

LES OBSCURES LUMIÈRES DE LA TRANSPARENCE TARIFAIRE À propos de la circulaire "Dutreil" du 16 mai 2003 sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs - Etude par Daniel MAINGUY par Jean-Michel VERTUT

Document: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, 2 Octobre 2003, 1395

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, 2 Octobre 2003, 1395

LES OBSCURES LUMIÈRES DE LA TRANSPARENCE TARIFAIRE - . - À propos de la circulaire "Dutreil" du 16 mai 2003 sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs

Etude par Daniel MAINGUY Agrégé des Facultés de droit, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

par Jean-Michel VERTUT Avocat au Barreau de Montpellier, Chargé d'enseignement à la Faculté de droit

[Accès au sommaire](#)

La circulaire Dutreil du 16 mai 2003, relative à la négociation commerciale entre fournisseurs, traite des conditions générales de vente, de la négociation tarifaire et de la coopération commerciale dans un esprit profondément renouvelé. Texte inabouti et sans doute de transition, il permet toutefois de s'interroger sur les conditions d'une réglementation appropriée des pratiques commerciales et tarifaires.

1.

1. - 1 - Le droit de la concurrence français présente cette particularité de disposer d'un corps de règles intéressant la police des prix et des relations contractuelles entre les producteurs et les distributeurs, entendons les "grands distributeurs". Il s'agit là de l'une des questions les plus usuelles des relations commerciales, des plus techniques aussi, empreintes d'un vocabulaire complexe qui tend au jargon, et en même temps des moins connues des juristes et de la doctrine française. La raison de ce désintérêt est sans doute à identifier dans la technicité de ces règles, situées aux confins du droit des affaires, entre droit de la concurrence et droit de la consommation, droits fiscal et comptable et des règles spéciales du droit des contrats et en même temps à l'implication économique et pratique que leur connaissance suppose. Ce débat s'inscrit pourtant dans une dynamique communautaire contemporaine, que ce soit avec le projet de Règlement sur la promotion des ventes publié en 2002, qui invite à la suppression de l'infraction de revente à perte, ou bien le récent projet de directive cadre en matière de pratiques commerciales déloyales qui fait suite au Livre vert publié en 2001.

2. - Cette réglementation est déjà ancienne. L'ordonnance du 30 juin 1945 et les articles 37 et 42 de la loi Royer du 27 décembre 1973 proposaient des règles prohibant, pénalement, les discriminations et imposant aux fournisseurs la communication de leurs conditions de vente. Ces règles avaient été considérablement modifiées et enrichies en 1986, jusqu'à identifier un corps de règles nouveau dit de la "transparence tarifaire" ^{Note 1} particulièrement technique et de compréhension difficile, à la croisée du droit commun des contrats et du droit de la concurrence ^{Note 2}. Pour cette raison, mais aussi du fait d'une tendance récurrente et tenace de l'État à s'occuper de tout, via une administration de la concurrence très présente, bien des ministres en charge du portefeuille du commerce et de l'industrie se sont attelés à rédiger des circulaires faisant part de leur interprétation de ces règles, dans un sens qui fut pendant très longtemps très favorable à la grande distribution, vecteur d'une croissance importante. Ce fut le cas en 1960, avec la circulaire Fontanet, puis avec la circulaire Scrivener du 10 janvier 1978 ^{Note 3} où étaient déjà stigmatisées les conditions générales de vente et de services et la coopération commerciale, la circulaire Delors du 18 mai 1984 ^{Note 4} qui préfigurait les termes de l'ordonnance de 1986. Depuis, la loi du 1er juillet 1996, la loi NRE du 15 mai 2001 mais aussi, entre-temps, la codification du Code de commerce en 2000, ont bouleversé ces règles. C'est dans ces conditions qu'une nouvelle circulaire a été adoptée, la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs ^{Note 5}. Annoncée depuis près d'un an, via un projet de circulaire ^{Note 6} qui avait été soumis à la toute neuve Commission d'examen des pratiques commerciales, laquelle avait rendu un avis favorable le 2 octobre 2002 pourtant demeuré discret, cette circulaire est censée présenter les nouvelles règles du jeu en la matière. Elle abroge d'ailleurs les circulaires Scrivener de 1978 et Delors de 1984. Bien sûr, une circulaire fait bien pâle figure ^{Note 7} normative dans le concert légistique de la matière : elle propose cependant aux fonctionnaires de la DGCCRF les conditions des enquêtes et des poursuites qu'ils diligenteront. Pour cette raison, comme en matière fiscale, le poids de ces circulaires est important. Les acteurs du secteur ne peuvent l'ignorer, même si elle n'est d'aucune valeur juridique, spécialement dans les relations nouées entre opérateurs privés.

3. - 2 - Rappelons rapidement par ailleurs le contexte juridique dans lequel la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 a été adoptée. La loi "Galland" du 1er juillet 1996 avait eu pour principal objet de réécrire le texte de l'article 32 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prohibe pénalement la revente à perte (désormais C. com., art. L. 443-2). Avant 1996, ce texte établissait un seuil de revente à perte présumé équivalent au prix porté sur la facture d'achat d'un revendeur. Tous les efforts des acteurs du secteur se concentraient sur la rédaction de la facture, au risque de transformer les juristes en "facturologues" ^{Note 8}. Les règles en la matière étaient en effet particulièrement complexes, imposant la mention sur facture des avantages proposés dans les conditions générales de vente, elles-mêmes largement réglementées, distinguant entre les réductions de prix, entre les réductions inconditionnelles portées sur les factures et les réductions conditionnelles, hors facture. Ces dernières comprenaient à la fois les ristournes insérées dans les conditions générales de vente et la rémunération des contrats de coopération commerciale, ce que l'on baptise aujourd'hui "marge arrière". Le seuil de revente à perte était donc soumis à de larges variations en fonction des mentions sur facture et des mentions hors facture dont on cherchait à prouver qu'elles s'imputaient sur le seuil présumé de revente à perte, faisant s'arracher les cheveux aux juges. La loi de 1996 avait bloqué le calcul du seuil de revente à perte, désormais équivalent au prix porté sur la facture, sans aucune possibilité de variation. Les fameuses "marges arrière" ne pouvaient donc plus constituer un argument de vente à bas prix par certains distributeurs ni un réservoir de justification à des reventes à perte.

