

**NUMÉRO SPÉCIAL
CONSACRÉ À LA CIRCULAIRE DUTREIL II**

*Par Jean-Christophe Grall
Avocat à la Cour de Paris**

Les services du ministère des PME et du commerce, ainsi que ceux de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (ci-après dénommée «DGCCRF»), ont mis en ligne le jeudi 20 octobre 2005 un projet de «**circulaire relative aux relations commerciales**» [pme.gouv.fr et finances.gouv.fr /DGCCRF].

Cette circulaire, que l'on nomme alternativement circulaire Dutreil II (venant en effet se substituer à la circulaire Dutreil I du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs), ou bien encore circulaire Cerutti, du nom du Directeur général de la Concurrence, de la Consommation et

de la Répression des fraudes, repose sur les trois axes principaux suivants :

1. Conforter la place des conditions générales de vente dans la négociation commerciale ;

2. Donner plus de liberté au mécanisme de formation du prix de revente aux consommateurs ;

3. Mettre un frein à certaines pratiques abusives telles que la dérive des marges arrière, les contraintes de gammes abusives, les pénalités et retours de marchandises injustifiés, etc., pratiques dont les PME tout particulièrement, sont généralement les premières victimes, ainsi que le relève l'administration.

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.meffre-grall.avocat.fr

SOMMAIRE : LA CIRCULAIRE DUTREIL II

Préambule	p. 3	Définition du seuil de revente à perte	p.13
Conditions générales de vente	p. 4	Autres dispositions du projet de circulaire	p. 17
Rémunération des différents services rendus par le distributeur	p. 7	Conclusion	p. 19

Ce projet de circulaire fait l'objet d'une consultation publique, visant à associer l'ensemble des acteurs économiques relevant des relations industrie/commerce, à son élaboration et ce, dès avant que les négociations commerciales pour 2006 ne s'engagent réellement, puisque force est de constater que si les premiers tours de négociation ont eu lieu pour de nombreuses entreprises relevant du «food» et à ce titre de l'alimentaire, de l'agroalimentaire, de l'hygiène-beauté, nombre de fournisseurs n'ont pas encore rencontré les principales enseignes de la grande distribution qui réclament à corps et à cri les conditions générales de vente et autres conditions tarifaires devant s'appliquer à compter du 1^{er} janvier 2006.

Mais comment élaborer sa politique commerciale et ainsi sa politique tarifaire pour l'année 2006, alors que l'on ne sait pas précisément quelle est la bonne interprétation des dispositions figurant sous le titre VI de la loi Dutreil du 2 août 2005 et, tout particulièrement, des dispositions contenues sous les articles 41, consacré aux conditions de vente, dans leur généralité, 42, relatif à la coopération commerciale et aux services distincts et, enfin, 47, définissant le nouveau seuil de revente à perte fondé sur une réintégration d'une partie des avantages financiers accordés par l'industriel.

Cette consultation publique se terminera le jeudi 10 novembre 2005, afin que la publication de cette circulaire puisse intervenir dès avant la fin du mois de novembre, ce qui peut apparaître – on doit bien le reconnaître – tardif dans la saison des négociations commerciales pour l'année suivante ; et encore davantage cette année, compte tenu de ce que les contrats de coopération commerciale, pour autant qu'il en

demeure encore en 2006 (!) devront tous avoir été conclus au plus tard le 14 février 2006.

Quels que soient son caractère tardif et les critiques que l'on peut formuler à l'encontre de ce projet de circulaire, ainsi que nous le verrons ci-dessous, force est néanmoins de reconnaître à l'administration sa volonté de pédagogie dans l'application des nouvelles dispositions issues de la loi Dutreil du 2 août 2005, ainsi que les représentants de la DGCCRF, présents lors de la conférence organisée par le magazine «LSA» le 28 septembre dernier, ont souhaité l'indiquer aux participants.

En effet, si cette nouvelle loi présente des difficultés évidentes d'interprétation et donc d'application, l'administration est la première à reconnaître qu'elle sera elle-même confrontée aux incertitudes et ambiguïtés contenues dans ce nouveau texte, mais que celui-ci constituera une contrainte légale à laquelle elle devra faire face et qu'elle sera la première à éprouver les plus grandes difficultés lors des futurs contrôles s'agissant, notamment, de la détermination des éventuelles reventes à perte qui ne manqueront pas d'intervenir !

Cette circulaire constituera le socle de la doctrine administrative et impactera nécessairement la décision des juges, qu'ils appartiennent à des juridictions civiles ou pénales, lors de l'appréciation qu'ils seront amenés à donner dans leurs futurs jugements, étant précisé qu'une circulaire, destinée cette fois-ci exclusivement aux Parquets, est également en cours de préparation.

Dès lors, il convient de déterminer les critiques qui doivent être portées à l'encontre de ce projet, ainsi que les propositions de modifications qui pourraient être soumises à l'administration.

