



HAL
open science

Les grossistes

Marthe Couteyen Carpaye

► **To cite this version:**

| Marthe Couteyen Carpaye. Les grossistes. Droit. 2017. dumas-01880561

HAL Id: dumas-01880561

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01880561>

Submitted on 20 Aug 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.



Université de la Réunion
Faculté de Droit et d'Economie
Année 2016-2017

MEMOIRE DE RECHERCHE

« LES GROSSISTES »

**Rédigé dans le cadre du Master II Droit des Affaires
Par COUTEYEN CARPAYE Marthe**

**Sous la direction de
Monsieur LOIR Romain**

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	3
PARTIE I : LES GROSSISTES, DES ACTEURS A PART ENTIERE DU SCHEMA DE DISTRIBUTION SOUMIS A LA CONCURRENCE.	8
CHAPITRE I : RECONNAISSANCE DES GROSSISTES PAR LE LEGISLATEUR	9
SECTION 1 : DEFINITION LEGALE DE LA NOTION DE GROSSISTE.	9
SECTION 2 : DISTINCTION PAR RAPPORT AUX AUTRES ACTEURS EXERÇANT DES FONCTIONS DE GROS.....	15
CHAPITRE II : LE DROIT COMMUN APPLICABLE AUX GROSSISTES	20
SECTION I : DANS UN OBJECTIF DE PRESERVATION DES INTERETS INDIVIDUELS DES OPERATEURS ECONOMIQUES.....	20
SECTION II : DANS UN OJECTIF DE PRESERVATION DU MARCHÉ.	24
PARTIE II : LES GROSSISTES, DES ACTEURS SPECIFIQUES DU SCHEMA DE DISTRIBUTION INDISPENSABLES AU JEU DE LA CONCURRENCE.	30
CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPECIFICITES DES GROSSISTES PAR LE LEGISLATEUR.....	31
SECTION 1 : LA DIFFERENCIATION TARIFAIRE.	31
SECTION 2 : L'ATTENUATION DU FORMALISME EN FAVEUR DE LA NEGOCIATION	36
CHAPITRE II : LA REMARQUABLE UTILITE DES GROSSISTES SUR DES CRENEAUX SPECIFIQUES DE DISTRIBUTION.....	42
SECTION I : LE GROSSISTE, INTERMEDIAIRE NECESSAIRE A LA DISTRIBUTION DE PRODUITS IMPLIQUANT UNE GRANDE TECHNICITE, LE CAS DES GROSSISTES- REPARTITEURS.....	42
SECTION II : LE GROSSISTE, ACTEUR CLE DE LA DISTRIBUTION A L'ECHELLE TERRITORIALE, LE CAS DE L'OUTRE-MER.	46
BIBLIOGRAPHIE	52
TABLE DES MATIERES.....	56

INTRODUCTION

« Vous vendez bon marché pour vendre beaucoup, et vous vendez beaucoup pour vendre bon marché... Seulement, il faut vendre, et j'en reviens à ma question : à qui vendrez-vous ? comment espérez-vous entretenir une vente aussi colossale ? »

— Zola, Au bonheur des dames. —

La perplexité du Baron Hartmann face à l'enthousiasme de Mouret, propriétaire du fameux magasin « Au bonheur des dames », lui expliquant « *le mécanisme du nouveau commerce des nouveautés* », peut être transposée aux grossistes qui se sont développés à la faveur de la révolution industrielle et ont joué un rôle majeur dans le développement des grands magasins, véritables précurseurs de la grande distribution.

En effet, ces négociateurs indépendants - acteurs centraux du « circuit long »¹ de distribution, jouant le rôle d'intermédiaires entre fournisseurs et distributeurs à qui ils achètent et revendent des marchandises - voient aujourd'hui leur pérennité largement remise en question par l'éclatement de la « fonction de gros »².

Le commerce de gros, est depuis l'Antiquité distingué du commerce de détail³ qui est également une action de distribution supposant l'achat de produits pour la revente, supposément en plus petites quantités, mais dont la dernière opération vise principalement une clientèle de consommateurs⁴, personnes physiques n'agissant pas à des fins professionnelles⁵.

Le commerce de gros, consiste, selon la définition des Communautés européennes, en l'activité de « *toute entreprise dont l'activité économique consiste, à titre exclusif ou principal, à revendre des marchandises en son nom propre, soit à des commerçants, soit à des transformateurs, soit à des utilisateurs professionnels, y compris les artisans ou d'autres utilisateurs. Les marchandises peuvent être revendues en l'état ou après transformation, traitement ou conditionnement tels qu'ils sont usuellement pratiqués dans ces professions.* »⁶

¹ MOUSSERON J.J. et al., *Droit de la distribution*, Lib. techn., 1975.

² Expression développée par Ph. DUGOT pour désigner les fonctions de distribution comme le stockage, l'assortiment ou le fractionnement exécutées à un stade intermédiaire, entre un amont et un aval composés d'entreprises, lorsque que le client final du détaillant est un consommateur. Voir DUGOT Ph., *Le commerce de gros*, PUF, coll. Que sais-je, (2000).

³ A Athènes au Ve siècle av. J.C. les *kapelia* (commerces de détail) se distinguaient déjà des *emporia* (les marchés de gros)

⁴ En matière de concentration, l'Autorité de la concurrence (ADLC) estime que « *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* ». Aut. conc., *Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations*, 10 juill. 2013, pt. 80

⁵ Art. liminaire du Code de la consommation. Etant entendu que les professionnels ou les personnes morales agissant à des fins non professionnelles se fournissent également chez les détaillants.

⁶ *Economie-Géographie*, « Le commerce de gros », n°234 (1986)

Néanmoins, cette définition inclut des actes de transformation, qui semblent être un élément permettant de caractériser les fournisseurs qui dans le schéma de distribution interviennent en aval, au stade de la production ou de la transformation des marchandises.

Il faudra donc plutôt retenir la définition de l'INSEE⁷ qui décrit le commerce de gros comme l'achat, le stockage et la vente sans transformation, de marchandises, à une clientèle majoritairement professionnelle, constituée d'intermédiaires exploitant des commerces de détail, de producteurs, de prestataires de services, de collectivités, ou encore de centrales d'achat ou de grossistes. Selon cet organisme, le commerce de gros inclut également la facturation de divers services tels que, par exemple, le tri, la livraison l'assemblage ou l'installation des marchandises. Bien que ces prestations puissent parfois s'apparenter à une transformation du produit, nous considérerons qu'il ne s'agit là que de fonctions connexes, distinctes de l'activité principale des grossistes.

A l'heure actuelle, les fonctions de gros, que nous entendrons comme synonymes au commerce de gros, sont exercées non seulement par les grossistes au sens historique du terme, c'est-à-dire les personnes pratiquant l'achat-revente de marchandises auprès de professionnels à titre principal et de manière indépendante⁸ ; mais aussi et surtout par des centrales d'achat de distributeurs.

La place occupée par ces intermédiaires du commerce de gros, qui regroupent des commerçants, sous forme de sociétés ou de groupements d'intérêt économique et effectuent des achats pour le compte de leurs membres, est si importante qu'ils sont parfois confondus avec la fonction de gros et par conséquent avec les grossistes eux-mêmes.

Les centrales d'achat interviennent le plus souvent en qualité de commissionnaires, c'est-à-dire en tant qu'intermédiaires opaques, agissant en leur propre nom mais pour le compte de leurs adhérents qui s'adressent à elles afin de passer commandes auprès des fournisseurs. A ce titre, les centrales d'achat qui font écran entre leurs membres et les fournisseurs ne sont théoriquement jamais propriétaires de la marchandise à l'instar des courtiers ou des agents commerciaux.

Elles peuvent également agir en qualité de mandataires, au nom et pour le compte de leurs adhérents. Dans ce cas de figure il n'y a pas non plus de transfert de propriété.

Néanmoins, il existe des cas de figure où ces centrales achètent pour leur compte avant de revendre à leurs adhérents. L'INSEE d'ailleurs, précise dans sa définition des centrales d'achat, que celles-ci « *peuvent, quant à elles, être propriétaires des marchandises, qu'elles cèdent alors à leurs adhérents et à leurs affiliés pour une marge de commerce très faible*⁹ ».

Parallèlement à ces centrales d'achat, se sont développées des centrales de référencement qui agissent en qualité de courtiers. Ces intermédiaires commerciaux ont également pour fonction de mettre en relation fournisseurs et distributeurs. Toutefois, ils se contentent de sélectionner des fournisseurs avec qui ils négocient des tarifs avantageux en se prévalant du volume d'achat de leurs membres. Ils ne procèdent pas à l'achat des marchandises pour le compte de leurs

⁷ INSEE, *Le commerce en France*, « Panorama du commerce de gros » pp 54-71.

⁸ Ph. DUGOT. *op. cit.*, utilise la notion de « grossistes traditionnels » pour qualifier les acteurs indépendants du commerce de gros.

⁹ INSEE, *Définitions*, « Commerce de gros », (2016)

adhérents qui passent commande de façon autonome auprès des fournisseurs, aux conditions d'approvisionnement négociées par les centrales de référencement.

La rémunération de ces centrales se fait à la commission ou via des cotisations ou droits d'entrée.

Au sens du droit de la distribution, les centrales d'achat et de référencement sont des diffuseurs, ils ont pour fonction de présenter pour le compte de fournisseurs ou de distributeurs des produits en vue de leur vente ou des services en vue de leur prestation¹⁰.

C'est le développement de ces intermédiaires de commerce de gros qui est responsable du renouveau du commerce de gros après qu'un déclin des grossistes ait été observé durant la première moitié du XXe siècle.

Certains auteurs ont d'une manière générale constaté le regain de vigueur des grossistes en assimilant ces derniers aux intermédiaires de commerce de gros¹¹. Néanmoins, il semble qu'il faille bien distinguer entre ces différents acteurs. C'est ce que nous nous attèlerons à faire tout au long de cette étude consacrée aux grossistes tel que récemment définis par le législateur comme :

« 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. »

Le législateur précise également :

« Sont assimilés à des grossistes, au sens du premier alinéa du présent II, les centrales d'achat ou de référencement de grossistes.

Sont exclus de la notion de grossiste les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail »¹².

Si cette hypothèse de travail suppose de ne pas étudier le commerce de détail, le droit de la consommation sera néanmoins abordé dans la mesure où, il peut de manière relativement marginale, être appliqué aux grossistes. En effet, ceux-ci, bien qu'intervenant principalement auprès de professionnels, peuvent à titre subsidiaire revendre leurs marchandises à des consommateurs ou des non professionnels.

La notion de grossiste telle que nous l'envisageons, recouvre une grande diversité d'acteurs et de tâches prises en charge. En effet, celles-ci varient en fonction des secteurs d'activité concernés. Ceux-ci vont du commerce de gros de produits alimentaires, au commerce de gros

¹⁰ FERRIER N. et D., *Droit de la distribution*, 7ème éd. LexisNexis, p. 16.

¹¹ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, Sirey, Coll. Université, p.12 (2015)

¹² Art. 441-7-1 du Code de commerce issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Loi Macron »

de matériaux de construction en passant par celui de produits agricoles bruts et d'animaux vivants¹³.

Néanmoins, conformément à l'adage « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », nous envisagerons les grossistes dans leur ensemble afin de rechercher si un statut commun peut leur être appliqué. Cela paraît en effet être la volonté du législateur qui semble souhaiter promouvoir dans son ensemble la catégorie des grossistes indépendants par rapport aux intermédiaires de commerce de gros comme les centrales d'achats.

En outre, la question sera d'autant plus intéressante que le thème des grossistes est relativement peu abordé en doctrine. Ce constat applicable à la matière juridique se retrouve également en sciences de gestion¹⁴. Néanmoins, la nécessité de se saisir de cet objet d'étude se fait de plus en plus prégnante, notamment au regard de l'importance économique du commerce de gros, commerce interentreprises communément appelé commerce « B to B ». En effet, selon l'INSEE en 2011, ce secteur représentait en France, plus de cent cinquante-cinq mille entreprises et employait un peu moins d'un million de salariés pour un chiffre d'affaires d'environ huit cent milliards d'euros¹⁵.

Nul doute que la loi 6 août 2015 renforcera l'attention portée aux grossistes. En effet, au-delà de la définition de cette catégorie particulière de commerçants de gros, le législateur a également créé en leur faveur de nouvelles dispositions dérogatoires, notamment en matière de négociation commerciale.

Dans ce contexte, il serait notamment intéressant de savoir si la création d'un régime de faveur à l'égard des grossistes pourrait leur permettre de lutter efficacement contre la concurrence qui leur est faite par les centrales d'achat. Ces intermédiaires de commerce de gros, à la faveur des évolutions technologiques comme la lecture optique, la manutention automatisée ou l'informatique interactive, ont permis le développement du commerce intégré qui est caractérisé par une concentration de fonctions et a contribué à créer une situation de dépendance économique de certains fournisseurs à l'égard des gros distributeurs.

Il conviendra donc de s'interroger en se limitant au cadre national, au regard des récentes évolutions législatives et partant du constat sans appel de l'éclatement de la fonction de gros, sur l'avenir auquel peuvent aujourd'hui prétendre les grossistes traditionnels, intermédiaires indépendants du schéma de distribution.

Il semble en premier lieu que le législateur ait souhaité reconnaître la spécificité des grossistes en établissant une définition légale de cette catégorie de commerçants à qui s'applique de manière habituelle le droit de la concurrence (**Partie I**). Néanmoins, il semble ne pas aller jusqu'au bout de cette démarche et ne se sert pas de cette consécration des grossistes en tant qu'acteurs spécifiques et indépendants du circuit long de distribution pour créer un régime propre à leur endroit qui aurait pu servir à leur confier un rôle plus actif dans le jeu de la concurrence (**Partie II**).

¹³ Le secteur « commerce de gros » regroupe les entreprises du commerce ayant un code d'activité principale compris entre 46.11Z et 46.90Z dans la nomenclature d'activités française (NAF) révisée au 1er janvier 2008.

¹⁴ PACHE G., *Intermédiation dans les canaux de distribution : vers un renouveau ?*, Management & Avenir 2012/1 (n° 51), p. 116-121. Cahier coordonné par G. PACHE dans le cadre d'une chaire de recherche supportée par la Confédération Française du commerce de gros et international (CGI).

¹⁵ INSEE, Esane (2011)

PARTIE I : LES GROSSISTES, DES ACTEURS A PART ENTIERE DU SCHEMA DE DISTRIBUTION SOU MIS A LA CONCURRENCE.

En premier lieu, en définissant expressément la notion de grossiste, il semble que le législateur ait souhaité leur reconnaître une existence à part entière au sein du schéma de distribution, **(Chapitre I)**. Cette reconnaissance récente, justifie d'autant plus l'application de longue date du droit commun à leur encontre **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I : RECONNAISSANCE DES GROSSISTES PAR LE LEGISLATEUR

La reconnaissance des grossistes par le législateur a été effectuée de manière expresse par le biais d'une définition légale (**Section 1**), qui les distingue clairement des opérateurs concurrents, exerçant des fonctions de gros dans un schéma d'intégration et auxquels ils étaient souvent confondus (**Section 2**).

SECTION 1 : DEFINITION LEGALE DE LA NOTION DE GROSSISTE.

Il convient d'analyser la définition faite du grossiste par le législateur à l'article L.441-7-1, II, du Code de commerce, afin de saisir le champ d'application des dispositions spécifiques à cette catégorie d'opérateurs. Cette définition peut être scindée en deux parties, la première concernant la personne du grossiste (§1) et la seconde son activité (§2).

§1. LA PERSONNE DU GROSSISTE

Alors que le premier alinéa de l'article L.441-7-1, II, du Code de commerce définit stricto sensu la notion de grossiste (**A**), le deuxième alinéa, prévoit un mécanisme d'assimilation pour les centrales d'achat ou de référencement de grossistes (**B**).

A/ La notion de grossiste stricto sensu.

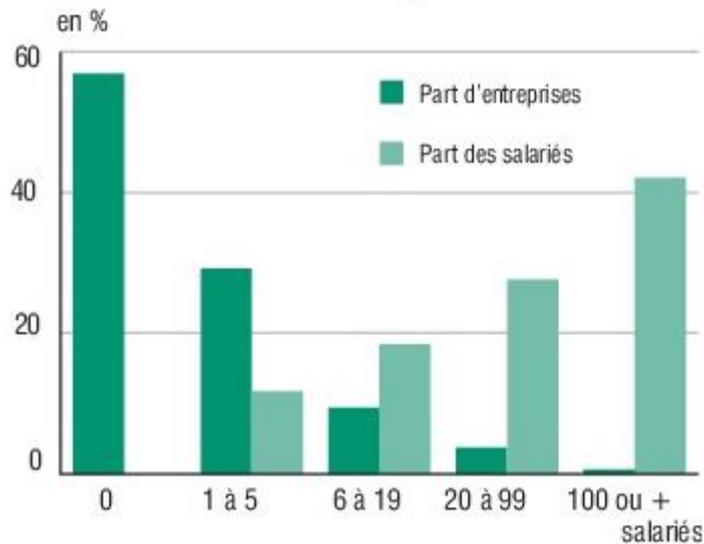
Au sens de l'article L.441-7-1, II, du Code de commerce, « *toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend* » peut sous certaines conditions qui seront abordées ci-après être grossiste.

