

**Guide pratique consacré aux relations
Industrie / Commerce****Loi Dutreil du 2 août 2005
et
Circulaire Dutreil du 8 décembre 2005****Par l'équipe Concurrence :****Jean-Christophe Grall****Thomas Lamy****Nathalia Kouchnir-Cargill****Marianne Mousseron****Arlette Gastaldy****Benoît Laurin****Erwan Le Morhedec****Julienne Chang**

Société Civile Professionnelle
MG Avocats

Meffre & Grall

156 boulevard Haussmann
75008 Paris

Tél +33 (0).1.53.57.31.70

Fax +33 (0).1.47.20.90.40

mg@mgavocats.fr

www.mgavocats.fr

Préface

Renaud Dutreil vient de dresser le 4 juillet 2006 un bilan d'étape de la loi n° 2005-882 en faveur des petites entreprises, et de la circulaire du 8 décembre 2005 relatives aux relations commerciales. Il a considéré que le bilan de la loi était positif puisque les prix des produits de grande marque ont reculé de 0,10 % sur les cinq premiers mois de l'année 2006.

Le **Guide pratique** consacré aux relations Industrie/Commerce publié par le cabinet Meffre & Grall, dans sa « Lettre du Cabinet », vient à point nommé relativiser le succès de cette loi, en en faisant un bilan méthodique, concret, impartial et appuyé de nombreuses références jurisprudentielles.

* A la vérité, ce **Guide** a un champ d'application plus ambitieux que celui de la loi elle-même. Il attire aussi l'attention du lecteur sur les difficultés d'application de textes qui n'ont pas été modifiés par la loi DUTREIL, mais qui concernent les relations commerciales et ressortissent donc de la circulaire Dutreil.

Ainsi en est-il par exemple des règles de facturation (article L 441-3 du code de commerce), qui n'ont pas été modifiées par la loi nouvelle, mais à propos desquelles le **Guide** rappelle qu'au vu de la jurisprudence la plus récente, on ne doit pas plaisanter avec l'application stricte de ces règles de facturation (cf. jugement du Tribunal correctionnel de Créteil du 16 décembre 2005 : **Guide** p.30) et où il met en garde contre le fait qu'à mal qualifier un avantage financier, on encourt le risque d'être poursuivi pour infraction aux règles de facturation (cf. **Guide** p.30). En d'autres termes, même quand la loi Dutreil n'a pas modifié un texte, elle peut influencer indirectement sur son application.

Par ailleurs, le **Guide** prend également l'exemple de l'interdiction des pratiques discriminatoires et du très critiquable arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 juin 2006 dans l'affaire TPS contre Free (**Guide** p.12), où la Cour considère qu'il ne peut y avoir infraction à l'article L 442-6-I-1^{er} du code de commerce qu'à l'égard d'un partenaire économique déjà en relation d'affaires avec l'auteur des faits allégués !

* Plus précisément, sur la loi Dutreil elle-même, le **Guide pratique** de la « Lettre du Cabinet » recèle notamment une triple qualité :

- D'abord, il éclaire le lecteur sur les situations les plus compliquées mises en place par la loi nouvelle. Par exemple, comment faire pour fixer la rémunération de la coopération commerciale quand les opérations sont divisées entre un contrat cadre et des contrats d'application ? Huit tableaux explicitent les différentes options et montrent les défauts de certaines d'entre elles (cf. **Guide** p.22 et s.). Le **Guide pratique** consacré aux relations Industrie/Commerce se veut avant tout un instrument d'aide au juriste d'entreprise, ou à l'opérateur lui-même, pour adopter les comportements les plus efficaces, et conformes aux textes.

Dans cet esprit, le **Guide** éclaire aussi le lecteur sur les services qui entrent concrètement et légalement dans la coopération commerciale (cf. p.19), ou encore sur les modes de calcul du seuil de revente à perte (cf. p.37 et s.).

- Ensuite, ce **Guide pratique** se fonde sur de nombreuses décisions, souvent de juges du premier degré, mais qui montrent le développement du contentieux des pratiques restrictives. Et ces décisions sont extrêmement instructives, et de la difficulté de tout prévoir, et des hésitations que l'on peut avoir devant certaines situations. Prenons l'exemple cité par le **Guide** (p.33) d'un service dénommé « *singularisation* » proposé par la société ITM. Pour le Ministre, il s'agit d'une simple opération de rénovation des magasins qui relève de la fonction de distribution, et que le distributeur ne peut faire payer à ses fournisseurs. Pour le Tribunal de commerce d'Evry, le 16 novembre 2005, le service de singularisation est un vrai service qui améliore les conditions de commercialisation pour les fournisseurs et qui met en valeur les produits, ce qui a un effet bénéfique sur la vente. La Cour d'appel est à présent saisie de la difficulté.

- Enfin, le **Guide** fait un bilan objectif de la loi, aidé en cela par le bilan dressé sur le terrain par les services de la DGCCRF.

Si à l'actif du bilan de la loi, on peut citer une légère baisse des prix des grandes marques, le passif du bilan est bien plus élevé :

*** D'une part, l'objectif gouvernemental de baisse de 5 % des prix avant fin 2007 ne sera probablement pas atteint (cf. **Guide** p.7) ;

*** D'autre part, la supériorité des CGV sur les CGA voulue par la loi Dutreil est restée un vœu pieu (cf. **Guide** p.7 et rapport DGCCRF) ;

*** De troisième part, il y a de fréquents détournements de la loi (CPV à la place des services de coopération commerciale, services distincts à la place des services de coopération commerciale, ristournes faussement conditionnelles, multiplication des pénalités infligées au fournisseur pour reconstituer la marge : cf **Guide** p.8). Le rapport de la DGCCRF relève quant à lui, « un phénomène de report des prestations de coopération commerciale vers des prestations de services distincts ou même des services spécifiques inscrits dans les conditions particulières de vente » (cf. bilan présenté à la Commission d'examen des pratiques commerciales le 25 septembre 2006, sur le site de la DGCCRF).

Ces aspects négatifs du bilan étaient, eux, prévisibles et ils avaient été prévus par une grande partie de la doctrine. Ils étaient quasiment inscrits en filigrane dans le marbre d'une loi mal faite.

En tout cas, ce bilan montre que la DGCCRF va devoir renforcer ses contrôles, ce qui va conduire à un contentieux plus important fin 2006 et en 2007. C'est tout l'intérêt d'un **Guide pratique** comme celui-ci de permettre aux opérateurs soucieux de respecter les textes, fussent-ils de piètre qualité, de mettre leurs pratiques en conformité avec la dernière jurisprudence et d'y trouver des propositions de solutions aux nombreuses questions que pose la loi.

Martine Behar-Touchais
Professeur à l'Université de Paris V
Directeur du Centre de droit des affaires et de gestion (CEDAG)
Membre du collège du Conseil de la concurrence

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| Préface | 2 |
| Introduction | 6 |
| I. Le principe de transparence tarifaire et ses exceptions | 9 |
| I.1. Les conditions de vente ou de prestation de services | 9 |
| I.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :..... | 9 |
| I.1.2. Rappel de la Circulaire Dutreil :..... | 9 |
| I.1.3. Nos observations..... | 11 |
| I.2. La différenciation tarifaire est pleinement autorisée sous réserve de ne pas s'inscrire dans une pratique de discrimination abusive | 13 |
| I.2.1. Les conditions catégorielles de vente..... | 13 |
| I.2.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :..... | 13 |
| I.2.1.2. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 13 |
| I.2.2. Les conditions particulières de vente..... | 14 |
| I.2.2.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :..... | 14 |
| I.2.2.2. Rappel de la circulaire Dutreil :..... | 14 |
| I.2.3. Nos observations..... | 14 |
| I.2.3.1. La différenciation tarifaire justifiée par la spécificité des demandes présentées par les clients du fournisseur..... | 14 |
| I.2.3.2. Les conditions catégorielles de vente..... | 14 |
| I.2.3.3. Les conditions particulières de vente..... | 16 |
| II. La rémunération des prestations de services | 18 |
| II.1. Les services de coopération commerciale | 18 |
| II.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-7-I du Code de commerce..... | 18 |
| II.1.2. Rappel du texte de la Circulaire Dutreil..... | 18 |
| II.1.3. Nos observations..... | 19 |
| II.2. Les services distincts de la coopération commerciale | 34 |
| II.2.1. Rappel de l'article L.441-7-I in fine..... | 34 |
| II.2.2. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 34 |
| II.2.3. Nos observations..... | 35 |
| II.3. Les sanctions édictées au non respect des dispositions relatives à la rémunération des services | 36 |
| II.3.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-7-II du Code de commerce..... | 36 |
| II.4. Application des nouvelles dispositions dans l'espace | 36 |
| III. Le seuil de revente à perte («SRP») | 37 |
| III.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-2 du Code de commerce. | 37 |
| III.2. Rappel du texte de la «Circulaire Dutreil» | 37 |
| III.3. Nos observations | 39 |
| IV. Les pratiques abusives sanctionnées civilement et les enchères électroniques | 43 |
| IV.1. Les contraintes abusives de gamme | 43 |
| IV.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-6-I-2-a)..... | 43 |
| IV.1.2. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 43 |
| IV.1.3. Nos observations..... | 43 |

| | |
|--|--------------|
| IV.2. La Globalisation artificielle des chiffres d'affaires et des demandes d'alignement | 43 |
| IV.2.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-6-I-2-a)..... | 43 |
| IV.2.2. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 44 |
| IV.2.3. Nos observations..... | 44 |
| IV.3. Le renversement de la charge de preuve | 44 |
| IV.3.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-6-II du Code de commerce..... | 44 |
| IV.3.2. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 45 |
| IV.3.3. Nos observations..... | 45 |
| IV.4. L'encadrement des enchères électroniques à distance | 45 |
| IV.4.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-10 du Code de commerce..... | 45 |
| IV.4.2. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 46 |
| IV.4.3. Nos observations..... | 47 |
| IV.5. Autres pratiques abusives sanctionnées civilement dont la loi «Dutreil» n'a pas modifié le corpus législatif, mais pour lesquelles la Circulaire Dutreil est venue rappeler les dispositions existantes | 48 |
| IV.5.1. Rappel de la Circulaire Dutreil..... | 48 |
| IV.5.2. Nos observations..... | 48 |
| V. La procédure et les sanctions | 49 |
| V.1. La transaction administrative | 49 |
| V.1.1. Rappel des dispositions de l'article 470-4-1 du Code de commerce..... | 49 |
| V.1.2. Nos observations..... | 49 |
| V.2. La procédure pénale | 49 |
| V.2.1. Rappel des dispositions des articles L.470-4-2 du Code de commerce et 495 du Code de procédure pénale..... | 49 |
| V.2.2. Nos observations..... | 50 |
| V.3. Les autres dispositions pénales | 50 |
| V.3.1. Publication de la décision..... | 50 |
| V.3.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.470-2 du Code de commerce..... | 50 |
| V.3.1.2. Nos observations..... | 50 |
| V.3.2. Dispense de casier judiciaire..... | 51 |
| V.3.2.1. Rappel des dispositions de l'article 775-2 du Code de procédure pénale..... | 51 |
| V.3.2.2. Nos observations..... | 51 |
| V.4. Les sanctions | 52 |
| VI. La nouvelle commission d'examen des pratiques commerciales | 53 |
| VI.1. Rappel des dispositions de l'article L.440-1 du Code de commerce | 53 |
| VI.2. Nos observations :..... | 53 |
| Composition de la Commission d'examen des pratiques commerciales | 54-55 |
| Conclusion | 57 |

Ce guide pratique a pour vocation première de rappeler, puis de présenter, les dispositions de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (ci-après dénommée « Loi Dutreil »), celles de la Circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales (ci-après dénommée « Circulaire Dutreil »), de formuler différentes observations induites par l'application de ces nouvelles dispositions législatives sous l'éclairage de la « Circulaire Dutreil » et ce, après six mois d'application par les opérateurs économiques : industriels / grossistes / distributeurs alimentaires ou spécialisés, et enfin de donner quelques informations sur ce que l'on pourrait appeler une vision plus contentieuse qui semblerait être celle des services de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (ci-après dénommée « DGCCRF »), au vu des décisions intervenues tout au long de l'année 2005 et de la volonté affichée par cette administration, lors du bilan d'étape dressé par Renaud Dutreil le 4 juillet dernier.

* * *

En guise d'introduction, rappelons brièvement ce qu'a déclaré Renaud Dutreil le 4 juillet dernier :

Un bilan jugé positif de la loi du 2 août 2005 !

Il y a un peu plus d'un an, la loi Dutreil était publiée au Journal officiel¹ ; cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, réformant très sensiblement les dispositions législatives issues de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996.

Lors de l'installation de la nouvelle Commission d'examen des pratiques commerciales, le 4 juillet dernier, Renaud Dutreil s'est largement félicité des premiers résultats - très encourageants - enregistrés après un peu plus de six mois d'application de la loi du 2 août 2005.

Le Ministre des PME, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions Libérales a mis en avant la baisse des prix des produits de marque nationale vendus en Grandes et Moyennes Surfaces (GMS), ces prix ayant reculé de 0,10 % sur les cinq premiers mois de l'année 2006 et ce, pour la première fois depuis 1997, ce qu'il convient de comparer aux 4 % d'augmentation constatés au cours de l'année 2003, le Ministre concluant que les prix des produits de marque pouvaient continuer à baisser raisonnablement.

Il est ressorti cependant de ce premier bilan que l'objectif poursuivi par le Gouvernement, et continuellement réitéré au cours de l'année passée de voir les prix reculer de 5 % entre 2004 et fin 2007, ne sera manifestement pas facile à atteindre.

Et ce, d'autant plus que les prix des PGC ont progressé de 1,5 % entre juin et juillet par rapport à la même période un an plus tôt ! [source TNS World panel]. Trente-six catégories de PGC ont même augmenté de 3 %. En revanche, le nombre de références a baissé dans les magasins, ce que relève cet institut !

Le Ministre a, dans le cadre de ce pré-anniversaire, et à un mois près de la publication au Journal Officiel de la loi Dutreil, l'année passée, mis l'accent également sur la place désormais redonnée aux PME dans les linéaires des GMS, affichant à cet égard une satisfaction certaine quant à l'objectif poursuivi par la loi du 2 août 2005 qui est, rappelons-le, en faveur des Petites et Moyennes Entreprises.

(1) J.O. du 3 août 2005

Autrement dit, Renaud Dutreil a estimé que sa loi avait d'ores et déjà rempli ses deux objectifs principaux, à savoir, d'une part, protéger les PME qui créent des emplois et, d'autre part, redonner aux consommateurs les bénéfices de la concurrence, en leur permettant d'accéder aux produits de grande consommation à un prix moins élevé !

