

LES NEGOCIATIONS COMMERCIALES 2016 : DERNIERES ACTUALITES

L'actualité des négociations commerciales est dominée par deux projets de réforme en cours : le **projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »**, dont la dernière version a été adoptée en 2^{ème} lecture par l'Assemblée Nationale le 18 juin 2015 suite à la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, et le **projet d' « ordonnance Taubira » portant réforme du droit des contrats** (présenté par Madame Taubira le 25 février 2015).

Parmi les diverses mesures en cours de discussion dont nous n'évoquerons que quelques points (2.), celle qui retient davantage notre attention par l'ampleur des changements qu'elle annonce et l'inquiétude qu'elle suscite auprès de l'ensemble des juristes praticiens du droit des contrats, est l'introduction, dans notre code civil, de la notion de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » par le projet de réforme Taubira (1.).

Cette réforme annonce une **généralisation de la notion de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »**, qui figure déjà dans notre arsenal juridique, parmi les pratiques restrictives de concurrence prohibées, dans le code de commerce (chapitre II du livre IV, titre IV) (1.1).

Dans la perspective des négociations commerciales 2016 et à l'aune de la réforme annoncée, on peut établir un nouveau bilan du délit civil de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif, 7 ans après sa création par la Loi de Modernisation de l'Economie, dite «LME », n°2008-776 du 4 août 2008 (1.2).

1. LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

1.1 La notion de déséquilibre significatif dans le projet de réforme Taubira

Le projet de nouvel article 1169 du code civil prévoit que « *toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Il précise, en son second alinéa, que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

Page 2

Ce texte, applicable à l'ensemble des contrats, quels que soient leur objet (prestation de services, fourniture de produits, distribution, ...), leur nature (civile ou commerciale), la qualité des cocontractants (contrats B to B, B to C...), le secteur d'activité des cocontractants (industrie, services, distribution, tous produits et services confondus), est directement inspiré de notre droit de la consommation sur les clauses abusives.

Le droit de la consommation (article L 132-1 du code de la consommation) répute non écrites, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (ou non-professionnels), les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Le code de la consommation énumère une liste de clauses présumées abusives (articles R 132-1 et R 132-2).

Ces textes de droit de la consommation restreignent considérablement la liberté de rédaction par les professionnels des contrats d'adhésion conclus entre les professionnels et les consommateurs, tous services et produits concernés (vente de produits sur Internet, téléphonie, assurance, location de voitures, voyages...) notamment en ce qui concerne les limites de responsabilité des professionnels, les modalités de résiliation des contrats et, plus généralement, toutes clauses prévoyant une asymétrie des droits et obligations des professionnels, d'une part, et des consommateurs, d'autre part (par exemple, les pénalités dues par le consommateur en cas d'annulation d'une commande et l'exonération de responsabilité du professionnel du fait d'un défaut de livraison du bien commandé).

Les textes de droit de la consommation énumérant une liste de clauses présumées abusives seront-ils transposés dans notre code civil ? Le projet de nouvel article 1169 du code civil ne l'indique pas. L'inspiration « consommériste » du texte permet de penser néanmoins que les juges feront application, entre autres méthodes d'analyse, de la jurisprudence rendue sur le fondement du droit de la consommation pour délimiter les contours de la notion de déséquilibre significatif, comme les sages du Conseil constitutionnel les ont invités à le faire dans sa décision rendue le 13 janvier 2011, à la suite de la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Établissements DARTY et Fils, relative à la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L442-6.2° du code de commerce (décision n°2010-85).

La notion de déséquilibre significatif a été introduite, par la LME, dans le code de commerce dans l'objectif initial de corriger le déséquilibre des forces de négociation entre les enseignes de la grande distribution alimentaire et les (ou certains) fournisseurs. Aux termes de l'article L442-6.2° du code de commerce « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...)* De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Page 3

La société Établissements DARTY et Fils estimait que la notion de déséquilibre significatif, en raison de son imprécision et de son absence de clarté, était susceptible de porter atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que l'article L442-6.1.2 du code de commerce n'était donc pas conforme à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a considéré que compte tenu du fait que le contenu de la notion était déjà précisé par la jurisprudence rendue en matière de clauses abusives, l'infraction définie par le texte de l'article L442-6.1.2° du code de commerce permettait au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire et que l'incrimination était définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits. Le Conseil constitutionnel a ainsi conclu à la conformité à la Constitution de l'article précité du code de commerce et rejeté la demande de la société Établissements DARTY et Fils.

