

La contractualisation des relations commerciales

Guide de lecture de la conférence de Me Denis Auber – Avocat à la cour – le 20 mai 2021

Les acteurs du marché et leurs caractéristiques

Les Ayants-droit

Les ayants-droit du médicament vétérinaire sont définis dans le Code de la santé publique et dans le Code rural et de la pêche maritime. Ces ayants-droit peuvent acquérir des médicaments vétérinaires auprès des établissements autorisés à les distribuer en gros (*exploitants, distributeurs en gros, dépositaires*) et sont habilités à délivrer des médicaments vétérinaires soumis à AMM.

Les vétérinaires

Les vétérinaires qui bénéficient du statut d'ayant-droit sont ceux mentionnés à l'article L 5143-2 2^{ème} alinéa du Code de la santé publique. Ils ne sont pas, selon les dispositions du Code rural, considérés comme des « *commerçants* ».

Ref : art R-242-33 du Code rural

Les Pharmaciens

Les pharmaciens titulaires d'une officine au sens de l'article L 5143-2 1^{er} alinéa du Code de la santé publique.

Les groupements de producteurs

Les groupements de producteurs agréés, au sens de l'article L 5143-6 du Code de santé publique, qui sont autorisés à vendre des médicaments auprès de leurs éleveurs sous certaines conditions.

Les distributeurs (3 types)

Les distributeurs en gros (*grossistes-répartiteurs*)

Ils achètent aux laboratoires et revendent aux ayants droit (*vétérinaires, pharmacies, groupements de producteurs*). Leurs obligations légales sont liées au Code de la Santé Publique (*obligations de stockage, d'approvisionnement dans les délais...*).

Ref : art R 5142-51 du Code de la santé publique

Guide de lecture contractualisation

Les dépositaires

Ce sont des logisticiens qui agissent pour le compte des fabricants. Sur le plan juridique les dépositaires agissent pour le compte des laboratoires. Le dépositaire est un intermédiaire qui n'est concerné que par le flux physique des médicaments vétérinaires. La vente réelle a lieu directement entre le laboratoire et l'ayant droit.

Les dépositaires sont définis à l'art R 5142-1 du Code de la santé publique mais ne sont pas soumis aux mêmes obligations légales que les grossistes répartiteurs.

Les centrales de référencement (CDR)

Les centrales de référencement agissent comme des intermédiaires à l'achat, elles sont les mandataires de leurs adhérents (*des cliniques, des pharmaciens...*) qui se regroupent pour obtenir de meilleures conditions commerciales pour l'achat de leurs médicaments.

Elles sont chargées de la négociation d'une offre commerciale auprès des laboratoires portant sur des produits mais également des services.

Elles n'interviennent pas dans la circulation des flux physiques de produits (*pas de vente réelle car ce ne sont pas des ayants-droit*) et fonctionnent souvent comme des centrales de services (*négociation de services pour leur propre compte*).

Ref : art 1984 et suivants du Code civil

Les autres acteurs du marché

Les laboratoires

Les laboratoires mettent sur le marché les produits. En tant que « producteurs » ils sont tenus de communiquer leurs Conditions Générales de Vente (CGV) à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle.

Ref : art L 441-6 du Code de commerce

<p>La convention unique est la formalisation de la négociation commerciale dès qu'il y a négociation des conditions de vente et de services</p>
--

Le régime applicable à la vente des médicaments vétérinaires est le régime général défini par **l'article L 441-3** du Code de commerce. Ce régime général allégé a été mis en place par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 qui a réformé le titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence de la relation commerciale et aux pratiques restrictives de concurrence.

Cet article s'applique quand il y a une permanence de la relation commerciale et qu'il y a une négociation commerciale réelle entre les parties. Le résultat de cette négociation doit être formalisée dans une convention unique avec éventuellement des contrats d'application quand le détail de

Guide de lecture contractualisation

certaines obligations n'est pas définitivement arrêté au moment de la signature (*services liés à la coopérations commerciales et aux autres obligations*).