La première précision concernant le type de personnes visées, ouvre largement la catégorie des grossistes et semble être une évidence. Cependant, elle permet de couvrir sans ambiguïtés la réalité du marché, puisque les grossistes qui exercent majoritairement au sein de structure de petites tailles le font souvent en tant qu'entrepreneurs individuels qui ne disposent pas de la personnalité morale.

Cet état de fait peut se déduire au regard du graphique suivant, édité par l'INSEE¹⁶, qui montre que près de 60% des entreprises exerçant une activité de commerce de gros (sans toutefois préciser s'il s'agit de formes sociétaires ou non) n'ont aucun salarié.

¹⁶ INSEE, *Le commerce en France*, op.cit., p.55.

Répartition des entreprises et des salariés selon la taille de l'entreprise



Champ : France.

Source : Insee, Clap.

En outre, la seconde précision apportée par le législateur concernant l'activité des grossistes semble consacrer leur appartenance aux catégories de commerçants et de professionnels. En effet, l'achat pour revente de biens meubles est réputé être un acte de commerce par l'article L.110-1 1° du Code de commerce. Et l'article liminaire du Code de la consommation qualifie de professionnel toute personne agissant notamment dans le cadre de son activité commerciale.

Enfin, l'article L.121-1 du Code de commerce dispose que « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Classiquement, selon l'interprétation de la jurisprudence trois conditions cumulatives sont nécessaires pour prétendre à la qualification de commerçant : l'accomplissement d'actes de commerce, à titre de profession habituelle et de manière indépendante¹⁷.

Néanmoins, celles-ci semblent implicites. En effet, au vu des investissements et de l'important besoin en trésorerie qu'implique l'activité de grossiste, il est peu probable de l'exercer à titre ponctuel. En outre, dans la définition établie par le législateur, l'indépendance des grossistes est sous-jacente via l'exclusion des entreprises exploitant des magasins de commerces de détail ou liées à ces dernières. Enfin, bien que le caractère habituel de l'acte de commerce ne ressorte pas expressément de la définition, puisque le législateur prévoit la revente « *à titre principal, à [...]* » et non « *à titre principal, la revente à* », les statuts de commerçants et de professionnels semblent bien acquis aux grossistes puisque le législateur vise la revente « *à d'autres commerçants [...]* ou à tout autre professionnel ».

¹⁷ Com. 14 févr. 2006, Bull. civ. IV, no 35 ; D. 2006. 783, note Chevrier ; CCE 2006. no 113, obs. Lécuyer.

Cette catégorisation des grossistes a un impact sur le régime qui leur est applicable puisqu'ils peuvent, principalement, apporter la preuve des actes de commerce par tous moyens¹⁸, sont soumis à l'usage de la présomption de solidarité entre commerçants, à la compétence des tribunaux de commerces et aux règles de prescription prévues à l'article L.110-4 du Code de commerce.

Ces conséquences non exhaustives s'appliquent également aux « assimilés grossistes », les centrales d'achat ou de référencement de grossistes.

B/ L'assimilation à la catégorie des grossistes.

Le législateur à l'article L. 441-7-1, II, alinéa 2 prévoit également que « *sont assimilés à des grossistes, au sens du premier alinéa du présent II, les centrales d'achat ou de référencement de grossistes* ». Ce dispositif semble logique à première vue (1), toutefois il est contesté par la doctrine en ce qu'il englobe les deux formes possibles de centrales (2).

1) Un dispositif d'apparence logique.

Tel que défini par le Code de commerce, il appert que les grossistes sont propriétaires de la marchandise qu'ils achètent en amont pour distribuer en aval.

Or, des développements antérieurs¹⁹ nous ont permis d'établir que les centrales d'achats agissaient le plus souvent en tant que commissionnaires et les centrales de référencement en qualité de courtiers. Ces statuts, excluent en principe la propriété des marchandises par ces intermédiaires de commerce de gros, puisque, les centrales d'achat commissionnaires achètent pour le compte de leurs adhérents et les centrales de référencement se contentent de négocier les conditions d'approvisionnement.

Dans ce contexte, à la stricte analyse de la définition, l'assimilation semble être le procédé adéquat pour élargir à ces opérateurs le statut de grossiste.

Néanmoins, cela a pu être critiqué.

2) Un dispositif critiqué.

La doctrine, sous la plume de N. Ferrier²⁰, a déploré le fait que le législateur procède par voie de généralisation en traitant de manière équivalente des entités recouvrant des réalités différentes.

En effet, il rappelle qu'au-delà du statut de commissionnaires, les centrales d'achat peuvent, dans certains cas, acheter et revendre les marchandises en leurs noms et pour leur compte. Cela

¹⁸ Art. 109 du Code de commerce

¹⁹ V. supra, Introduction.

²⁰ FERRIER N., *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 ?*, JCP E n° 43-44, 22 Octobre 2015, 1508

leur permet de relever par nature de la définition de grossiste sans passer par la voie de l'assimilation.

Il précise également, cette fois en tenant compte du contexte de la définition, que lorsque les centrales d'achat agissent en qualité de mandataires, la relation commerciale s'établit directement entre l'adhérent et le fournisseur. Dans ces conditions, l'assimilation est rendue inutile au regard de l'article L.441-7-1, I du Code de commerce puisque le régime dérogatoire prévu par cette disposition s'applique alors directement au grossiste-adhérent-mandant, sans que la centrale d'achat n'ait besoin de jouir de ce statut.

Toujours au regard de l'application de l'article L.441-7-1, I, il juge l'assimilation des centrales de référencement de grossistes inutile puisque n'achetant rien, elles ne sont pas réellement concernées par l'allègement des conventions récapitulatives annuelles en faveur des grossistes.

Cette analyse semble par ailleurs s'appliquer aux autres éléments du régime dérogatoire applicables aux grossistes. Le même raisonnement que celui concernant la convention unique s'applique pour la possibilité de différencier les conditions générales de vente²¹ et la possibilité de faire évoluer les conditions de vente en cours d'année²². Par ailleurs, les centrales d'achat et de référencement de grossistes semblent *ipso facto* exclues des dispositions concernant le seuil de revente à perte dérogatoire qui s'applique aux grossistes²³ puisque son application est conditionnée à une revente auprès de détaillants, de transformateurs, ou de prestataires de service final, ce que ne sont pas les grossistes.

La justification de cette assimilation par le législateur – et cela est d'ailleurs confirmé sans ambiguïtés par l'entame de l'article L.441-7-1, II « *Au sens du I* » - ne saurait donc être la volonté supposée de celui-ci de faire bénéficier aux « assimilés grossistes » d'un « régime » qui serait applicable aux grossistes et qui se justifierait à leur rencontre au regard de l'activité particulière qu'ils exercent.

Cette activité est en effet l'élément caractérisant permettant de définir le grossiste. Elle est envisagée par le législateur à l'article L. 441-7-1, II du Code de commerce.

§2. L'ACTIVITE DU GROSSISTE

L'activité du grossiste issue de l'article L.441-7-1, II, du Code de commerce vise une fonction d'achat-revente qui est limitée par le législateur, à titre principal, aux relations entre professionnels **(A)**. Par ailleurs, le I de cet article relatif à la convention unique fait mention des activités connexes, proposées par les grossistes **(B)**.

²¹ Art. L.441-6 du Code de commerce

²² Art. L. 441-7-1, I, 1°, alinéa 2 du Code de commerce

²³ Art. L.442-2 du Code de commerce

A/ Une fonction d'achat-revente de marchandises limitée à titre principal aux relations interprofessionnelles

Dans sa définition du grossiste et de son activité, le Code du commerce pose l'exigence d'une revente « 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 grossiste est donc contraint de revendre majoritairement à des professionnels afin de bénéficier des dispositions dérogatoires prévues par le législateur. Toutefois, aucune précision n'est donnée sur le seuil de vente à effectuer auprès de professionnels pour accéder à la catégorie de grossistes ou plutôt, à partir de quel seuil la revente à des consommateurs devient un critère disqualifiant.

A ce titre, il est possible de faire un rapprochement avec l'alinéa 3 de la définition qui exclut de la notion de grossiste les entités exploitant un magasin de commerce de détail. Ce critère paraît être plus déterminant que la revente à titre principal à des professionnels puisqu'à la manière dont le texte est rédigé, il semble que dans l'hypothèse où un grossiste réalisant la quasi-totalité de son chiffre d'affaire auprès de professionnels exploiterait ne serait-ce qu'une boutique de détail, il ne pourrait prétendre à la qualification de grossiste.

Il semble donc que la vente à des consommateurs finaux soit possible dans la mesure où cela n'aurait pas lieu via l'exploitation d'un magasin de commerce de détail car cette hypothèse est expressément exclue par le législateur²⁴. L'on peut par exemple imaginer le cas d'un grossiste qui sur une foire vendrait ponctuellement ses marchandises à des consommateurs. En effet, on peut supposer qu'un stand, en raison de son caractère éphémère, pourrait échapper à la qualification de « *magasin de commerce de détail* » retenue par le législateur pour exclure ceux qui les exploiteraient directement ou indirectement de la notion de grossistes.

Par ailleurs, concernant la définition de l'activité du grossiste, il est intéressant de relever que le législateur n'a semble-t-il pas imposé que l'achat et la revente de marchandises soient effectués à titre principal. En effet, une interprétation littérale du texte telle que réalisée précédemment²⁵ laisse penser que l'activité d'achat-revente pourrait être subsidiaire.

Cela semble compatible avec le fait que des activités connexes à celle-ci sont abordées par le législateur comme devant figurer dans la convention unique car elles sont déterminantes du point de vue commercial et influent sur la négociation²⁶.

²⁴ Art. L.441-7-1 II al. 3 du Code de commerce

²⁵ V. infra: Partie I, Chap. I, Section I, A.

²⁶ Art. L.441-7-1 I du Code de commerce

B/ Des fonctions connexes reprises dans la convention unique.

Bien que l'activité d'achat et de revente de marchandises qui nécessite une grande trésorerie fasse peser sur les grossistes de nombreux risques, ceux-ci n'ont pas hésité à développer des services annexes en faveur de leurs partenaires. Cette « valeur ajoutée » à leur prestation leur a notamment permis de subsister face à la concurrence des intermédiaires de commerce de gros²⁷.

Il semble en effet qu'ils soient particulièrement bien placés pour offrir des services variés et adaptés à leurs prestataires. La diversification des services offerts par les grossistes s'observe d'ailleurs depuis l'Antiquité puisque les *negotiatores* romains, marchands de gros qui participaient à la régulation du commerce jouaient également le rôle de banquiers auprès de leurs partenaires²⁸.

De manière plus contemporaine, les services rendus par les grossistes s'adaptent au regard de la marchandise distribuée. Ainsi, lorsque la valeur marchande est relativement faible, comme dans le négoce de matériaux de construction par exemple, ce sont les fonctions physiques ou logistiques qui prédominent. En revanche, pour des produits plus techniques, les services rendus auront plutôt trait à l'information ou aux conseils.

Le panel des services offerts par les grossistes est large, il peut s'agir de gestion des stocks, de manutention, de livraison, de supports financiers ou encore, de conseils de nature commerciale, des études de marché ou des études techniques.

En effet, ils peuvent se prévaloir d'une connaissance pointue des produits et des besoins des clients. Récemment, dans un contexte de réflexion sur des problématiques de développement durable et sur la nécessité de mutualiser les ressources, même entre entreprises concurrentes, la plus-value pouvant être apportée par les grossistes a fait l'objet d'une étude afin de développer la logistique urbaine²⁹.

On observe effectivement que contrairement à ce qui est parfois pensé, l'intervention d'un grossiste au sein du circuit de distribution ne renchérit généralement pas le prix de vente, car la fonction de grossiste permet, en fait, de réduire les coûts logistiques. En outre, les grossistes sont les vecteurs d'une certaine conciliation entre les intérêts des producteurs et ceux des détaillants ou utilisateurs finaux. En effet, alors que les premiers lorsqu'ils produisent en masse, désirent écouler de grandes quantités rapidement, les seconds sont contraints par la demande et par leurs capacités de stockage. Dans ce contexte, le grossiste intervient comme un régulateur qui permet de faire coïncider ces besoins opposés.

Néanmoins, la plus-value mise en avant par les grossistes en tant qu'intermédiaires de commerce est également offerte par d'autres acteurs exerçant des fonctions de gros mais expressément exclus par le législateur de la définition de grossistes.

²⁷ DUGOT Ph., *op. cit*

²⁸ LE ROUX P., *L'huile de Bétique et le Prince sur un itinéraire annonaire*, in *Revue des Etudes anciennes*, n°1 pp.247-271, (1986).

²⁹ CHANUT O., PACHE G., WAGENHAUSEN F., *Logistique urbaine : refonder les logiques d'intermédiation*, *Management & Avenir* 2012/1 (n° 51), pp.187-207

SECTION 2 : DISTINCTION PAR RAPPORT AUX AUTRES ACTEURS EXERÇANT DES FONCTIONS DE GROS.

L'article L.441-7-1 du Code de commerce exclut expressément « *de la notion de grossiste les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail.* »

Si cette exclusion des entités exerçant une activité de commerce de détail (§1) a été réclamée par les grossistes, il appert que la portée de celle-ci pose de réelles difficultés d'appréciation (§2).

§1 EXCLUSION DES ENTITES EXERÇANT UNE ACTIVITE DE COMMERCE DE DETAIL

L'article L.441-7-1 du Code de commerce ayant été rédigé pour alléger à l'égard des grossistes le formalisme imposé par l'article L.441-7 aux relations entre fournisseurs et distributeurs, il convient de rappeler les raisons d'être de ce dernier texte (A) pour comprendre l'exclusion de la notion de grossiste des entités exerçant une activité de commerce de détail. Ce faisant, on constatera que l'article L.441-7-1 du Code de commerce est un texte de compromis (B).

A/ Une exclusion nécessaire au vu de la raison d'être de l'article L.441-7 du Code de commerce.

L'article L.441-7 du Code de commerce vise à instaurer plus de transparence au sein des relations entre fournisseurs et distributeurs en leur imposant une obligation de contractualiser le résultat des négociations commerciales. La démarche du législateur s'inscrit depuis 2005 dans la volonté, d'assurer un meilleur équilibre dans les relations commerciales interentreprises afin d'améliorer la concurrence et en prévenant les éventuels abus, ce qui *in fine* est censé profiter aux consommateurs.

C'est la loi Dutreil du 2 août 2005³⁰ qui a créé l'obligation de conclure une convention écrite. Toutefois, cette obligation ne concernait que la coopération commerciale³¹ et les services distincts et a donc été complétée par la loi *Chatel* du 3 janvier 2008³² qui a étendu le champ de

³⁰ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises dite loi *Dutreil*, Art. 42

³¹ Services spécifiques rendus par le distributeur au fournisseur contre rémunération pour mettre en valeur le produit et le commercialiser dans les meilleures conditions.

³² Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs dite loi *Chatel*, Art.2

cette convention à l'ensemble de la relation commerciale en y ajoutant les conditions de l'opération de vente telles que résultant de la négociation commerciale.

Néanmoins, considérant que le déséquilibre persistant dans ces relations pouvait être combattu par un renforcement de l'encadrement, la loi *Hamon* du 17 mars 2014³³ est intervenue en imposant notamment la référence au barème de prix du fournisseur.

Un tel encadrement s'explique par le poids économique que représentent les centrales d'achat et de référencement intégrées par les distributeurs, en raison de la part de marché qu'occupe leurs adhérents.

En tout état de cause, le secteur de la distribution professionnelle qui ne présente pas les mêmes caractéristiques que ces centrales, s'est vivement opposé à l'application de ces mesures aux grossistes. En effet, il les jugeait excessives voire inadaptées³⁴. L'article L.441-7-1 du Code de commerce, créé par la loi *Macron* du 6 août 2015, fait donc figure de compromis.

B/ L'article L.441-7-1 du Code de commerce, un texte de compromis.

