

REFORME SUR LE DROIT DE LA NEGOCIATION COMMERCIALE

La loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable n° 2018-938 du 30 octobre 2018, dite loi EGAlim, a été promulguée le 1^{er} novembre 2018. Celle-ci habilitait notamment le gouvernement à modifier par voie d'ordonnance les dispositions du Titre IV, du Livre IV du code de commerce, relatif à l'encadrement de la négociation commerciale.

Publiée au journal officiel du 24 avril dernier, **cette ordonnance apporte des modifications profondes, aussi bien sur le périmètre alimentaire qu'interindustriel.**

La présente expose les modifications les plus significatives (I) ainsi que les points de vigilance qui méritent d'être relevés (II).

I. LES PRINCIPALES MODIFICATIONS ISSUES DE L'ORDONNANCE n°2019-359 du 24 avril 2019

1. Les conditions générales de vente (CGV)

Le droit des CGV est globalement maintenu en l'état, même si sa présentation est revue et que les sanctions deviennent administratives.

- L'obligation de communication des CGV :

L'obligation de communiquer les CGV a été maintenue (nouvel article L. 441-1, II). L'ordonnance apporte toutefois une précision, les CGV n'ont à être communiquées par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services **que si celle-ci en établit.**

- Le contenu des CGV :

Le contenu des CGV est désormais précisé au I du nouvel article L. 441-1 du Code de commerce, lequel ne mentionne que les conditions de règlement et les éléments de détermination du prix, tels que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix.

Les conditions de vente ne font donc toujours pas partie du contenu des CGV, ce qui suppose que celles-ci n'ont pas à être obligatoirement mentionnées au sein des CGV. Le terme « *notamment* » laisse toutefois penser que les CGV pourraient contenir les conditions de vente, quand bien même le texte ne le précise pas expressément.

- Le socle de la négociation commerciale et les conditions particulières de vente :

La disposition selon laquelle les conditions générales de vente « *constituent le socle unique de la négociation commerciale* » a été réintégrée au sein des dispositions relatives aux CGV (article L. 441-1, III alinéa 1^{er} du Code de commerce).

L'alinéa 2 de ce même article prévoit en outre que les parties peuvent convenir de conditions particulières de vente, étant précisé que celles-ci ne sont pas soumises à une obligation de communication.

- La sanction civile devenue une sanction administrative :

L'amende civile actuelle pour non-respect de l'obligation de communiquer les CGV a été remplacée par une amende administrative au sein du nouvel article L. 441-1, IV, du Code de commerce. Le contenu des CGV ne semble, par ailleurs, plus sanctionnable.

2. Les conventions écrites

L'ordonnance ne propose plus que deux régimes de convention unique, contrairement au premier projet d'ordonnance qui en proposait trois : une convention unique de droit commun relativement souple (article L. 441-3 du Code de commerce) également applicable aux grossistes, et une convention particulière pour les produits de grande consommation (article L. 441-4 du Code de commerce).

- La convention unique de droit commun :

La convention unique de droit commun du nouvel article L. 441-3 prévoit un régime général de convention unique simplifié applicable à toute relation entre un fournisseur et un distributeur, et fusionnant avec la convention unique spécifique aux grossistes (actuel article L. 441-7-1 du Code de commerce).

- La convention unique spécifique aux produits de grande consommation :

S'agissant de la convention unique spécifique aux produits de grande consommation, il est clairement spécifié au sein du I du nouvel article L. 441-4 que cette convention particulière n'est pas applicable aux grossistes, quand bien même ceux-ci achèteraient et revendraient des produits de grande consommation. La définition du grossiste et les exclusions de l'actuel L. 441-7-1 du Code de commerce ont donc été conservées.

Les produits visés sont désormais définis comme étant « *des produits non-durables à forte fréquence et à forte récurrence de consommation* », ce qui laisse penser que cette convention concerne un nombre restreint de produits. La liste de ces produits sera prochainement fixée par décret, mais il convient de rappeler que selon l'INSEE, les produits de grande consommation regroupent (i) les produits alimentaires et boissons non alcoolisées, (ii) les boissons alcoolisées, (iii) les articles de ménage non durables et (iv) les appareils, autres articles et produits pour soins personnels.

