



**HAL**  
open science

# L'allègement des règles de la négociation commerciale dans le commerce de gros, prémices d'un droit commun de la négociation pour les relations égalitaires ?

Nicolas Ferrier

## ► To cite this version:

Nicolas Ferrier. L'allègement des règles de la négociation commerciale dans le commerce de gros, prémices d'un droit commun de la négociation pour les relations égalitaires ?. La Semaine juridique. Entreprise et affaires, 2015. hal-02334781

**HAL Id: hal-02334781**

**<https://hal.science/hal-02334781>**

Submitted on 31 Oct 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **L'allégement des règles de la négociation commerciale dans le commerce de gros - . - Prémices d'un droit commun de la négociation pour les relations égalitaires ?**

Nicolas Ferrier

Agrégé des Facultés

Professeur à l'Université Montpellier

Directeur du Master 2 Droit de la distribution et des contrats d'affaires

**L'article L. 441-7-1 du Code de commerce réalise une adaptation du dispositif général de la négociation commerciale aux relations « amont » fournisseur-grossiste. Il reprend, à certains égards, les exigences de l'article L. 441-7. Ainsi, une convention récapitulative doit, sous peine de sanction, toujours être conclue avant le 1er mars, dans laquelle les conditions de vente, la coopération commerciale et les autres services doivent également être distingués. À d'autres égards, l'article L. 441-7-1 élabore un régime dérogatoire, dont il faut préciser le domaine et le contenu, et dont il faut apprécier la portée.**

1. - La négociation commerciale obéit à un formalisme lourd, initialement destiné à lutter contre des pratiques abusives de la grande distribution. Pour s'en tenir à l'essentiel, on rappellera que sont exigées la communication des conditions générales de vente (CGV) (*C. com., art. L. 441-6*) et l'élaboration d'une convention unique (ou récapitulative) avant le 1er mars de l'année N correspondant à celle pour laquelle la relation s'établit (*C. com., art. L. 441-7*).

2. - Les textes sont régulièrement complétés, au gré des nouvelles formes d'abus, dans un sens toujours plus strict et complexe. À cet égard, la loi relative à la consommation du 17 mars 2014<sup>Note 1</sup> (loi *Hamon*) n'a pas échappé au mouvement, puisqu'elle a notamment modifié l'article L. 441-7 du Code de commerce, en imposant la transmission des CGV avant le 1er décembre de l'année N-1, l'indication dans la convention récapitulative des barèmes tarifaires, la concomitance de la date d'entrée en vigueur des différentes composantes du prix issu de la négociation et la réponse circonstanciée du distributeur dans les deux mois de la demande écrite du fournisseur portant sur l'exécution de la convention (« l'obligation de courtoisie »).

3. - Ces nouvelles mesures ont été vivement critiquées par certains secteurs d'activité, et plus particulièrement celui du commerce de gros qui en a souligné le caractère excessif, voire inadapté<sup>Note 2</sup>. Deux constats, au demeurant complémentaires, sous-tendent la critique<sup>Note 3</sup> :

- —

d'une part, des contraintes spécifiques au commerce de gros tenant notamment à une plus grande fluctuation des prix du fait que nombre d'opérations portent sur des matières premières, à la commercialisation de produits sur mesure, au calendrier particulier de la négociation et au nombre très important de partenaires ;

- —

d'autre part, la position intermédiaire du grossiste, pris dans une relation amont avec des fournisseurs et aval avec des détaillants, impliquant, dans les deux cas, des relations plus équilibrées et, partant, potentiellement moins génératrices d'abus que dans les relations pour lesquelles ce droit de la négociation commerciale a été conçu, de sorte que certaines des dispositions précisément destinées à prévenir ces

abus seraient ici superflues. Ces constats justifieraient de faire échapper le commerce de gros au formalisme étroit résultant de l'article L. 441-7 du Code de commerce, ou tout au moins d'assouplir le régime applicable en tempérant notamment le principe d'intangibilité de la convention unique.

4. - Le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi *Macron*) fut l'occasion de répondre en partie à ces critiques. Une première proposition fut ainsi formulée consistant à réserver le formalisme de l'article L. 441-7 du Code de commerce aux seules relations fournisseurs-détaillants, l'excluant ainsi dans les relations des premiers avec les grossistes. Cette solution, considérée sans doute trop radicale, fut écartée et un texte plus nuancé fut en définitive adopté.

