier son tarif en cours d'année.

De sorte que si le fournisseur modifie son tarif en violation de ces clauses, la modification ne peut avoir d'effet entre les parties. Le fournisseur est alors contraint d'attendre la conclusion de la convention récapitulative de l'année suivante pour pouvoir appliquer son nouveau tarif.

II.- LES HAUSSES TARIFAIRES CONSTITUTIVES D'UNE PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE

Les hausses tarifaires du fournisseur peuvent être appréhendées par le droit des pratiques restrictives de concurrence dès lors qu'elles conduisent à imposer le prix de revente ou la marge commerciale du distributeur (1), qu'elles sont imposées de manière brutale (2) ou qu'elles créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (3).

1/ Une hausse tarifaire conduisant à imposer le prix de revente ou la marge commerciale du distributeur :

L'article L. 442-5 du Code de commerce dispose qu' « *est puni d'une amende de 15 000 € le fait pour toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* ».

On relèvera qu'ont été sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 4° :

- l'indication d'un prix conseillé dès lors que, par son statut, le distributeur se trouvait dans un état de dépendance économique tel qu'il était tenu de le respecter (CA Paris, 17 janvier 1995 : D. 1997. somm. 63, obs. D. Ferrier) ;
- l'obligation faite au distributeur de respecter des prix conseillés, par la menace de mesures de rétorsion d'ordre commercial, tels des refus de vente, ou l'exclusion de bénéfice de prime (Cass. com., 25 novembre 1991) ;

- la fixation d'un prix maximum tellement bas que le distributeur ne pouvait, sans voir sa marge bénéficiaire considérablement réduite, vendre en dessous du prix fixé (Cass. com., 27 janvier 1998).

On pourrait par exemple s'interroger sur l'application de cette sanction prévue à l'article L. 442-5 dans l'hypothèse où la marge du distributeur est réduite de façon conséquente en raison d'une hausse tarifaire ou d'une baisse des remises ou ristournes consenties obligeant le distributeur à appliquer les prix conseillés ou à augmenter ceux-ci pour préserver un minimum de marge de revente. Cette hypothèse n'a cependant pas à ce jour fait l'objet de décision de condamnation pour prix ou marge imposé.

2/ Une hausse tarifaire imposée de manière brutale :

L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionne le fait « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (...)* ».

La rupture visée par ce dispositif peut revêtir la forme d'une modification substantielle des conditions tarifaires accordées au distributeur (CA Paris, 12 septembre 2001, RG n°99-15368 : Lettre de la distrib. nov. 2001, p. 2).

Ont par exemple été sanctionnés sur ce fondement :

- le fournisseur qui a réalisé une hausse inopinée et importante de ses prix, dès lors que le distributeur a été placé dans l'impossibilité de répercuter cette hausse sur ses propres acheteurs. La relation s'étant poursuivie pendant 4 années, les juges estiment que le fournisseur aurait dû observer un préavis de 6 mois (CA Dijon, 4 décembre 2007, RG n°06-02172) ;
- le fournisseur qui a augmenté de façon brutale ses tarifs sans justification ni concertation, en tentant sous la menace de rupture, de les imposer à son client, et en mettant à exécution ses menaces une semaine après sa mise en demeure de payer demeurée sans effet (CA d'Angers, 7 février 2006, RG n°05/00054) ;

Le préjudice du distributeur à réparer est celui découlant de la brutalité de la rupture et non celui découlant de la rupture elle-même. Les dommages-intérêts sont donc calculés en fonction de la durée du préavis qui aurait dû être respecté et des conséquences en termes de manque à gagner et de perte éprouvée (CA Versailles, 10 juin 1999 : D. affaires 1999, 1246, obs. EP.).

Le distributeur peut exiger de son fournisseur qu'il respecte un délai de préavis suffisant pour l'application des nouvelles conditions tarifaires. La durée de ce délai de préavis dépendra notamment de l'ancienneté des relations, de la progression régulière du chiffre d'affaires entre les parties, de la notoriété des produits, du temps d'écoulement des stocks et de l'existence d'une convention d'exclusivité.

3/ Une hausse tarifaire créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties :

Introduit par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce sanctionne le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

Ce dispositif vise l'hypothèse où des opérateurs en position de force dans la négociation imposeraient ou tenteraient d'imposer des conditions contractuelles inacceptables à un partenaire.

Jusqu'à présent, il n'a fait l'objet d'une seule application par les tribunaux, à l'occasion d'un litige opposant un distributeur spécialisé de taille importante à des fournisseurs en position de faiblesse (T. com. Lille, 6 janvier 2010, RG n°09-05184).

S'il est difficile de se prononcer avec certitude sur les applications futures de ce dispositif, il convient toutefois d'envisager la possibilité qu'une hausse brutale et importante des tarifs puisse être sanctionnée sur un tel fondement, dès lors qu'elle serait le fait d'un fournisseur en position de force.

L'auteur d'une telle pratique encourt notamment le paiement d'une amende civile de 2.000.000 d'euros, le paiement de dommages-intérêts et la nullité de l'accord concerné.

Le distributeur peut chercher à négocier avec son fournisseur en position de force un allègement des obligations mises à sa charge, notamment de celles ayant des incidences financières (diminution du montant des pénalités, augmentation des délais de paiement dans la limite des délais légaux prévus à l'article L. 441-6 du Code de commerce...).

