

Focus sur quelques nouveautés dans les relations entre professionnels suite à la loi Hamon (Partie I)



Par Benoît Van Bésien, avocat,

1. La Loi Hamon a également apporté quelques précisions en matière de délai de paiement, de Nouveaux instruments promotionnels (NIP) et de contrats de sous-traitance de production.
 2. Il s'agit par exemple des services de fourniture de données statistiques de caisse, de statistiques de ventes, de formation du personnel.
 3. Note de la DGCCRF d'octobre 2014 sur l'application des dispositions de la loi relative à la consommation modifiant le livre IV du Code de commerce sur les pratiques commerciales restrictives de concurrence, page 12.
 4. Certaines pratiques consistant à rendre les CGA intangibles, au détriment de toute négociation véritable ont pu être appréhendées par les juridictions sous l'angle du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, cf. CA Paris, 18 décembre 2013, n° RG 12/00150.
 5. Note de la DGCCRF précitée, page 24.

I. La négociation commerciale annuelle plus encadrée

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite «Loi Hamon» comporte plusieurs dispositions concernant les relations commerciales entre professionnels dont certaines ont un impact direct sur la préparation de la négociation commerciale annuelle (A) ainsi que sur la formalisation du résultat de cette négociation (B)¹.

Pour mémoire, de nombreux secteurs font l'objet de négociations annuelles dont le résultat doit être formalisé dans une convention dite «unique», «annuelle» ou encore «récapitulative» (même si de récents amendements au projet de loi dite «Macron» visent à limiter cette convention au secteur de la grande distribution, cf. deuxième partie).

Cette convention, qui doit être conclue avant le 1^{er} mars (ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier) doit donc récapituler le résultat de la négociation annuelle et indiquer :

- les conditions de l'opération de vente ;
- les conditions de la coopération commerciale (si de tels services sont prévus) ;
- et les éventuelles obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur².

A. La préparation de la négociation annuelle

1. Les CGV, socle «unique» de la négociation commerciale annuelle

L'article L. 441-6 I alinéa 7 du Code de commerce précise à présent que «les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale».

L'ajout du terme «unique» par le législateur :

- d'une part, a pour origine le fait qu'en pratique, les conditions générales d'achat (CGA) continuaient de constituer fréquemment le véritable socle des négociations commerciales en raison de la position de force de certains distributeurs, notamment la grande distribution ;
- d'autre part, traduit la volonté du législateur de réaffirmer une certaine prééminence des CGV sur les CGA laquelle signifie simplement que les CGV doivent être le point de départ de la négociation commerciale et non qu'elles priment en tout état de cause sur les CGA.

Ainsi, une organisation de la négociation sur le seul fondement des CGA est exclue même si celles-ci peuvent bien

entendu être prises en compte dans le cadre de la négociation³ ; les CGV (le cas échéant catégorielles), doivent donc bien être le point de départ de la négociation commerciale annuelle⁴.

2. L'obligation de communication préalable des CGV

La Loi Hamon a ajouté (au 7^e alinéa de l'article L. 441-7) que le fournisseur communique ses CGV au distributeur au plus tard trois mois avant la date butoir du 1^{er} mars, c'est-à-dire avant le 1^{er} décembre de l'année précédente ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation.

L'obligation de communication dont il est ici question porte sur les CGV avec le tarif ou la liste des prix voire, si les CGV en comporte un, avec le barème des remises prévoyant les réductions de prix applicables à tous les acheteurs, ou tous les acheteurs de la catégorie considérée.

La non-transmission par le fournisseur dans le délai imparti des CGV ainsi entendues n'est pas sanctionnée en tant que telle, mais il faut toutefois garder en tête qu'une convention unique non conforme peut être sanctionnée (cf. B.3. ci-dessous).

La DGCCRF indique en outre :

- qu'en cas de retard ou de défaut de communication, la responsabilité du distributeur pour défaut d'indication du barème de prix dans la convention unique (cf. B.1.a) ci-dessous) ne saurait être recherchée ;
- que le fournisseur ne saurait alors invoquer un éventuel abus dans l'hypothèse où la négociation serait fondée sur les CGA du distributeur ;
- qu'en cas de retard dans la signature de la convention unique, consécutif à l'envoi tardif des CGV, une appréciation sera effectuée au cas par cas afin de déterminer si la responsabilité du fournisseur peut être engagée⁵.

B. La formalisation du résultat de la négociation annuelle

Une fois la négociation annuelle achevée, les partenaires commerciaux concernés doivent formaliser le résultat de leur négociation dans une convention unique.