A TITRE PRÉALABLE

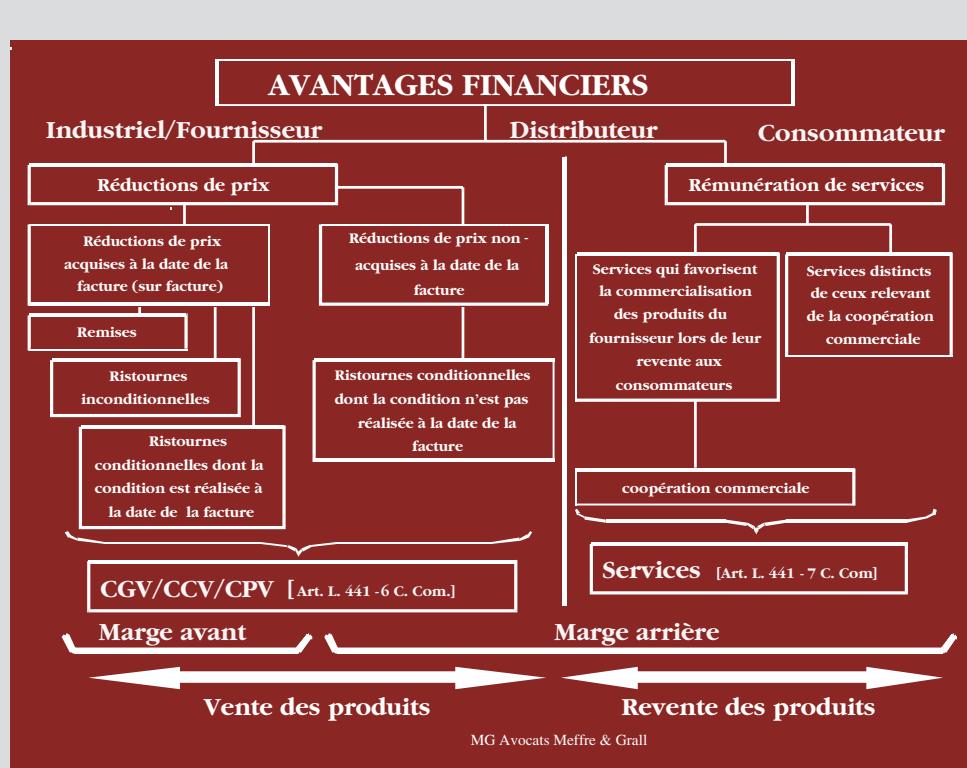
La nouvelle circulaire à intervenir se substituera de plein droit aux circulaires Scrivener du 10 janvier 1978, relative aux relations commerciales entre entreprises, sauf en ce qui concerne la liste des produits périssables, d'une part, à la circulaire Delors du 22 mai 1984, relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises, d'autre part, et, enfin, à la très médiatique circulaire Dutreil («*L*») du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.

La nouvelle circulaire sera donc unique quant aux dispositions administratives s'appliquant aux relations industrie/commerce, s'agissant très précisément de la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs !

Ainsi que tout lecteur des dispositions visées sous le titre VI de la loi Dutreil l'aura observé, et comme le projet actuel de circulaire le démontre à suffisance, finalement, les principales interrogations portent sur la nature et la «réintégrabilité» des avantages financiers consentis par un industriel à un groupe de

distribution, comprenant en cela les différentes centrales internationales, nationales et/ou régionales, les plateformes logistiques et, enfin, les magasins, sans oublier naturellement les filiales dédiées à une activité en particulier (telle que Easydis et Media Cosmos, appartenant au groupe EMC Casino, respectivement destinées à prendre en charge les activités de logistique, pour la première et de merchandising, pour la seconde), mandatées ou non puisque tel est au surplus la question induite par le projet de texte.

Afin de bien comprendre l'articulation existant à l'intérieur de cette 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 du projet de circulaire, nous reproduisons ci-après un schéma présentant l'articulation des différents avantages financiers, dans l'ordre chronologique de lecture des différents paragraphes composant le projet de circulaire.



I. Conditions de vente

Les conditions 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 des 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 différencées (encore dénommées « ristournes »), qu'elles soient inconditionnelles ou conditionnelles, ces différentes remises et ristournes venant généralement rémunérer un volume annuel de chiffre d'affaires, de progression des ventes, une opération promotionnelle, un service logistique, etc.

■ CONDITIONS GÉNÉRALES OU PARTICULIÈRES DE VENTE

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, la date d'échéance devant être impérativement portée sur la facture émise par l'industriel et ce, conformément aux dispositions visées sous l'article L.441-3-3° du Code de commerce.

Les escomptes convenus au terme d'une convention doivent également être mentionnés sur facture, au sens des dispositions précitées, l'escompte faisant dès lors partie des réductions de prix acquises à la date d'émission de la facture et participant ainsi à la détermination du prix unitaire net !

En l'absence de convention d'escompte, l'article L.441-3-4° du Code de commerce fait simplement obligation à l'émetteur de la facture de porter sur ses factures les conditions d'escompte, c'est à dire d'informer l'acheteur de la possibilité de bénéficier d'un escompte et des conditions devant être respectées pour pouvoir en bénéficier.

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.