4. - Économiquement, ces "marges arrière" correspondent à toutes les réductions de prix et tous les avantages pécuniaires, secrets ou non, perçus postérieurement à la vente selon des périodicités variables, dont la rémunération de la coopération commerciale, et qui déterminent le prix "net" théorique final de l'acheteur, théorique puisque l'existence d'une marge arrière ne signifie pas pour autant une diminution du prix de revente au détail. Elles constituent l'incubateur idéal de l'opacité tarifaire et des discriminations, et

s'accompagnent dans un grand nombre de cas de violations évidentes des règles en matière d'établissement des factures. Inversement, les "marges avant" sont bien plus transparentes : inconditionnelles, elles apparaissent sur la facture et diminuent d'emblée le seuil de revente à perte. Les fournisseurs, y compris ceux du monde agricole, ont très tôt pris conscience de la gravité du phénomène et du glissement de la négociation commerciale transparente à partir de l'étalon des conditions générales de ventes, vers les marges arrière toutes catégories confondues, dont la négociation allait se réaliser à huis clos, hors conditions générales de vente, et dont les contreparties allaient parfois être très discrètes ^{Note 9}. Ces pratiques, ainsi que les Assises de la distribution qui se sont tenues le 13 janvier 2001, ont été le point de départ d'une réflexion sur l'existence de ces marges arrière, alors que depuis la loi Galland de 1996, les opérateurs avaient, dans le cadre des négociations annuelles sur les prix, à choisir entre, d'une part, la relative transparence procurée par les marges avant qui assurent une plus grande liberté dans la fixation des prix de revente et, d'autre part, l'opacité tarifaire que produisent les marges arrière avec l'inconvénient de limiter la possibilité de limiter le prix de revente. Sauf à vouloir imaginer que les fournisseurs sont les instigateurs de l'augmentation de ces marges arrière, alors surtout que cela résulte de l'inadaptation de leurs barèmes tarifaires, les distributeurs, demandeurs de marges arrière, surtout les plus secrètes, ont été pris au piège de leurs anciennes habitudes. Certains se sont même plaints de ne pas être en mesure de faire bénéficier les consommateurs de plus amples réductions de prix en raison du frein porté à la compétition tarifaire engendrée par l'arsenal juridique précité.

5. - 3 - La circulaire Dutreil intervient alors dans un contexte médiatique où le bilan de la loi Galland est critiqué pour ces raisons : la rigidité du seuil de revente à perte serait à l'origine de l'envolée des marges arrière, raccourci qui prête à discussion. Sans doute, l'impossibilité d'imputer ces marges arrière sur les prix de revente, puisqu'elles n'apparaissent pas sur la facture, empêche que, sur certains produits fortement concurrencés, une compétition par les prix au consommateur se développe véritablement entre distributeurs, mais rien n'interdisait une "remontée des marges arrière" vers les "marges avant", dans la mesure où leur volume est pour l'essentiel le résultat de négociations initiées par les distributeurs eux-mêmes. Cette rigidité se double précisément de celle des conditions de la négociation commerciale que le droit de la concurrence impose. Rappelons en effet, que cette négociation se fonde sur le principe selon lequel toute discrimination, entendons toute différenciation contractuelle ou tarifaire, est une faute présumée dont son auteur, le producteur, doit se défendre ^{Note 10}. La publicité généralisée de ses conditions générales de vente (C. com., art. L. 441-6), rassemblant ses conditions contractuelles, ses tarifs et surtout ses barèmes de remises et ristournes sièges de ces discriminations supposées, est alors imposée par l'obligation de communiquer ces conditions à tout acheteur qui en fait la demande. Le même système prévaut en principe pour les "prestations de services" mais la circulaire les ignore bizarrement. Surtout la notion de "négociation annuelle", pratique largement répandue mais inconnue du droit de la transparence tarifaire jusqu'ici sinon par certains accords collectifs, est désormais consacrée.

6. - 4 - La circulaire Dutreil invite donc à la réconciliation de la loi, souvent pénale, avec les pratiques commerciales, même si le défi est particulièrement difficile à relever, précisément en raison de la nature de cette loi. Le propos introductif de la circulaire établit clairement son objectif : "les éléments qui suivent ont 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", mais poursuit : "ils précisent en outre la définition de la coopération commerciale ; ce faisant ils poursuivent un objectif de réduction négociée de ces marges arrière". Par ailleurs, les partenaires économiques sont invités "à poursuivre, sur une base contractuelle, l'amélioration de leurs pratiques commerciales". C'est le fil d'Ariane que nous suivons étant entendu que, au départ, le propos est exactement inverse : à partir du constat que les niveaux de marge arrière sont trop importants, il convient de les transférer en marge avant, ce qui suppose de limiter la définition de la coopération commerciale et enfin de proposer un réceptacle

juridique de ces masses financières. En pratique alors, il conviendra de s'orienter vers une différenciation tarifaire (1), de tenir compte de la définition de la coopération commerciale (2) de façon à assurer le transfert négocié des marges arrière (3).