1. Précision du contenu de la convention unique

La Loi Hamon est venue renforcer l'obligation de transparence dans la convention unique qui doit désormais, selon l'article L. 441-7 I du Code de commerce, comporter

également :

a) Le barème de prix tel qu'il aura été préalablement communiqué par le fournisseur avec les CGV, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation.

En effet, la DGCCRF indique que, lorsque la convention porte sur un nombre très élevé de références (cas des conventions avec les grossistes), elle peut se borner à n'indiquer que les modalités de consultation de ce barème (par exemple, par renvoi à des plateformes électroniques mises à disposition par les fabricants), sous réserve toutefois que les parties puissent démontrer qu'il s'agit bien du barème ayant servi de base à la négociation⁶.

Cette nouvelle obligation ne porte que sur le barème de prix, la convention unique n'a donc pas à reprendre l'ensemble des CGV⁷.

b) La mention expresse des réductions de prix consenties par le fournisseur au titre des conditions de l'opération de vente (remises et ristournes, conditionnelles ou inconditionnelles).

Selon la DGCCRF, toutes ces réductions de prix n'apparaissent pas toujours clairement en pratique, contrairement à l'objectif de transparence poursuivi par ce texte et certaines conventions uniques se bornaient à mentionner un prix après déduction notamment des remises consenties par le fournisseur (prix net)⁸.

Par ailleurs, l'indication des réductions de prix dans la convention unique se double logiquement de celle de leur intitulé précis sur les factures émises par le fournisseur, en application des règles de facturation de l'article L. 441-3 du Code de commerce.

c) La mention expresse de la rémunération versée au distributeur ou de la réduction de prix globale afférente aux services destinés à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur (cf. les «autres obligations»).

Aux termes de la Loi Hamon, la convention unique doit désormais indiquer la façon dont ces services peuvent être rémunérés, sous une forme de rémunération ou de réduction de prix globale, ce qui signifie que la loi laisse le choix aux opérateurs entre l'émission d'une facture par le distributeur ou l'octroi d'une réduction de prix par le fournisseur.

Les parties sont bien sûr libres, si elles le souhaitent, d'être plus précises dans leur contrat et peuvent prévoir des rémunérations ou réductions de prix par service(s).

2. Entrée en vigueur des résultats de la négociation annuelle

Avec la Loi Hamon, c'est aussi la date de prise d'effet des résultats de la négociation annuelle qui devient spécifiquement encadrée. En effet, avant cette loi, l'article L. 441-7 du Code de commerce fixait bien la date butoir de la conclusion de la convention unique (avant le 1^{er} mars,

sauf le cas des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier), mais sans mentionner ses modalités d'entrée en vigueur.

Depuis la loi nouvelle, l'article L. 441-7 alinéa 7 prévoit que :

- le prix convenu s'applique au plus tard le 1^{er} mars (sans d'ailleurs viser expressément le cas des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier) ;

- la date d'entrée en vigueur des clauses prévues par la convention unique (relatives aux conditions de vente, à la coopération commerciale et aux autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale) ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet de ce prix convenu.

Selon la DGCCRF, cela signifie que ces trois types de clauses mentionnées dans la convention unique doivent entrer en vigueur en même temps et que la date de leur entrée en vigueur est fixée au plus tard le 1^{er} mars.

Cette date étant toutefois une date butoir, rien n'empêche les partenaires commerciaux de se mettre d'accord sur une date antérieure. En effet, le texte ne dispose pas que la date d'entrée en vigueur de la convention unique doit être celle de sa signature.

3. Sanction administrative en cas de non-respect du formalisme de l'article L. 441-7 I du Code de commerce

La Loi Hamon s'inscrit dans un mouvement plus général consistant à évincer le juge judiciaire au profit des autorités et juridictions administratives. Cette loi a ainsi prévu une sanction administrative en cas de non-respect de la date butoir pour conclure la convention unique ainsi qu'en cas de convention unique non conforme.

Le montant des amendes administratives est plafonné à 75 000 euros pour une personne physique et à 375 000 euros pour une personne morale. Ce plafond peut être porté au double en cas de réitération de manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

On rappelle enfin, s'agissant de l'exécution de la convention unique, que la Loi Hamon prévoit également une obligation de courtoisie, selon laquelle le distributeur ou prestataire de services devra répondre «de manière circonstanciée» à toute demande écrite précise du fournisseur portant sur l'exécution de la convention et, ce, dans un délai maximal de deux mois.

