

Une réforme législative majeure

39 COOPÉRATION COMMERCIALE ET SERVICES DISTINCTS RENDUS PAR LES DISTRIBUTEURS

Article rédigé par :

Richard RENAUDIER,

Avocat à la Cour,
Cabinet Renaudier



La loi Dutreil vient donner une définition légale de la coopération commerciale avant de poser les règles encadrant le régime de la rémunération de ce contrat. La loi nouvelle crée encore une nouvelle catégorie de services rendus par les distributeurs aux fournisseurs avec la catégorie de “services distincts”. Les nouvelles obligations fournisseurs-distributeurs s’inscrivent dans ce cadre.

Avant la loi PME du 2 août 2005, les rémunérations qui pouvaient être versées par un fournisseur à un distributeur pouvaient, en considération des services rendus et des contreparties offertes par le distributeur, être qualifiées soit de réductions de prix, facturées par le fournisseur sous forme de remises ou ristournes, soit de services de coopération commerciale, facturées par le distributeur.

La loi PME crée une troisième catégorie, à savoir les services distincts de la coopération commerciale. Nous analyserons donc successivement (1) la coopération commerciale puis (2) les services distincts de la coopération commerciale et (3) le sort des Nouveaux Instruments Promotionnels, bien qu’ils ne constituent pas une catégorie à part. Nous nous intéresserons ensuite à deux nouvelles obligations mises à la charge des distributeurs, à savoir (4) l’obligation de communiquer tous les ans aux fournisseurs le montant des rémunérations dues au titre de l’ensemble des services rendus et (5) l’obligation de rapporter la preuve de la réalisation des services rendus.

1. Coopération commerciale

A. - Définition légale de la coopération commerciale

La législation française ne comportait aucune définition de la coopération commerciale avant la loi PME. Le seul texte consacré à la coopération commerciale était l’alinéa 5 de l’article L. 441-6 du Code de commerce, qui indiquait : “*les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l’objet d’un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties*”. La loi indiquait ainsi que les services de coopération commerciale sont des “*services spécifiques*” sans plus de précision.

Dans le cadre d’un contentieux dans lequel se posait la question de savoir si une rémunération constituait une réduction de prix ou un budget de coopération commerciale, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 23 février 1990, que les services de coopération commerciale devaient aller “*au-delà des*

simples obligations résultant des achats et des ventes”. Cette définition avait été reprise dans la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, remplacée aujourd’hui par la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005.

Le premier apport de la loi PME est donc de donner une définition légale à la coopération commerciale : *“Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s’oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l’occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d’achat et de vente”*.

“La loi nouvelle donne une définition précise du contrat de coopération commerciale”

Trois conditions sont donc nécessaires pour pouvoir qualifier un service de coopération commerciale : (1) les services ne doivent pas relever des obligations d’achat et de vente, (2) les services doivent être rendus à l’occasion de la revente des produits aux consommateurs et (3) les services doivent être propres à favoriser la commercialisation des produits.

Ainsi définie, la coopération commerciale a un périmètre plus réduit que ce qui existait préalablement puisque, désormais, les services devront être rendus à l’occasion de la revente des produits aux consommateurs et être propres à favoriser leur commercialisation, ce qui explique que la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 précise que constituent des services distincts, et non de la coopération commerciale, *“les services rendus par un grossiste à son fournisseur, en tant qu’ils ne sont pas rendus à l’occasion de la revente des produits aux consommateurs”*.

La coopération commerciale comporte donc les services tournés vers les consommateurs. La circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 donne quelques exemples de services de coopération commerciale : mises en avant sur les lieux de vente, publicités sur les lieux de vente, têtes de gondole, emplacements privilégiés et promotions publicitaires auxquelles il est possible d’ajouter les prospectus publicitaires. Mais d’autres services peuvent bien évidemment entrer dans le cadre de la coopération commerciale.

B. - Forme et contenu du contrat de coopération commerciale

Comme par le passé, le contrat de coopération commerciale doit être établi en deux exemplaires. La loi PME prévoit toutefois que, désormais, le contrat de coopération commerciale pourra être établi soit sous forme de contrat unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d’application.

