

Circulaire du 8 décembre 2005

Relative aux relations commerciales

Le dispositif juridique applicable aux relations commerciales a connu au cours des dernières années des évolutions importantes : la loi du 1^{er} juillet 1996 (dite loi Galland) a visé à améliorer la transparence et la loyauté des transactions commerciales et à rééquilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques s'est efforcée de moraliser les pratiques commerciales en définissant les comportements abusifs engageant la responsabilité civile de leur auteur. La loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME donne une nouvelle définition du seuil de revente à perte et renforce le formalisme des contrats de coopération commerciale, et les moyens de lutte contre les pratiques abusives. L'objectif de ce dernier texte est, à titre principal, de permettre d'enrayer le développement des « marges arrière ». Depuis la mise en œuvre de la loi du 1^{er} juillet 1996, il avait en effet été constaté progressivement, un déplacement de la négociation commerciale du prix de vente facturé vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler les marges arrière. L'importance croissante de ces avantages qui n'apparaissent pas sur la facture de vente des produits avait une influence sur le niveau des prix pratiqués à l'égard du consommateur, au détriment de son pouvoir d'achat.

La présente circulaire a pour objet de préciser le nouveau cadre juridique qui résulte de la loi du 2 août 2005, en présentant les dispositions actualisées du titre IV du livre IV du code de commerce. Elle se substitue à la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.

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/S.A. 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 ristournes¹, 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.

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 produit². 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 Cf. également les escomptes visés au paragraphe suivant.

² Le non-respect par l'acheteur du délai de paiement auquel il s'est engagé pourrait matérialiser une discrimination abusive.

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.

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 commerce¹.

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 ».

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 contrepartie (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

¹ Cf. avis n°04-04 de la commission d'examen des pratiques commerciales.

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^{ème} alinéa du même texte.¹

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

¹ 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 I 2° b.

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.

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 publipromotionnel 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 indiquent :

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 par 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 revente.

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 6^{ème} 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.

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 1^{er} 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 arrière 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 $86 \times 0,90 = 77,40$ en 2006 et $80 \times 0,90 = 72$ 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.

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 contrepartie, 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.

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.

A Paris, le 8 décembre 2005