2. 1 - Vers la différenciation tarifaire

7. -

8. - 5 - "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" ^{Note 11} : la formule constitue le point de départ du raisonnement de la circulaire. En effet, et comme elle le rappelle d'ailleurs dans un louable souci pédagogique, les conditions générales de vente sont établies en application du principe de transparence tarifaire. Il s'agissait, au départ, de donner corps à la règle érigeant en faute les discriminations, imposée par l'article 36-1° de l'ordonnance de 1986, devenu l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce. Or, ces discriminations tarifaires ou contractuelles faisaient l'objet de sanctions pénales sous l'empire de l'ordonnance de 1945. On parlait en 1986 de "dépénalisation" du droit de la concurrence dont l'article 36 constituait l'exemple type, oubliant que les règles subséquentes de la transparence tarifaire demeuraient affectées de sanctions pénales importantes. Notamment, l'article L. 441-6 du Code de commerce (ex. Ord. 1er déc. 1986, art. 33, al. 1er) impose la communication des conditions générales des producteurs aux distributeurs qui en font la demande, l'article L. 441-3 impose des règles strictes de facturation... La circulaire commente certaines de ces dispositions, mais son lecteur demeure sur sa faim, tant en raison des incertitudes et parfois les inquiétudes qu'elle suggère s'agissant de l'existence (A), du contenu (B), de la hiérarchie et de la multiplicité des conditions générales de vente (C).

A. - A - Les incertitudes tenant à l'existence des conditions générales de vente

9. -

10. - 6 - L'existence même des conditions générales de vente est un problème qui s'est toujours posé. La circulaire Scrivener de 1978 précisait cette exigence de façon indirecte : "Le revendeur doit pouvoir s'assurer qu'il n'est pas victime de discrimination de la part d'un fabricant : la loi lui donne le moyen de se faire communiquer, s'il en formule la demande, les barèmes de prix et les conditions de vente du producteur. Il est donc nécessaire que les barèmes et toutes les conditions de vente des producteurs soient stipulés par écrit dans un document prêt à être communiqué au revendeur" et l'administration économique avait toujours martelé cette exigence avec force ^{Note 12}. Or, le texte de l'article L. 441-6 du Code de commerce est ambigu. Il impose, pénalement, la simple communication des conditions générales de vente mais sans exiger l'existence de telles conditions de vente et, a fortiori, sans exiger d'écrit. La Cour de cassation s'était prononcée dans un arrêt du 18 février 1994 ^{Note 13} : elle avait simplement imposé l'obligation de communication des conditions de vente, de sorte qu'on pouvait en déduire que l'existence des conditions n'était pas obligatoire, seule leur communication l'était. Bien entendu, pour pouvoir communiquer des conditions de vente, encore faut-il qu'elles existent, mais on ne peut en déduire que l'existence des conditions de vente est imposée et leur absence sanctionnée pénalement. La circulaire tente peu habilement

de contourner l'obstacle en indiquant que, selon l'arrêt du 18 février 1994, il en résulte que l'absence d'existence par écrit des conditions de vente "peut constituer une présomption de discrimination". Or, c'est la doctrine administrative qui avait proposé un tel rapprochement sur la base de décisions de première instance comme celui du TGI d'Évry du 21 janvier 1992 ^{Note 14} cité par la circulaire ^{Note 15}, alors même que ces décisions se contentent, comme l'arrêt de 1994, d'imposer une communication des conditions de vente à un fournisseur ne disposant pas de conditions écrites. Or, le texte de l'article L. 441-6 du Code de commerce ne l'impose pas et aucune décision n'a, à notre connaissance, explicitement affirmé que le fait de ne pas disposer de conditions générales était constitutif d'une discrimination. Par ailleurs, la circulaire se contredit quelques lignes plus loin en affirmant que "l'établissement d'un barème de prix n'est pas obligatoire". L'interprétation retenue par la circulaire est donc particulièrement volontariste, même si la formule utilisée limite sa portée. Bien des entreprises ne disposent pas de conditions générales de vente parce qu'aucun client ne leur a jamais demandé de les communiquer. Si la prudence commande de disposer de telles conditions générales de vente, rien ne l'impose.

B. - B - Les incertitudes tenant au contenu des conditions générales de vente

11. -

12. - 7 - Le contenu des conditions générales de vente qui doivent être communiquées est également largement détaillé. La circulaire indique que "les fournisseurs ont tout intérêt à établir des conditions générales de vente les plus détaillées possible, intégrant notamment davantage d'éléments qualitatifs". C'est un vœu pieu si l'on s'en tient aux exigences légales. Ce qu'on appelle par commodité de langage "conditions générales de vente" rassemble en effet plusieurs documents : les conditions de vente contractuelle, les tarifs et, s'ils existent, les barèmes de remises et ristournes. La plus grande partie des informations qu'on trouve traditionnellement dans les conditions contractuelles, conditions de garantie, de livraison, clause de réserve de propriété... n'est donc pas inscrite dans le champ d'application de l'obligation de communication. Le contenu obligatoire des conditions contractuelles de vente porte sur les conditions de règlement : conditions de paiement, moment du paiement, existence de pénalités de retard, d'escompte pour paiement anticipé... On attendait des précisions sur les nouvelles dispositions insérées par la loi NRE du 15 mai 2001. Celles-ci ont en cette matière prévu un délai supplétif de paiement, fixé à 30 jours à compter de la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, et un nouvel alinéa 7° à l'article L. 442-6, I, du Code de commerce prévoit que le fait de soumettre un partenaire économique à des conditions de règlement manifestement abusives ne respectant pas les conditions générales de vente, constitue une faute. Or, la circulaire se borne à répéter la lettre de ces textes, sans les commenter.