Un contrat unique sera donc conclu quand celui-ci se suffira à lui-même en ce sens qu’il comporte l’indication des services

rendus (date, description de l’opération) sans requérir la signature postérieure d’un contrat d’application. Dès que la signature d’un contrat d’application sera nécessaire pour expliquer et compléter le contrat de coopération commerciale, celui-ci sera rédigé sous forme d’un contrat cadre, qui sera complété par un ou des contrats d’application.

Alors que la législation antérieure ne faisait que prévoir l’existence d’un contrat écrit, la loi PME encadre strictement le contenu du contrat de coopération commerciale puisqu’elle prévoit que le contrat unique ou le contrat-cadre devront indiquer (1) le contenu des services et (2) les modalités de leur rémunération. Le contrat unique ou les contrats d’application du contrat-cadre devront préciser en outre (3) la date à laquelle les services sont rendus, (4) leur durée, (5) leur rémunération et (6) les produits auxquels ils se rapportent.

Une distinction est ainsi opérée par la loi entre le contrat cadre, qui ne doit comporter que les *“modalités de la rémunération”* et les contrats d’application qui doivent préciser la *“rémunération”*. Une souplesse est ainsi laissée aux opérateurs économiques par le législateur dans la rédaction du contrat-cadre.

C. - Rémunération de la coopération commerciale

À titre préalable, il convient de souligner que la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 rappelle que la nature même de la coopération commerciale ne permet pas l’établissement d’un barème. La rémunération est donc le fruit de la négociation entre les parties.

“La rémunération de la coopération commerciale reste le résultat de la négociation des parties”

La loi PME prévoit que *“dans tous les cas, la rémunération du service rendu est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte”*. L’expression *“dans tous les cas”* signifie à l’évidence que la règle s’applique au contrat unique, au contrat-cadre et aux contrats d’application.

L’expression *“en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte”* n’est pas explicitée dans la loi. Il semble toutefois que le législateur ait entendu, par ce texte, s’intéresser à la méthode de calcul, à savoir que la rémunération serait calculée en pourcentage et non en valeur absolue.

La première question qu’appelle ce texte est de savoir comment calculer le budget de coopération commerciale.

Sur cette question, la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 précise, en ce qui concerne la coopération commerciale, que *“les parties peuvent convenir qu’un même taux de rémunération est applicable à plusieurs produits, quand bien même le service ne se rapporte directement qu’à un ou certains des produits mentionnés dans le contrat”*.

Ainsi, très concrètement, ce paragraphe de la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 semble autoriser la rémunération d'un service consistant en la parution de x produits du fournisseur sur y prospectus du distributeur en pourcentage de l'intégralité du chiffre d'affaires annuel réalisé par le fournisseur avec le distributeur, même si tous les produits du fournisseur ne figureront pas sur les prospectus.

La loi PME ne s'intéresse qu'à la méthode de calcul du budget de coopération commerciale et non aux modalités de paiement. Rien n'interdit par exemple de prévoir le paiement d'acomptes (mensuels ou trimestriels, ou versés lors de la signature des contrats d'application). Les parties pourront ainsi retenir un montant en valeur absolue pour ces acomptes, en partant par exemple du chiffre d'affaires de l'année précédente. Mais, dans tous les cas, le montant final de la rémunération devra être calculé en pourcentage du prix des produits, et ne pourra dès lors être connu qu'en fin d'année, ce qui, en pratique, amènera à une régularisation en fin d'année.

D'un point de vue pratique, les contrats d'application reprendront le libellé de la rémunération contenue dans le contrat-cadre (méthode de calcul, modalités de paiement...).

La deuxième question qui se pose est celle de l'affectation du budget au seuil de revente à perte.

Sur cette question, rien ne semble interdire d'affecter un budget de coopération commerciale, calculé sur la base du chiffre d'affaires annuel, uniquement aux produits faisant l'objet de l'opération, par exemple aux produits apparaissant sur les prospectus. Les parties devront donc préciser l'affectation du budget dans le contrat de coopération commerciale (contrat-cadre et contrat d'application). À titre d'exemple, le fait, pour un contrat-cadre prévoyant une rémunération de 5 % pour cinq parutions sur prospectus, qui serait complété par cinq contrats d'application prévoyant chacun une rémunération de 1 %, pourrait laisser entendre que les parties ont l'intention d'affecter cette rémunération de 1 % aux seuls produits mentionnés dans le contrat d'application.

