

## CONTRATS ET PRATIQUES COMMERCIALES

### Relations commerciales

Études A-21 100, A-21 800, A-21 850, A-22 300, A-22 650, A-22 950

## Commentaire administratif des aménagements apportés au régime des relations commerciales

*Circulaire du ministère des PME, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales du 8-12-2005 (JO du 30-12)*

**Le dispositif juridique applicable aux relations commerciales, récemment remanié par la loi en faveur des PME, vient d'être commenté par l'Administration dans une circulaire qui se substitue à la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.**

**Des précisions sont notamment apportées sur :**

- la notion de coopération commerciale entre distributeurs et fournisseurs ;
- la définition des services de coopération commerciale et des services distincts ;
- les nouvelles modalités de calcul du « seuil de revente à perte » (SRP) qui constitue le dispositif central pour garantir la continuité des baisses de prix des produits de grande consommation ;
- le renforcement des moyens de lutte contre les pratiques abusives.

**351.** Le titre VI de la loi en faveur des PME, consacré à la modernisation des relations commerciales des entreprises a procédé à la réforme de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, dite loi Galland (L. n° 2005-882 du 2-8-2005 ; V. D.O Actualité 30/2005, §§ 350 et s.). Il prévoit notamment une nouvelle définition du seuil de revente à perte ainsi qu'un renforcement du formalisme des contrats de coopération commerciale et des moyens de lutte contre les pratiques abusives.

Ces nouvelles dispositions visent à enrayer le développement des « marges arrière ». Depuis la mise en œuvre de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, il avait en effet été constaté progressivement un déplacement de la négociation commerciale du prix de vente facturé vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler les marges arrière. L'importance croissante de ces avantages qui n'apparaissent pas sur la facture de vente des produits avait une influence sur

le niveau des prix pratiqués à l'égard du consommateur, au détriment de son pouvoir d'achat.

**352.** Une circulaire du 8 décembre 2005 vient de préciser le cadre juridique de l'action administrative qui résulte de ces nouvelles dispositions. Elle présente à ce titre les dispositions actualisées du titre IV du livre IV du Code de commerce et se substitue à la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.

Nous présentons ci-après les précisions apportées par cette circulaire qui viennent compléter notre commentaire initial publié dans la revue D.O Actualité 30/2005.

Le texte intégral de la circulaire peut être consulté sur le site internet de la D.O ([www.lexisnexis.fr](http://www.lexisnexis.fr), Espace LexisNexis D.O, rubrique « services gratuits », sous-rubrique « documents utiles »).

### ► Conditions générales de vente

**353.** La circulaire apporte des précisions sur les éléments constituant les conditions générales de vente, point de départ de la négociation entre le vendeur et l'acheteur (C. com., art. L. 441-6).

Elles 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.

#### Conditions de vente

**354.** La circulaire précise qu'elles s'entendent des modalités de vente offertes par le fournisseur à ses clients et peuvent :

- récapituler l'ensemble des possibilités offertes qui peuvent être déclinées dans des conditions catégorielles ;
- ne concerner que la catégorie d'acheteurs visée par les conditions générales dans lesquelles elles figurent.

#### Barème de prix

**355.** La circulaire du 8 décembre 2005 n'ajoute pas de précision particulière par rapport à celles figurant dans la circulaire du 26 mai 2003.

L'établissement d'un barème de prix n'est pas obligatoire. 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.

À 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 services.

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.

#### Réductions de prix

**356.** Le montant et les modalités selon lesquelles tout acheteur peut bénéficier des 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.

Au rang de ces réductions de prix, la circulaire précise que 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. 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.

**357.** Concernant la mention de l'escompte sur la facture, la circulaire maintient la distinction entre :

► la règle 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 (C. com., art. L. 441-3, al. 4) ;

Cette mention formelle mais obligatoire est destinée à inciter à une réduction de 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.

► et la règle selon laquelle 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 produit** (et non plus dans le seuil de revente à perte) ;

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

– la circulaire du 8 décembre 2005 précise que dans les autres cas, cet escompte sera considéré comme un « **autre avantage financier** » au sens de l'article L. 442-2 du Code de commerce (C. com., art. L. 441-3, al. 3) qui **viendra diminuer le montant du prix d'achat effectif** (V. n° 373).