Le Conseil constitutionnel a donc en quelque sorte consacré l'introduction, dans les relations entre professionnels, de notions de droit de la consommation, qui transparaissent à nouveau dans le projet de nouvel article 1169 du code civil.

Le projet de réforme ne fournit pas de précision cependant sur son articulation avec le texte du code de commerce, alors que ces deux textes visent l'un et l'autre des contrats conclus entre professionnels. Dans quels cas, la partie s'estimant victime d'un déséquilibre significatif agira-t-elle sur le fondement de l'article du code de commerce ou de l'article du code civil ? Devant quel tribunal ?

Le texte du code de commerce, comme le projet d'article précité du code civil, permet au cocontractant défavorisé d'obtenir la suppression des clauses déséquilibrées du contrat. En tant que « délit civil », le déséquilibre significatif prévu dans le code de commerce peut être sanctionné à l'issue d'une action judiciaire introduite non pas seulement par le cocontractant défavorisé mais également par le ministre de l'économie ou le ministère public (voire, dans certains cas, par le Président de l'Autorité de la concurrence) ; il peut donner lieu, devant des tribunaux spécialisés (article D 442-3 du code de commerce), à la condamnation du cocontractant qui a imposé la clause déséquilibrée à de lourdes sanctions (une amende civile d'un montant maximum de 2 millions d'euros, montant pouvant être porté au triple du montant des sommes indûment versées), outre la répétition de l'indu, la réparation du préjudice du cocontractant victime du déséquilibre et la nullité de la clause.

A la différence de l'article précité du code de commerce, le projet de nouvel article 1169 du code civil ne prévoit pas l'action d'une personne ou d'une autorité autre (notamment le ministre de l'économie et le ministère public) que le cocontractant victime du déséquilibre significatif, ni d'amende civile. Il ne renvoie pas à des tribunaux spécialisés, désignés par le code de commerce pour connaître, à titre exclusif, des actions des victimes de déséquilibre significatif.

Page 4

Il ne conditionne pas la suppression de la clause déséquilibrée à la démonstration de la « soumission » ou de la « tentative de soumission » du cocontractant, que les juges, saisis d'une action sur le fondement de l'article L442-6.I.2° du code de commerce, doivent rechercher pour qualifier le déséquilibre significatif. Il s'applique à toute clause créant un déséquilibre entre les droits et obligations « des parties » tandis que l'article précité du code de commerce ne s'applique qu'au « partenaire commercial ».

Il paraît donc à première vue d'un champ d'application plus large que le texte du code de commerce. La volonté d'étendre le champ d'application de la notion de déséquilibre significatif, dans un but de protection de « la partie faible », et de faciliter la remise en cause du contrat après sa signature est renforcée par :

- le projet de nouvel article 1102 du code civil qui prévoit la restriction à la liberté contractuelle dans certains cas : « (...) *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus par un texte applicable aux relations entre personnes privées (...)* » ;
- le projet d'article 1103 qui étend l'obligation de bonne foi des parties non plus seulement au stade de l'exécution du contrat mais également à celui de la formation (« *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ») ; et
- le projet d'article 1142 qui introduit dans notre code civil l'abus de dépendance (« *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* »), notion jusqu'alors cantonnée aux pratiques restrictives de concurrence et aux pratiques anticoncurrentielles.

Cette volonté de protéger la partie la plus faible, selon des critères qui ne sont pas définis dans la loi (devrait-on considérer qu'une partie est faible en fonction de son chiffre d'affaires, de la position de l'autre partie sur le marché, de sa réputation ? Au moment de la conclusion ou au moment de l'exécution du contrat ?), **et l'extension du pouvoir de contrôle des juges sur les contrats sont source d'une insécurité juridique**, qui est préjudiciable à l'attractivité du droit français et par conséquent aux entreprises établies en France.

Dans la pratique, on constate d'ores et déjà aujourd'hui que l'extension considérable des condamnations d'entreprises, dans tous secteurs d'activité, au titre du délit civil de rupture brutale d'une relation commerciale établie, introduit dans notre code de commerce pour empêcher les déréférencements abusifs de fournisseurs par la grande distribution (voir notre lettre d'information « la responsabilité pour déséquilibre significatif dans les relations commerciales » en date du 1er mars 2014), conduit les grandes entreprises à une vigilance accrue dans le choix de leurs « petits » partenaires économiques établis en France.