Cependant, après un bilan plutôt positif dressé par le Ministre, force a été de constater que le bilan dressé cette fois par les services de la DGCCRF est apparu moins positif, pour ne pas dire négatif, la loi Dutreil n'ayant pas réussi à éradiquer certaines pratiques de la Grande Distribution.

Que retenir de ce bilan ?

La DGCCRF constate que :

- **La marge arrière n'a pas diminué !**
Bien au contraire, cette marge arrière n'a cessé de dériver, certains services de coopération commerciale ayant été, ni plus, ni moins, que remplacés par des services distincts. Pour s'en convaincre, si cela était nécessaire, il suffit de relire les contrats proposés par les enseignes nationales, qu'elles soient alimentaires ou spécialisées ;
- **La supériorité des conditions générales de vente sur les conditions d'achat qu'a souhaité instaurer la loi Dutreil, même si cette primauté n'est pas clairement indiquée dans la loi, demeure un vœu pieux,** les grands distributeurs souhaitant, bien au contraire, faire prévaloir leurs propres conditions d'achat, contrats de référencement et autres accords qu'ils ont eux-mêmes rédigés, et ainsi soumettre l'accord annuel aux seules conditions prévues dans le contrat de référencement et/ou les conditions d'achat ;
- **La qualification de nombre de services est critiquable,** qu'il s'agisse de services de coopération commerciale ou bien encore et surtout de services distincts ;
- **Les conditions particulières de vente sont utilisées à tort et à travers :** certains distributeurs demandent ni plus ni moins aux industriels que de leur accorder sous forme de conditions

particulières de vente (CPV) des services de coopération commerciale et de faire un effort de créativité quant à la rédaction desdites CPV, ne souhaitant pas en effet prendre l'initiative de leur rédaction ;

■ **Les ristournes faussement conditionnelles se sont multipliées** avec des libellés plus ou moins fantaisistes ;

■ **Les pénalités infligées par les distributeurs se sont multipliées**, qu'elles soient motivées par une livraison tardive, une non-conformité de la marchandise, un code barre erroné ou bien encore le non respect de certaines modalités logistiques, l'objectif recherché étant en effet de reconstituer de la marge, compte tenu de la perte de marge enregistrée sur certains produits à la suite de l'entrée en vigueur de la loi Dutreil et de la réintégration possible de tout au partie de la marge arrière excédant le taux de 20 % depuis le 1^{er} janvier dernier ;

■ **L'administration a multiplié les enquêtes de concurrence et entend s'inscrire dans une logique précontentieuse, voire contentieuse**, afin que les nouvelles dispositions issues de la loi Dutreil s'appliquent ;

La DGCCRF a utilisé et continuera d'utiliser, mais de plus en plus, les voies civile et pénale, la loi Dutreil ayant en effet renforcé les sanctions pénales et créé ou importé des nouvelles voies que sont :

- la transaction administrative ;
- la composition pénale (transaction pénale) ;
- l'ordonnance pénale désormais applicable au droit économique à l'instar de ce qui peut exister en matière d'infractions au Code de la Route !

S'agissant de l'utilisation de la procédure pénale, rappelons que cent soixante jugements ont été rendus au cours de l'année 2005, les juridictions pénales ayant eu l'occasion de sanctionner différentes pratiques telle que l'émission de factures non respectueuses des dispositions de l'article L.441-3 du Code de Commerce en matière de coopération commerciale [cf. notamment les jugements prononcés par les Tribunaux correctionnels de Nantes, le 29 septembre 2005 (Système U), de Créteil, le 16 décembre 2005 (Baud / Franprix), et de Bar-le-Duc, le 4 octobre 2005 (Intermarché)].

Les jugements qui ont été prononcés au cours de l'année 2005 ont permis également de sanctionner différentes autres pratiques telles que la revente à perte, l'absence de contrat de coopération commerciale, le non-respect des délais de paiement réglementés, l'absence de communication de conditions générales de vente ou bien encore l'application discriminatoire de conditions tarifaires. S'agissant des mentions sur facture, on doit attirer l'attention des lecteurs de la **Lettre du Cabinet** sur l'absence de mansuétude des services de la DGCCRF, lors de leurs contrôles, compte tenu de ce que la loi Dutreil n'a pas modifié les dispositions en matière de facturation, mais que celles-ci ressortent bien en effet des dispositions issues de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, codifiées, sous l'article L.441-3 du Code de Commerce, dispositions qui ne donnent plus lieu à beaucoup d'interprétations, ce pourquoi il ne faut pas attendre de clémence, puisque le mot est à la mode en droit de la concurrence, des fonctionnaires de la DGCCRF lors de leurs contrôles.

I. Le principe de transparence tarifaire et ses exceptions

I.1. Les conditions de vente ou de prestation de services

I.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produits ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, ses conditions générales de vente. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement

[...]

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demi le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal.

La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-58 dudit code. »

I.1.2. Rappel de la Circulaire Dutreil :

1. Les conditions générales de vente (CGV)

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

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

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

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

1.1 Les conditions de vente

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

1.2 Le barème de prix

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

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

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

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

1.3 Les réductions de prix

« Le montant et les modalités selon lesquelles tout acheteur peut bénéficier de réductions de prix, qu'il s'agisse de rabais, de remises ou de ristournes², 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.

(2) Cf. également les escomptes visés au paragraphe suivant.

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

D'autre part, celle de l'alinéa 3 de l'article L 441-3 qui doit être comprise en ce sens que l'escompte mentionné sur facture peut venir en déduction du prix net à payer dès lors que les parties ont établi entre elles une convention d'escompte assurant l'engagement de l'acheteur à payer effectivement dans le délai qui permet de bénéficier de cet avantage. Dans ce cas, l'escompte sera pris en compte dans le prix unitaire net du produit³. Dans les autres cas, il sera considéré comme un « autre avantage financier » au sens de l'article L.442-2 du code de commerce.

1.4 Les conditions de règlement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5 Conditions générales de vente et conditions d'achat

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

En outre, le fait d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliquent une renonciation par le fournisseur à ses conditions générales de vente peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive au sens de l'article L 442-6 du code de commerce⁴.

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

De même, le fait d'imposer la rémunération de services de référencement sans contrepartie réelle et proportionnée peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive au sens de l'article L 442-6 du code de commerce, sans préjudice des dispositions du I 5° 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 » ».

I.1.3. Nos observations

■ Le contenu des conditions générales de vente

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

Ces mêmes conditions de vente doivent ensuite prévoir, dans le même document, ou généralement dans un document à part compte tenu du nombre de produits commercialisés, le tarif des produits en cause, c'est à dire le prix unitaire des produits offerts à la vente, ainsi que les réductions de prix, à savoir les réductions de prix immédiates

(encore dénommée « *remises* »), les éventuelles réductions de prix différées (encore dénommées « *ristournes* »), qu'elles soient inconditionnelles ou conditionnelles, ces différentes remises et ristournes venant généralement rémunérer un volume annuel de chiffre d'affaires, une progression des ventes, une opération promotionnelle, un service logistique, etc.

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

■ L'établissement et la communication des conditions générales de vente

Il est ici important de se référer à l'arrêt récent prononcé par la Cour d'appel de Paris le 21 juin 2006 dans l'affaire **TPS c/ Free**.

Il s'agit là d'une décision particulièrement importante en matière de communication de conditions générales de vente, ou plus précisément en l'espèce de prestation de services. L'opérateur satellite TPS, opérateur bien connu, demandait depuis plusieurs années au fournisseur d'accès Internet Free, ses conditions générales de transport et de diffusion afin de pouvoir diffuser son bouquet de chaînes.

Free ayant systématiquement refusé l'accès à TPS, ce dernier a assigné ledit fournisseur d'accès Internet pour non communication de ses conditions générales de prestation de services et discrimination abusive, ce dernier moyen étant invoqué du fait même que Free permet la diffusion du bouquet de chaînes de Canal Satellite.

La Cour d'appel de Paris a débouté la société TPS de l'intégralité de ses demandes, au premier motif que Free n'avait pas à communiquer ses conditions générales de prestation de services, pour la simple raison qu'elle n'était pas tenue à leur élaboration du fait même du service qu'elle rend, service ne permettant pas l'établissement de conditions de prestation de services.

S'agissant des pratiques discriminatoires et de l'application des dispositions visées sous l'article L.442-6-I-1^{er} du Code de Commerce sanctionnant toute forme de discrimination abusive, la Cour d'appel a considéré que ces dispositions ne sont censées s'appliquer qu'à des pratiques commises à l'égard d'un partenaire économique qui ne peut s'entendre que d'une personne déjà en relation d'affaires avec l'auteur des faits allégués, ce qui n'était pas le cas de la société TPS qui n'avait justement pas pu entrer en relation d'affaires avec le fournisseur d'accès Internet.

Cette décision peu apparaître surprenante car, d'une part, s'agissant de la communication des conditions de vente, on peut être étonné que la Cour d'appel ait légitimé le refus de communication de ses conditions de prestation de services par Free, alors que de telles conditions devaient pouvoir être élaborées sans trop de difficultés, sauf spécificités techniques particulières bien entendu liées au domaine d'activités en cause, et s'agissant, d'autre part, de l'absence de condamnation au titre des pratiques discriminatoires, l'argumentation développée par la Cour d'appel de Paris quant à une prétendue nécessité de relation commerciale préalable pour que les dispositions réprimant la discrimination abusive puissent trouver application, n'est guère convaincante et ne constitue pas une exigence de l'article L.442-6-I-1^{er} du Code de commerce.

Force est d'ailleurs de constater que ces dispositions ont été appliquées par les tribunaux en matière de refus d'agrément, aucune relation commerciale n'ayant été entretenue auparavant s'agissant en effet d'une demande d'agrément et donc d'intégration à un réseau de distribution, induisant une absence totale de relation commerciale préalable !

Si l'arrêt de la Cour d'appel de Paris devait être confirmé par la Cour de Cassation et si d'autres décisions devaient intervenir dans le même sens, ce serait alors la fin de la prohibition des pratiques discriminatoires dans le droit français, ce type de pratiques ne pouvant dès lors plus être sanctionné que dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Pourrait-on réellement s'en plaindre dans une vision très libérale de notre économie empoisonnée par toutes ces pratiques restrictives de concurrence, sanctionnées pénalement de surcroît, que l'on ne trouve pas outre atlantique, ni même outre manche ou bien encore en Allemagne ?

Affaire à suivre !

■ Le principe de supériorité des conditions générales de vente sur les conditions d'achat

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

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

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

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

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

I.2. La différenciation tarifaire est pleinement autorisée sous réserve de ne pas s'inscrire dans une pratique de discrimination abusive

Tout d'abord, l'administration vient préciser que le champ couvert par des conditions générales de vente détaillées offre en lui-même des possibilités de différenciation tarifaire des clients, au regard de la spécificité de leurs demandes.

Il 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.

Sont ensuite envisagées les **conditions catégorielles**, puis **particulières de vente** :

I.2.1 Les conditions catégorielles de vente

I.2.1.1 Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :

*« Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon **les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services**, et notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution.*

Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestation de services d'une même catégorie. »

I.2.1.2 Rappel de la Circulaire Dutreil

« 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

« Les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce prévoient que les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon **les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services**, notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories doivent être fixées par décret en conseil d'État en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution. Dans l'attente de la publication de ce décret, il y a lieu de considérer que la doctrine administrative qui prévalait avant la loi du 2 août 2005 s'applique, dans la mesure où la loi en confirme les principes. Ainsi un grossiste et un détaillant peuvent se voir proposer des conditions de vente différentes ; par suite, la communication des conditions générales de vente catégorielles ainsi définies est réservée aux seuls opérateurs relevant de la catégorie concernée.

I.2.2 Les conditions particulières de vente

I.2.2.1 Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, par ailleurs, convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestation de services **des conditions particulières de vente** justifiées par la spécificité des services rendus qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication. »

I.2.2.2 Rappel de la circulaire Dutreil :

« 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. »

I.2.3 Nos observations

La Circulaire Dutreil, avant que d'envisager les conditions catégorielles de vente, aborde la différenciation des conditions générales de vente à l'initiative du fournisseur, avant d'entrevoir cette même différenciation tarifaire par la négociation de conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus par le distributeur.

I.2.3.1. La différenciation tarifaire justifiée par la spécificité des demandes présentées par les clients du fournisseur

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

I.2.3.2. Les conditions catégorielles de vente

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

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

En effet, on se souvient à cet égard que la doctrine administrative était en déphasage avec la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence qui, notamment, dans l'avis « *Brother* » du 23 juillet 2004, concluait à une parfaite liberté d'organisation de son réseau de distribution par le fournisseur (**ce qui constitue un principe de base**), sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché.

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

S'agissant de l'établissement de conditions catégorielles de vente et de leur diffusion, le Tribunal de commerce de Paris, dans sa décision du 11 mai 2006, **SA Back Europ France c/ GIE Lesaffre**, a défini les conditions requises pour la communication de barèmes de prix catégoriels :

En l'espèce, Lesaffre, fabricant de levures, avait segmenté sa clientèle en fonction du mode de distribution de ses produits. A ce titre, elle accordait des tarifs préférentiels aux industriels, la catégorie des négociants ne pouvant pas y prétendre.

La société Back Europ France (« BEF »), qui s'estimait désavantagée, avait donc demandé la communication des barèmes de prix applicables aux industriels à titre probatoire afin d'établir l'existence de pratiques prétendument discriminatoires.

Le jugement du Tribunal de commerce de Paris doit retenir l'attention, en ce qu'il définit les conditions requises pour la communication de barèmes de prix catégoriels ; conditions qui n'étaient pas satisfaites en l'espèce :

■ L'acheteur doit se situer dans la même catégorie de clientèle que celle concernée par le barème de prix sollicité

La transparence ne joue en effet qu'à l'égard d'entreprises concurrentes entre elles.

En pratique, cette tendance jurisprudentielle impose de définir avec une attention particulière chacune des catégories de professionnels auxquelles doivent s'appliquer le barème.

Afin d'opérer cette catégorisation de la clientèle, il est nécessaire, au préalable, de définir le marché pertinent à partir des produits en cause et de la demande de ces produits. Dans le cas présent, le Tribunal de commerce ne se satisfait pas des seules allégations des parties au litige, mais effectue un examen approfondi aboutissant ainsi à la définition d'un autre marché, à savoir celui de la levure.