Bien que les centrales d'achats et les grossistes traditionnels relèvent des mêmes codes dans la Nomenclature d'activités française (NAF)³⁵, il ne semblait pas raisonnable de soumettre les seconds à des contraintes inspirées par le cas particulier de la relation entre fournisseurs et grande distribution.

Un tel constat, validé par le législateur³⁶, était justifié par le fait que de par leur position intermédiaire, entre des fournisseurs en amont et des détaillants en aval, les grossistes s'inséraient dans des relations commerciales plus équilibrées et par conséquent, potentiellement moins susceptibles de générer des abus.

En outre, en raison de la diversité de leur clientèle et des attentes de celle-ci, les grossistes devaient avoir la possibilité de renégocier régulièrement des prix précédemment arrêtés afin de permettre une commercialisation sur mesure des produits. En effet, les grossistes à travers la Confédération du Commerce de Gros et International (CGI), ont fait valoir que la relation commerciale avec leurs clients ne saurait être « *standardisée* » et devait s'inscrire dans une certaine dynamique afin de permettre notamment la valorisation des innovations industrielles ou l'introduction de nouvelles gammes de produits³⁷.

Si un amendement proposait de réserver le formalisme imposé par l'article L.441-7 du Code de commerce seulement aux relations entre fournisseurs et détaillants, il a été considéré comme « *trop simpliste, car il ne contraindrait plus les parties à respecter un formalisme juridique* »³⁸ et a donc été écarté.

³³ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite loi *Hamon*, Art.125

³⁴ VOGEL J., *Loi Hamon : guide de la négociation commerciale dans le commerce de gros*, éd. CGI, 2014

³⁵ De 4612A à 4690Z ; INSEE, *Le commerce en France, édition 2010*, pp.54-71

³⁶ <http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410008.html#R10B>

³⁷ BOUDIN, J.O., *La loi Hamon, une réglementation inadaptée au commerce de gros*, AJ Contrat (2015), p.48

³⁸ <http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410008.html#R10B>

Dans cette mesure, la formulation finalement retenue par l'article L.441-7-1 du Code de commerce s'inscrit comme un texte de compromis qui, au travers de l'exclusion de la notion de grossiste des entités liées à l'exploitation de commerces de détail, procède en fait à une adaptation du dispositif général prévu par l'article L.441-7 au commerce de gros.

Les entreprises exclues de la notion de grossiste continuent donc de relever de la notion de distributeur au sens du I de l'article L.441-7 du Code de commerce. Néanmoins, l'appréciation de la portée de leur exclusion pose certaines difficultés.

§2 DIFFICULTES D'APPRECIATION DE LA PORTEE DE CETTE EXCLUSION

Le choix de procéder par la voie de l'exclusion des entités liées à une activité de commerce de détail pour adapter l'article L.441-7 du Code de commerce à la situation des grossistes semble susceptible d'entraîner une certaine dénaturation de la règle³⁹ **(A)** qui rend son interprétation nécessaire **(B)**.

A/ Une nécessaire interprétation de la règle

En procédant par voie d'exclusion, il semble en premier lieu comme le relève la doctrine⁴⁰ que le législateur suggère que « *les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail.* » sont des grossistes à part entière tels que le premier alinéa de l'article L.441-7-1 du Code de commerce les définit, mais qui de manière exceptionnelle sont exclus du régime dérogatoire propre aux grossistes.

Par ailleurs, toujours selon la doctrine autorisée, le législateur, en procédant par voie d'assimilation en ce qui concerne les centrales d'achat et de référencement, semblerait confirmer que la qualification de celles-ci dépend en fait de la qualification des entreprises adhérentes.

Enfin, comme évoqué précédemment, le fait d'exclure les opérateurs « *exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail* » semble, si l'on fait une lecture littérale du texte, suggérer qu'il suffirait que le grossiste exploite un seul magasin de vente au détail pour être exclu du régime dérogatoire.

En outre, l'emploi de la mention « *directement ou indirectement* » paraît appeler une interprétation dans la mesure où le législateur, en l'utilisant là où il aurait semblé-t-il ne pas le

³⁹ L'article L.441-7-1 du Code de commerce.

⁴⁰ FERRIER N., *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 ?*, précité.

faire, a pu vouloir mettre l'accent sur une nécessaire indépendance du grossiste par rapport aux détaillants.

Dans cette mesure, l'on pourrait rapprocher ce texte du troisième alinéa de l'article L.442-2 qui fixe un seuil dérogatoire de revente à perte en faveur des grossistes. L'application de ce seuil est conditionnée à une distribution de produits ou de services exclusivement à des professionnels indépendants par rapport aux grossistes et exerçant une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final.

Par ailleurs, cet alinéa précise également : « *Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.* »

Ces deux textes vont dans le même sens à savoir favoriser les grossistes indépendants, en leur réservant expressément un régime de faveur, ou en excluant en raison de leurs liens de dépendance avec la distribution de détail, certains opérateurs qui semblent entrer dans la définition de « grossistes » du régime dérogatoire qui est accordé à cette catégorie.

Déjà en 2006, la doctrine s'interrogeait sur la manière de circonscrire le champ d'application de l'article L.442-2 du Code de commerce⁴¹ et relevait que la précision des caractères de l'indépendance - à savoir la libre détermination de la politique commerciale, et l'absence de lien capitalistique ou d'affiliation entre l'entreprise de distribution et le grossiste - ne revêtait que peu d'intérêt, voire même en compliquait l'appréciation.

En effet, la question se posait de savoir si une participation minoritaire du grossiste dans l'entreprise de l'acheteur empêchait réellement leur indépendance l'un vis-à-vis de l'autre et il était observé que les techniques sociétaires permettaient facilement de contourner cet obstacle.

Dans ce contexte plusieurs questions restent aujourd'hui en suspens.

On peut par exemple se demander - bien que les deux textes prévoient avant d'apporter des précisions à la notion de grossiste que celles-ci s'appliquent au regard du régime précédemment exposé par le législateur⁴² - si l'exclusion créée en 2015 et notamment le terme « indirectement », doit, ou non, s'interpréter au regard des caractères de l'indépendance précisés par le législateur à l'article L.442-2.

A l'inverse, on peut également se demander si, en précisant que l'exploitation même *indirecte* d'un commerce de détail entraîne l'exclusion de la catégorie de grossiste, le législateur n'a pas entendu tenir compte des critiques précédemment exprimées par la doctrine par rapport à la formulation du troisième alinéa de l'article L.442-2 du Code de commerce, et en optant pour des termes plus généraux « *directement ou indirectement* » laisser la question à l'interprétation souveraine du juge.

En tout état de cause, il semble que sans une intervention de la jurisprudence pour interpréter l'article L.441-7-1 du Code de commerce, une possible dénaturation de celui-ci soit à craindre.

⁴¹ MAINGUY D., *La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales*, JCP E n° 8, 23 Février 2006, 1294

⁴² Ainsi, l'article L.441-7-1 II précise « *Au sens du I, la notion de grossiste s'entend* » et l'article L.442-2 « *Est indépendante au sens de la phrase précédente* »

B/ Une possible dénaturation de la règle

En considérant, que l'article L.441-7 du Code de commerce a été élaboré pour appréhender la relation inégalitaire qui existe spécifiquement entre fournisseurs et distributeurs ; que l'article L.441-7-1 a spécialement été conçu pour prendre en considération l'activité particulière des grossistes indépendants et alléger à leur égard le régime créé par l'article L.441-7, on pourrait se demander si le mécanisme d'exclusion créé par le législateur, pour poser les critères de l'indépendance des grossistes, n'est pas susceptible de dénaturer l'article L.441-7-1 en permettant une application de celui-ci qui contreviendrait aux raisons qui ont dicté son élaboration.

En effet, il semble qu'une application littérale de l'exclusion des opérateurs exploitant un magasin de commerce de détail, sans chercher à savoir s'il s'agit d'une activité principale ou accessoire, conduirait à ignorer les réalités du secteur puisque les nombreux grossistes qui, sans être dépendants ou liés à un réseau de distribution, exercent une activité de demi-gros, seraient automatiquement exclus du régime dérogatoire⁴³. Cette solution paraîtrait sévère dans le cas d'une activité de vente au détail, exercée à titre accessoire, dans un seul magasin, exclusivement auprès de professionnels.

On peut s'interroger sur la raison d'être du mécanisme d'exclusion et se demander si sans recourir à celui-ci, le législateur n'aurait pas pu inclure directement dans la définition du grossiste un critère d'indépendance par rapport aux réseaux de distribution de biens et services au détail.

Il apparaît en définitive qu'il ne soit pas possible d'avoir un avis tranché concernant le périmètre d'application de la notion de grossiste telle qu'explicitée par l'article L.441-7-1 II du Code de commerce, ni sur la portée de celle-ci. Il semble en effet, que l'intervention du législateur ne clarifie qu'en apparence le régime applicable aux grossistes et n'ait pas vocation à modifier l'application du droit commun de la concurrence qui leur était déjà faite avant l'entrée en vigueur de l'article L.441-7-1 II.

* *
*

La portée de la consécration des grossistes au travers de la définition prévue à l'article L.441-7-1, II du Code de commerce, pose question. En effet, à la lecture du texte et sous réserve d'interprétation, cette définition ne semble avoir été créée que pour l'application des dispositions relatives à l'allégement des conventions récapitulatives en faveur des grossistes. En outre, cette consécration ne semble pas influencer sur l'application qui est faite à cette catégorie de commerçant du droit commun, particulièrement en matière de concurrence.

⁴³ LEUNG H. *La négociation commerciale après la loi Macron : simple ajustement ou renforcement des contraintes ?*, Revue Lamy de la concurrence, N° 46, 1er janvier 2016

CHAPITRE II : LE DROIT COMMUN APPLICABLE AUX GROSSISTES

Les grossistes constituent « *une interface dynamique entre les producteurs et les points de vente au détail* »⁴⁴. Ils s'intègrent donc dans des réseaux de distribution et offrent des biens et des services sur des marchés donnés. De ce fait, indépendamment de tout statut juridique qui pourrait être appliqué aux grossistes, ils relèvent de la notion d'entreprise et sont de ce fait soumis au droit de la concurrence. En effet, certains auteurs évoquent « *l'impérialisme du droit de la concurrence* »⁴⁵.

Cette soumission au droit de la concurrence découle directement de la liberté du commerce. En effet, en se concurrençant, les entreprises devraient créer une émulation afin de fournir les meilleurs produits aux meilleurs prix. Néanmoins, dans la mesure où la concurrence porte en elle sa propre destruction, lorsque l'entreprise la plus compétitive parvient à dominer un marché et y imposer sa loi, il convient de préserver le marché (**SECTION II**) via une application du droit de la concurrence. Il convient également de préserver les intérêts individuels des opérateurs économiques eux-mêmes (**SECTION I**) puisque ceux-ci sont susceptibles de faire preuve de déloyauté entre eux.

SECTION I : DANS UN OBJECTIF DE PRESERVATION DES INTERETS INDIVIDUELS DES OPERATEURS ECONOMIQUES.

Dans une optique particulière de préservation des intérêts individuels des opérateurs économiques, la déloyauté est sanctionnée non seulement dans les relations entre partenaires économiques (§.1), mais également à cause de ces conséquences potentielles sur le marché (§.2).

§.1 : Sanction de la déloyauté sur le marché.

Bien qu'il n'existe pas explicitement en droit français de réglementation spécifique à la concurrence déloyale, le Préambule du Traité de Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que « *la loyauté de la concurrence* » doit être garantie.

⁴⁴ Rapport AN no 2072 sur l'évolution de la distribution, JOAN 11 janv. 2000, p. 19

⁴⁵ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 7e édition, Syrey, (2017), p.71

A défaut de dispositif légal, l'action en concurrence déloyale est fondée sur l'article 1240 du Code civil pour faire sanctionner civilement le non-respect des usages de la profession, autrement formulé, les manquements à l'exercice loyal du commerce.

Les grossistes sont bien sûr soumis aux dispositions sur la concurrence déloyale (A), mais également dans certains cas, au droit de la consommation (B).

A/ Les grossistes soumis aux dispositions sur la concurrence déloyale.

C'est ainsi qu'en 2016⁴⁶, un grossiste en chaussure a vu la Cour de cassation contredire un arrêt de la Cour d'appel de Rennes et ainsi permettre une action en concurrence déloyale cumulativement avec une action en contrefaçon.

Dans les faits, le grossiste qui avait importé des chaussures contrefaites, y avait apposé sa marque. La Cour de cassation a donc considéré qu'il y avait là une faute se distinguant de l'acte de contrefaçon qui justifiait l'application cumulative des deux fondements⁴⁷. en raison d'une « atteinte portée à l'image de la marque Karston, faits distincts de la copie servile du modèle Jimbo ».

L'arrêt, qui ne fonde pas l'action en concurrence déloyale sur la confusion, invoque que « le fait d'apposer la marque Modabella sur la chaussure contrefaisante jetait le discrédit sur la collection Karston auprès des clients mais également auprès des consommateurs et qu'il en résultait une atteinte portée à l'image de la marque Karston, faits distincts de la copie servile du modèle Jimbo retenue au titre de la contrefaçon ».

La doctrine a pu relever qu'une telle motivation était surprenante dans la mesure où le discrédit causé par le fait d'apposer la marque du contrefacteur sur les chaussures contrefaites était en réalité un préjudice déjà réparé au titre de la contrefaçon et qu'il y avait donc une confusion entre la faute et le préjudice qui menait à réparer deux fois l'atteinte à l'image de marque de l'entreprise.

Il est vrai que la combinaison de l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon soulève des questions en doctrine, mais il est couramment retenu que ces deux actions ne constituent pas l'exercice d'un même droit et ne tendent pas aux mêmes fins dans la mesure où l'action en contrefaçon sanctionne l'atteinte à un droit réel alors que l'action en concurrence déloyale, celle faite à un droit personnel. En tout état de cause, leur application aux grossistes ne fait pas de doute⁴⁸.

Néanmoins, une question écrite à l'Assemblée nationale⁴⁹ a pu être l'occasion pour le Ministère de l'Agriculture, de préciser que « Le fait pour certains grossistes de pratiquer des ventes de

⁴⁶ Cass. com., 3 mai 2016, n° 13-23.416, F-D, Sté Venaty France et Sté Pindièrre : JurisData n° 2016-009025

⁴⁷ Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n° 13-28.116, Sté Jean Cassegrain, Sté Longchamp c/ Sté Vivadia : JurisData n° 2015-011326

⁴⁸ LEGEAIS D., « Concurrence déloyale et parasitaire », in JurisClasseur commercial, Lexis nexis, (2014)

⁴⁹Assemblée nationale, Question écrite n° 4466, Ministère de l'Economie et des Finances, (2012). <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-4466QE.htm>

viande sur Internet n'est cependant pas interdit et ne constitue pas en soi une forme de concurrence déloyale à l'égard des artisans bouchers ».

Bien que le commerce de viande sur Internet ne soit pas très répandu, le commerce sur Internet réalisé par les grossistes, en raison des progrès techniques et logistiques, pourrait être potentiellement préjudiciable pour les détaillants, les petits commerces notamment, au regard des prix que pourraient pratiquer ces opérateurs économiques⁵⁰.

Cette inquiétude est d'autant plus fondée, qu'Internet a pu être le lieu d'abus. Toutefois, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser, notamment en matière de distribution sélective, que l'utilisation de ce moyen technique n'était pas de nature à alléger les obligations pesant sur les opérateurs économiques. Ainsi, le titulaire d'un réseau avait pu solliciter en référé des mesures propre à faire cesser les troubles manifestement illicites caractérisés par la commercialisation de ses produits par des tiers non agréés⁵¹.

En l'espèce, les grossistes appartenant au réseau de distribution sélective qui avait signé un contrat interdisant la revente des produits dermo-cosmétique de luxe à l'extérieur réseau avaient vendu ladite marchandise à des détaillants non agréés, et se prévalaient du fait qu'ayant utilisé Internet, ils ne pouvaient effectuer les vérifications nécessaires au maintien de l'étanchéité juridique du réseau.

La déloyauté sur le marché peut donc être sanctionnée par l'invocation de la théorie de la concurrence ou à l'encontre d'un grossiste cybermarchand, qui méconnaît le fonctionnement d'un réseau. Elle peut aussi l'être, d'une manière un peu plus indirecte, par l'application aux grossistes du droit de la consommation.

B/ Une application à la marge du droit de la consommation aux grossistes.

Sans être exhaustifs sur les possibles application du droit de la consommation aux grossistes, nous nous intéresserons particulièrement au délit de tromperie⁵² qui est constitué lorsqu'au moment de la formation ou de l'exécution du contrat, quiconque dit ou suggère à une partie des informations inexactes et relatives aux qualités substantielles de l'objet de la convention lorsqu'il consiste en un bien mobilier corporel ou une prestation de services.