5. - L'article L. 441-7-1 du Code de commerce ainsi créé apparaît donc comme un texte de compromis, réalisant moins une exclusion qu'une adaptation du dispositif général au commerce de gros, plus spécialement aux relations « amont » fournisseur-grossiste. À certains égards, en effet, l'article L. 441-7-1 du Code de commerce reprend les exigences de l'article L. 441-7 du même code. À moins que la relation ne se déroule sur la base des seules conditions générales ou catégorielles de vente, puisqu'en l'absence de négociation elle n'appelle aucune formalisation, une convention récapitulative doit, sous peine de sanction, toujours être conclue avant le 1er mars, au sein de laquelle doivent également être distingués les conditions de vente, la coopération commerciale et les services distincts <sup>Note 4</sup>. À d'autres égards, l'article L. 441-7-1 du Code de commerce élabore un régime dérogatoire, dont il faut préciser le domaine (1) et le contenu (2).

## **1. Domaine**

### **A. - Les relations visées**

6. - Le régime allégé de la convention unique concerne les relations entre « le fournisseur et le grossiste ». La qualification d'acheteur grossiste, que l'on distingue du détaillant, détermine ainsi le champ d'application du dispositif. Le texte vient alors préciser la notion de grossiste, à laquelle sont assimilées « les centrales ».

#### **1° Relations visées « par nature »**

7. - Selon l'article L. 441-7-1, II, alinéa 1er le grossiste désigne « *toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité* ». L'exigence d'une revente « à titre principal » à des professionnels conduit à s'interroger sur le seuil et l'assiette de l'activité à prendre en compte.

#### **a) S'agissant du seuil d'activité, est simplement exigé son caractère principal**

8. - En matière de contrôle des concentration, l'Autorité de la concurrence (ADLC) estime que « la notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre

d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique »<sup>Note 5</sup>. Il pourrait ainsi être tentant de reprendre ce seuil de 50 %, sauf à relever que, pour l'ADLC, ce seuil caractérise une activité exercée à titre « essentiel » - au sens de « déterminant » - et non « à titre principal », ce qui n'est pas nécessairement la même chose<sup>Note 6</sup>.

## **b) S'agissant de l'assiette de l'activité, le texte peut être compris de deux manières**

9. - Soit il vise le grossiste qui, à titre principal, achète pour revendre à des professionnels. Ici, le caractère principal concerne, à la fois, l'activité d'achat-revente et la qualité de professionnels des sous-acheteurs. Soit il vise seulement celui qui revend principalement à des professionnels ce qu'il achète, sans que ne soit exigé le caractère principal de l'activité d'achat pour revente. Autrement dit, le caractère principal renvoie cette fois exclusivement à la qualité de professionnel des acheteurs, de sorte que la qualité de grossiste est reconnue si l'activité de revente, même accessoire, s'opère principalement auprès de professionnels. La lettre du texte milite en faveur de la seconde interprétation, puisqu'elle vise celui qui « *revend, à titre principal, à d'autres*[professionnels] » et non celui qui, à titre principal, revend à des professionnels. On relèvera que la qualité du fournisseur est, en revanche, indifférente. L'article L. 441-7-1 du Code de commerce est donc applicable lorsque celui-ci est également un grossiste, ce que confirme indirectement le II en définissant le grossiste au sens du I comme celui qui revend notamment à des grossistes.

Le nouveau dispositif s'appliquera à des grossistes par nature ou par assimilation

## **2° Relation visées « par assimilation »**

10. - L'article L. 441-7-1, II, alinéa 2 ajoute « *sont assimilés à des grossistes, au sens du premier alinéa du présent II, les centrales d'achat ou de référencement de grossistes* ». Le dispositif procède de manière contestable par voie de généralisation, englobant les deux formes possibles de centrales. Est, d'une part, visée la centrale d'achat. Or celle-ci peut être de trois types :

- —  
  
il peut d'abord s'agir d'une centrale qui achète et revend. Mais dans ce cas, l'article L. 441-7-1, II, alinéa 2 est applicable non par assimilation, mais par nature puisque la centrale est alors un véritable grossiste ;
  
- —  
  
il peut ensuite s'agir d'une centrale qui achète en qualité de mandataire. Mais le choix de l'assimilation est alors inutile, voire discutable puisque la relation commerciale - et la convention unique sur laquelle elle repose - se noue directement entre l'adhérent-mandant et le fournisseur-tiers contractant ;
  
- —

il peut enfin s'agir d'une centrale qui achète en qualité de commissionnaire, pour le compte de ses adhérents-commettants. L'assimilation peut cette fois se comprendre lorsque les commettants sont des grossistes.