- La définition du prix convenu :

Alors que, jusqu'à présent, le prix convenu était déterminé en deux fois net (prix moins rabais / remises / ristournes et autres obligations), **il est désormais défini en trois fois net**, en y intégrant la coopération commerciale.

La mention des composantes du prix et la définition en trois fois net s'accompagne de modifications très techniques, qui peuvent avoir une importance pratique considérable. Le nouveau régime de la coopération commerciale implique ainsi une mention supplémentaire par rapport au droit antérieur, à savoir la rémunération globale afférente aux services de coopération commerciale. Il s'agit pour l'administration de disposer d'un outil lui permettant de mesurer la dérive éventuelle des budgets de coopération commerciale dans le temps.

- **Appréciation générale du dispositif de ces deux conventions uniques :**

- ✚ le régime des avenants devient plus strict : tout avenant à la convention doit dorénavant faire l'objet d'un « écrit », et cet écrit doit mentionner « l'élément nouveau le justifiant » (article L. 441-3, II du Code de commerce) ;
- ✚ la date butoir du 1^{er} mars pour la signature de la convention a été conservée pour les deux régimes (article L. 441-3, IV du Code de commerce) ;
- ✚ la faculté de recourir aux conventions pluriannuelles a été maintenue. L'obligation, dans ce cas, de fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé pouvant prévoir la prise en compte d'un ou plusieurs indices reflétant l'évolution du prix des facteurs de production a également été conservée (article L. 441-3, IV du Code de commerce) ;
- ✚ les CGV doivent être communiquées dans un délai raisonnable avant le 1^{er} mars en ce qui concerne la convention unique de droit commun (article L. 441-3, V du Code de commerce). Le délai est donc moins strict que sous l'empire du droit antérieur qui exigeait une communication avant le 1^{er} décembre de l'année n-1 ;
- ✚ la convention particulière pour les produits de grande consommation doit indiquer le chiffre d'affaires prévisionnel, le plan d'affaires de la relation commerciale et les modalités selon lesquelles le chiffre d'affaires prévisionnel est révisé (article L. 441-4, IV du Code de commerce) ;
- ✚ une concomitance entre la date d'entrée en vigueur des obligations visées aux 1^o à 3^o du III de l'article L. 441-3 et la date d'effet du prix convenu est prévue pour la convention spécifique aux produits de grande consommation (article L. 441-4, V du Code de commerce) ;
- ✚ les CGV doivent, en ce qui concerne les produits de grande consommation, être communiquées au plus tard trois mois avant le 1^{er} mars, soit avant le 1^{er} décembre, et le distributeur dispose d'un délai raisonnable pour notifier par écrit les motifs de refus des CGV, son acceptation ou, le cas échéant, les dispositions des CGV qu'il souhaite soumettre à négociation (article L. 441-4, VI du Code de commerce).

3. **Les règles de facturation et les délais de paiement**

- **Les règles de facturation :**

Les règles de facturation, désormais regroupées en une sous-section spécifique, ont fait l'objet de deux réformes : une harmonisation des règles juridiques du Code de commerce avec les règles fiscales en ce qui concerne la date d'émission de la facture (nouvel article L. 441-9, I du Code de commerce) et une substitution de sanctions administratives aux sanctions pénales en matière de facturation (nouvel article L. 441-9, II du Code de commerce).

Alors qu'une facture doit non seulement contenir les mentions résultant du nouvel article L. 441-9, I, alinéa 4 du Code de commerce, les dix mentions résultant des articles R. 123-237 et R. 123-538 du Code de commerce et les mentions requises par l'article 242 nonies A de l'annexe II au Code général des impôts, l'ordonnance ajoute encore deux nouvelles mentions obligatoires sur facture.

Ces deux nouvelles mentions sont l'adresse de facturation de l'acheteur et du vendeur si celle-ci est différente de leur adresse et le numéro de bon de commande s'il a été préalablement établi par l'acheteur.

- **Les délais de paiement :**

Les dispositions relatives aux délais de paiement figurent désormais aux nouveaux articles L. 441-10 à L. 441-16 du Code de commerce. Elles ont fait l'objet d'une réorganisation complète en vue de clarifier les dispositions générales de fond, les dispositions sectorielles dérogatoires, les dispositions dérogatoires export et outre-mer, les règles s'imposant aux commissaires aux comptes et la faculté de rescrit. Il est certain que la nouvelle présentation rend le droit des délais de paiement plus lisible et mieux organisé.