## Conditions de règlement

**358.** La présente circulaire reprend sur ce point les mêmes développements que celle du 16 mai 2003 (V. étude A-22 650, Annexe).

## ► Conditions de la différenciation tarifaire

**360.** Bien que les conditions générales de vente ont vocation à être appliquées dans les mêmes conditions à tous les acheteurs qui sont en concurrence, elles ne font pas obstacle à ce qu'une différenciation soit réalisée pour prendre en compte une situation particulière. La circulaire développe les conditions dans lesquelles le vendeur peut faire bénéficier l'acheteur de conditions différenciées : il importe que ce traitement différencié soit justifié par une contrepartie et ne soit pas le résultat de sollicitations abusives de l'acheteur.

### Différents cas de différenciation tarifaire

**361.** Le champ couvert par des conditions générales de vente détaillées ouvre 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.

**362. Différenciation en fonction des catégories de clients** - Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de service, notamment entre grossistes et détaillants (V. D.O Actualité 30/2005, §§ 394 et 395).

Rappelons simplement que les conditions de règlement précisent le délai de règlement et les modalités de calcul et conditions d'application des pénalités applicables en cas de retard de paiement (C. com., art. L. 442-6, I, 1° et 7°).

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.

## Conditions générales de vente et conditions d'achat

**359.** 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.

Soulignons que le texte de la nouvelle circulaire précise que **peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive** :

– le fait d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliquent une renonciation par le fournisseur à ses conditions générales de vente ;

– le fait d'imposer la **rémunération de services de référencement sans contrepartie réelle et proportionnée**.

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.

Dans l'attente de la publication du décret qui doit définir ces catégories, la circulaire du 8 décembre 2005 précise 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.

**363. Différenciation résultant des conditions particulières de vente** - La différenciation tarifaire peut également résulter de la négociation de conditions particulières de vente, justifiées par la spécificité des services rendus (C. com., L. 441-6, al. 7).

La circulaire précise qu'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.

La circulaire précise en outre que 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**.

À 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.

## Condition d'existence d'une contrepartie à la différenciation tarifaire

**364.** 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, ni un abus de dépendance économique.

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 appréhendées comme abusives sous l'angle des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ainsi qu'au regard des dispositions de l'article L. 442-6 (1, 2°, b).

## Condition liée à l'absence d'obligation pour le vendeur de satisfaire des sollicitations exorbitantes de l'acheteur de ses conditions générales de vente

**365.** La circulaire rappelle, comme celle du 16 mai 2003, que 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 ce titre, à engager sa responsabilité civile.

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 ou affecte le jeu de la concurrence sur le marché concerné.

## ► Services rendus dans le cadre de la coopération commerciale

**366.** En ce qui concerne les services rendus par un distributeur ou un prestataire de services et qui relèvent de leur politique commerciale, la notion de coopération commerciale a été définie par la loi (C. com., art. L. 441-7, I ; V. D.O Actualité 30/2005, §§ 358 à 362).

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** (V. n° 368 et s.).

**367.** Le contrat de coopération commerciale prend la forme soit d'un contrat unique, soit d'un contrat cadre annuel assorti de contrats d'application.

Sur ce point, la circulaire apporte les précisions suivantes :

► **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 peut n'être définie 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.

► **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 contrat cadre peut faire l'objet d'avenants en cours d'année.**

Dans ce cas, la rémunération appliquée ne peut courir qu'à partir de la date de fourniture desdits services, et non rétroactivement.

## ► Services distincts

**368.** L'ensemble des services qui ne relèvent ni des relations nouées en application de l'article L. 441-6 du Code de commerce (conditions générales de vente), ni de la coopération commerciale, sont dénommés « services distincts » (C. com., art. L. 441-7, I, dern. al. ; V. D.O Actualité 30/2005, § 363).

La circulaire précise que **cette nouvelle catégorie de services rendus par les distributeurs aux fournisseurs n'est pas limitative**, de manière à ne pas contraindre indûment les relations commerciales et leurs modalités.