Est, d'autre part, visée la centrale de référencement, selon une assimilation au grossiste là encore douteuse dès lors que, par définition, elle n'achète rien et n'a donc pas à conclure une convention unique avec les fournisseurs.

## **B. - Les relations exclues**

11. - Selon l'article L. 441-7-1, II, alinéa 3, deux séries d'entreprises ou groupes de personnes sont exclues du dispositif. La construction générale de l'article suggère ainsi qu'il s'agit de véritables grossistes tels que définis par le premier alinéa, mais qui par exception ne bénéficient pas du régime dérogatoire. Sont d'abord exclus les opérateurs qui interviennent dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail. On retrouve ici le pendant d'une assimilation précédemment exposée, d'où il ressort que la qualification de la centrale dépend de celle des entreprises pour lesquelles elle agit <sup>Note 7</sup>. Sont ensuite exclus les opérateurs qui exploitent, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail. Selon une interprétation littérale, il suffit que le grossiste ait un magasin de vente de détail pour que le texte soit inapplicable <sup>Note 8</sup>, peu important que l'activité de commerce au détail soit exercée à titre accessoire ou principal, ou soit exercée auprès de détaillants (à travers un « comptoir » par exemple) ou d'utilisateurs finals. En tout état de cause, l'entreprise qui développe une activité mixte est exclue du dispositif pour l'ensemble de son activité. La solution paraît sévère lorsque l'activité de vente au détail, dans un seul magasin, n'est exercée qu'à titre accessoire et exclusivement auprès de professionnels. Il aurait été sans doute préférable de distinguer selon les modalités de reventes des produits par le grossiste. En définitive, l'application du texte dépend du niveau du chiffre d'affaires des ventes réalisées auprès de détaillants ou du lieu dans lequel se réalisent les ventes.

La discussion se concentre sur la question du prix et sur le point de savoir si l'article L. 441-7-1, I, 1<sup>o</sup>, alinéa 2 permet de modifier le prix convenu au 1er mars

## **2. Contenu**

12. - Certaines mesures du dispositif dérogatoire semblent répondre, du moins à titre principal, aux contraintes du secteur de commerce de gros. D'autres ne semblent pouvoir s'expliquer que par le caractère équilibré des relations.

## **A. - Les assouplissements justifiés par les contraintes propres au secteur de gros**

### **1<sup>o</sup> Le calendrier de communication des CGV**

13. - Selon l'article L. 441-7 du Code de commerce, issu de la loi *Hamon*, le fournisseur doit communiquer ces CGV en principe « *au plus tard trois mois avant la date butoir du 1er mars* » de l'année N, c'est-à-dire avant le 1er décembre de l'année N-1. Cette exigence n'a pas été reprise à l'article L. 441-7-1, de sorte que si le fournisseur doit communiquer au grossiste ses

CGV (*C. com.*, art. L. 441-6), aucun délai n'est imposé, sous la limite naturellement du 1er mars. Cet assouplissement se justifierait par la difficulté d'établir plus tôt les CGV <sup>Note 9</sup>. Mais est-il sûr que l'ensemble des relations fournisseurs-grossistes supporte une telle contrainte ? Or, si certaines y échappent, le texte ne pêche-t-il pas par excès de généralisation. Au demeurant, est-il sûr que seules les relations fournisseurs-grossistes soient soumises à une telle contrainte ? Or, si d'autres y sont également soumises, le texte ne pêche-t-il pas par excès de spécialisation ? Ces questions conduisent à se demander si, sur cette question du calendrier, il n'aurait pas été pertinent, mais il est vrai sans doute plus compliqué, de conserver seulement l'article L. 441-7, en admettant, en tout domaine, une dérogation justifiée par des motifs légitimes.