Enfin, la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 prévoit que la rémunération est calculée en pourcentage du prix d'achat au fournisseur et non du prix de revente par le distributeur.

D. - Date de signature du contrat de coopération commerciale

Tous les contrats de coopération commerciale (contrat unique, contrat-cadre et contrats d'application) doivent être établis avant la fourniture du service, ce qui n'était pas précisé auparavant par la loi.

Par ailleurs, le contrat unique et le contrat cadre doivent être rédigés avant le 15 février ou, si la relation commerciale est établie en cours d'année, dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Pour tenir compte de la réalité économique et éviter d'enfermer les parties dans le contrat ainsi signé en début d'année, la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 prévoit que *"le contrat unique ou contrat-cadre peut faire l'objet, en cours d'année, d'avenants, par exemple pour intégrer au contrat la fourniture de nouveaux services"*. Les parties auront donc la possibilité d'aménager leurs relations en cours d'année.

2. Services distincts de la coopération commerciale

Comme rappelé ci-dessus, la loi PME a créé, à côté de la coopération commerciale, une nouvelle catégorie de services rendus par les distributeurs aux fournisseurs, à savoir les *"services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale, notamment dans le cadre d'accords internationaux"*.

L'intention du législateur semble être que constituent des services distincts tous les services qui ne relèveraient pas des obligations d'achat et de vente (et qui seraient alors des réductions de prix relevant des CGV ou des CPV) et qui ne répondraient pas à la définition de la coopération commerciale, comme le précise d'ailleurs la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005.

À la différence des services de coopération commerciale, pour lesquels la loi a prévu un formalisme important en encadrant strictement la date de conclusion des accords, le contenu des accords et la méthode de calcul de la rémunération, la souplesse a été privilégiée en ce qui concerne ces services distincts. En effet, une seule obligation pèse sur les opérateurs, qui est d'établir un contrat écrit en double exemplaire précisant la nature des services. Le contrat relatif aux services distincts peut donc être conclu en cours d'année et la rémunération peut être calculée en valeur absolue.

En ce qui concerne les services qui pourraient relever des services distincts, la loi ne donne qu'un exemple, qui est celui des accords internationaux. Le projet de circulaire Dutreil de 2005 prévoyait également que le référencement relèverait de la catégorie des services distincts, mais cette précision a été supprimée de la version finale de la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005, ce qui implique que le référencement pourra, en fonction des prestations réalisées par le distributeur ou le prestataire, être qualifié soit de réduction de prix, soit de service de coopération commerciale, soit de service distinct.

3. Nouveaux Instruments Promotionnels (NIP)

Même s'ils ne constituent pas une catégorie à part, les Nouveaux Instruments Promotionnels, qui se sont développés au cours des dernières années, méritent un développement particulier.

Pour les présenter simplement, les Nouveaux Instruments Promotionnels permettent d'accorder des avantages financiers aux consommateurs lors du passage en caisse. Il s'agit par exemple des bons de réduction, quelle que soit leur dénomination (tickets, bons...), ou des lots virtuels, permettant par exemple à un consommateur qui achète trois produits de n'en payer que deux. En pratique, c'est l'achat d'un ou de plusieurs produits qui permet au consommateur d'obtenir la réduction immédiate ou différée.

Les avantages financiers accordés aux consommateurs dans le cadre des Nouveaux Instruments Promotionnels sont très souvent supportés, en totalité ou en partie, par les fournisseurs, dans le cadre soit de contrats de coopération commerciale, soit de contrats de mandat.

Pour cette dernière technique, les fournisseurs signent un contrat de mandat avec les distributeurs, préalablement à la

réalisation de l'opération, en leur demandant d'accorder un avantage financier au consommateur lors de l'achat de leurs produits. Cette technique est identique à celle des bons de réduction qui existent depuis de très nombreuses années.

La circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 précise que la liberté est laissée aux deux parties de choisir la technique de rémunération de ces budgets, à savoir soit la coopération commerciale, soit le mandat.

