

NUMÉRO SPÉCIAL

Ordonnance « EGalim » n° 2019-359 du 24 avril 2019 : une réforme courageuse mais perfectible du droit de la négociation commerciale.

La loi EGalim du 30 octobre 2018 a autorisé le Gouvernement à procéder à une refonte complète du titre IV du livre IV du Code de commerce. Les 28 décembre 2018 et 21 janvier 2019, la DGCCRF a diffusé et soumis à consultation deux projets d'ordonnance modifiant les règles de formalisation de la relation commerciale et le droit des pratiques restrictives et abusives. Elle a ensuite communiqué un nouveau projet d'ordonnance modifié le 19 mars 2019.

Au vu des modifications intervenues, elle a effectivement clarifié un certain nombre de points techniques en tenant compte des contributions reçues. Il faut saluer le courage et l'ampleur de la réforme. L'Administration s'est attaquée à une tâche difficile : donner plus de souplesse aux opérateurs et mettre fin à un empilement géologique de règles en offrant un cadre plus simple. Ce travail de refonte a conduit à un réel assouplissement du droit de la négociation commerciale (I) ainsi qu'à une simplification du droit des pratiques restrictives de concurrence (II), même si le résultat demeure encore largement perfectible.

I Un assouplissement à parfaire du droit de la négociation commerciale

En droit français, la négociation commerciale fait actuellement l'objet d'un encadrement relativement formaliste et lourd à chacune de ses étapes. En effet, que ce soit au stade de la communication des conditions générales de vente, de la conclusion des conventions uniques, de la formalisation des factures ou encore du règlement de celles-ci, les acteurs de la négociation se voient imposer des règles contraignantes qu'il conviendrait d'alléger. La réforme opérée par l'ordonnance, après une véritable consultation des professionnels, a ainsi permis de les infléchir, même si sur nombre d'aspects,

elle demeure perfectible.

A. Un assouplissement nécessaire

1. Les conditions générales de vente (CGV)

Le droit des CGV est globalement maintenu en l'état. Il est à noter que l'obligation de communication des CGV a été conservée (nouvel art. L. 441-1, II), quoique assouplie par l'ordonnance puisque les CGV n'ont désormais à être communiquées par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services que si celle-ci en établit.

Leur contenu, dorénavant précisé par le nouvel article L. 441-1, I, a également été allégé. En effet, les CGV ne doivent plus mentionner 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 n'ont donc plus à être obligatoirement spécifiées au sein des CGV, mais peuvent l'être.

Les CGV demeurent le « socle unique de la négociation commerciale » (nouvel art. L. 441-1, III, alinéa 1er), à une nuance près, dès lors qu'elles ont été établies, puisque la réforme consacre la liberté d'établir ou non des CGV hormis pour les fournisseurs soumis à la conclusion d'une convention unique pour lesquels il existe une obligation de communication spontanée de leurs CGV (nouveaux art. L. 441-3, V et L. 441-4, VI). Les parties peuvent toujours établir des CGV catégorielles communicables aux membres de la catégorie et peuvent en outre convenir de conditions particulières de vente, non soumises à une obligation de communication.

L'ordonnance a remplacé les sanctions judiciaires par des sanctions administratives : tout manquement à l'obligation de communication des CGV est désormais passible d'une

amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale.

2. Les conventions écrites

L'ordonnance du 24 avril 2019 ne propose plus que deux régimes de convention unique, contrairement au premier projet d'ordonnance qui en prévoyait trois.

Il existe désormais une convention de droit commun définie au nouvel article L. 441-3 qui fixe un régime général de convention unique simplifiée applicable à toute relation entre un fournisseur et un distributeur qui est fusionnée avec la convention unique grossistes (ancien art. L. 441-7-1), dont le contenu a été légèrement allégé par rapport au régime antérieur puisque la mention de l'accès au barème de prix communiqué avec les CGV n'est plus exigée.

Parallèlement, une convention unique spécifique aux produits de grande consommation (PGC) est introduite par le nouvel article L. 441-4. Cette convention est plus sévère et n'est applicable qu'aux fournisseurs de produits de grande consommation. Les grossistes sont expressément exclus de son champ d'application, même dans l'hypothèse où ils achèteraient et revendraient des produits de grande consommation. Les produits visés sont définis comme étant « des produits non-durables à forte fréquence et à forte récurrence de consommation », ce qui laisse à penser que cette convention concerne un nombre restreint de produits.