14. - En tout état de cause, cet assouplissement du calendrier est susceptible de rejaillir sur la situation des grossistes, dans leurs relations aval avec leurs acheteurs professionnels. Dans ces relations où le grossiste est considéré comme le fournisseur, l'article L. 441-7 s'applique, sauf à ce que l'acheteur soit lui-même grossiste <sup>Note 10</sup>. Or, si dans ses relations amont, le grossiste reçoit les CGV du fournisseur après le 1er décembre, il lui sera sans doute difficile de communiquer aux détaillants ses propres CGV avant cette date. En effet, comment peut-il correctement élaborer ses CGV à partir de celles auxquelles il est lui-même soumis alors qu'il ne les connaît pas encore et qu'il ne peut au mieux que les anticiper ? Dès lors, ne devrait-on pas considérer que l'article L. 441-7-1 conduit, par réaction, à exclure le grossiste de l'obligation de transmettre, en sa qualité de fournisseur, ses CGV avant le 1er décembre ? Dans cette perspective, la règle posée à l'article L. 441-7-1 donnerait argument, en fait sinon en droit, aux grossistes pour échapper, dans leurs relations avec les détaillants, à la contrainte résultant de l'article L. 441-7. Cette solution présente toutefois elle-même des inconvénients. En admettant que le grossiste puisse transmettre ses CGV seulement après avoir reçu celles de son fournisseur, et dans la mesure où aucune contrainte temporelle ne pèse sur ce dernier (si ce n'est la date de signature de la convention unique au 1er mars), il est possible que le détaillant ne reçoive les CGV du grossiste que très peu de temps avant l'échéance du 1er mars applicable à leur relation. La situation est potentiellement génératrice d'abus... sauf à considérer que le caractère équilibré de la relation préserve de ces derniers.

## 2° L'évolution des conditions de vente

15. - La convention unique visée à l'article L. 441-7 fixe les conditions commerciales, issues de la négociation, pour un an, selon ce que l'on pourrait qualifier de principe d'immutabilité et d'annualité. Pour autant, il est admis que des modifications puissent y être apportées. Mais, ne serait-ce que pour respecter l'esprit du dispositif, ces modifications ne peuvent s'opérer que dans une double limite, formelle et substantielle. Sur le plan formel, et selon la règle du parallélisme des formes, les modifications doivent s'opérer par un avenant respectant les conditions de l'article L. 441-7, c'est-à-dire un écrit. Ce sont, en effet, toutes les conditions négociées qui doivent faire l'objet de la convention unique écrite, qu'elles soient convenues initialement ou le fruit d'une renégociation. Sur le plan substantiel, la modification ne peut intervenir que de manière marginale <sup>Note 11</sup>, et doit résulter d'une clause de modification automatique ou d'un commun accord, mais non d'une clause de modification unilatérale <sup>Note 12</sup>.

16. - Ce régime serait inadapté au commerce de gros en raison des contraintes liées notamment à une plus grande volatilité des prix et au nombre conséquent de partenaires <sup>Note 13</sup>. C'est précisément ce qui justifie l'article L. 441-7-1, I, 1°, alinéa 2, selon lequel la convention unique prévoit « *le cas échéant, les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées* ». En effet, cette disposition facilite, sur le plan formel voire substantiel, la modification de la convention unique. Sur le plan formel, il suffit de prévoir, au moment de la signature de la convention

unique et donc par écrit, les situations et modalités de la modification. En revanche, aucun formalisme n'est imposé lors de la modification, la liberté contractuelle retrouvant alors son empire. En raisonnant *a fortiori* par rapport aux solutions applicables sous l'article L. 441-7, il devrait toutefois être également possible de convenir par écrit de modifications qui n'auraient pas été prévues par la clause. Sur le plan substantiel, l'apport du dispositif est moins évident à circonscrire. Il est certain qu'une disposition de la convention unique peut prévoir une modification automatique, mais il n'y a ici aucune nouveauté par rapport au régime général. L'apport du dispositif se situe donc nécessairement au-delà de cette première hypothèse, ce qui pose alors question.

17. - **Modification des termes de la convention.** - D'une manière générale, et sur le plan subjectif, le texte permet-il de conférer à l'un des partenaires le pouvoir de modifier unilatéralement les termes de la convention unique et donc d'en imposer le contenu à l'autre <sup>Note 14</sup>, là où le droit commun de la négociation commerciale ne permet qu'une modification conventionnelle résultant d'une renégociation ? Sur le plan objectif, le texte autorise-t-il plus largement la modification du contenu de la convention unique, là où le droit commun de la négociation commerciale ne la permet qu'à la marge ?