III.- LES HAUSSES TARIFAIRES CONSTITUTIVES D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE

Des hausses tarifaires importantes du fournisseur ont des effets certains sur la situation concurrentielle du distributeur, dans la mesure où elles limitent indirectement sa capacité à proposer des prix compétitifs de revente. En effet, du fait de l'augmentation des tarifs ou de la diminution des réductions de prix du fournisseur, la possibilité pour le distributeur de diminuer son propre prix de vente se trouve *de facto* réduite.

Dès lors, ces hausses tarifaires sont potentiellement vulnérables au regard des règles de la concurrence qui sanctionnent les ententes illicites (A) et les abus de position dominante (B)².

² Une entreprise dont le comportement a été qualifié d'anticoncurrentiel encourt la mise en œuvre de sanctions administratives (notamment, amende d'un montant égal à 10 % de son chiffre d'affaires mondial), civiles (nullité de l'acte à l'origine de la pratique et réparation du

A/ Une hausse tarifaire caractérisant une entente illicite

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe expressément les actions concertées d'entreprises qui tendent à « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* ».

Des hausses tarifaires importantes du fournisseur combinées avec la fixation de prix de revente conseillés ou maxima sont susceptibles de relever de ce dispositif. En effet, en raison de la hausse tarifaire, le taux de marge bénéficiaire du distributeur peut être tel que ce dernier n'est plus en mesure de mener une politique personnelle de prix et se trouve contraint d'appliquer les prix conseillés ou maxima de revente fixés par le fournisseur.

A cet égard, la pratique décisionnelle a déjà considéré que pouvait constituer une entente illicite au sens de l'article L. 420-1 le fait pour un fournisseur d'accorder des faibles marges et d'imposer à son distributeur des prix maxima, cette pratique conduisant à une imposition des prix de revente du distributeur (Comm. conc., avis du 11 décembre 1980, BOCC 1981, p. 45 ; Comm. conc., avis du 11 mai 1978 : BOSP 1978, n°3, p. 190).

Au demeurant on relèvera que dès lors que l'entente illicite implique une concertation entre les parties, les sanctions encourues au titre de l'article L. 420-1 du Code de commerce concernent à la fois le fournisseur et le distributeur.

B/ Une hausse tarifaire caractérisant un abus de position dominante

L'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce prohibe « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ».

Étant rappelé que les autorités de la concurrence considèrent en général que l'entreprise qui détient une part de marché supérieure ou égale à 50 % est en position dominante sur son marché. Pour une part de marché inférieure à 50 %, elles exigent d'autres facteurs pour caractériser cet état de position dominante, tels que l'intensité de la concurrence sur le marché, l'image de marque de l'entreprise ou l'existence d'un contrat exclusif. Il a par exemple été décidé qu'une entreprise qui contrôlait 32 % de son marché était en position dominante dès lors que la part de marché de son principal concurrent ne dépassait pas la moitié de la sienne (Cons. conc, déc. n°92-D-29 du 5 mai 1992).

En principe, le seul fait pour un fournisseur dominant son marché de relever ses tarifs n'est pas suffisant pour constituer un abus de position dominante (CA Paris, 3 oct. 2000, Comm. com. électr. 2001, comm. 9, note G. Decocq).

Toutefois, les hausses de tarifs d'un fournisseur en position dominante qui limiterait de façon importante la liberté commerciale du distributeur sont susceptibles d'être analysées comme abusives. A cet égard, il pourrait notamment être considéré qu'une

préjudice subi par la victime) et pénales (peine d'emprisonnement de 4 ans et amende de 75 000 euros pour une personne physique et de 375 000 euros pour une personne morale).

hausse tarifaire qui réduit de façon substantielle la marge du distributeur constitue un abus de position dominante, dès lors que cette hausse limite la possibilité pour le distributeur de consentir des réductions de prix à sa clientèle ou de réaliser des opérations promotionnelles.

On relèvera qu'ont été sanctionnés sur le fondement de l'article L. 420-2 :

- le fait pour un laboratoire pharmaceutique qui détenait le monopole de la production et de la distribution d'un médicament, d'avoir fortement majoré le prix de celui-ci, et d'avoir mis en place un mécanisme de remise liée à l'achat concomitant d'un autre médicament dont le brevet était tombé dans le domaine public (Cass. com., 15 juin 1999 : Bull. civ. IV, n°128) ;
- le fait pour un fabricant de jouets d'avoir institué un système de prix imposés en prévoyant dans ses conditions de vente, sous peine de suppression de remise, l'obligation pour les grossistes de respecter ses tarifs et de ne pas imputer les remises dont ils bénéficiaient sur les prix de revente (Cons. conc., déc. n°99-D-45 du 30 juin 1999 : BOCC 11 décembre 1999).

En contrepartie de l'augmentation tarifaire, le distributeur peut chercher à négocier un renforcement des obligations du fournisseur (réduction des délais de livraison, accroissement des services...) ou un allègement de ses propres obligations (diminution des garanties, diminution du montant des pénalités, diminution du chiffre d'affaires minimum...).

Paris, le 19 mars 2010

Dominique Ferré
Avocat Associé