Page 5

Cette vigilance peut les amener jusqu'à se séparer préventivement de certains fournisseurs, prestataires, sous-traitants ou distributeurs devenus trop « dépendants » pour anticiper un risque de remise en cause de la fin d'un contrat écrit ou oral au motif d'une « rupture brutale de relations commerciales ». En droit français, la dépendance économique d'un partenaire commercial est en effet, déjà aujourd'hui, un facteur aggravant du risque de remise en cause de la rédaction des contrats ; dès lors que l'une des parties est établie en France, le choix d'un droit étranger n'exclura pas ce risque dans tous les cas, en raison de la qualification de certaines dispositions du droit français de « lois de police » applicables par le juge français indépendamment de la loi choisie par les parties.

1.2 Les premiers enseignements tirés de la jurisprudence sur la notion de déséquilibre significatif telle que prévue dans le code de commerce

Bien que le champ d'application du projet d'article du code civil semble à ce jour différent du texte du code de commerce sur le déséquilibre significatif, il est intéressant de dégager les critères d'application du déséquilibre significatif dans le seul article de loi, régissant les rapports entre professionnels, à ce jour en vigueur.

Aux termes de l'article L442-6.I.2° du code de commerce , « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* »

Selon la jurisprudence, la « **soumission** » ou « **tentative de soumission** » du partenaire commercial, édictée par l'article précité, peut être établie par :

- **l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties.** Il n'est pas nécessaire de démontrer l'exercice de pressions irrésistibles ou l'existence d'une puissance d'achat ou de vente : le fait, par exemple, qu'il soit difficile de modifier la clause « déséquilibrée » d'un contrat – même si ce n'est pas impossible – peut suffire à démontrer que la clause litigieuse s'impose à une partie, sans réelle possibilité de discussion ;
- **l'absence de négociation effective entre les parties rendant impossible la modification des clauses d'un contrat type ;** il en est ainsi lorsqu'un distributeur notamment ne fait jamais connaître son accord ou son désaccord sur les réserves ou avenants proposés par ses fournisseurs.

Page 6

Le déséquilibre significatif en lui-même sera établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties ; compte-tenu du rapport de force en présence, des clauses prévoyant des avantages injustifiés, sans contrepartie et sans motif légitime, peuvent être considérées, **indépendamment de leurs effets**, comme étant illicites.

La simple symétrie formelle de rédaction d'une clause et l'absence de sanction ne suffisent pas à établir son caractère équilibré ; il en est de même de la réciprocité purement théorique d'une clause.

L'appréciation se fait *in concreto*, le juge pouvant tenir compte du contrat dans sa globalité pour apprécier l'équilibre des clauses : le déséquilibre créé par une clause peut ainsi être compensé par d'autres clauses du contrat. Dans la droite ligne de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, les décisions des tribunaux confirment le recours à la jurisprudence rendue en matière de clauses abusives sur le fondement de l'article L 132-1 du code de la consommation.

Les parties concernées par le texte sont des « partenaires commerciaux », ce qui n'implique pas nécessairement une continuité dans la relation. Le déséquilibre significatif peut être qualifié à l'occasion d'un contrat ponctuel pourvu toutefois qu'il s'inscrive dans une certaine durée.

Dans un jugement rendu le 7 mai 2015 (RG n°2015000040, Ministre de l'économie c./Groupe Expédia), le Tribunal de commerce de Paris a jugé que le texte pouvait s'appliquer dans l'ordre international en tant que « loi de police » au sens de l'article 9 du règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Les contrats internationaux soumis à un droit autre que le droit français sont donc susceptibles d'être régis par les dispositions du droit français relatives au déséquilibre significatif dès lors qu'un tribunal français est saisi (soit en raison d'une clause attributive de compétence, soit en application des dispositions des règles de conflit de juridictions applicables notamment le règlement (CE) n°1215/2012 du 12 décembre 2012, soit en cas de saisine du tribunal par le ministre de l'économie ou le ministère public).