Des grossistes ont fréquemment pu être condamnés sur ce fondement dans la mesure où la jurisprudence considère par exemple en matière de fruits et légumes que « *le contrôle de conformité des fruits et légumes frais, [...], en vue d'assurer la loyauté des transactions commerciales, s'exerce à tous les stades de commercialisation de ces produits* », donc y compris au niveau du grossiste qui se doit de vérifier que le calibre des fruits importés correspond bien à celui indiqué sur l'emballage⁵³.

⁵⁰ En raison des économies d'échelles réalisées grâce aux quantités traitées, étant entendu que le seuil de revente à perte spécifique aux grossistes prévu par l'article L.442-2 du code de commerce ne s'applique pas en cas de revente au consommateur final.

⁵¹ Cour d'appel, PARIS, Chambre 14 section A, 12 Octobre 2005

⁵² Art L.441-1 et L.454-1 à L.454-4 et L.454-7 du Code de la consommation.

⁵³ Cass. crim., 20 nov. 2001 ; B. : Juris-Data n° 012000; JCP G n° 3, 16 Janvier 2002, 1137

C'est également la tromperie, mais portant sur l'origine du produit, qui a fondé la condamnation d'un grossiste en viande ayant estampillé sa marchandise comme provenant de France alors qu'elle provenait de Hollande⁵⁴. Notons, qu'une action fondée que la publicité trompeuse aurait également pu être retenue.

La potentielle déloyauté des grossistes pourra encore être sanctionnée si elle vise directement leurs partenaires économiques

§.2 : Sanction de la déloyauté entre partenaires économiques.

Après avoir présenté succinctement les pratiques restrictives de concurrence (A), il conviendra d'exposer un exemple où un grossiste a pu être condamné à ce titre (B).

A/ Interdiction des pratiques restrictives de concurrence.

La sanction de la déloyauté entre partenaires économiques est envisagée au travers des pratiques restrictives de concurrence qui sont interdites sans considération de leur impact réel sur le marché.

Il s'agit principalement des pratiques envisagées à l'article L.442-6, I du Code de commerce qui énonce une liste de pratiques présumées restrictives comme l'obtention d'avantages injustifiés ou disproportionnés ; l'existence d'un déséquilibre significatif ; le référencement et l'octroi d'avantages sans contrepartie proportionnée ; l'obtention de conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture des relations commerciales ; la rupture brutale de relations commerciales établies ; la violation d'une interdiction de revente hors réseau ; la prévision de conditions de règlement manifestement abusives ou qui ne respectent pas les délais de paiement légaux et, enfin, de diverses pratiques comme le refus ou le retour de marchandise, ou la non-communication de conditions générales etc.

Les pratiques restrictives peuvent aussi être liées au prix de vente des marchandises⁵⁵ puisque la revente à perte ou l'imposition d'un prix minimal de revente sont considérés comme restrictives de concurrence.

Sans nous intéresser à la totalité de ces comportements et parce que certains d'entre eux sont spécifiquement pris en compte en ce qui concerne les grossistes⁵⁶, nous nous focaliserons sur un exemple de condamnation, sur saisine du ministre de l'Economie, d'un grossiste pour service fictif⁵⁷.

⁵⁴ Cass. crim., 7 avr. 1999, n° 1318, M. Antin : Juris-Data n° 002255 ; Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2000, comm. 54

⁵⁵ C.com. L.442-2 à L.442-10

⁵⁶ Ceux liés à la transparence et à la revente à perte seront abordés dans la seconde Partie (Chapitre 1)

⁵⁷ CA Paris, 15 janv. 2015, n°13/03832, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.137

B/ Application aux grossistes.

En matière de commerce de fruits et légumes, un grossiste avait obtenu, malgré l'interdiction des remises, rabais et ristournes dans ce secteur, un avantage sans contrepartie en violation de l'article L. 442-6-I, 1° du code de commerce, auprès de fournisseurs au titre d'une prestation de mise en avant des produits sur les lieux de vente ainsi que sur son site internet. En effet, la Cour d'appel a considéré que le placement dans le premier rang des palettes de celles des fournisseurs concernés était illusoire et qu'en raison de l'inactivité du site internet le service rendu correspondait à un service fictif, destiné à permettre au grossiste de compenser la suppression des remises, rabais ou ristournes par la loi.

Après que la Cour ait prononcé la nullité des clauses en violation avec l'article L.442-6, I du Code de commerce, ce grossiste a donc été condamné, à rembourser l'ensemble des sommes indûment facturées ainsi qu'à payer une amende civile en réparation du trouble causé à l'ordre public économique.

De manière plus générale, en ce qui concerne particulièrement les grossistes qui bénéficient de conventions récapitulatives dérogatoires pouvant entraîner des modifications des conditions de vente au cours du contrat, notons que les dispositions de l'articles L.442-6, I, 1° et 2° pourraient être utilisées afin de pallier aux risques d'abus qui pourraient découler d'une potentielle modification unilatérale des conditions de vente⁵⁸.

Enfin, dans une optique plus globale de préservation du marché, les grossistes, comme toute autre entreprise, sont soumis au droit de la concurrence, particulièrement en ce qu'il interdit les pratiques anticoncurrentielles.

SECTION II : DANS UN OJECTIF DE PRESERVATION DU MARCHE.

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles (§.1) est envisagée à la fois par le droit communautaire et le droit national qui prévoient un contrôle organisé (§.2).

§1. Interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

Droits interne et européen sanctionnent les ententes anticoncurrentielles et les abus de domination. Le droit interne ajoute les abus de dépendance économique⁵⁹ et prix abusivement bas⁶⁰. Il sera intéressant d'analyser le type d'entente pouvant mettre en cause les grossistes (**A**) ainsi qu'une décision qui a pu être rendue concernant des grossistes en matière d'abus de domination au travers d'un contrôle de concentration (**B**).

⁵⁸ V. infra Partie II, Chapitre I, Section II, §.2

⁵⁹ Exploitation abusive de l'état de dépendance économique prévue à l'article L.420-2 du Code de commerce

⁶⁰ Offre de prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation de l'entreprise qui les propose prévue à l'article L.420-5 du Code de commerce.

A/ L'implication des grossistes dans des ententes.

L'entente est une pratique anticoncurrentielle ayant pour objet ou pour effet de fausser ou d'entraver le jeu de la concurrence, elle peut consister en toute coordination volontaire du comportement de deux ou plusieurs entreprises et peut être formalisée dans un accord ou simplement résulter d'une pratique concertée. Elle est envisagée tant par le droit interne⁶¹ que par le droit européen⁶².

L'entente peut être verticale si elle s'inscrit entre un producteur et un distributeur ou horizontale si elle s'applique entre concurrents sur un même marché. Elle peut encore être constituée en raison de diverses pratiques lorsqu'elles visent selon l'article L.420-1 du code de commerce à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Que l'article 101 TFUE complète par les pratiques visant à :

- appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Ces derniers points semblent par ailleurs appréhendés en droit français au travers des dispositions concernant la communication obligatoire des conditions générales de vente, qui tendent à éviter qu'à prestation équivalente⁶³ les acheteurs ne subissent un désavantage dans la concurrence, et aux prévisions de l'article L.442-6, notamment concernant les tentatives d'obtention d'avantages ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties.

En tout état de cause, il semble qu'aucune distinction ne soit faite en raison de la qualité de grossiste de l'opérateur sanctionnée. Néanmoins, il semble que ceux-ci, en raison de leur qualité d'intermédiaires et des clauses régulièrement stipulées visant à la concession de territoires exclusifs aux grossistes, peuvent particulièrement participer à des ententes ayant pour effet de répartir le marché⁶⁴.

⁶¹ Art. L.420-1, L.420-3 et L.420-4 du Code de commerce

⁶² Art. 81 TCE; 101 TFUE

⁶³ Puisque les conditions différenciées ne sont admises que pour des catégories d'acheteurs différentes

⁶⁴ ADLC Décision n°12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chat ; Cons. conc., déc. n° 07-D-24, 24 juill. 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Leonidas.

Concernant un cas d'entente en raison de la limitation du libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, l'Autorité de la concurrence (ADLC) a par exemple, prononcé un non-lieu à poursuivre au sujet d'une clause de non réaffiliation post-contractuelle d'un groupement de grossistes⁶⁵.

Par ailleurs, concernant la fixation des prix, il a été jugé qu'un prix conseillé n'est pas illicite si les grossistes à qui les prix publics de vente sont adressés ont la possibilité de ne pas les respecter⁶⁶.

B/ Contrôle de concentration concernant des grossistes.

L'abus de position dominante consisterait pour un grossiste ou un groupe d'entreprises parmi lesquelles figureraient au moins un grossiste, disposant d'une place prépondérante sur un marché déterminé, à profiter de sa situation pour adopter certains comportements nocifs pour la concurrence.

Une concentration d'entreprises par le biais de fusion ou d'acquisition n'est, en soi, pas interdite sauf si elle crée ou renforce une position dominante susceptible de déboucher sur des abus.

Le contrôle de concentration relève des missions de l'ADLC qui a, depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, seule compétence en la matière.

Avant que cette disposition n'entre en vigueur, le contrôle était également réalisé par le Ministre de l'Economie, à qui le Conseil de la concurrence pouvait suggérer des mesures pour éviter les abus de domination. Cela a pu révéler des difficultés à fixer les critères pertinents d'évaluation et la possibilité de positions divergentes entre les deux organes de contrôle. Ce fut par exemple le cas lors d'un contrôle concernant l'acquisition de quatre grossistes par le Groupe Arc International, actif sur le secteur des arts de la table⁶⁷.

Lorsqu'un tel contrôle porte sur l'acquisition de grossistes par un fabricant, deux marchés pertinents sont pris en compte, celui de l'approvisionnement par les fabricants et les importateurs en amont et celui de la distribution en aval. Néanmoins, l'avis du Ministre et celui du Conseil de la concurrence divergeaient quant à la segmentation des marchés qu'il convenait d'effectuer afin de mesurer le risque d'abus.

Cela les a conduits à adopter des conclusions divergentes, alors même qu'ils constataient la potentialité de deux risques en raison de l'intégration verticale entre fabricant et grossistes, à savoir :

- celui de l'éviction par la nouvelle entité formé par les quatre grossistes et le groupe Arc des autres grossistes sur le marché aval de la distribution ;

⁶⁵ ADLC, 15 février 2011, n° 11-D-03, commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais.

⁶⁶ Cons. conc. no 02-D-39 du 20 juin 2002, Sté Concurrence (BOCC 2002. 712) ;

⁶⁷ Décision du ministre de l'économie, 24 novembre 2004, relative à une concentration dans le secteur de la distribution en gros des produits des arts de la table

- en conséquence, le risque de forclusion du marché amont si la nouvelle entité en évinçant les grossistes concurrents privaient de débouchés les fabricants concurrents.

Le Conseil de la concurrence considérait que l'entreprise ne disposait pas d'un monopole suffisant sur le marché amont pour l'utiliser comme levier sur le marché aval et évincer les autres grossistes. Il considérait, que, puisque le groupe Arc disposait de moins de 30% du marché amont, les grossistes concurrents auraient la possibilité, même si Arc décidait de ne distribuer ses produits que par l'intermédiaire de ses grossistes, de trouver une offre alternative auprès des autres fabricants. Il n'a donc suggéré au ministre aucun remède.

En revanche, le ministre qui avait quantifié ce critère, avait constaté que la part de l'offre des grossistes dans l'approvisionnement des grandes et moyennes surfaces (GMS), représentaient 60 à 70% en ce qui concerne les arts de la table et que plus particulièrement, au regard des verres à boire, ceux produits par la marque par le groupe Arc représentaient plus de la moitié des linéaires des grossistes.

Il déduisait de ces constatations que si le groupe Arc décidait de ne distribuer ses produits que via ses grossistes intégrés, les grossistes concurrents ne disposeraient pas immédiatement d'une offre alternative auprès des producteurs concurrents du groupe Arc car ceux-ci ne sont, relativement, pas très présents sur le créneau des verres à boire. Le risque encouru était donc que les grossistes concurrents soient déréférencés et disparaissent.

Par conséquent, il importait de mettre en place une période de transition pendant laquelle le groupe Arc s'est donc engagé à maintenir de manière non discriminatoire⁶⁸ les relations commerciales existantes avec les grossistes concurrents sur le marché pertinent pendant une durée de vingt-quatre mois.

Un contrôle est donc nécessaire pour assurer la concurrence sur le marché. Il est effectué au plan national et européen par des autorités de concurrence.

§.2. Un contrôle organisé par des autorités de concurrence.

Le respect de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles est vérifié à la fois par les juridictions nationales qui ont une compétence exclusive pour accorder des dommages et intérêts ou annuler les accords contrevenant au droit de la concurrence, l'Autorité de la concurrence (**A**) et la Commission européenne (**B**).

A/ Le rôle de l'Autorité de la concurrence.

L'Autorité de la concurrence⁶⁹ est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration. Au service du consommateur, elle a pour objectif de

⁶⁸ Sur la base des conditions générales préexistantes avec les grossistes.

⁶⁹ Ancien Conseil de la concurrence qui était depuis un décret du 9 août 1953 une commission rattachée au ministère de l'économie, devenu Autorité de la concurrence conformément à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international.

Afin d'accomplir la mission de régulation concurrentielle qui lui est confiée par le Code de commerce, l'ADLC dispose du pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires aux auteurs d'infractions. En matière d'entente ou d'abus de position dominante, l'article L.464-2 du Code de commerce prévoit que le montant maximal de la sanction pécuniaire est de 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée, ou, si l'auteur de l'infraction n'est pas une entreprise, de 3 millions d'euros.

Dans cette mesure, l'ADLC détermine le montant des sanctions individuelles au regard de l'importance du dommage causé à l'économie, de la gravité des faits, de la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient, et de l'éventuelle réitération d'infractions antérieures aux règles de concurrence.

Outre ces sanctions, l'Autorité a le pouvoir d'adresser des injonctions afin de contraindre les intéressés à modifier leurs comportements. Elle peut par ailleurs, ordonner la publication de la décision⁷⁰.

Deux décisions⁷¹ impliquant des grossistes sont l'illustration de la mise en œuvre de ces pouvoirs de l'ADLC. Néanmoins, dans ces espèces, où l'une consistait en une entente verticale et l'autre était relative à des cas de distribution exclusive en outre-mer en violation de la loi *Lurel* du 20 novembre 2012⁷², ce sont les industriels impliqués et non les grossistes qui ont été sanctionnés ou amenés à prendre des engagements pour faire cesser les pratiques anticoncurrentielles.

L'ADLC partage enfin avec la Commission européenne, la compétence de veiller à la bonne application des articles 101 et 102 du TFUE⁷³, et peut infliger des sanctions pécuniaires en cas d'infraction à ces articles. Elle vise par ailleurs, dans l'application de cette mission à participer à une certaine cohérence des sanctions pécuniaires au niveau européen. En ce sens, si une plainte a déjà été traitée par une autorité nationale, la Commission européenne la rejette à bon droit, il en est de même si l'ADLC est saisie d'une affaire déjà traitée par une autre autorité nationale ou par la Commission européenne⁷⁴.

B/ Le rôle de la Commission européenne

Au niveau européen, l'autorité qui veille au respect de la concurrence est la Commission européenne, aussi appelée Commission de Bruxelles. Elle cumule des pouvoirs de réglementation dans certains domaines⁷⁵, d'enquête et de décision.

La Commission peut se saisir elle-même ou être saisie d'une plainte pour pratique anticoncurrentielle par les Etats membres ou par toute personne, physique ou morale ayant un

⁷⁰ Art. L.464-2 du Code de commerce

⁷¹ Les décisions n°12-D-10 du 20 mars 2012 et 15-D-14 du 10 septembre 2015

⁷² Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite loi *Lurel*

⁷³ Art. 5 et 7 du règlement européen n°1/2003 du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2002.

⁷⁴ Règl. CE 1/2003, art. 13, § 2

⁷⁵ Art. 106 TFUE

intérêt légitime⁷⁶. L'intérêt légitime est caractérisé lorsque le comportement dénoncé est susceptible de léser directement leurs intérêts ou simplement lorsque les personnes opèrent sur le marché où celles-ci sont constatées.

Avant de décider de poursuivre les entreprises, elle a la possibilité de procéder à des enquêtes sectorielles⁷⁷ et peut pour cela bénéficier de l'aide des autorités nationales et des Etats pour obtenir tout renseignement, notamment auprès des entreprises.