A cet égard, il convient de souligner que nombre de fournisseurs ont d'ailleurs eux-mêmes des conditions d'achat qu'ils souhaitent voir respecter lors de leurs propres achats auprès de leurs propres fournisseurs.

En dépit du principe de supériorité des conditions générales de vente sur les conditions d'achat, édicté très clairement par l'article L.441-6 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.

En effet, nous avons tous pu constater que les conditions d'achat du Galec n'ont pas été particulièrement réformées à la suite de la publication de la loi Dutreil le 3 août dernier !

Et le fournisseur qui accepterait, sans mot dire, 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.

N'oublions pas en effet que nous sommes en droit commercial et que le contrat de vente interviendra entre un acheteur et un vendeur dès lors qu'il y aura eu accord sur la chose et sur le prix, au sens du droit civil le plus strict, et que l'acceptation des conditions d'achat du distributeur, sans aucune réserve quant à l'application de ses propres conditions générales de vente, aura pour effet direct d'entraîner une inapplication des conditions générales de vente du fournisseur et une application des conditions d'achat de l'acheteur.

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-I-2°-b dudit code, 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 gardes-fous à une trop grande supériorité des conditions d'achat sur les conditions générales de vente, dans la 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 pourrait 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 du projet de circulaire, 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.

Le projet de circulaire, avant que d'envisager les conditions catégorielles de vente, aborde dans un point « a » 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 offertes cette fois-ci par le distributeur.

En effet, et il y a là une vraie ambiguïté : le

projet de circulaire rappelle – ce qui est source de confusion avec les conditions particulières de vente – 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 la relation commerciale* », prenant pour exemple « *les modalités de livraison, le conditionnement, les services logistiques particuliers, les conditions liées au stockage, les délais de règlement ou bien d'escompte différencié* ».

Cette première situation concerne donc la rédaction même des conditions générales de vente qui peuvent prévoir une telle différenciation qui sera fonction des services offerts par les clients de l'industriel.

Cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle **les conditions générales de vente ne prévoiraient pas une telle possibilité de différenciation**, alors que néanmoins l'industriel en cause souhaiterait s'inscrire dans une logique de différenciation de traitement de ses clients, en fonction des services que ces derniers seraient susceptibles de lui offrir.

Dans cette seconde situation, l'initiative ne serait donc plus prise par l'industriel, dans ses conditions générales de vente, mais par le distributeur – c'est à dire l'acheteur – dans le cadre de conditions particulières de vente, c'est à dire de conditions se démarquant effectivement du contenu même des conditions générales de vente de l'industriel.

Mais, que ce soit dans la première situation ou dans la seconde, la différenciation de traitement – et non la discrimination abusive – se justifiera par la spécificité de la relation commerciale établie entre le fournisseur et le distributeur.

Il est vrai qu'il y a ambiguïté, mais celle-ci n'est que visuelle, à la lecture des paragraphes « 1° » et « 3° », dès lors que l'initiative dans les deux cas n'appartient pas à la même personne : dans la première situation, ce sera l'industriel, dans la seconde, ce sera le distributeur, mais dans les deux situations, ces conditions de vente feront bien partie de la politique commerciale du fournisseur.

Et les services susceptibles d'être rémunérés seront dans les deux cas des services identiques ; c'est bien pourquoi nous retrouvons sous les paragraphes « 1° » et « 3° » les services logistiques, les services de stockage, 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, en passant par toute l'activité logistique liée au stockage, au transport, à l'éclatement et à la livraison des produits.

■ 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'Etat, 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 catégories d'acheteurs qui sont : le chiffre d'affaires, la nature de la clientèle et le mode de distribution.

Le projet de circulaire renvoie en outre à la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 qui avait reconnu la possibilité pour un fournisseur d'établir des conditions catégorielles de vente destinées, d'un côté, aux grossistes, et d'un autre côté aux détaillants, réservant la communication des conditions de vente aux seuls opérateurs relevant d'une catégorie, induisant dès lors, pour reprendre l'exemple précité, la communication des conditions de vente établies pour les grossistes aux seuls grossistes et les conditions de vente établies pour les détaillants aux seuls détaillants.

La position administrative est cependant réductrice, en ce que elle se réfère à la doctrine qui prévalait avant la loi du 2 août 2005, et ainsi à la circulaire Dutreil du 16 mai 2003.

En effet, l'administration considère que les **conditions catégorielles de vente qu'un industriel peut établir sont destinées nécessairement à des opérateurs économiques qui ne sont pas en concurrence sur un même marché.**

A cet égard, la circulaire Dutreil précisait déjà ce qui suit :

« 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 et qui ne sont pas placées sur le même marché, c'est à dire qui ne sont pas en concurrence entre elles. 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 doctrine administrative nous apparaît à cet égard être en déphasage avec la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence qui, notamment, dans l'avis « *Brother* » du 23 juillet 2004, conclut 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.

Il serait donc nécessaire que l'administration, dans le cadre de la circulaire qui sera publiée, apparaisse moins réductrice dans l'appréciation des conditions catégorielles de vente susceptibles d'être établies par un industriel, suivant en cela d'ailleurs la loi Dutreil qui vise, en son article 41, trois critères de segmentation des canaux de distribution, à savoir : le chiffre d'affaires, la nature des clientèles et le mode de distribution.