C. - C - Les incertitudes tenant à la hiérarchie et la pluralité des conditions générales de vente

13. -

14. - 8 - Plus grave, la circulaire nourrit également quelques incertitudes sur la place des conditions générales de vente dans la négociation de celles-ci. La seconde partie de la circulaire, courte mais dense, s'annonce comme un slogan : "la différenciation tarifaire est possible sans tomber dans la discrimination

abusive". C'est sans doute l'un des points les plus novateurs de la circulaire qui se prononce sur la question clé des négociations entre producteurs et distributeurs. Le principe de départ, tel qu'on pouvait le déduire des textes existant en 1986 reposait sur un agencement complexe. La transparence de l'offre, organisée par la publicité des conditions générales de vente, non négociables en principe, réserve une portion congrue aux conditions particulières, négociées, de vente appelées communément "contrat de coopération commerciale" (cf. infra). Le mécanisme légal aboutissait ainsi à une certaine rigidité de la négociation et à sa formalisation : aux conditions générales de vente, publiques, répondent éventuellement, les conditions particulières de vente, rares, secrètes et écrites et portant sur un objet précis, des "services spécifiques". Telle était, du moins la conception que la doctrine avait retenue, suivant en cela les vœux des différentes circulaires en la matière. On considérait donc que, en raison du principe de non-discrimination, tout élément de différenciation, notamment par le jeu d'une négociation, des conditions générales de vente imposait une modification de ces conditions générales, à moins de se trouver dans le cadre de l'exception constituée par les contrats de coopération commerciale. Cette interprétation particulièrement rigide était un peu tempérée depuis une dizaine d'année mais demeurait très largement retenue ^{Note 16}. Or, la circulaire retient précisément l'interprétation inverse, par une conception extensive et donc osée en raison du principe d'interprétation stricte de la règle pénale - de la négociabilité des conditions générales de vente : celles-ci pourraient être négociées, sans aboutir à la conclusion de contrat de coopération commerciale, sous la réserve de ne pas produire de discrimination. Cette interprétation modifie alors substantiellement la conception jusqu'ici retenue s'agissant tant de la hiérarchie des conditions que de leur pluralité.

1° 1° La hiérarchie des conditions de vente

15. -

16. - 9 - Le mécanisme des articles L. 441-6 et suivants du Code de commerce présente un élément de rigidité très important : tout distributeur doit pouvoir disposer des conditions générales de vente d'un fournisseur de façon à assurer l'objectif de transparence tarifaire, ce qui implique le respect d'un principe d'intégrité des conditions de vente. Précisions alors que l'on évoque ici, par les termes "conditions de vente", les barèmes de remises et de ristournes. Les conditions de vente communiquées à l'un doivent être identiques à celles communiquées à l'autre, sauf à constituer une discrimination. La circulaire rappelle cette règle, mais en exergue de son premier point : "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". La prépondérance des conditions générales de vente est donc, même faiblement, réaffirmée. Cette prépondérance s'observe sur les "conditions particulières de vente", elles-mêmes distinguées des contrats de coopération commerciale. En revanche, pas un mot sur les conditions générales de services pouvant émaner des distributeurs. Or, classiquement, le mécanisme imposé, pénalement rappelons-le, par les articles L. 441-6 et suivants du Code de commerce peut être présenté ainsi. Des conditions générales de vente doivent comprendre toutes les informations tarifaires concernant la vente. Inversement, les informations concernant des services doivent faire l'objet d'autres documents, c'est-à-dire des conditions générales de services émanant du vendeur et matériellement confondues avec les conditions générales de vente ou émanant de l'acheteur qui agit à cette occasion comme un prestataire de services, ou des conditions particulières de services, ayant pour objet des "services spécifiques", c'est-à-dire ce qu'on appelle des contrats de coopération commerciale. Nulle part n'apparaît donc l'idée de conditions particulières de vente qui seraient tout à la fois distinctes des conditions générales de vente et des contrats de coopération commerciale, en ce qu'elles ne porteraient pas nécessairement sur des "services spécifiques". Restent alors, les conditions générales d'achat. Or, celles-ci, usuellement observées dans les relations producteurs distributeurs, ne font l'objet d'aucune réglementation particulière. La présence des conditions générales d'achat est donc de nature à contourner les règles de la transparence tarifaire, pour autant qu'elles soient opposables au vendeur en application des règles de droit commun (cf. C. com., art. L.

621-122, al. 2). C'est la raison pour laquelle tous les observateurs s'accordaient pour reconnaître que, s'agissant des informations réglementées, les contrats de vente ne peuvent pas se fonder sur les conditions générales d'achat ^{Note 17}, ce que rappelle d'ailleurs la circulaire. Cette conception traduit l'interprétation stricte plus haut rappelée des articles L. 441-6 et suivants, dans laquelle aucune place ne paraît faite pour des "conditions particulières de vente" pourtant particulièrement décrites par la circulaire. Leur existence, en revanche, prend tout son sens si on retient une interprétation large de ces textes : les conditions particulières de vente sont des conditions générales différenciées selon les catégories d'acheteurs voire selon les acheteurs eux-mêmes, ce que la pratique réalise depuis longtemps. Mais alors, cette interprétation remet en cause la prépondérance des conditions générales de vente, invite à la négociation de celles-ci, donc bouscule les règles hiérarchiques en la matière et, partant, justifie leur pluralité.