Dans les procédures de concurrence, un « conseiller-auditeur » est chargé d'organiser les auditions afin que les droits de la défense soient respectés et éviter le grief de partialité.

Les décisions de la Commission peuvent être frappées d'un recours devant le Tribunal de l'Union européenne puis devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Le pourvoi devant la Cour n'a pas d'effet suspensif, s'il est recevable et fondé, la Cour annule la décision du Tribunal. Si l'affaire est en état d'être jugée, la Cour peut trancher elle-même définitivement le litige. Dans le cas contraire, elle renvoie l'affaire au Tribunal, qui est lié par sa décision.

Les grossistes comme toutes entreprises se voient appliquer ces procédures, ils peuvent également y recourir lorsque des pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre à leurs dépens. C'est ainsi que la Cour de justice des communautés européennes a pu considérer dans un arrêt du 16 septembre 2008⁷⁸ qu'une « *entreprise détenant une position dominante sur le marché pertinent de médicaments qui, afin d'empêcher les exportations parallèles que certains grossistes effectuent d'un État membre vers d'autres États membres, refuse de satisfaire des commandes ayant un caractère normal passées par ces grossistes, exploite de façon abusive sa position dominante* », et confier à la juridiction de renvoi « *de déterminer le caractère normal desdites commandes au regard de l'ampleur de ces commandes par rapport aux besoins du marché dudit État membre ainsi que des relations commerciales antérieures entretenues par ladite entreprise avec les grossistes concernés* ».

* *
*

La définition des grossistes telle qu'établie par le législateur vise à permettre à leur égard l'application de dispositions tenant compte de leurs spécificités. Néanmoins, il ne semble pas possible de parler de la création d'un régime exclusivement dérogatoire qui serait destiné à cette catégorie d'entreprise. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, en tant qu'opérateurs situés sur des marchés, le droit de la concurrence leur est applicable sans grandes distinctions par rapport à d'autres entreprises. En outre, il semble que les mesures dérogatoires qui leur sont applicables en matière de conventions récapitulatives visent en réalité à les exclure de l'application de mesures générales prises en considération d'abus commis par une catégorie particulière d'opérateurs. Ce faisant, il appert que les dispositions adoptées spécialement pour eux ne soient pas à même de permettre aux grossistes indépendants d'endosser le rôle d'acteur clé de la distribution qu'ils pourraient jouer sur des créneaux particuliers de distribution.

⁷⁶ Règl. no 1/2003, art. 7.

⁷⁷ Art. 11 du Règlement no 1/2003 et art. 2, § 1, du Règlement no 773/2004

⁷⁸ CJCE (Grande chambre), 16 septembre 2008, affaires jointes n° C-468/06 et C-478/06

**PARTIE II : LES GROSSISTES, DES ACTEURS
SPECIFIQUES DU SCHEMA DE DISTRIBUTION
INDISPENSABLES AU JEU DE LA CONCURRENCE.**

CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPECIFICITES DES GROSSISTES PAR LE LEGISLATEUR

Les règles relatives à la transparence répondent à l'objectif d'interdiction d'actes liés à des pratiques commerciales déloyales ou abusives. Néanmoins, la contractualisation des relations commerciales qu'elle a entraînée a pu être critiquée par les grossistes qui ont obtenu en raison de leur fonction d'intermédiaire de gros, indépendants, des dispositions permettant une différenciation tarifaire les concernant (**SECTION I**), ainsi qu'un allègement du formalisme des négociations commerciales.

SECTION 1 : LA DIFFERENCIATION TARIFAIRE.

La différenciation tarifaire applicable aux grossistes s'observe en premier lieu du point de vue de leurs fournisseurs qui ont la possibilité de différencier leurs conditions générales de vente (§.1), mais aussi du point de vue de leurs clients professionnels indépendants à qui ils peuvent revendre de la marchandise à un seuil de revente à perte dérogatoire (§.2).

§1 : La possible différenciation des conditions générales de ventes

Bien que l'activité d'achat et revente de marchandises auprès de professionnels qui caractérise les grossistes justifie l'application de conditions générales de vente différenciées à leur égard (**B**), ils ne sont pas exemptés de l'établissement de celles-ci, qui demeurent nécessaires afin d'assurer une certaine transparence (**A**).

A/ La nécessité d'établir des conditions générales de ventes.

L'obligation de communiquer et par conséquent d'établir des conditions générales de vente est la base de la transparence tarifaire. Elle est imposée au premier alinéa de l'article L. 441-6, I du Code de commerce qui prévoit que :

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. »

En effet, ce document a pour finalité de proposer une base unique récapitulant l'ensemble des stipulations qui constituent l'offre émise par un vendeur professionnel aux éventuels acquéreurs. Cette offre a vocation à constituer la base unique des négociations commerciales⁷⁹.

Le but de cette obligation de communication créée par l'article 37-2 de la loi Royer du 27 décembre 1973⁸⁰ et dont le champ d'application a été étendu aux grossistes en 1985⁸¹, est

⁷⁹ Art. L.441-6, I, al. 3 du Code de commerce

⁸⁰ L. n° 73-1193, 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat

⁸¹ L. n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, modifiant l'article 37 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix

de renforcer l'équilibre entre les petits détaillants et la grande distribution, ainsi que de permettre aux entreprises de disposer d'une égalité de traitement dans l'accès aux conditions tarifaires afin de rendre effective l'interdiction des pratiques discriminatoires.

Le contenu des conditions générales relève en partie de la liberté de l'entreprise qui est tout de même contrainte dans leur rédaction par les dispositions de l'article L.441-6, I du Code de commerce et les mentions obligatoires qu'il impose dans un souci de transparence tarifaire à savoir :

- Les conditions de vente ;
- Le barème des prix unitaires, en l'absence de barème préétabli, il s'agit des taux de ristournes habituellement accordés ainsi que les montants des commandes correspondant à ces ristournes, afin que les acheteurs soient en mesure de se prévaloir de ces compléments de comparaison objectifs⁸².
Les produits et services sur devis sont néanmoins exclus de cette obligation. En outre, concernant les services dont le prix ne peut être indiqué avec exactitude, le prestataire est tenu de transmettre la méthode de calcul de celui-ci ou un devis détaillé⁸³;
- Les réductions de prix, qui doivent être indiquées dans leur montant et leur modalités et accompagnées de précisions sur les conditions dans lesquelles elles sont consenties.
Il est à noter que les produits fournis gratuitement ou les services accessoires de la vente font partie de la réduction du prix, à titre quantitatif et à titre qualitatif ;
- Les conditions de règlement, précisant le délai de celui-ci et les modalités de calcul et les conditions d'application des pénalités de retard

La communication des CGV doit normalement avoir lieu avant le 1^{er} décembre de l'année N-1 afin de permettre la formalisation des négociations commerciales avant le 1^{er} mars de l'année N⁸⁴.

Elle peut se faire par tout moyen conforme aux usages de la profession mais ne saurait résulter d'une simple discussion verbale⁸⁵. La nécessité d'utiliser un support durable semble par ailleurs confirmée dans un souci probatoire par l'article 1119 du Code civil tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁶ qui prévoit que « *Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.* »

Cette disposition récente favorise encore la transparence tarifaire nécessaire pour tendre vers des relations commerciales plus équilibrées. Néanmoins, il a été admis que des différenciations tarifaires par catégories de clients existent et puissent être, dans un souci de discrétion, communiqués séparément aux personnes relevant des catégories concernées. Les grossistes font partie de ces catégories.

⁸² Cass. com., 18 janv. 1994, Sté Charpentier Publicité c/ Sté Havas Régies et autres : RJDA 1994, n° 680 n

⁸³ Art. L. 441-6, II du Code de commerce.

⁸⁴ Art. L.441-7 du Code de commerce.

⁸⁵ CA Versailles, 4 mars 1986 : Gaz. Pal. 1986, 1, jurispr. p. 283

⁸⁶ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

B/ La justification de conditions générales catégorielles au regard de l'activité des grossistes.

Depuis la circulaire *Dutreil* du 16 mai 2003⁸⁷, il est admis que « *le champ couvert par des conditions générales de vente détaillées offre en lui-même des possibilités de différenciation tarifaire des clients au regard de la spécificité de leurs demandes* ».

Il est donc possible d'établir des barèmes différents à destination de catégories de clientèles différentes. Ce n'est néanmoins qu'en 2005⁸⁸ qu'a été confirmée que l'obligation de communication ne s'applique qu'aux conditions relatives à la catégorie dont relève l'opérateur.

Il ne fait pas de doute que les grossistes, dont l'activité suppose l'achat de marchandises en grande quantité ainsi qu'une relation étroite avec le fournisseur dont il distribue les produits à d'autres professionnels, justifiaient de la nécessité de bénéficier de tarifs de gros adaptés aux spécificités de leurs demandes.

Ces tarifs potentiellement très intéressants ont un réel enjeu en termes de concurrence comme en témoigne une affaire où un groupement de distributeurs grossistes en pièces détachées, SMEA, estimaient que grâce à des conditions de vente plus avantageuses, ses concurrents avaient réussi à gagner des marchés, ce qui avait placé ses adhérents en difficultés financières.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 mai 2010⁸⁹, sans établir de lien entre la perte des marchés des adhérents de SMEA et l'existence d'une discrimination tarifaire, a confirmé la condamnation du fournisseur en pièces automobiles à communiquer sous astreinte les conditions de vente, barèmes de prix unitaires, réductions de prix et conditions de règlement qu'il appliquait aux différents groupements nationaux de grossistes.

En effet, il a été établi que ces grossistes appartenaient à la même catégorie d'acheteurs de produits du fournisseur, que celui-ci n'avait pas établi de conditions générales de vente différenciées en fonction du chiffre d'affaires des grossistes et que les conditions négociées avec les autres grossistes nationaux ne rémunéraient pas des services spécifiques.

Le fournisseur ne pouvait donc pas se prévaloir de conditions particulières de vente pour échapper à l'obligation de communication à la société SMEA de ses conditions générales relatives à la catégorie des grossistes.

Par ailleurs, les CGV catégorielles peuvent être instrumentalisées à d'autres fins. En effet, des groupements de sociétés dans lesquelles figurent à la fois des sociétés exerçant une activité de vente en gros et d'autres de vente au détail peuvent être tentées de faire acheter les marchandises par le type de société bénéficiant des meilleures conditions de vente pour ensuite les distribuer via le second type de société. Cela a pu être observé dans une affaire où pour contourner le refus d'un fournisseur de vendre certains produits en gros, la marchandise a été achetée par des détaillants avant d'être revendu par une structure de regroupement à l'achat à ses adhérents⁹⁰.

⁸⁷ JORF n°121 du 25 mai 2003, Circulaire dite *Dutreil* du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs

⁸⁸ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises

⁸⁹

⁹⁰ Cass. Com. 29 mars 2017, n°15-27.811

Le critère de l'indépendance du grossiste par rapport à des revendeurs au détail semble donc particulièrement important lorsque celui-ci bénéficie d'avantages dans la fixation de ses tarifs de revente.

§2 : Un seuil de revente à perte dérogatoire favorable aux grossistes indépendants

L'interdiction de la revente à perte vise à empêcher la grande distribution à vendre à perte certains produits *d'appel* afin d'attirer la clientèle en espérant que celle-ci se reporte ensuite sur d'autres produits vendus dans le même magasin mais qui permettront de réaliser des marges significatives. Bien que cette pratique puisse sembler favorable aux consommateurs, le législateur l'a prohibée depuis les années soixante⁹¹ en raison du risque d'éviction des petits détaillants qu'elle comporte (A). Néanmoins, la revente par les grossistes si elle est faite auprès de professionnels ne comporte pas ce risque. C'est pour cela qu'il convenait de leur octroyer un régime dérogatoire (B).

A/ L'interdiction de la revente à perte.

L'article L. 442-2 du Code de commerce prohibe « *le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif* ».

La volonté du législateur d'éviter ainsi que de grandes enseignes n'attirent le chaland de manière anticoncurrentielles est illustrée au travers de la sanction encourue. En effet, si la revente à perte est sanctionnée par une amende de 75 000 €, ce montant peut être dépassé et « *porté à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif* ». Par ailleurs, la cessation de l'annonce publicitaire peut être également ordonnée.

La notion de prix d'achat effectif est la notion centrale de l'interdiction de la revente à perte. Alors qu'il n'était déterminé à l'origine qu'en fonction des éléments issus de la facture du fournisseur, il s'agit aujourd'hui du « *prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* ».

Autrement dit, tout avantage financier consenti par le fournisseur - les ristournes et autres rémunérations de contrats de coopération commerciales ou de services – sont pris en compte sans exception ni limitation pour la détermination du prix d'achat effectif et impactent par conséquent le seuil de revente à perte.

⁹¹ Loi de Finance n°63-628 du 2 juillet 1963.

La sanction de la revente à perte est une sanction pénale, il suffit pour que l'intention coupable soit caractérisée que le contrevenant ait eu conscience que le prix de revente était inférieur au prix d'achat.

Les grossistes sont particulièrement concernés par cette interdiction car leur activité ne suppose pas la transformation des produits. En effet, l'article L.442-2 du Code de commerce prévoit bien que l'interdiction ne vise que la revente de produit en l'état. Toutefois, la question du reconditionnement ou du réétiquetage des produits peut se poser. En effet, même si ces opérations n'altèrent pas les produits ils ne sont pas expressément revendus en l'état. Néanmoins, la création d'un seuil dérogatoire en leur faveur apparaît comme justifiée.

B/ Un seuil dérogatoire en faveur des grossistes justifié.

L'alinéa 3 de l'article L.442-2 du Code de commerce prévoit que :

« Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. »

Une telle dérogation⁹² visait selon les débats parlementaires à permettre aux petits commerçants indépendants lorsqu'ils sont approvisionnés par des grossistes de résister à la pression concurrentielle de la grande distribution dans la mesure où ces derniers se voient appliquer un seuil de revente à perte inférieur à celui résultant de la réglementation générale applicable aux grandes surfaces.

Ainsi, les petits commerçants qui contrairement à la grande distribution n'ont pas la possibilité de rogner sur leur marge en raison des quantités qu'ils écoulent, peuvent eux-aussi se voir offrir la possibilité de mettre en avant des produits d'appel.

Dans ce contexte, il était indispensable de réserver ce régime de faveur aux grossistes qui sont indépendants par rapport à tous les clients à qui ils revendent leurs produits. Les critères de l'indépendance des entreprises clientes sont précisées par le législateur. Il s'agit de *« toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste »*.

Il ressort, à la lecture des termes du texte que les grossistes ayant une clientèle mixte, composée à la fois des professionnels et des consommateurs, ne peuvent pas bénéficier de la dérogation relative au seuil de revente à perte.

Par ailleurs, la condition de l'indépendance de la clientèle par rapport au grossiste s'apprécie au regard d'éléments de fait et de droit non seulement, il est nécessaire que la liberté de choix de la politique commerciale soit caractérisée et qu'il n'y ait pas de liens capitalistiques ou d'affiliation entre le grossiste et ses clients.

⁹² Rapport AN n° 2429 relatif à la loi 2005-882 du 2-8-2005

Néanmoins, il a pu être précisé⁹³ que rien ne s'oppose, lorsque le grossiste exerce exclusivement à l'égard d'entreprises indépendantes de lui, à ce qu'il bénéficie de la dérogation, quand bien même il aurait des liens capitalistiques ou serait affilié à des détaillants par ailleurs.

Au-delà de la prise en compte de leur position nodale au sein du circuit long de distribution pour justifier des différenciations sur le plan tarifaire⁹⁴, les spécificités des grossistes, relatives au mode d'exercice de leur activité, sont encore prise en compte pour justifier à leur égard une atténuation du formalisme des négociations.

SECTION 2 : L'ATTENUATION DU FORMALISME EN FAVEUR DE LA NEGOCIATION

L'atténuation du formalisme en faveur des négociations menées par les grossistes s'observe non seulement au stade précontractuel au travers de l'allègement des conventions récapitulatives à leur égard (§.1), mais également au cours de l'exécution du contrat via la possibilité de faire évoluer les conditions de vente en cours d'année (§.2).

§1. Allègement des conventions récapitulatives en faveur des grossistes.

Au cours des vingt dernières années, le phénomène de contractualisation des relations commerciales n'a eu de cesse de se renforcer dans un objectif de sécurité juridique et de renforcement de la protection des parties les plus faibles. Le non-respect des dispositions imposant la contractualisation est d'ailleurs systématiquement sanctionné par une amende, pénale ou administrative⁹⁵.