Compte tenu du marché en cause, le Tribunal de commerce conclut que le choix de Lesaffre de considérer dans sa stratégie commerciale deux segments distincts de clientèle, l'un étant celui des négociants, l'autre celui des industriels, impliquant des produits et services spécifiques, correspondait à la réalité du marché et qu'il n'y avait donc aucun objet ou effet restrictif dans ce choix d'organisation !

En effet, tandis que les négociants achètent pour revendre, d'ailleurs principalement aux artisans de la boulangerie / pâtisserie / viennoiserie, sans utiliser eux-mêmes les produits, les industriels, en revanche, utilisent les levures, améliorants et/ou produits mixtes pour les transformer en les incorporant à leurs propres produits.

Or BEF, par les conditions d'exercice de son activité, appartenait bien à la catégorie des négociants.

A ce titre, n'étant pas en concurrence avec les industriels dans ses achats de levure à Lesaffre, la société BEF n'était pas en droit de demander la communication des barèmes de prix réservés aux industriels.

■ Le demandeur des conditions générales de vente, autrement dit l'acheteur, ne doit pas se situer, pour son activité, en concurrence directe avec le fournisseur

Cette exigence est conforme à l'intention du législateur d'écarter du bénéfice de cette communication les concurrents qui n'ont aucune intention d'acquiescer les produits, mais souhaitent seulement obtenir ces barèmes ou conditions générales pour connaître la politique tarifaire d'un fournisseur concurrent !

En l'occurrence, BEF avait vocation à livrer également aux industriels les produits que fournissait Lesaffre ; elle se situait ainsi en concurrence directe avec ledit fournisseur et ne pouvait dès lors obtenir lesdits tarifs !

I.2.3.3. Les conditions particulières de vente

Cette différenciation tarifaire peut bien entendu également résulter de la négociation de conditions particulières (« **CPV** »), qui sont justifiées par la spécificité des services rendus par les distributeurs aux fournisseurs. A ce titre, ces conditions particulières de vente s'intègrent pleinement dans la politique de vente du fournisseur, à l'occasion des différentes opérations d'achat et de vente, se distinguant ainsi des services visés sous l'article L.441-7-I du Code de commerce,

qui relève de la politique commerciale du distributeur.

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

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

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

* * *

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

On ne saurait trop insister ici sur le rappel très clair fait par l'administration quant à la l'application des dispositions prévues de longue date par l'article L.441-6-I-1 du Code de commerce en matière de discrimination abusive, dispositions qui n'ont pas été modifiées depuis le fameux article 36-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

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

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

A ce titre, l'administration précise que

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.⁵

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

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

(5) « 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 1 2° b. »

II La rémunération des prestations de services

II.1 Les services de coopération commerciale

II.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-7-I du Code de commerce

« Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.

Le contrat de coopération commerciale indiquant le contenu des services et les modalités de leur rémunération est établi, avant leur fourniture, soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application.

Chacune des parties détient un exemplaire du contrat de coopération commerciale.

Le contrat unique ou le contrat cadre annuel est établi avant le 15 février. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, ces contrats sont établis dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Le contrat unique ou les contrats d'application précisent la date à laquelle les services sont rendus, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels ils se rapportent.

Dans tous les cas, la rémunération du service rendu est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte. »

II.1.2. Rappel du texte de la Circulaire Dutreil

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

3.1 Champ d'application et définitions

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

services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale.

3.1.1 La coopération commerciale

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

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

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

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

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

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

3.2 Le formalisme des contrats de services

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

3.2.1 Le contrat de coopération commerciale

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

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

Le contrat d'application ou le contrat unique indique :

1. le contenu des services
2. les produits auxquels ils se rapportent
3. la date à laquelle les services sont rendus
4. leur durée
5. les modalités de leur rémunération. La rémunération du service rendu y est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte. La notion de produit est celle de l'article L.441-3 du Code de commerce. Les parties peuvent convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits, quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés dans le contrat.

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

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

« 3.3 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). »

II.1.3. Nos observations

La Circulaire reprend les deux catégories de services envisagées par l'article 441-7-I du Code de commerce, à savoir, d'une part, les **services de coopération commerciale** et, d'autre part, les **services distincts** de cette dernière.

• Les services relevant strictement de la coopération commerciale

- Le contenu même des services de coopération commerciale

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

- ce sont des services rendus par un **distributeur** ou un **prestataire de services** ;
- ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la **revente de ses produits ou services** ;
- ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux **consommateurs** ;
- ce sont des services 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 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 **et qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.**

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

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

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

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

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

■ Le formalisme des contrats de coopération commerciale

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

Les contrats de référencement Galec, ainsi que les accords de partenariat Carrefour ou bien encore les contrats proposés par des enseignes comme EMC Casino, Auchan, Provera, Système U et ITM, qui ont été présentés à la signature des industriels au cours des dernières semaines de l'année 2005 et tout au long du premier semestre de l'année 2006, démontrent que les distributeurs ont soit opté pour ne plus se situer dans le cadre de la coopération commerciale, soit opté pour s'en éloigner, en s'inscrivant dans une perspective de services distincts, tout en conservant cependant une base contractuelle de coopération commerciale.

Aussi bien, pour nombre d'enseignes, nous avons retrouvé les contrats cadre de coopération commerciale qui n'ont, peu ou prou, pas réellement changé, depuis le 1^{er} janvier 2006, à l'exception des clauses de rémunération qui reprennent en grande partie les dispositions législatives et celles de la circulaire Dutreil, pour finalement définir une rémunération exprimée en pourcentage du chiffre d'affaires annuels toutes marques confondues de l'industriel !

La tendance très généralisée est cependant à la délocalisation de certains services qui figuraient en 2005 dans des contrats de coopération commerciale vers les contrats de services distincts.

Quant aux contrats d'application dont le contenu était relativement imprécis, alors même qu'il aurait dû être d'une parfaite concision, ils indiquent désormais, ou tentent de le faire, la nature des services rendus, les produits auxquels ils se rapportent, la date à laquelle les services doivent être réalisés, la durée desdites prestations de service et enfin, et surtout la **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.**

Tout est cependant loin d'être parfait, et des détournements de la loi et surtout de ce qu'a pu écrire l'administration dans sa circulaire sont assez fréquemment constatés !

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

S'agissant en effet des contrats d'application, la circulaire Dutreil a apporté davantage de précisions que le projet de Circulaire mis en ligne le 20 octobre 2005, en précisant que la rémunération du service rendu est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte, les parties pouvant convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés au contrat.

Que signifient ces dispositions ?

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

du prix unitaire net des produits dans chacun des contrats d'application.

La première solution consiste dans un premier temps à déterminer pour chaque prestation de mise en avant d'un produit, un pourcentage du prix unitaire net du produit faisant l'objet de la prestation de service, puis de rapporter dans un second temps en valeur absolue chacune des rémunérations ainsi perçues au cours de l'année 2006, compte tenu du nombre de produits vendus au cours de chacune des opérations menées à bonne fin en 2006, étant précisé que, soit il s'agit du nombre de produits vendus par le fournisseur pour l'opération en cause, soit il s'agit du nombre de produits revendus par le distributeur. Dans un troisième temps, ces différentes valeurs seront agrégées fin novembre/début décembre (quand le chiffre d'affaires 2006 sera peu ou prou connu) et le résultat ainsi obtenu sera comparé avec le montant total qui devrait être versé par le fournisseur au titre de l'année 2006, compte tenu du pourcentage défini dans le contrat cadre. Dans un quatrième temps, il s'agira de déterminer le delta de rémunération restant à percevoir du fournisseur en cause, différence qui donnera lieu à la réalisation d'un dernier service et donc à la conclusion d'un dernier contrat d'application au mois de décembre 2006 !

Solution in fine assez complexe à mettre en œuvre et finalement non retenue dans la pratique !

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

Cette seconde solution a pour avantage la simplicité, d'autant plus qu'elle peut également s'appliquer dans le cadre d'un contrat unique

de coopération commerciale ! Il semble d'ailleurs bien que c'est vers cette solution que la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 ait souhaité orienter les entreprises lorsqu'elle indique que, dans le contrat d'application ou le contrat unique, « *les parties peuvent convenir qu'un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits, quand bien même le service ne se rapporte directement qu'à un ou certains des produits mentionnés dans le contrat* ».

Autrement dit, la prestation de services peut ne concerner qu'un produit tandis que sa

rémunération peut prendre pour base de calcul l'intégralité des produits vendus par le fournisseur au distributeur.

Dans une telle option ouverte, le prix de la prestation de service est fixé en pourcentage du prix unitaire net de l'ensemble des produits vendus par le fournisseur, et donc de facto du chiffre d'affaires annuel réalisé par ce dernier avec le distributeur concerné !

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

PRINCIPES POSÉS PAR LA CIRCULAIRE DUTREIL II CIRCULAIRE DUTREIL DU 8 DECEMBRE 2005

CONTRAT CADRE

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

CONTRAT D'APPLICATION

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

MG Avocats Meffre & Grall

INDICATION DE LA RÉMUNÉRATION DANS LES CONTRATS DE COOPÉRATION COMMERCIALE

CONTRAT CADRE

POURCENTAGE DU CHIFFRE D'AFFAIRES ANNUEL NET HORS TAXES

CONTRAT D'APPLICATION

POURCENTAGE DU PRIX UNITAIRE NET DES PRODUITS

MG Avocats Meffre & Grall

SOLUTION IMPOSSIBLE

CONTRAT CADRE
30 % DU CA, SOIT 30€

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

150€ ≠ 30 % CA
= 150 % CA

CA = 100€

MG Avocats Meffre & Grall

MONOMARQUE OU MONOGAMME OPTION 1

CONTRAT CADRE
30 % DU CA,
SOIT 30€ PRÉVISIONNEL

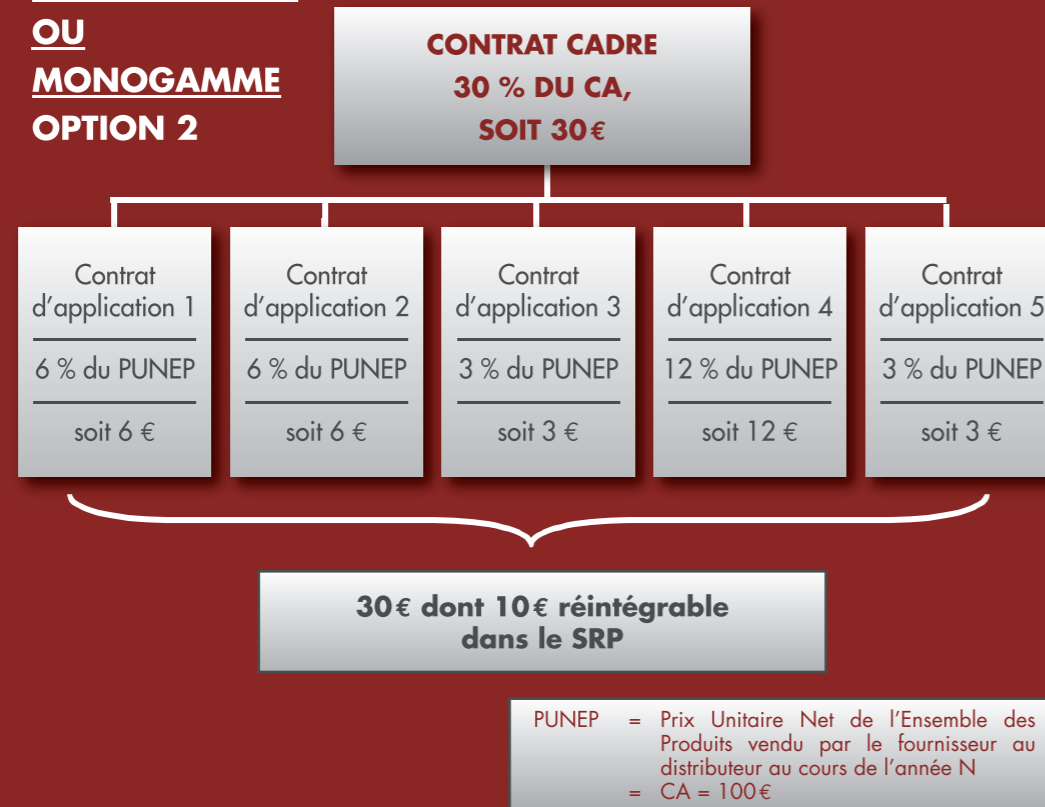
| Contrat d'application 1 | Contrat d'application 2 | Contrat d'application 3 | Contrat d'application 4 | Contrat d'application 5 |
|------------------------------|------------------------------|------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|
| 6 % du PUNEP | 6 % du PUNEP | 3 % du PUNEP | 12 % du PUNEP | 3 % du PUNEP |
| Acompte de 6 % sur CAP = 6 € | Acompte de 6 % sur CAP = 6 € | Acompte de 3 % sur CAP = 3 € | Acompte de 12 % sur CAP = 12 € | Solde sur CAR [(Ax30%)] - 27 € |