18. - Concernant l'objet de la modification, les parties doivent préciser les types de situation dans lesquels s'appliqueront les conditions dérogatoires. Sont donc exclues du dispositif dérogatoire les modifications intervenant dans des hypothèses autres que celles précisées dans la convention unique. Mais les parties sont-elles libres dans la définition des situations emportant modification ? Le principe de liberté contractuelle commande une réponse positive. Il se heurte toutefois à l'esprit du dispositif car, au risque de le vider de sa substance, la relation doit avant tout reposer sur la convention unique. Il se heurte également à sa lettre car le dispositif est prévu pour des conditions « dérogatoires », ce qui renvoie au caractère d'exception. Au demeurant, quel degré de précision les partenaires doivent-ils apporter dans l'identification des situations ? On relèvera que le texte impose d'identifier non les « situations », mais les « types de situation », ce qui est plus large et donc potentiellement moins précis. Concernant les modalités de la modification, une difficulté là encore apparaît.

19. - D'un côté, le texte n'apporte aucune précision de sorte que le principe de liberté contractuelle ouvre un large choix d'options : outre la modification automatique <sup>Note 15</sup>, les parties peuvent convenir d'une clause de renégociation (selon des modalités qu'elles déterminent, autrement dit, sans que ne s'impose le formalisme de l'article L. 441-7), voire d'une modification unilatérale sous les seules limites du droit commun des contrats tenant plus spécialement aux conditions et sanctions de la détermination unilatérale de la chose et du prix. D'un autre côté, on pourrait soutenir que le droit de la négociation commerciale tend à un encadrement plus strict que ce que permet la liberté contractuelle, afin d'éviter les abus. Mais l'article L. 441-7-1 se voulant un dispositif dérogatoire, la réponse devrait tenir à sa finalité. S'il s'explique seulement par les contraintes propres du secteur de commerce de gros, rien ne justifierait de libérer à ce point les modalités de modification des conditions de l'opération dès lors que les risques d'abus persisteraient dans les mêmes termes. En effet, c'est une chose d'admettre la nécessité de faire évoluer les conditions, et ce, selon un formalisme allégé excluant l'exigence d'écrit par exemple ; c'en est une autre d'admettre le caractère unilatéral de ces modifications. Mais le texte peut s'expliquer également par le constat d'un équilibre des relations rendant moins pregnants les risques d'abus. Il manifesterait alors une réelle faveur pour l'unilatéralisme, conformément au droit commun des contrats. Au demeurant, cette dernière solution n'exclut pas tout contrôle, les articles L. 442-6, I, 1° et L. 442-6, I, 2° permettant de prévenir ou sanctionner les abus éventuels.

20. - **Modification du prix.** - Plus spécialement, la discussion se concentre sur la question du prix et sur le point de savoir si l'article L. 441-7-1, I, 1°, alinéa 2 permet de modifier le prix convenu au 1er mars. La réponse est délicate car l'article L. 442-6, I, 12° sanctionne le fait «

*de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent... [1re branche de l'alternative] ... du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, [2nd branche de l'alternative]... ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant[selon les conditions visées plus haut : ie. par écrit et à la marge<sup>Note 16</sup>], ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8* ». L'article L. 442-6, I, 12° conforte à propos du prix le principe d'intangibilité<sup>Note 17</sup>, sous des réserves limitées parmi lesquelles figurent seulement la modification par avenant du prix négocié selon l'article L. 441-7 ainsi que la renégociation prévue par l'article L. 441-8 mais non les modifications découlant de l'article L. 441-7-1. Trois interprétations sont alors envisageables, seule la dernière méritant d'être retenue.

21. - Selon une première interprétation, l'article L. 442-6, I, 12° s'applique aux relations fournisseurs-grossistes, et interdit de pratiquer un prix différent de celui convenu initialement, c'est-à-dire le prix tarif en l'absence de négociation ou le prix négocié et constaté dans la convention unique au 1er mars. La solution se justifierait par la lettre du texte qui n'envisage l'application d'un prix modifié par avenant ou renégocié que dans le respect des prévisions des articles L. 441-7 et L. 441-8 mais non de l'article L. 441-7-1. Il ne serait donc pas possible, dans les relations fournisseurs-grossistes, d'appliquer un prix autre que celui initialement convenu. L'article L. 441-7-1, I, 1° alinéa 2 ne concernerait donc pas le prix. La solution est critiquable car elle repose sur un argument qui prouve trop. En effet, exclure les relations fournisseurs-grossistes au motif qu'elles ne sont pas visées dans la deuxième branche de l'alternative posée à l'article L. 442-6, I, 12° reviendrait à ne leur appliquer que la première branche. Il en résulterait que, dans ces relations, le prix pratiqué devrait nécessairement être celui résultant du barème et ne pourrait même pas être celui résultant de la négociation faisant l'objet de la convention unique, ce qui est absurde. Et on ne peut même pas prétendre que la modification serait ici possible mais dans les seuls termes de l'avenant pratiqué sous l'article L. 441-7 (*ie.* par écrit et à la marge), puisque la première interprétation de l'article L. 442-6, I, 12° ici exposée repose précisément sur l'inapplication à ces relations de la deuxième branche de l'alternative envisagée par ce texte.