2° 2° La pluralité des conditions de vente

17. -

18. - 10 - "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". L'affirmation n'est pas nouvelle. Déjà, une note de service du 5 mai 1995 affirmait que : "Dans le respect de ces dispositions, il est possible de différencier entre les opérateurs économiques lorsque la diversité des conditions générales de vente est justifiée par la différence de situation" de même qu'une lettre de la DGCCRF du 4 novembre 1994 ^{Note 18}. Ce faisant, ces interprétations administratives contredisaient la circulaire Delors de 1984 qui, au contraire, indiquait que : "il est indispensable que tout avantage particulier bénéficie dans les mêmes conditions aux autres clients du fournisseur qui doit modifier en conséquence ses conditions générales de vente". Le nouveau système permet alors d'envisager trois hypothèses. 11 - a) Unicité de conditions générales de vente. Le principe de la différenciation tarifaire emprunte d'abord une voie traditionnelle aboutissant à élaborer des grilles tarifaires englobant toutes les hypothèses rencontrées par les acheteurs d'un fournisseur, en un seul document. Deux points évoqués par la circulaire répondent à cet objectif peu original. C'est le cas de conditions générales de vente particulièrement détaillées : un barème de remises et ristournes peut envisager nombre de situations différentes, tenant à l'existence de modalités de livraison, de stockage, de conditionnement, de transport et de logistique plus largement, de règlement, d'escompte, etc. Cette situation ne pose pas de difficulté : elle correspond à la pratique des "remises de fonction", remises dite qualitatives. De façon un peu plus précise, il s'agit de "services non détachables de la vente" pour reprendre le vocabulaire que la circulaire utilise pour identifier la coopération commerciale. Elle veut signifier par là sans doute que ce qu'on appelle la "fausse coopération commerciale", c'est-à-dire des réductions de prix et des rémunérations qui ne correspondent pas véritablement à des services de coopération, doit désormais figurer dans les conditions particulières de vente. C'est également le cas de l'existence "d'engagements fermes et irrévocables d'achats prédéterminés sur des quantités fixées par avance", des sortes de commandes fermes anticipées : le prix est donc dû dès le départ et les réductions correspondantes sont immédiatement chiffrables. 12 - b) Pluralité de conditions générales de vente. La circulaire évoque ensuite le fait que "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". Cette possibilité reconnue de disposer de plusieurs types de conditions générales de vente est, en pratique, fondamentale dès lors que l'on permet de différencier selon la qualité des acheteurs, selon qu'ils apparaissent comme des grossistes, des détaillants, un réseau de distribution, une grande surface spécialisée, une grande surface déspecialisée, un vendeur par correspondance, un revendeur français ou à l'export, etc., et même de faire valoir des sous-distinctions, les hypermarchés, les supermarchés et les superettes par exemple au sein de la grande distribution déspecialisée. Cette conception est un pas important dans le sens de la différenciation tarifaire et par là même dans le sens d'une nouvelle interprétation des règles de la transparence tarifaire. On s'attendait alors à des précisions importantes par la circulaire. Or, la circulaire ne fait pas référence au "marché" sur lequel opère l'acheteur,

au sens par exemple de l'article L. 420-1 du Code de commerce, préférant une approche plus pragmatique destinant ces conditions générales à des "catégories" d'acheteurs, terme sans réelle signification juridique Note 19. Des précisions apparaissent par défaut, lorsque la circulaire évoque les conditions de validité de la différenciation (point 2. c) : "négociation des conditions particulières de vente n'est pas constitutive d'un abus si tout acheteur proposant les mêmes conditions d'achat peut bénéficier des mêmes avantages". Même si la suite du paragraphe n'explicite pas cette phrase en ce sens, on peut l'interpréter comme validant des types de conditions générales de vente établies par secteur, par marché. Cette interprétation est par ailleurs en conformité avec les principes de la prohibition des discriminations : celles-ci sont abusives lorsqu'elles emportent un "avantage ou un désavantage dans la concurrence". Dès lors par conséquent que deux acheteurs sont placés sur deux marchés distincts, ils sont dans une situation différente qui autorise une différenciation tarifaire. Mais tous les acheteurs qui appartiennent à un même marché doivent en principe bénéficier du même type de conditions, à moins que l'on tende vers la pluralité des conditions particulières.13 - c) Pluralité de conditions particulières de vente. Le mécanisme évoqué par la circulaire permet de franchir un pas supplémentaire et de considérer que, même au sein d'un marché considéré, la "négociation" des conditions de vente, permet d'établir des conditions particulières de vente par client, par acheteur, des "conditions X", des "conditions Y", établies sur la base des conditions générales du secteur, et sans discrimination. Cette formule est alors radicalement différente de la précédente car elle aboutit à nier l'existence de conditions générales communiquées à tout acheteur placé dans les mêmes conditions, ces dernières devenant des modèles négociés qui ne s'appliquent plus en tant que tels ou alors de façon marginale, au profit de conditions particulières réservées à l'un ou l'autre, dans une opacité contraire au principe affiché, et que revendique la circulaire qui affirme que "les accords particuliers eux-mêmes ne sont pas soumis à l'obligation de communication". La circulaire décrit ici et valide les pratiques existantes pourtant considérées comme illégales sur le fondement des règles des articles L. 441-6 et suivants. Le péché est véniel pour la circulaire dans la mesure où ces règles laissent la place à une autre interprétation et car la transparence se fraie un passage à travers l'obligation de communiquer la méthode de négociation : "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". Ceux-ci doivent être communiqués à celui qui bénéficie de "conditions comparables". Il paraît évident qu'on est là au cœur du dispositif choisi par la circulaire. On se serait alors attendu à quelques précisions sur ces méthodes, sur ces "critères objectifs". Comment l'acheteur pourra-t-il savoir que les conditions générales sont négociables et faudra-t-il l'informer de cette "négociabilité" ? Faudra-t-il l'informer de l'existence de négociations et de leurs résultats ? Les critères objectifs qui seront, a priori, des critères qualitatifs pourront-ils être des critères quantitatifs ? Qui pourra en pratique demander la communication de ces critères ? La circulaire propose donc un changement radical d'interprétation des règles de transparence tarifaire en choisissant une conception extensive de la négociabilité des conditions, dont le paroxysme réside dans la reconnaissance des conditions particulières de vente. Le risque est de supplanter l'exigence de transparence par une simulation de concurrence. Plus simplement, le but est évidemment d'offrir une place pour un transfert des "marges arrière", ce qui suppose une définition de la coopération commerciale.