Les avantages financiers qui sont octroyés dans le cadre de contrats de mandat, et qui sont le vecteur d'une relation directe entre le fournisseur et le consommateur, ne relèvent ni des relations nouées

en application de l'article L. 441-6 du Code de commerce, ni de la coopération commerciale, ni des services distincts.

**369.** Elle précise en outre que si l'obligation 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.

**370.** Enfin, 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.

## ► Modalités de calcul du seuil de revente à perte (SRP)

**371.** De nouvelles modalités de calcul du seuil de revente à perte sont fixées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 (V. aussi D.O Actualité 30/2005, §§ 367 et s.). La circulaire consacre sur ce point des développements particuliers assortis d'exemples de calcul.

### Définitions

**372. Prix unitaire** - Le prix unitaire net figurant sur la facture est le prix tarif minoré des réductions de prix.

**373. Autres avantages financiers** - 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.

La circulaire précise qu'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.

**374. Nouveaux instruments promotionnels (NIP)** - Les nouveaux instruments promotionnels, qui permettent d'accorder des avantages financiers aux consommateurs lors de leur passage en caisse, recouvrent plusieurs formes. Ceux-ci sont en pratique très souvent supportés par les fournisseurs.

Il est précisé par la circulaire qu'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.

### Calcul du seuil de revente à perte

**375.** Le prix d'achat effectif est désormais le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat :

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.

- 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<sup>er</sup> janvier 2006 puis de 15 % à compter du 1<sup>er</sup> 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.

**376. Année 2006** - Pour illustrer ces règles, la circulaire propose un **exemple de calcul du SRP**.

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<sup>er</sup> 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 x 40/100) ; dès lors le SRP ne pourra être minoré que de 14 et s'établira à 86 pour l'année 2006.

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.

**377. Année 2007 et suivantes** - Dès le 1<sup>er</sup> 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.

La circulaire consacre un développement particulier à la situation des grossistes.

Il leur est permis 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.

Une première condition a trait à la clientèle qui doit être exclusivement professionnelle. La condition 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 de la loi du 2 août 2005. 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 donc d'appliquer un coefficient de 0,9 pour calculer le SRP ; ainsi, avec les mêmes conditions que dans l'exemple cité (V. n° 376), un SRP de  $86 \times 0,90 = 77,40$  en 2006 et  $80 \times 0,90 = 72$  en 2007.

## ► Enchères inversées à distance

**378.** En ce qui concerne les enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique (V. D.O Actualité 30/2005, §§ 350 et s.), la circulaire met essentiellement en évidence deux cas particuliers.

### Enchères inversées organisées à l'étranger

**379.** Celles-ci posent 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, la circulaire se réfère à la jurisprudence relative à la loi applicable aux délits.

En l'espèce, c'est la loi du lieu du dommage qui s'applique (Cass. civ., 25-5-1948, Lautour).

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 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11-5-1999 : Juris-Data n° 1999-001928).

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.

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 du 2 juillet 2005 sur le montant maximal de la minoration applicable en 2006.

## Produits agricoles

**380.** La circulaire rappelle que sont interdites 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.

Elle considère que 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.

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.

## ► Pratiques abusives faisant l'objet de sanctions civiles

**381.** La relation commerciale ne doit pas être génératrice de discriminations ou d'abus. La circulaire commente cinq situations particulièrement visées par la loi.

### L'absence de service rendu ou de contrepartie et le caractère manifestement disproportionné de la rémunération de ce service ou de la contrepartie

**382.** Toute demande de rémunération de services de coopération commerciale ou de services distincts, ou d'obtention de réductions de prix au titre des conditions générales de vente ou des conditions particulières de vente, 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.

La circulaire précise qu'il en serait ainsi 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.

**383.** De même les avantages sollicités ne doivent pas être manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu (C. com., art. L. 442-6, I, 2°, a).

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...

### L'effet rétroactif d'un avantage

**384.** La circulaire précise que 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 l'attribution d'une ristourne en fin de période (exemple : ristourne de fin d'année) dès lors que celle-ci était bien prévue à la date de conclusion du contrat.

À l'inverse, les demandes reconventionnelles qui conduisent à modifier rétroactivement l'économie du contrat initial entrent dans les cas visés par le texte (C. com., art. L. 442-6, II, a).

