

La négociation commerciale (encore) revisitée par l'ordonnance EGAlim n° 2019-359

Par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, le Gouvernement - aidé par la DGCCRF - a apporté sa pierre à l'édifice du droit de la négociation commerciale et des pratiques restrictives de concurrence en réformant le titre IV du livre IV du Code de commerce.

Intervenant quelques mois seulement après l'ordonnance n° 2018-1128 relative au seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions, l'ordonnance du 24 avril 2019 malmène quelque peu les acteurs économiques qui ont vu leur paysage juridique fortement touché en 6 mois.

Retour sur certaines questions pratiques posées par cette réforme, dans le domaine des conditions générales de vente et des conventions uniques.



Julie Gayard, avocate associée Département Contentieux & Contrats, Kalliope

L'établissement de conditions générales de vente (CGV) est-il obligatoire ?

L'ancien article L. 441-6 du Code de commerce ne laissait pas place au doute puisque sous l'empire de celui-ci, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur était tenu de communiquer ses CGV « à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait (sait) la demande pour une activité professionnelle ». L'obligation de communication aboutissait donc à une obligation d'établissement.

La rédaction du nouvel article L.441-1 du Code de commerce constitue un assouplissement puisqu'il dispose au contraire que « toute personne (...) qui établit des conditions générales de vente est tenue de les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande (...) ». L'établissement des CGV n'est donc plus, en principe, obligatoire.

À bien lire l'ordonnance, le soulagement n'est pourtant que de courte durée pour les fournisseurs soumis au nouveau régime des conventions uniques, puisque les articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce disposent clairement que les CGV

doivent être communiquées au distributeur dans un délai raisonnable avant le 1^{er} mars dans un cas, ou au plus tard 3 mois avant le 1^{er} mars dans l'autre. Autant dire que pour eux, l'établissement des CGV demeure la règle. La détermination de catégories de clients, auxquelles s'appliqueraient des CGV différenciées, est quant à elle toujours possible sous réserve de déterminer des critères objectifs définissant les catégories.

Qu'est-ce qu'un « support durable » ?

Le nouvel article L. 441-1 du Code de commerce exige que les CGV soient communiquées par tout moyen « constituant un support durable », sans pour autant définir cette notion.

En attendant les précisions jurisprudentielles, l'aide apportée par la définition de l'article 2 de la directive 2011/83/UE applicable en droit de la consommation, par ailleurs reprise par les articles L. 221-1 et L. 311-1 du Code de la consommation, est précieuse. Il s'agit pour ces textes de « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées

personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

Dans une décision du 5 juillet 2012 (n° C-49/11 : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124744&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14145553>) prise en application de l'article 5 de la directive 97/7/CE relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la Cour de justice de l'Union européenne a, quant à elle, précisé que la seule mise à disposition d'un hyperlien sur un site internet ne satisfait pas aux exigences de communication au consommateur sur un support durable.

Principe de précaution oblige, en l'absence de précision légale ou jurisprudentielle à ce jour, le praticien avisé aura beau jeu de s'inspirer de ces définitions (bien qu'applicables au droit de la consommation) pour le support durable de l'article L. 441-1 précité.

Quel est le nouveau régime de sanctions applicable aux CGV ?

L'absence de communication des CGV à tout acheteur qui en faisait la demande était sanctionnée, en application de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, par une amende civile impliquant la saisine d'une juridiction judiciaire. En pratique, compte tenu de la lourdeur et de l'inadaptation du dispositif, les saisines étaient très rares, voire inexistantes, de sorte que les

contrevenants restaient dans la plupart du temps impunis.

Dans un objectif de simplification et d'efficacité, l'ordonnance prévoit désormais une amende administrative s'élevant à 15 000 euros pour une personne physique et à 75 000 euros pour une personne morale.

Une partie des praticiens y voit une « publicisation » des rapports de droit privé, puisqu'en cas de recours contre l'amende infligée, c'est le juge administratif qui sera naturellement compétent. Néanmoins, d'un point de vue pratique, cette procédure plus directe et moins complexe (au stade de la DGCCRF, en tout cas), incitera sans doute les prestataires de services, grossistes et importateurs visés par l'article L. 441-1 du Code de commerce à plus de discipline. L'ordonnance semble donc aller, sur ce point, dans le sens du pragmatisme.