Les changements de fond sont peu nombreux et concernent des règles de détail pouvant toutefois s'avérer importantes en pratique :

- ▣ précision sur le taux légal applicable chaque semestre et les rapports entre les frais effectifs de recouvrement et l'indemnité forfaitaire de recouvrement ;
- ▣ précision sur le fait que la dérogation export s'applique à la fois aux délais convenus et aux délais réglementés applicables à certaines catégories de produits ;
- ▣ correction d'une erreur matérielle issue de la loi Hamon pour préciser le champ d'application de la faculté de rescrit concernant les délais convenus et les délais transport et en détaillant le régime juridique.

Autre simplification s'agissant des produits à caractère saisonnier, les délais de plafond dérogatoires sont désormais intégrés au sein du nouvel article L. 441-11 du Code de commerce, la référence au décret ayant été supprimée.

4. Les pratiques restrictives de concurrence

- **Deux pratiques chapeaux et quatre pratiques ou clauses isolées :**

Le millefeuille des treize pratiques et cinq clauses interdites de l'actuel article L. 442-6, I et II du Code de commerce a également été simplifié. **Le nouvel article L. 442-1 ne retient plus que deux pratiques chapeaux et quatre pratiques ou clauses plus isolées.**

Les deux pratiques chapeaux, destinées à englober la plupart des pratiques précédemment énumérées à l'article L. 442-6, I sont l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné du nouvel article L. 442-1, I, 1° et le déséquilibre significatif visé au nouvel article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

Les quatre pratiques plus isolées sont regroupées au sein de trois nouvelles dispositions :

- la rupture brutale de relations commerciales établies (nouvel article L. 442-1, II),
- l'interdiction de la revente hors réseau (nouvel article L. 442-2)
- deux clauses interdites (nouvel article L. 442-3, a) et b) du Code de commerce).

Un assouplissement des conditions de recours aux deux pratiques chapeaux peut par ailleurs être constaté : le « *partenaire commercial* » n'est effectivement plus mentionné. Alors que la jurisprudence interprétait restrictivement cette notion et excluait de la soumission à un déséquilibre significatif notamment la première entrée en relation ou encore certains contrats ne traduisant pas un véritable partenariat commercial, il serait désormais possible de soulever ces dispositions sans être des partenaires commerciaux.

- **De la pratique de la rupture brutale :**

S'agissant de la rupture brutale des relations commerciales établies, l'ordonnance prévoit désormais qu'« *en cas de litige entre les parties sur le préavis* » la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois (nouvel article L. 442-1, II).

- **Les actions et sanctions du nouvel article L. 442-4 du Code de commerce :**

Le nouvel article L. 442-4 du Code de commerce devient un article consacré aux modalités de mise en œuvre de l'action en justice et aux sanctions des pratiques restrictives de concurrence.

Parmi les personnes pouvant introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale, le texte mentionne **toute personne justifiant d'un intérêt**, le ministère public, le ministre chargé de l'économie et le président de l'Autorité de la concurrence.

La nouvelle rédaction du texte permet à toute personne justifiant d'un intérêt de formuler les mêmes demandes que celles du ministre chargé de l'économie et du ministère public, à l'exception de l'amende civile. Désormais, toute personne justifiant d'un intérêt peut demander la cessation des pratiques et la réparation des préjudices subis, et seule la partie victime peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des prestations/avantages indues (nouvel article L. 442-4, I, alinéa 2 du Code de commerce).

Au plan de la sanction, le plafond de la sanction a été modifié. Le plafond est désormais fixé au plus élevé des trois montants suivants : cinq millions d'euros, le triple du montant des prestations/avantages induit perçu(e)s/obtenu(e)s, 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France (nouvel article L. 442-4, I, alinéa 4 du Code de commerce).

5. Les indicateurs pour les produits alimentaires

La référence aux indicateurs pour les produits alimentaires figure au sein du Chapitre III intitulé « *Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires* », et précisément au nouvel article L. 443-4 du Code de commerce.