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, par intégration de la coopération commerciale. Le nouveau régime de la coopération commerciale implique aussi une



mention supplémentaire par rapport au droit antérieur : la rémunération globale afférente aux services de coopération commerciale. Il s'agit pour l'Administration de disposer d'un outil de mesure de la dérive éventuelle des budgets de coopération commerciale dans le temps.

Un léger assouplissement du calendrier de négociations par rapport au droit antérieur est, par ailleurs, à noter. Alors qu'il avait été envisagé, lors de l'élaboration du projet d'ordonnance, d'introduire une flexibilité de la date du 1er mars pour conclure les conventions uniques, cette date butoir pour la signature des conventions uniques a finalement été consacrée pour les deux conventions. Il peut cependant être constaté que dans le cadre de la convention unique de droit commun, la communication préalable des CGV par le fournisseur aux distributeurs relevant de la convention unique, qui devait jusqu'à présent intervenir au plus tard trois mois avant la date butoir du 1er mars, soit avant le 1er décembre, doit à présent seulement être effectuée dans un délai raisonnable avant le 1er mars (nouvel art. L. 441-3, V).

La faculté de recourir à des conventions pluriannuelles, ouverte depuis le 1er janvier 2017, a été maintenue. Le nouvel article L. 441-3, IV prévoit en effet la possibilité de conclure des conventions pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, avec l'obligation de fixer, lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou trois ans, les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé, qui peut prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

3. Les règles de facturation

Les règles de facturation, désormais regroupées en une sous-section spécifique, ont fait l'objet de deux modifications : 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 art. L. 441-9, I) et une substitution de sanctions administratives aux sanctions pénales (nouvel art. L. 441-9, II).

4. Les délais de paiement

Les dispositions relatives aux délais de paiement figurent désormais aux nouveaux articles L. 441-10 à L. 441-16. Elles ont fait l'objet d'une réorganisation complète en vue de clarifier les règles de fond, les dispositions dérogatoires sectorielles, les dispositions dérogatoires export et outre-mer, les règles applicables aux commissaires aux comptes et la faculté de rescrit. Il est certain que la nouvelle présenta-

tion rend le droit des délais de paiement plus lisible.

Les changements de fond sont peu nombreux et ne concernent que des règles de détail mais peuvent s'avérer importants en pratique :

- le taux légal applicable chaque semestre et les rapports entre les frais effectifs de recouvrement et l'indemnité forfaitaire de recouvrement sont précisés ;

- le fait que la dérogation export s'applique à la fois aux délais convenus et aux délais réglementés applicables à certaines catégories de produits est mentionné ;

- une erreur matérielle issue de la loi Hamon est corrigée afin de préciser le champ d'application de la faculté de rescrit concernant les délais convenus et les délais transport et en détailler le régime juridique.

Autre assouplissement, s'agissant des produits à caractère saisonnier : les délais plafond dérogatoires sont désormais intégrés au sein du nouvel article L. 441-11, par suppression de la référence au décret.

B. Un assouplissement perfectible

1. L'incohérence du maintien d'une obligation de communication de la méthode de calcul du prix des prestations ou d'un devis détaillé

L'ordonnance a conservé l'exigence selon laquelle « lorsque le prix d'un service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé » (nouvel art. L. 441-1, III, al. 3). Cette disposition, qui existait déjà sous l'empire du droit antérieur mais semblait être tombée en désuétude, va à l'encontre de la jurisprudence qui admettait que l'obligation de communication ne s'appliquait pas lorsque les prestations demandées relèvent d'offres sur mesure ne se prêtant pas au pré-établissement de conditions générales (Paris, 21 juin 2006, LawLex061482). Obliger tout prestataire de services à communiquer à tout destinataire qui en fait la demande en « B to B », la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier ou un devis suffisamment détaillé, crée une charge très lourde. De surcroît, la méthode de calcul du prix constitue une information concurrentielle confidentielle.

Le maintien de cette obligation apparaît d'autant plus illogique que le nouveau droit des CGV a limité l'obligation de communication sur demande des CGV à l'hypothèse

dans laquelle la personne concernée en établit. Il est dès lors paradoxal de conférer une liberté de ne pas communiquer de CGV si l'on n'en établit pas, notamment parce que le prix du service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, et d'obliger néanmoins le prestataire de services à communiquer dans ce cas au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul de prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé. Le dernier alinéa du nouvel article L. 441-1, III devrait être abrogé, comme l'ont réclamé plusieurs participants à la consultation.