A titre d'exemples, ont ainsi été considérées comme créant un déséquilibre significatif les clauses suivantes :

- la clause d'un contrat par lequel une société de presse agréait un diffuseur de journaux en prévoyant que l'agrément était révocable « ad nutum » alors que le diffuseur ne pouvait, quant à lui, mettre un terme au contrat que dans des cas limités (CA Paris, n°08/21750, 27 avril 2011, Mr. Bassam c./ SNC Société Presse Paris Services - SPPS) ;
- la clause stipulant que les délais de livraison étaient donnés à titre indicatif et prévoyant des dommages-et-intérêts en cas de résiliation de la vente par l'acheteur pour retard de livraison (CA Bordeaux, n°10/02746, 21 novembre 2011, SA Delmond Foies Gras c./ la société Tôlerie Chaudronnière Mécanique) ;

Page 7

- la clause qualifiée de « purement potestative » permettant à un distributeur de déréférencer unilatéralement un fournisseur en cas de « sous-performance d'un produit » alors que la sous-performance d'un produit dépend largement des efforts du distributeur (Tribunal de commerce de Meaux, n°2009/02295, 6 décembre 2011, *Ministre de l'économie c./ Provera France* ; CA Paris, n° 12/0491, du 20 novembre 2013, *Provera France c./ Ministre de l'économie*; Cass.com., n°14-10.907, 3 mars 2015, *Ministre de l'économie c./ Provera France*) ;
- la clause de résiliation sans motif d'un contrat à durée déterminée (CA Rouen, n°12/01200, 12 décembre 2012, *Sté Azuki c./Sté Sofresid*) ;
- la clause de retour des invendus imposant au fournisseur la reprise à ses frais des stocks de produits invendus par son distributeur, sans aucune contrepartie au fournisseur (CA Paris, n°12/07651, 4 juillet 2013, *EMC Distribution c./ Ministre de l'économie*) ;
- la clause de révision des prix, qui rendait aléatoire la possibilité pour le fournisseur d'augmenter ses tarifs et en revanche automatique la répercussion dans ses tarifs au profit de son distributeur de toutes baisses de prix des éléments constitutifs de ses tarifs de vente (CA Paris, n°12/07651, 4 juillet 2013, *EMC Distribution c./ Ministre de l'économie* ; Cass. com. , n°13-27.525, 3 mars 2015, *Ministre de l'économie c./ Eurochan*) ;
- la clause de taux de service, mentionnant un taux défini de manière imprécise (critère d'application inconnu, par magasin, entrepôt ?), uniforme et unilatéralement par le distributeur, sans tenir compte de la nature de l'activité du fournisseur et de la relation existante (CA Paris, 11 septembre 2013, n° 11/17941, *Eurochan c./ Ministre de l'économie* ; Cass. com., n°13-27.525, 3 mars 2015, *Ministre de l'économie c./ Eurochan*) ;
- la clause de résiliation automatique 8 jours après l'envoi d'une lettre recommandée, en raison d'un manquement dont la réelle gravité faisait défaut et sans considération de l'ancienneté de la relation commerciale des parties, et dont l'application réciproque était théorique (CA Paris, 20 novembre 2013, n° 12/04791, *Ministre de l'économie c./ Provera France* ; Cass.com. 3 mars 2015, n°14-10.907, *Ministre de l'économie c./ Provera France*) ;
- la clause prévoyant l'intangibilité des conditions générales d'achat, leur systématisation excluant toute négociation véritable (CA Paris, n°12/00150, 18 décembre 2013, *Ministre de l'économie c./ Galec* ; Cass.com., 27 mai 2015, *Galec c./Ministre de l'économie*) ;
- les clauses prévoyant de manière systématique, sans possibilité de négociation, des délais de paiement différents pour les créances et dettes contractées réciproquement par deux parties au contrat (notamment factures fournisseurs et factures de prestations de services du distributeur) et l'absence d'escompte en cas de paiement anticipé au profit d'une seule partie, ainsi que l'application de clauses pénales au profit d'une seule partie (CA Paris, n°12/00150, 18 décembre 2013, *Ministre de l'économie c./ Galec* ; Cass.com., 27 mai 2015, *Galec c./Ministre de l'économie*) ;

Plus généralement, l'absence de réciprocité dans les délais de paiement fournisseur/distributeur (CA Paris, n°13/16336, 1er octobre 2014, Ministre de l'économie c./ Carrefour) qui permettait au distributeur notamment de facturer des prestations avant même leur réalisation (Cass.com. , n°14-10.907, 3 mars 2015, Ministre de l'économie c./ Provera France) ;