## Les contraintes de gamme abusives

**385.** 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 constitue le cas d'abus de puissance d'achat ou de vente (C. com., art. L. 442-6, I, 2°, b).

La circulaire vise ainsi 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**. 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.

## Le refus ou le retour des marchandises ou la déduction d'office du montant de la facture des pénalités pour non-respect d'une date de livraison ou non-conformité des marchandises

**386.** Ces pratiques ne peuvent être mises en œuvre si la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, et si le fournis-

seur n'a pas été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant. La seule information du fournisseur selon des modalités dont les parties peuvent convenir contractuellement et dont il appartiendra, le cas échéant, au distributeur de justifier, ne suffit pas pour valider ces pratiques. La contestation par le fournisseur du grief allégué rend en effet la dette incertaine.

Par suite, tout refus ou retour de marchandises ou toute déduction d'office qui seraient mis en œuvre au mépris de la contestation soulevée par le fournisseur, engagera la responsabilité du distributeur.

## La globalisation artificielle des chiffres d'affaires et la demande d'alignement

**387.** 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.

## ► Le renversement de la charge de la preuve

**388.** 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 selon lequel 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.

La circulaire illustre ce principe d'un **exemple**.

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 conditions générales de vente ou conditions particulières de vente, 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 (V. aussi D.O Actualité 30/2005, §§ 374 et s.).■

## CONTRATS ET PRATIQUES COMMERCIALES DE L'ENTREPRISE

### Clauses abusives

Étude A-22 800

## Publication d'une recommandation relative aux contrats de formation à la conduite

BOCCRF du 16-12-2005

**La Commission des clauses abusives vient de se prononcer sur le caractère abusif de clauses figurant dans certains contrats de formation à titre onéreux à la conduite automobile (permis B) proposés par les établissements d'enseignement agréés.**

**389.** Après avoir procédé à une analyse des contrats de formation à la conduite automobile, la Commission des clauses abusives a adopté le 23 juin 2005 la recommandation n° 05-03. Celle-ci considère que certains contrats proposés par les établissements d'enseignement agréés, contiennent des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

**390.** La Commission recommande en conséquence que soient éliminées les clauses qui ont pour objet ou pour effet :

- de donner un caractère définitif aux contrats de formation avant l'issue de la phase d'évaluation préalable ;
- d'exclure toute possibilité de report ou de remboursement d'une leçon qui n'aurait pas été décommandée par l'élève dans le délai contractuel, alors même que celui-ci justifierait d'un motif légitime ;
- de conférer à l'établissement d'enseignement un pouvoir d'appréciation de l'aptitude de l'élève à être présenté aux examens du permis de conduire sans motivation écrite ni possibilité de contestation ;

– d'exclure, en cas d'abandon de la formation par l'élève, toute cause permettant le remboursement des sommes versées au prorata des leçons prises, alors même que cet abandon serait justifié par un motif légitime ;

– de ne pas définir avec précision les causes de résiliation de plein droit que le contrat stipule au profit de l'établissement d'enseignement ;

– de prévoir une facturation de frais administratifs de restitution du dossier à l'élève sans en justifier la nécessité et le montant ;

– de laisser à l'établissement d'enseignement la capacité de déterminer l'opportunité et le prix d'une prestation supplémentaire acceptée d'avance par l'élève ;

– de soumettre, dans un délai sanctionné par la forclusion, tous les différends survenus à l'occasion de l'exécution du contrat à une « commission des litiges » ;

– de déroger aux règles légales de compétence territoriale des juridictions. ■

## AUTRES INFORMATIONS

### ► IMMOBILIER - Lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux - Amélioration des droits des occupants

Ordonnance n° 2005-1566 du 15-12-2005 (JO du 16-12)

**391.** Le Gouvernement a été habilité à prendre par voie d'ordonnances les mesures nécessaires à la lutte contre les différentes formes d'habitat « indignes », c'est-à-dire contraires à la dignité humaine, dont le traitement relève des pouvoirs de police administrative exercés par les maires et les préfets, et les logements insalubres, les immeubles menaçant ruine et les établissements d'hébergement dangereux (L. n° 2005-32, 18-1-2005, art. 122. - V. D.O Actualité 47-48/2004, § 23).