Que recouvre la notion de « produits de grande consommation » ?

L'une des principales modifications résultant de l'ordonnance n° 2019-359 réside dans la refonte du régime des conventions uniques. Alors que sous l'empire des anciens textes L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce, on distinguait les deux régimes par la qualité des opérateurs, la distinction porte désormais principalement sur le type de produits objets de la convention.

En effet, le régime général du nouvel article L. 441-3 du Code de commerce exclut, outre les produits visés à l'article L. 443-2 comme cela était déjà le cas auparavant (C. com., art. L. 441-2-1 ancien), les conventions portant sur les produits de grande

consommation, auquel l'article L. 441-4 dédie un régime plus strict, qui n'est, par ailleurs, pas applicable aux grossistes.

Pour seule définition, l'ordonnance dispose que ces produits non durables et à forte fréquence et récurrence de consommation seront listés par décret. En attendant son édictation, que recouvre donc l'expression « produits de grande consommation » ?

Dans son document de travail, avant l'adoption du texte définitif de l'ordonnance, la DGCCRF se réfère à la définition de l'INSEE, retenant qu'il s'agit des « produits à la durée de vie courte/non durables (qui se consomment/se détruisent par l'usage) à forte fréquence et récurrence de consommation, qui correspondent aux groupes suivants de la nomenclature Coicop : 01 Produits alimentaires et boissons non alcoolisées ; 021 Boissons alcoolisées ; 0561 Articles de ménage non durables ; 1213 Appareils, autres articles et produits pour soins personnels. »

Reste à voir si le décret annoncé – toujours non publié – reprendra la définition, au demeurant très large, suggérée par la DGCCRF.

Comment le prix est-il défini dans la (nouvelle) convention unique ?

Le régime général issu du nouvel article L. 441-3 du Code de commerce liste en son III, les obligations fixées dans la convention qui « concourent à la détermination du prix convenu ».

Il s'agit :

- des conditions de l'opération de vente, en ce compris les réductions de prix et les conditions dérogatoires, le cas échéant ;
- des services de coopérations commerciales ;
- et des autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale.

Les *afficionados* de la convention unique l'auront vite compris : le mécanisme de détermination du prix est profondément modifié. Le triple net est désormais officiellement la base de négociation, la rémunération des services de coopération commerciale ayant été réintégrée au prix par l'ordonnance. Voilà qui facilitera la vie des opérateurs économiques qui jusqu'à présent, pour contourner la règle, négociaient, pour la plupart, un prix trois fois net et « inventaient » ensuite plus ou moins habilement des justifi-

cations aux remises accordées et des services prétendument fournis, pour tenter de légitimer le montant ainsi choisi.

Pour mémoire, tel que le rappelle le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions de vente remis à la garde des Sceaux le 12 février 2008, « le prix net est le prix d'un produit diminué des remises « avant », c'est-à-dire des remises liées à l'acte de vente ; le prix deux fois net ou « double net » est le prix net diminué des ristournes conditionnelles non liées directement à l'acte de vente ; enfin, le prix trois fois net, ou « triple net », est le prix « double net » diminué des autres marges arrières, c'est-à-dire du montant de la coopération commerciale ».

Cette modification s'accompagne nécessairement de l'obligation de prévoir la rémunération globale des services de coopération commerciale et des « autres obligations » dans la convention, facilitant ainsi les contrôles de l'administration.

Une telle disposition n'est pas sans difficulté pratique pour les opérateurs qui devront, dès le 1^{er} mars de chaque année, avoir déterminé l'enveloppe globale de ces services. Si ce chiffre devait être amené à évoluer en cours d'année, les parties pourraient toutefois procéder par voie d'avenant, sous réserve de l'établir par écrit en mentionnant l'élément nouveau qui le justifie, conformément au nouvel article L. 441-3, II du Code de commerce entérinant la position de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) à ce sujet.

Que sont les indicateurs de détermination du prix des produits agricoles ?