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.

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, comme le rappelle fort opportunément le projet de circulaire Dutreil en page 5 § b), 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 sont les rémunérations qui ne présentent aucune rationalité économique !

II. LA RÉMUNÉRATION DES DIFFÉRENTS SERVICES RENDUS PAR LE DISTRIBUTEUR

Le projet de 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

A cet égard, le projet de circulaire reprend ce que la précédente circulaire Dutreil indiquait d'ores et déjà, en 2003, en intégrant toutefois les dispositions législatives issues du nouvel article L.441-7 du Code de commerce.

Les services de coopération commerciale sont en effet strictement délimités par la loi :

- 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 limitera, à compter du 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 rayons, etc., en premier lieu et à l'information du consommateur, qui s'exprimera par la diffusion de catalogues, de supports presse divers et variés, de prospectus, leaflets, encarts dans la presse nationale, régionale ou locale (blogs exclus !), en second lieu.

La communication d'informations statistiques, dont on n'a jamais véritablement su si elle devait relever de la coopération commerciale, sera demain transférée dans la catégorie des services distincts.

« *Exit* » en conséquence le référencement, la communication interne d'enseigne, le contrat Politique Nationale d'Enseignes ou « PNE » du Galec, qui a d'ores et déjà cessé d'exister pour être requalifié en « Contrat de Référencement Galec dans le cadre de la politique nationale d'enseigne 2006 », 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 du compte client, etc.

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

■ Le formalisme des contrats de coopération commerciale

Le formalisme extrêmement rigoureux imposé par l'article 42 de la loi Dutreil et repris par le projet de circulaire, dissuadera nécessairement les opérateurs économiques de se situer dans la catégorie des services relevant de la coopération commerciale.

Le nouveau contrat de référencement Galec, ainsi que l'accord de partenariat Carrefour, qui ont été proposés respectivement fin sep-

tembre et fin octobre, démontrent amplement que les distributeurs n'entendent plus, mais alors plus du tout (!) 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 ne devrait, peu ou prou, pas changer à compter du 1er janvier prochain, 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, devront 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 tenter 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, étant précisé que le produit est défini comme étant l'unité de vente aux consommateurs, identifiée par un gencod et non une gamme de produits.

Autrement dit, trois produits de trois couleurs différentes, mais strictement identiques en termes de technicité, par exemple, seront considérés comme trois produits distincts.

Nous souhaitons tous que l'administration donne un exemple de détermination de cette rémunération exprimée en valeur relative par rapport au prix unitaire net du produit et donc en pourcentage.

En effet, comment rapporter ce qui est aujourd'hui exprimé, soit en valeur absolue, soit en pourcentage du chiffre d'affaires total annuel réalisé par un industriel avec un fournisseur sans tomber dans une totale irrationalité économique, compte tenu de ce qu'un catalogue d'une valeur de 10.000 € hors taxes, rapporté au chiffre d'affaires annuel net de ce produit qui s'établirait à 150.000 €,

représenterait 6,66 % de ce chiffre d'affaires net comme du prix unitaire net de ce produit (du fait d'un lissage de la rémunération tout au long de l'année) alors que, rapporté au chiffre d'affaires net réalisé uniquement durant la période de diffusion du catalogue, qui s'établirait à 30.000 €, il représenterait 33,33 % de ce chiffre d'affaires net, comme du prix unitaire net de ce produit durant la même période (car l'intégralité de la rémunération serait alors affectée aux seuls produits vendus durant l'opération promotionnelle).

Il y a là un hiatus ô combien important, lorsque l'on sait que le distributeur pourrait intégrer une partie de cette rémunération dans son prix de revente, conduisant ainsi le consommateur à obtenir le produit gratuitement et même à recevoir de l'argent du distributeur si l'on pousse le raisonnement jusqu'à l'absurde !

La rationalité économique et la cohérence que doit présenter toute rémunération de service par rapport au chiffre d'affaires espéré par l'industriel nécessite que ce soit bien le chiffre d'affaires que ce dernier va réaliser grâce à la diffusion du catalogue auquel il aura participé à due concurrence de 10.000 €, qui doit être, seul, retenu.

Cependant, force est de constater que l'administration ne pouvait pas aller au delà de ce que la loi lui permettait d'écrire, dès lors que, dans l'hypothèse contraire, la circulaire en cause aurait pu être frappée de nullité !

Un exemple chiffré serait toutefois le bienvenu et nous demanderons, pour notre part, aux services de la DGCCRF, d'aller dans ce sens en nous donnant un exemple de calcul avec ses conséquences sur la détermination du seuil de revente à perte (« *SRP* »).

Une ouverture existe cependant : 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 objets de l'accord cadre, une répartition de cette enveloppe pouvant ensuite être réalisée par le biais d'un contrat d'application, selon des modalités qui relèvent de la libre négociation entre les cocontractants.**

Les termes qui précèdent ne sont pas d'une clarté absolue et l'on doit s'interroger sur leur signification précise.