22. - Selon une deuxième interprétation, l'article L. 442-6, I, 12° est inapplicable aux relations fournisseurs-grossistes puisque précisément il ne vise pas l'article L. 447-1-1. Cette interprétation est pour le moins douteuse car des abus tels que ceux qu'il vise sont possibles même dans ce type de relation. Il suffit d'envisager une pratique consistant à payer à un prix autre que celui initialement convenu ou renégocié, voire autre que celui modifié en application d'une clause visée par l'article L. 441-7-1, I, 1°, alinéa 2 si l'on en admet le principe.

23. - Selon une troisième interprétation, l'article L. 442-6, I, 12° est applicable aux relations fournisseurs-grossistes, mais doit être concilié avec l'article L. 441-7-1, en tenant compte de l'assouplissement réalisé par ce dernier (*specialia generalibus...*). Ainsi, le second dérogerait, dans son domaine particulier, aux (seules) dispositions contraires du premier. Cela signifierait, qu'en vertu de l'article L. 441-7-1, la modification du prix est possible selon un dispositif allégé, mais en vertu de l'article L. 442-6, I, 12°, le prix pratiqué ne peut pas être distinct de celui convenu ou modifié conformément à l'article L. 441-7-1, I, 1°, alinéa 2. Au demeurant, le fait de pratiquer un prix différent de celui convenu relève déjà des articles L. 442-6, I, 1° et 2°. L'intérêt du 12° de l'article L. 442-6, I est, en définitive, d'ordre probatoire, en ce qu'il a seulement pour objet de présumer irréfragablement que, dans les relations soumises à l'article L. 441-7, n'est pas un prix convenu celui qui ne résulte ni des CGV, ni de la convention unique, ni de l'avenant écrit, ni encore de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.



## **B. - La suppression d'obligations justifiée par l'équilibre des relations commerciales**

### **1° L'obligation d'indiquer le barème de prix**

24. - La loi *Hamon* a ajouté l'obligation de faire figurer dans la convention unique « *le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation* ». L'objectif est de favoriser le contrôle du résultat de la négociation, en révélant son exact point de départ. Cette exigence n'a pas été reprise par l'article L. 441-7-1, alors que les contraintes du secteur telles que précédemment exposées ne commandaient pas une telle solution puisque, dans le même temps, le fournisseur reste tenu de communiquer ses CGV au grossiste. La nécessité de favoriser l'évolution des prix n'est, en effet, pas contrariée par l'indication du barème dans les CGV. C'est une chose de libérer les conditions de modification du prix ; c'en est une autre de contrôler les éventuels abus dans la manière dont le prix convenu a été négocié entre les parties, ce à quoi tend précisément l'indication du barème de prix dans les CGV. Cet allègement dans le formalisme s'expliquerait donc plutôt par une suspicion moindre d'abus de négociation, en raison du caractère réputé équilibré des relations. Là où le risque d'abus est moindre, l'encadrement de la négociation se justifie moins en somme.

### **2° L'obligation d'appliquer simultanément les conditions de l'opération**

25. - Dans une formule passablement compliquée<sup>Note 18</sup>, l'article L. 441-7, I, 3°, alinéa 4 modifié par la loi *Hamon* prévoit que le prix convenu « *s'applique au plus tard le 1er mars. La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux 1° à 3° ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet du prix convenu* », imposant ainsi une application simultanée de l'ensemble des conditions négociées. Ce faisant, le texte vise moins à lutter contre l'application de conditions rétroactives, déjà sanctionnée au titre d'autres dispositions (*C. com., art. L. 442-6, II, a*) et *L. 442-6, I, 12°*) qu'à lutter contre l'obtention de conditions injustifiées. Le raisonnement est, en effet, le suivant : pour les parties, le prix convenu correspond à la juste contrepartie des conditions de l'opération, il en représente selon eux la valeur. Dès lors, l'application de ce prix à d'autres conditions que celles en contrepartie duquel il a été convenu ou, réciproquement, l'application aux mêmes conditions d'un prix différent de celui initialement convenu pose question. Cette pratique devient même suspecte dans le cadre de relations inégalitaires puisqu'elle suggère un abus par l'imposition de conditions ou prix dénués de contreparties. Certes, les articles *L. 442-6, I, 1°* ou *L. 442-6, I, 2°* permettent d'appréhender une telle pratique, mais il est plus simple et, partant, efficace, de présumer irréfragablement l'abus du simple décalage temporel dans l'application des conditions et prix, plutôt que de rechercher concrètement une disproportion ou un déséquilibre au sens de l'article *L. 442-6*. On comprend alors que, dans les relations inégalitaires, la pratique soit interdite en elle-même.