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

La référence aux indicateurs pour les produits alimentaires figure désormais au sein du Chapitre III intitulé « Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires ».

Selon le nouvel article L. 443-4, I, 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 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 à ces dispositions est désormais passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour les personnes physiques et 375 000 euro pour les personnes morales (nouvel art. L. 443-4, II).

Ces nouvelles règles imposent à 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 art. L. 441-1) ;

- la convention unique de droit commun, également applicable aux grossistes (nouvel art. L. 441-3) ;

- la convention spécifique aux produits de grande consommation (nouvel art. L. 441-4) ;

- la convention conclue entre fournisseurs et distributeurs relative à la conception et la production de pro-



duits alimentaires vendus sous marque de distributeur (nouvel art. L. 441-7) ; et

- la convention spécifique aux produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production (nouvel art. L. 443-2).

Ce dispositif constitue indéniablement un obstacle majeur, très difficile, voire impossible à mettre en pratique, pour des opérateurs de la chaîne qui achètent des produits agricoles auprès d'une multitude de producteurs ou d'opérateurs intermédiaires pour commercialiser des gammes de produits larges et variées au bénéfice de leurs clients.

3. La définition du prix convenu en trois fois net

Si, du point de vue économique, la nouvelle définition du prix convenu en trois fois net 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 juridique, 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 art. L. 441-3, III, 2°), ce qui constitue une charge supplémentaire.

4. L'application dans le temps des dispositions des nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7

L'article 5, I de l'ordonnance contient une disposition transitoire en vertu de laquelle le régime des avenants résultant du nouvel article L. 441-3, II est applicable à tout contrat en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, c'est-à-dire à compter du 26 avril 2019.

Ainsi, dans l'éventualité où aucune condition dérogatoire n'aurait été prévue au sein du contrat, comme cela est possible dans les conventions fournisseurs/grossistes, toute modification intervenue 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 devra faire l'objet d'un écrit, lequel devra dorénavant mentionner l'élément nouveau qui la justifie.

De plus, une autre disposition transitoire (art. 5, II de l'ordonnance) prévoit que les nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 sont applicables à compter

du 1er 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 nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-7 au plus tard le 1er mars 2020.

5. L'ajout de deux nouvelles mentions obligatoires sur facture

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

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

Ainsi, toutes les factures émises à compter du 1er octobre 2019 devront respecter les dispositions du nouvel article L. 441-9, et il conviendra de veiller à ce que ces deux nouvelles mentions figurent bien sur les factures, d'autant plus qu'il existe une incertitude quant à un éventuel cumul d'infractions, car la règle du cumul n'a pas été explicitement plafonnée pour les manquements aux règles de facturation.

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

Les sanctions des règles de facturation étaient jusqu'à présent assez peu appliquées. La substitution à la sanction pénale d'une sanction administrative crée un risque que les règles de facturation fassent l'objet de davantage de contrôles et de sanctions plus 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, LawLex02107 et 15 mars 2008, LawLex082201).

Les contrôles des délais de paiement sont, par ailleurs, de plus en plus fréquents et 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 %.

II Une simplification à poursuivre du droit des pratiques restrictives de concurrence

L'article L. 442-6 ancien du Code de commerce énumérait treize pratiques restrictives de concurrence engageant la responsabilité de leurs auteurs ainsi que cinq clauses interdites. L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 a procédé à une simplification radicale du dispositif. Cette réforme du droit des pratiques restrictives de concurrence s'avérait plus que nécessaire, mais le combat n'est cependant pas terminé et de prochaines actions de simplification devraient être réalisées, afin de répondre aux questions qui demeurent ouvertes.

A. Le besoin de simplification

1. La substitution de deux pratiques chapeaux à une multiplicité d'abus disparates

Le millefeuille des treize pratiques de l'ancien article L. 442-6, I a été simplifié. En effet, le nouvel article L. 442-1 ne retient plus que deux pratiques chapeaux :

- 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°.

Ces deux pratiques sont destinées à englober la plupart des pratiques précédemment énumérées à l'ancien article L. 442-6, I.

2. Le maintien de deux pratiques plus isolées et de deux clauses interdites

Deux pratiques plus isolées ont été conservées par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Il s'agit de la rupture brutale de relations commerciales établies visée au nouvel article L. 442-1, II et de l'interdiction de la revente hors réseau prévue au sein d'une nouvelle disposition, à l'article L. 442-2.

