

FLASH INFO

L'avis de la CEPC sur les conditions d'octroi des RFA

La Commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC ») a rendu public le 6 novembre 2017 son avis n°17-10 du 21 septembre 2017 (www.economie.gouv.fr/cepc) sur les conditions d'octroi des remises de fin d'année (« RFA ») selon lequel :

- Les parties peuvent librement convenir de réductions de prix conditionnées à l'atteinte d'un objectif de chiffre d'affaires, lequel doit être clairement et préalablement défini dans la convention écrite (annuelle, biannuelle ou trisannuelle) ;
- L'atteinte de cet objectif constitue une obligation de résultat pour le distributeur ;
- Seule l'atteinte de cet objectif rend exigible la RFA, et à défaut, le distributeur ne peut en exiger le « versement » et le fournisseur n'est pas tenu de la « verser » ;
- Néanmoins, le fournisseur peut consentir à « payer » cette RFA en tout ou partie en considération des efforts mis en œuvre par le distributeur pour aboutir au résultat contractuellement défini ou si des conditions exogènes permettent de justifier la non atteinte de l'objectif fixé.

Dans ce dernier cas, la CEPC préconise de formaliser un avenant à la convention écrite qui redéfinisse les modalités de versement de la RFA en justifiant de manière objective des nouvelles conditions d'obtention de la remise, et ce sous réserves d'une part, que le fournisseur y consente librement et, d'autre part, que cela ne constitue pas un avantage disproportionné ou sans contrepartie ni un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (pratiques prohibées par l'article L.442.6 du code de commerce).

Malgré ces réserves formelles, cet avis de la CEPC se démarque de la jurisprudence *GALEC* de la Cour d'appel de Paris sur les conditions d'octroi et de paiement des RFA qui avait notamment considéré que l'obtention de RFA sans contrepartie constituait un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6 -I 2^{ème} du code de commerce.

Pour mémoire, la Cour d'appel de Paris (*CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251*) approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 janvier 2017 (*Cass. Com., 25 janvier 2017, n°15-23.574*) avait considéré que la RFA du *GALEC* supportée par les fournisseurs constituait un déséquilibre significatif, et donc une pratique prohibée, dès lors que l'objectif de chiffre d'affaires à atteindre n'était pas précisé au contrat ou qu'il était nettement inférieur à celui réalisé l'année précédente ou à l'année durant laquelle la RFA était due.

En revanche, la Cour d'appel avait admis le principe que la RFA puisse faire l'objet d'un paiement par acomptes mensuels anticipés, à la double condition que ces acomptes soient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel aussi proche que possible du chiffre d'affaires annuel effectivement réalisé et qu'ils soient versés après que les marchandises livrées aient été payées.

Dans l'avis précité, la CEPC commence par indiquer que l'atteinte de l'objectif de chiffre d'affaires par le distributeur constitue une obligation de résultat pour qu'il puisse bénéficier de la RFA du fournisseur. Ce faisant, elle se situe dans le prolongement de la jurisprudence *GALEC* sur la nécessité d'une contrepartie réelle à l'octroi de la RFA.

Elle relève en outre qu'à défaut d'atteindre l'objectif de chiffre d'affaires, la remise n'est pas exigible : le fournisseur n'est donc pas tenu de la verser au distributeur, qui n'est pas en droit de l'exiger.

Il convient de noter qu'avec cette dernière assertion, d'aucun pourrait penser qu'à la différence de la Cour d'appel de Paris, la Commission n'admet pas la possibilité d'un paiement anticipé de la RFA par acomptes mensuels.

Mais, là où l'avis de la CEPC semble se démarquer réellement de la jurisprudence *GALEC*, c'est lorsqu'il énonce qu'au nom de la liberté contractuelle, le fournisseur a la faculté - au regard des efforts fournis par le distributeur ou des conditions de marché défavorables - d'accorder la RFA en tout ou partie, et ceci quand bien même les objectifs assignés à l'acheteur ou au distributeur n'auraient pas été atteints.

En acceptant que la RFA puisse être accordée sans que l'objectif de chiffre d'affaires préalablement fixé entre les parties soit atteint, en vertu du principe de la liberté contractuelle, la CEPC ouvre une nouvelle « boîte de Pandore ».

Selon la Commission, cette possibilité de déroger à « l'obligation de résultat » que constitue l'atteinte du chiffre d'affaires contractuellement fixé serait admissible en considération :

- soit des efforts fournis par le distributeur, qui de bonne foi doit avoir tout mis en œuvre pour aboutir au résultat contractuellement défini,
- soit de conditions de marché défavorables constituant des éléments exogènes, ayant empêché l'atteinte de l'objectif.

De ce point de vue, cette position de la Commission prend le contrepied de la jurisprudence précitée de la Cour d'appel de Paris, puisqu'elle pourrait aboutir in fine à l'octroi de la RFA sans réelle contrepartie.