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

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

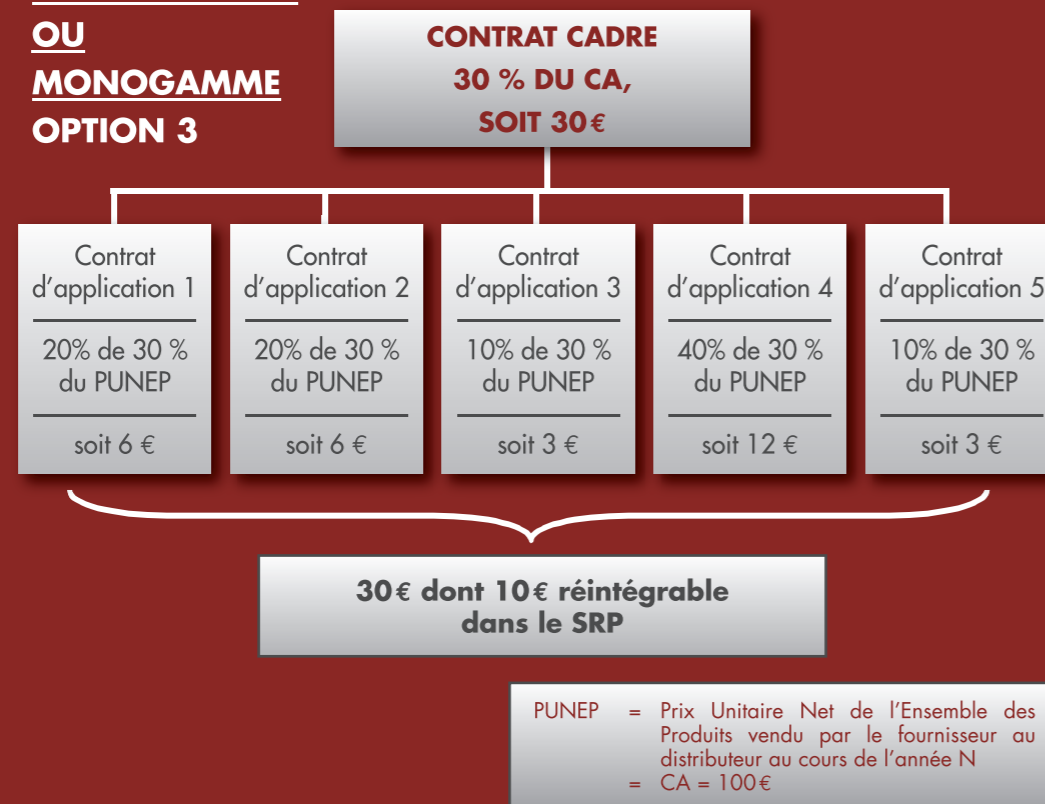
MG Avocats Meffre & Grall

**MONOMARQUE
OU
MONOGAMME
OPTION 2**



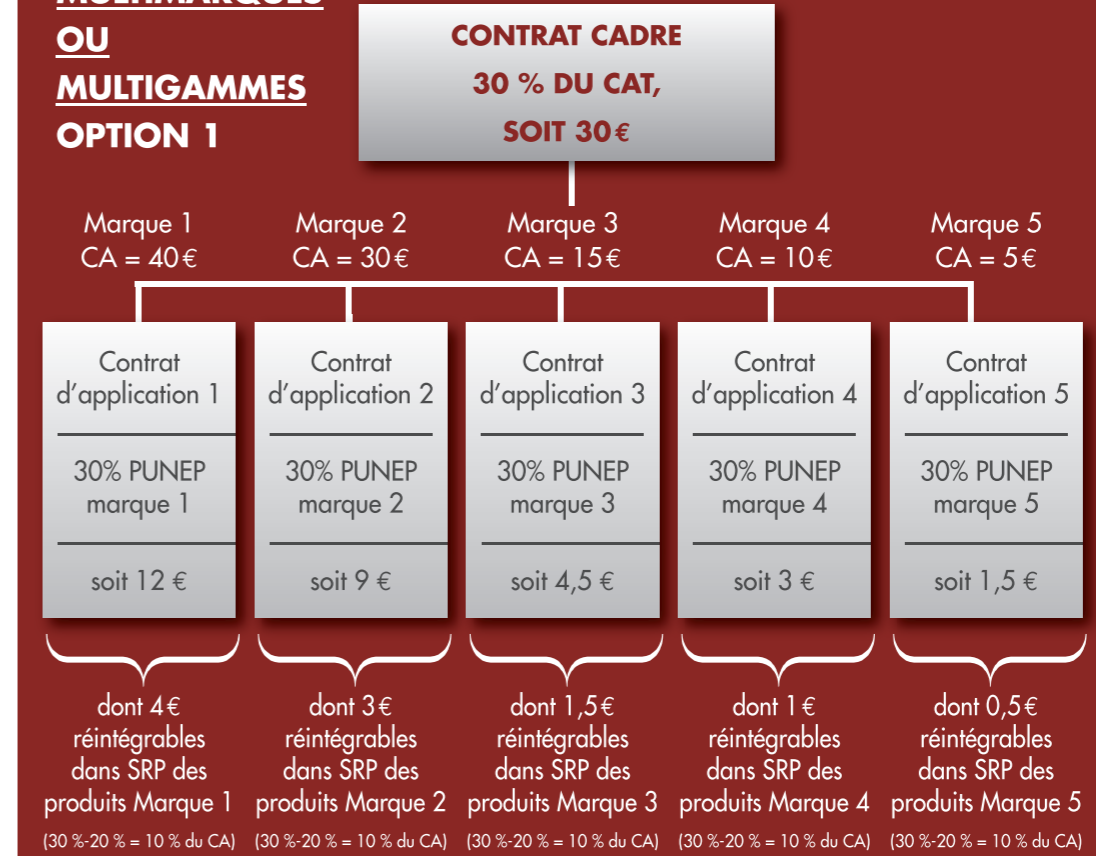
MG Avocats Meffre & Grall

**MONOMARQUE
OU
MONOGAMME
OPTION 3**



MG Avocats Meffre & Grall

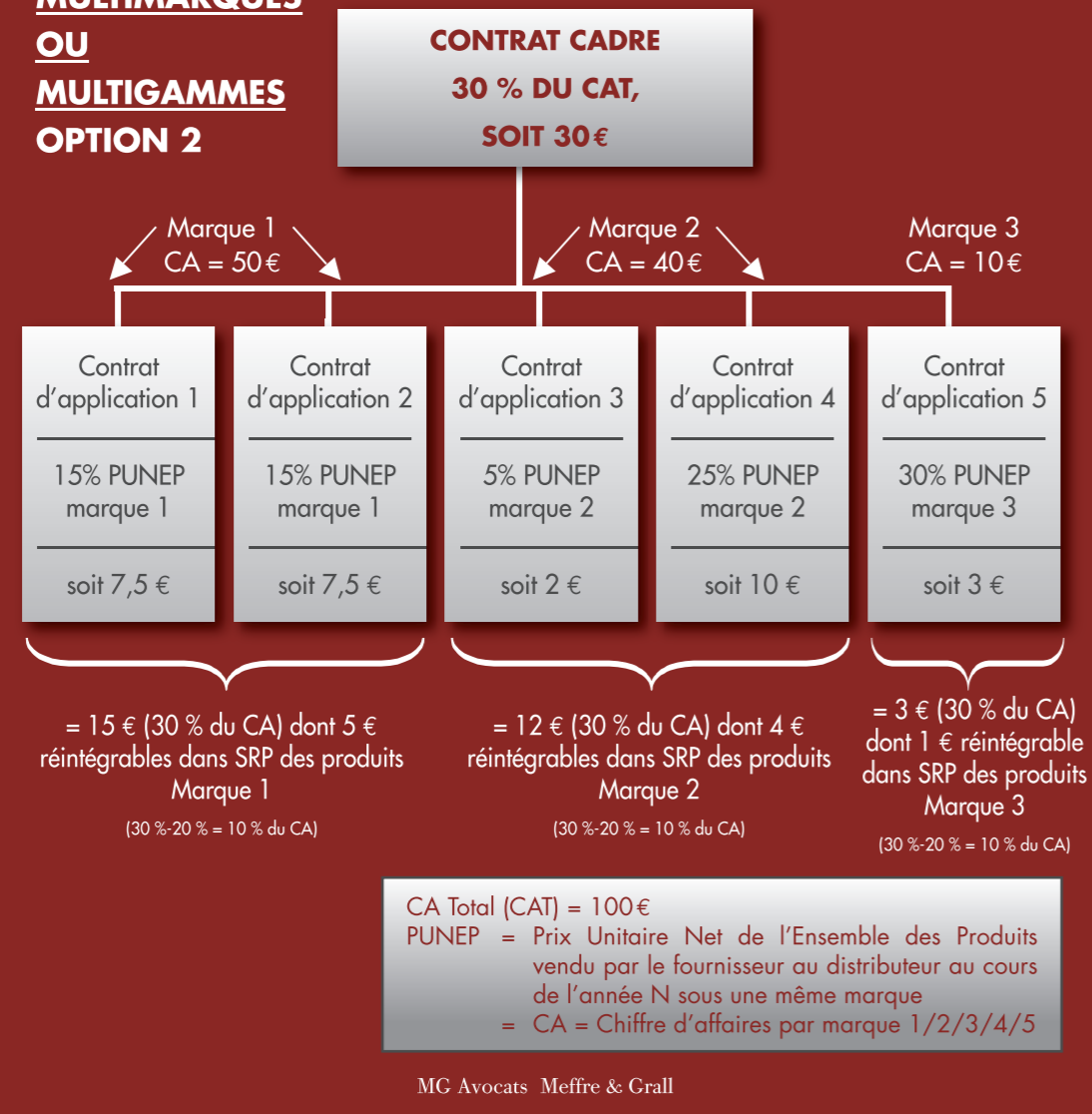
**MULTIMARQUES
OU
MULTIGAMMES
OPTION 1**



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

MG Avocats Meffre & Grall

**MULTIMARQUES
OU
MULTIGAMMES
OPTION 2**



S'agissant de la **qualification des services de coopération commerciale**, nous devons attirer fermement l'attention des lecteurs du présent guide pratique, sur les décisions prononcées au cours de l'année 2005 par différentes juridictions correctionnelles, ainsi que par certains tribunaux de commerce.

En ce qui concerne les **Tribunaux correctionnels** ayant été appelés à statuer sur la qualification des services considérés dans les accords contractuels comme relevant de la coopération commerciale :

**Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc
Jugement du 4 octobre 2005
Intermarché**

Citée à comparaître devant le Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc, la SCA Produits Régionaux Est, Centrale d'achat du groupement Intermarché (ITM), a été condamnée au paiement d'une amende de 30.000 euros, dont 15.000 euros avec sursis, pour facturation non-conforme.

Était en cause, la facturation à ses fournisseurs par la SCA Produits Régionaux, de différentes prestations au titre de la coopération

commerciale que le Tribunal a considéré comme correspondant, en réalité, à des remises, selon les termes de la citation.

Il était ainsi reproché à la SCA Produits Régionaux d'avoir facturé les prestations des services suivantes : « suivi et préconisation qualité fournisseur / produit », « mise en marché », « productivité », « optimisation logistique » et « communication d'enseigne ».

Pendant plusieurs années, nombreux ont été les fournisseurs qui, bien que ne refusant pas le principe de la rémunération des prestations de services ainsi rendues par le groupement ITM, ont contesté la qualification juridique qui en était faite jusqu'alors.

Car enfin, les prestations de services facturées portaient sur :

- la réalisation d'un « audit de production lors du référencement de chacun des fournisseurs par le service qualité international du groupement » et la mise en place d'« un dispositif d'alerte permanente pour diffuser des informations sur d'éventuels retraits de vente ou sur des alertes sanitaires » (Suivi et préconisation qualité fournisseur / produits) ;
- la « diffusion de l'information à l'intérieur du réseau », « afin de voir figurer les produits du fournisseur concerné dans les linéaires des Intermarché et Ecomarché » (Mise en marché) ;
- « l'optimisation des commandes » afin « d'éliminer les risques de rupture d'approvisionnement » (Productivité) ;
- la réalisation « d'une prestation logistique complète de la réception de la marchandise sur entrepôt à la livraison des points de vente en passant notamment par le stockage des marchandises et la préparation des commandes » (Optimisation logistique) ;
- une communication « destinée au réseau des magasins Intermarché et non aux consommateurs » (Communication enseigne).

Aussi bien, ne pouvait-il pas s'agir là de prestations relevant de la coopération commerciale qui, bien que n'ayant pas reçu, à l'époque des faits de l'espèce (courant 2002), de définition légale, avaient fait l'objet d'une définition jurisprudentielle.

Ainsi, tout d'abord, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait-elle dit pour

droit, dans son arrêt du 27 février 1990, que les prestations relevant de la coopération commerciale étaient des « services spécifiques allant au-delà des obligations contractées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs », ces services allant « au-delà des simples relations résultant des achats et des ventes », les obligations en résultant étant des « obligations particulières exorbitantes des relations contractuelles habituelles et susceptibles de recevoir de la part du fournisseur une rémunération spéciale ».

Or, il est évident que les prestations de services intitulées « optimisation logistique » et « productivité » n'étaient pas détachables des obligations résultant des achats et des ventes, s'agissant là, précisément, des conditions d'approvisionnement ou de délivrance des produits vendus.

Ensuite, la Cour d'appel de Paris avait précisé, dans son arrêt du 29 juin 1998, que :

« La coopération commerciale constitue un service rendu par le distributeur au fournisseur, détachable des contrats de vente et destiné à favoriser la vente des produits auprès des consommateurs ».

Enfin, on peut également se référer au jugement du Tribunal correctionnel de Périgueux du 16 février 2000 qui indiquait que :

« Les prestations de services non spécifiques que peut rendre un distributeur à un fournisseur doivent faire l'objet d'une communication des conditions générales et des barèmes de prix au fournisseur s'il en fait la demande. La notion de prestation non spécifique se limite aux simples obligations résultant des achats et des ventes.

À côté de ces prestations non spécifiques, il existe des prestations spécifiques qui sont parfaitement détachables et dont la nature même ne permet pas l'établissement d'un barème puisque leur valeur varie en fonction de multiples critères et paramètres. Ces services spécifiques communément appelés contrat de coopération commerciale font l'objet de l'alinéa 5 de l'article 33 de l'Ordonnance du 1.12.1986. Les conditions de rémunération de ces services spécifiques doivent faire l'objet d'un contrat écrit.

L'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés, favorisant la

vente d'un produit ou d'un ensemble de produits, relève de ce texte. »⁶.

Il est tout aussi évident que les prestations de services intitulées « suivi et préconisation qualité fournisseur / produit », « communication d'enseigne » et « mise en marché » décrites ci-dessus n'avaient pas pour objet de favoriser la revente des produits du fournisseur, s'agissant de prestations de services rendues dans le cadre des relations internes au groupement Intermarché.

Dans ces conditions, le Tribunal correctionnel ne pouvait que statuer comme il l'a fait, en indiquant :

« Attendu que les prestations comprises sous les 5 rubriques qui viennent d'être examinées ne correspondent pas à des services spécifiques distincts des conditions commerciales liées aux opérations d'achat et de vente de marchandises et ne relèvent donc pas de la coopération commerciale. Qu'ainsi, pour ce qui concerne les économies d'échelle réalisées par les fournisseurs grâce à la centralisation des commandes effectuée par la société SCA Produits Régionaux Est (ce qui correspond plus particulièrement aux rubriques « mise en marché », « productivité » et « optimisation logistique »), il était parfaitement possible d'exiger une remise de la part des fournisseurs qui aurait été mentionnée sur chaque facture d'achat. ».

Il faut donc en conclure qu'à mal qualifier un avantage financier, on encourt le risque d'être poursuivi sur le fondement des dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce en matière de facturation.

Petite précision pour conclure : le Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc prend le soin d'indiquer que s'« il est également reproché à la SCA Produits Régionaux Est d'avoir omis d'exiger des factures qui auraient dû mentionner conformément aux exigences légales, les remises et rabais consentis par les fournisseurs », « les poursuites peuvent être engagées uniquement contre l'acheteur ».