Attention :

L'alimentation pour animaux d'agrément (aliments complets et aliments complémentaires), qui est considérée comme un produit de grande consommation, est soumise au régime spécifique de la convention unique de l'art L441-4 du Code du commerce quand elle est négociée et distribuée par des centrales d'achat ou de référencement qui interviennent pour le compte d'entreprises de commerce de détail (art L 441-4, II, alinéa 2). Cette catégorie d'acheteur concerne la distribution généraliste et spécialisée (ex : Auchan, Carrefour, Gammvert, Bricorama.....) qui n'est pas considérée par le code de commerce comme des « grossistes » relevant de l'art L 441-3.

La convention unique de l'article L 441-3 du Code de commerce devra mentionner :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, y compris les réductions de prix, et le cas échéant les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ;

2° Les services de coopération commerciale, propres à favoriser la commercialisation des produits ou services du fournisseur, que le distributeur ou le prestataire de service lui rend, ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération de ces services ainsi que les produits ou services auxquels ils se rapportent et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à l'ensemble de ces obligations.

La convention unique doit être signée avant le 1^{er} mars de chaque année

La convention unique devra être signée au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivants le point de départ de la commercialisation des produits ou des services.

Ref : Article L441-3, IV du Code de commerce

Pour les conventions de l'article L 441-3, la communication du tarif doit avoir lieu dans un « *délai raisonnable* » et avant le 1^{er} mars. Pour des raisons fiscales (*clôture des comptes*), il est préférable de communiquer les tarifs avant le 31 décembre afin de pouvoir calquer la campagne commerciale sur l'année civile.

Guide de lecture contractualisation

Attention :

Pour les produits qui relèveraient de la convention unique de l'art L 441-4 (cf supra alimentation pour animaux d'agrément) et qui seraient négociés par des acteurs de la grande distribution généraliste ou spécialisée relevant de l'art L 441-4, II, alinéa 2, le fournisseur doit communiquer ses conditions générales de vente au distributeur au plus tard trois mois avant le 1er mars.

Attention :

Pour les laboratoires qui auraient des gammes de produits relevant du décret n° 2019-1413 du 19 décembre 2019 concernant les produits de grande consommation (art D 441-9 du Code de commerce) plusieurs scénarios sont envisageables en fonction de la nature de l'acheteur.

- Si l'acheteur est un grossiste qui relève de l'art L 441-3 (grossistes répartiteurs, centrale de référencement qui n'intervient pas pour le compte d'entreprise de commerce de détail, GIE) la convention unique sera régie par les dispositions de l'art L 441-3 ;*
- Si l'acheteur est exclu de l'art L 441-3 mais relève de l'art L 441-4, II, alinéa 2, la convention unique sera régie par les dispositions de l'art L 441-4 du Code de commerce.*

La convention peut être modifiée par des avenants pendant la campagne commerciale mais sans remettre en cause l'équilibre économique globale de celle-ci (*pas de renégociation de la convention*) ;

En cas de signature d'un avenant, les nouvelles conditions entrent en vigueur immédiatement et surtout sans rétroactivité *, sinon cette pratique pourrait être assimilée à un avantage sans contrepartie ce qui est contraire aux dispositions de l'article L 442-1 1° du Code de commerce ;

** Il y a rétroactivité quand un acte juridique produit des effets à une date antérieure à sa formation (c'est-à-dire à l'accord des volontés des parties).*

De même, il est à noter que tout nouvel adhérent qui accède aux conditions négociées à sa date d'adhésion à la CDR ne bénéficie d'aucuns avantages rétroactifs qui seraient liés à des achats antérieurs de la centrale ;

Dans le cas des centrales de référencement (CDR), il est recommandé de demander la liste des adhérents qui sera annexée à la convention unique et pour lesquels la convention unique s'applique ;

L'objectif est de figer un périmètre constant pour la négociation commerciale car l'offre commerciale a été négociée avec la CDR en fonction d'un nombre déterminé d'adhérents.