3. 2 - La limitation de "la coopération commerciale"

19. -

20. - 14 - Le propos de la circulaire n'est pas précisément de limiter la coopération commerciale. Il résulte cependant de ses termes s'agissant de sa définition (A), de sa validité (B) et de sa formalisation (C).

A. - A - Définition de la coopération commerciale

21. -

22. - 15 - La notion de "coopération commerciale" est, pour le profane, une notion particulièrement floue ^{Note 20} : à bien des égards, tout contrat est un contrat de coopération, en tant qu'il comporte des obligations de coopération. La notion revêt en droit de la concurrence et plus spécifiquement dans les relations "producteurs distributeurs" une signification économique très précise et aux enjeux financiers considérables. Longtemps identifiée par litote dans la loi (Ord. 1er déc. 1986, art. 33, al. 5 ; C. com. art. L. 441-5), il s'agit de l'objet d'un contrat, qui a par ailleurs été maladroitement consacré par la loi NRE du 15 mai 2001. La circulaire Dutreil propose une définition de ce contrat : "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 parfaitement 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". Cette question est très importante car ces accords ont toujours été le moyen de camoufler des différenciations tarifaires constituant autant de discriminations plus ou moins discrètes. 16 - On peut regretter cette définition qui n'est guère rigoureuse au regard des techniques de qualification du droit de la vente ^{Note 21}. Les articles 1602 et suivants du Code civil proposent des règles qui définissent les obligations du vendeur et de l'acheteur, de façon supplétive. La vente commerciale ne s'éloigne guère de cette description, sauf sur quelques détails comme la question du transport (C. com., art. L. 132-7). Dès lors que l'on dispose ainsi d'une méthode claire de détermination des obligations du vendeur et de l'acheteur et donc, pour reprendre le vocabulaire de la circulaire, de ce qui correspond à la vente et ses contreparties, on dispose, à l'inverse, d'une définition de ce qui correspond à des "services", dont il suffit de distinguer les services spécifiques ou non. Les exemples donnés par la circulaire cependant, têtes de gondoles, emplacements privilégiés ou promotion sur les lieux de vente, sont précisément les exemples qui prêtent le plus à discussion, sinon à contentieux ^{Note 22}, peut-être parce que la perception de l'importance du "service spécifique" n'est pas appréciée de manière identique par l'administration de la concurrence et par les opérateurs, indépendamment de la problématique de la rédaction du libellé du service dans l'accord de coopération. C'est ainsi que l'alinéa suivant considère que les services rendus à l'occasion de l'opération d'achat ne sont pas des services de coopération commerciale. Une fois de plus, le rédacteur de la circulaire raisonne par l'exemple et point par définition, à l'envers donc. Or, c'est précisément ici que l'enjeu de la négociation commerciale se joue, d'autant qu'elle se jumelle avec les "conditions particulières de vente", lesquelles contiendront des réductions de prix rémunérant des services rendus non spécifiques : leur plus ou moins grande proximité avec la vente est donc de nature à différencier les avantages méritant d'être isolés dans un contrat de coopération commerciale et ceux qui doivent figurer dans les conditions de vente, fussent-elles particulières.

B. - B - Validité de la coopération commerciale

23. -

24. - 17 - La limitation de la rémunération de la coopération commerciale passe aussi par le rappel des conditions de la validité des contrats qui en sont la source. Pourtant la circulaire est particulièrement

décevante sur ce point. Un premier élément tient à la définition posée, qui est censée être désormais plus restrictive qu'elle ne l'était auparavant, ce dont on peut très largement douter : la notion n'était pas ou peu rigoureusement définie avant la circulaire Dutreil, malgré les efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence, elle ne l'est pas davantage désormais. Un second élément repose sur des exigences posées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. Il en est ainsi des exigences de proportionnalité, envisagées par l'article L. 442-6, I, 2°, a. Ce texte considère en effet que des rémunérations qui ne sont pas proportionnelles au service rendu constituent une faute. On s'interrogeait sur la portée de cette exigence, déjà considérée par la loi NRE de 2001 comme un texte visant à poursuivre la fausse coopération commerciale ^{Note 23}, dans la mesure où il s'éloigne considérablement des canons du droit commun des contrats. En effet, la prestation reçue est présumée équivalente, proportionnée, à la prestation donnée, sauf rares exceptions tenant à la lésion, ou à l'absence partielle de cause, comme la théorie du prix dérisoire. On attendait des précisions sur les critères envisagés par les autorités de poursuite, la circulaire se contente de répéter le contenu du texte du Code de commerce. Or, bien des questions se posent pour sa mise en œuvre : comment observer une disproportion dans un système, contractuel et concurrentiel, de liberté des prix, comment calculer une disproportion, comment s'exonérer d'une telle présomption de faute ? Ces questions sont d'autant plus importantes qu'elles dépassent le seul cadre des contrats de coopération commerciale pour se retrouver au sein des conditions particulières de vente, par exemple lorsque la circulaire évoque, pour réaffirmer que l'interdiction des discriminations constitue une limite de ces conditions particulières, que le fournisseur ne devra pas se soumettre à des "sollicitations exorbitantes". Un troisième élément repose sur l'interdiction des accords rétroactifs de coopération commerciale (C. com., art. L. 442-6, II) ^{Note 24}, et un dernier sur l'exigence, générale, que les accords de coopération commerciale ne trahissent pas de discrimination.