Le Tribunal ne s'y est pas trompé : l'anomalie constatée résulte du choix du groupement ITM, en tant que rédacteur du contrat de coopération commerciale faisant l'objet des

(6) Nous ne rappellerons pas ici les termes du nouvel article L. 441-7, I du Code de commerce et de la seconde Circulaire Dutreil du 8 décembre 2005, postérieurs aux faits de l'espèce.

facturations litigieuses, de qualifier les avantages financiers de coopération commerciale, quand ils ne pouvaient manifestement pas en relever. On comprend alors pourquoi les fournisseurs en cause n'ont pas été attraités devant le Tribunal correctionnel.

Tribunal correctionnel de Nantes 29 septembre 2005 [deux affaires] :

Première affaire : Ministère Public c/ Société Coopérative d'Approvisionnement de l'Ouest.

Le Tribunal correctionnel de Nantes sanctionne la **Société Coopérative d'Approvisionnement de l'Ouest (ci-après dénommée « SCAO »)** à hauteur de 100.000 euros, pour violation des dispositions visées sous l'article L.441-3 du Code de commerce :

- en premier lieu, en raison de l'**émission tardive** des factures correspondant aux prestations de coopération commerciale, certaines factures ayant été émises dans des délais supérieurs à 150 jours après la fin de la prestation, d'une part, et de l'**absence de date de réalisation des prestations**, d'autre part ;
- en second lieu, en raison de l'**imprécision liée à la quantité et au prix unitaire hors TVA des services rendus**, chacune des prestations ayant en effet dû être quantifiée avec mention de son prix unitaire,
- en troisième lieu, et surtout pourrait-on dire, au motif de l'**absence de mention de la dénomination précise des services rendus par Système U**.

A cet égard, le Tribunal correctionnel de Nantes précise ce qui suit :

« Les explications fournies relèvent en effet soit de l'explication théorique de la prestation, soit du mode de gestion de l'entreprise ou de certains de ses produits.

Citons par exemple celles données par le représentant de la société lorsqu'il est entendu, relatives à la mention qui figure sur un certain nombre de factures « amélioration des performances logistiques » :

- « deux aspects : l'ensemble des industriels crée de plus en plus de références pour le consom-

mateur ; or notre outil logistique ne permet pas d'accueillir la totalité des produits. Cela permet à nos industriels de proposer des références complémentaires etc. »

D'autres désignations sont aussi critiquables : Citons par exemple le libellé suivant :

- « Présence sur prospectus régional : Qui dit mieux » – Aucune indication sur le nombre de prospectus diffusés, sur le nombre de produits mis en valeur, sur les dates de diffusion, etc.

La mention « Développer les flux d'informations (EDI) gamme OI – Aide culinaire – Couscous » est tout aussi imprécise.

La dénomination « Analyse d'assortiments » – Information sur le suivi des dates limites de vente des produits du 01.01.2000 au 31.12.2000 (facture du 26.09.2000 pour 66.161,48 francs émise auprès de la SA Gratien et Meyer) ne laisse apparaître aucune information sur le type d'analyse menée, le temps passé, les moyens mis en œuvre, la fréquence des informations, etc.) ».

Le Tribunal correctionnel de Nantes en conclut fort logiquement que les retards apportés à l'émission de plusieurs factures, leur libellé pour beaucoup d'entre elles rédigé en termes généraux, non différenciés selon les produits distribués ou les prestations fournies, ne répondent pas à la volonté du législateur d'établir une véritable transparence dans les relations commerciales et les prix pratiqués, étant rappelé que ces prestations facturées représentent des sommes considérables.

Le montant de l'amende délictuelle s'établit à 100.000 euros, l'article L.441-4 du Code de commerce prévoyant pour sa part un montant maximal de 375.000 euros pour la personne morale poursuivie, étant toutefois précisé que l'amende peut aussi être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

En l'espèce, le montant total des factures émises par la Centrale Régionale Système U en cause s'élevait à 1.058.376 euros, ce qui aurait donc pu permettre au Tribunal correctionnel de Nantes de prononcer une sanction supérieure à 500.000 euros ! Somme toute, la sanction prononcée à due concurrence de 100.000 euros peut donc apparaître relativement clémente.

Deuxième affaire : Ministère Public c/ Centrale Régionale Système U Ouest

Le Tribunal correctionnel de Nantes condamne la **Centrale Régionale Système U Ouest (ci-après dénommée « CRSUO »)**, à une amende de 100.000 euros pour infraction aux dispositions visées sous l'article L.441-3 du Code de commerce,

- en premier lieu, pour **émission tardive des factures de coopération commerciale**, « de nombreuses factures « oubliées » laissent ainsi apparaître des retards de plus de 100 jours après la date de fin de la prestation de service concernée » ;
- en second lieu, pour **absence de mention de la date d'exécution desdites prestations**, le libellé de 28 factures relatives aux « actions de diffusion du complément d'assortiment régional » ne répondant pas aux obligations légales édictées par l'article L.441-3 du Code de commerce, indiquant en effet en termes très généraux une prestation qui se limite à la reproduction de l'intitulé du contrat ou du « type de service rendu », avec parfois une indication supplémentaire relative au taux de rémunération pratiqué selon un chiffre d'affaires qui n'est pas rappelé sur la facture.

A cet égard, le Tribunal correctionnel de Nantes rappelle ce qui suit :

« Par ailleurs, il semble acquis que le distributeur lors de l'établissement des contrats de coopération, pour déterminer le prix des prestations facturées, a dû se livrer à une évaluation précise des coûts et des services rendus ; il lui était ainsi aisé de faire figurer sur la facturation les opérations concrètes essentielles permettant d'identifier les prestations fournies, sans qu'il y ait besoin de se référer au contrat de coopération commerciale dont le libellé, pour les actions de diffusion, se limite à fournir des informations relatives à la gestion commerciale de la société ».

Le Tribunal relève également une infraction à l'encontre de la CRSUO, pour **absence de dénomination précise des prestations rendues par Système U** « les factures, au nombre de 15, émises en application des contrats de coopération commerciale des opérations promotionnelles d'ouverture et réouverture des magasins U pour l'année, outre les sommes

à payer, ne mentionnent que le seul intitulé de la prestation, sans qu'aucune indication concrète n'y figure ; la durée des opérations promotionnelles, leur nature, la place occupée par les produits sur lesquels portent les promotions, leur quantité, etc., font défaut, ainsi que la liste des points de vente » !

A méditer !

Et de conclure que, outre les retards apportés à l'émission de plusieurs factures, leurs libellés rédigés en termes généraux, non différenciés selon les produits distribués et les fournisseurs co-contractants, ne répondent pas à la volonté du législateur d'établir une véritable transparence dans les relations commerciales et les prix pratiqués, étant observé, comme le soutient la DGCCRF, que **le pourcentage des prestations par rapport aux montants des achats peut atteindre 44,6 % et entre 22,7 et 37,9 % pour les autres fournisseurs.**

Là encore, eu égard au montant total facturé par Système U, le montant de l'amende peut apparaître somme toute très clément.

Ces deux jugements font l'objet d'un appel !

**Tribunal correctionnel de Créteil
16 décembre 2005**

Affaire Ministère Public c/ Baud/ Franprix

Dans son jugement du 16 décembre 2005, le Tribunal correctionnel de Créteil a condamné la société Baud, pour infraction aux dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce, après avoir relevé qu'au cours de la période 2000/2001, plus d'une centaine de **factures d'acompte** sur la rémunération annuelle due au titre des services de coopération commerciale ne respectaient pas les règles de facturation, en ce que, et alors même qu'il s'agissait de factures d'acompte, chacune de ces factures « **devait être analysée isolément et décrite avec une précision suffisante la nature de la prestation pour laquelle elle est émise et la date à laquelle cette prestation a été effectuée** ».

Pour le Tribunal correctionnel de Créteil, point de différence en conséquence entre une facture d'acompte et une facture portant sur le paiement de la totalité de la rémunération due.

Chaque facture, qu'elle soit d'acompte ou non, doit préciser la nature de la prestation concernée, les dates auxquelles la prestation a été réalisée, ainsi que le prix unitaire du service ; le Tribunal ne manquant pas de relever que si les contrats de coopération commerciale auxquels les factures peuvent renvoyer viennent apporter quelques informations en des termes au demeurant elliptiques (exemple : « *présence en magasin de la gamme référencée* »), il n'en demeure pas moins que **chaque facture doit être respectueuse des dispositions strictes de l'articles L.441-3 du Code de commerce.**

A méditer là encore !

Rappelons que sur un plan fiscal, l'instruction 3C.A n° 136 du 7 août 2003 précise que les factures d'acompte peuvent ne pas mentionner l'ensemble des mentions obligatoires lorsque les informations nécessaires à leur établissement ne sont pas connues au moment de leur émission et qu'il en va ainsi de l'émission de factures d'acompte lorsque la date exacte de la ou des opérations en cause, la quantité ou le prix exact du bien ou du service, lorsqu'ils sont variables ou aléatoires, ne sont pas connus.

Pendant et à tout le moins, que ce soit en Droit de la concurrence ou bien en Droit fiscal, la dénomination précise du service doit être indiquée, qu'il s'agisse d'une facture d'acompte ou de toute autre facture.

Le Tribunal correctionnel de Créteil condamne la société Baud à une peine d'amende de 120.000 euros, ainsi qu'à la publication du jugement dans le journal « *Les Echos* ».

Les décisions qui précèdent, ajoutées à celles rapportées dans « **La Lettre du Cabinet** » du mois de mars 2006, consacrée aux décisions parmi les plus importantes rendues au cours de l'année 2005 concernant les relations Industrie/Commerce, viennent renforcer le message très clairement délivré par les services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, ainsi que par les Directions Régionales ou Départementales, d'une part, et par les Tribunaux correctionnels ou les Parquets, très fortement sensibilisés à l'application des dispositions relevant des pratiques restrictives de concurrence, d'autre part, à savoir que l'on ne doit pas « *plaisanter* » ou à tout le moins ne le peut-on plus, avec l'application stricte des règles de facturation !

Celles-ci sont connues ; La loi Dutreil du 2 août 2005 n'a pas apporté de modifications

aux dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce, et chaque opérateur économique, qu'il soit fournisseur, grossiste, distributeur spécialisé ou non, est averti des sanctions qui pèsent désormais sur sa tête et que les sanctions prononcées ne le sont pas exclusivement à l'égard des voisins, concurrents, fournisseurs ou distributeurs.

En outre, rappelons que l'article L.441-3 du Code de commerce édicte un principe de coresponsabilité en matière de facturation et que pour une facture mal rédigée, la sanction maximale peut s'établir à 75.000 euros pour le représentant légal (ou son délégataire) de l'entreprise ayant émis la facture incriminée et pour celui de l'entreprise l'ayant reçue et acceptée, d'une part, et à 375.000 euros pour chacune de ces deux entreprises, d'autre part, soit un total maximal de 900.000 euros ...

Dès lors, s'agissant de la facturation des services de coopération commerciale, rappelons une fois encore que le distributeur, prestataire de services, émettant une facture au titre de la rémunération de services - qu'il s'agisse d'ailleurs de coopération commerciale ou de services distincts - est certes responsable de l'émission d'une facture non conforme, mais que l'industriel la recevant et l'acceptant en procédant à son règlement, est également responsable, encourant de ce fait les sanctions pénales définies ci-dessus !

* * *

S'agissant **des tribunaux de commerce** ayant eu à se prononcer sur la qualification de services relevant des accords de coopération commerciale, ou à tout le moins présentés comme tels :

**Tribunal de Grande Instance
de Strasbourg
2^{ème} Chambre commerciale
Jugement du 25 novembre 2005
Ministre de l'économie c/ SNC LIDL**

La rémunération des fonctions logistiques assurées par les distributeurs est-elle légale ?

C'est la question dont le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg était saisi et pour laquelle il a rendu le 25 novembre 2005 une décision intéressante car précisant les conditions dans lesquelles un distributeur peut se faire rémunérer par son fournisseur pour des prestations de services logistiques.

En l'espèce l'enseigne LIDL, premier Hard Discounteur de France, avait conclu en 2002 par l'intermédiaire de sa centrale, 73 contrats de coopération commerciale avec des fournisseurs à l'occasion de l'ouverture d'un entrepôt à Lunel. Les services rendus étaient décrits dans les contrats comme étant « *spécifiques* » et « *allant au-delà de simples obligations résultant des achats et des ventes* », et définis de la manière suivante :

- « *amélioration de la logistique [du fournisseur] par la réduction du temps d'attente* » du déchargement ;
- « *fonction «entrepôt» pour une meilleure absorption des variations d'activité et une plus grande fluidité amont* ».

Ces prestations de services n'avaient apparemment rien d'exceptionnel puisqu'on peut les retrouver de manière récurrente dans les contrats des grandes enseignes de la distribution, et leur rémunération pouvait paraître a priori « *raisonnable* » puisque s'établissant à moins de 1 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par le fournisseur avec l'enseigne LIDL.

Tel n'a pas été l'avis du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg qui, dans sa décision précitée, prononce la nullité de l'ensemble des contrats conclus par LIDL avec ses fournisseurs, ordonne le remboursement des sommes indûment perçues, et condamne LIDL à payer une amende civile de 500.000 euros sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce.

Pour ce faire, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg reprend les critères jurisprudentiels de la coopération commerciale définis par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 février 1990, et notamment les exigences de spécificité et d'effectivité des prestations rendues par le distributeur.

Ainsi, le Tribunal considère tout d'abord que **les services rendus n'avaient rien de spécifiques car ils n'étaient pas détachables de l'opération d'achat vente**, n'étant en effet manifestement pas de nature à stimuler ou faciliter la revente des produits des fournisseurs par LIDL puisque, s'agissant de services de logistique et d'entreposage, ils se situaient « *entre la vente et la revente des produits* ».

Sur ce premier point, nous observons que si l'article L.441-7-I du Code de commerce introduit par la loi Dutreil du 2 août 2005 avait été applicable, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg n'aurait pas adopté

de position différente dans la mesure où le contrat de coopération commerciale fait désormais l'objet d'une définition légale et qu'il s'entend d'une « *convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente* ».

Le Tribunal ne se contente pas de remettre en cause la nature des prestations, et finalement leur spécificité, mais il **remet surtout en cause l'effectivité même des services** de sorte que ces « services » ne pouvaient pas, non plus, faire l'objet de rémunération, même au moyen de réductions de prix !

