

Négociations commerciales 2019 : lancement imminent dans un cadre légal mouvant... tant au regard de la loi récemment adoptée que de l'appréciation faite par les juges du droit existant !

Alors que les négociations commerciales 2019 débutent, force est de constater que l'évolution du droit applicable – qu'elle résulte de la réforme du cadre législatif ou de la jurisprudence récente de la Cour de cassation – suscite de nombreuses réactions et interrogations, peinant à rassurer les parties prenantes.

S'agissant tout d'abord du **projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous**, que le gouvernement souhaite appliquer dès la campagne de négociations à venir, le texte a été adopté le 2 octobre dernier par l'Assemblée nationale. Ce vote final est intervenu à la suite de l'échec des travaux de la Commission mixte paritaire au mois de juillet. C'est donc sans surprise que le Conseil constitutionnel a été saisi le 5 octobre par au moins soixante sénateurs, les signataires de la saisine contestant notamment la mesure clé de construction des indicateurs de prix. En substance, ils reprochent au gouvernement et à la majorité d'être revenus, en commission mixte paritaire, sur cette disposition votée "*dans les mêmes termes*" par l'Assemblée nationale et le Sénat. Les auteurs de la saisine estiment également que "*certaines articles de la loi contreviennent au principe d'égalité et qu'ils méconnaissent la liberté d'entreprendre*". Le Conseil constitutionnel dispose d'un mois pour se prononcer sur la conformité du texte à la Constitution.

Deux mesures de la réforme suscitent particulièrement l'inquiétude des parties aux prochaines négociations commerciales : le rehaussement du seuil de revente à perte et l'encadrement des promotions. L'article 15 du projet de loi habilite en effet le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de quatre mois à compter de la publication de la loi, toute mesure relevant du domaine de la loi et ressortissant au Code de commerce nécessaire pour prévoir sur une durée de deux ans :

- d'affecter le prix d'achat effectif défini au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce d'un coefficient égal à 1,1 pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, revendus en l'état au consommateur ;
- d'encadrer en valeur et en volume les opérations promotionnelles financées par le distributeur ou le fournisseur portant sur la vente au consommateur de denrées alimentaires et de produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, et de définir les sanctions administratives permettant d'assurer l'effectivité de ces dispositions.

En matière d'encadrement des promotions, si les taux sur lesquels les parties prenantes s'étaient accordées à l'issue des Etats généraux de l'alimentation ont bien été retenus (34% et 25%), le projet d'ordonnance suscite néanmoins de nombreuses interrogations quant aux conditions de mise en œuvre de ce double encadrement. Les opérateurs sont d'autant plus inquiets que le gouvernement prévoit de publier l'ordonnance dès promulgation de la loi... pour une entrée en vigueur au 1^{er} décembre 2018 ou, au plus tard, le 1^{er} janvier 2019 !

S'agissant ensuite de la **jurisprudence récente de la Cour de cassation**, il convient de revenir spécialement sur deux décisions rendues le mois dernier.

Par la première, mettant fin à une procédure initiée en 2004, la Cour de cassation a confirmé le 26 septembre dernier la sanction qui avait été infligée à Système U sur le fondement des articles L. 442-6 III et L. 442-6 I 2 a) du Code de commerce (Cass. com. pourvoi n° 17-10173). Rappelons que la société Système

U centrale nationale avait été assignée en 2004 par le Ministre de l'Economie qui estimait que le service de coopération commerciale intitulé « Action de construction et de diffusion du Tronc d'Assortiment Commun (TAC) » facturé à ses fournisseurs ne correspondait à aucun service effectivement rendu. A l'issue de la procédure judiciaire, les contrats conclus avec les fournisseurs concernés (Danone, Nestlé, Yoplait et Lavazza) avaient été annulés, Système U étant par ailleurs condamnée à rembourser les sommes indûment perçues (76 871 390,28 euros) ainsi qu'au paiement d'une amende civile (100 000 euros).

La Cour de cassation a finalement rejeté le pourvoi formé par Système U, approuvant la Cour d'appel de Paris d'avoir jugé que :

- l'action du ministre, qui est autonome, n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs et que l'obligation faite au ministre d'informer ces derniers de l'action qu'il engage sur le fondement de l'article L. 442-6, III, alinéa 2, du code de commerce « *a pour but d'assurer le respect du droit au recours juridictionnel et de la liberté contractuelle* », de sorte que « *l'information donnée en cause d'appel seulement était suffisante dès lors qu'elle a permis aux fournisseurs d'intervenir à l'instance afin de défendre leurs intérêts* » ;
- le service TAC était « *fictif et que la société Système U ne pouvait demander aux fournisseurs le prix d'un service qu'ils assuraient eux-mêmes* ».

Par la seconde, la Cour de cassation a transmis le 27 septembre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, sanctionnant 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* » (Cass. com. pourvoi n° 18-40028).

En effet, après avoir constaté que cette disposition avait déjà été déclarée conforme à la Constitution « *dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2010-85 QPC rendue le 13 janvier 2011 par le Conseil constitutionnel* », la Cour a toutefois relevé qu'était « *intervenue depuis cette décision un changement de circonstance de droit résultant d'un arrêt de cette Cour (Com., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-23.547), lequel, en énonçant que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, confère une portée nouvelle à cette disposition* ». C'est ainsi que le Conseil constitutionnel devra, dans un délai de trois mois, juger si : « *L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence, au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garantis par les articles 8, 9, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprises dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 1er de la Constitution ?* »

Les entreprises et praticiens demeurent donc dans l'attente de deux décisions du Conseil constitutionnel, lesquelles pourraient rebattre à nouveau les cartes à l'aube des négociations commerciales 2019.