Nous avions cru comprendre, dans un premier temps, que l'administration ne s'opposerait pas à ce que le contrat cadre continue à perpétuer l'expression de la rémunération due par le fournisseur au distributeur, sous la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel, tous produits confondus ou, à tout le moins (ce qui aurait été davantage dans la logique du texte de loi nouveau), d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé produit par produit et prestation par prestation.

Il est bien évident que la question se serait ensuite posée de la conversion de ce pourcentage, dont l'assiette de calcul aurait été constituée par un chiffre d'affaires réalisé au titre de la vente d'un produit, en une rémunération exprimée en fonction du prix unitaire net du produit.

Cependant, nous aurions été – à tout le moins – sauvés pour la détermination de la rémunération lors de l'établissement du contrat cadre.

Une première lecture du premier paragraphe de la page 8, à savoir le troisième paragraphe de l'article 3.2.1. semblerait nous indiquer une position contraire de l'administration.

Rien n'est moins sûr cependant, car nous pouvons fort bien comprendre que l'administration ne s'opposerait pas à une telle rémunération exprimée globalement en fonction du chiffre d'affaires, non pas tous produits confondus mais pour l'ensemble des produits devant faire l'objet d'une mise en avant (à titre d'exemple) et donc à une rémunération exprimée en pourcentage d'un chiffre d'affaires agrégé pour l'ensemble des produits en cause, à charge cependant pour les parties de savoir ventiler cette rémunération globale contrat d'application par contrat d'application, ce qui nous permettrait de conclure à l'exactitude de la position que nous avions, pour notre part, adoptée dès la mi-septembre, en estimant que le contrat cadre annuel ne devrait être finalement que peu modifié.

Certains distributeurs sembleraient d'ailleurs tirer de la lecture de ce projet de circulaire une grande liberté, en estimant loisible pour

eux de retenir finalement une rémunération globale de 10 % pour un ensemble de vingt têtes de gondole en 2006, à titre d'exemple, pour des produits à définir dans les contrats d'application, à charge,

- **1^{re} option**, d'indiquer simplement dans les contrats d'application que chaque TG n'est qu'une composante de la rémunération globale prévue dans le contrat cadre, et donc de pouvoir considérer que ces 10 % s'appliquent à tous les produits concernés par les TG au fur et à mesure, voire à tous les produits du fait même que les produits mis en TG vont bénéficier à la marque en cause de manière générale, ce qui reviendrait à ne rien changer par rapport à aujourd'hui ;
- **2^e option**, de ventiler dans chacun desdits contrats au nombre de vingt (un contrat par TG), ces 10 %, en fixant dans chaque contrat d'application un pourcentage du prix unitaire net du produit en cause, l'agrégation de ces différentes rémunérations devant coïncider avec la rémunération totale exprimée en pourcentage du CA ;
- **3^e option**, de considérer que dans chaque contrat d'application, le taux de 10 % sera précisé en relation avec le taux défini dans le contrat cadre, ce qui revient ni plus ni moins qu'à la première option !

Cet « *hyper formalisme* » des contrats de coopération commerciale ne doit pas entraîner les opérateurs économiques, qu'ils soient fournisseurs ou distributeurs, vers un transfert total de budgets versés autrefois et pour la dernière fois en 2005 au titre de la coopération commerciale, vers les seuls services distincts de la coopération commerciale ; ce serait une double erreur :

- **En premier lieu**, la définition de la coopération commerciale et celle, négativement définie, des services distincts, ne permettent pas de loger les anciens – et vrais – services de coopération commerciale dans de pseudo services distincts.

Nous doutons que les services de coopération commerciale, qui étaient auparavant rémunérés dans le cadre du contrat Carrefour, dénommé « Accord de prestations de services et de collaboration commerciale »

en 2005, et que l'on retrouve aujourd'hui, en première partie, d'un accord dénommé de « partenariat » et, plus précisément dans une annexe I consacrée au « conseil et à l'aide à l'élaboration personnalisée d'un plan promotionnel », concernant notamment des opérations à intervenir dans les supports catalogues ou dans les supports magazines, les mises en avant sur internet, ou bien encore l'accès à la communication évènementielle par point de vente, puissent réellement s'extraire du champ gravitationnel de la coopération commerciale et ainsi échapper à tout formalisme.

- **En second lieu**, il s'agirait là, ni plus ni moins, que d'une fraude à la loi que l'administration et les tribunaux, dans un second temps, ne manqueraient pas de sanctionner ! Un dernier point sur le formalisme, celui de la date de signature des contrats de coopération commerciale, fixée, pour la première fois, au 14 février 2006.

L'administration précise cependant que « *le contrat unique ou le contrat cadre peut faire l'objet, en cours d'année, d'avenants, par exemple pour intégrer au contrat la fourniture de nouveaux services, ou pour permettre le référencement d'un nouveau produit; dans ce cas, la rémunération appliquée ne peut naturellement courir qu'à partir de la date de fourniture desdits services, et non rétroactivement.* »

■ LES SERVICES RELEVANT DES SERVICES DISTINCTS

■ 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 « voi-

ture 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, 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 trouvera également demain 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 47 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 47 précité : le grossiste est en effet absent de la relation envisagée dans le cadre des dispositions précitées de l'article 47 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.