D'un point de vue pratique, rien ne semble s'opposer non plus à ce qu'une même opération donne lieu à la signature de deux contrats différents, à savoir un contrat de mandat et un contrat de coopération commerciale. Cette pratique est notamment retenue pour permettre de prendre en compte la réduction de prix dans le cadre d'un mandat et les frais de mise en place de l'opération dans le cadre d'un contrat de coopération commerciale.

Si les parties choisissent le contrat de coopération commerciale, les budgets correspondant seront traités comme tous les budgets de coopération commerciale.

En revanche, si elles choisissent le mandat, les parties bénéficient d'une certaine liberté puisqu'elles ne sont pas soumises aux contraintes des contrats de coopération commerciale. Ainsi, à titre d'exemple, le contrat de mandat pourra être conclu en cours d'année et l'avantage financier pourra être calculé en valeur absolue.

La circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 le précise clairement en indiquant que *“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”*.

Il existe également une différence importante en ce qui concerne la prise en compte de ces budgets dans le seuil de revente à perte. Les budgets de coopération commerciale suivront le régime classique de ce type de budgets. En revanche, les sommes versées dans le cadre du mandat viennent en déduction du prix de vente des produits.

4. Communication annuelle, par le distributeur au fournisseur, du montant des rémunérations dues au titre de l'ensemble des services rendus

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

Dans la mesure où cette nouvelle obligation figure dans l'article L. 441-7 du Code de commerce, elle s'applique tant aux services de coopération commerciale qu'aux services distincts, mais pas aux réductions de prix. Toutefois, une difficulté particulière se présentera pour les services distincts qui seraient calculés en valeur absolue, car le distributeur devra convertir ces budgets en pourcentage.

D'un point de vue pratique, la question peut se poser de l'utilité de cette obligation. L'objectif premier semble être de permettre aux parties de connaître, avant le 31 janvier, les rémunérations effectivement consenties au titre de l'année précédente, c'est-à-dire 15 jours avant la date limite de signature des contrats de coopération commerciale, pour l'année suivante, fixée au 15 février. La question peut toutefois se poser de savoir si le chiffre ainsi communiqué ne pourrait pas également servir de base pour le calcul du seuil de revente à perte pour l'année suivante.

5. Obligation pour le distributeur de rapporter la preuve de la réalisation des services

Une modification importante a été apportée à l'article L. 442-6 du Code de commerce, à savoir que *“dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation”*.

Jusqu'à présent, conformément aux grands principes du droit français, une telle preuve incombait à la partie poursuivante. En renversant ainsi la charge de la preuve, les poursuites de la DGCCRF s'en trouveront facilitées.

D'un point de vue pratique, une telle obligation est particulièrement lourde pour les distributeurs. À titre d'exemple, comment prouver quels produits ont été mis en tête de gondole chaque jour, dans chacun des magasins d'un distributeur. Certes, il serait possible de faire un constat d'huissier quotidien mais une telle pratique est inenvisageable car trop onéreuse et trop lourde. Cela étant, et même si cette obligation figure dans l'article L. 442-6 du Code de commerce, qui est un texte d'ordre public auquel les parties ne peuvent déroger, il semble possible pour les parties d'aménager dans leurs accords la manière dont la preuve pourra être rapportée, comme la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 le prévoit pour une autre disposition du même article L. 442-6 du Code de commerce, à savoir celle relative à l'encadrement des refus ou retour de marchandises et aux déductions d'office. La circulaire fixe toutefois une limite en précisant que pourrait constituer un abus de puissance d'achat le fait de mettre à la charge du fournisseur des dépenses rendues nécessaires pour attester de la réalité des prestations.

Dans la mesure où cette obligation figure dans l'article L. 442-6 du Code de commerce, elle s'applique à toutes les rémunérations, quelle que soit la qualification de celles-ci (réduction de prix, coopération commerciale, services distincts), ce que précise d'ailleurs clairement la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 : *“La charge de la preuve du service rendu incombe ainsi au prestataire de services, qu'il s'agisse de contestations portant sur les services de coopération commerciale ou sur les services distincts. Dans les mêmes conditions, l'opérateur qui a obtenu une réduction de prix au titre des CGV/CPV, doit apporter la preuve qu'il a satisfait à ses obligations en fournissant la contrepartie de cette réduction de prix”*.