Selon le nouvel article L. 443-4, I du Code de commerce, il est désormais nécessaire que les CGV et les conventions mentionnées aux nouveaux articles L. 441-3, L. 441-4, L. 441-7 et L. 443-2 du Code de commerce fassent « *référence et explicitent les conditions dans lesquelles* » il est tenu compte pour la détermination du prix des « *indicateurs énumérés au neuvième alinéa du III de l'article L. 631-24 et aux articles L. 631-24-1 et L. 631-24-3 du code rural et de la pêche maritime ou, le cas échéant, [de] tous autres indicateurs disponibles dont ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges de produits alimentaires* ».

Tout manquement aux dispositions de ce nouvel article L. 443-4, I du Code de commerce est désormais passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75.000 euros pour les personnes physiques et 375.000 euros pour les personnes morales (nouvel article L. 443-4, II du Code de commerce).

II. LES POINTS DE VIGILANCE

1. La prise en compte des indicateurs au sein des CGV et des conventions écrites pour les produits agricoles ou alimentaires comportant des produits agricoles

Comme expliqué *supra*, le nouvel article L. 443-4 du Code de commerce exige, pour les produits agricoles ou les produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, qu'il soit fait référence au sein des CGV et des conventions écrites des nouveaux articles L. 441-3, L. 441-4, L. 441-7 et L. 443-2 du Code de commerce, aux indicateurs énumérés au neuvième alinéa du III de l'article L. 631-24 et aux articles L. 631-24-1 et L. 631-24-3 du Code rural et de la pêche maritime ou, le cas échéant, à tous autres indicateurs disponibles dont ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges de produits alimentaires. Ce nouveau texte exige, par ailleurs, qu'il soit fait état des conditions dans lesquelles il en est tenu compte pour la détermination des prix.

Bien que constituant une difficulté majeure, il convient d'être très vigilant car ces nouvelles dispositions imposent **pour l'ensemble des acteurs intervenant à tous les stades de la cascade, la référence aux indicateurs mentionnés ci-dessus**, ainsi qu'une explicitation de la façon dont il en est tenu compte pour la détermination du prix dans :

- les conditions générales de vente (nouvel article L. 441-1) ;
- la convention unique de droit commun, également applicable aux grossistes (nouvel article L. 441-3) ;
- la convention spécifique aux produits de grande consommation (nouvel article L. 441-4) ;
- la convention conclue entre fournisseurs et distributeurs portant sur la conception et la production de produits alimentaires vendus sous marque de distributeur (nouvel article L. 441-7) ; et
- la convention spécifique aux produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production (nouvel article L. 443-2).

2. La définition du prix convenu en trois fois net

Si, du point de vue économique, cette nouvelle définition peut se comprendre, et ce d'autant plus que le seuil de revente à perte est également calculé en trois fois net, du point de vue de la définition juridique du prix convenu, la formule fait difficulté puisqu'elle fusionne deux prix distincts, le prix des produits vendus par le fournisseur au distributeur, d'une part, et le prix des services rendus par le distributeur au fournisseur, d'autre part.

De plus, les conventions uniques doivent désormais, aux fins de concourir à la détermination du prix convenu, fixer au sein des services de coopération commerciale, la rémunération globale afférente aux services de coopération commerciale (nouvel article L. 441-3, III, 2°).

Il faudra ainsi être vigilant et veiller à ce que l'ensemble de ces éléments figurent au sein des conventions écrites.

3. L'application dans le temps des dispositions des nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 du Code de commerce

Deux points de vigilance doivent être relevés s'agissant de l'application dans le temps des dispositions des nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 du Code de commerce.

En effet, le I de l'article 5 de l'ordonnance contient une disposition transitoire selon laquelle le régime des avenants résultant du nouvel article L. 441-3, II du Code de commerce est applicable à tout contrat en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance et ce, à compter de l'entrée en vigueur de celle-ci, soit le 26 avril 2019.

Ainsi, dans l'éventualité où aucune condition dérogatoire n'aurait été prévue au sein du contrat, toute modification intervenant postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance implique que soit respecté le formalisme du nouvel article L. 441-3, II. Autrement dit, toute modification contractuelle doit faire l'objet d'un écrit, lequel doit mentionner l'élément nouveau le justifiant.

De plus, une autre disposition transitoire (article 5, II de l'ordonnance) prévoit que les nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 sont applicables à compter du 1^{er} mars 2020 aux contrats en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance dont la durée est supérieure à un an.