Cependant, force est de constater que, pour les produits de grande consommation et, tout particulièrement les produits alimentaires ainsi que les produits d'hygiène/beauté, l'industriel livre directement, en général, le distributeur qui va commercialiser lesdits produits auprès d'une clientèle composée de consommateurs.

Intégrer les services rendus par un grossiste à un industriel nous paraît donc être en contrariété avec la lettre même des dispositions visées sous l'article 47 de la « loi Dutreil » et à l'esprit même qui a animé les parlementaires lors de l'adoption de cette loi, esprit qui a ancré très clairement l'ensemble de la présente loi dans un contexte de grande distribution.

Considérer que les services rendus par un grossiste à un industriel doivent être en quelque sorte attirés par une sorte de force magnétique qui tendrait à les rattacher aux services distincts prévus par l'article L.441-7 nouveau du Code de commerce entraînerait des conséquences que le législateur n'aurait bien entendu pas prévues, mais que l'administration, elle-même, n'a peut-être pas totalement envisagées.

En effet, on peut penser à un grossiste répartiteur qui est en relation avec un laboratoire pharmaceutique et qui va livrer, dans le cadre des dispositions légales qui lui sont propres, des pharmaciens d'officines.

Ce grossiste répartiteur peut rendre des services à son fournisseur, à savoir ledit laboratoire pharmaceutique.

Devrait-on considérer demain que ce même grossiste répartiteur doive, le 31 janvier 2007, rendre des comptes à chacun des laboratoires pharmaceutiques pour lesquels il a mis en oeuvre des services, et dès lors appliquer les dispositions visées sous l'article 441-7-II-4° alinéa du Code de commerce qui lui feraient obligation de communiquer le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires et ce, pour chacun des produits auxquels ils se rapportent ?

De toute évidence, la position administrative ne peut pas être suivie ici !

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

Une certaine permissivité peut être de mise, dès lors que l'on ne tombe pas dans l'excès de transfert des services « *autrefois* » rémunérés au titre de la coopération commerciale dans cette catégorie dite des services distincts. Excès qui se concrétisera, ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus, dès lors que de vrais services de coopération commerciale tels que des têtes de gondole et autres mises en avant seront rémunérés au titre 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 projets de contrats Galec et Carrefour le démontrent.

N'oublions pas que le distributeur sera tenu de communiquer à chacun de ses fournisseurs auxquels il aura rendu des services relevant de la coopération commerciale ou bien encore des services distincts puisque les deux sont effectivement visés, ainsi que le

précise l'administration dans sa circulaire, au plus tard le 31 janvier de l'année civile, soit pour la première fois, le 31 janvier 2007 – **la date du 31 janvier 2006 n'aurait en effet présenté aucune cohérence, dès lors que les dispositions relatives à la définition du nouveau seuil de revente à perte ne seront applicables qu'à compter du 1^{er} janvier 2006 et la prise d'effet de cette obligation au 31 janvier 2006 induirait par ailleurs une rétroactivité de la loi pénale, ce qui n'est possible que dans l'hypothèse d'une loi pénale plus douce, ce qui n'est pas le cas ici, s'agissant d'une nouvelle incrimination !** – le montant total des rémunérations perçues portant sur l'ensemble des services rendus l'année précédente et ce, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auxquels les services se rapportent.

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 il se rapporte. »*

Il est bien évident que la conversion en valeur relative d'une rémunération convenue en valeur absolue ou bien encore celle d'une rémunération exprimée initialement en valeur relative par rapport à une assiette de calcul constituée d'un chiffre d'affaires englobant la vente de tous les produits sera des plus malaisée ; on peut d'ailleurs se demander si pour certains services, une telle obligation est bien réelle.

On peut en effet prendre comme exemple certains services dont la rémunération est prévue initialement en valeur absolue et qui sera maintenue en 2006, ces services ne pouvant pas être rémunérés en fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'industriel avec son client distributeur (tel est le cas des fournisseurs qui participent à certaines manifestations événementielles ou caritatives organisées par certains groupements de distribution).

Comment dans ces conditions tenter de ramener la rémunération de tels services à un chiffre d'affaires ? C'est manifestement impossible !

III. DÉFINITION DU SEUIL DE REVENTE À Perte

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.

A cet égard, le paragraphe 4.1.1 précisant que le prix unitaire net figurant sur la facture est le prix tarif minoré des remises mentionnées sur la facture peut paraître extrêmement ambigu, voire erroné, **dès lors que le prix unitaire net correspond au résultat du prix tarif du produit diminué de l'ensemble des réductions de prix figurant sur la facture, au sens de l'article L.441-3 du Code de commerce**; or, ces réductions de prix sont composées non seulement des remises, à savoir des dégradations immédiates du prix tarif, et donc du prix que l'acheteur devra payer au vendeur, mais également des réductions de prix différées dès lors qu'elles sont acquises à la date d'émission de la facture et à ce titre, de l'ensemble des **ristournes inconditionnelles et des ristournes conditionnelles** dont la condition est remplie à la date de la vente et donc de l'émission de la facture.