S'agissant de la rupture brutale de relations commerciales établies, l'ordonnance apporte une innovation importante. Il est désormais spécifié 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 art. L. 442-1, II).



La réintroduction de l'interdiction de la revente hors réseau, qu'il était envisagé de supprimer, ne peut, par ailleurs, qu'être saluée. Il était, en effet, plus que souhaitable que cette disposition soit maintenue : très souvent invoquée dans les contentieux contre les revendeurs hors réseaux et dans le cadre de requêtes ou référés de l'article 145 du Code de procédure civile, elle s'avère très utile à la défense des réseaux.

Ont, en outre, été maintenues deux clauses interdites sur les cinq que comptait l'article L. 442-6, II, au sein du nouvel article L. 442-3, a) et b). Il s'agit du bénéfice rétroactif de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale et des clauses du client le plus favorisé, qui permettent de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant.

3. Les actions et sanctions du nouvel article L. 442-4

Le nouvel article L. 442-4 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 admises à introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale, le texte mentionne toute personne qui justifie 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 ces personnes 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 indus (nouvel art. L. 442-4, I, al. 2).

Le plafond de la sanction a également été modifié. Il est désormais fixé au plus élevé des trois montants suivants : cinq millions d'euro, le triple du montant des prestations/avantages indument perçu(e)s/obtenu(e)s, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France (nouvel art. L. 442-4, I, al. 4).

B. Les simplifications encore à réaliser

1. Le champ d'application du nouvel article L. 442-1, I

Le nouvel article L. 442-1, I, alinéa 1er, du Code de commerce vise désor-

mais « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ». Le champ d'application de ce texte apparaît élargi par rapport à l'ancienne notion de « producteur, commerçant, industriel » ou artisan.

Un assouplissement des conditions de recours aux deux pratiques chapeaux peut par ailleurs être constaté : les références au « partenaire 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 ». 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 d'invoquer ces dispositions même sans être partenaire commercial.

Se pose ainsi la question de l'identité des personnes qui pourraient s'en prévaloir. Elle concerne notamment les professions libérales.

2. 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 art. L. 442-1, II).

Ce délai de préavis de 18 mois ne doit cependant pas être considéré comme un plafond absolu : 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 être certain de 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 consiste à accorder 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.

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

L'ordonnance s'applique de façon générale le lendemain de sa publication, soit le 26 avril 2019, avec quelques dispositions transitoires expresses concernant les avenants,

la convention unique pluri-annuelle et la facturation. Aucune disposition transitoire plus précise n'a été prévue s'agissant des pratiques restrictives de concurrence. Or, il est indéniable que des dispositions transitoires seraient nécessaires pour clarifier l'application de la loi dans le temps. Bien que le principe soit celui en vertu duquel la loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif, un doute subsiste quant à la possibilité de poursuivre, pour des faits antérieurs, des pratiques de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui auraient été abrogées ou rattachées aux pratiques qui subsistent au nouvel article L. 442-1. Un arrêt isolé de la Cour d'appel de Paris en date du 29 février 2012 (LawLex161) avait affirmé qu'une pratique abrogée ne pouvait plus être poursuivie, que les faits en cause soient antérieurs ou postérieurs à son abrogation. Cette solution apparaît contraire à une jurisprudence établie de la Cour de cassation et mériterait d'être clarifiée.

Se pose également la question des sanctions applicables dans l'éventualité où seraient poursuivis sur le fondement du nouvel article L. 442-1 des faits antérieurs pour lesquels la pratique a été abrogée mais rattachée aux nouvelles dispositions (1° ou 2° du nouvel art. L. 442-1, I ou a) et b) du nouvel art. L. 442-3), étant précisé que les sanctions du nouvel article L. 442-4 sont plus sévères.

Il existe, enfin, une incertitude quant à l'application dans le temps du délai de préavis de dix-huit mois en cas de rupture brutale de relations commerciales établies.

Compte tenu des enjeux, il conviendrait que ces questions soient rapidement clarifiées, par exemple par la loi de ratification de l'ordonnance. Il serait ainsi opportun de prévoir, en cas de rupture brutale de relations commerciales établies, que les résiliations prononcées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance demeurent soumises aux règles de l'ancien article L. 442-6, I, 5° et aux sanctions de l'ancien article L. 442-6, III et que les résiliations prononcées après l'entrée en vigueur de l'ordonnance relèvent des nouvelles dispositions qui limitent la durée du préavis tout en augmentant le risque de sanction en cas d'inobservation des règles.