Néanmoins, le législateur a pu tenir des particularités de la relation qu'entretient un fournisseur avec un grossiste qui revend en l'état des produits à des professionnels **(B)** pour alléger la contractualisation des négociations effectuées par les grossistes par rapport aux exigences imposées dans le cadre de la relation fournisseur détaillant **(A)**.

A/ La contractualisation entre fournisseur et détaillant.

Une fois la négociation réalisée sur la base des CGV est terminée, l'article L. 441- 7, I du Code de commerce, issue de la loi *Hamon*, impose aux parties de fixer le résultat de celle-ci au plus tard le 1^{er} mars. Le prix conclu a donc vocation à s'appliquer au plus tard à cette date, concomitamment à l'ensemble des clauses qui auront concouru à sa détermination.

⁹³ Circ. du 8-12-2005 point 4.2.4

⁹⁴ D'une part, du point de vue du fournisseur sa fonction d'interface avec les distributeurs justifie l'application de tarifs de gros dans la mesure où il permet de temporiser l'offre par rapport à la demande. D'autre part, toujours en raison de son rôle d'intermédiaire, il favorise l'approvisionnement des petits détaillants et lorsqu'ils lui sont indépendants est susceptible de leur permettre de rivaliser avec la grande distribution.

⁹⁵ En ce qui concerne les violations aux articles L.441-7 et L.441-7-1 du Code du commerce, elles font encourir une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale.

La convention récapitulative, conclu sous la forme d'une convention unique ou d'un contrat cadre annuel complété de contrats d'applications, formalise donc pour des raisons de transparence et de loyauté des relations commerciales, les dispositions destinées à régir la relation commerciale au cours de l'année.

L'article L.441-7 du Code de commerce est très précis en ce sens qu'il contraint les parties à indiquer dans la convention récapitulative l'ensemble des avantages financiers qui seront accordés par le fournisseur au distributeur en contrepartie des obligations que ce dernier devra exécuter en cours d'année.

Particulièrement, trois types d'avantages sont prévus⁹⁶ :

- Les conditions de l'opération de vente, c'est-à-dire les avantages tarifaires tels que les remises ou les ristournes⁹⁷ ;
- Les services de coopération commerciale, qui contribuent à la valorisation des produits de la marque du fournisseur et qui doivent faire l'objet d'une facture de prestation de service dans la mesure où le distributeur joue un rôle de prestataire en présentant le produit en tête de gondole, ou en publiant des catalogues de produits ;
- Les autres services favorisant la relation commerciale entre fournisseur et distributeur, notamment le référencement, la communication de statistiques ou des services de logistiques. Ces derniers services pouvant être rémunérés sous la forme de remise ou ristourne ou via l'émission de factures de prestation de service.

Parallèlement, l'article L. 441-7 évoque expressément les nouveaux instruments promotionnels et impose de formaliser par contrat de mandat « *les conditions dans lesquelles, le cas échéant, le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services* ».

Les effets de la contractualisation qui sont de favoriser la vérification de la présence d'une contrepartie et l'absence de déséquilibre significatifs dans les droits et les obligations des parties⁹⁸ pourraient semble-t-il être renforcés par l'article 1170 du Code civil qui répute non écrites les clauses privant de leur substance les obligations essentielles.

Néanmoins, il semble que l'utilité de la contractualisation ne se révèle réellement qu'a posteriori, lorsqu'un contrôle est effectué par une autorité. Dans cette mesure, la lourdeur qu'elle représente a pu être vivement critiquée par les grossistes auxquels elle s'appliquait pleinement jusqu'à peu.

B/ La contractualisation entre fournisseur et négociant-grossiste aménagée.

L'article L.441-7-1 issue de la loi *Macron* réalise une adaptation du dispositif général de la négociation commerciale aux relations *amont* fournisseur-grossiste. C'est bien la relation *amont* qui fait l'objet d'adaptations en ce qui concerne la contractualisation. En effet, un grossiste

⁹⁶ Selon une présentation établie par J.C. GRALL, *Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce*, Revue Lamy de la concurrence, N° 53, 1er septembre 2016

⁹⁷ Des remises logistiques, des remises d'assortiment ou encore des ristournes de fin d'année en fonction du CA réalisé par le distributeur.

⁹⁸ Art. L.442-6 1e et 2e du Code de commerce

pourrait se retrouver soumis tout à la fois à l'obligation de rédiger une convention de type loi *Macron* dans sa relation amont avec son fournisseur et une convention de type loi *Hamon* conforme aux prévisions de l'article L.441-7 du Code de commerce dans sa relation aval avec un détaillant. Il faut noter que s'il revend la marchandise à un grossiste, ce sera là encore une convention de type loi *Macron*, conforme aux prévisions de l'article L.441-7-1 qui s'imposera.

Il reprend, globalement les exigences de l'article L. 441-7. Une convention récapitulative doit, toujours avant le 1^{er} mars et sous peine de sanction, être conclue et envisager les conditions de vente, la coopération commerciale et les autres services. Néanmoins, à d'autres égards, cet article élabore un régime dérogatoire en faveur des grossistes.

En effet, dans cette convention allégée, ni les CGV du fournisseur, ni le barème de prix ainsi que les modalités de sa consultation n'ont à être annexés.

Néanmoins, l'assouplissement du calendrier de communication des CGV - qui n'a plus à intervenir avant 1^{er} décembre n-1 - est à relativiser au regard de l'article 1119 du Code civil qui prévoit comme condition d'application des CGV leur transmission et leur acceptation par l'autre partie. La limite pour les communiquer semble donc être celle du 1^{er} mars.

En outre, certains auteurs⁹⁹ ont pu relever que la difficulté d'établir plus tôt les CGV qui semblaient justifier cet assouplissement, n'était en réalité pas forcément propre aux grossistes et que la diversité de ce métier est telle que certains d'entre eux pourraient ne pas y être soumis.

Ils soulevaient également les difficultés et les retards qu'une telle exemption était susceptible d'entraîner dans la relation aval avec les acheteurs professionnels du grossiste dans la mesure où dans ce cas le grossiste est considéré comme fournisseur et doit lui-même communiquer ses CGV avant le 1^{er} décembre n-1, ce qui dans les faits semble difficilement réalisable s'il ne reçoit que tardivement les CGV de son fournisseur.

Concernant l'abandon de l'obligation de mentionner le barème de prix, là encore, la doctrine rend un avis critique en estimant que la nécessité de favoriser l'évolution des prix concernant l'activité de gros ne justifiait pas l'abandon de la mention dont l'objectif était de favoriser le contrôle des résultats de la négociation.

Par ailleurs, deux obligations expressément prévues par la loi Hamon ne sont pas reprises par l'article L.441-7-1 du Code de commerce.

Il s'agit en premier lieu de l'obligation de l'entrée en vigueur concomitante, du prix convenu et des « *clauses prévues au 1^o et 3^o* », soit l'ensemble des conditions négociées. Cette obligation visait à lutter contre l'obtention de conditions injustifiées en sanctionnant le simple décalage temporel entre l'application des conditions et le prix.

En second lieu, l'article ne reprend pas l'obligation de « *répondre de manière circonstanciée à toute demande écrite du fournisseur portant sur l'exécution de la convention, dans un délai qui ne peut dépasser deux mois* ».

Il semblerait que de telles suppressions à l'égard du commerce de gros soient justifiées par l'équilibre supposé exister dans les relations fournisseurs-grossistes.

⁹⁹ FERRIER N., *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 ?*, op.cit.

Si la portée de ces aménagements à la convention fournisseur-grossistes a pu être critiquée, il semble que l'évolution des conditions de vente également allégée par l'article L.441-7-1 réponde plus spécifiquement aux particularités des grossistes.

§2. La possibilité d'une évolution des conditions de vente en cours d'années.

L'évolution en cours d'année des conditions de vente prévues par la convention récapitulative est possible quel que soit le type de relation en cause, néanmoins, les relations fournisseurs-grossistes pourront être modifiées plus facilement. Il conviendra d'envisager le formalisme de telle modification (**A**) ainsi que leur objet (**B**).

A/ Le formalisme propre aux évolutions des conditions de vente.

La convention unique prévue à l'article L. 441-7 fixe les conditions commerciales, telles qu'elles ressortent de la négociation, pour une durée d'un an, ce que certains auteurs qualifient de principe d'immutabilité et d'annualité¹⁰⁰.

Pour autant, des modifications peuvent y être apportées. Toutefois, elles ne peuvent être adoptées qu'en suivant la règle du parallélisme des formes, c'est-à-dire par le biais d'un avenant écrit, conformément aux conditions de l'article L. 441-7. En effet, toutes les conditions négociées doivent faire l'objet d'une convention unique écrite, quels que soit le moment de leur adoption, antérieurement ou en cours d'exécution du contrat.

Par ailleurs, les modifications ne peuvent intervenir que de manière marginale¹⁰¹, et doivent résulter d'un commun accord ou d'une clause de modification automatique, mais non d'une clause de modification unilatérale.

Ce régime inadapté au commerce de gros, notamment en raison d'une plus grande volatilité des prix et du nombre plus important de partenaires¹⁰² a été aménagé par l'article L.441-7-1 du Code de commerce qui prévoit que la convention unique envisage « *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* ».

La doctrine note que cette disposition facilite la modification de la convention unique à la fois sur le plan formel et sur le plan substantiel, puisqu'elle permet de prévoir au moment de la signature de la convention initiale, les situations pouvant donner lieu à modifications et les modalités afférentes, outre les possibilités de modifications accordées par l'article L.441-7.

¹⁰⁰ N. FERRIER op. cit.

¹⁰¹ CEPC, avis n° 10-13, 29 sept. 2010. - DGCCRF, note d'information 2014-185, 22 oct. 2014, p. 32

¹⁰² 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>

Sur le plan substantiel, il semble que la convention initiale puisse prévoir des modifications automatiques comme le permet le régime général de L.441-7. Toutefois, l'apport de l'article L.441-7-1 au-delà de cette première hypothèse suppose une analyse plus approfondie.

B/ L'objet des modifications des conditions de vente.

Il appert que les parties à une convention type loi *Macron* doivent pour modifier le contenu de la convention, préalablement indiquer le type de situations dans lesquelles les conditions dérogatoires doivent s'appliquer.

Néanmoins la question de la liberté des parties dans la fixation des situations emportant modifications doit forcément être posée. En effet, le principe de la liberté contractuelle conduirait à apporter une réponse positive. Toutefois, l'esprit du dispositif même des conventions récapitulatives est de baser la relation sur celles-ci et de trop importantes modifications risqueraient de vider ces conventions de leur substance. En outre, la doctrine autorisée fait valoir que la lettre même de l'article L.441-7-1 prévoit que les modifications interviennent dans des conditions dérogatoires, soit exceptionnelles.

Elle relève par ailleurs qu'aucune précision n'est apportée concernant l'identification des situations donnant lieu à modifications ni leurs modalités. Toutes les options demeurent donc possibles : la modification automatique ; la stipulation d'une clause de renégociation ; voire une modification unilatérale. Dans ce contexte, il pourrait être opportun de les mettre en rapport avec la finalité du texte qui est de tenir compte des spécificités des grossistes. Là encore, la doctrine considère qu'il serait exagéré de libérer à ce point les modalités de modifications des conditions de vente car le risque d'abus serait trop important au regard du but poursuivi. Bien sûr, il semble que ces dispositions puissent s'expliquer par l'équilibre des relations entre opérateurs et par ailleurs, les éventuels abus pourraient être sanctionnés au moyen des dispositions relatives au déséquilibre significatif ou à l'absence de contreparties.

Concernant plus spécifiquement une éventuelle modification du prix, la question se pose de savoir quelle articulation mettre en place entre une telle éventualité et les prévisions de l'article L.442-6-1 12° qui suppose une certaine intangibilité du prix et sanctionne le fait « *de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent [...] 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, [...] 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], ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8* »

Il semble falloir considérer qu'en vertu de l'article L. 441-7-1, la modification du prix est possible selon un dispositif allégé, mais qu'en vertu de l'article L. 442-6, I, 12°, le prix pratiqué ne peut être distinct de celui convenu ou modifié conformément à l'article L. 441-7-1, I, 1°, alinéa 2.

L'exposé de ce dispositif dérogatoire applicable au commerce de gros semble révéler une impossibilité pratique pour le législateur de tenir compte de l'ensemble des spécificités sectorielles. De la même manière que le régime de l'article L. 441-7 du code de commerce était initialement destiné à rééquilibrer le rapport de force existant dans le secteur de la grande distribution et que son application généralisée s'est avérée inadaptée à de nombreux secteurs, ce nouveau dispositif ne semble pas prendre la mesure de son impact sur l'ensemble des catégories de grossistes. En effet, la variété et la nature des problématiques qu'ils rencontrent ou des enjeux qu'ils soulèvent supplantent une analyse uniforme.

On peut d'ailleurs constaté que les dispositifs dérogatoires mis en place en faveur des grossistes ne permettent pas de se développer sur des créneaux où leur intervention est pourtant nécessaire au vu de leur remarquable utilité.

CHAPITRE II : LA REMARQUABLE UTILITE DES GROSSISTES SUR DES CRENEAUX SPECIFIQUES DE DISTRIBUTION.

Selon Philippe Dugot¹⁰³, les grossistes traditionnels, qui ont dû faire face à une certaine marginalisation en raison du développement d'autres opérateurs exerçant une fonction de gros, justifient tout de même leur utilité « *en se positionnant par rapport à trois facteurs principaux : un certain type de clientèle, un certain type de produits et un territoire spécifique* ».

Cela semble en effet se vérifier au regard de deux exemples particuliers :

- La répartition pharmaceutique où les grossistes-répartiteurs interviennent auprès d'une clientèle spécialisée pour la distribution de produits spécifiques (**SECTION I**)
- La distribution outre-mer, territoires *entièrement à part* où les grossistes indépendants pourraient être les garants d'une saine concurrence (**SECTION II**).

SECTION I : LE GROSSISTE, INTERMEDIAIRE NECESSAIRE A LA DISTRIBUTION DE PRODUITS IMPLIQUANT UNE GRANDE TECHNICITE, LE CAS DES GROSSISTES-REPARTITEURS.

Le rôle des grossistes-répartiteurs semblent indispensable au regard des enjeux d'accès de la population aux médicaments et du mode de répartition des officines de détails sur le territoire. En effet, ces opérateurs apparaissent comme particulièrement indiqués pour approvisionner les petites clientèles essaimées sur un secteur donné et réalisant notamment de nombreuses commandes de petites quantités de marchandises.

Dans ce contexte, ils se présentent comme les protagonistes d'un système de distribution performant (§1) mais dont le modèle économique révèle une certaine inadéquation par rapport aux réalités du marché (§2)¹⁰⁴.

§1. LES GROSSISTES-REPARTITEURS, DES ACTEURS D'UN SYSTEME DE DISTRIBUTION PERFORMANT

C'est durant la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁵ que le législateur a consacré la différence entre les grossistes répartiteurs et les détaillants de produits pharmaceutiques. La répartition est

¹⁰³ DUGOT Ph., *op. cit.*, p.112

¹⁰⁴ Inspection générale des affaires sociales, *La distribution en gros du médicament en ville*, Rapport n°2014-004 R3, (2014).

¹⁰⁵ Loi n° 41-3890 du 11 septembre 1941(*JO 20 sept. et rect. 5 oct. et 4 déc. 1941*)

aujourd'hui la principale voie d'approvisionnement car elle est spécifiquement adaptée à la distribution des médicaments (A).

Par ailleurs, l'enjeu de santé publique liée à ce type de produits impose des obligations de service public (B), dont l'inobservation est sanctionnée par un régime spécial d'infractions.

A/ Le grossiste-répartiteur, un expert logistique.

Il est important, pour comprendre la pertinence de l'existence de grossistes sur ce type de marchés, de préciser que les répartiteurs, sont en mesure de livrer aux officines quotidiennement et même plusieurs fois par jour les médicaments commandés parfois quelques heures plus tôt parmi plus de trente mille références¹⁰⁶.

Cela requiert une organisation conséquente dans la mesure où il est nécessaire d'anticiper les besoins des officines afin de passer commande auprès des laboratoires et d'en recevoir livraison, en règle générale via un dépositaire¹⁰⁷.

En outre, les $\frac{3}{4}$ des médicaments étant vendus au maximum une fois par mois par officine, il semble que sans l'action des répartiteurs la majorité des pharmacies ne pourrait avoir en stock les médicaments peu prescrits¹⁰⁸.