Le cadre de la négociation avec les ayants-droit

Ils existent plusieurs scénarios avec les ayants-droit.

Scénario 1 : Les relations contractuelles sont durables avec, entre les parties, une négociation portant sur les conditions de vente et les services :

- Les contrats doivent être conformes aux dispositions de l'article L 441-3 du Code de commerce ;

Guide de lecture contractualisation

- Les contrats doivent être signés avant le 1^{er} mars ;

Scénario 2 : Les relations commerciales sont occasionnelles et sans réelle négociation des conditions de vente :

- Contractualisation sur la base des CGV du laboratoire ;
- Contractualisation sur la base des CGV du laboratoire avec quelques aménagements (*ex* : *RFA*).

Les Conditions Générales de Vente sont le socle de la négociation commerciale

Les Conditions Générales de Vente (CGV) sont le point de départ de la négociation commerciale :

- Article L 441-1 du Code de commerce (*contenu des CGV*) ;
- Obligation de communication les CGV à tous les acheteurs ;

Les Conditions Générales de Vente peuvent être déclinées en conditions catégorielles de vente pour répondre à différentes catégories d'acheteurs.

Les conditions catégorielles de vente

Le fournisseur définit des conditions catégorielles selon des critères [*économiques ou structurels*] objectifs afin de viser tous les opérateurs d'une catégorie et non l'un deux en particulier ;

- Exemple : CDR, distributeur en gros, plateforme internet, vétérinaires..... ;
- Les conditions catégorielles ne sont pas soumises à l'obligation de communication générale prescrite dans l'article L 441-1 du Code de commerce ;

Attention si une catégorie ne saurait être conçue pour un seul acheteur en particulier, il est cependant légal d'avoir une catégorie de clientèle avec un seul client dans cette catégorie (*par exemple les super centrales...*) [Rapport d'activité de la CEPC pour 2009/2010 page 143].

Le référencement des produits et la négociation des prix

Rappel de la réglementation existante en matière de tarifs : principe de la liberté tarifaire des opérateurs économiques pour définir leurs tarifs ;

Article L 410-2 du Code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.....* » ;

Les négociations commerciales se déroulent sur la base du tarif du laboratoire qui est communiqué aux acheteurs dans un « délai raisonnable » avant le 1^{er} mars ;

Le tarif à communiquer est celui en vigueur au moment de la négociation commerciale (*art L 441-1 du Code de commerce : socle de la négociation commerciale*) ;

Guide de lecture contractualisation

Un nouveau tarif peut être diffusé pendant la campagne commerciale sous réserves :

- Qu'il ne soit pas rétroactif ;
- Qu'un délai de prévenance soit prévu pour son application.

Entrée en vigueur des avenants et des tarifs

On peut modifier la convention unique en cours d'année en signant des avenants qui vont introduire de la souplesse dans le mécanisme contractuel ;

Les limites de la modification de la convention unique :

- L'équilibre commercial initial de la convention doit être conservé ;
- Pas de soumission ou de tentative de soumission de l'une des parties à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations ;

Rappel : la nouvelle clause ou l'avenant va entrer en vigueur seulement à partir de la date de sa signature ;

Attention pas de rétroactivité des tarifs et des remises, ristournes et accords de coopération commerciale (*contraire aux dispositions de l'art L 442-1 1° du Code de commerce*) ;

Rappel de l'article L 441-3 III V : la date d'entrée en vigueur des différentes obligations est concomitante avec celle du prix convenu (*pas d'entrée en vigueur décalée des différentes obligations contenues dans la convention unique*).

