

Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs

NOR: ECOC0300050C

Le secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation à Mesdames et Messieurs les préfets

Le dispositif juridique applicable aux relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs a connu au cours des dernières années des évolutions importantes : la loi du 1er juillet 1996 (dite loi Galland) a visé à améliorer la transparence et la loyauté des transactions commerciales et à rééquilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques s'est efforcée de moraliser les pratiques commerciales en définissant les comportements abusifs engageant la responsabilité civile de leur auteur et en renforçant les pouvoirs d'action vis-à-vis de ces pratiques.

La présente circulaire a pour objet de préciser le cadre juridique de l'action administrative, qui résulte de ces textes législatifs. C'est d'autant plus nécessaire que, depuis la mise en oeuvre de ces textes, il a été constaté, progressivement, le déplacement par les entreprises de la négociation commerciale du prix de vente facturé tel qu'il résulte de l'application des conditions générales de vente vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler la marge arrière. L'importance croissante de ces avantages, qui n'apparaissent pas sur la facture de vente des produits, mais dont certains pourraient trouver leur place dans les conditions générales de vente, n'est pas sans influence sur le niveau des prix pratiqués à l'égard du consommateur, dont le pouvoir d'achat doit être une priorité forte.

Les éléments qui suivent ont donc pour objet de rappeler les dispositions du livre IV du code de commerce en ce qu'elles prescrivent les règles de transparence régissant les conditions générales de vente tout en permettant la différenciation tarifaire. Ils précisent en outre la définition de la coopération commerciale ; ce faisant, ils poursuivent un objectif de réduction négociée des marges arrière.

Ces éléments ne remettent aucunement en cause les dispositions des articles L. 442-2 et suivants du code de commerce qui interdisent la revente ou l'offre de revente à perte d'un produit en l'état et qui contribuent à assurer la loyauté des transactions commerciales. Toute infraction à ces dispositions fait encourir des sanctions pénales.

Les partenaires économiques sont par ailleurs invités à poursuivre, sur une base contractuelle, l'amélioration de leurs pratiques commerciales. A ce titre, différentes initiatives positives ont été lancées, comme la recommandation qui a reçu un avis favorable de la commission d'examen des pratiques commerciales le 2 octobre 2002 et qui préconisait une stabilisation des marges arrière ainsi qu'une modération tarifaire.

La présente circulaire se substitue, d'une part, à la circulaire du 10 janvier 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises (dite circulaire Scrivener) à l'exception de la liste des produits périssables, d'autre part, à la circulaire du 22 mai 1984 relative à la

transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises (dite circulaire Delors).

1. LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE

Les conditions générales de vente doivent être le point de départ de toute négociation entre un fournisseur et un distributeur, qui pourra donner lieu ensuite à des conditions particulières.

Les conditions générales de vente sont établies par le fournisseur qu'il soit producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, conformément au principe de transparence qui préside aux relations entre fournisseurs et acheteurs ; elles visent à informer l'acheteur préalablement à toute transaction du barème de prix et des conditions de vente du vendeur et constituent le cadre de la négociation commerciale ; 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. C'est pourquoi, et 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 TGI Evry 21 janvier 1992, Min. Eco. c/SA Panification Mellot).

Un fournisseur qui accepterait de substituer des conditions d'achat abusives, souvent qualifiées à tort de conditions générales d'achat, à ses conditions générales de vente, pourrait s'exposer 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 ».

D'autre part, le fait d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliqueraient une renonciation par le fournisseur à ses conditions générales de vente pourrait 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.

Ainsi les fournisseurs ont tout intérêt à établir des conditions générales de vente le plus détaillées possible, intégrant notamment davantage d'éléments qualitatifs. En outre, elles ne doivent pas comporter de clauses qui traduisent un abus de dépendance ou de puissance de vente, de même que les conditions d'achat 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.

1.1. 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 (en sont exclus les services sur devis). 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 et qui ne sont pas placées sur le même marché, c'est-à-dire qui ne sont pas en concurrence entre elles. Dans ce cas, l'obligation de communication du barème ne porte que sur les prix applicables aux acheteurs qui appartiennent à la catégorie concernée et qui en ont sollicité la communication.

La durée de validité de ces barèmes de prix est fixée librement.

1.2. Les conditions de vente

Elles doivent faire apparaître :

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'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6. »

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

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

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

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

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

Ces dispositions s'appliquent « aux pénalités de retard afférentes à des créances et dettes nées entre la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et le 31 décembre 2004 » (loi de finances rectificative pour 2002, article 20).