Les répartiteurs garantissent donc aux pharmaciens un service de proximité particulièrement adapté à leur activité dans la mesure où il permet un stockage à moindre coût et une livraison de médicaments au fil des besoins. En effet, en France, dans la mesure où il existe plus de trois cent laboratoires fabricants et autant de fabricants d'accessoires et de dispositifs paramédicaux. Les 21 772 pharmacies devraient donc théoriquement négocier leurs achats auprès de plus de six cent fournisseurs.

Néanmoins, la présence des répartiteurs n'a pas empêché le développement de groupements de pharmaciens d'officine qui se bornent à négocier des prix avantageux pour leurs adhérents et s'apparentent à des centrales de référencement, ainsi que des centrales d'achat pharmaceutiques créées en 2009¹⁰⁹.

Celles-ci, visent à l'achat de médicaments non remboursables pour le compte de pharmaciens titulaires d'officine adhérents, et sont soumises, comme les grossistes-répartiteurs, à une autorisation préalable d'ouverture auprès de l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé (ANSM)

¹⁰⁶ Chambre Syndicale de la Répartition Pharmaceutique, *L'essentiel 2016*, la répartition pharmaceutique, (2016)

¹⁰⁷ Les dépositaires sont des entreprises qui, sans posséder les stocks, réalisent une prestation logistique pour le compte d'un ou plusieurs laboratoires. On parle notamment de *comptoir de vente*, une activité lorsque les porteurs de capitaux d'une société exerçant une activité de dépositaire sont précisément les laboratoires dont les produits sont distribués.

¹⁰⁸ CERP Rouen, Répartition : un expert logistique, garant de la santé publique, (2010)

¹⁰⁹ Décret n° 2009-741, 19 juin 2009 : JO 21 juin 2009

B/ Le grossiste-répartiteur, garant de la santé publique.

En France, le Code de la santé publique¹¹⁰ impose spécifiquement aux grossistes-répartiteurs, outre d'avoir la qualité de pharmacien¹¹¹ :

- De desservir toutes les officines situées sur le territoire de répartition déclaré
- De disposer d'un « *assortiment de médicaments comportant au moins 90% des présentations de spécialités pharmaceutiques effectivement commercialisées en France* »
- De disposer d'un stock suffisant afin de « *satisfaire à tout moment la consommation de sa clientèle habituelle pendant au moins deux semaines* »
- « *De livrer dans les vingt-quatre heures toutes commandes passées avant le samedi 14 heures.* »
- D'assurer une astreinte le samedi après 14 heures pour la livraison de médicament urgent.

En outre, ils participent à la gestion des crises en stockant des produits sensibles ou d'urgence. Néanmoins, il appert que ces obligations de service public ne font pas l'objet d'une rémunération spécifique, bien que leur violation soit sanctionnée par l'article L.5423-5 du Code de la santé publique¹¹² et soit susceptible d'entraîner le prononcé d'une sanction financière par l'ANSM¹¹³.

Au-delà de ces obligations de service public, les grossistes sont également soumis aux dispositions d'origine européenne concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain¹¹⁴ notamment s'agissant des équipements et des locaux, mais aussi de l'obligation d'enregistrer les transactions.

§2. L'AVENIR ECONOMIQUE DES GROSSISTES-REPARTITEURS MENACE.

L'équilibre économique de la répartition a été déstabilisé par le développement relativement récent des médicaments génériques qui a permis la progression des ventes directes entre laboratoires et officines¹¹⁵, concurrence **(A)** qui désavantage les grossistes répartiteurs en raison du système de financement de la répartition **(B)**.

¹¹⁰ Code de santé publique, art. R.5124-59

¹¹¹ L.5124-2 Code de la santé publique

¹¹² Par deux ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende

¹¹³ C. santé publ., art. L. 5423-8, 5°

¹¹⁴ Art. R. 5124-58 du Code de la santé publique reprenant la directive n° 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 (art.78 à 85).

¹¹⁵ 1/3 des ventes de génériques se fait par ce canal (IGAS, rapport n°2014-004 R3)

A/ La répartition concurrencée par la vente directe.

La France est le seul pays de l'Union européenne à avoir reconnu aux pharmaciens un pouvoir de substitution concernant les médicaments génériques¹¹⁶. Dans cette mesure, les laboratoires qui ont intérêt à développer la vente directe afin d'avoir un meilleur suivi de leur produit ont tendance à opter pour ce canal pour la distribution des médicaments génériques.

Dans le cadre de la vente directe, le dépositaire assure la fonction de stockage pour le compte du laboratoire et prépare les commandes qu'il distribue par ordre de celui-ci sans jamais être propriétaire de la marchandise. Ces opérateurs semblent aujourd'hui disposer d'une ingénierie équivalente à celle des répartiteurs ce qui pourrait être un facteur du développement de ce mode de distribution.

Outre la présence d'opérateurs aptes à assurer la logistique, il semble surtout que la vente directe des médicaments génériques ait été favorisée par le fait que les répartiteurs aient initialement laissé ce segment d'activité moins rentable à la vente directe.

Il semble par ailleurs qu'elle permette à l'officine de capter tout ou partie de la marge de distribution en gros et ce faisant participe au dévoiement du système de financement de la répartition.

B/ Dévoiement du système de financement de la répartition.

En théorie, les répartiteurs sont rémunérés par une marge de 6,68% du prix fabricant hors taxe (PFHT) assortie d'un plancher de 0,30 € par boîte ainsi qu'un plafond de 30 €. Cette marge est en réalité financée par l'assurance maladie car elle en tient compte pour la fixation du prix public toutes taxes comprises (PPTTC) des médicaments.

Néanmoins, il semble que leurs rémunérations soient moindres en raison des réductions de prix offertes aux officines ou des services qu'ils leur rendent dans le cadre de contrats de coopération commerciale.

En tout état de cause, le dévoiement du système de financement de la répartition s'opère en raison des économies que réalisent les officines par le biais de la vente directe. En effet, il semble que le nombre restreint d'intermédiaires permette de réduire les coûts de distribution alors qu'en parallèle, le consommateur final paie le prix de la répartition¹¹⁷.

Cette situation est dénoncée par les grossistes métropolitains qui considèrent que la marge est déconnectée de leurs coûts¹¹⁸. En outre-mer, en revanche, les surcoûts liés au transit et à l'octroi

¹¹⁶ Là où d'autres pays ont opté pour la simple incitation à la substitution ou le monopole du médecin sur la question (IGAS précité)

¹¹⁷ A savoir la prise en compte dans le Prix public toutes taxes comprises de la marge de gros.

¹¹⁸ Question écrite avec réponse n° 90788, 3 novembre 2015 – Pharmacie et médicaments – Médicaments – Grossistes-répartiteurs. revendications. – M. Martial Saddier – Affaires sociales, santé et droits des femmes.

de mer sont pris en considération et induisent une majoration de la marge de répartition qui peut atteindre jusqu'à 44% du PFHT sans qu'aucun plafonnement ne soit appliqué¹¹⁹.

On peut y voir une prise en compte de la spécificité de ces territoires qui s'illustre par ailleurs par le rôle clé que pourrait y jouer des grossistes indépendants en matière de concurrence.

SECTION II : LE GROSSISTE, ACTEUR CLE DE LA DISTRIBUTION A L'ECHELLE TERRITORIALE, LE CAS DE L'OUTRE-MER.

Historiquement, le commerce de gros tire sa justification de la déconnexion spatiale, économique et temporelle entre la production et la consommation. Les grossistes se sont ainsi développés car à l'origine, ni les opérateurs distribuant leurs produits aux consommateurs finaux, ni les fournisseurs n'étaient en mesure de prendre en charge la fonction de gros pour leur propre compte.

On comprend donc aisément, dans la mesure où elle est un facteur de rationalisation économique dans l'acheminement et la distribution des produits, que la fonction de gros soit indispensable en outre-mer où la majorité des biens consommés sont issus de l'importation¹²⁰. Dans ce contexte, plusieurs mesures ont été mises en place par le législateur pour favoriser le pouvoir d'achat des consommateurs. Il s'agit notamment d'une part de lutter contre la distribution exclusive en outre-mer (§.1) et d'autre part, de favoriser le développement du commerce de gros, présenté comme une nécessité dans ces territoires (§.2).

§1. LUTTE CONTRE LA DISTRIBUTION EXCLUSIVE EN OUTRE-MER

L'Autorité de la concurrence est un acteur majeur de la lutte contre la distribution exclusive outre-mer (A) qui ne doit pas être un frein à la mise en place de pratiques favorables aux consommateurs (B).

A/ L'Autorité de la concurrence, acteur majeur de la lutte contre la distribution exclusive outre-mer.

L'article L.420-2-1 du Code de commerce¹²¹ interdit aux entreprises intervenant sur les marchés outre-mer de maintenir ou mettre en place des « *accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ».

¹¹⁹ IGAS précité.

¹²⁰ INSEE, *Comptes économiques rapides de La Réunion en 2015*, (2016)

¹²¹ Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite loi *Lurel*

L'Autorité de la concurrence a la possibilité de se saisir d'office lorsqu'elle constate des manquements à cette disposition¹²². Elle considère d'ailleurs que les « *situations d'exclusivité sont susceptibles de limiter l'ampleur de la concurrence intramarque sur chaque territoire domien. Cette limitation peut, dans une certaine mesure, réduire la concurrence intermarque en raison d'un risque de nivellement des prix des produits de grande consommation importés de métropole, déjà très élevés par rapport aux prix de mêmes produits vendus en métropole* ».

C'est ainsi que dans une décision récente¹²³, elle a sanctionné l'entreprise Henkel qui avait concédé à ses grossistes intervenant en outre-mer, des droits exclusifs d'importation sur les territoires qui leur étaient attribués tout en leur interdisant de vendre des produits concurrents d'Henkel, ou de vendre les produits de cette entreprise en dehors du territoire donné.

Cette décision 16-D-15 qui a condamné solidairement la société Henkel, sa société mère et ses grossistes en outre-mer¹²⁴ constitue la première sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L.420-2-1.

Antérieurement à cela, elle avait obtenu de plusieurs industriels métropolitains qu'ils mettent fin à la distribution exclusive qu'ils avaient établi avec leurs grossistes en outre-mer. Ceux-ci, allant au-delà de leurs obligations légales ont en outre proposé de sélectionner périodiquement leurs grossistes non exclusifs à partir de procédures d'appel d'offres ou de mise en concurrence transparentes et non discriminatoires.

Il est intéressant de noter que dans la proposition établie par la société BOLTON SOLITAIRE SA¹²⁵, celle-ci « *s'engage à formaliser, par écrit, les accords de distribution qui résulteraient de cette négociation* ». On peut s'interroger sur la nécessité d'une telle mention puisque la relation fournisseur-grossiste semble ici soumise à l'un des articles L.441-7 ou L.441-7-1 du Code de commerce¹²⁶ en fonction de l'appartenance ou non de l'intermédiaire basé en outre-mer à la catégorie de grossiste.

Quoi qu'il en soit, ce processus de mise en concurrence des intermédiaires de gros qui a été approuvé et rendu obligatoire par l'Autorité, est de nature à favoriser la baisse des prix des produits de grandes consommations ou du moins d'en limiter l'augmentation grâce à une stimulation de la concurrence entre grossistes. La tolérance des pratiques exclusives favorables aux consommateurs va dans le même sens.

B/ La tolérance des pratiques exclusives favorables aux consommateurs.

La prohibition édictée par l'article L.420-2-1 du Code de commerce est tempérée par l'article L. 420-4 III du Code de commerce qui précise que « *ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 420-2-1 les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.* »

¹²² En application des dispositions de l'article L. 462-5 du Code de commerce

¹²³ Aut. conc, déc. n° 16-D-15 du 6 juill. 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer

¹²⁴ Cette condamnation a vu la mise en œuvre pour la première fois par l'Autorité de la concurrence de la procédure de transaction issue de la loi Macron et codifiée à l'article L.464-2 du Code de commerce.

¹²⁵ V. Proposition d'engagements présentés par la société BOLTON SOLITAIRE SA 4 mai 2015

¹²⁶ Cad. à l'obligation d'établir une convention récapitulative.

Il semble donc que des hypothèses de distribution exclusive soient envisageables dans la mesure où elles iraient dans le sens de l'intérêt des consommateurs. Un tel tempérament paraît salubre tant les situations pouvant donner lieu à une situation d'exclusivité sont variées et peuvent engendrer des conséquences différentes.

En effet, en dehors de la grande distribution où l'exclusivité entraîne quasiment systématiquement une limitation de la concurrence intra marque et par conséquent une augmentation du prix final, il y a des secteurs où l'exclusivité pourrait en revanche permettre une réduction du prix en faveur du consommateur.

On peut par exemple penser à des secteurs où la consommation des produits est beaucoup plus lente comme dans la distribution des produits de luxe. Il est certain que si chaque détaillant commande individuellement avec le fournisseur il pourra difficilement négocier des tarifs permettant d'impacter favorablement le prix de vente final. En revanche, un grossiste qui achèterait les produits pour les redistribuer ensuite aux détaillants du territoire pourrait en raison de la taille du marché, rapidement se trouver dans une situation d'exclusivité de fait. Une telle hypothèse serait tolérée si les détaillants profitaient de la présence du grossiste pour réduire les prix appliqués aux consommateurs.

Il est effectivement possible que les détaillants en profitent en réalité pour augmenter leurs marges en maintenant les prix de vente. Cette limite pourrait être surmontée si le grossiste lui-même pouvait également exploiter un ou plusieurs magasins de vente au détail qui pourraient être les moteurs d'une mise en concurrence.

Si une telle hypothèse n'est pas interdite par la loi, il semble néanmoins qu'elle désavantagerait le grossiste-détaillant dans la mesure où il ne bénéficierait pas du régime dérogatoire créé par l'article L.441-7-1 du Code de commerce. On peut imaginer contourner la difficulté liée à l'exploitation d'un magasin de détail, par la création d'une société chargée de la fonction de gros et qui serait indépendante des sociétés exploitant les magasins de détail. Néanmoins, la pertinence d'une telle solution semble soumise à l'interprétation qui pourrait être faite de la définition de la catégorie de grossiste, notamment de l'exclusion de celle-ci des opérateurs exploitant même *indirectement* un magasin de commerce de détail. En effet, la portée de cet adjectif n'est pas définie, on ne sait donc pas si une identité de dirigeant entre les sociétés évoquées pourrait être de nature à exclure la qualification de grossiste.

Une observation de la pratique en outre-mer semble montrer que la création de PME exerçant l'activité de grossiste sur ces marchés est généralement issue de l'initiative de chefs d'entreprises, exploitant par ailleurs des entreprises de prestation de service ou de distribution au détail, qui font le constat de l'existence d'un créneau pour le commerce de gros, ou de la possibilité de gagner des parts d'un marché accaparé par des entreprises préétablies en devenant acteurs de la concurrence.

§2. LE NECESSAIRE DEVELOPPEMENT DU COMMERCE DE GROS EN OUTRE-MER

L'utilité de la fonction de gros en outre-mer ne fait pas de doute mais semble se révéler insuffisante au vu de la récurrence du thème de la *vie chère* sur ces territoires. Le législateur est donc contraint pour y remédier de recourir à des palliatifs afin de limiter les symptômes liés à l'absence de grossistes indépendants sur certains territoires comme Mayotte ou la Guyane (A), ou encore pour tenter d'atténuer les conséquences liées à l'importances des marges de chaque opérateur à chaque stade de l'approvisionnement (B).

A/ Lutte contre l'absence de grossistes sur certains territoires d'outre-mer.

Faisant le constat que, malgré la création en 2012 du *bouclier-qualité-prix*¹²⁷ à l'article L.410-5 du Code de commerce, qui impose aux organisations professionnelles du commerce de détail et leurs fournisseurs de négocier chaque année avec le représentant de l'Etat sur ces territoires, un « *accord de modération du prix global d'une liste limitative de produits de consommation courante* », la difficulté à obtenir une modération des prix des commerces de détail à Mayotte et en Guyane résultait du fait que ces derniers sont contraints « *de s'approvisionner auprès des grandes et moyennes surfaces de l'île qui se trouvent en situation d'oligopole et qui refusent [...], de pratiquer à l'égard de ces petits commerces un tarif de gros.* »¹²⁸

Un nouvel article L.410-6 a donc été introduit au sein du Code de commerce par la récente loi sur l'égalité réelle outre-mer¹²⁹ qui prévoit « *A titre expérimental et pour une durée de cinq ans à compter du 1er juillet 2017* », une négociation annuelle entre le représentant de l'Etat et les grandes et moyennes surfaces portant sur « *un tarif professionnel maximal pour leur activité de gros à l'égard des petites surfaces de commerce de détail enregistrées au registre du commerce et des sociétés* »

Il est en outre précisé qu'en « *l'absence d'accord dans un délai d'un mois à compter de l'ouverture des négociations, le représentant de l'Etat arrête, sur la base des négociations mentionnées au I, le tarif professionnel maximal ainsi que ses modalités d'encadrement.* »

L'on peut s'interroger sur la pertinence à long terme d'un tel interventionnisme de l'Etat quand de l'aveu même de la ministre « *L'exercice est délicat* » et s'apparenterait davantage à un plan de convergences plutôt qu'à un sujet législatif¹³⁰.