La loi nouvelle prévoit comme seule sanction à cet égard, que si la réponse fait apparaître une mauvaise application de la convention ou si le distributeur ou prestataire de services ne répond pas, le fournisseur pourra le signaler à l'administration en charge de la concurrence et de la consommation (article L. 441-7 I alinéa 9 du Code de commerce). ■



et Marjorie
Dudon, avocat,
Altana

6. Note de la DGCCRF précitée, page 19.

7. Id.

8. Note de la DGCCRF précitée, page 20.

Focus sur quelques nouveautés dans les relations entre professionnels suite à la loi Hamon (Partie II)



Par Benoît Van Bésien, avocat,

II - L'introduction de deux nouvelles pratiques restrictives à l'article L. 442-6 du Code de commerce

Outre l'encadrement plus important de la négociation commerciale annuelle (cf. Focus sur quelques nouveautés dans les relations entre professionnels suite à la Loi Hamon, Première partie, ODA, 11 mars 2015), la Loi Hamon a également modifié d'autres dispositions du Code de commerce, au champ d'application plus large, concernant potentiellement tous les partenaires commerciaux.

En effet, l'article L. 442-6 du Code de commerce établissait déjà une liste de pratiques restrictives de concurrence susceptibles d'entraîner la responsabilité civile de leur auteur et le prononcé d'une amende civile (d'un maximum de 2 millions d'euros).

La Loi Hamon a ajouté deux nouvelles pratiques à cette liste, l'une tenant à la demande de garantie de marge (A), la seconde au non-respect du prix convenu (B).

La sanction de la demande de garantie de marge

L'article L. 442-6 I alinéa 1 du Code de commerce prévoit notamment qu'engage sa responsabilité le producteur, commerçant, industriel qui obtient ou tente 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.

Cet article donne les exemples suivants : participation non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée au financement d'une opération d'animation commerciale d'une acquisition ou d'un investissement, globalisation artificielle de chiffre d'affaires, demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients.

La Loi Hamon a ajouté à cette liste la «demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité».

La DGCCRF indique que le législateur a ainsi souhaité compléter l'article L. 442-6 I 1° afin d'afficher clairement sa volonté de sanctionner la pratique consistant pour un distributeur à formuler des demandes pécuniaires destinées à préserver ou accroître sa rentabilité de manière abusive, c'est-à-dire sans contrepartie et

en remettant en cause l'équilibre du contrat en cours d'exécution¹.

L'emploi des termes «abusivement» par le législateur n'est d'ailleurs pas sans susciter de questions compte tenu de ce que ces termes laissent supposer que les pratiques visées seraient alors autorisées dès lors qu'elles ne seraient pas abusives.

L'obligation de respecter le prix convenu

L'article L. 442-6 I 12° du Code de commerce a également été complété de manière à pouvoir engager la responsabilité de celui qui passera, réglera ou facturera une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant soit des CGV, lorsque celles-ci auront été acceptées sans négociation par l'acheteur, soit de la convention unique éventuellement modifiée par avenant.

La DGCCRF indique à ce sujet que :

- le prix convenu doit être appliqué tant par l'acheteur (qui doit payer au prix convenu) que par le fournisseur ou le prestataire de services (qui doit facturer au prix convenu) ;

- cette nouvelle rédaction n'est que la traduction, dans les relations commerciales, des règles de droit commun des contrats selon lesquelles les parties doivent exécuter de bonne foi les conventions qu'elles ont conclues (cf. l'article 1134 du Code civil), mais qu'en raison des abus persistants constatés par ses services d'enquêtes, le législateur fait du non-respect du prix convenu une pratique expressément prohibée par cet article L. 442-6, car contraire à l'ordre public économique² ;

- la responsabilité du professionnel pourra être engagée s'il ne respecte pas le prix convenu au contrat (qu'il s'agisse du fournisseur ou du distributeur, du sous-traitant ou du donneur d'ordre) ;

- ce texte prévoit expressément toutes les hypothèses possibles du «prix convenu» (convention, avenant ou renégociation) afin de prévenir d'éventuelles pratiques de contournement³.

Il ressort en effet de l'article L. 442-6 I 12° en question que le prix convenu peut résulter des deux hypothèses suivantes :

Le prix convenu résultant des CGV acceptées

Dans l'hypothèse où la convention unique ne s'impose pas, le prix convenu fait référence au prix tel que

1. Note de la DGCCRF d'octobre 2014 sur l'application des dispositions de la loi relative à la consommation modifiant le livre IV du Code de commerce sur les pratiques restrictives, page 5.
2. Note de la DGCCRF précitée, pages 31 et 32.
3. Note de la DGCCRF précitée, page 6.

défini par le tarif (avec le cas échéant, son barème de remises) des CGV acceptées sans négociation.

Or, le fournisseur peut évidemment prévoir une augmentation de son tarif, et modifier alors le cas échéant ses CGV (c'est d'ailleurs bien souvent ce qui est prévu dans le texte desdites CGV).