Les services : Coopération commerciale et les autres obligations

Il convient toujours lors de la signature de la convention de vérifier la qualité du signataire des accords de services :

- **Le signataire intervient comme un mandataire :**
 - Le service est négocié par le mandataire (*centrales de référencement*) pour le compte de ses adhérents ;
 - Le service est réalisé par les adhérents ;
 - C'est l'adhérent qui est rémunéré pour le service ;
- **Le signataire intervient comme un co-contractant :**
 - Le service est négocié et réalisé par la centrale ou le grossiste répartiteur en son nom et pour son propre compte ;
 - C'est la centrale ou le grossiste qui est rémunérée (*ex : études statistiques*).

Guide de lecture contractualisation

La valeur des services résulte de la négociation entre les parties

La valeur du service résulte de la négociation commerciale dans le respect des dispositions de l'article L 441-3 III du Code Commerce ;

La valeur doit être déterminée entre les parties pendant les négociations commerciales ;

Aucun barème de services ne peut être établi et servir de base à la négociation car cela entre dans le domaine de la libre négociation cependant les obligations suivantes doivent être respectées :

- **La rémunération doit être proportionnée au regard de la valeur du service rendu ;**
- **La rémunération doit correspondre à un service réel (*prohibition des services fictifs*) ;**

Les services peuvent être évalués en valeur absolu ou en % du CA, ils doivent toujours faire l'objet d'une facturation séparée ;

Conformément aux dispositions de l'article L 441-3 du Code de commerce, la convention précise « l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution » ainsi que la rémunération afférente à l'ensemble de ces obligations ;

Attention :

- *Les services ne sont pas des remises déguisées ;*
- *Les services sont facturés et réglés normalement après leur réalisation effective.*

Les risques de sanctions :

Article L 442-1 du Code du Commerce : *« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :*

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie» ;

Art L 441-6 du Code de commerce : *amende administrative de 375.000 €*

La preuve de la signature de la convention unique peut être apportée par tout moyen

Article 1367 du Code Civil / signature électronique des documents commerciaux : *« La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve

Guide de lecture contractualisation

contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat » ;

S'agissant de contrats commerciaux la preuve peut être apportée par tout moyen. C'est à la partie qui conteste la signature d'apporter la preuve de l'existence d'une falsification ;

Exemples de moyens utilisables : un document signé par les parties, scanné et transmis par voie électronique (*courriel*) avec identification des émetteurs successifs, signature électronique au moyen d'un logiciel ou d'une application spécifique.

Rappel sur la globalisation du chiffre d'affaires et ses conséquences sur les services

La pratique de la globalisation du chiffre d'affaires a été intégrée dans l'art L 442-6, I, 1° du Code de commerce dans la version antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ;

Cette pratique a été pour la première fois mentionnée dans la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales puis insérée dans le code de commerce par la loi n° 2005-882 du 2 août du 2005 (*art L 442-6, I, 1° ancienne version*) ;

- Attention en cas de globalisation de chiffre d'affaires, **les services doivent être réels et correspondre à une véritable politique commune de services entre les structures agrégées ;**
- Sinon risque important de sanction en cas de contrôle pour services fictifs.

Les conventions uniques conclues dans le cadre des relations commerciales ne sont pas à déclarer en transparence

Les conventions uniques conclues dans le cadre des relations commerciales (*article L 441-3 du Code de commerce*) ne sont pas à déclarer en transparence incluant les prestations de service qui seront négociées et exécutées dans le cadre de ces conventions.

Circulaire de la DGS : « *Certaines conventions sont cependant exclues de l'obligation de publicité. En effet, le législateur n'a pas entendu inclure les conventions conclues dans le cadre des relations commerciales (articles L.441-3 => L.441-9 et L.441-7 => L.441-3 du Code de commerce). Sont ainsi écartées du dispositif de transparence les conventions qui ont pour objet l'achat de biens ou de services auprès des entreprises soumises au présent dispositif. Par ailleurs, ces achats font l'objet d'une facturation conformément à l'article L. 441-3 => L.441-9 du Code de commerce* ».