C. - C - Formalisation de la coopération commerciale

25. -

26. - 18 - Enfin, la formalisation de la coopération commerciale est évoquée pour rappeler des banalités : les accords de coopération commerciale doivent faire l'objet d'une facture distincte et la déduction d'un avantage de coopération commerciale de la facture d'achat est interdite.

4. 3 - La réduction négociée des marges arrière

27. -

28. - 19 - C'est l'objectif le plus politique de la circulaire et en même temps le moins traité. L'enjeu est d'importance. Il repose sur le constat, pourtant inexact, que la loi Galland de 1996 a emporté la fin d'une certaine compétition sur les prix de revente. En effet, le seuil de revente était présumé correspondre au prix porté sur la facture. Or, sur cette facture apparaissait le prix unitaire hors taxe diminué de certaines réductions de prix. L'article 31 de l'ordonnance de 1986 (C. com., art. L. 441-6) exigeait que figurent sur la facture les seules remises inconditionnelles, les marges avant. Par conséquent, les "marges arrière", ristournes conditionnelles et rémunérations de coopération commerciale ne figuraient pas sur la facture et il appartenait au revendeur de démontrer qu'un prix de revente inférieur au prix de facture était valable parce

que tenant compte de ces marges arrière, ce que la jurisprudence n'admettait qu'avec parcimonie. Il reste que ces marges arrière, souhaitées par les distributeurs, leur assurent un revenu conséquent, puisque, désormais, il est impossible d'en reporter le bénéfice sur le prix de revente au consommateur. Comment, alors, assurer désormais un "transfert progressif et négocié d'une partie de la marge arrière vers la marge avant" sans toucher aux règles sanctionnant la revente à perte alors même que la seule construction et, a fortiori, la modification, de la structure tarifaire est un véritable casse-tête ? Les techniques retenues par la circulaire sont essentiellement policières, décrites dans la dernière partie de la circulaire, intitulée "la politique de contrôle" qui ambitionne de réaliser cet objectif. La circulaire Dutreil annonce en effet que les agents de la DGCCRF vont plus particulièrement contrôler que les services rendus qui ne sont pas des services de coopération commerciale sont bien l'objet de réductions de prix figurant dans les conditions de vente, générales ou particulières, que les services manifestement disproportionnés seront rééquilibrés et que "le transfert des marges arrière vers les marges avant intervienne de façon progressive, afin de ne pas déstabiliser le marché". Toute cette partie se présente ainsi comme une sorte de menace voilée : respecter les règles énoncées en vue, d'une part, de réguler les pratiques existantes et, d'autre part, de procéder à ce transfert de marges arrière vers les marges avant.²⁰ - La circulaire paraît cependant pêcher par excès d'optimisme à osciller entre des considérations économiques (notion de marge arrière ou de marge avant) et juridiques en faisant semblant de croire qu'elles sont fongibles. Or, les "marges arrière" par exemple, rassemblent tout à la fois la rémunération de la coopération commerciale et les ristournes inconditionnelles qui sont des réductions de prix de la vente et dont l'assiette de calcul n'est en règle générale pas identique à celle des remises avant. Pourtant, toute la partie de la circulaire consacrée à la différenciation tarifaire tend à promouvoir l'idée que des différenciations tarifaires par des remises de services, de la marge avant donc, ne sont pas discriminatoires de sorte que la "remontée sur facture" des marges arrière serait neutre pour le fournisseur comme pour le distributeur. Or, il est un peu naïf de penser que le fait d'intégrer des rémunérations de coopération commerciale dans les conditions de vente va, ipso facto, les transformer en "marge avant", en remise ou ristourne inconditionnelle donc. Rien n'empêchera par exemple de proposer des remises ou des ristournes sous forme conditionnelle, les faisant demeurer en tout ou partie dans le domaine des marges arrière, tout en respectant la circulaire.²¹ - Surtout la circulaire, faute d'argument, retient une technique éculée, celle de la "carotte" et du "bâton". La "carotte" se présente sous forme d'incitations et de promesses d'immunité : "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), relatif à l'abus de dépendance ou de puissance d'achat. À cet égard, les services de contrôles 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 œuvre. 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 clair, la DGCCRF propose, à titre transitoire, une tolérance de discrimination à hauteur du transfert de marge arrière. Or, comme la circulaire envisage un transfert progressif de la "marge arrière", il en résulte la reconnaissance, pour le passé comme pour le futur, de ce que les sommes réclamées à titre de coopération commerciale le sont comme de la "fausse coopération commerciale" et donc de façon illégale, fautive et pénalement sanctionnable. C'est donc une immunité à plusieurs égards qui est ainsi promise par l'administration économique, sans toutefois qu'elle puisse avoir un quelconque effet dans les rapports entre opérateurs privés qui découvriront le pot aux roses. Le "bâton" paraît cependant peu menaçant pour les raisons que nous avons dites : la circulaire se contente de promettre les plus vives sanctions à celui qui aurait procédé à un transfert de marge arrière vers les marges avant et qui les reconstituerait en tout ou partie.²² - Reste alors à attendre le rapport d'application de la circulaire promis pour dans 18 mois pour vérifier dans quelle mesure ses propos auront été suivis d'effets avec peut-être entre-temps, des éclairages de la part de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales issus des cas concrets qui lui seront soumis. Une fois de plus, par ailleurs, on fait l'économie d'une analyse concrète et efficace de l'abus de puissance d'achat, ce dont il résulte la multiplication d'ersatz de réglementation comme la circulaire Dutreil. Gageons cependant que l'année 2003 marquera le point de départ d'un toilettage généralisé des conditions générales de vente des fournisseurs.