- la disposition selon laquelle « chaque partie s'engage à intervenir dans toute procédure ou instance qui viendrait à être engagée par un tiers au contrat, pour faire valoir sa position sur celui-ci tel qu'il a été négocié et conclu », insérée dans un article intitulé « déclaration et engagement des parties ». Bien que les obligations prévues soient « symétriques », la clause créait un déséquilibre contractuel imposé par la centrale d'achats à ses fournisseurs dans la mesure où l'intervention obligatoire du fournisseur dans une procédure judiciaire pourrait être défavorable à ses intérêts et où elle restreignait la liberté fondamentale de chaque partie d'agir en justice consacrée par l'article 6, alinéa 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (T.com. Paris, n°2013070793, 20 mai 2014, Ministre de l'économie c./ Galec) ;
- les clauses permettant à un distributeur, en cas de retard de livraison des produits d'une heure (ou 30 minutes pour les produits frais et en flux tendus), d'annuler la commande du fournisseur et de refuser la livraison et de demander des indemnités, sans autre justification que le dépassement de ce délai, alors que ce retard peut être exceptionnel, indépendant de la volonté du fournisseur, sans préjudice pour le distributeur (qui aura pu même être informé du retard prévisible au plus tard 24 heures à l'avance), et alors que la pénalité encourue par le distributeur en cas de non-respect des horaires de rendez-vous n'était pas chiffrée et devait être établie sur la base d'une négociation (CA Paris, n°13/16336, 1er octobre 2014, Ministre de l'économie c./ Carrefour) ;
- la clause de retour des produits promotionnels détériorés, mettant à la charge financière du fournisseur la détérioration de produits dont la propriété a été transférée au distributeur, lui faisant ainsi supporter les risques inhérents au mode de commercialisation du distributeur (CA Paris, n°13/16336, 1er octobre 2014, Ministre de l'économie c./ Carrefour) ;
- la clause du règlement intérieur d'un GIE - ayant pour objet l'offre d'espaces publicitaires groupés de radios locales - prévoyant l'obligation pour tout adhérent souhaitant se retirer du GIE, de ne pas communiquer ses résultats d'audience pendant la période de préavis de 12 mois sur Médiamétrie, de verser un dédit de 30% du chiffre d'affaires de publicité nationale perçu les 12 derniers mois précédant la décision de retrait.

Il a été jugé que cette obligation était disproportionnée, qu'elle excédait la protection des intérêts du GIE et portait une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre dans la mesure où l'interdiction, pendant la période de préavis, de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie rendait aléatoire l'introduction des radios locales sortantes du GIE, à l'issue du préavis, dans les plans médias des annonceurs (CA Paris, n°13/11059, 29 octobre 2014, SARL Radio Nova c./ GIE Les Indépendants) ;

- la clause autorisant le distributeur à refuser un produit périssable au seul motif que la date limite de consommation (DLC) ou la date limite d'utilisation optimale (DLUO) était identique (et non pas antérieure) à celle figurant sur des produits précédemment livrés par le fournisseur, à défaut de désorganisation des stocks du distributeur (CA Paris, n°13/16336, 1er octobre 2014, Ministre de l'économie c./Carrefour) ;
- les clauses exonératoires de responsabilité rédigées de manière très large et asymétrique au bénéfice du prestataire et au détriment du client (avis CEPC n°15-1 du 23 février 2015 ; voir également dans le cadre d'un contrat de franchise, la différence entre les montants de dommages-intérêts dus de part et d'autre selon que la résiliation intervient pour faute du franchiseur ou du franchisé : CA Metz, n°15/00042, 27 janvier 2015, Carrefour c./Sté Klemon, Distribution Casino) ;
- la clause de parité tarifaire prévoyant l'obligation pour les hôtels d'étendre aux plateformes de réservation en ligne du groupe Expedia les meilleures conditions tarifaires, dont les conditions promotionnelles, dans la mesure où cette obligation pouvait peser très fortement sur la marge des hôtels, alors que les promotions ne peuvent impacter significativement la marge des plateformes en ligne, dont la rémunération est fixée en pourcentage du prix de vente, avec éventuellement un plancher en valeur absolue (T.com. Paris, n°2015000040, 7 mai 2015, Ministre de l'économie c./Groupe Expedia).

Comme le projet de texte du code civil le prévoit expressément, le Tribunal de commerce de Paris a précisé que la notion de déséquilibre significatif de l'article L442-6.I.2° du code de commerce ne pouvait pas être entendue comme portant sur l'adéquation du prix au bien vendu (T.com. Paris, 24 septembre 2013, n° 11058615, Ministre de l'économie c./SC Galec).

2. LE PROJET DE LOI MACRON

Le projet de loi Macron retouche une nouvelle fois, après maintes réformes ces dernières années, le droit dit de la « transparence tarifaire » qui encadre les négociations commerciales entre professionnels.