26. - En revanche, cette suspicion n'a plus lieu d'être dans le cadre de relations cette fois égalitaires, puisqu'il n'est plus possible de présumer qu'elle résulte d'un abus de puissance. Il faut alors admettre que la sanction ne puisse intervenir que par la démonstration, *in concreto*, d'un abus au sens des articles *L. 442-6, I, 1°* ou *L. 442-6, I, 2°*. L'absence d'obligation d'appliquer simultanément les conditions et prix dans les relations fournisseur-grossiste se

justifierait ainsi au regard du caractère équilibré de la relation. Pour autant, si une mise en œuvre progressive des conditions et prix est ici envisageable, reste les griefs traditionnels de la rétroactivité (*C. com.*, art. L. 442-6, II, a) et L. 442-6, I, 12°) ou de l'avantage injustifié (*C. com.*, art. L. 442-6, I, 1° ou *C. com.*, art. L. 442-6, I, 2°) applicables aux relations fournisseur-grossiste.

### 3° L'obligation de courtoisie

27. - L'article L. 441-7, I, 3°, alinéa 6 issu de la loi *Hamon* dispose que « *le distributeur ou le prestataire de services répond de manière circonstanciée à toute demande écrite précise du fournisseur portant sur l'exécution de la convention, dans un délai qui ne peut dépasser deux mois* ». Cette « obligation de courtoisie », qui ne fait l'objet d'aucune sanction spécifique, n'est pas reprise à l'article L. 441-7-1 ce que, là encore, la spécificité des relations fournisseur-grossiste ne justifie pas *a priori*, sauf à considérer que l'obligation est inutile dans de telles relations au regard de leur caractère égalitaire. On pourrait en effet considérer que l'obligation de courtoisie traduit la suspicion qui imprènerait les relations inégalitaires, qui constituent - rappelons-le - le modèle sur lequel le droit des pratiques restrictives s'est construit. Dans ce type de relations en effet, on peut considérer que si le fournisseur s'interroge sur la manière dont la convention unique est appliquée, c'est qu'il en a de bonne raison ; et si le distributeur ne répond pas, c'est qu'il en a de mauvaise... L'obligation de courtoisie tend ainsi à lutter contre les abus de comportement consistant pour le distributeur (et non le fournisseur, qui n'est pas soumis à cette obligation) à mal appliquer la convention unique sans motif. Là encore, l'état des relations fournisseurs-grossistes rend ces comportements hypothétiques et, partant, leur prévention par une obligation de courtoisie excessive.

Là où le risque d'abus est moindre, l'encadrement de la négociation se justifie moins

## 3. Conclusion

28. - En guise de conclusion, l'analyse du nouveau dispositif dérogatoire du droit commun de la négociation commerciale appelle deux séries d'observations, intéressant la méthode législative et le fond. Sur la méthode, l'évolution de la réglementation de la négociation commerciale nourrit la critique à l'encontre du législateur : pour lutter contre des abus ciblés, et propres à un secteur déterminé, on met en place un dispositif qui, loin d'être réservé à ce secteur - sans doute pour ne pas le stigmatiser - est général et, ce faisant, inutile ou inadapté à d'autres secteurs. Réalisant l'imperfection, on ajuste à travers des dispositifs dérogatoires successifs (fruits légumes, sous-traitance, grossistes...) aboutissant à un ensemble de principe/exceptions difficilement lisible. Sur le fond, le dispositif ici étudié amène à s'interroger sur les prochaines dérogations au régime général. En effet, est-ce seulement dans le commerce de gros que le droit commun de la négociation commerciale est inadapté <sup>Note 19</sup> ? Au-delà, n'est-il pas temps de reconstruire un régime général de la négociation des relations égalitaires, où il y a moins lieu de suspecter des abus, sur le modèle précisement de l'article L. 441-7-1 ? Par un curieux mouvement, l'article L. 441-7, dont le domaine est formellement large mais qui a été conçu pour des relations spécifiques, deviendrait l'exception ; tandis que l'article L. 441-7-1, dont le domaine est formellement étroit mais que l'on étendrait à d'autres relations égalitaires, deviendrait le principe.