Ainsi, toutes les conventions pluriannuelles en cours d'exécution au 26 avril 2019 devront être mises en conformité avec les dispositions des nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 du Code de commerce au plus tard le 1^{er} mars 2020.

4. Les mentions sur facture pour les factures émises à compter du 1^{er} octobre 2019

L'article 5, III de l'ordonnance prévoit en outre que les dispositions de l'actuel article L. 441-3 du Code de commerce relatives aux factures demeurent applicables, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, aux factures émises avant le 1^{er} octobre 2019.

Ainsi, **toutes les factures émises postérieurement au 1^{er} octobre 2019 devront respecter les dispositions du nouvel article L. 441-9 du Code de commerce.** Étant donné que l'ordonnance ajoute deux mentions sur facture supplémentaires, à savoir l'adresse de facturation de l'acheteur et du vendeur si celle-ci est différente de leur adresse et le numéro de bon de commande s'il a été préalablement établi par l'acheteur, il conviendra de veiller à ce que ces nouvelles mentions figurent bien sur les factures, d'autant plus qu'il existe une incertitude quant à un éventuel cumul d'infractions, la règle du cumul n'ayant pas été explicitement plafonnée pour les infractions aux règles de facturation.

5. Le risque accru en matière de factures et de délais de paiement

Les sanctions aux règles de facturation étaient peu appliquées. En remplaçant la sanction pénale par une sanction administrative, le risque est que les règles de facturation fassent davantage l'objet de contrôles et de sanctions systématiques de la part de l'Administration, d'autant plus qu'il s'agit d'une obligation réciproque incluant les factures reçues par une entreprise (principe de co-responsabilité, actuel article L. 441-3 alinéa 2 du Code de commerce ; les obligations concernant la facturation « *s'imposent indistinctement au vendeur et à l'acheteur, tenus à des obligations complémentaires et réciproques* » : Cass. crim., 20 juin 1994, n° 93-83.037 et 15 mars 2008, n° 07-87.139). Par ailleurs, les contrôles des délais de paiement sont de plus en plus fréquents.

Il est donc impératif de bien respecter les délais de paiement des nouveaux articles L. 441-10 et suivants du Code de commerce et de veiller à réclamer des factures conformes en relançant de manière systématique les fournisseurs, étant précisé que l'Administration applique strictement les règles, quand bien même les entreprises en cause afficheraient des taux de paiement dans les délais exemplaires supérieurs à 95%.

6. Le champ d'application du nouvel article 442-1, I du Code de commerce

Le nouvel article L. 442-1, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce vise désormais « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ».

Le champ d'application de ce texte semble par conséquent élargi par rapport à la notion de « *producteur, commerçant, industriel* » ou artisan. De même, les références au partenariat commercial ont disparu de l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné et de la soumission à un déséquilibre significatif au profit de la notion d'« *autre partie* », ce qui élargit le champ des personnes protégées.

Se pose ainsi la question de savoir quelles sont les personnes qui pourraient invoquer ce texte. La question pourrait notamment être évoquée s'agissant des professions libérales.

7. La spécificité du délai de préavis de dix-huit mois

Le nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit qu'« *en cas de litige entre les parties sur le préavis* » la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois (nouvel article L. 442-1, II).

Ce délai de préavis de 18 mois ne doit cependant pas être considéré comme un plafond puisqu'une entreprise qui aurait, dans le cadre d'une rupture, accordé à une autre un délai de préavis de 12 mois au lieu de 24 mois, pourrait se voir condamnée à payer une indemnité équivalant à 12 mois.

Ainsi, le seul moyen dont dispose l'auteur de la rupture pour ne pas engager sa responsabilité au titre de la rupture brutale de relations commerciales établies en cas de risque de préavis supérieur à 18 mois est d'octroyer un délai de préavis de 18 mois, quand bien même il aurait pu être condamné à octroyer un délai de préavis inférieur dans le cadre d'une procédure contentieuse.

8. L'absence de dispositions transitoires s'agissant des pratiques abusives

Aucune disposition transitoire n'a été prévue s'agissant des pratiques restrictives de concurrence. Il existe ainsi une incertitude quant à l'application dans le temps du délai de préavis de 18 mois en cas de rupture brutale de relations commerciales établies.

Il serait donc opportun et nécessaire que la loi de ratification le précise, ce sans quoi cette disposition pourrait faire l'objet de contestations.