L'ambiguïté est d'autant plus grande que le paragraphe 4.1.2 indique, pour sa part, que 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, ajoutant qu'il s'agit des ristournes **qu'elles soient ou non 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.

Il est bien entendu que les ristournes non assorties d'une condition constituent des ristournes inconditionnelles et qu'elles doivent dès lors figurer impérativement sur la facture du vendeur, sauf à commettre une infraction aux règles de facturation; il en va de même des ristournes conditionnelles acquises à la

date d'émission de la facture, tel que notamment lorsqu'un palier de chiffre d'affaires est franchi.

En conséquence, les autres avantages financiers ne peuvent être constitués de ristournes non assorties d'une condition ou bien encore des ristournes conditionnelles acquises, dès lors que celles-ci font globalement partie du prix unitaire net.

L'administration semblerait considérer que le terme même de « *remise* » englobe tout à la fois les vraies remises sur facture, à savoir celles qui viennent dégrader immédiatement le prix payé par l'acheteur, mais encore les ristournes portées en pied de facture, pour mémoire, compte tenu de ce qu'elles constituent une créance acquise pour l'acheteur.

Il est dommage cependant que seul le terme de « *remise* » soit utilisé.

Il eut été préférable que les termes de « *remises* » et de « *ristournes* » acquises à la date d'émission de la facture, bref, pour reprendre les termes mêmes de l'article L.441-3 précité du Code de commerce, les termes de « **réductions de prix acquises** », soient retenus par la future circulaire.

Nous demanderons, pour notre part, que les termes de « *réductions de prix acquises au sens de l'article L.441-3 du Code de commerce* » soient utilisés afin de définir précisément le prix unitaire net.

Cette ambiguïté, une fois levée, il est bien entendu que l'ensemble des autres avantages financiers sera constitué également de l'ensemble des rémunérations perçues par le distributeurs au titre des différents services, qu'il s'agisse de services de coopération commerciale ou bien encore de services distincts, outre la prise en compte de la fourniture d'unités gratuites du produit.

Sur ce dernier point, convenons cependant qu'il y a là également une ambiguïté, dès lors que la note de service de la DGCCRF en date du 3 février 1988 précise que les unités gratuites doivent figurer sur les factures, s'agissant alors non plus d'une remise en espèces, mais d'une remise en nature, participant ainsi à la détermination du seuil de revente à perte.

Il ne nous semble pas exact de préciser que ces unités gratuites feront parties de l'ensemble des autres avantages financiers, induisant dès lors qu'ils n'auraient pas à figurer sur la facture, alors même que les produits gratuits doivent être portés sur factures, réduisant en effet le prix unitaire net des produits, le dénominateur étant proportionnellement plus important (exemple : prix tarif remisé 10 €, quantité achetée : 100, soit un prix unitaire net de 10 € H.T. ; si 10 unités sont livrées gratuitement, le prix unitaire net sera ramené à 9,09 € H.T. [(100x10)]/(100 + 10)]).

Il est en outre, beaucoup plus facile de procéder au calcul du seuil de revente à perte, en tenant compte des unités gratuites mentionnées sur facture que d'intégrer ces unités gratuites aux autres réductions de prix non mentionnées sur facture et participant dès lors à la détermination de la partie minorante du « SRP », une telle partie minorante ne pouvant venir diminuer le « SRP » qu'au-delà de 20 % et dans la limite de 40 % de la totalité des avantages financiers consentis, s'agissant de l'année 2006 !

Ici également, nous proposerons à la DGCCRF de modifier les dispositions du paragraphe 4.1.2.

Il convient de plus 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, ces avantages pourront être pris en considération par le distributeur, lors du calcul de son « SRP ».

Autrement dit, l'administration se positionne en faveur du « tout réintégrable », 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.

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 procèdera 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

1er janvier 2006, revenant ainsi au « principe acquis » des « rabais, remises, ristournes » pour ceux qui ont connu l'avant « Loi Galland », souvenirs, souvenirs !

Quant aux nouveaux instruments promotionnels, l'administration a bien compris que ceux-ci étant constitués d'avantages destinés aux consommateurs via l'intermédiation du distributeur qui était en fait 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.

Les exemples donnés dans la précédente Lettre du Cabinet (*schémas, voir page 16*) sont à cet égard pleinement validés par le projet de circulaire, seule l'option n°1 envisagée dans le précédent numéro demeurant toutefois aujourd'hui.

Il est bien évident que les distributeurs se retrouvent à devoir gérer des prix de revente en toute liberté et indépendance ; certains comme Michel-Edouard Leclerc le réclamaient, mais finalement ils n'étaient pas très nombreux ! Ils ont obtenu aujourd'hui une telle liberté, mais son apprentissage semble être bien difficile, à voir les demandes des distributeurs ! Il faut en effet apprendre à être libre...

S'agissant des grossistes qui bénéficieront, à partir du 1^{er} janvier prochain, d'un coefficient de minoration s'établissant à 0,90 du prix d'achat effectif tel que défini ci-dessus, seules 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.