En tout état de cause, cette solution provisoire ne semble pas aller en contradiction avec la législation européenne relative aux aides d'Etat¹³¹ interdisant certaines aides susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises dans la mesure où ces dispositions

¹²⁷ Loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer (lire *LREOM*)

¹²⁸ Assemblée Nationales, *Rapport sur le projet de loi n°4000, de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économiques*, 28 septembre 2016, p.163

¹²⁹ Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, Art.63

¹³⁰ *Rapport sur le projet de loi n°4000* précité p.164

¹³¹ Art. 107 à 109 TFUE

prévoient également que peuvent être compatibles avec le droit européen « *les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi* » ou encore celles « *destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun* »¹³².

Il semble qu'à long terme, la création d'un cadre favorable à l'installation et au développement de grossistes indépendants en outre-mer ainsi que l'ouverture de l'économie de ces territoires aux marchés régionaux, pourraient être des solutions plus pérennes afin de lutter contre la problématique de la *vie chère*. Néanmoins, des réflexions sont menées qui visent semble-t-il à moyen terme à « *favoriser la création de centrales d'approvisionnement régional* »¹³³.

B/ La recherche de solutions au coût élevé de l'approvisionnement outre-mer.

En 2009¹³⁴, l'Autorité de la concurrence rendait un avis préconisant de réformer la chaîne logistique et proposait l'engagement d'une réflexion sur « *la création et les modalités de fonctionnement d'un centre de stockage départemental unique, géré par le biais d'une délégation de service public, qui permettrait de surmonter, ou du moins d'atténuer, la plupart des (limites de la chaîne logistique outre-mer)* »¹³⁵.

Elle relevait en effet que le choix de privilégier le circuit long de distribution impliquant l'achat-revente de produits importés de métropole vers les DOM par des importateurs-grossistes avant d'être transférés aux détaillants, induisait un niveau de prix important dans ces territoires. En effet, en raison du processus de formation de prix, ceux-ci sont impactés par les marges plus ou moins élevées appliquées par les opérateurs à chaque étape de la distribution.

Ce constat et cette position avaient été repris par un groupe de parlementaires qui avaient par un amendement n°1053 à l'article 10 B de la loi *Macron* du 6 août 2015 proposé l'établissement par le Gouvernement, d'un rapport portant, « *dans les départements et régions d'outre-mer, sur les modalités de création et de fonctionnement de centrales d'approvisionnement et de stockage régionales qui, par mutualisation des moyens, réduiraient les coûts et permettraient aux distributeurs de mieux faire jouer la concurrence entre fabricants et intermédiaires.* »

Cet amendement n'a pas été adopté, mais force est de constater que l'idée, bien que présentant des difficultés de mise en place, est plébiscitée à l'échelon de ces territoires. Ainsi, en 2012

¹³² Art. 107 3 a) et c) TFUE

¹³³ <http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410008.html#R10B>

¹³⁴ Suite notamment aux mouvements de grèves générales qui avaient secoué certains départements d'outre-mer au début de l'année 2009.

¹³⁵ Autorité de la concurrence, *Avis n°09-A-45 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer*, 8 septembre 2009

déjà¹³⁶, la Chambre de commerce et d'industrie de la Réunion avait repris à son compte l'idée de création d'une plateforme logistique locale en lançant une campagne auprès de 5 000 *petits* détaillants, les incitant à souscrire à projet de centrale d'achat qu'elle portait.

* *
* *

En définitive, il semble que l'évolution des dispositions propres aux grossistes puisse engendrer des critiques dans la mesure où pour régler des problématiques ciblées et liées à des opérateurs particuliers, le législateur a mis en place un régime général, inadapté à d'autres secteurs pour lesquels il a été obligé de créer des dérogations.

Dans ce contexte, les dérogations mises en place ne paraissent pas permettre d'envisager la totalité des problématiques et enjeux qui peuvent être liés aux grossistes. En effet, il apparaît nécessaire de favoriser le développement de petits grossistes indépendant afin de stimuler la concurrence. Néanmoins il est possible de s'interroger sur la nécessité d'imposer une indépendance absolue du grossiste par rapport aux détaillants afin de lui faire bénéficier de dispositions dérogatoires.

Il semble falloir être mesuré concernant les solutions que pourraient apporter l'interventionnisme étatique dans la mesure où il est difficile d'appréhender la totalité des conséquences que certaines dispositions pourraient avoir sur des catégories non concernées.

En effet, d'aucuns¹³⁷ en appellent à la suppression voire à l'allègement du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, parallèlement à un renforcement des mécanismes visant à sanctionner la concurrence déloyale, et veiller à l'application de la règle selon laquelle tout paiement doit avoir une contrepartie réelle portée sur facture.

¹³⁶https://www.clicanoo.re/Economie/Article/2012/10/16/Centrale-dachat-la-CCIR-mobilise-les-5000-petits-commerçants_224294

¹³⁷ POELS P., président du Groupement des industries des biens de consommation durable

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX :

- FERRIER N. et D., *Droit de la distribution*, 7ème éd. LexisNexis, p. 16. (2014)
- GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, (2016)
- MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 7e édition, Syrey, (2017)
- MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, Sirey, Coll. Université, (2015)
- MOUSSERON J.J. et al., *Droit de la distribution*, Lib. techn., (1975)
- PIEDELIEVRE S., *Droit commercial*, 10eme éd. Dalloz, (2015)

OUVRAGE SPECIALISE :

- DUGOT Ph., *Le commerce de gros*, PUF, Coll. Que sais-je ?, (2000)

ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

- FOURGOUX J.L., « Transparence et pratiques restrictives de concurrence. – Règles de fond », in *JurisClasseur Contrats/Distribution*, Fasc. 261, (2016)
- HOUTCIEFF D., « Actes de commerce », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, (2008)
- LEGEAIS D., « Concurrence déloyale et parasitaire », in *JurisClasseur commercial*, Lexis nexis, (2014)

ARTICLES :

- BOUDIN, J.O., *La loi Hamon, une réglementation inadaptée au commerce de gros*, *AJ Contrat* (2015),
- CHANUT O., PACHE G., WAGENHAUSEN F., *Logistique urbaine : refonder les logiques d'intermédiation*, *Management & Avenir* 2012/1 (n° 51), pp.187-207

- DECOCQ G., *Chocolats Leonidas : les distributeurs pourront choisir les grossistes de leur choix*, Contrats Concurrence Consommation n° 10, (2007)
- FERRIER N., *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 ?*, JCP E n° 43-44, 22 Octobre 2015, 1508
- GRALL J.C., *Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce*, Revue Lamy de la concurrence, N° 53, 1er septembre 2016
- LEUNG H. *La négociation commerciale après la loi Macron : simple ajustement ou renforcement des contraintes ?*, Revue Lamy de la concurrence, N° 46, 1er janvier 2016
- MAINGUY D., *La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales*, JCP E n° 8, 23 Février 2006, 1294
- PACHE G., *Intermédiation dans les canaux de distribution : vers un renouveau ?*, Management & Avenir 2012/1 (n° 51), pp. 116-121.
- RONZANO A., *Groupement de grossistes : L'Autorité de la concurrence prononce un non-lieu à poursuivre pour une pratique de non-réaffiliation post-contractuelle d'un groupement de grossistes en fruits et légumes et produits de la mer frais*, Revue Concurrences N° 2-2011, Art. N° 52829 (2011)
- RONZANO A., *Décision d'autorisation : Le Ministre de l'Economie adopte une position divergente du Conseil de la Concurrence concernant l'acquisition de quatre grossistes par un groupe actif sur le secteur des arts de la table (Arc International)*, Revue Concurrences N° 4-2005, Art. N° 61639, (2005)
- TESTU F.X. et HERZELE J., *La formalisation contractuelle du résultat des négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs*, JCP E n° 4, 24 Janvier 2008, 1113
- THOMAS E., *Art. L.420-2-1 C.com – Loi “Lurel” - Distribution exclusive*, Concurrence n°4-2016
- VILMART C., *La loi Chatel pour le développement de la concurrence au service des consommateurs Analyse de ses conséquences dans les relations producteurs distributeurs*, JCP E n° 2, 10 Janvier 2008, 1041
- VOGEL J., *Loi Hamon : guide de la négociation commerciale dans le commerce de gros*, éd. CGI, 2014

COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- CA Paris, 15 janv. 2015, n°13/03832, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.137
- Cass. com., 3 mai 2016, n° 13-23.416, F-D, Sté Venaty France et Sté Pindière : JurisData n° 2016-009025, Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2016, comm. 210
- Cass. crim., 7 avr. 1999, n° 1318, M. Antin : Juris-Data n° 002255 ; Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2000, comm. 54
- Cass. crim., 20 nov. 2001 ; B. : Juris-Data n° 012000, JCP G n° 3, 16 Janvier 2002, 1137
- CJCE, 16 sept. 2008, aff. jtes. C-468/06 à C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE e.a. c/ GlaxoSmithKline AEVE, communiqué ; JCP G n° 39, 24 Septembre 2008, act. 575.

RAPPORTS

- Cons. conc., déc. n° 07-D-24, relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Leonidas, 24 juill. 2007
- Autorité de la concurrence Test de marché du 13 mai 2015
- ADLC Communiqués de 2015 Distribution de produits de grande consommation outre-mer
- ADLC Décision n°12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chat.
- ADLC Décision n° 16-D-15 du 6 juill. 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer
- INSEE, *Le commerce en France*, « Panorama du commerce de gros » pp 54-71.
- INSEE, *Le commerce en France*, édition 2010, pp.54-71
- INSEE, *Esane* (2011)
- Rapport AN no 2072 sur l'évolution de la distribution, JOAN 11 janv. 2000, p. 19
- Rapport AN n° 2429 relatif à la loi 2005-882 du 2-8-2005

DOCUMENTS WEB

- Assemblée nationale, Question écrite n° 4466, Ministère de l'Economie et des Finances, (2012). <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-4466QE.htm>
- Adde Sénat, Compte rendu des débats, 10 avr. 2015 : <http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410008.html#R10B>
- Clicanoo, *Centrale d'achat, la CCIR mobilise les 5 000 petits commerçants*, https://www.clicanoo.re/Economie/Article/2012/10/16/Centrale-dachat-la-CCIR-mobilise-les-5000-petits-commerçants_224294
- <http://www.senat.fr/seances/s201504/s20150410/s20150410008.html#R10B>

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	3
PARTIE I : LES GROSSISTES, DES ACTEURS A PART ENTIERE DU SCHEMA DE DISTRIBUTION SOUMIS A LA CONCURRENCE.....	8
CHAPITRE I : RECONNAISSANCE DES GROSSISTES PAR LE LEGISLATEUR	9
SECTION 1 : DEFINITION LEGALE DE LA NOTION DE GROSSISTE.....	9
§1. LA PERSONNE DU GROSSISTE.....	9
A/ La notion de grossiste stricto sensu.....	9
B/ L'assimilation à la catégorie des grossistes.....	11
1) Un dispositif d'apparence logique.....	11
2) Un dispositif critiqué.....	11
§2. L'ACTIVITE DU GROSSISTE.....	12
A/ Une fonction d'achat-revente de marchandises limitée à titre principal aux relations interprofessionnelles.....	13
B/ Des fonctions connexes reprises dans la convention unique.....	14
SECTION 2 : DISTINCTION PAR RAPPORT AUX AUTRES ACTEURS EXERÇANT DES FONCTIONS DE GROS.....	15
§1 EXCLUSION DES ENTITES EXERÇANT UNE ACTIVITE DE COMMERCE DE DETAIL	15
A/ Une exclusion nécessaire au vu de la raison d'être de l'article L.441-7 du Code de commerce.....	15
B/ L'article L.441-7-1 du Code de commerce, un texte de compromis.....	16
§2 DIFFICULTES D'APPRECIATION DE LA PORTEE DE CETTE EXCLUSION	17
A/ Une nécessaire interprétation de la règle.....	17
B/ Une possible dénaturation de la règle.....	19
CHAPITRE II : LE DROIT COMMUN APPLICABLE AUX GROSSISTES	20
SECTION I : DANS UN OBJECTIF DE PRESERVATION DES INTERETS INDIVIDUELS DES OPERATEURS ECONOMIQUES.....	20
§.1 : Sanction de la déloyauté sur le marché.....	20
A/ Les grossistes soumis aux dispositions sur la concurrence déloyale.....	21
B/ Une application à la marge du droit de la consommation aux grossistes.....	22
§.2 : Sanction de la déloyauté entre partenaires économiques.....	23
A/ Interdiction des pratiques restrictives de concurrence.....	23
B/ Application aux grossistes.....	24
SECTION II : DANS UN OJECTIF DE PRESERVATION DU MARCHE.....	24

§1. Interdiction des pratiques anticoncurrentielles.....	24
A/ L'implication des grossistes dans des ententes.	25
B/ Contrôle de concentration concernant des grossistes.	26
§.2. Un contrôle organisé par des autorités de concurrence.....	27
A/ Le rôle de l'Autorité de la concurrence.....	27
B/ Le rôle de la Commission européenne	28
PARTIE II : LES GROSSISTES, DES ACTEURS SPECIFIQUES DU SCHEMA DE DISTRIBUTION INDISPENSABLES AU JEU DE LA CONCURRENCE.	30
CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPECIFICITES DES GROSSISTES PAR LE LEGISLATEUR.....	31
SECTION 1 : LA DIFFERENCIATION TARIFAIRE.	31
§1 : La possible différenciation des conditions générales de ventes.....	31
A/ La nécessité d'établir des conditions générales de ventes.....	31
B/ La justification de conditions générales catégorielles au regard de l'activité des grossistes.	33
§2 : Un seuil de revente à perte dérogatoire favorable aux grossistes indépendants ...	34
A/ L'interdiction de la revente à perte.	34
B/ Un seuil dérogatoire en faveur des grossistes justifié.	35
SECTION 2 : L'ATTENUATION DU FORMALISME EN FAVEUR DE LA NEGOCIATION 	36
§1. Allègement des conventions récapitulatives en faveur des grossistes.	36
A/ La contractualisation entre fournisseur et détaillant.	36
B/ La contractualisation entre fournisseur et négociant-grossiste aménagée.....	37
§2. La possibilité d'une évolution des conditions de vente en cours d'années.....	39
A/ Le formalisme propre aux évolutions des conditions de vente.	39
B/ L'objet des modifications des conditions de vente.....	40
CHAPITRE II : LA REMARQUABLE UTILITE DES GROSSISTES SUR DES CRENEAUX SPECIFIQUES DE DISTRIBUTION.....	42
SECTION I : LE GROSSISTE, INTERMEDIAIRE NECESSAIRE A LA DISTRIBUTION DE PRODUITS IMPLIQUANT UNE GRANDE TECHNICITE, LE CAS DES GROSSISTES- REPARTITEURS.....	42
§1. LES GROSSISTES-REPARTITEURS, DES ACTEURS D'UN SYSTEME DE DISTRIBUTION PERFORMANT	42
A/ Le grossiste-répartiteur, un expert logistique.....	43
B/ Le grossiste-répartiteur, garant de la santé publique.	44
§2. L'AVENIR ECONOMIQUE DES GROSSISTES-REPARTITEURS MENACE.	44
A/ La répartition concurrencée par la vente directe.	45

B/ Dévoiement du système de financement de la répartition.....	45
SECTION II : LE GROSSISTE, ACTEUR CLE DE LA DISTRIBUTION A L'ECHELLE TERRITORIALE, LE CAS DE L'OUTRE-MER.	
TERRITORIALE, LE CAS DE L'OUTRE-MER.	46
§1. LUTTE CONTRE LA DISTRIBUTION EXCLUSIVE EN OUTRE-MER.....	46
A/ L'Autorité de la concurrence, acteur majeur de la lutte contre la distribution exclusive outre-mer.	46
B/ La tolérance des pratiques exclusives favorables aux consommateurs.	47
§2. LE NECESSAIRE DEVELOPPEMENT DU COMMERCE DE GROS EN OUTRE-MER.....	49
A/ Lutte contre l'absence de grossistes sur certains territoires d'outre-mer.	49
B/ La recherche de solutions au coût élevé de l'approvisionnement outre-mer.	50
BIBLIOGRAPHIE	52