

JUIN 2012

FLASH CONCURRENCE N° 9

La CEPC précise le champ d'application de la convention annuelle dans le cadre des négociations commerciales.

Par Jean-Christophe Grall & Guillaume Bisdorff

La convention écrite prévue à l'article L.441-7 du Code de commerce s'impose-t-elle lorsque les achats sont opérés via un commissionnaire à l'achat ? La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) répond à cette question par l'affirmative et retient que la convention écrite imposée par l'article L.441-7 du code de commerce doit être établie entre le commissionnaire à l'achat et le fournisseur.

Quelques rappels préalables :

- L'article L.441-7 du Code de commerce bien connu aujourd'hui prévoit qu'une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale.
- Cette convention doit être établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application.
- Elle fixe notamment les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale.
- La convention unique ou le contrat-cadre annuel doit être conclu avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.
- Est puni d'une amende de 75.000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant à ces différentes exigences ; le quintuple pour chacune des entreprises poursuivies, soit 375.000 € potentiellement pour le distributeur et le fournisseur.

Le 16 mars 2012, la CEPC a été saisie par une société coopérative d'une question portant sur l'obligation d'établir une telle convention écrite en présence d'un commissionnaire à l'achat.

Selon l'article L.132-1, alinéa 1er du Code de commerce, « *le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

Par ailleurs, il est important de relever que l'article L.110-1 du Code de commerce range parmi les actes de commerce, « *toute entreprise de commission* ». Ainsi, le commissionnaire qui accomplit des actes de commission à titre habituel est un commerçant.

Il est alors légitime de se demander si la convention qui indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties dans le cadre de leur négociation annuelle, conformément à l'article L.441-7 du Code de commerce, s'impose lorsque les achats sont opérés par un commissionnaire à l'achat, comme par exemple une coopérative de commerçants détaillants.

La définition du commissionnaire posée à l'article L.132-1 du Code de commerce permet de distinguer le commissionnaire du mandataire. En effet, si le commissionnaire et le mandataire agissent tous deux pour le compte d'un autre opérateur économique qualifié de commettant dans le contrat de commission et de mandant dans le contrat de mandat, il existe toutefois une différence sensible entre ces deux intermédiaires : le commissionnaire agit en son propre nom et donc de manière opaque alors que le mandataire agit au nom du mandant.

Pour distinguer la commission du mandat, la jurisprudence est également assez nette et s'en tient au critère énoncé par l'article L.132-1 du Code de commerce. Ainsi, dans un arrêt de principe rendu le 6 juillet 1960, la chambre commerciale de la Cour de cassation retient que « **le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte du commettant, alors que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant** » (Cass. com., 6 juillet 1960, n°58-11.222 et 58-11.223).

Autrement dit, et comme le rappelle la CEPC dans son avis, dans ses rapports avec son commettant, acheteur, le commissionnaire est dans une relation de mandat, alors que dans ses rapports avec le fournisseur, vendeur, le commissionnaire est

personnellement tenu des obligations des contrats d'achat qu'il conclut en cette qualité.

Le commissionnaire devant agir en son propre nom, cela implique que, sans être tenu au secret professionnel au sens de l'article 226-13 du Code pénal, il ne doit pas révéler aux tiers le nom du commettant (CA Rouen, 25 juin 1904). Ainsi, le statut particulier du commissionnaire, fait qu'il instaure un véritable écran entre le distributeur (commettant) et le fournisseur.

Tous ces éléments ont permis à la CEPC de retenir dans son avis n°12-05 publié le 14 mai 2012, que **la convention unique imposée par l'article L.441-7 du Code de commerce doit être établie entre le commissionnaire à l'achat et le fournisseur.**

→ **Ainsi, la coopérative qui agit en tant que commissionnaire à l'achat et le fournisseur doivent conclure une convention annuelle qui va décrire le résultat de leur négociation commerciale, en précisant les avantages financiers convenus.**

En revanche, la CEPC précise que cette obligation ne s'impose pas aux relations entre le commissionnaire et son commettant, celles-ci étant régies par le contrat de commission, pas plus qu'elle ne s'impose aux relations entre le fournisseur et le commettant qui sera un point de vente exploité par un commerçant indépendant par exemple.

→ **Autrement dit, c'est seulement entre la tête de réseau qui joue le rôle de commissionnaire à l'achat et le fournisseur que la convention doit être établie.**

Mais n'est-ce pas déjà la pratique retenue ?

Programme des interventions et des formations 2012 :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

Toute l'année, MG Avocats – Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2012 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2012 et les évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;**

- **La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « *Trois fois net* » comme seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc. ;

- **La mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

- **Le contrôle des concentrations :**

- Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;

- Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;

- **La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture bru-**

talement et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;

- **L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;

- **La définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;

- **Les enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;

- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;

- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**

- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008, de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres

de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

- **Les responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;**

- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**

- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**

- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.**

- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.grall-legal.fr