Enfin, le vendeur peut consentir un escompte pour paiement comptant ou à une date antérieure à celle résultant des conditions générales de vente, qui, dès lors qu'il est proposé à tous les acheteurs, doit être mentionné dans les conditions de règlement.

Les rabais et ristournes

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 ristournes, ainsi que les conditions dans lesquelles elles sont consenties doivent figurer dans les conditions générales de vente.

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 revanche, cette obligation ne s'applique pas aux demandes d'un fournisseur concurrent (CA Versailles 3 avril 1997, SA Vertumne c/SA Martin baron).

Les escomptes

Concernant la mention de l'escompte sur facture, il convient de distinguer deux règles :

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

Cette mention formelle mais obligatoire est destinée à inciter à une réduction des délais de paiement entre entreprises. Si un vendeur ne souhaite pas octroyer d'escomptes pour paiement anticipé, une mention 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 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 seuil de revente à perte (cf. note 1) .

Les conditions générales de vente constituent le cadre de la négociation commerciale ; elles ont vocation à être appliquées dans les mêmes conditions à tous les acheteurs en concurrence sur un marché. Toutefois, elles ne font pas obstacle à ce qu'une différenciation soit réalisée pour prendre en compte une situation particulière, dans les conditions exposées ci-après.

2. LA DIFFÉRENCIATION TARIFAIRE EST POSSIBLE

SANS TOMBER DANS LA DISCRIMINATION ABUSIVE

Il n'est pas interdit à l'acheteur de négocier ses conditions d'achat avec le vendeur conduisant ainsi à s'éloigner des conditions générales de vente (a). Toutefois, d'une part, le vendeur n'est pas tenu d'accepter les demandes particulières de l'acheteur (b), d'autre part, le traitement différencié qui en résulte doit être justifié par une contrepartie (c).

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

1° 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 ou des escomptes différenciés. Il peut s'agir également d'engagements fermes et irrévocables d'achats prédéterminés sur des quantités fixées par avance (cf. note 2) .

De plus, la diversité des situations dans lesquelles sont placés les acheteurs justifie qu'un vendeur établisse des conditions générales de vente différenciées selon les catégories d'acheteurs. Ainsi, un grossiste et un détaillant peuvent se voir proposer des conditions de vente différentes ; par suite, la communication des conditions générales de vente est réservée aux seuls destinataires concernés ;

2° En outre, la différenciation tarifaire peut résulter de la négociation de conditions particulières de vente, c'est-à-dire se démarquant des conditions générales de vente du fait de la spécificité de la relation commerciale. Au rang de ces conditions figurent les remises « qualitatives » 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 un fournisseur pourra en fonction de la négociation commerciale, et dans le respect des règles de facturation, sans commettre d'abus, soit attribuer une remise arrière, soit une remise sur facture. Ce n'est pas le mode d'imputation de la remise (sur la facture de vente du produit ou hors facture) qui pourra être source de discrimination abusive mais éventuellement le montant des avantages tarifaires consentis si ceux-ci s'avéraient dénués de justification objective. En ce cas, il est recommandé aux parties d'établir une convention définissant les réductions tarifaires qui figureront sur les factures de vente des produits.

Les critères objectifs qui président à la négociation des conditions particulières de vente et qui sont susceptibles de justifier d'un écart de tarif entre les clients sont communicables à tout acheteur qui sollicite le bénéfice de conditions comparables. En revanche, les accords particuliers eux-mêmes ne sont pas soumis à l'obligation de communication prescrite par l'article L. 441-6 du code de commerce.

Les réductions de prix qui ont fait l'objet d'une négociation au titre d'une condition particulière de vente sont portées sur la facture de vente du produit ou de la prestation de service dès lors qu'elles sont acquises au jour de la vente et directement liées à l'opération de vente, que leur règlement soit différé ou non.

b) Le vendeur n'est pas tenu de satisfaire à des sollicitations de l'acheteur exorbitantes de ses conditions générales de vente. En effet le fait de consentir de tels avantages peut le conduire 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. 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.

c) Négocier des conditions particulières de vente n'est pas constitutif d'un abus si tout acheteur proposant les mêmes conditions d'achat peut bénéficier des mêmes avantages

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, deuxième alinéa, du même texte (cf. note 3).

3. LA COOPÉRATION COMMERCIALE

3.1. Définition

La coopération commerciale est un contrat de prestation de service dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un fournisseur et un distributeur. Le contenu de ce contrat porte sur la fourniture, par un distributeur à son fournisseur, de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et ventes (Cass. Com., 27 février 1990). Les accords de coopération commerciale ne doivent donc pas interférer avec les clauses des conditions générales de vente du fournisseur, par exemple en matière de délais de paiement, sauf si ces dernières constituent un abus de puissance de vente.

Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur, 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 février 2000), ainsi que la promotion publicitaire (Cass. crim., 15 octobre 1996).

Compte tenu de la définition même de la coopération commerciale, il convient de considérer que les services rendus par le distributeur liés à l'opération d'achat des produits auprès du fournisseur relèvent des conditions de vente du fournisseur, par suite, de tels services ne relèvent pas de la coopération commerciale mais doivent donner lieu à des réductions de prix.

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 février 2000).

3.2. Règles de forme

Les services rendus au titre de la coopération commerciale doivent donner lieu à une facture satisfaisant aux obligations de l'article L. 441-3 du code de commerce. Déduire la coopération commerciale des factures d'achat de produits par voie de compensation sans consentement écrit des fournisseurs est illicite (TGI Strasbourg, 16 mars 1999).

Ces services doivent satisfaire au formalisme prévu par l'alinéa 5 de l'article L. 441-6 du code de commerce et faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire, établi avant la fourniture du service et détenu par chacune des deux parties.

En outre, il découle de l'article L. 441-3 susvisé que la facture de coopération commerciale doit comporter la dénomination exacte et le prix des services rendus. Ceci implique que le

contrat de coopération commerciale doit permettre d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus, ainsi que les dates de réalisation de ces services, afin que la correspondance entre ce contrat et la facture du distributeur puisse être établie (CA Paris, 29 juin 1998 ; TGI Lille, 14 décembre 2001).

3.3. Pratiques abusives relevant du droit civil

Les accords de coopération commerciale ne doivent pas être générateurs de discriminations ou d'abus.

Toute demande de rémunération au titre de la coopération commerciale doit correspondre à un service effectivement rendu afin de ne pas placer le fournisseur en situation d'accorder à un client des avantages discriminatoires, c'est-à-dire dépourvus de contrepartie réelle ou portant sur un service fictif. 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 notamment s'apprécier au regard des éléments suivants : variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique, diminution sensible et injustifiée de la consistance de la prestation prévue au contrat, participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt n'est pas avéré....

Aux termes 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 prévisions du texte.

4. LA POLITIQUE DE CONTRÔLE

Une attention particulière sera portée aux points suivants conduisant à ce que :

- les services effectivement rendus par l'acheteur mais qui ne relèvent pas de la coopération commerciale au sens de la définition donnée par la présente circulaire soient rémunérés par des réductions de prix relevant des conditions de vente du fournisseur ;
- les services dépourvus de contrepartie disparaissent et que les contrats prévoyant des services faisant l'objet d'avantages manifestement disproportionnés soient rééquilibrés ;

- le formalisme des contrats et des factures de coopération commerciale soit scrupuleusement respecté ;

- le transfert des marges arrière vers les marges avant intervienne de façon progressive, afin de ne pas déstabiliser le marché.

Le non-respect de ces règles conduira les pouvoirs publics à saisir les juridictions compétentes, notamment sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Les différences de traitement des partenaires économiques qui pourraient résulter du transfert progressif et négocié d'une partie de la marge arrière vers la marge avant seront appréciées au regard des efforts consentis pour réduire lesdites marges arrière et dans le respect des dispositions de l'article L. 442-6 (I, 2°, b) relatives à l'abus de dépendance ou de puissance d'achat. A cet égard, les services de contrôle admettront qu'un fournisseur propose à son client un tarif de vente minoré à hauteur de la réduction de marge arrière que les cocontractants seront convenus de mettre en oeuvre. En pareil cas, ils considéreront qu'il n'y a pas discrimination abusive dès lors que la différenciation tarifaire sera l'exacte contrepartie de la réduction de la marge arrière.

En revanche, les services de contrôle feront une stricte application des dispositions du livre IV du code de commerce s'ils viennent à constater qu'après le transfert de marge susvisé tout ou partie de la marge arrière transférée a été reconstituée ou que des avantages compensatoires ne s'imputant pas sur la facture de vente des produits ont été mis en place (1). Dans l'application de l'article L. 442-6 (I, 2°, a), ils tiendront compte de l'existence éventuelle de nouveaux services de coopération commerciale, réels et justifiés.

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

Un examen des conditions de mise en oeuvre de la présente circulaire sera réalisé durant une période d'application de dix-huit mois.

Renaud Dutreil

(1) Une attention particulière sera également portée à cette occasion aux modifications tarifaires apportées par les fournisseurs.