La situation du cash and carry Metro pourrait ainsi poser un problème, compte tenu de ce que ce cash and carry est également ouvert à des salariés d'entreprises, Metro faisant bénéficier ces salariés d'une carte d'accès à la surface de vente !

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'achats 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 des 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.

**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

MG Avocats Meffre & Grall

Marge arrière (intégrable dans le prix de revente)

**SRP INSTITUE PAR LA LOI DUTREIL :
2ème hypothèse avec 45 % de marge arrière
période transitoire**

Prix tarif	100
Remises promotionnelles + logistiques + Ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture)	- 20
Prix unitaire net	80
Marge arrière totale : 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 sans « amortisseur »	65.6

MG Avocats Meffre & Grall

Marge arrière (intégrable dans le prix de revente)

IV. AUTRES DISPOSITIONS DU PROJET DE CIRCULAIRE

Les autres dispositions figurant sous les paragraphes 5 et 6 n'appellent que peu de commentaires de notre part, s'agissant en effet de dispositions qui ont pour partie été reprises de l'ancienne circulaire « Dutreil » du 16 mai 2003, en ce qui concerne notamment les notions de discrimination abusive, d'abus de relation de dépendance, d'absence de services rendus ou d'obtention d'une rémunération manifestement disproportionnée ou bien encore de rétroactivité des avantages financiers perçus par les distributeurs.

Toutes ces infractions civilement sanctionnées le demeureront demain, sans modification des dispositions les concernant.

En revanche, il est vrai que le projet de circulaire attire l'attention des opérateurs économiques sur les quatre points suivants :

■ LES CONTRAINTES DE GAMME ABUSIVE

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

Il convient de ne pas être par trop alarmiste quant à l'éventuelle infraction civile ressortant de la proposition d'une remise ou d'une ristourne de gamme ou de tout autre rémunération qui viendrait rémunérer un accord d'exclusivité ou de sélectivité.

Il sera en effet nécessaire que le distributeur qui se prétendrait victime d'un accord de gamme abusif démontre préalablement qu'un tel accord de gamme s'inscrit dans un abus de puissance de vente, ce qui, ainsi que nous le savons, a très peu été reconnu par la jurisprudence et ce, notamment dans le cadre de prétendus abus de dépendance économique dans le passé.

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

Il s'agit là de lutter contre les supercentrales ou bien encore les groupements de groupements qui prétendent recevoir une rémunération au titre d'un « *superréférencement* », alors même que ni les premières, ni les secondes 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'écart 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 précise ce que dit 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.

Nous souhaitons attirer l'attention sur le fait que cette disposition est d'application générale et que son champ d'application n'est nullement réduit aux relations industrie/commerce : ainsi, tout prestataire de services, de manière très générale devra, à tout moment, pouvoir démontrer que le service facturé et pour lequel une rémunération a donc été demandée et obtenue, est bien réel.

Ce renversement de la charge de la preuve a suscité l'appréhension des distributeurs et cette disposition est, à juste titre, redoutée dans son application future : l'administration n'ayant ainsi plus à apporter une preuve négative, ce qui est extrêmement difficile, devant un tribunal, elle attendra que ce soit, en l'occurrence, le distributeur – prestataire de services – qui démontre la réalité du service prétendument rendu et contesté par l'administration.

■ L'ENCADREMENT DES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES À DISTANCE

Le texte prévoit :

- l'obligation pour l'organisateur d'encheres électroniques de communiquer les éléments déterminants du contrat objet de l'encheré, 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'encheré à tout candidat qui en fait la demande l'identité du candidat retenu ;
- l'obligation pour l'organisateur de l'encheré de procéder à un enregistrement du déroulement des encheres 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'encheré 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'encheres 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'encheres 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 encheres 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 encheres 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 1er alinéa de l'article L.441-2-1 du Code de commerce ainsi que des produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits, l'article L.442-10 du Code de commerce prohibe purement et simplement toute forme d'encheres à distance inversées.

En revanche, les encheres 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, dans son projet de circulaire, les dispositions visées sous l'article L.441-2-1 1er 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.

CONCLUSION

Il convient de ne pas sous-estimer l'attention particulière que l'administration entend porter à la mise en œuvre de la loi et donc au respect, par l'ensemble des opérateurs économiques, des dispositions ayant réformé la détermination du seuil de revente à perte ainsi que celles 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, toutes pratiques abusives devant en effet être sanctionnées ainsi que le précise l'administration, afin de rendre effective cette loi.

Il nous faudra cependant attendre les premiers mois de l'année 2006 et les premiers contrôles diligentés par les services de la DGCCRF, pour bénéficier d'une première indication de tendance, étant bien entendu que la future circulaire ne répondra pas à toutes les questions posées et que bien des interrogations resteront en suspens !

Alors que la présente «Lettre du Cabinet» est mise sous presse, nous apprenons que la circulaire définitive devrait être publiée au plus tard au tout début décembre ; on doit s'en féliciter !

MG
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
meffregrall@meffre-grall.avocat.fr ■ www.meffre-grall.avocat.fr