

Avis n°18-8 de la Commission d'examen des pratiques commerciales :

La pratique consistant à faire régler par des sociétés de restauration collective participant à un appel d'offres les honoraires des Cabinets conseils spécialisés en « Assistance à Maîtrise d'Ouvrage » (AMO) commandités par les Acheteurs sans engagement préalable écrit sur un volume d'achat proportionné en contrepartie, contrevient à l'article L.442-6, I du Code de commerce

Dans son Avis n°18-8 rendu le 20 septembre 2018, la CEPC répond sans ambiguïté au fait que contrevient à l'article L 442-6, I du Code de commerce les pratiques consistant à faire régler par les sociétés de restauration collective participant à un appel d'offres les honoraires des Cabinets conseils spécialisés en « Assistance à Maîtrise d'Ouvrage » (AMO) commandités par les Acheteurs sans engagement préalable écrit sur un volume d'achat proportionné en contrepartie.

Ces pratiques devraient en outre être jugées contraires à l'article 1171 du Code civil.

1/ Les pratiques en cause sont de manière générale contraires en soi à l'article L. 442-6, I, 3° du Code de commerce qui dispose « qu'engage la responsabilité de son auteur le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un contrat écrit ».

La CEPC relève en effet :

- que le versement des honoraires au consultant mandaté par l'acheteur constitue un préalable à la participation à l'appel d'offres et donc à la passation de commandes par l'acheteur, le candidat devant soit payer avant de soumissionner soit s'engager, avant même de soumissionner, à payer s'il est retenu ;
- que par ailleurs, le versement des honoraires ne préjuge en rien de l'obtention du marché concerné et a fortiori n'est accompagné d'aucun engagement écrit à l'égard des candidats portant sur un volume d'achat proportionné, les candidats n'étant même pas certains d'être retenus au moment du versement ou de l'engagement de verser les sommes contestées.

Elle en conclut que les candidats sont amenés à verser une somme d'argent, ou à s'engager à verser une somme d'argent, alors qu'ils ne bénéficient d'aucune garantie de volume d'achat en contrepartie ce qui est contraire à l'article L. 442-6, I, 3° du Code de commerce.

2/ La pratique consistant à solliciter des sociétés de restauration déjà en place le versement d'honoraires à l'AMO, préalablement à tout appel d'offre et avant l'entrée en négociation avec l'acheteur, est contraire à l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce qui dispose « qu'engage la responsabilité de son auteur le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ».

La CEPC relève en effet dans l'hypothèse de sociétés déjà en place qui ont noué un partenariat commercial avec l'acheteur :

- que le versement de sommes d'argent préalablement à la négociation avec l'acheteur peut constituer un avantage au sens de l'article précité ;
- et que le consultant n'est tenu, en contrepartie, à aucune obligation vis-à-vis des sociétés de restauration.

La CEPC en conclut que les honoraires versés dans ce cas par les sociétés de restauration collective au consultant constituent un avantage sans contrepartie au sens de l'article L.442-6, I, 1° précité.

3/ La pratique consistant à solliciter des sociétés de restauration déjà en place le versement d'honoraires à l'AMO, préalablement à tout appel d'offre et avant l'entrée en négociation avec l'acheteur, est contraire à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui dispose « qu'engage la responsabilité de son auteur 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 ».

La CEPC relève en effet dans l'hypothèse de sociétés déjà en place qui ont noué un partenariat commercial avec l'acheteur :

- que les sociétés de restauration, pour participer à la phase de négociation, doivent verser des honoraires au consultant sans que cette obligation puisse être négociée ni dans son principe ni dans son montant ;
- et que cette obligation de versement n'est assortie d'aucune contrepartie.

La CEPC en conclut que l'obligation de versement procède dans ce cas d'une soumission ou tentative de soumission conduisant à un déséquilibre significatif au sens de l'article L442-6, I, 2° du Code de commerce.

4/ Au-delà des pratiques restrictives de concurrence visées ici par la CEPC, on relèvera que les pratiques en cause mises en œuvre de concert par les sociétés clientes et les AMO, tendant à obtenir le paiement des honoraires de l'AMO alors que seul le client bénéficie des prestations assurées par l'AMO, devraient également être jugées contraires à l'article 1171 du nouveau Code civil qui dispose que « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

On relève en effet que :

- les contrats proposés par les AMO en amont des consultations sont assimilables à des contrats d'adhésion, les sociétés de restauration collective se voyant imposer ces contrats et les engagements qui y sont contenus sans avoir la faculté de les négocier ;
- les sociétés de restauration collective, pour participer à la phase de négociation, doivent verser des honoraires au consultant sans que cette obligation puisse être négociée ni dans son principe ni dans son montant ;
- et que cette obligation de versement n'est assortie d'aucune contrepartie.

On en conclut donc que l'obligation de versement déterminée à l'avance par les sociétés clientes crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat et est contraire de ce fait à l'article 1171 du Code civil.

Bien cordialement,

Joseph Vogel