En effet, s'agissant de « *l'amélioration de la logistique du fournisseur par la réduction du temps d'attente* », le Tribunal considère que « *l'organisation de la réception des camions de livraison est au demeurant une obligation normale de l'acheteur* » ne justifiant aucune rémunération particulière.

Quant à la « *fonction entrepôt* », celle-ci ne justifiait pas davantage l'octroi d'une rémunération puisque « *une opération d'achat impose la réception de la marchandise par l'acheteur et donc forcément son entreposage en attendant sa possible revente* » et que « *l'existence d'un entrepôt de stockage n'apporte aucun service commercial particulier et effectif prouvé* ».

En outre, l'argument de LIDL consistant à soutenir que ces deux services avaient pour objet final d'empêcher la rupture des offres de produits des fournisseurs en rayon, est également balayé d'un revers de main par le Tribunal qui affirme que « *même s'il y avait eu promesse d'un maintien permanent en rayon, ce service n'aurait rien eu de spécifique, puisqu'il participe en fait à la commercialisation normale d'un produit* » et qu'il existe une « *obligation pour LIDL d'assurer la pérennité de l'achalandage de ses magasins, ce qui est la moindre des choses pour un distributeur* » !

Le Tribunal remet-il pour autant en cause toute possibilité de rémunération par un fournisseur des fonctions logistiques prises en charge par son distributeur ?

Certainement pas, et les circonstances de l'espèce montrent clairement que la rémunération de fonctions logistiques est toujours possible lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies.

Premièrement, il est **nécessaire de définir avec précision le service rendu**. En effet, le Tribunal remet en cause l'effectivité des services rendus essentiellement parce qu'ils sont « *énoncés dans des termes [très] généraux, voire vagues, pour ne pas dire abscons* ».

Deuxièmement, il est **nécessaire que le service soit utile pour le fournisseur et lui procure un avantage réel**.

En l'espèce, le Tribunal constate que « *LIDL ne s'est engagé à rien de précis dans le cadre de cette fonction «entrepôt» puisque les termes employés ne font état que des buts recherchés, mais sans promesse précise de résultat* ».

Ainsi, on peut noter que la prise en charge par un distributeur du transport entre la plateforme logistique et le point de vente des produits consiste précisément en une exécution par le distributeur d'une partie de la fonction de livraison qui appartient en principe au fournisseur, et qu'il en résulte nécessairement pour lui une économie de coût. Or, en l'espèce, l'entreposage par LIDL impliquait bien l'existence d'un tel service, mais le contrat conclu n'en faisait nullement état, se contentant seulement d'indiquer l'existence d'une fonction amont d'« *entrepôt* » !

Troisièmement, il est **nécessaire que le service ne soit manifestement pas fictif**.

En effet, alors même qu'il procurerait un avantage au fournisseur, il faut que le service soit cohérent et rationnel. En l'espèce, le Tribunal souligne que la fonction logistique est une fonction continue alors que les contrats étaient conclus pour une durée limitée et n'avaient pas vocation à être renouvelés de sorte que la rémunération perçue avait davantage pour « *unique objet [...] de faire supporter aux fournisseurs de la SNC LIDL ni plus ni moins que le coût de l'investissement engagé par ce distributeur pour la construction de ses entrepôts* ».

Enfin, on retiendra que dans son jugement, **le Tribunal a souvent eu tendance à confondre spécificité et effectivité des services rendus**. Un service peut ne pas être spécifique (c'est-à-dire non lié à l'opération d'achat-vente des produits) tout en étant effectif. La différence est qu'il relèvera dans un cas de la coopération commerciale, voire désormais des services distincts (lorsqu'il est effectif et spécifique) et, dans l'autre, des conditions de vente, même particulières,

du fournisseur (service effectif mais non spécifique)⁷.

Mais en l'espèce, il était clair pour le Tribunal que le service n'était ni spécifique, ni effectif, et la question de savoir si la rémunération aurait dû figurer dans des conditions particulières de vente ou dans un contrat de coopération commerciale ne se posait donc pas. Dès lors, les sommes payées devaient être purement et simplement remboursées au fournisseur.

A ce titre, on notera que cette décision s'inscrit dans la droite ligne du jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre en date du 15 novembre 2005, lequel a condamné le Galec à rembourser plus de 23 millions d'euros à ses fournisseurs pour fausse coopération commerciale. Une différence notable existe néanmoins entre ces deux jugements : outre le montant total des sommes à rembourser qui est sensiblement moindre en l'espèce, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg n'a pas jugé que le remboursement des sommes indûment perçues par LIDL devait se faire via le Ministre de l'économie, ce qui pourrait être de nature à compromettre davantage l'exécution et l'efficacité de sa décision !

Tribunal de commerce d'Evry 3^{ème} Chambre

Jugement du 16 novembre 2005 Ministre de l'économie c/ Intermarché

La société ITM Marchandises France [**ci-après dénommée « ITM »**] était assignée devant le Tribunal de commerce d'Evry, à la demande du Ministre de l'économie, sur le fondement de l'article L.442-6-I-2°-a) du Code de commerce qui sanctionne le fait :

« d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, un tel avantage pouvant notamment consister en

(7) Même si l'article L.441-6 du Code de commerce ne fait plus référence à la notion de « *services spécifiques* » depuis la loi Dutreil du 2 août 2005, il s'agissait des services de coopération commerciale qui font aujourd'hui l'objet d'une définition légale par l'article L.441-71 du Code de commerce au même titre que les services distincts. En tout état de cause, il convient de ne pas les confondre avec les services spécifiques auxquels la Circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 fait référence à son point 2.a).3°) et qui s'entendent de services liés à l'opération d'achat-vente des produits mais qui, n'étant pas prévus par les conditions générales de vente du fournisseur, peuvent faire l'objet d'une rémunération au sein de conditions particulières de vente.

la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation des magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. »

Le Ministre de l'économie reprochait en l'espèce à ITM d'avoir demandé et obtenu de différents fournisseurs la rémunération d'un service dénommé « **singularisation** » défini dans le contrat cadre de coopération commerciale négocié annuellement par le groupement Intermarché et les différentes SCA qui en dépendent, avec l'ensemble des fournisseurs de produits de grande consommation (« **PGC** »).

En effet, le Ministre de l'économie considérait que le service rendu par ITM, sous le nom de « **singularisation** » constituait ni plus ni moins qu'une opération de rénovation des magasins qui relevait ainsi uniquement de l'activité inhérente à la fonction de tout distributeur, un tel service ne permettant en outre aucune mise en avant des produits et par conséquent ne pouvait répondre à aucun service commercial effectivement rendu, le Ministre de l'économie demandant dès lors au Tribunal de commerce d'Evry de dire et juger que les avantages perçus à ce titre par ITM étaient donc contraires aux dispositions précitées de l'article L.442-6-I-2°-a), que les clauses des accords cadre et accords commerciaux annuels, relatives au service dit de « **singularisation** », étaient nulles de plein droit et qu'elles ont entraîné un préjudice certain pour les fournisseurs ayant accepté de signer lesdits contrats.

Le Ministre de l'économie demandait donc fort logiquement la restitution des sommes indûment perçues par ITM, ainsi que le prononcé d'une amende de 2.000.000 €.

Chose très surprenante, lorsque l'on connaît tous le caractère ô combien creux des différents services tels que celui dénommé « **singularisation** », figurant dans l'ancien contrat cadre annuel de coopération commerciale proposé par le groupement ITM, le Tribunal de commerce d'Evry n'a pas fait droit aux demandes du Ministre de l'économie.

Bien au contraire, et alors même que le Parquet avait par conclusions, demandé au Tribunal de commerce d'Evry de faire droit à l'intégralité des demandes du Ministre de l'économie, le Tribunal de commerce d'Evry a

purement et simplement rejeté l'ensemble des demandes, en considérant que le service de singularisation était un vrai service, compte tenu de ce que le « *guide de singularisation* » produit aux débats par ITM, démontre l'existence d'une « *offre produits restructurée* » par :

- la mise en place de nouveaux rayons ;
- la valorisation des rayons existants ;
- l'élargissement des assortiments ;
- l'amélioration du niveau qualitatif de l'offre ;
- une formation intensifiée ».

Le Tribunal, au vu des pièces communiquées par ITM, considère que :

« Les plans de singularisation datant de 1999 font apparaître des adaptations et optimisations des mètres linéaires, le développement de nouveaux rayons et les préconisations du mobilier selon la nature du point de vente, à savoir 1.200m² alimentaire, 2.000m² alimentaire, 2.000 m² généraliste, 3.000m² ».

De plus, le Tribunal considère que :

« La charte graphique de la singularisation contient outre des plans d'agencement de points de vente, des éléments importants sur les structures d'implantation, le mobilier spécifique, la signalétique des rayons, l'affichage standardisé des prix ainsi qu'une gamme de vêtements spécifiques ».

L'ensemble de ces éléments étant inscrit dans un dossier type d'implantation communiqué par ITM aux débats, le Tribunal a considéré :

« **Qu'il en résultait pour les fournisseurs une amélioration des conditions de commercialisation de leurs produits, créatrice de valeur, de tels avantages dont bénéficient les fournisseurs améliorant leur efficacité commerciale en leur permettant de générer des économies ; le concept de singularisation ne relève pas des conditions générales de vente du fournisseur, ces dernières étant établies par le fournisseur et visant à informer l'acheteur du barème de prix et des conditions de vente, à savoir essentiellement les conditions de règlement, de rabais, de ristournes et d'escompte.** ».

Le Tribunal en conclut que l'activité de distribution peut très bien se concevoir sans la mise en place de la singularisation, celle-ci étant détachable des simples obligations d'achat et de vente, et que le service fourni

consistant en la mise en valeur des produits dans les magasins entraîne un effet bénéfique sur la vente de ces produits, ajoutant que le Ministre de l'économie n'apporte pas la preuve d'une absence de contrepartie du simple fait que la rémunération du service soit indexée sur le chiffre d'affaires total réalisé par le fournisseur avec les adhérents ITM, la rémunération versée n'apparaissant pas de surcroît disproportionnée par rapport à la valeur du service rendu !

Le Ministre de l'économie est donc débouté de l'ensemble de ses demandes et condamné à verser à ITM la somme de 10.000 € au titre de l'article 700 du NCPC !

C'est là un jugement très surprenant et bien singulier qui s'inscrit totalement en marge des différentes décisions qui ont pu être rendues au cours de l'année 2005 et dont il est fait état dans la présente Lettre du Cabinet.

La Cour d'appel de Paris devrait être amenée à se prononcer dans cette affaire dans les tout prochains mois.

A suivre, en conséquence...

II.2. Les services distincts de la coopération commerciale

II.2.1. Rappel de l'article L.441-7-I in fine

Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie de services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale, notamment dans le cadre d'accords internationaux, font l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des parties qui précise la nature de ces services.

II.2.2. Rappel de la Circulaire Dutreil

« 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.

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. »

II.2.3. Nos observations

La **Circulaire Dutreil** du 8 décembre 2005 a fort logiquement, et en toute cohérence avec le texte législatif dont elle ne pouvait pas, bien entendu, s'écarter, sauf à donner à cette circulaire un caractère réglementaire, ce que l'administration s'est bien gardée de faire, la nullité du texte ayant alors été obtenue, repris cette distinction entre les **vrais** services de coopération commerciale et ceux appartenant désormais à une nouvelle catégorie, à savoir celle des services distincts.

Qui n'a pas été tenté 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 risque d'être brutal !

Les services distincts sont en effet sans définition !

Sont-ce pour autant des services indéfinis ?

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

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

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

La nature ayant horreur du vide, cette catégorie de service s'est naturellement remplie d'elle-même au cours des mois passés !

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

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

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

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

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

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

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

❑ **L'absence de formalisme des contrats portant sur des services distincts**

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

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

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

II.3. Les sanctions édictées au non respect des dispositions relatives à la rémunération des services

II.3.1. Rappel des dispositions de l'article L.441-7-II du Code de commerce

« **L.441-7-II** – Est puni d'une amende de 75 000 € :

1° *Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu, dans les délais prévus au I, un contrat de coopération commerciale précisant le contenu des services rendus et leur rémunération ;*

2° *Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu avant la fourniture des services les contrats d'application précisant la date des prestations correspondantes, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels elles se rapportent ;*

3° *Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu le contrat prévu à la fin du dernier alinéa du I ;*

4° *Le fait, pour un distributeur ou un prestataire de services, de ne pas faire connaître à ses fournisseurs, avant le 31 janvier, le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auxquels ils se rapportent. »*

Art. L. 441-7. – III. – Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement des infractions prévues au II dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal. La peine encourue est celle prévue par l'article 131-38 du même code.

Les dispositions visées sous l'article L.441-7-I définissent ainsi deux types de prestation de services, à savoir, en premier lieu, les services relevant de la Coopération commerciale, et, en deuxième lieu, ceux distincts de cette dernière catégorie bien connue. »

II.4. Application des nouvelles dispositions dans l'espace

L'administration considère que, 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.

III. Le seuil de revente à perte (« SRP »)

III.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-2 du Code de commerce

« *Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.*

Le prix d'achat effectif est 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.

Ce seuil est de 15 % à compter du 1^{er} janvier 2007.

A compter du 1^{er} janvier 2006, le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

Jusqu'au 31 décembre 2005, le prix d'achat effectif est 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.

Du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2006, pour l'application de l'article L. 442-2 du code de commerce, le montant

minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat n'excède pas 40 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit.

Par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission. »

III.2. Rappel du texte de la « Circulaire Dutreil »

« 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 recourent 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 ($35 * 40 / 100$) ;

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

Dans l'attente de l'entrée en vigueur de ce dispositif et jusqu'au 31 décembre 2005, la définition du SRP reste inchangée conformément au III de l'article 47 de la loi. Par ailleurs, la loi prévoit que, par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal (principe de la rétroactivité « in mitius »), toute revente à perte commise avant le 31 décembre 2006 sera jugée et l'exécution des sanctions prononcées se poursuivra selon la disposition en vigueur lors de sa commission.

4.2.2 Années 2007 et suivantes

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

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

Le SRP sera alors de 80.

4.2.3 TVA

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

4.2.4 Situation particulière des grossistes

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

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

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

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

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

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

III.3 Nos observations

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

Par rapport au projet de circulaire d'octobre 2005, la circulaire définitive est beaucoup plus claire quant à la définition du **prix unitaire net** et **aux avantages susceptibles d'être intégrés dans le seuil de revente à perte**, faisant ainsi partie des autres avantages financiers.

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

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

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

Et d'ajouter ce qui suit :

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

Il convient, en conséquence, de relever que, quel que soit le destinataire des avantages financiers, qu'il s'agisse de l'acheteur ou bien encore du **mandataire de celui-ci**, à savoir une centrale d'achat ou de référencement, nationale ou internationale, ces avantages pourront être pris en considération par le distributeur français, lors du calcul de son « SRP ».