Note 1 Cf. P. Arhel, Les pratiques tarifaires, Litec 1998 ; M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, 2e éd. Litec 1998.

Note 2 Cf. pour des commentaires plutôt "civilistes" : M. Malaurie-Vignal, Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix : D. 1995, chron. p. 361, et Transparence tarifaire et liberté contractuelle : JCP E 1996, I, 537.

Note 3 Circ. 10 janv. 1978, relative aux relations commerciales entre entreprises : D. 1978, légis. p. 92.

Note 4 BOCCRF 24 mai 1984, p. 149 avec communiqué ministériel et lettre du Ministre de l'économie au président du CNPF : JCP G 1984, III, 55682. - J. M. Mousseron : JCP E 1984, I, 15533 ; J.-J. Burst et R. Kovar, Le clair-obscur de la circulaire du 18 mai 1984 : D. 1985, chron. p. 85.

Note 5 JO 25 mai 2003, p. 8970 ; JCP E 2003, 953. - P. Arhel, Négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, Une nouvelle circulaire : JCP E 2003, act. 173.

Note 6 Cf. D. Mainguy, Premières vues sur le projet de circulaire sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs : JCP E 2003, act. 183.

Note 7 D'autant plus qu'elle nécessite elle-même une sorte de note explicative via le site de la DGCCRF.

Note 8 Cf. J. M. Mousseron, Une science nouvelle : la facturologie : Cah. dr. entr. 1988/4, p. 3.

Note 9 J.-M. Vertut, Marges arrière et transparence des pratiques commerciales : Les Échos, 13 janv. 2000. - T. com. Paris, 1re ch., 25 nov. 1996, Ministre de l'économie c/ SA Inter Marchandises France : RJDA 1997, n° 376.

Note 10 Cf. not. Cass. com., 6 avr. 1999 : RJDA 1999, n° 848 ; D. affaires 1999, p. 1204 ; Cah. dr. entr. 1999/5, p. 23, obs. D. Mainguy.

Note 11 La circulaire ne reprend pas la formule introductive contenue dans son projet qui précisait que "la loi du 1er juillet 1996 a été l'occasion d'affirmer la primauté des conditions générales de vente dans la négociation commerciale". Nous ne doutons pas que cette évolution puisse être le point de départ de discussions opportunistes, relevant du débat classique "opposition CGV/CGA" même si celui-ci est encadré par la circulaire.

Note 12 Cf. M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, op. cit. [note 1], n° 89.

Note 13 Cass. com., 18 févr. 1994 : JCP E 1995, I, 492, note L. Vogel : "En raison du trouble manifestement illicite que constituait le refus qui était opposé à la société C, la cour d'appel devait ordonner à la société H, même en l'absence de barème préétabli, de communiquer les taux de ristournes accordés à ses clients habituels ou occasionnels ainsi que le montant des commandes auxquelles correspondent ces remises afin que la société C fut mise en mesure de se prévaloir de ces éléments de comparaison objectifs, pour en réclamer application à son profit".

Note 14 RJDA 1992, n° 608.

Note 15 Cf. P. Arhel, Les conditions générales de vente : Rev. conc. consom. n° 74, juill.-août 1993, p. 11 ; Les pratiques tarifaires, op. cit. [note 1], n° 75. Contra : M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, op. cit. [note 1], n° 91 ; L. et J. Vogel, Ombres et lumières sur la transparence tarifaire : JCP E 1995, I, 436, spéc. § 17.

Note 16 M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, op. cit. [note 1].

Note 17 Cf. M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, op. cit. [note 1], nos 122 et s.

Note 18 Contrats, conc., consom. 1995, n° 70.

Note 19 V. déjà : Cass. com., 24 oct. 2000, pourvoi n° 98-13.037, arrêt n° 1770, cassation partielle : "Attendu que pour rejeter la demande de la société Concurrence relative aux avoirs sur transaction, l'arrêt énonce que la pratique des avoirs sur transaction ne concernerait que la grande distribution à laquelle n'appartient pas la société Concurrence et qu'il n'y a donc pas lieu d'y faire droit ; Qu'en statuant ainsi, en ajoutant une condition d'appartenance à un circuit de distribution non prévue par ce texte pour la communication d'un barème de prix et de conditions de vente, la cour d'appel a violé le texte susvisé" à propos de l'obligation de communication des conditions générales de vente.

Note 20 Ce qui se traduit parfois par des erreurs de qualification des flux financiers existant entre un fournisseur et son client : V. CA Caen, 3 mars 2000 : Lettr. Distr., 2001/6 (Condamnation d'un distributeur pour manquement aux règles de facturation, pour avoir perçu des ristournes semestrielles acquises et fixes, au titre d'un accord de coopération commerciale).

Note 21 M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, op. cit. [note 1], nos 136 et s.

Note 22 V. CA Caen, 29 mars 2000 : Lettr. Distr. 2000/9 (condamnation d'un distributeur pour manquement aux règles de facturation, pour avoir facturé des mises en rayons intitulées sous couvert de prestations "d'optimisation régionales linéaires" ou des "location

d'espaces d'exposition" au titre d'un accord de coopération commerciale. - V. aussi TGI Paris, 21 oct. 1994 : Lettr. Distr., 1995/6. - TGI Paris, 29 sept. 1995 : Lettr. Distr., 1996/6.

Note 23 Comp. Cass. com., 5 déc. 2000 : RJDA 2001, n° 511.

Note 24 La circulaire rappelle heureusement que l'effet rétroactif d'une ristourne de fin d'année n'est pas assimilable à la rétroactivité interdite de l'article L. 442-6, II du Code de commerce.

© LexisNexis SA