Page 10

Les principales réformes envisagées, ayant un impact sur les négociations commerciales, sont les suivantes :

2.1 Relations fournisseurs/distributeurs : convention unique ou « plan d'affaires » obligatoire (nouvel article L441-7-1 du code de commerce) (article 10 B du projet de loi)

Le projet de loi entend alléger le formalisme de la convention unique dans les relations entre fournisseurs et **distributeurs grossistes**, par opposition aux distributeurs détaillants. Les distributeurs grossistes sont définis comme « toute personne physique ou morale qui, à titre professionnel, 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 ». Le projet de loi précise que sont assimilées à des grossistes les centrales d'achat ou de référencement de grossistes, à l'exception de celles agissant également pour le compte de détaillants.

Est ainsi créé un nouvel article L441-7-1 du code de commerce qui **maintient l'obligation d'une convention unique entre un fournisseur et un grossiste mais sans obligation de mentionner le barème de prix initial, les conditions générales de vente et la liste des réductions de prix accordées.**

Sont supprimées les dispositions applicables aux conventions uniques conclues entre fournisseurs et distributeurs détaillants prévoyant une interdiction de prévoir une date d'entrée en vigueur des avantages tarifaires consentis par le fournisseur différente de la date d'entrée en vigueur de son tarif annuel.

2.2 Sanction des pratiques restrictives de concurrence (article L442-6-III du code de commerce modifié) (article 10 D du projet de loi)

Les pratiques restrictives de concurrence (obtention d'avantages tarifaires sans contrepartie, déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, rupture brutale de relations commerciales établies...), constitutives de délit civil, peuvent être punies d'une amende civile de 2 millions d'euros en cas d'action ou d'intervention dans une instance judiciaire du ministre de l'économie ou du ministère public, montant qui peut être porté au triple du montant des sommes indûment versées. **Cette amende peut désormais être portée jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques incriminées.**

2.3 Délais de paiement (article L 441-6 du code de commerce modifié) (article 11 quinquies du projet de loi)

Le délai de paiement maximum de droit commun est désormais de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. **Le délai maximal de 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture devient dérogatoire.** Il ne peut être convenu entre les parties que sous réserve que **ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.**

Pour les ventes de produits ou les prestations de services relevant de secteurs présentant un caractère saisonnier marqué, le projet de loi prévoit que les parties peuvent convenir d'un délai de paiement qui ne peut dépasser le délai maximal applicable en 2014 en application d'un accord interprofessionnel. Ce délai doit être expressément stipulé par contrat et ne doit pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier. Un décret fixe la liste des secteurs concernés (secteur du jouet, secteur de la distribution des articles de sport, horlogerie, bijouterie, joaillerie...).

2.4 Les contrats dans le secteur des réseaux de commerce de détail (franchise notamment (nouvel article L341-1 du code de commerce) (article 10 A du projet de loi)

Il est ajouté un article L 341-1 du code de commerce prévoyant que l'ensemble des contrats liant un commerçant détaillant à un réseau (ou à toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité) prennent fin à la même date, afin d'éviter que la durée des contrats et la variété de de leurs échéances ne rendent impossible, pour un commerçant, d'opter pour l'indépendance ou de rejoindre un autre réseau. Il s'agit, par exemple, des contrats d'affiliation et contrats de franchise dans les enseignes de la grande distribution.

Les clauses de non concurrence post-contractuelles sont réputées non écrites sauf si elles remplissent les conditions cumulatives suivantes : (i) elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux objets des contrats susvisés ; (ii) elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels le commerçant exerçait son activité pendant la durée des contrats ; (iii) elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre des contrats ; (iv) elles n'excèdent pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés ci-dessus.

Il est prévu que ce dispositif s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de promulgation de la loi.

2.5 L'obligation de renégociation des prix des produits agricoles et alimentaires (article L 441-8 du code de commerce modifié) *(article 10 C du projet de loi)*

Les contrats d'une durée d'exécution supérieure à 3 mois portant sur la vente de produits agricoles et de produits alimentaires, dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, doivent obligatoirement comporter une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse. Le projet de loi entend préciser que l'obligation d'introduire **la clause de renégociation n'est pas applicable lorsque le contrat ne comporte pas d'engagement sur le prix d'une durée d'au moins trois mois.**

Cette obligation s'applique en revanche aux contrats portant non pas seulement sur la « vente » mais également sur la « conception et la production », selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits agricoles et alimentaires.

Virginie BERNARD – Lydia CHAI