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

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

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

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

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

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

Avec un taux de marge arrière s'établissant à **45 %** :

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

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

© Décembre 2005 - Tous droits réservés

M.G. Avocats Meffre & Grall

Et en 2007, le taux de bascule va passer de 20 % à 15 %, la période transitoire se terminant le 31 décembre 2006 :

**Et en 2007 ?
Le taux de bascule passe à 15 % (vs 20 %) et la réintégration n'est plus limitée à 40 % !**

| | | |
|---|------|--|
| Prix tarif | 100 | ↑ Marge arrière (intégrable dans le prix de revente) |
| Remises promotionnelles + logistiques + Ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture) | - 20 | |
| Prix unitaire net | 80 | |
| Avantages financiers : 30 % dont 15 % réintégrables [soit 15 % de 80 = 12 euros] | - 12 | |
| Nouveau SRP vs 72 en 2006 | 68 | |

© Décembre 2005 - Tous droits réservés

M.G. Avocats Meffre & Grall

Avec un taux de marge arrière s'établissant à **30 %** :

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

| | | |
|---|-----|--|
| Prix tarif | 100 | ↑ Marge arrière (intégrable dans le prix de revente) |
| 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 | |

© Décembre 2005 - Tous droits réservés

M.G. Avocats Meffre & Grall

Et s'agissant des **grossistes** qui bénéficient depuis le 1^{er} janvier 2006, d'un coefficient de minoration s'établissant à 0,90 du prix d'achat effectif tel que défini ci-dessus, seuls sont 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 peut pas bénéficier de ce coefficient, sur l'ensemble de son activité qui sera ainsi pénalisée en termes de calcul du prix de revente des produits.

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

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

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

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

* * *

S'agissant de l'application des dispositions visées sous l'article L.441-3 du Code de commerce, il n'est pas inutile, une fois encore, de rappeler que la loi « *Dutreil* » n'a nullement modifiée l'une quelconque des dispositions de l'article précité.

Les dispositions applicables antérieurement au 1^{er} janvier 2006, en matière de facturation, issues de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, demeurent pleinement applicables aux relations entre professionnels.

L'administration n'a eu de cesse d'ailleurs de rappeler ce principe fondamental de l'application stricte, puisque s'agissant de dispositions de nature pénale, de l'article L.441-3 du Code de commerce, ayant d'ailleurs son pendant dans le Code général des impôts sous l'article 242 nonies A de l'annexe II du Code général des impôts ; il convient d'interpréter à la lumière de l'instruction fiscale 3C.A n° 136 du 7 Août 2003 relative à la taxe sur la valeur ajoutée, les obligations des assujettis et aux obligations relatives à l'établissement des factures, instructions prises en application des dispositions des articles 289 et 289 bis du Code général des impôts.

A cet égard, s'agissant de la dénomination des produits, le Tribunal correctionnel de Grasse a sanctionné, dans son jugement du 21 octobre 2005, l'absence de dénomination précise de produits chimiques, l'entreprise en cause n'ayant porté sur les factures émises que la seule codification résultant de son logiciel de gestion « SAP », codification certes mondiale mais qui ne permettait pas de répondre aux exigences de l'article L.441-3 du Code de commerce précité, une codification ne peut pas en effet se substituer à la dénomination précise d'un produit !

On doit également citer le jugement prononcé par le Tribunal correctionnel de Bordeaux, le 30 mars dernier, qui a sanctionné un fournisseur pour ne pas avoir porté des réductions de prix, en l'occurrence des ristournes, sur ses factures, alors même que l'administration considérait que celles-ci étaient acquises à la date d'émission des factures litigieuses.

Attention en conséquence, au strict respect des dispositions en matière de facturation !

A cet égard, rappelons le principe de corresponsabilité édicté par les dispositions en matière de facturation, induisant une responsabilisation tant de l'émetteur de la facture que de son destinataire !

IV. Les pratiques abusives sanctionnées civilement et les enchères électroniques

IV.1. Les contraintes abusives de gamme

IV.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-6-I-2-a)

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

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

2° a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ;

Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ; **Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente. »**

IV.1.2. Rappel de la Circulaire Dutreil

« 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.

IV.1.3. Nos observations

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

IV.2. La Globalisation artificielle des chiffres d'affaires et les demandes d'alignement

IV.2.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-6-I-2-a)

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

1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et

non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

2° a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ;

Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ; [...]

IV.2.2. Rappel de la Circulaire Dutreil

« 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.

IV.2.3. Nos observations

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

Seuls les groupements qui démontreront la réalité du service apporté, notamment celui d'un vrai référencement, complétant le référencement situé au niveau des groupements

constitutifs du super groupement pourront bénéficier d'une telle rémunération, sauf à tomber dans la globalisation artificielle des chiffres d'affaires, ce qui avait d'ores et déjà été dénoncé et condamné, il y a fort longtemps de cela, dans le cadre des avis prononcés par la Commission de la concurrence, concernant les super centrales Arci, Dira et Serfaal.

De même, les demandes d'alignement - rétroactives - au titre d'écarts de conditions parfaitement justifiées au demeurant entre distributeurs pourront être sanctionnées civilement par une peine d'amende pouvant atteindre deux millions d'euros ; Il s'agit bien entendu d'une amende maximale, outre les sanctions habituelles en matière de pratiques restrictives de concurrence condamnées civilement.

IV.3. Le renversement de la charge de preuve

IV.3.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-6-II du Code de commerce

« II. - Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

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

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

IV.3.2. Rappel de la Circulaire Dutreil

« 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. »

IV.3.3 Nos observations

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

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

IV.4. L'encadrement des enchères électroniques à distance

IV.4.1. Rappel des dispositions de l'article L.442-10 du Code de commerce

« - Est nul le contrat par lequel un fournisseur s'engage envers tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, lorsque l'une au moins des règles suivantes n'ont pas été respectées :

1° Préalablement aux enchères, l'acheteur ou la personne qui les organise pour son compte communique de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection détaillés ainsi que les règles selon lesquelles les enchères vont se dérouler ;

2° A l'issue de la période d'enchères, l'identité du candidat retenu est révélée au candidat qui, ayant participé à l'enchère, en fait la demande. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

II. - L'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte effectue un enregistrement du déroulement des enchères qu'il conserve pendant un an. Il est présenté s'il est procédé à une enquête dans les conditions prévues au titre V du présent livre.

III. - Les enchères à distance inversées organisées par l'acheteur ou par son représentant sont interdites pour les produits agricoles visés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.

IV. – Le fait de ne pas respecter les dispositions des I à III engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé. Les dispositions des III et IV de l'article L. 442-6 sont applicables aux opérations visées aux I à III du présent article. »

IV.4.2. Rappel de la Circulaire Dutreil

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 hausse 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. »

IV.4.3. Nos observations

Le texte prévoit :

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

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

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

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

- 1) *en introduisant par quelque moyen que ce soit des informations mensongères ou calomnieuses ;*
 - 2) *en introduisant sur le marché ou en sollicitant soit des offres destinées à troubler les cours, soit des sur-offres ou sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services ;*
 - 3) *ou en utilisant tout autre moyen frauduleux.*
- La tentative est punie des mêmes peines. »*

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

qui était à l'origine de la baisse des prix proposés !

Il convient de relever que la délocalisation en dehors du territoire national de plateformes organisant des enchères inversées à distance ou de sites de négociation des conditions de référencement ne permettra pas d'éviter l'application de la loi française, qu'il s'agisse de dispositions relevant du Code de commerce et notamment de l'article L.442-6 : il s'agit là en effet de dispositions d'ordre public, considérées par la jurisprudence comme des lois de police, ou bien encore de dispositions sanctionnées pénalement, ce qui est le cas de l'article L.443-2 du Code de commerce.

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

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

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

IV.5. Autres pratiques abusives sanctionnées civilement dont la loi « Dutreil » n'a pas modifié le corpus législatif, mais pour lesquelles la Circulaire Dutreil est venue rappeler les dispositions existantes.

IV.5.1. Rappel de la Circulaire Dutreil

« 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.

IV.5.2. Nos observations

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

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

L'administration vise ici précisément un contrat proposé au mois de septembre 2005 par une enseigne de la grande distribution française !

V La procédure et les sanctions

V.1. La transaction administrative

V.1.1. Rappel des dispositions de l'article 470-4-1 du Code de commerce

« Pour les délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République, selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

L'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction est interruptif de la prescription de l'action publique.

L'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction. »

V.1.2. Nos observations

On sait que la mode actuelle, en matière de procédure pénale, est à « l'examen de conscience » juridique, encore qualifié communément de « plaider coupable ». Est-ce là un effet secondaire de cette tendance ? Toujours est-il que la loi Dutreil prévoit désormais un mécanisme de la transaction applicable à l'ensemble des infractions commises dans le cadre du Titre IV du Livre IV du Code de commerce pour lesquelles une peine d'emprisonnement n'est pas encourue.

Au demeurant, il ne s'agit pas là d'une innovation, puisque l'ordonnance n°45-1484 du 30 juin 1945 « relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique » envisageait déjà la possibilité d'une semblable transaction. Il est vrai qu'il s'agit ici d'une **transaction administrative** et non d'une transaction pénale.

Les modalités d'application des dispositions visées sous l'article L.470-4-1 du Code de commerce ont été fixées par le décret en Conseil d'Etat n° 2006-513 du 4 mai 2006, texte s'appliquant également en matière de consommation, s'agissant de l'application des

dispositions des articles L.141-2 et L.216-11 du code de la consommation.

Rappelons que l'autorité administrative doit transmettre la proposition de transaction au Procureur de la République dans un délai de trois mois à compter de la clôture du procès-verbal de constatation de l'infraction, cette proposition doit impérativement, sous peine de nullité, préciser la somme que l'auteur de l'infraction sera invité à payer au trésor public, le délai imparti pour son paiement et, s'il y a lieu, les autres obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

Dès lors que le Procureur de la République a donné son accord sur une telle proposition de transaction, l'autorité administrative devra notifier cette dernière en double exemplaire à l'auteur de l'infraction, cette notification comportant une mention précisant que si la personne ne paie pas, dans le délai imparti, la somme indiquée dans la proposition ou qu'elle ne satisfait pas aux autres obligations, le cas échéant souscrites par elle, le Procureur de la République décidera, sauf élément nouveau, d'engager des poursuites à son égard.

L'auteur de l'infraction disposera d'un délai d'un mois, à compter de cette notification, pour y répondre.

V.2. La procédure pénale

V.2.1 Rappel des dispositions des articles L.470-4-2 du Code de commerce et 495 du Code de procédure pénale

« La composition pénale prévue à l'article 41-2 du code de procédure pénale est applicable aux personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes. Seule la mesure prévue par le 1° de l'article 41-2 du même code est applicable à ces personnes.

Pour les délits mentionnés au I, le procureur de la République peut proposer la composition pénale à

L'auteur des faits par l'intermédiaire d'un fonctionnaire mentionné au quatrième alinéa de l'article L. 450-1 du présent code.

Peuvent être soumis à la procédure simplifiée prévue à la présente section :

1 Les délits prévus par le code de la route et les contraventions connexes prévues par ce code ;

2 Les délits en matière de réglementation relatives aux transport terrestres ;

5 Les délits prévus au titre IV du livre IV de code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue.

Cette procédure n'est pas applicable :

1 Si le prévenu était âgé de moins de dix-huit ans au jour de l'infraction ;

2 Si la victime a formulé, au cours de l'enquête, une demande de dommages et intérêts ou de restitution, ou a fait directement citer le prévenu avant qu'ait été rendue l'ordonnance prévue à l'article 495-1 ;

3 Si le délit prévu par le code de la route a été commis en même temps qu'une contravention ou qu'un délit d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne.

Le ministère public ne peut recourir à la procédure simplifiée que lorsqu'il résulte de l'enquête de police judiciaire que les faits reprochés au prévenu sont établis et que les renseignements concernant la personnalité de celui-ci, et notamment ses charges et ses ressources, sont suffisants pour permettre la détermination de la peine. »

V.2.2. Nos observations

S'inscrivant dans une logique similaire à celle de la transaction, la **composition pénale** permet aux personnes morales mises en cause d'échapper aux sanctions pénales prévues par le loi, en s'acquittant du paiement d'une « amende de composition ».

Le mécanisme de la composition pénale n'a cependant pas été étendu aux personnes physiques mises en cause au titre des délits du Titre IV, comme cela avait été un moment envisagé par le Sénat. Dans les faits, la composition pénale sera proposée aux entreprises dont la culpabilité est alléguée

par les fonctionnaires de catégorie A de la DGCCRF.

La **procédure pénale simplifiée** n'est pas une innovation introduite par la loi *Dutreil* : elle s'appliquait déjà notamment aux délits prévus par le Code de la route, mais n'était en revanche pas prévue pour les délits visés au titre IV du Livre IV du Code de commerce ; l'extension du dispositif simplifié aux délits économiques constitue donc une nouveauté.

Cette procédure, aussi appelée procédure d'« ordonnance pénale » désormais applicable aux délits visés au titre IV du Livre IV du Code de commerce **pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas prévue**, se caractérise par une transmission par le Procureur de son dossier et de ses réquisitions au Président du Tribunal correctionnel. Cette transmission sera suivie du prononcé d'une ordonnance « portant relaxe ou condamnation » sans tenue d'audience ni présence d'un avocat.

On peut noter que, si le Président du Tribunal estime qu'un débat contradictoire est utile, il pourra alors renvoyer le dossier au ministère public, et le dossier sera alors examiné selon les règles de procédure traditionnelles. Ce sera aussi le cas si le prévenu ou le ministère public forment opposition à l'ordonnance (le délai d'opposition est de 10 jours pour le ministère public et de 45 jours pour le prévenu – article 495-3 du Code de procédure pénale).

V.3. Les autres dispositions pénales

V.3.1. Publication de la décision

V.3.1.1. Rappel des dispositions de l'article L.470-2 du Code de commerce

« **En cas de condamnation au titre d'un délit prévu au titre IV du présent titre, la juridiction peut ordonner que sa décision soit affichée ou diffusée dans les conditions par l'article 151-10 du code pénal.** »

V.3.1.2. Nos observations

Ce sont désormais toutes les condamnations prononcées au titre de l'ensemble des délits prévus au titre IV du Livre IV du Code de commerce qui peuvent faire l'objet d'une mesure de publicité !