Ceci étant, cette modification du tarif des CGV devra être acceptée d'une manière ou d'une autre par l'acheteur pour que les nouveaux prix puissent être appliqués à l'occasion de nouvelles commandes (la DGCCRF indiquant à cet égard que cette augmentation de tarif ne pourra effectivement être appliquée dans le cadre de la relation commerciale que sous réserve de l'accord du cocontractant sur les nouvelles CGV dont la preuve peut être apportée par tous moyens)⁴.

La rédaction des CGV sur cette question a donc ici toute son importance.

Le prix convenu résultant de la convention unique

Dans l'hypothèse où la conclusion d'une convention unique s'impose, la question se pose également de la possibilité qu'a ou non le fournisseur ou le prestataire de services d'augmenter son tarif ou ses prix au cours de l'année.

La réponse peut sembler simple compte tenu du principe qui est (ré)affirmé par l'article L. 442-6 I 12° du Code de commerce et qui pourrait laisser penser que le «prix convenu» est figé pour une année, mais la réalité est plus nuancée.

En effet, la DGCCRF précise que dans les secteurs où les tarifs du fournisseur sont amenés à fréquemment évoluer en cours d'exécution du contrat, les parties peuvent prévoir dès le départ, dans la convention, le principe et les modalités pratiques de l'acceptation par le client de chaque proposition d'évolution en cours d'année du tarif par le fournisseur⁵.

Une clause d'évolution des prix semble donc possible dans la convention unique, même si la formulation utilisée par la DGCCRF laisse planer une incertitude pour les secteurs auxquels elle ne fait pas référence.

Les parties peuvent, par exemple, prévoir dans leur convention unique une clause d'indexation – basée sur l'évolution d'indice(s) de référence – si le secteur s'y prête.

Enfin, l'article L. 442-6 I 12° du Code de commerce envisage expressément la possibilité de modifier la convention unique par avenant. Le fournisseur peut ainsi prévoir une augmentation de son tarif en cours d'année, mais celle-ci ne pourra effectivement être appliquée que sous réserve de l'accord du cocontractant, matérialisé par un avenant à la convention unique.

(La DGCCRF précise à cet égard – et ce de manière

restrictive – que l'avenant a pour objectif d'adapter de façon mineure un contrat en fonction de l'évolution de la relation commerciale, sous réserve que deux conditions soient remplies : d'une part, que les parties aient prévu les formes ou modalités de révision des prix en cours d'année et, d'autre part, que ces avenants ne remettent pas en cause l'économie générale du contrat.)

Ici également, la rédaction des clauses de la convention unique sur la question de l'évolution du prix a toute son importance.

Il existe donc des possibilités de faire varier les prix, y compris en cours d'année (qu'il s'agisse de relations encadrées par des CGV ou par une convention unique), mais celles-ci supposent l'accord du cocontractant, soit en amont (par exemple en début d'année sur une clause d'évolution des prix), soit au cours de l'année considérée (par exemple sur un avenant ou une nouvelle version des CGV pour appliquer le nouveau prix).

Dans le cas toutefois où aucune clause d'évolution de tarif ou de prix n'a été initialement prévue entre les parties et/ou si celles-ci ne s'entendent pas sur une nouvelle version du tarif des CGV ou sur un avenant à la convention unique, le prix initialement convenu devra être respecté et le fournisseur ne pourra pas répercuter d'augmentation en cours d'année à son client qui ne l'accepterait pas.

Les nouveautés apportées par la Loi Hamon dans les relations entre professionnels illustrent une nouvelle fois que ce type de loi est essentiellement conçu pour encadrer les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs ; ce qui pose de vraies questions pratiques pour certains acteurs des autres secteurs auxquels cette loi est susceptible de s'appliquer (cf. par exemple l'obligation de communication des CGV avant la date du 1er décembre – visée dans la première partie de cet article – pour les fournisseurs qui ne connaissent pas encore les composantes de leurs tarifs à cette période).

Le champ d'application très vaste des dispositions légales concernant les relations entre professionnels pourrait toutefois être réduit de manière importante très prochainement ; certains députés ayant proposé, dans le cadre d'amendements au projet de loi dite «Macron» pour l'activité, la croissance et l'égalité des chances économiques, de limiter le champ d'application de la convention annuelle aux seules relations entre la grande distribution et ses fournisseurs (cf. l'article 10 B (nouveau) du projet adopté par l'Assemblée nationale le 19 février 2015).

Il pourrait donc y avoir à l'avenir moins de contraintes dans la formalisation et l'exécution des relations entre partenaires commerciaux. ■



**et Marjorie
Dudon, avocat,
Altana**

4. Note de la DGCCRF précitée, page 32.
5. *Id.*