L'un des objectifs fixés par la loi EGAlim, qui a habilité le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance, est de permettre aux producteurs de percevoir une rémunération équitable. C'est dans ce cadre que le nouvel article L. 443-4 instaure l'obligation de prendre en compte, à tous les niveaux de la chaîne contractuelle, des indicateurs permettant de fixer les critères et modalités de détermination du prix des produits agricoles ou des produits alimentaires comportant des produits agricoles.

Pour ces produits, les CGV, ainsi que les conventions uniques soumises au régime général (C. com., art. L. 441-3) ou au régime

Pour aller plus loin

- N. Dissaux et R. Loir, Réforme d'ampleur du droit des relations commerciales : JCP G 2019, act. 589

- Th. Lambert, La prohibition du « prix imposé » par l'article L. 442-6 du Code de commerce est-elle toujours nécessaire ? : JCP G 2019, doct. 682

- M. Chagny, Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ? : JCP E 2019, act. 304 ; Quelle mise en œuvre du titre IV du livre IV du Code de commerce après sa refonte par voie d'ordonnance ? : JCP E 2019, 1365

- V. Ledoux, Ord. n° 2019-359, 24 avril 2019 : présentation générale de la réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce : RD rur. 2019, étodr. 16

- L. Vogel et J. Vogel, Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible : AJ Contrat 2019, p.208

spécial (C. com., art. L. 441-4) et les conventions relatives aux produits alimentaires sous MDD (C. com., art. L. 441-7) ou relatifs aux produits agricoles visés à l'article L. 443-2 dudit code, doivent faire référence aux indicateurs définis dans le Code rural et de la pêche maritime (C. com., art. L. 631-24) et expliciter « les conditions dans lesquelles il en est tenu compte pour la détermination des prix. » Ces indicateurs sont relatifs :

- aux coûts pertinents de production en agriculture et à l'évolution des coûts ;
- au prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur les marchés sur lesquels opère l'acheteur, et leur évolution ;
- aux quantités, composition, qualité, origine et traçabilité des produits ou au respect d'un cahier des charges.

La loi prévoit que les indicateurs diffusés par les interprofessions, qui peuvent elles-mêmes s'appuyer sur l'Observatoire des prix, servent de référence. De nombreuses questions pratiques sont toutefois encore sans réponse claire. Comment, par exemple, prendre en compte ces indicateurs au stade des CGV ? La simple mention générale de la prise en compte d'indicateurs satisfait-elle la DGCCRF ? Ou s'agit-il d'indiquer précisément dans son barème des prix, ligne à ligne, les indicateurs pris en considération en les justifiant ? Cette deuxième option, qui semble être plus en accord avec l'objectif de la loi, est toutefois très complexe à mettre en œuvre en pratique, et impensable pour de nombreux acteurs.

La publication d'éventuelles lignes directrices de la DGCCRF, comme cela avait été le cas pour

l'ordonnance n° 2018-1128 relative à l'encadrement des promotions et au seuil de revente à perte, est espérée, pour répondre à ces imprécisions.

À quand une prochaine réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce ?

Manque de clarté, complexité, texte non abouti, problématiques liées à l'application de la loi dans le temps, sont autant de critiques adressées à l'ordonnance du 24 avril 2019. On ne peut donner tort à ses détracteurs, bien que la plupart des griefs exposés soient souvent à nuancer compte tenu du pragmatisme du texte qui a su s'adapter à la pratique – au moins sur certains sujets.

Même si le projet de loi de ratification enregistré le 10 juillet à l'Assemblée nationale entérine purement et simplement l'ordonnance, on sait déjà que le législateur n'a pas dit son dernier mot. En effet, au moins deux événements perturbateurs sont à prendre en considération :

- la directive 2019/633 du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations inter-entreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire publiée le même jour, qui devra être transposée d'ici le 1^{er} mai 2021 ;

- la commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution dans ses relations commerciales avec les fournisseurs, créée par l'Assemblée nationale en mars 2019, qui s'intéresse aux éventuels abus des acteurs économiques, et aux solutions pour y remédier.

De nouvelles modifications du droit positif français sont donc à prévoir à court terme. ■