V.3.2. Dispense de casier judiciaire

V.3.2.1. Rappel des dispositions de l'article 775-2 du Code de procédure pénale

« Le bulletin n° 2 est le relevé des fiches du casier judiciaire applicables à la même personne, à l'exclusion de celles concernant les décisions suivantes :

1° Les décisions prononcées en vertu des articles 2, 8, 15, 15-1, 16, 18 et 28 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 modifiée, relative à l'enfance délinquante ;

2° Les condamnations dont la mention au bulletin n° 2 a été expressément exclue en application de l'article 775-1 ;

3° Les condamnations prononcées pour contraventions de police ;

4° Les condamnations assorties du bénéfice du sursis, avec ou sans mise à l'épreuve, lorsqu'elles doivent être considérées comme non avenues ; toutefois, si a été prononcé le suivi socio-judiciaire prévu par l'article 131-36-1 du code pénal ou la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, la décision continue de figurer au bulletin n° 2 pendant la durée de la mesure ;

6° Les condamnations auxquelles sont applicables les dispositions de l'article 343 du Code de justice militaire ;

7° et 8° (paragraphes abrogés) ;

9° Les dispositions prononçant la déchéance de l'autorité parentale ;

10° Les arrêtés d'expulsion abrogés ou rapportés ;

11° Les condamnations prononcées sans sursis en application des articles 151-5 à 151-11 du code

pénal, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du jour où elles sont devenues définitives. Le délai est de trois ans s'il s'agit d'une condamnation à une peine de jours-amende.

Toutefois, si la durée de l'interdiction, déchéance ou incapacité, prononcée en application des articles 151-10 et 151-11, est supérieure à cinq ans, la condamnation demeure mentionnée au bulletin n. 2 pendant la même durée ;

12° Les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement du prononcé de celle-ci ;

13° Les condamnations prononcées par des juridictions étrangères ;

14° Les compositions pénales mentionnées à l'article 768.

Les bulletins n° 2 fournis en cas de contestation concernant l'inscription sur les listes électorales, ne comprennent que les décisions entraînant des incapacités en matière d'exercice du droit de vote.

Lorsqu'il n'existe pas au casier judiciaire de fiches concernant des décisions à relever sur le bulletin n° 2, celui-ci porte la mention Néant.

15° Sauf décision contraire du Juge, spécialement motivée, les condamnations prononcées pour les délits prévus au titre IV du livre IV du Code de Commerce. »

V.3.2.2. Nos observations

Il résulte de la nouvelle rédaction de l'article 775 du Code de procédure pénale que les condamnations prononcées pour les délits prévus au Titre IV du Livre IV du Code de commerce n'ont plus vocation à figurer au casier judiciaire des personnes mises en cause, sauf décision contraire du juge.

V.4. Les sanctions

**TABLEAU DES INFRACTIONS ET SANCTIONS
EN MATIÈRE DE TRANSPARENCE TARIFAIRE**

| INFRACTIONS | SANCTIONS | |
|--|--|--|
| | Civiles | Pénales |
| - Non communication des CGV | - | <ul style="list-style-type: none"> • 15.000€ pour la personne physique (représentant légal ou délégataire) • 75.000€ pour la personne morale |
| - Revente à perte | - | <ul style="list-style-type: none"> • 75.000€ pour la personne physique (idem) • 375.000€ pour la personne morale |
| - Imposition d'un prix minimal de revente | - | <ul style="list-style-type: none"> • 15.000€ pour la personne physique (idem) • 75.000€ pour la personne morale |
| - Non justification de la conclusion d'un contrat de coopération commerciale précisant le contenu des services rendus et leur rémunération | - | <ul style="list-style-type: none"> • 75.000€ pour la personne physique (idem) • 375.000€ pour la personne morale |
| - Non justification de la conclusion avant la fourniture des services, les contrats d'application | - | <ul style="list-style-type: none"> • 75.000€ pour la personne physique (idem) • 375.000€ pour la personne morale |
| - Non justification de la conclusion d'un contrat de services distincts | - | <ul style="list-style-type: none"> • 75.000€ pour la personne physique (idem) • 375.000€ pour la personne morale |
| - Non communication du montant total des rémunérations de l'année précédente | - | <ul style="list-style-type: none"> • 75.000€ pour la personne physique (idem) • 375.000€ pour la personne morale |
| - Pratiques discriminatoires | Amende civile maximale de 2 millions d'euros et éventuels dommages et intérêts | |
| - Abus de puissance, d'achat ou de vente | | |
| - Abus de dépendance économique | | |
| - Obtention d'un avantage comme condition préalable à la passation de commande sans l'assortir d'un engagement | | |
| - Menaces de rupture brutale de relations commerciales établies | | |
| - Rupture brutale de relations commerciales établies | | |

Le montant des amendes pénales visées dans ce tableau est bien entendu maximal.

VI. La nouvelle commission d'examen des pratiques commerciales

VI.1. Rappel des dispositions de l'article L.440-1 du Code de commerce

« Une Commission d'examen des pratiques commerciales est créée. Elle est composée d'un député et d'un sénateur désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs, de membres, éventuellement honoraires, des juridictions administratives et judiciaires, de représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanale, des transformateurs, des grossistes, des distributeurs et de l'administration, ainsi que de personnalités qualifiées. Elle est présidée par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire. Elle comprend un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs.

Les membres de la commission sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres.

La commission est saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission.

L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie.

La commission entend, à sa demande, les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utiles à

l'accomplissement de sa mission. Son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités à cet effet par l'article L. 450-1 du présent code ou l'article L. 215-1 du code de la consommation, selon les procédures prévues. Le compte rendu de l'enquête est remis au président de la commission qui s'assure qu'il préserve l'anonymat des personnes concernées.

La commission peut également décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. Lorsqu'elle fait suite à une saisine en application du troisième alinéa, cette recommandation ne contient aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées. La recommandation est communiquée au ministre chargé de l'économie et est publiée sur décision de la commission.

La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au Gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public.

Il comprend une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales. Il comprend également les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

Un décret détermine l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la commission ainsi que les conditions nécessaires pour assurer l'anonymat des acteurs économiques visés dans les avis et recommandations de la commission. »

VI.2. Nos observations

Par arrêté du 5 avril 2006, portant nomination à la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (J.O. n° 92 du 19 avril 2006), les nouveaux membres de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (ci-après dénommée « CEPC ») ont été nommés ; il s'agit de :

COMPOSITION DE LA COMMISSION D'EXAMEN DES PRATIQUES COMMERCIALES

Président : M. Pierre Leclercq, conseiller honoraire à la Cour de Cassation

| Parlementaires | Magistrats | Personnalités qualifiées | Administration |
|--------------------------------|--|--|---|
| - M. Jean-Paul Charié, député. | - M. Marc El Nouchi, maître des requêtes au Conseil d'État. | - Maître Francis Delbarre, avocat. | - M. Guillaume Cerutti, directeur général de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou son représentant. |
| - M. Alain Fouché, sénateur. | - Mme Marie-Françoise Marais, conseiller à la Cour de Cassation. | - M. Michel Glais, professeur agrégé de sciences économiques à l'université de Rennes. | - M. Jean-Christophe Martin, directeur du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, ou son représentant. |
| | | | - M. Luc Rousseau, directeur général des entreprises, ou son représentant. |
| | | | - M. Jean-Marie Aurand, directeur des politiques économique et internationale, ou son représentant. |
| | | | |
| | | | |
| | | | |

Secrétaire générale : Mme Corinne Solal

| Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs | | Représentant les grossistes et distributeurs | |
|---|---|---|---|
| Titulaires | Suppléants | Titulaires | Suppléants |
| - M. Olivier Picot, représentant de l'Association nationale des industries alimentaires. | - M. Benoît Mangenot, directeur général de l'Association nationale des industries alimentaires. | - M. Jérôme Bédier, président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution. | - M. Léon Salto, membre du conseil exécutif de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution. |
| - M. Jean-Claude Lejob, président honoraire de la Fédération française de la coopération fruitière, légumière et horticole. | - M. Bertrand de Kermel, directeur de la Fédération nationale des coopératives laitières. | - M. Guy Leclerc, représentant de la Fédération « Les Enseignes du Commerce Associé ». | - M. Jean-Michel Bordais. |
| - M. Alain Parres, président honoraire du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins. | - M. Eric Jourde, représentant de la Fédération des industries électriques, électroniques et de la communication. | - M. Philippe Houzé, président de l'Union du commerce de centre-ville. | - M. Pierre Gogin, président délégué de la Fédération professionnelle des entreprises de sports et loisirs. |
| - M. Dominique de Gramont, délégué général de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation. | - M. Alain Grimm-Hecker, président honoraire du Groupement interprofessionnel de fabricants d'appareils ménagers. | - M. Pascal Malfoy, président de la Fédération des magasins de bricolage. | - M. Patrick Lorie, président de la Fédération nationale des métiers de jardinerie. |
| - M. Daniel Pasquier, président honoraire du Comité de liaison des industries de main-d'œuvre. | - Mme Ophélie Seris, chargée de mission juridique à la Fédération des entreprises et entrepreneurs de France. | - M. Roland Gardin, président du Conseil national des professions de l'automobile. | - M. Xavier Alberti, représentant la Fédération nationale des boissons. |
| - M. Pascal Coste, vice-président à la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles. | - M. Pascal Nizan, représentant du Syndicat des Jeunes agriculteurs. | - M. Christian Pèpineau, vice-président de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international. | - M. Claude Thiéblemont, représentant de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international. |
| - M. Jean Bellet, président de la Confédération nationale des charcutiers, charcutiers-traiteurs et traiteurs de France | - M. François Cartron, président de la Confédération nationale de la pâtisserie-confiserie-chocolaterie-glacierie de France | - M. Philippe Lebreton, président d'Intermarché | - M. Claude Boisseau, président de la Fédération nationale de l'épicerie. |

Rappelons que la **CEPC** a été créée par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et qu'elle a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis.

Elle peut également décider d'adopter des recommandations sur les questions portant notamment sur le développement des bonnes pratiques commerciales et enfin elle exerce un rôle d'observateur régulier sur ces pratiques.

Dans le cadre des nouvelles dispositions législatives applicables et de la nomination des nouveaux membres intervenue très récemment en conséquence, les membres se sont réunis pour la première fois en séance plénière le 7 juin 2006, au cours de laquelle la Commission a décidé de créer une chambre d'examen spécialisée sur les délais de paiement et à procéder à un examen liminaire de ces nouvelles saisines.

La CEPC peut être saisie par le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, le Ministre chargé du secteur économique concerné, le Président du Conseil de la concurrence, les entreprises elles-mêmes, bien entendu, les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréés, les chambres de commerce ainsi que les chambres des métiers ou d'agriculture, outre son auto-saisine possible également.

Rappelons cependant que la Commission n'a pas de rôle de médiation et ne peut que rendre des avis concernant notamment la conformité au droit de la pratique commerciale en cause ou émettre des recommandations d'ordre plus général.

La CEPC établit chaque année un rapport d'activité.

Rappelons enfin que les membres de la Commissions sont tenus au secret le plus strict et que si les saisines ne peuvent être en aucune manière anonyme, pour autant les documents communiqués à la CEPC sont « *anonymisés* », de telle sorte que l'on ne puisse pas reconnaître l'entreprise ayant saisi la Commission.

* * *

Les avis prononcés par la CEPC sont les suivants :

- Avis n° 02-01 relatif à la recommandation élaborée par l'ANIA et la FCD visant à favoriser au mieux l'évolution des relations commerciales au bénéfice du consommateur ;
- Avis n° 04-02 relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L.442-6 du Code de commerce ;
- Avis n° 2004-03 relatif à la demande d'avis de l'Union National des Producteurs de Granulas portant sur un projet de recommandation relatif aux délais de paiement ;
- Avis n° 04-04 relatif à certaines clauses contenues dans les conditions d'achat ;
- Avis n° 04-05 relatif à une clause contenue dans certaines conditions générales de vente ;
- Avis n° 04-06 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaire ;
- Avis n° 04-07 relatif à certaines pratiques de facturation du lait et des céréales **[non publié]** ;
- Avis n° 04-08 relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées ;
- Avis n° 05-01 relatif à certaines clauses d'un contrat de distribution sélective, quantitative et qualitative de véhicules de loisir, mis en œuvre par un fabricant **[non publié]**.

Conclusion

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

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

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

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

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

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

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

De manière beaucoup plus générale, il est vrai, les pratiques abusives seront sanctionnées ainsi que le précise l'administration et ce, afin de rendre effective cette loi, mais aussi beaucoup plus efficace l'ensemble du dispositif législatif.

Ce n'est pas pour autant que l'on doit oublier que la Loi Dutreil s'inscrit dans une logique de profond changement du mode de détermination du seuil de revente à perte et que des contrôles interviendront là également, mais davantage en fin d'année et au début de l'année 2007.

Ces contrôles ne seront véritablement effectués qu'en fin d'année 2006 et au cours du 1^{er} semestre 2007, dès lors que ce n'est qu'à cette époque là que l'administration pourra réellement déterminer si tel ou tel distributeur a revendu à perte un produit, compte tenu de la nécessaire connaissance que les services de la DGCCRF devront avoir, lors de leur contrôle, des conditions tarifaires obtenues par chacun des distributeurs en cause, au vu du chiffre d'affaires réalisé par les fournisseurs avec chacun d'entre eux et de ce qu'on a coutume d'appeler l'« *atterrissage de fin d'année* », qui permet de constater si chacun des distributeurs en cause a atteint tel ou tel palier de chiffre d'affaires ou si son chiffre d'affaires a progressé et ce, dans quelle mesure.

En effet, on se souviendra que l'administration a bien rappelé dans sa Circulaire du 8 décembre qu'il appartiendra au distributeur qui prendra la responsabilité d'imputer les ristournes convenues avec le fournisseur, dans le prix d'achat effectif, de justifier auprès de l'autorité de contrôle, **le cas échéant a posteriori**, la licéité de cette prise en compte.

Les distributeurs sont clairement responsabilisés par l'administration à cet égard, compte tenu que toute intégration d'une réduction de prix différé dans le calcul d'une « **SRP** » devra pouvoir être justifiée, chiffres à l'appui par les distributeurs, lors des enquêtes qui interviendront et, dans l'hypothèse où un distributeur ne parviendrait pas à démontrer la juste intégration d'une ristourne de fin d'année, à titre d'exemple, dans son « **SRP** », le délit de revente à perte serait ni plus ni moins que constitué et des poursuites pénales pourraient alors être engagées à l'encontre de ce distributeur.

MG

Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

Meffre & Grall

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr