



Meffre & Grall
AVOCATS

La lettre du Cabinet

JANVIER 2006

NUMÉRO SPÉCIAL CONSACRÉ AUX CONSÉQUENCES ET IMPLICATIONS PRATIQUES INDUITES PAR LA CIRCULAIRE DUTREIL II DU 8 DÉCEMBRE 2005 RELATIVE AUX RELATIONS COMMERCIALES

Par Jean-Christophe Grall
Avocat à la Cour de Paris - MG Avocats Meffre & Grall*

En présentant lors de sa conférence de presse du 8 décembre dernier la nouvelle circulaire relative aux relations commerciales, Renaud Dutreil, ministre des PME, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales, a souhaité situer ce nouveau texte dans le cadre de la modernisation des relations commerciales dont le titre VI de la loi du 2 août 2005 constitue la traduction législative et finalement la circulaire du 8 décembre 2005 le guide d'application, mettant ainsi un point final au processus législatif débuté au mois

d'avril dernier avec la présentation par le premier ministre de l'époque du projet de loi Jacob.

Avant de présenter les conséquences et implications pratiques induites par la nouvelle circulaire Dutreil, rappelons les principales avancées de la loi « Dutreil » du 2 août dernier en faveur des petites et moyennes entreprises¹.

⁽¹⁾ JORF du 3 août 2005.

Société Civile Professionnelle
MG Avocats

Meffre & Grall

80 avenue Marceau
75008 Paris

Tél +33 (0).1.53.57.31.70

Fax +33 (0).1.47.20.90.40

* jcgrall@mgavocats.fr

meffregrall@mgavocats.fr

www.mgavocats.fr

SOMMAIRE :

Préambule	p. 2
I - Les conditions générales de vente	p. 4
II - La différenciation tarifaire est pleinement autorisée sous réserve de ne pas s'inscrire dans une pratique de discrimination abusive	p. 8

III - Les services de coopération commerciale et les services distincts de celle-ci	p. 11
IV - Calcul du seuil de revente à perte (« SRP »)	p. 23
V - Les pratiques abusives sanctionnées civilement et les enchères électroniques	p. 29
Conclusion	p. 35

A TITRE PRÉALABLE

Ainsi que nous l'avons souligné à plusieurs reprises dans les précédents numéros de La Lettre du Cabinet (septembre et novembre 2005), **le titre VI de la « Loi Dutreil II » constitue en moins de dix articles une réforme en profondeur de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 et finalement des relations Industrie/Commerce :**

- **L'article 41** de la loi Dutreil a affirmé la primauté des conditions générales de vente dans la négociation commerciale, afin de protéger les PME de la dérive consistant pour certaines centrales d'achat ou de référencement à imposer leur politique d'achat ;
- **L'article 42** est venu encadrer strictement la pratique consistant pour les distributeurs à imposer des rémunérations de services aux fournisseurs, c'est-à-dire des marges arrière bien souvent sans contrepartie réelle et proportionnée ;
- **L'article 47** a modifié en profondeur la définition du seuil de revente à perte, en autorisant la réintégration dans les prix de vente consommateurs (« PVC »), d'une partie des avantages financiers non portés sur les factures de vente émises par les fournisseurs ;
- **Les articles 40 et 49** ont pour objectif d'encadrer les accords de gamme et de prohiber les accords ayant pour effet d'évincer des linéaires les produits des PME françaises ;
- **Les articles 44, 46, 53, 54 et 55** sont venus, quant à eux, assouplir les procédures susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre de l'application effective des dispositions précitées, que ce soit au niveau des procédures administratives ou pénales².

⁽²⁾ Cf. conférence de presse du 8 décembre 2005 du ministre des PME, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales.

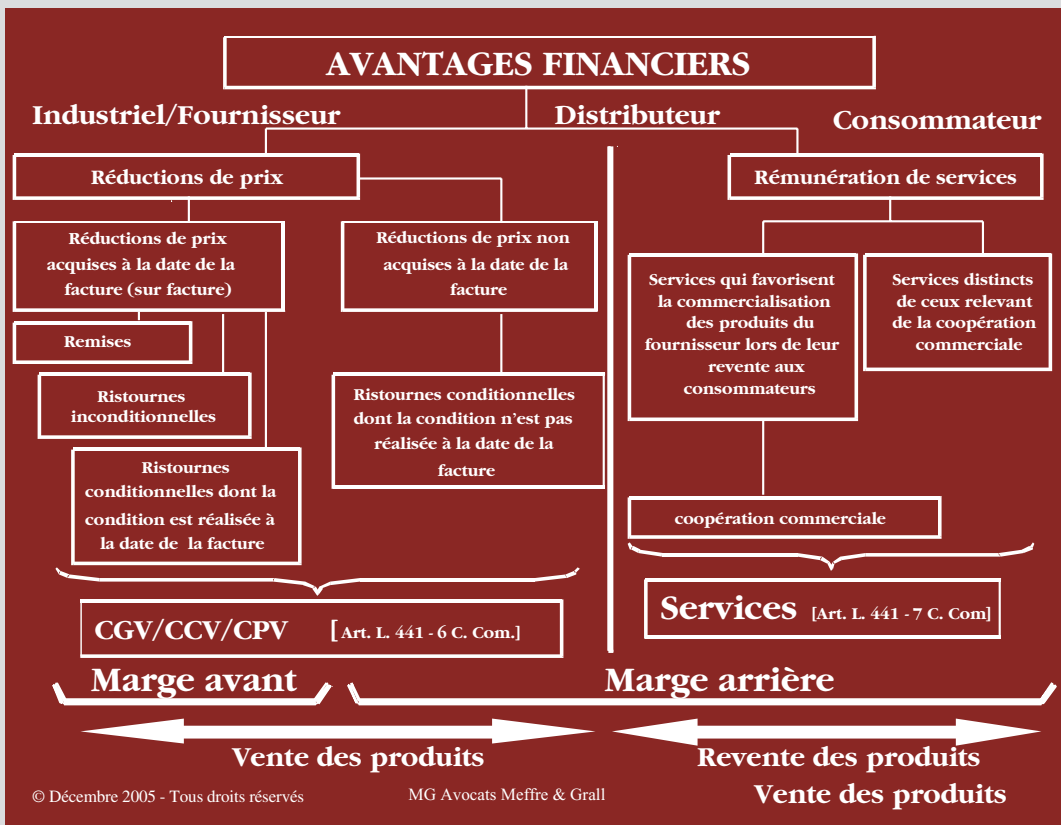
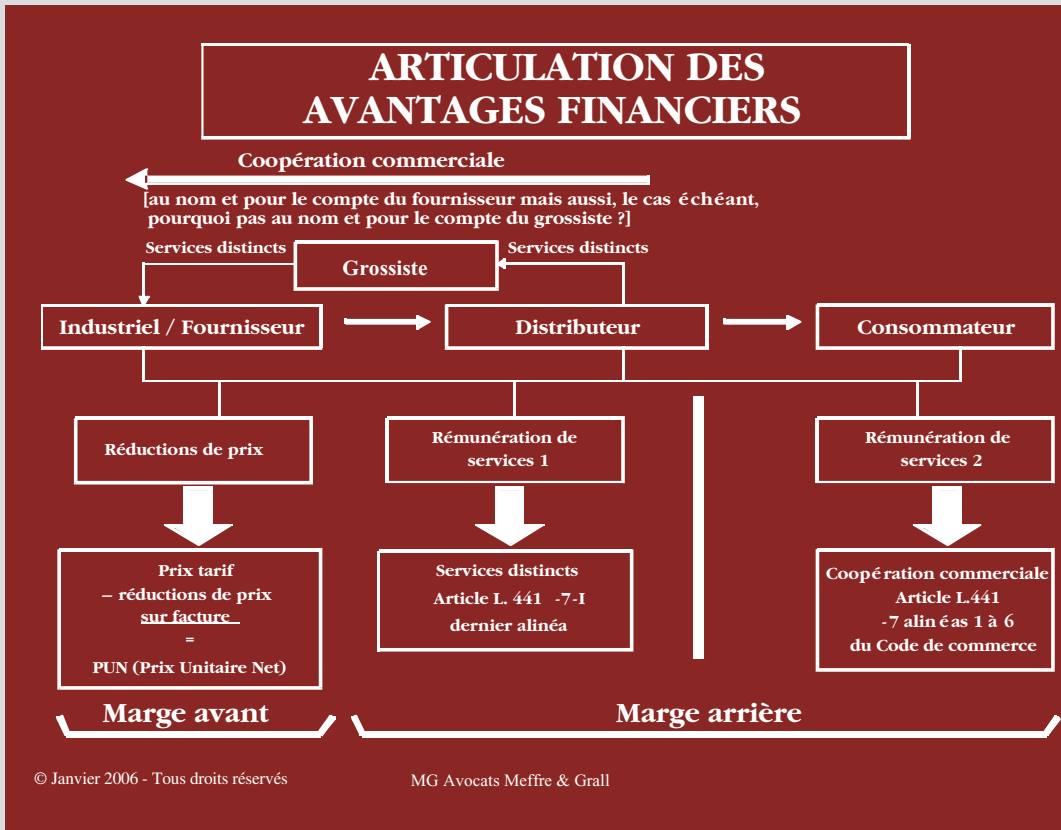
La loi Dutreil II est cependant une loi complexe à appliquer pour les opérateurs économiques, qu'ils soient industriels, grossistes ou bien distributeurs. Il faut bien reconnaître que les dispositions relatives tout particulièrement la détermination de la rémunération des services de coopération commerciale ou des avantages financiers susceptibles de venir minorer le seuil de revente à perte apparaissent d'une complexité redoutée par certains et à tout le moins redoutable à bien des égards.

La Circulaire Dutreil du 8 décembre dernier était donc nécessaire ; elle avait d'ailleurs été annoncée dès le lendemain de l'adoption de la loi Dutreil au mois de juillet dernier.

Cette circulaire ministérielle se caractérise par une architecture d'une logique implacable, dont la cohérence est tout entièrement fondée sur une lecture chronologique des dispositions du titre VI de la loi Dutreil, aboutissant in fine aux modalités de détermination du seuil de revente à perte et donc du prix de vente consommateur, à savoir :

- 1. Les conditions de vente ;**
- 2. La différenciation tarifaire ;**
- 3. La coopération commerciale et les services distincts ;**
- 4. Le calcul du SRP ;**
- 5. Les pratiques abusives sanctionnées civilement et les enchères inversées à distance.**

Afin de bien comprendre l'articulation existant à l'intérieur de la vaste catégorie des avantages financiers, consentis par un fournisseur à un groupement de distribution, et pour reprendre les dispositions qui figurent tout à la fois sous les articles 41 et 42 de la loi Dutreil, ainsi que sous les articles 1, 2, 3 et 4 de la circulaire, nous reproduisons ci-après un schéma présentant l'articulation des différents avantages financiers, dans l'ordre chronologique de lecture des différents paragraphes composant la circulaire.



I. Les conditions générales de vente

Rappel du texte de la circulaire ministérielle :

« 1. Les conditions générales de vente (CGV) »

L'article L.441-6 du code de commerce prévoit que les conditions générales de vente constituent « le socle de la négociation commerciale ». Elles sont le point de départ de la négociation entre le vendeur et l'acheteur, et comprennent les conditions de vente, le barème de prix, les conditions de règlement applicables à tous les acheteurs ou à une catégorie d'acheteurs et les réductions de prix.

Les conditions générales de vente sont établies par le fournisseur qu'il soit producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur ; elles visent à informer l'acheteur préalablement à toute transaction du barème de prix et des conditions de vente du vendeur ; elles permettent en outre à l'acheteur de s'assurer qu'il ne fait pas l'objet d'un traitement discriminatoire injustifié de la part de son fournisseur.

Les conditions générales de vente doivent être communiquées à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services qui en fait la demande pour son activité professionnelle, en tenant compte, le cas échéant, de la catégorie dont il relève. En revanche, cette obligation ne s'applique pas aux demandes d'un fournisseur concurrent. (C.A. Versailles 3 avril 1997 - SA Vertumne c/SA Martin Baron)

Bien que le code de commerce ne prescrive pas d'obligation d'établir des conditions générales de vente, leur rédaction est vivement recommandée. Au demeurant, l'absence de conditions générales de vente peut constituer une présomption de discrimination (cf. Cass. com. 18 janvier 1994 - Charpentier Publicité c/Havas Régie et T.G.I. Évry 21 janvier 1992 - Min. Éco. c/SA. Panification Mellot).

1.1 Les conditions de vente

Elles s'entendent des modalités de vente offertes par le fournisseur à ses clients : elles peuvent récapituler l'ensemble des possibilités offertes qui peuvent être ensuite déclinées dans des conditions catégorielles ; elles peuvent aussi ne concerner que la catégorie d'acheteurs visée par les conditions générales dans lesquelles elles figurent.

1.2 Le barème de prix

L'établissement d'un barème de prix n'est pas obligatoire. En effet, il ne peut exister que pour autant que l'activité en question se prête à son élaboration. Les produits et services sur devis en sont exclus. De même, les prix de certains produits, notamment agricoles, sont soumis à des fluctuations de cours qui ne permettent pas l'établissement d'un barème.

A l'inverse, il n'est pas interdit au vendeur d'établir plusieurs barèmes qu'il destine à plusieurs catégories de clientèles auprès desquelles il commercialise ses produits ou ses services (cf. point 2.a) 2°) infra).

Dans ce cas, l'obligation de communication du barème ne porte que sur les prix applicables aux acheteurs qui appartiennent à la catégorie concernée et qui en ont sollicité la communication.

La date d'application et la durée de validité de ces barèmes de prix sont fixées librement.

1.3 Les réductions de prix

Le montant et les modalités selon lesquelles tout acheteur peut bénéficier de réductions de prix, qu'il s'agisse de rabais, de remises ou de ristournes³, ainsi que les conditions dans lesquelles elles sont consenties doivent figurer dans les conditions générales de vente.

Au rang de ces réductions de prix figurent les remises à caractère quantitatif ou qualitatif. Les produits fournis gratuitement par le vendeur doivent être mentionnés sur la facture et peuvent s'analyser comme des réductions de prix à caractère quantitatif. En outre les prestations de service après-vente ou les prestations correspondant à des modalités de vente proposées par le fournisseur et qui constituent l'accessoire de la vente du produit entrent dans la catégorie des réductions de prix à caractère qualitatif.

Concernant la mention de l'escompte sur la facture, il convient de distinguer deux règles : D'une part, celle prévue à l'alinéa 4 de l'article L 441-3 qui fait obligation de préciser les conditions d'escompte applicables en cas de paiement antérieur à la date résultant de l'application des conditions générales de vente ou à celle inscrite sur le recto de la facture.

³⁾ Cf. également les escomptes visés au paragraphe suivant.

Cette mention formelle mais obligatoire est destinée à inciter à une réduction des délais de paiement entre entreprises. Si un vendeur ne souhaite pas octroyer d'escomptes pour paiement anticipé, une mention en informant l'acheteur demeure indispensable.

D'autre part, celle de l'alinéa 3 de l'article L.441-3 qui doit être comprise en ce sens que l'escompte mentionné sur facture peut venir en déduction du prix net à payer dès lors que les parties ont établi entre elles une convention d'escompte assurant l'engagement de l'acheteur à payer effectivement dans le délai qui permet de bénéficier de cet avantage. Dans ce cas, l'escompte sera pris en compte dans le prix unitaire net du produit⁴. Dans les autres cas, il sera considéré comme un « autre avantage financier » au sens de l'article L.442-2 du code de commerce.

1.4 Les conditions de règlement

Celles-ci précisent le délai de règlement et les modalités de calcul et conditions d'application des pénalités applicables en cas de retard de paiement.

Elles sont soumises aux dispositions des articles L.442-6 I 1°) et L.442-6 I 7°) du code de commerce qui dispose : « qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1° de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui, des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

7° de soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écarter au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L.441-6. » [...]

Un retard de paiement s'entend d'un règlement postérieur à la date figurant sur la facture de vente au sens de l'article L.441-3 du code de commerce et qui ne respecte pas, en cela, le délai fixé par les conditions générales de vente ou celui négocié contractuellement.

(4) « Le non-respect par l'acheteur du délai de paiement auquel il s'est engagé pourrait matérialiser une discrimination abusive. »

En l'absence de cette indication dans les conditions générales de vente ou d'un accord entre les parties, le délai de règlement est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service.

Les pénalités de retard courent de plein droit dès le jour suivant la date de règlement portée sur la facture ou à défaut le trente et unième jour suivant la date de réception des marchandises ou de l'exécution de la prestation de services.

Les pénalités ne peuvent être inférieures au montant résultant de l'application d'un taux équivalent à une fois et demie le taux de l'intérêt légal. Il n'est pas prévu de taux maximum. Toutefois, et s'il n'est pas fixé par les conditions générales de vente ou convenu entre les parties, le taux des pénalités de retard est égal au taux appliqué par la banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de sept points.

Les produits et charges correspondant aux pénalités de retard mentionnées aux articles L.441-3 et L.441-6 du Code de commerce sont respectivement rattachés pour la détermination du résultat imposable à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, à l'exercice de leur encaissement et leur paiement (article 237 sexies du code général des impôts) ;

Enfin, le vendeur peut consentir un escompte pour paiement comptant qui, dès lors qu'il est proposé à tous les acheteurs, doit être mentionné dans les conditions de règlement.

1.5 Conditions générales de vente et conditions d'achat

Les conditions générales de vente ne doivent pas comporter de clauses qui traduisent un abus de dépendance ou de puissance de vente, de même que les conditions d'achat qui résultent de la pratique contractuelle de l'acheteur ne doivent pas comporter de clauses qui traduisent un abus de dépendance ou de puissance d'achat au sens de l'article L.442-6 du code de commerce.

En outre, le fait d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliquent une renonciation par le fournisseur à ses conditions générales de vente peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive au sens de l'article L.442-6 du code de commerce⁵.

(5) Cf. avis n°04-04 de la commission d'examen des pratiques commerciales.

De même, le fait d'imposer la rémunération de services de référencement sans contrepartie réelle et proportionnée peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive au sens de l'article L 442-6 du code de commerce, sans préjudice des dispositions du I 3° et du II b) du même article. La même analyse peut naturellement s'appliquer à des variations de grande ampleur de la rémunération de ces services, alors que leur contenu n'a pas varié significativement.

Enfin, un fournisseur qui accepte de substituer des conditions d'achat, à ses conditions

générales de vente, s'expose au risque de discrimination telle que celle-ci est définie à l'article L.442-6 I 1° du Code de commerce comme étant : « le fait de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant de ce fait pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

OBSERVATIONS

Les conditions générales de vente, qui constituent le point de départ de la négociation commerciale entre un fournisseur et un distributeur et, à ce titre, le socle même de cette négociation, sont constituées des conditions juridiques, à proprement parler, à savoir des conditions figurant généralement dans une police de caractères 6 ou 8 au verso des bons de commande, bons de livraison, factures, et autres documents émanant du vendeur, telles que la clause de réserve de propriété, celle de compétence, celle encore définissant le transfert des risques et, bien entendu l'opposabilité des conditions générales de vente aux conditions d'achat, puisque l'administration depuis une dizaine d'années à présent n'a eu de cesse de préciser que les conditions établies par les acheteurs ne sont pas des conditions générales d'achat mais de simples conditions d'achat.

Ces mêmes conditions de vente doivent ensuite prévoir, dans le même document, ou généralement dans un document à part compte tenu du nombre de produits commercialisés, le tarif des produits en cause, c'est à dire le prix unitaire des produits offerts à la vente, ainsi que les réductions de prix, à savoir les réductions de prix immédiates (encore dénommée « remises »), les éventuelles réductions de prix différées (encore dénommées « ristournes »), qu'elles soient inconditionnelles ou conditionnelles, ces différentes remises et ristournes venant généralement rémunérer un volume annuel de chiffre d'affaires, une progression des

ventes, une opération promotionnelle, un service logistique, etc.

Les conditions générales de vente doivent également prévoir les modalités de paiement du prix par l'acheteur et, à ce titre, les délais de paiement, ainsi que les éventuels escomptes consentis par le fournisseur en cas de paiement à une date anticipée. Par ailleurs, et bien entendu, les conditions générales de vente doivent indiquer les pénalités de retard applicables en cas de non respect de la date prévue contractuellement, c'est à dire, en cas de paiement intervenant à une date ultérieure à celle ressortant d'une stricte application des conditions générales de vente du vendeur.

Ces conditions générales de vente prévaudront sur les conditions d'achat du distributeur et, de manière plus générale, de l'acheteur : en effet, le principe de primauté des conditions générales de vente sur les conditions d'achat ne doit pas se réduire à la simple relation entre un grand fournisseur et un grand distributeur, les dispositions du Code de commerce étant d'application générale.

En dépit du principe de supériorité des conditions générales de vente sur les conditions d'achat, édicté par l'article L.441-6 alinéa 1^{er} nouveau du Code de commerce, ne préjugeons pas de la force positive d'une telle disposition dans le rapport de force ancestral existant entre les fournisseurs et les grandes enseignes de la distribution française.

Et le fournisseur qui accepterait, sans contester, lesdites conditions serait censé avoir accepté ces dernières, celles-ci constituant alors le contrat de vente entre cet industriel et ce distributeur et ce, quelle que soit la force induite par l'article L.441-6 nouveau du Code du commerce.

Il est vrai, bien entendu, que le fournisseur pourra toujours, après coup, requérir l'application des dispositions prévues par l'article L.441-6 du Code de commerce, ainsi que des dispositions visées tout particulièrement sous l'article L.442-6-1-2°-b dudit code, sur l'abus de puissance d'achat, mais ce fournisseur pourra-t-il réellement demander l'application de telles dispositions, compte tenu du rapport de force qui demeure ?

Heureusement, certaines dispositions apparaissent aujourd'hui comme autant de garde-fous à une trop grande supériorité des conditions d'achat sur les conditions générales de vente, en pratique, en ce que le législateur de 2005 est venu, dans le cadre des nouvelles dispositions prévues par l'article L.442-6-I-8° du Code de commerce, préciser qu'aucune compensation ne pour-

rait avoir lieu entre des pénalités prétendument dues pour retard de livraison ou non conformité de la marchandise livrée avec les factures de vente de produits de l'industriel, sauf à avoir informé préalablement le vendeur et à la condition que la dette soit certaine, liquide et exigible.

Cette première partie sur les conditions générales de vente, qui occupe près des quatre premières pages de la circulaire ministérielle, ne constitue pas une innovation majeure.

Il faut en fait arriver à la fin de la quatrième page et au paragraphe « 2° » consacré aux conditions de la différenciation tarifaire, pour aborder réellement les nouveautés législatives avec les conditions catégorielles de vente et, surtout, les conditions particulières de vente.

II - La différenciation tarifaire est pleinement autorisée sous réserve de ne pas s'inscrire dans une pratique de discrimination abusive

Rappel du texte de la circulaire ministérielle :

« 2. L'article L 441-6 définit les conditions de la différenciation tarifaire

Les conditions générales de vente ont vocation à être appliquées dans les mêmes conditions à tous les acheteurs qui sont en concurrence. Toutefois elles ne font pas obstacle à ce qu'une différenciation soit réalisée pour prendre en compte une situation particulière.

Le vendeur peut en effet faire bénéficier l'acheteur de conditions différenciées (a), à la condition que ce traitement différencié soit justifié par une contre-partie (b), et ne soit pas le résultat de sollicitations abusives de l'acheteur (c).

a) La différenciation tarifaire peut s'exercer de diverses façons

1°) **En premier lieu**, 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 en est ainsi par exemple des modalités de livraison ou de conditionnement, de services logistiques particuliers, de conditions liées au stockage, des délais de règlement, des escomptes différenciés, ou d'engagements d'achats prédéterminés.

2°) **En second lieu**, les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce prévoient que les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services, notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories doivent être fixées par décret en conseil d'État en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution. Dans l'attente de la publication de ce décret, il y a lieu de considérer que la doctrine administrative qui prévalait avant la loi du 2 août 2005 s'applique, dans la mesure où la loi en confirme les principes.

Ainsi un grossiste et un détaillant peuvent se voir proposer des conditions de vente différentes ; par suite, la communication des conditions générales de vente catégorielles ainsi définies est réservée aux seuls opérateurs relevant de la catégorie concernée.

3°) **En troisième lieu**, la différenciation tarifaire peut résulter de la négociation de conditions particulières de vente (CPV), justifiées par la spécificité des services rendus. Au rang de ces conditions figurent les réductions de prix accordées en contrepartie de services rendus par l'acheteur et qui ne sont pas détachables de l'opération d'achat-vente, comme par exemple les services logistiques fournis à l'occasion de la livraison des produits. Ainsi la rémunération non prévue dans les conditions générales de vente du fabricant, d'un service de stockage rendu par un distributeur tout au long de l'année alors même que les ventes de produits au consommateur présentent un caractère saisonnier, se fera par une réduction de prix et constitue une condition particulière de la vente.

Au sens de l'article L.441-6 du code de commerce, les « services » négociés dans le cadre des conditions particulières de vente s'entendent plus largement des contreparties offertes par l'acheteur à la réduction de prix consentie par le vendeur dans le cadre de sa politique commerciale. A cet égard, les conditions particulières de vente, expression de la politique de vente du fournisseur, à l'occasion de l'opération d'achat et de vente, doivent être distinguées des services visés à l'article L.441-7 du code de commerce, qui relèvent de la politique commerciale du distributeur.

Ainsi un fournisseur pourra en fonction de la négociation commerciale et dans le respect des règles de facturation, sans commettre d'abus, soit attribuer une ristourne, soit une remise sur facture. Toutefois, les avantages tarifaires ainsi accordés pourraient être source de discrimination, si leur montant s'avérait dénué de justification objective.

b) Le traitement différencié doit être justifié par une contrepartie

Le traitement différencié d'un partenaire économique n'est pas abusif s'il est justifié par une contrepartie réelle et non manifestement disproportionnée. Le fournisseur qui s'exonérerait de ce principe s'expose à ce que réparation lui soit demandée sur le fondement de l'article L.442-6 du code de commerce ou de l'article 1382 du code civil.

Il ne doit traduire ni une entente entre les opérateurs qui serait justiciable de l'article L.420-1 du code de commerce dès lors qu'elle aurait pour objet ou pour effet d'évincer des opérateurs en leur refusant le bénéfice d'avantages consentis à leurs concurrents, ni un abus de dépendance économique au sens de l'article L.420-2, 2^e alinéa du même texte⁶.

(6) « Des conditions de vente qui porteraient sur des accords de gamme étendus ayant pour objet ou pour effet d'évincer des concurrents des linéaires seraient ainsi susceptibles d'être appréhendés sous l'angle des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du code de commerce. Elles pourraient aussi naturellement être appréhendées au regard des dispositions de l'article L.442-6 | 2^e b. »

c) Le vendeur n'est pas tenu de satisfaire des sollicitations de l'acheteur exorbitantes de ses conditions générales de vente

Le fait de consentir de tels avantages peut conduire le vendeur à traiter ses autres clients de manière discriminatoire et à engager sa responsabilité civile au sens de l'article L.442-6 du code de commerce. En outre, le vendeur peut ne pas se montrer intéressé par les services que lui propose l'acheteur et qui justifieraient qu'une réduction de prix non portée dans les conditions générales de vente soit consentie à ce dernier dans le cadre de conditions particulières de vente. De même, le vendeur reste libre de refuser de vendre sauf si ce refus induit un comportement fautif au sens de l'article L.442-6 du code de commerce ou de l'article 1382 du code civil, ou affecte le jeu de la concurrence sur le marché concerné. »

OBSERVATIONS

La circulaire Dutreil II, avant que d'envisager les conditions catégorielles de vente (2), aborde dans un point 1 la différenciation des conditions générales de vente à l'initiative du fournisseur, avant d'entrevoir cette même différenciation tarifaire par la négociation de conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus par le distributeur (3).

■ LA DIFFÉRENCIATION TARIFAIRE JUSTIFIÉE PAR LA SPÉCIFICITÉ DES DEMANDES PRÉSENTÉES PAR LES CLIENTS DU FOURNISSEUR

La circulaire rappelle tout d'abord – ce qui est source de confusion avec les conditions particulières de vente (cf. point 3 infra) – que le fournisseur peut prendre l'initiative dans ses conditions générales de vente, de procéder à un traitement différencié de ses clients « au regard de la spécificité de leurs demandes », prenant pour exemple « les modalités de livraison ou de conditionnement, les services logistiques particuliers, les conditions liées au stockage, les délais de règlement, les escomptes différenciés ou les engagements d'achat prédéterminés ».

■ LES CONDITIONS CATÉGORIELLES DE VENTE

Les conditions catégorielles de vente ne constituent pas une innovation majeure de la loi Dutreil du 2 août 2005 et la circulaire n'y consacre qu'un seul paragraphe en renvoyant, il est vrai, à un décret en Conseil d'État, qui devra déterminer les critères de segmentation des différentes catégories d'acheteurs, étant précisé que la loi prévoit – à titre d'exemple – trois clés d'entrée dans les différentes catégories d'acheteurs, qui sont le chiffre d'affaires, la nature de la clientèle et le mode de distribution.

Dans l'attente de la publication très prochaine à présent du décret en cause, qui fixera les conditions dans lesquelles seront définies les différentes catégories d'acheteurs, l'administration se réfère à sa doctrine telle que celle-ci prévalait avant la loi du 2 août 2005, pour autant cependant que la loi en ait confirmé l'application !

En effet, on se souvient à cet égard que la doctrine administrative était en déphasage avec la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence qui, notamment, dans l'avis « Brother » du 23 juillet 2004, concluait à une parfaite liberté d'organisation de son

réseau de distribution par le fournisseur (**ce qui constitue un principe de base**), sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché.

A cet égard, le rapport Canivet du 18 octobre 2004 reconnaissait déjà la possibilité d'adapter les conditions de vente aux différents formats de distribution, allant même jusqu'à reconnaître indirectement la possibilité d'établir des conditions de vente destinées au hard discount, s'agissant d'un format de distribution spécifique.

A cet égard, le rapport Canivet du 18 octobre 2004 reconnaissait déjà la possibilité pour un fournisseur d'adapter ses conditions de vente aux différents formats de distribution, allant même jusqu'à reconnaître indirectement la possibilité d'établir des conditions de vente destinées au hard discount, s'agissant d'un format de distribution spécifique.

■ LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DE VENTE

Cette différenciation tarifaire peut bien entendu également résulter de la négociation de conditions particulières (« *CPV* »), qui sont justifiées par la spécificité des ser-

vices rendus par les distributeurs aux fournisseurs. A ce titre, ces conditions particulières de vente s'intègrent pleinement dans la politique de vente du fournisseur, à l'occasion des différentes opérations d'achat et de vente, se distinguant ainsi des services visés sous l'article L.441-7-I du Code de commerce, qui relève de la politique commerciale du distributeur.

La circulaire vise, à nouveau, les conditions liées à la « *supply chain* », c'est-à-dire la chaîne verticale de fourniture des produits du fournisseur aux consommateurs via les distributeurs, et à ce titre l'ensemble des prestations de nature logistique qui relèvent de l'acte d'achat/vente (allotissement des commandes, « *picking* », « *cross docking* », « *GPA* », etc.

Chacun sait cependant que bien des conditions particulières de vente peuvent être envisagées, en dehors des seules conditions liées à la logistique.

Ces conditions particulières de vente vont, en définitive, du **référencement** du produit au **paiement** de celui-ci et aux services accessoires y afférents, en passant par toute **l'activité logistique liée au stockage, au transport, à l'éclatement et à la livraison des produits**.

Quelle que soit la nature des conditions dont il s'agit, à savoir conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente ou bien encore conditions particulières de vente, il est bien entendu que tout avantage, de quelque nature qu'il soit, consenti à un acheteur, doit être pleinement justifié par une contrepartie réelle et effectivement démontrable, sa rémunération devant en outre être manifestement non disproportionnée eu égard à la valeur du service rendu, étant précisé ici que ce qui sera recherché par l'administration – et qui l'est déjà aujourd'hui – ce seront tout particulièrement les rémunérations qui ne présentent aucune rationalité économique!

On ne saurait trop insister ici sur le rappel très clair fait par l'administration quant à la application des dispositions prévues de longue date par l'article L.441-6-I du Code de commerce en matière de discrimination

abusive, dispositions qui n'ont pas été modifiées depuis le fameux article 36-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

« I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ; ».

III - Les services de coopération commerciale et les services distincts de celle-ci

Rappel du texte de la circulaire ministérielle :

« 3. Les services définis à l'article L.441-7 du code de commerce

3.1 Champ d'application et définitions

L'article L.441-7 vise deux catégories de services rendus par un distributeur ou un prestataire de services et qui relèvent de leur politique commerciale, les services de coopération commerciale et les services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale.

3.1.1 La coopération commerciale

Les services de coopération commerciale, désormais définis par la loi à l'article L 441-7 I premier alinéa, répondent à trois caractéristiques :

- Ils ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.
- Ils sont rendus à l'occasion de la revente des produits ou des services aux consommateurs.
- Ils sont de nature à favoriser la commercialisation des produits ou services.

Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits au consommateur par le distributeur, et notamment celles à caractère publi promotionnel telles la mise en avant des produits ou la publicité sur les lieux de vente. L'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés en relève également (TGI Périgueux - 16.02.2000), ainsi que la promotion publicitaire (Cass. crim. 15 octobre 1996). Ils ne peuvent donc pas recouvrir d'autres aspects de la relation commerciale et notamment les modalités de vente.

La nature même des services de coopération commerciale ne permet pas l'établissement d'un barème puisque leur valeur varie en fonction de multiples critères et paramètres (TGI Périgueux - 16.02.2000).

L'existence de cette définition légale fait que, désormais, les services offerts par le distributeur ou par le prestataire de services qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions fixées par la loi ne peuvent pas être considérés comme des services de coopération commerciale et doivent alors être traités comme des services distincts.

3.1.2 Les services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale (ci-après « services distincts »)

L'ensemble des services qui ne relèvent ni des relations nouées en application de l'article L.441-6 du code de commerce, ni de la coopération commerciale, sont dénommés « services distincts ».

Entrent par exemple dans la catégorie des services distincts les services offerts par le distributeur dans le cadre d'accords internationaux négociés en dehors du territoire national, ainsi que les services rendus par un grossiste à son fournisseur, en tant qu'ils ne sont pas rendus à l'occasion de la revente des produits aux consommateurs.

La catégorie des services distincts n'est pas limitative, de manière à ne pas contraindre indûment les relations commerciales et leurs modalités.

Les avantages financiers qui sont octroyés dans le cadre de contrats de mandat, et qui sont le vecteur d'une relation directe entre le fournisseur et le consommateur, ne relèvent ni des relations nouées en application de l'article L.441-6 du code de commerce, ni de la coopération commerciale, ni des services distincts.

3.2 Le formalisme des contrats de services

Les services de coopération commerciale et les services distincts doivent faire l'objet de contrats dont chaque catégorie est assortie d'un formalisme spécifique prescrit sous peine de sanctions pénales par l'article L.441-7 du code de commerce.

3.2.1 Le contrat de coopération commerciale

Le contrat doit être établi avant la fourniture du service et détenu par chacune des parties.

Il prend la forme soit d'un contrat unique, soit d'un contrat cadre annuel assorti de contrats d'application.

Le contrat d'application ou le contrat unique indique :

1. Le contenu des services
2. Les produits auxquels ils se rapportent
3. La date à laquelle les services sont rendus
4. Leur durée

5. Les modalités de leur rémunération. La rémunération du service rendu y est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte. La notion de produit est celle de l'article L.441-3 du Code de commerce. Les parties peuvent convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits, quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés dans le contrat.

Les opérateurs peuvent convenir de retenir la formule du contrat cadre et des contrats d'application. Le contrat cadre doit préciser les grandes catégories de services qui sont négociées ainsi que leur rémunération ou leurs modalités de rémunération. Le contrat cadre n'a pas vocation à faire apparaître des éléments qui ne peuvent être connus que lors de l'établissement des contrats d'application. Ainsi la date ou la durée d'un service peuvent n'être définis qu'ultérieurement. De même, lorsqu'il concerne des produits saisonniers spécifiques, liés notamment aux ventes de fin d'année, le contrat cadre peut renvoyer aux contrats d'application la définition précise des services et de leur rémunération. Rien ne s'oppose par ailleurs à ce qu'un accord cadre prévoie pour tout ou partie des produits du fournisseur achetés par le distributeur une rémunération globale exprimée sous la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires affectable au prix unitaire de chacun des produits objets de l'accord cadre et à ce qu'une répartition de cette enveloppe soit ensuite réalisée contrat d'application par contrat d'application, selon des modalités qui relèvent de la libre négociation entre les cocontractants.

Par ailleurs, la rémunération du service rendu doit être exprimée, dans le contrat unique ou le contrat d'application, en pourcentage du prix unitaire net du produit, même s'il s'agit d'un produit nouveau, et quel qu'en soit le chiffre d'affaires. En effet, la fixation de la rémunération se fonde sur le prix d'achat du produit revendu par le distributeur, et non sur le chiffre d'affaires à la vente.

Le contrat unique ou le contrat cadre sont établis avant le 15 février, toutefois les cocontractants disposent d'un délai de deux mois à compter de la première commande pour établir leur contrat, dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année. Le contrat unique ou contrat cadre peut faire l'objet, en cours d'année, d'avenants, par exemple pour intégrer au contrat la fourniture de nouveaux services ; dans ce cas, la

rémunération appliquée ne peut naturellement courir qu'à partir de la date de fourniture desdits services, et non rétroactivement.

3-2-2 Le contrat matérialisant les services distincts

Sans être soumis au même formalisme que les contrats de coopération commerciale, les services distincts doivent toutefois faire l'objet d'un contrat écrit, précisant la nature des services, établi en double exemplaire et détenu par chacune des parties au contrat.

En outre, si l'obligation prévue au 6ème alinéa de l'article L.441-7 du code de commerce d'exprimer, dans le contrat, la rémunération du service rendu en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte ne s'applique pas aux services distincts, il appartiendra néanmoins aux revendeurs, lorsqu'ils détermineront le seuil de revente à perte des produits, d'évaluer les rémunérations perçues en contrepartie de ces services, comme pour l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, en pourcentage du prix unitaire net du produit, conformément au deuxième alinéa de l'article L.442-2 du code de commerce.

De même, l'obligation qui pèse sur le distributeur de communiquer à ses fournisseurs avant le 31 janvier le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente vise les services de coopération commerciale mais également les services distincts de la coopération commerciale au sens du dernier alinéa de l'article L.441-7 I du code de commerce. Il appartient au distributeur de ramener la rémunération à la fois des services de coopération commerciale et des services distincts en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auxquels ils se rapportent.

3.3 La facturation des services de l'article L 441-7

Les services visés à l'article L.441-7 du code de commerce doivent donner lieu à une facture satisfaisant aux obligations de l'article L.441-3 du code de commerce et indiquant la dénomination exacte et le prix des services rendus. Déduire d'office la coopération commerciale des factures d'achat de produits par voie de compensation alors que les conditions de la compensation légale ne sont pas réunies peut constituer un abus de puissance d'achat.

Le formalisme contractuel prévu à l'article L.441-7 qui doit permettre d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus, ainsi que les dates de réalisation de ces services, permet d'établir une correspondance entre ce contrat et la facture du distributeur (C.A. Paris 29 juin 1998 - T.G.I. Lille 14 décembre 2001).

3.4 Application de ces dispositions dans l'espace

S'agissant des contrats et services visés à l'article L 441-7, il convient de considérer que tout contrat qui a un effet sur la vente de produits ou de services en France entre dans les dispositions de l'article et que les rémunérations afférentes doivent être prises en compte pour le calcul du seuil de revente à perte tel que défini à l'article L 442-2. »

OBSERVATIONS

La circulaire reprend les deux catégories de service envisagées par l'article 42 de la loi Dutreil, à savoir, d'une part, les **services de coopération commerciale** et, d'autre part, les **services distincts de cette dernière**.

■ LES SERVICES RELEVANT STRICTEMENT DE LA COOPÉRATION COMMERCIALE

■ Le contenu même des services de coopération commerciale

Les services de coopération commerciale sont strictement délimités par la loi, sous l'article L. 441-7-I du Code de commerce :

- ce sont des services rendus par un **distributeur** ou un **prestataire de services** ;
- ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la **revente de ses produits ou services** ;
- ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux **consommateurs** ;
- ce sont des services **propres** rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, destinés à **favoriser leur commercialisation** ;
- ce sont des services **propres** rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, destinés à favoriser

leur commercialisation, **qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente**.

En conséquence de quoi, la coopération commerciale se limite, depuis le 1^{er} janvier 2006, aux seules mises en avant des produits sur la surface de vente, sous forme de têtes de gondole, espaces de démonstration ou de dégustation, univers produits dédiés à une marque, stop rayon, et autre ALV, etc., en premier lieu et à l'information du consommateur qui s'exprimera sur la surface de vente par de l'ILV et des PLV, et par la diffusion de catalogues, de supports presse divers et variés, de prospectus, leaflets, encarts dans la presse nationale, régionale ou locale, en second lieu.

« *Exit* » en conséquence le référencement, la communication interne d'enseigne, le contrat Politique Nationale d'Enseigne ou « *PNE* » du Galec, qui a d'ores et déjà cessé d'exister pour être requalifié soit en un « *Contrat de Référencement Galec dans le cadre de la politique nationale d'enseigne 2006* », soit en un « *ARENA* », c'est-à-dire un « *Accès au Réseau National E. Leclerc* », voire en un « *RAR – Référencement et accès au Réseau* », les abonnements statistiques divers et variés et autres bibliothèques.

« *Exit* » également l'ensemble des services logistiques liés à l'utilisation de plateformes d'éclatement, de centres de traitement, de centrales, de services financiers, de l'aide à la gestion des comptes client, des garanties données et autre du croire, etc.

« *Exit* » enfin de la rémunération des centrales internationales, qu'elles soient genevoises aujourd'hui ou belges demain avec « *Coopernic* » !

La communication d'informations statistiques, dont on n'a jamais véritablement su si elle devait relever de la coopération commerciale, est désormais transférée dans la catégorie des services distincts, à tout le moins pour les statistiques internes aux groupements qui n'intéressent pas directement le consommateur.

■ **Le formalisme des contrats de coopération commerciale**

Le formalisme extrêmement rigoureux imposé par l'article 42 de la loi Dutreil et repris par la circulaire a d'ores et déjà dissuadé en partie les opérateurs économiques de se situer dans la catégorie des services relevant de la coopération commerciale.

Les nouveaux contrats de référencement Galec, ainsi que l'accord de partenariat Carrefour ou bien encore les contrats proposés par EMC Casino, Provera et ITM, qui ont été présentés à la signature des industriels au cours des dernières semaines de l'année 2005, démontrent que les distributeurs n'entendent plus (cf. **Leclerc depuis le mois de septembre**) ou de moins en moins (Cf. **Carrefour avec un contrat androgyne présenté aux premiers industriels dès le milieu du mois d'octobre, ITM, EMC Casino et Provera, sans oublier Système U demain**) s'inscrire dans une logique de coopération commerciale, mais bien dans une perspective de services distincts de cette dernière.

Les fournisseurs qui signaient, hier, les différents contrats proposés par la grande distribution connaissaient d'ores et déjà nombre de services qui ne rentraient pas dans le cadre de la définition de la coopération commerciale et ce, même en l'absence de définition légale, et qui ne rentreront pas, demain, dans le cadre du nouveau dispositif législatif.

Si le contrat cadre de coopération commerciale n'a, peu ou prou, pas changé, depuis le 1er janvier 2006, en revanche, les contrats d'application dont le contenu était quelque fois relativement imprécis, alors même qu'il aurait dû être d'une parfaite concision, doivent indiquer la nature des services rendus, les produits auxquels ils se rapportent, la date à laquelle les services seront réalisés, la durée desdites prestations de service et

enfin, et surtout serions-nous tentés d'écrire, **les modalités de rémunération, cette dernière devant en effet être exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel se rapportent le ou les services en cause**.

S'agissant de cette rémunération des services de coopération commerciale, le contrat cadre, nous dit la circulaire, devrait pouvoir prévoir **une rémunération globale**, mais celle-ci devrait être exprimée sous la forme d'un pourcentage uniforme affectable au prix unitaire de chacun des produits objet de l'accord cadre, une répartition de cette enveloppe pouvant ensuite être réalisée par le biais de contrats d'application, selon des modalités qui relèvent de la libre négociation entre les cocontractants.

S'agissant en effet des contrats d'application, la circulaire a apporté davantage de précisions que le projet de circulaire mis en ligne le 20 octobre dernier, en précisant que la rémunération du service rendu est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte, les parties pouvant convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés au contrat.

■ **Que signifient ces dispositions ?**

Plusieurs solutions s'offrent aux partenaires commerciaux pour rapporter la rémunération totale annuelle négociée au titre des prestations de coopération commerciale et fixée en pourcentage du chiffre d'affaires annuel dans le contrat cadre, à un pourcentage du prix unitaire net des produits dans chacun des contrats d'application.

La première solution consiste dans un premier temps à déterminer pour chaque prestation de mise en avant d'un produit, un pourcentage du prix unitaire net du produit faisant l'objet de la prestation de service, puis de rapporter dans un second temps en valeur absolue chacune des rémunérations ainsi perçues au cours de l'année 2006, compte tenu du nombre de produits vendus au cours de chacune des opérations menées à bonne fin en 2006, étant précisé que, soit il s'agit du nombre de produits vendus par le fournisseur pour l'opération en cause, soit

il s'agit du nombre de produits revendus par le distributeur. Dans un troisième temps, ces différentes valeurs seront agrégées fin novembre/début décembre (quand le chiffre d'affaires 2006 sera peu ou prou connu) et le résultat ainsi obtenu sera comparé avec le montant total qui devrait être versé par le fournisseur au titre de l'année 2006, compte tenu du pourcentage défini dans le contrat cadre. Dans un quatrième temps, il s'agira de déterminer le delta de rémunération restant à percevoir du fournisseur en cause, différence qui donnera lieu à la réalisation d'un dernier service et donc à la conclusion d'un dernier contrat d'application au mois de décembre 2006 !

Solution in fine assez complexe à mettre en œuvre !

La **seconde solution** consiste à retenir le concept de « *marque ombrelle* », en considérant qu'un service de coopération commerciale rendu par un distributeur à un fournisseur, concernant une marque en particulier, bénéficie en définitive à l'ensemble des produits du fournisseur, commercialisés sous ladite marque. Chaque mise en avant d'un produit dans le cadre d'un contrat d'application ne serait donc qu'une modalité de mise en avant de la marque elle-même. Dans ce cas, il suffirait de ventiler le pourcentage défini dans le contrat cadre entre les différents contrats d'application, car dans cette

solution le pourcentage du chiffre d'affaires concernant l'ensemble des produits d'une même marque est équivalent au pourcentage du prix unitaire net de chacun des produits de cette marque.

Cette seconde solution a pour avantage la simplicité, d'autant plus qu'elle peut également s'appliquer dans le cadre d'un contrat unique de coopération commerciale ! Il semble d'ailleurs bien que c'est vers cette solution que la Circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 souhaite orienter les entreprises lorsqu'elle indique que, dans le contrat d'application ou le contrat unique, « **les parties peuvent convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits, quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés dans le contrat** ».

Autrement dit, la prestation de services peut ne concerner qu'un produit tandis que sa rémunération peut prendre pour base de calcul l'intégralité des produits vendus par le fournisseur au distributeur. Dans une telle option ouverte, le prix de la prestation de service est fixé en pourcentage du prix unitaire net de l'ensemble des produits vendus par le fournisseur, et donc de facto du chiffre d'affaires annuel réalisé par ce dernier avec le distributeur concerné !

A titre d'illustration de notre propos, figurent ci-dessous différentes simulations de détermination de la rémunération des services de coopération commerciale :

PRINCIPES POSÉS PAR LA CIRCULAIRE DUTREIL II

CONTRAT CADRE

« Rien ne s'oppose par ailleurs à ce qu'un accord cadre prévoie pour tout ou partie des produits du fournisseur achetés par le distributeur une rémunération globale exprimée sous la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires affectable au prix unitaire de chacun des produits objets de l'accord cadre et à ce qu'une répartition de cette enveloppe soit ensuite réalisée par contrat d'application par contrat d'application, selon des modalités qui relèvent de la libre négociation entre les cocontractants ».

CONTRAT D'APPLICATION

« La rémunération du service rendu y est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte. La notion de produit est celle de l'article L.441-3 du Code de commerce. Les parties peuvent convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits, quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés dans le contrat ».

INDICATION DE LA RÉMUNÉRATION DANS LES CONTRATS

CONTRAT CADRE

POURCENTAGE DU CHIFFRE D'AFFAIRES ANNUEL NET HORS TAXES

CONTRAT D'APPLICATION

POURCENTAGE DU PRIX UNITAIRE NET DES PRODUITS

SOLUTION IMPOSSIBLE

**CONTRAT CADRE
30 % DU CA, SOIT 30 €**

Contrat d'application 1	Contrat d'application 2	Contrat d'application 3	Contrat d'application 4	Contrat d'application 5
% CA : 30 %	% CA : 30 %	% CA : 30 %	% CA : 30 %	% CA : 30 %
Montant : 30 €	Montant : 30 €	Montant : 30€	Montant : 30€	Montant : 30€

150 € ≠ 30 % CA
= 150 % CA

© Janvier 2006 - Tous droits réservés

MG Avocats Meffre & Grall

CA = 100 €

**MONOMARQUE
OU
MONOGAMME**

OPTION 1

**30 % DU CA,
SOIT 30 € PREVISIONNEL**

Contrat d'application 1	Contrat d'application 2	Contrat d'application 3	Contrat d'application 4	Contrat d'application 4
6 % du PUNEP	6 % du PUNEP	3 % du PUNEP	12 % du PUNEP	3 % du PUNEP
Acompte de 6 % sur CAP = 6 €	Acompte de 6 % sur CAP = 6 €	Acompte de 3 % sur CAP = 3 €	Acompte de 12 % sur CAP = 12 €	Solde sur CAR [(Ax30%)]- 27 €

▪ Taux = 27 % CAR
▪ Acompte = 27 % CAP soit 27 €

CA prévisionnel (CAP) = 100 €
PUNEP = Prix Unitaire Net de l'Ensemble des Produits vendu par le fournisseur au distributeur au cours de l'année N
= CA réel (CAR) = A

© Janvier 2006 - Tous droits réservés

MG Avocats Meffre & Grall

MONOMARQUE
OU
MONOGAMME

OPTION 2

CONTRAT CADRE
30 % DU CA,
SOIT 30 €

Contrat d'application 1	Contrat d'application 2	Contrat d'application 3	Contrat d'application 4	Contrat d'application 5
6 % du PUNEP	6 % du PUNEP	3 % du PUNEP	12 % du PUNEP	3 % du PUNEP
soit 6 €	soit 6 €	soit 3 €	soit 12 €	soit 3 €

30 € dont 10 € réintégré dans le SRP

PUNEP = Prix Unitaire Net de l'Ensemble des Produits vendu par le fournisseur au distributeur au cours de l'année N
= CA = 100 €

© Janvier 2006 - Tous droits réservés

MG Avocats Meffre & Grall

MONOMARQUE
OU
MONOGAMME

OPTION 3

CONTRAT CADRE
30 % DU CA,
SOIT 30 €

Contrat d'application 1	Contrat d'application 2	Contrat d'application 3	Contrat d'application 4	Contrat d'application 5
20% de 30 % du PUNEP	20% de 30 % du PUNEP	10% de 30 % du PUNEP	40% de 30 % du PUNEP	10% de 30% du PUNEP
soit 6 €	soit 6 €	soit 3 €	soit 12 €	soit 3 €

30 € dont 10 € réintégré dans le SRP

PUNEP = Prix Unitaire Net de l'Ensemble des Produits vendu par le fournisseur au distributeur au cours de l'année N
= CA = 100 €

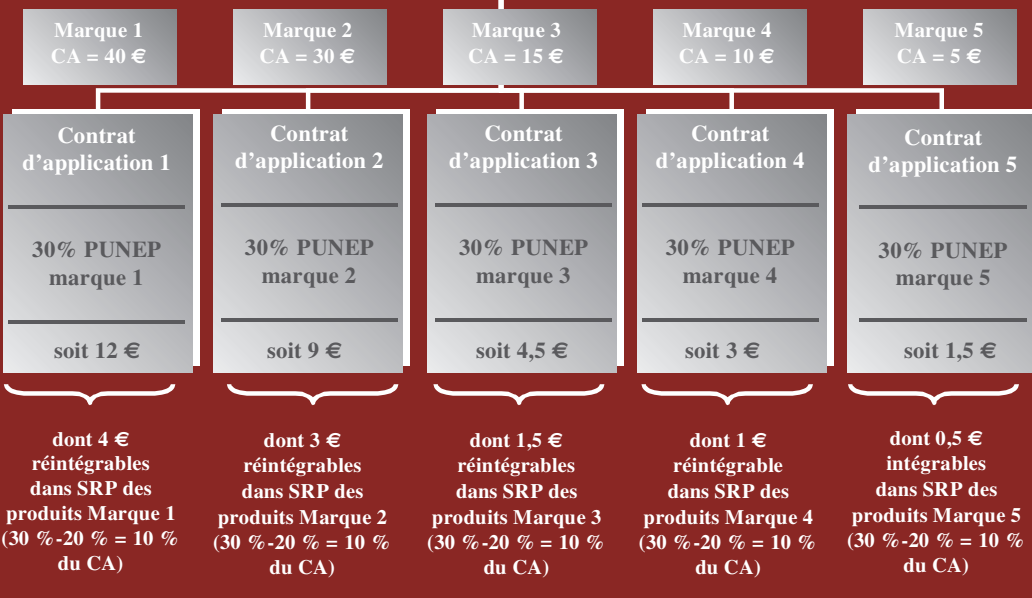
© Janvier 2006 - Tous droits réservés

MG Avocats Meffre & Grall

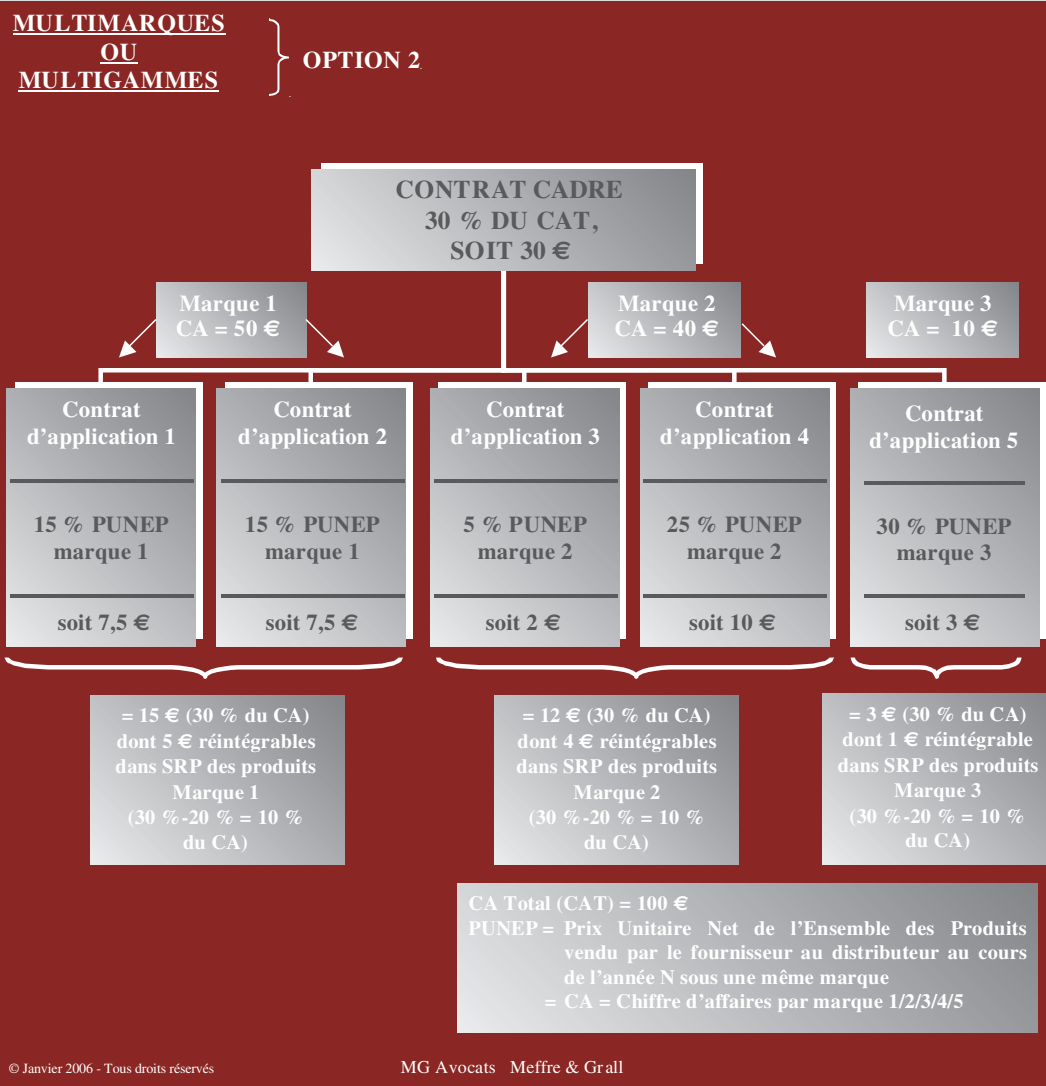
**MULTIMARQUES
OU
MULTIGAMMES**

OPTION 1

**CONTRAT CADRE
30 % DU CAT,
SOIT 30 €**



CA Total (CAT) = 100 €
 PUNEP = Prix Unitaire Net de l'Ensemble des Produits
 vendu par le fournisseur au distributeur au cours
 de l'année N sous une même marque
 = CA = Chiffre d'affaires par marque 1/2/3/4/5



■ LES SERVICES DISTINCTS DE LA COOPÉRATION COMMERCIALE

■ Le contenu des services distincts

Qui ne serait pas tenté aujourd'hui de s'abandonner tout entier à la douce influence de la création des services distincts et de la puissance financière qui peut en être induite ?

Attention, le réveil peut être brutal !

Les services distincts sont en effet sans définition ! Sont-ce pour autant des services indéfinis ?

Tel n'est pas le cas, dès lors que la nature même de ces prestations de services se réfère négativement à la définition même de la coopération commerciale.

Les services distincts constituent donc ce que l'administration a elle-même qualifié de « voiture balai », contribuant ainsi au caractère indéfini desdits services. Néanmoins, le contenu de ces services distincts ne nous est pas inconnu, compte tenu de ce qu'ils ne ressortent ni des conditions générales, catégorielles ou particulières de ventes, ni davantage de la coopération commerciale.

C'est donc tout le reste ! Et à ce titre, les services distincts seront notamment constitués par le référencement des produits pour autant qu'il s'agisse d'un vrai service de référencement (!), les services divers et variés rendus par les centrales internationales, certains services rendus par les filiales de groupements de distribution qui n'achètent pas les produits, ni ne les référencent d'ailleurs.

La nature ayant horreur du vide, cette catégorie de service se remplira naturellement d'elle-même !

On peut observer que l'enseigne Carrefour a logé une partie des services rémunérés au titre de la coopération commerciale en 2005 dans une annexe consacrée aux services distincts et à ce titre, nous pouvons y trouver la performance des nouveaux produits, l'ex-Tronc d'Assortiment National (« TAN ») qui avait été déjà débaptisé et recomposé en un plan de détention par famille de produits et un plan de développement des performances fournisseurs, ainsi qu'en une performance des produits nouveaux, sans oublier

la communication d'un plan d'implantation des produits par type de magasin.

On y trouve également l'aide à la gestion des comptes clients.

S'agissant des services distincts, ceux-ci devraient également concerner **les grossistes !**

Il ne nous semble pas qu'une telle position soit conforme au texte même de l'article 42 de la « loi Dutreil », ni davantage encore à son esprit et, serions-nous tentés de dire, surtout à son esprit !

En effet, les services distincts sont définis en creux par rapport aux services relevant de la coopération commerciale qui, elle, ne concerne absolument pas les grossistes, dès lors qu'ils ne revendent pas des produits aux consommateurs, ainsi que l'exige désormais l'article L.441-7 du Code de commerce, issu de l'article 42 alinéa 1er de la loi du 2 août dernier.

Les grossistes s'inscrivent dans une relation « B to B » et non « B to C » !

C'est contre toute logique que les services rendus par un grossiste à son fournisseur devraient faire partie des services distincts de la coopération commerciale, compte tenu de ce que le grossiste n'a pas du tout été envisagé par le législateur dans le cadre de l'adoption de l'article 42 précité : le grossiste est en effet absent de la relation envisagée dans le cadre des dispositions précitées de l'article 42 qui concernent, de toute évidence, la relation verticale mettant en jeu un fournisseur, un grand distributeur et un consommateur ; point de grossiste dans cette relation, même s'il est bien entendu qu'un grossiste serait susceptible de s'insérer dans cette relation, le grossiste pouvant en effet être approvisionné par un industriel et livrer ensuite les produits en cause au distributeur.

■ L'absence de formalisme des contrats portant sur des services distincts

L'absence de formalisme des services distincts, reposant sur une simple contractualisation de ceux-ci, avec identification de la nature desdits services, la loi n'imposant même pas qu'une rémunération y soit indiquée, incitera bien entendu l'ensemble des

opérateurs économiques à œuvrer pour une multiplication des services distincts.

La rémunération de ceux-ci n'étant pas exprimée en valeur relative, il sera donc parfaitement envisageable de maintenir une rémunération, soit en valeur absolue, pour certains services, soit en un pourcentage du chiffre d'affaires global réalisé au cours de l'année 2006, ainsi que les contrats d'enseigne pour 2006 le démontrent à ce jour.

Mais, la DGCCRF précise à cet égard qu'« *il appartient au distributeur de ramener la rémunération à la fois des services de coopération commerciale mais également des services distincts en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auquel ils se rapportent.* »

IV - Calcul du seuil de revente à perte (« SRP »)

Rappel du texte de la circulaire ministérielle :

« 4. Les modalités de calcul du seuil de revente à perte (ci-après SRP) »

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L.442-2 du code de commerce fixent de nouvelles modalités de calcul du seuil de revente à perte à compter du 1er janvier 2006.

4.1 DÉFINITIONS

4.1.1 Le prix unitaire net figurant sur la facture est le prix tarif minoré des réductions de prix telles que définies à l'article L.441-3 du code de commerce.

4.1.2 Les autres avantages financiers consentis par le vendeur sont constitués de l'ensemble des avantages consentis au client et qui ne sont pas portés sur la facture de vente du produit. La loi en faveur des PME prévoit de prendre en compte dans le calcul du SRP tous les avantages financiers consentis par le fournisseur à son client ou au mandataire de son client, quand bien même ledit mandataire ne rétrocéderait pas les sommes perçues à son mandant. Il s'agit :

- des ristournes assorties d'une condition, quelle que soit leur date de liquidation, et qui ont fait l'objet lors de la négociation commerciale d'un accord entre le vendeur et l'acheteur. Lors de la détermination du SRP, il appartiendra à celui qui prendra la responsabilité d'imputer ces ristournes dans le prix d'achat effectif de justifier auprès de l'autorité de contrôle, le cas échéant a posteriori, de la licéité de cette prise en compte ;
- de l'ensemble des rémunérations perçues par le distributeur ou par le prestataire de services au titre des différents services visés au I de l'article L.441-7 du code de commerce, c'est-à-dire les services de coopération commerciale et ceux fournis à l'appui de contrats de services distincts.

4.1.3 Situation des nouveaux instruments promotionnels (NIP)

Les nouveaux instruments promotionnels recouvrent plusieurs formes ; ils font l'objet soit d'un contrat de mandat par lequel le fournisseur consent au consommateur un avantage financier dont le distributeur fait l'avance à l'occasion du passage en caisse, soit d'un contrat de coopération commerciale.

Dans le premier cas, l'avantage n'étant pas consenti au distributeur, il n'entre pas dans la catégorie des autres avantages financiers. Dans le second cas, en revanche, l'avantage perçu suit le régime général de la coopération commerciale.

4.1.4 Les pénalités sanctionnent contractuellement un manquement d'une partie à ses obligations. A ce titre, elles n'entrent pas dans la catégorie des autres avantages financiers.

4.2 CALCUL DU SEUIL DE REVENTE À PERTE

Le prix d'achat effectif est désormais le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et excédant un seuil de 20% à compter du 1^{er} janvier 2006 puis de 15% à compter du 1^{er} janvier 2007. Toutefois et pour l'année 2006, le montant minorant le prix unitaire net ne peut excéder 40% du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit.

4.2.1 Année 2006

Le calcul du SRP se fera conformément à l'exemple suivant :

Soit un produit dont le prix tarif est de 110 et le prix unitaire net de 100 (remise de 10 sur facture) et dont l'ensemble des autres avantages financiers est de 35 soit 35% du prix unitaire net du produit.

Au 1^{er} janvier 2006, deux critères devront être pris en compte pour déterminer le SRP :

- la part des autres avantages financiers excédant 20% ; au cas d'espèce, le montant correspondant est de $35\% - 20\% = 15\%$ de 100 soit 15 ;
- le butoir de 40% du total des autres avantages financiers pour la minoration ; au cas d'espèce, le montant minorant le SRP ne pourra excéder 40% du total des marges arrières soit 14 ($35 \times 40 / 100$) ;

dès lors le SRP ne pourra être minoré que de 14 et s'établira à 86 pour l'année 2006.

Dans l'attente de l'entrée en vigueur de ce dispositif et jusqu'au 31 décembre 2005, la

définition du SRP reste inchangée conformément au III de l'article 47 de la loi. Par ailleurs, la loi prévoit que, par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal (principe de la rétroactivité « in mitius »), toute revente à perte commise avant le 31 décembre 2006 sera jugée et l'exécution des sanctions prononcées se poursuivra selon la disposition en vigueur lors de sa commission.

4.2.2 Années 2007 et suivantes

Dès le 1^{er} janvier 2007, pourra être imputé au SRP le montant des marges arrière excédant 15% du prix unitaire net du produit.

En reprenant l'exemple précédent, le montant des marges arrière excédant 15% s'établit à $35\% - 15\% = 20\%$ de 100 soit 20.

Le SRP sera alors de 80.

4.2.3 TVA

Un projet d'amendement du Gouvernement à la loi de finances rectificative pour l'année 2005 prévoit de clarifier le régime de TVA applicable aux différents éléments de calcul du SRP. Cet amendement précise que le calcul du SRP s'effectue à partir d'éléments hors taxe, et que la TVA, les taxes afférentes à la revente et le prix du transport s'imputent au SRP une fois le calcul effectué.

4.2.4 Situation particulière des grossistes

L'article 47-II de la loi du 2 juillet 2005 instaure un SRP spécifique pour les grossistes. Il leur permet d'appliquer un coefficient de 0,90 au prix d'achat effectif tel que défini par les deuxième et troisième alinéas de l'article L.442-2 du code de commerce.

Les grossistes visés sont ceux qui « distribuent des produits ou services exclusivement aux professionnels qui [leur] sont indépendants, et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. »

Une première condition a donc trait à la clientèle qui doit être exclusivement professionnelle. La condition sus énoncée s'apprécie au niveau du grossiste et non client par client de ce grossiste, interdisant par là même toute différenciation du SRP par cet opérateur.

Une deuxième condition est liée à l'indépendance de la clientèle par rapport au grossiste. Cette condition s'apprécie au regard d'éléments de fait et de droit : la politique commerciale du client doit être librement définie et il ne doit y avoir aucun lien capitalistique ou d'affiliation entre le grossiste et ses clients. Ainsi, un grossiste ou une centrale d'achat vendant à des professionnels ayant des liens capitalistiques ou d'affiliation avec lui, ou qui ne sont pas libres de leur politique commerciale ne saurait prétendre au bénéfice de l'article 47-II. Rien ne s'oppose à ce qu'un grossiste appartenant à un groupe de sociétés, ou ayant des liens d'affiliation avec des commerçants au détail, mais dont l'activité s'exerce exclusivement à l'égard d'entreprises indépendantes de lui, extérieures à son groupe ou réseau d'affiliation, bénéficie de ces dispositions.

Pour les grossistes répondant à ces conditions, la loi permet d'appliquer un coefficient de 0,9 pour calculer le SRP ; soit avec les mêmes conditions que dans l'exemple cité aux 4.2.1 et 4.2.2, un SRP de $86 * 0,90 = 77,40$ en 2006 et $80 * 0,90 = 72$ en 2007.

S'agissant du SRP de référence, notamment en 2006, il y a lieu de considérer que le coefficient de 0,9 s'applique en toute logique au SRP déterminé selon les règles générales définies à l'article L 442-2 du code de commerce, le cas échéant après application des dispositions de l'article 47-III de la loi sur le montant maximal de la minoration applicable en 2006. »

OBSERVATIONS

La principale difficulté d'application des nouvelles dispositions de l'article L.442-2 du Code de commerce réside dans la détermination des avantages financiers susceptibles de venir s'imputer sur le prix d'achat effectif constitué désormais du prix unitaire net minoré de l'ensemble des autres avantages financiers.

Par rapport au projet de circulaire, la circulaire définitive est beaucoup plus claire quant à la définition du **prix unitaire net** et **aux avantages susceptibles d'être intégrés dans le seuil de revente à perte**, faisant ainsi partie des autres avantages financiers. S'agissant tout d'abord du **prix unitaire net**, base de calcul de la partie minorante

du seuil de revente à perte, le prix unitaire net est constitué du **prix tarif minoré des réductions de prix telles que définies à l'article L.441-3 du Code de commerce**, à savoir les réductions de prix acquises à la date d'émission de la facture et directement liées à la vente ; ce sont donc les remises, ainsi que les ristournes inconditionnelles et ristournes conditionnelles dès lors que la condition à laquelle est subordonnée l'acquisition des ristournes est satisfaite à la date d'émission de la facture.

S'agissant des **autres avantages financiers** susceptibles d'être pris en considération par le distributeur pour déterminer le montant de la partie minorante du seuil de revente à perte, ces avantages financiers sont constitués de l'ensemble des avantages consentis aux clients, qui ne sont pas portés sur la facture de vente du produit.

A cet égard, la circulaire rappelle que la loi en faveur des PME prévoit de prendre en compte dans le calcul du SRP **tous les avantages financiers** consentis par le fournisseur à son client ou au mandataire de son client, quand bien même ledit mandataire ne rétrocéderait pas les sommes perçues à son mandant.

Et d'ajouter ce qui suit :

- Il s'agit **des ristournes assorties d'une condition**, quelle que soit leur date de liquidation, et qui ont fait l'objet lors de la négociation commerciale d'un accord entre le vendeur et l'acheteur. Lors de la détermination du SRP, il appartiendra à celui qui prendra la responsabilité d'imputer ces ristournes dans le prix d'achat effectif de justifier auprès de l'autorité de contrôle, le cas échéant a posteriori, de la licéité de cette prise en compte ;
- Il s'agit aussi de **l'ensemble des rémunérations perçues par le distributeur ou par le prestataire de services au titre des différents services visés au I de l'article L.441-7 du code de commerce, c'est-à-dire les services de coopération commerciale et ceux fournis dans le cadre de contrats de services distincts.**

Il convient, en conséquence, de relever que, quel que soit le destinataire des avantages financiers, qu'il s'agisse de l'acheteur ou

bien encore du **mandataire de celui-ci**, à savoir une centrale d'achat ou de référencement, nationale ou internationale, ces avantages pourront être pris en considération par le distributeur français, lors du calcul de son « SRP ».

- Autrement dit, l'administration se positionne très clairement en faveur du « ***tout réintégré*** », laissant le distributeur seul responsable de la détermination de son « SRP », l'industriel ne pouvant absolument pas, et de quelque manière que ce soit, intervenir dans le positionnement du prix de ses produits, sauf pratique délibérément déloyale de prix ou de marque d'appel de la part de ce dernier.

Le distributeur devra justifier de la conformité de ses prix de revente aux nouvelles règles de détermination du seuil de revente à perte, lors des contrôles auxquels procédera l'administration.

Il en ira de même des ristournes conditionnelles licitement non portées sur facture et dont le distributeur pourra tenir compte dans le calcul de son « SRP » à compter du 1^{er} janvier 2006, revenant ainsi au « *principe acquis* » des « *rabais, remises, ristournes* » pour ceux qui ont connu l'avant « *Loi Galland* » !

Quant aux **nouveaux instruments promotionnels**, l'administration a bien compris que ceux-ci étant constitués d'avantages destinés aux consommateurs via le distributeur qui était en fait généralement mandaté par l'industriel pour faire bénéficier les consommateurs de différents avantages immédiats ou différés, ces avantages certes financiers ne devaient pas s'intégrer à la détermination du « SRP ».

En revanche, si la rémunération versée au titre des « *NIP* » devait intervenir dans le cadre d'un accord de coopération commerciale, alors, effectivement, cette rémunération s'incorporerait à la partie minorante du SRP.

Nous ne reviendrons pas sur les modalités de détermination du SRP, celui-ci étant désormais très clairement entendu et compris par l'ensemble des opérateurs concernés.

A titre d'exemple, le seuil de revente à perte se calcule ainsi depuis le 1^{er} janvier 2006 :

■ AVEC UN TAUX DE MARGE ARRIÈRE S'ÉTABLISSANT À 30 % :

**SRP INSTITUE PAR LA LOI DUTREIL : UNE SOLUTION MEDIANE ET DE TRANSITION
1ère hypothèse avec 30 % de marge arrière**

Prix tarif	100
Remises promotionnelles + logistiques + Ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture)	20
Prix unitaire net	80
Marge arrière totale : coopco + autres avantages financiers : 30 % dont 10 % réintégrables [30 % - 20 % (taux visé dans la loi) = 10 % de 80, soit 8 euros]	- 8
Nouveau Seuil de Revente à Perte versus un SRP actuel de 80 et un trois fois net de 56 !	72

↑ Marge arrière (intégrable dans le prix de revente)

MG Avocats Meffre & Grall

■ AVEC UN TAUX DE MARGE ARRIÈRE S'ÉTABLISSANT À 45 % :

**SRP INSTITUE PAR LA LOI DUTREIL : hypothèse avec 45 % de marge arrière
Période transitoire : Année 2006**

Prix tarif	100
Remises promotionnelles + logistiques + Ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture)	- 20
Prix unitaire net	80
Avantages financiers : 45 % dont 18 % réintégrables : [45 % - 20% = 25%] sup à (40% de 45% = 18%), soit 18% de 80 = 14.4 euros ou [40% de (45% de 80)]	- 14.4
Nouveau SRP vs 60 si pas d'amortisseur !	65.6

↑ Marge arrière (intégrable dans le prix de revente)

MG Avocats Meffre & Grall

■ **ET EN 2007, LE TAUX DE BASCULE PASSERA DE 20 % À 15 %, LA PÉRIODE TRANSITOIRE AYANT PRIS FIN LE 31 DÉCEMBRE 2006 :**

Et en 2007 ?	
Le taux de bascule passe à 15 % (vs 20 %) et la réintégration n'est plus limitée à 40 % !	
Prix tarif	100
Remises promotionnelles + logistiques + Ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture)	- 20
Prix unitaire net	80
Avantages financiers : 30 % dont 15 % réintégrables [soit 15 % de 80 = 12 euros]	- 12
Nouveau SRP vs 72 en 2006	68

↑
Marge arrière (intégrable dans le prix de revente)

© Décembre 2005 - Tous droits réservés
MG Avocats Meffre & Grall

Et s'agissant des grossistes qui bénéficient, à partir du 1^{er} janvier 2006, d'un coefficient de minoration s'établissant à 0,90 du prix d'achat effectif tel que défini ci-dessus, seuls seront concernées les entreprises qui revendent exclusivement à une clientèle professionnelle, induisant ainsi que tout grossiste ne revendant que même très partiellement à des consommateurs, ne pourra pas bénéficier de ce coefficient, sur l'ensemble de son activité qui sera ainsi pénalisée en termes de calcul du prix de revente des produits.