Note 1 L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation, renforçant les moyens de contrôle de l'autorité administrative chargée de la protection des consommateurs et adaptant le régime de sanctions : JO 2 oct. 2014, p. 15999 ; JCP E 2014, act. 213 ; JCP E 2014, 160.

Note 2 *J. Vogel, Loi Hamon : guide de la négociation commerciale dans le commerce de gros : éd. CGI, 2014.*

Note 3 *J. Vogel, op. cit., p. 15 et p. 83. - Adde Sénat, Compte rendu des débats, 10 avr. 2015 : <http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410008.html#R10B>*

Note 4 Par ailleurs, certaines modifications ne sont que de pure forme. Ainsi, l'article L. 441-7-1 ne reprend pas l'exigence selon laquelle la rémunération des obligations relevant des 2° et 3° ainsi que, le cas échéant, la réduction de prix globale afférente aux obligations relevant du 3° ne doivent pas être manifestement disproportionnées par rapport à la valeur de ces obligations (Comp. C. com., art. L. 441-7, al. 6). Mais cette disposition n'est qu'un simple rappel de l'interdiction de toute disproportion manifeste posée à l'article L. 442-6, I, 1° également applicable aux relations fournisseurs-grossistes.

Note 5 *Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 10 juill. 2013, pt. 80*

Note 6 Comp. avec la définition de l'agent commercial, puisque l'article L. 134-15 du Code de commerce envisage précisément une activité d'agence commerciale exercée à titre accessoire, mais déterminant.

Note 7 S'ensuivent les mêmes critiques.

Note 8 La référence à plusieurs étant inutile.

Note 9 *J. Vogel, op. cit., p. 84.*

Note 10 *V. supra, n° 9.*

Note 11 *Rapport CEPC, avis n° 10-13, 29 sept. 2010. - DGCCRF, note d'information 2014-185, 22 oct. 2014, p. 32.*

Note 12 Une réponse ministérielle du 15 octobre semble apporter de la souplesse en retenant que les modifications de l'article L.441-7 du Code de commerce par la loi *Hamon* n'auraient « pas modifié la possibilité pour le fournisseur de prévoir une augmentation de son tarif en cours d'année, et de modifier alors le cas échéant ses CGV. Cette augmentation de tarif ne peut être appliquée dans le cadre de la relation commerciale que sous réserve de l'accord du cocontractant, matérialisé par un avenant au contrat, ou par accord sur les nouvelles CGV, dont la preuve peut être apportée par tous moyens. 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 » (*Rép. min. n° 15636 : JO Sénat 15 oct. 2015, p. 2438*). L'impression est trompeuse, il est en effet précisé que l'augmentation de tarif doit faire l'objet d'un accord « matérialisé » par un « avenant », ou d'un « accord » sur de nouvelles « CGV » et donc d'un nouvel écrit (C. com., art. L. 441-6), ce qui traduit bien la persistance du formalisme. Même pour les secteurs qui connaissent de fortes évolutions de prix et dans lesquels, selon le ministre, ces évolutions pourraient être dès l'origine prévues, le formalisme n'est ni évacué ni assoupli. En effet, dès lors que les parties doivent s'accorder sur « le principe et les modalités pratiques de l'acceptation (...) de chaque proposition d'évolution », le nouveau prix ne pourra s'appliquer qu'après cette acceptation qui ne saurait se confondre avec celle de l'application d'un nouveau prix au stade de la facturation. La modification du prix n'échappera donc pas à l'exigence de formalisme.

Note 13 *V. supra, n° 3.*

Note 14 Comp. véritable renégociation (et donc avec possibilité de refus) ou véritable unilatéralisme (sans possibilité de refuser)

Note 15 *V. supra, n° 15*

Note 16 *V. supra, n° 15.*

Note 17 *V. supra, n° 3*

Note 18 On relèvera d'ailleurs que quelques mois après une première note d'explication, la DGCCRF a dû la remplacer par une seconde afin de préciser le sens de cette disposition.

Note 19 Comp. *supra*, n° 13.