**392.** Dans le cadre de cette habilitation, l'ordonnance n° 2005-1566 du 15 décembre 2005 prévoit de :

- simplifier et harmoniser les divers régimes de police administrative ;
- faciliter la réalisation des travaux ainsi que l'hébergement et le relogement des occupants et préciser en la matière les

responsabilités respectives des autorités de l'État et des collectivités locales ou de leurs groupements ;

- mieux préserver les droits des occupants et propriétaires de bonne foi ;

- compléter le régime des sanctions pénales prévues à l'article L. 1336-4 du Code de la santé publique et aux articles L. 511-6 et L. 521-4 du Code de la construction et de l'habitation et les harmoniser avec les dispositions du Code pénal actuellement en vigueur ;

- faciliter le traitement d'urgence des situations d'insalubrité ;

- permettre l'application par le maire de la commune concernée des mesures d'urgence prises par le préfet en application de l'article L. 1311-4 du Code de la santé publique, et le recouvrement des sommes ainsi engagées ;

- aménager la loi n° 70-612 du 10 juillet 1970 tendant à faciliter la suppression de l'habitat insalubre, notamment pour accélérer l'expropriation des immeubles déclarés insalubres irrémédiables. ■

## ■ À NOTER ÉGALEMENT . . .

### ► la remise d'un rapport sur les actions collectives des consommateurs ;

Mandaté par le Président de la République, un groupe de travail (V. D.O Actualité 17/2005) vient de remettre un document analysant les systèmes juridiques étrangers où existe déjà l'action de groupe et dresse un bilan des différentes formes d'action en justice actuellement ouvertes aux associations de consommateurs. Il identifie différentes voies de progrès envisageables tout en mentionnant qu'aucune ne recueille l'adhésion de l'ensemble de ses membres. Le sujet représente des enjeux importants tant pour les consommateurs, les entreprises, petites ou grandes, que pour les professionnels du droit et le système judiciaire français.

À l'issue d'une consultation organisée jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2006, pour permettre aux acteurs directement concernés de faire valoir leur point de vue, le Gouvernement présentera ses propositions, en conciliant les exigences de protection des consommateurs, de la compétitivité des entreprises, et le respect des principes fondamentaux de notre droit.

Le texte du rapport peut être consulté sur les sites internet suivants : <http://www.minefi.gouv.fr> et <http://www.justice.gouv.fr>.

(Communiqué du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministère de la justice du 19-12-2005)

### ► le lancement d'un plan d'actions sur le développement du commerce électronique ;

Il vise à :

- mieux connaître l'évolution du commerce électronique et mieux en reconnaître les acteurs, notamment en les intégrant aux travaux du Conseil du Commerce de France et en les associant à la construction d'un tableau de bord annuel du commerce électronique ;

- lancer une campagne de sensibilisation des petites et moyennes entreprises françaises aux avantages du commerce en ligne, passant notamment par la mise en avant de réussites exemplaires ;

- élaborer, en concertation avec l'ensemble des acteurs, un code de bonne conduite du commerce entre particuliers, afin notamment de favoriser la création de nouvelles entreprises de commerce électronique.

(Communiqué du Ministère des PME du 13-12-2005)

### ► la publication d'un arrêté relatif au bilan environnemental ;

Cet arrêté fixe les rubriques selon lesquelles le bilan environnemental prévu à l'article L. 621-54 du Code de commerce doit être établi ; il complète de ce fait le décret du 29 novembre 2005 (V. D.O Actualité 44/2005, §§ 84 et s.).

(Arrêté du 12-12-2005 : JO du 16-12)

### ► l'adoption par la FNAIM d'un Code d'Éthique et de Déontologie ;

Ce code repose sur l'affirmation du professionnalisme des membres de la FNAIM et leur capacité à en apporter la preuve aux clients en leur fournissant des repères concrets.

Il peut être consulté sur le site internet de la Fnaim, à l'adresse suivante : <http://www.fnaim.fr>.

(Communiqué FNAIM, 12-2005)

### ► la publication d'un décret modifiant la partie réglementaire du Code de justice administrative.

(Décret n° 2005-1586 du 19-12-2005 : JO du 20-12) ■