De plus, les points de vente auxquels le grossiste revendra ses produits devront être strictement indépendants de ce dernier, en ne possédant aucun lien capitalistique ou d'affiliation avec ledit grossiste.

Aussi bien, une centrale d'achat appartenant à un groupement de distribution ne pourra pas faire bénéficier ses adhérents d'un seuil de revente à perte minoré, en raison de l'existence, si ce n'est d'un lien capitalistique, à tout le moins d'un contrat d'affiliation entre l'adhérent du groupement, exploitant son point de vente, et ladite centrale.

Précisons également qu'un grossiste ne pourrait pas bénéficier des dispositions dérogatoires en matière de détermination du seuil de revente à perte, dans l'hypothèse où il revendrait ses produits à une centrale d'achat d'un groupement de distribution, dès lors que cette centrale d'achat revendrait elle-même à ses adhérents, mais n'exercerait pas en tant que telle une activité de revente au détail, seuls les adhérents de ladite centrale d'achats exploitant une surface de vente !

En revanche, rien ne s'oppose effectivement à ce qu'un grossiste appartenant à un groupe plus ou moins important de distribution fasse bénéficier des commerçants au détail de prix d'achat minorés de 10 %, compte tenu de ce qu'aucun lien capitalistique ou d'affiliation n'existerait entre ces derniers et la centrale d'achats exerçant alors une activité de grossiste au sens de l'article L. 442-2 nouveau du Code de commerce, mais restriction importante néanmoins apportée par la circulaire, serait-il encore nécessaire que ce grossiste ne livre pas les points de vente de son groupement et consacre son activité exclusivement à des commerçants non affiliés !

V - LES PRATIQUES ABUSIVES SANCTIONNÉES CIVILEMENT ET LES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES

Rappel du texte de la circulaire ministérielle :

« 5. Pratiques abusives faisant l'objet de sanctions civiles

La relation commerciale ne doit pas être génératrice de discriminations ou d'abus. Parmi les situations plus particulièrement visées par la loi peuvent être cités :

5.1 L'absence de service rendu ou de contrepartie et le caractère manifestement disproportionné de la rémunération de ce service ou de la contrepartie

Toute demande de rémunération de services de coopération commerciale ou de services distincts, ou d'obtention de réductions de prix au titre des CGV/CPV, doit correspondre, respectivement, à un service effectivement rendu, ou à une contrepartie effectivement obtenue, afin de ne pas placer le fournisseur en situation d'accorder à un client des avantages discriminatoires, portant sur un service fictif ou dépourvu de contrepartie réelle. Ainsi en serait-il de services facturés par l'acheteur au titre de la coopération commerciale alors qu'ils font déjà l'objet d'une rémunération par voie de réduction de prix aux termes des conditions de vente du fournisseur, ainsi en serait-il également de services de coopération commerciale dont l'objet relève de la fonction même du vendeur ; il pourrait y avoir absence de cause au sens de l'article 1131 du Code civil.

De même les avantages sollicités ne doivent pas être manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu. (art. L.442-6 I 2°) a du code de commerce). Le caractère disproportionné pourra s'apprécier au regard des éléments suivants : variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique, diminution sensible de la consistance de la prestation prévue au contrat, participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt s'avère limité...

5.2 L'effet rétroactif d'un avantage

Au terme de l'article L.442-6 II du code de commerce, « sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan, la possibilité :

a) de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ; »

L'effet rétroactif d'un avantage s'apprécie par référence à la date de conclusion de l'accord entre les parties ; ainsi n'a pas le caractère rétroactif au sens du texte précité, l'attribution d'une ristourne en fin de période (ex : ristourne de fin d'année) dès lors que celle-ci était bien prévue à la date de conclusion du contrat.

A l'inverse, les demandes reconventionnelles qui conduisent à modifier rétroactivement l'économie du contrat initial entrent dans les cas visés par le texte.

5.3 Les contraintes de gamme abusives

L'article L 442-6 2° b) du code de commerce explicite le cas d'abus de puissance d'achat ou de vente que constitue le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque, dès lors qu'il conduit à entraver l'accès de produits similaires aux points de vente. Sont ainsi visées les conventions, telles que par exemple les accords de gamme – quel que soit le nom donné aux accords qui en sont le support – qui offrent un avantage, financier ou autre, en contrepartie de la mise en linéaire d'une gamme de produits. Naturellement, la responsabilité de l'initiateur est engagée qu'il s'agisse du fournisseur ou du distributeur. La notion de produits similaires ne peut s'apprécier qu'au cas par cas, en se fondant sur une analyse concrète des produits qui auraient pu accéder aux linéaires en l'absence des avantages accordés ou obtenus.

5.4 Le refus ou le retour des marchandises ou la déduction d'office du montant de la facture des pénalités pour non-respect d'une date de livraison ou non-conformité des marchandises

Ces pratiques ne peuvent être mises en œuvre si la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, et si le fournisseur n'a pas été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant. La seule information du fournisseur selon des modalités dont les parties peuvent convenir contractuellement et dont il appartiendra, le cas échéant, au distributeur de justifier, ne suffit pas pour valider ces pratiques. La contestation par le fournisseur du grief allégué rend en effet la dette incertaine.

Par suite engagera la responsabilité du distributeur au sens de l'article L.442-6 du code de commerce, tout refus ou retour de marchandises ou toute déduction d'office qui seraient mis en œuvre au mépris de la contestation soulevée par le fournisseur.

5.5 La globalisation artificielle des chiffres d'affaires et la demande d'alignement

La globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou la demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients, par exemple dans le cadre de centrales de vente de services de distribution, de référencement ou d'achat de produits, sur le plan national ou international, engagent la responsabilité de leur auteur car, à cet égard, elles ne sont pas assorties de la fourniture, en contre-partie, d'un véritable service commercial au fournisseur, ou parce que l'avantage obtenu par le distributeur est manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service commercial rendu.

5.6 Le renversement de la charge de la preuve

Les dispositions intégrées dans le paragraphe III de l'article L.442-6 du code de commerce par la loi du 2 août 2005 étendent au ministre chargé de l'économie et à l'administration qui le représente, qui ne sont pas parties au contrat, le bénéfice de l'article 1315 du code civil qui dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré,

doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Ainsi un opérateur qui a obtenu la rémunération d'un service, lorsque la réalité de ce service est contestée par l'administration, doit justifier devant le juge saisi qu'il s'est acquitté de la fourniture de ce service. La charge de la preuve du service rendu incombe ainsi au prestataire de services, qu'il s'agisse de contestations portant sur les services de coopération commerciale ou sur les services distincts. Dans les mêmes conditions, l'opérateur qui a obtenu une réduction de prix au titre des CGV/CPV, doit apporter la preuve qu'il a satisfait à ses obligations en fournissant la contrepartie à cette réduction de prix.

Des stipulations contractuelles prévoyant de mettre à la charge du fournisseur des dépenses rendues nécessaires pour attester, le cas échéant, de la réalité des prestations qui lui sont facturées sont susceptibles de caractériser un abus de puissance d'achat au sens des dispositions de l'article L.442-6 I 2° b) du code de commerce.

6. Les enchères inversées à distance

L'article L.442-10 du code de commerce sanctionne par la nullité les contrats portant sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, et qui ne satisfont pas à l'une des règles formelles prescrites au même article. Quelques aspects de cette nouvelle législation méritent un développement plus approfondi.

6.1 Durée de préavis

L'article L.442-6 I 5° du même code fixe la durée minimale de préavis en cas de rupture brutale de relations commerciales résultant d'une mise en concurrence par enchères à distance, au double de celle résultant de l'application du même alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas. Le non-respect de cette règle engage la responsabilité civile de son auteur et l'expose au paiement d'une amende civile de 2 millions d'euros conformément au paragraphe III de l'article L.442-6 du code de commerce.

6.2 Situation particulière des produits agricoles

Sont interdites, au sens de l'article L.442-10 du code de commerce, les enchères à distance inversées organisées par l'acheteur ou son représentant pour les produits agricoles visés au premier alinéa de l'article L 441-2-1 du code de commerce ainsi que les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits. Ainsi les enchères organisées par les vendeurs (exemple : marchés aux cadrans) ne sont pas soumises à ces dispositions. Par ailleurs, l'article L 441-2-1 renvoie à une liste de produits établie par décret ; les produits agricoles visés à l'article L.442-10 doivent donc être inscrits dans un tel décret. Le décret n° 2005-524 du 20 mai 2005 auquel renvoie l'article L.441-2-1 susvisé définit une liste de produits qui comprend les fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur.

Enfin et pour définir les produits de consommation courante issus de la première transformation de ces produits, il convient de se reporter aux chapitres 7, 8 et 20 de la nomenclature de l'annexe I du Traité CE. Actuellement, ces produits de consommation courante sont notamment, au vu du décret précité, les produits de la quatrième gamme et de la cinquième gamme, les fruits et légumes congelés et surgelés, les confitures, les conserves de fruits et légumes, les fruits au sirop, les jus de fruits ou de légumes, et les nectars.

6.3 Cas des enchères inversées organisées à l'étranger

La délocalisation en dehors du territoire national de plates-formes organisant les enchères inversées à distance ou de sites de

négociation des conditions de référencement pose le problème de l'application de la loi dans l'espace.

S'agissant de la responsabilité civile de l'acheteur ou de la personne qui organise les enchères pour son compte, il y a lieu de se référer à la jurisprudence relative à la loi applicable aux délits. En l'espèce, c'est la loi du lieu du dommage qui s'applique (Lautour, civ. 25 mai 1948). En cas de dissociation entre le fait générateur et le préjudice, le lieu du dommage s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier (Civ. I, 11 mai 1999). Le lieu d'organisation des enchères inversées peut être facilement déplacé et n'est donc pas significatif. En conséquence, la loi applicable est la loi du lieu de réalisation du dommage, c'est-à-dire la loi du lieu où le fournisseur subit le préjudice. Par ailleurs, la nullité des contrats ne remplissant pas les exigences de l'article L.442-10 du code de commerce s'impose et revêt le caractère de loi de police. Elle s'applique à tous les contrats qui ont pour objet l'approvisionnement d'un acheteur de produits destinés à la revente en France.

6.4 Sanctions encourues

Si l'action en nullité et l'action en responsabilité civile sont engagées devant la juridiction civile ou commerciale par le ministre chargé de l'économie conformément aux paragraphes III et IV de l'article L.442-6 du même code, la personne morale encourt une amende civile de deux millions d'euros.

L'article L.443-2 sanctionne pénalement le fait d'opérer la baisse artificielle du prix de biens ou de services en introduisant sur le marché ou en sollicitant des sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services. »

OBSERVATIONS

■ LE REFUS OU RETOUR DE MARCHANDISES LIVRÉES ET L'AUTO DÉDUCTION DE PÉNALITÉS

Les dispositions de l'article 48 II de la loi du 2 août 2005 complètent la liste déjà fort longue des pratiques restrictives visées sous l'article L. 442-6 du Code de commerce ; il s'agit en l'espèce pour un producteur, un commerçant, un industriel ou toute personne immatriculée au répertoire des métiers, de :

« (...) procéder au refus ou retour de marchandises ou déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ».

Ces nouvelles dispositions induisent que pour pouvoir procéder à une compensation, il est donc nécessaire de respecter préalablement une vraie procédure contradictoire permettant au fournisseur de contrôler et donc de contester, non seulement le montant des pénalités infligées mais également, en amont, la réalité du grief qui lui est reproché, si nous retenons le cas le plus fréquent de l'auto déduction de pénalités de retard de livraison (cf. **les clauses figurant dans les différentes conditions d'achat établies par les grands distributeurs !**).

Rappelons que la Commission d'examen des pratiques commerciales « CEPC » avait déjà eu l'occasion de se prononcer dans un avis fort bien documenté sur les « *Clauses concernant les défaillances du fournisseur et du distributeur* » (cf. **avis n° 04-04 du 7 juillet 2004**).