De deux choses l'une, soit la clause de RFA s'analyse comme une « obligation de résultat » et la non réalisation de l'objectif de chiffre d'affaires contractuellement fixé interdit l'octroi de la RFA, quelles qu'en soient les raisons, soit elle s'analyse comme une « obligation de moyens » et il est alors possible d'intégrer dans l'appréciation de l'exécution de l'obligation par le distributeur des éléments exogènes, comme le suggère la CEPC.

De plus, la solution préconisée par la CEPC de formaliser par un avenant à la convention écrite « *la révision des modalités de versement de cette remise, en justifiant les raisons ayant amenées le fournisseur à considérer que celle-ci pouvait être versée en tout ou partie* » n'est pas sans soulever des difficultés juridiques et factuelles.

En effet, sur le plan juridique, il faut s'interroger sur la possibilité de conclure un tel avenant, qui reviendrait à permettre au fournisseur de renoncer à la condition de son engagement, à savoir l'atteinte de l'objectif de chiffre d'affaires.

Il convient de rappeler que l'engagement du fournisseur de consentir une RFA à son acheteur ou à son distributeur est une obligation conditionnelle (ce qui détermine le régime de la remise elle-même qui est une ristourne conditionnelle et obéit de ce fait à certaines règles notamment de facturation).

Selon l'article 1304 alinéa 1 du code civil (applicable depuis le 1^{er} octobre 2016) « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain* ». La condition affecte ainsi l'existence même de l'obligation de sorte que pendant longtemps la doctrine et la jurisprudence ont considéré que la défaillance de la condition anéantissait l'engagement.

Toutefois le nouvel article 1304-4 du code civil (applicable depuis le 1^{er} octobre 2016) dispose que « *Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie* ».

En l'occurrence, la condition stipulée dans la clause de RFA, à savoir l'atteinte d'un chiffre d'affaires, n'est pas stipulée dans l'intérêt exclusif du fournisseur mais dans l'intérêt des deux parties ce qui ne permet pas d'y renoncer unilatéralement.

Certes, le fait qu'une condition soit stipulée dans l'intérêt des deux parties n'empêche pas toute renonciation : il faut simplement que les deux parties y consentent.

Mais peut-on encore renoncer à une condition qui a défailli, comme ce sera souvent le cas en l'espèce, c'est-à-dire après avoir constaté que l'objectif de chiffre d'affaires n'a pas été atteint ?

L'article 1304-4 du code civil s'y oppose clairement, puisque la renonciation ne peut intervenir que si la condition est stipulée dans l'intérêt exclusif de celui qui y renonce et tant que la condition n'est pas accomplie.

Le rapport au Président de la République sur la réforme du droit des obligations souligne à cet égard qu'il en résulte a contrario que la renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition et il ajoute de façon surprenante que « *Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant.* »

Mais dans ce cas, il ne saurait être question de réviser « *des modalités de versement de cette remise* », puisque l'engagement de consentir une RFA a été anéanti par la défaillance de la condition portant sur le chiffre d'affaires à atteindre.

La clause de RFA étant « automatiquement anéantie », l'avenant préconisé par la CEPC devra alors s'analyser comme la conclusion d'une nouvelle clause de RFA mais qui se heurtera alors à la prohibition des remises rétroactives (article L.442-6 II a) du code de commerce).

Sans parler du risque important de voir annuler cette nouvelle clause de RFA au regard du déséquilibre significatif, même si l'avis précise bien que le fournisseur doit « *y consentir librement en l'absence de toute contrainte et de toute pression ou menaces qui résulteraient du distributeur ...* ».

Il s'agit d'une exigence qui se heurtera nécessairement au contexte dans lequel interviendra cette « révision » des conditions d'octroi de la RFA de l'année écoulée.

En effet, la signature d'un avenant dérogeant à la convention annuelle ou pluriannuelle pour fixer un nouveau chiffre d'affaires et les nouvelles conditions d'octroi de la RFA, tenant compte de l'évolution défavorable du marché, ne pourra intervenir avant le 31 décembre alors que dans le même temps les parties seront en négociation sur les nouvelles conditions commerciales applicables au 1^{er} mars de l'année suivante.

L'on devine aisément le contexte de signature d'un tel avenant, destiné à régler au sens propre comme au sens figuré la RFA de l'année écoulée.

Il faut certes se féliciter de la volonté réaffirmée de la CEPC de maintenir le principe de la liberté contractuelle dans un domaine où la jurisprudence cherche à étendre le rôle du juge dans l'appréciation de l'équilibre des droits et obligations des parties au contrat.

Pour autant, s'agissant de l'obligation d'atteindre le chiffre d'affaires pour bénéficier de la RFA, qualifiée à juste titre d'obligation de résultat par la CEPC, le principe de la liberté contractuelle ne peut être invoqué à seule fin de permettre aux parties de renégocier ce qui n'est plus négociable.