Si certes les parties *« sont libres de convenir de la sanction de l'inexécution de leurs engagements contractuels, en particulier du montant*

des pénalités exigibles (réserve faite de l'application de l'article L. 441-6 du Code de commerce concernant les pénalités au cas de retard de paiement, et du contrôle judiciaire de leur caractère non manifestement excessif ou dérisoire, art. 1152 du Code civil) », la CEPC avait toutefois précisé que « certaines conditions d'achat prévoient des sanctions disproportionnées et brutales », en relevant que

« La disproportion apparaît d'abord entre la sanction aggravée des défaillances du fournisseur et celle alléguée, voire inexistante, des défaillances du distributeur. (...).

Surtout, les possibilités de mise en cause du fournisseur pour défaillance sont multipliées par les très nombreuses obligations stipulées à sa charge en matière, notamment de livraison et d'information, tandis que les hypothèses de défaillance du distributeur sont éludées, voire soustraites à toute sanction qui serait éventuellement prévue dans les « conditions générales de vente » des fournisseurs. (...).

La disproportion apparaît aussi dans le quantum de la sanction et l'inexécution qu'elle concerne. Il est ainsi prévu des sanctions extrêmement lourdes et qui ont tendance à s'accroître d'une année sur l'autre. (...).

Si de lourdes pénalités peuvent dans certaines situations être économiquement justifiées (par exemple un défaut de livraison emportant remise en cause d'une opération promotionnelle), encore faudrait-il qu'elles fassent l'objet d'une prédétermination établissant une relation avec le préjudice subi.

La brutalité apparaît à travers les stipulations permettant au distributeur de déduire d'office du montant qu'il doit payer au titre de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais cor-

respondant au non respect d'une date de livraison ou à une non-conformité des marchandises, avant même que le fournisseur ait pu contrôler ou tout au moins discuter de la réalité du grief correspondant.

La encore, si la compensation peut parfaitement être convenue entre les parties pour des hypothèses où ne jouerait pas la compensation légale, encore faut-il qu'elle corresponde à une créance non unilatéralement établie. » !

S'agissant du nouveau régime légal et de sa mise en œuvre, que vient préciser la circulaire ministérielle du 8 décembre 2005 ?

« Ces pratiques [compensation/déduction] ne peuvent être mises en œuvre si la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, et si le fournisseur n'a pas été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant (...).

La seule information du fournisseur selon les modalités dont les parties peuvent convenir contractuellement et dont il appartiendra, le cas échéant, au distributeur de justifier, ne suffit pas pour valider ces pratiques.

La contestation par le fournisseur du grief allégué rend en effet la dette incertaine ».

Et de conclure :

« (...) engagera la responsabilité du distributeur au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce, tout refus ou retour de marchandises ou toute déduction d'office qui seraient mis en œuvre au mépris de la contestation soulevée par le fournisseur ».

Deux interprétations peuvent être envisagées :

■ Selon une première interprétation, qui se déduit de la lecture de l'avis de la

CEPC précité, le nouvel article L. 442-6-8° main-tiendrait la possibilité pour les parties de procéder à **une compensation conventionnelle** lorsque les dettes en cause ne sont pas fongibles, liquides et exigibles dès lors que le fournisseur ait bien été mis en mesure de « contrôler la réalité du grief » ;

■ Selon une seconde interprétation, plus stricte, qui est celle de l'administration et qui résulte de la lecture de la circulaire du 8 décembre 2005, tant que le fournisseur maintient sa contestation s'agissant de la « réalité du grief » et/ ou du montant de l'indemnisation imposée, l'acheteur ne peut en aucun cas opérer une compensation dans la mesure où la créance ne pourrait, de ce fait, que demeurer incertaine.

Seule les décisions futures à intervenir pourront lever les ambiguïtés liées à l'application de ces nouvelles dispositions légales.

■ L'ABSENCE DE SERVICES RENDUS OU DE CONTREPARTIE PROPORTIONNÉE

A titre d'exemple de services non rendus ou dont la consistance est insuffisante, alors même que le montant de la rémunération a varié significativement à la hausse, l'administration précise très clairement et fort logiquement ce qui suit :

« De même, le fait d'imposer la rémunération de services de référencement sans contrepartie réelle et proportionnée peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive au sens de l'article L 442-6 du code de commerce, sans préjudice des dispositions du I 3° et du II b) du même article. La même analyse peut naturellement s'appliquer à des variations de grande ampleur de la rémunération de ces services, alors que leur contenu n'a pas varié significativement » !

L'administration vise ici précisément un contrat proposé depuis le mois de septembre dernier par une enseigne de la grande distribution française.

■ LES CONTRAINTES DE GAMMES ABUSIVES

L'article L.442-6-I-2-b° s'est en effet enrichi d'une disposition permettant de lutter contre les accords de gammes constitutifs d'un abus de puissance de vente (ou d'achat dans certains cas), édictant ainsi une sorte de présomption d'illicéité des accords de gammes, mais sans pour autant qu'une sanction soit ipso facto encourue par l'auteur desdits accords de gammes.

■ LA GLOBALISATION ARTIFICIELLE DES CHIFFRES D'AFFAIRES ET LES DEMANDES D'ALIGNEMENT

Il s'agit là de lutter contre les super centrales ou bien encore les groupements de groupements qui prétendent recevoir une rémunération au titre d'un « *super référencement* », alors même que ni les premières, ni les seconds n'apportent de vrais services aux industriels.

Seuls les groupements qui démontreront la réalité du service apporté, notamment celui d'un vrai référencement, complétant le référencement situé au niveau des groupements constitutifs du super groupement pourront bénéficier d'une telle rémunération, sauf à tomber dans la globalisation artificielle des chiffres d'affaires, ce qui avait d'ores et déjà été dénoncé et condamné, il y a fort longtemps de cela, dans le cadre des avis prononcés par la Commission de la concurrence, concernant les super centrales Arci, Dira et Serfaal.

De même, les demandes d'alignement - rétroactives - au titre d'écarts de conditions parfaitement justifiées au demeurant entre distributeurs pourront être sanctionnées

civilement par une peine d'amende pouvant atteindre deux millions d'euros ; Il s'agit bien entendu d'une amende maximale, outre les sanctions habituelles en matière de pratiques restrictives de concurrence condamnées civilement.

■ LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

L'administration rappelle le texte des nouvelles dispositions de l'article L.442-6-III du Code de commerce, à savoir que tout opérateur qui aura facturé des services dont la réalité sera contestée par l'administration, devra justifier devant le Juge saisi qu'il a effectivement rendu la prestation de services en cause.

La charge de la preuve incombera ainsi désormais à tout prestataire de services qui aura facturé un service, qu'il s'agisse d'un service de coopération commerciale ou d'un service distinct ou bien encore de conditions particulières de vente.

■ L'ENCADREMENT DES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES À DISTANCE

Le texte prévoit :

- l'obligation pour l'organisateur d'enchères électroniques de communiquer les éléments déterminants du contrat objet de l'enchère, les conditions et modalités d'achat ainsi que les critères de sélection de la meilleure offre ;
- l'obligation pour l'organisateur d'assurer à tous les participants une égalité d'accès à l'information ;
- l'obligation pour l'organisateur de communiquer à l'issue de l'enchère à tout candidat qui en fait la demande l'identité du candidat retenu ;
- l'obligation pour l'organisateur de l'enchère de procéder à un enregistre-

ment du déroulement des enchères et de procéder à la conservation d'un tel enregistrement pendant un an.

En cas de manquement à l'une ou l'autre de ces obligations, l'organisateur de l'enchère électronique à distance, encourt une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros au maximum.

En outre, est puni d'une amende de 30.000 € et de deux ans d'emprisonnement le fait :

« d'opérer la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance :

1) en introduisant par quelque moyen que ce soit des informations mensongères ou calomnieuses ;

2) en introduisant sur le marché ou en sollicitant soit des offres destinées à troubler les cours, soit des sur-offres ou sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services ;

3) ou en utilisant tout autre moyen frauduleux.

La tentative est punie des mêmes peines. »

Il s'agit en effet de mettre fin à la « pratique dite du lièvre » consistant, pour certains auteurs d'enchères électroniques à distance, à faire croire aux différents candidats sous enchérisseurs que l'un de ces derniers avait fait une offre moins disante, alors que c'était l'initiateur lui-même desdites enchères qui était à l'origine de la baisse des prix proposés !

Il convient de relever que la délocalisation en dehors du territoire national de plateformes organisant des enchères inversées à distance ou de sites de négociation des conditions de référencement ne permettra

pas d'éviter l'application de la loi française, qu'il s'agisse de dispositions relevant du Code de commerce et notamment de l'article L.442-6 : il s'agit là en effet de dispositions d'ordre public, considérées par la jurisprudence comme des lois de police, ou bien encore de dispositions sanctionnées pénalement, ce qui est le cas de l'article L.443-2 du Code de commerce.

Quant aux produits agricoles visés au 1^{er} alinéa de l'article L.441-2-1 du Code de commerce ainsi que des produits alimentaires de consommation courantes issus de la première transformation de ces produits, l'article L.442-10 du Code de commerce prohibe purement et simplement toute forme d'enchères à distance inversées.

En revanche, les enchères organisées par les vendeurs, telles que celles organisées à l'occasion de la vente de bestiaux sur les marchés aux cadrans ne sont pas soumises à cette disposition.

Ainsi que le rappelle l'administration, les dispositions visées sous l'article L.441-2-1 1^{er} alinéa, du Code de commerce renvoient à une liste établie par le décret n°2005-524 du 20 mai 2005, à savoir une liste qui comprend les fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur, les produits issus de la première transformation de ces produits étant constitués par les produits de la 4^e gamme et de la 5^e gamme, les fruits et légumes congelés ou surgelés, les confitures, les conserves de fruits et légumes, ainsi que les fruits au sirop, la circulaire du 8 décembre dernier ajoutant qu'il convient de se référer au chapitres 7, 8 et 20 de la nomenclature de l'annexe I du traité CE, qui définit les produits de consommation courante issus de la première transformation.

Conclusion

« Une attention particulière sera portée à la mise en œuvre de la loi, dans le but d'en vérifier le respect par les opérateurs et de préparer le bilan et les propositions qui devront être soumis au Parlement à la fin de l'année 2007.

Les sujets suivants feront l'objet d'un suivi particulièrement attentif des administrations compétentes :

- respect des nouvelles règles de l'article L 441-7 relatives aux contrats de services et juste qualification de ces services ;
- surveillance des pratiques abusives civilement sanctionnées ;
- respect de l'interdiction de revente à perte.

Les nouvelles dispositions relatives à la poursuite et à la sanction des infractions prévues au titre IV du livre IV du code de commerce seront naturellement mises en œuvre dans ce cadre.

La mise en œuvre de ces orientations, qui doivent mobiliser tous les partenaires économiques, devra conduire à un progrès significatif dans le sens d'une meilleure concurrence et d'un avantage pour le consommateur. »

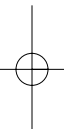
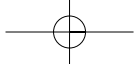
L'administration conclut donc sa circulaire en attirant tout particulièrement l'attention des opérateurs économiques sur l'objet de ses futurs contrôles qui porteront essentiellement sur le respect des nouvelles règles édictées par l'article L.441-7 du Code de commerce relatives aux contrats de services, d'une part, la juste qualification de ces services, d'autre part, les pratiques abusives civilement sanctionnées, par ailleurs et enfin le respect de l'interdiction de revente à perte, ce dernier point n'intervenant finalement qu'en dernière position !

Il convient en conséquence de ne pas sous-estimer l'attention que l'administration entend porter à la mise en œuvre de la loi Dutreil et donc au respect, par l'ensemble des opérateurs économiques, des dispositions ayant trait à la définition légale de la coopération commerciale et au formalisme extrêmement rigoureux qui devra l'entourer, et à ce titre, à la « juste qualification » des services rendus par le distributeur.

De manière beaucoup plus générale, il est vrai, les pratiques abusives seront sanctionnées ainsi que le précise l'administration et ce, afin de rendre effective cette loi, mais aussi beaucoup plus efficace l'ensemble du dispositif législatif et bientôt réglementaire avec la prochaine publication des deux décrets à intervenir en matière de conditions catégorielles de vente et de transaction administrative.

Ce n'est pas pour autant que l'on doit oublier que la loi Dutreil s'inscrit dans une logique de profond changement du mode de détermination du seuil de revente à perte et que des contrôles interviendront là également, mais a priori peut-être pas immédiatement.

Somme toute, il nous faut donc attendre les premiers mois de l'année 2006 et les premiers contrôles diligentés par les services de la DGCCRF, pour disposer d'une première indication de tendance !



MIG

Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

Meffre & Grall

80 avenue Marceau ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
meffregall@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr

