

Un fournisseur et un client peuvent-ils négocier directement des accords de prix, tout en confiant l'opération de vente à des distributeurs ?

13/05/25

De plus en plus de directions d'achats de clients grands comptes demandent à négocier directement des prix de vente avec les fournisseurs mais souhaitent que la distribution et la livraison se fassent par un ou plusieurs des distributeurs des fournisseurs. L'intérêt est double pour le client : il peut obtenir auprès du fournisseur l'assurance de prix plus bas grâce à une négociation menée sur la base de ses volumes d'achat, tout en bénéficiant des services de proximité proposés par les distributeurs en matière de logistique et de livraison (proximité locale des lieux de stockage, services de livraison en quelques heures directement sur un chantier, etc.).

C'est ce qui explique qu'en pratique, ces accords soient fréquents et même incontournables dans de nombreux secteurs B to B.

La difficulté consiste dans le fait que le droit de la concurrence, tel qu'il est interprété et appliqué par l'Autorité de la concurrence, expose les parties, fournisseurs et distributeurs, à des risques très importants d'amendes si le schéma commercial n'est pas mis en œuvre conformément à la grille d'analyse de l'Autorité de la concurrence.

La récente décision rendue dans le secteur du matériel électrique basse tension illustre les risques encourus du fait de l'analyse très dogmatique en la matière (décision n°24-D-09 du 29 octobre 2024).

Cette décision illustre la difficulté de l'Autorité à comprendre pourquoi les ventes ne sont pas effectuées directement par les distributeurs sans intervention du fournisseur dans la négociation du prix avec les clients finals. Cette vision peut à certains égards sembler déconnectée car en réalité ce sont les clients finals qui mettent en concurrence les fournisseurs, et exigent qu'ils s'engagent sur des prix bas, tout en réclamant le bénéfice d'un niveau élevé de services logistiques que seuls des distributeurs présents au niveau local sont en mesure de proposer.

Comme, de façon générale, le schéma juridique mis en œuvre associe une vente du fournisseur aux distributeurs puis une revente des distributeurs aux clients finals, l'Autorité est tentée de voir dans ce schéma une pratique de prix fixes et de la condamner lourdement.

Même si la qualification d'entente retenue dans cette décision est critiquable et sera examinée par la Cour d'appel de Paris, et espérons-le, corrigée, il convient d'être très prudent en la matière et d'adopter un schéma permettant de répondre aux exigences commerciales et aux contraintes juridiques du droit de la concurrence tel qu'il est appliqué aujourd'hui en France par l'Autorité de la concurrence.

Quatre voies sont possibles en pratique pour tenter de résoudre la difficulté exposée ci-dessus.

1. Le recours à une négociation de prix de revente conseillés ou de prix de revente maximums

En principe, un tel schéma devrait échapper à la prohibition des prix fixes ou minimums interdits. Les fournisseurs et distributeurs de matériel électrique qui y ont eu recours ont néanmoins été condamnés par l'Autorité de la concurrence. Même si cette condamnation apparaît infondée, il convient d'être conscient de la facilité extrême avec laquelle l'Autorité requalifie des prix maximums imposés ou conseillés parfaitement licites en prix fixes illicites.

Il convient donc de redoubler de prudence et d'adopter notamment les précautions suivantes, même si elles vont au-delà de ce qu'une application cohérente du droit de la concurrence exigerait :

- toute la documentation contractuelle (et tous les échanges entre les parties) doit faire apparaître clairement que les prix négociés entre le fournisseur et les clients finals sont des prix maximums ou des prix conseillés, et que le client final et le distributeur ont toute latitude pour négocier des baisses de prix par rapport au prix maximum ou au prix conseillé par le fournisseur ; ces règles doivent être notamment mentionnées à la fois dans les contrats avec les clients finals et dans les contrats avec les distributeurs en charge de leur exécution ;

- aucun document, aucun mail, aucune déclaration, aucune prise de position, même purement subjective, ne doit donner l'impression d'un prix pouvant être considéré, même indirectement, comme fixe, ou de l'absence d'intérêt de baisser les prix compte tenu du fait que les prix maximums ont été négociés directement avec le client ;

- le fournisseur ne doit pas chercher à prendre connaissance des prix de revente effectivement pratiqués par le distributeur ; en cas d'octroi d'aides à la vente (afin de permettre aux distributeurs de pratiquer des prix plus bas envers les clients finals bénéficiant d'une négociation directe), si l'octroi de ces aides nécessite un contrôle de l'absence de fraude, il convient de faire procéder à ce contrôle de préférence par un auditeur externe qui ne rendra pas compte au fournisseur des prix de revente effectifs mais uniquement de l'absence de fraude ou des fraudes constatées.

2. Le recours à des contrats dits « d'exécution »

Les nouvelles Lignes directrices verticales de la Commission ont consacré une exception à la prohibition des prix fixes ou minimums imposés sous la forme de « contrats d'exécution » par un distributeur de contrats conclus directement par le fournisseur avec le client final.

Les conditions à remplir sont cependant très restrictives comme cela ressort du point 193 des Lignes directrices :

« Dans le cadre d'un contrat d'exécution, le fournisseur conclut un accord vertical avec un acheteur aux fins de l'exécution d'un contrat de fourniture conclu antérieurement entre le fournisseur et un client

spécifique. Lorsque le fournisseur sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur n'est pas une pratique de prix de vente imposés. Dans ce cas, le prix de vente imposé dans le contrat d'exécution ne restreint pas la concurrence pour la fourniture des biens ou des services au client ni la concurrence pour la fourniture des services d'exécution. C'est le cas, par exemple, lorsque des clients achètent des biens à une entreprise active dans l'économie des plateformes en ligne qui est exploitée par un groupe de détaillants indépendants sous une marque commune et que cette entreprise détermine le prix de vente des biens et transmet des commandes aux détaillants en vue de leur exécution. En revanche, lorsque le client sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur peut restreindre la concurrence pour la prestation des services d'exécution. Dans ce cas, l'imposition d'un prix de vente peut équivaloir à une pratique de prix de vente imposés. »

Il faut donc pour éviter tout risque :

- pouvoir documenter l'existence du contrat de fourniture primaire (entre le fournisseur et le client final) et du contrat d'exécution ;

- que le fournisseur désigne un seul distributeur (généralement d'un commun accord avec le client final) pour exécuter le contrat qu'il a conclu avec le client final.

Le recours au contrat d'exécution apparaît contre-intuitif à nombre d'opérateurs puisqu'il aboutit à exonérer du droit des prix imposés une forme contractuelle bien moins concurrentielle que le schéma précédent où le client final a le choix entre plusieurs distributeurs

et peut faire jouer la concurrence entre eux après avoir optimisé sa négociation initiale avec le fournisseur.

La prudence s'impose à l'égard de ce nouveau schéma : il est certes reconnu depuis peu par la Commission européenne mais les tribunaux ne se sont pas encore exprimés à son sujet.

3. Le recours à des contrats d'intermédiation (agence, commissionnement)

Plutôt que de recourir à des contrats de vente et de revente, l'on peut être tenté d'avoir recours à des intermédiaires constituant des agents véritables (genuine), qu'il s'agisse selon les catégories du droit commercial d'agents commerciaux ou de commissionnaires à la vente auxquels on imposera le prix de revente aux clients finals.

La formule est séduisante mais n'est pas sans inconvénients. En premier lieu, les agents relevant du statut légal des « agents commerciaux », dont le champ d'application est de plus en plus large, bénéficient d'une protection juridique très élevée. En droit français, sauf faute particulièrement grave, ils bénéficient en cas de résiliation ou de non-renouvellement de leur contrat d'une indemnité de deux années de commissions et rémunérations moyennes ; une indemnité est due même en cas de rupture pendant la période d'essai. Le recours au contrat de commission (qui échappe en principe au domaine d'application du statut des agents commerciaux) peut faire l'objet d'une requalification éventuelle s'il est considéré qu'il s'agit en réalité d'un contrat d'agence.

En deuxième lieu, pour que l'agent au sens du droit de la concurrence

soit considéré comme « genuine », il faut qu'il ne coure aucun ou quasiment aucun risque important (risque de stock, risque crédit, risque d'impayés des clients, etc.), ce qui, si l'on veut échapper au risque de prix imposés par ce biais, impose la prise en charge de coûts pouvant être élevés et un risque de demandes de dommages-intérêts ex post sur le fondement d'une compensation insuffisante des coûts.

Enfin, un tel schéma fait peser des coûts importants sur le fournisseur : le coût de la prestation bien sûr, auquel s'ajoutent la nécessité de mettre en place des services d'avant-vente et d'après-vente très étoffés, la prise en charge de risques multiples (risque crédit, risque d'impayés, etc.).

4. Le recours à de purs contrats de prestations de services logistiques

Compte tenu de ces difficultés, pourquoi ne pas avoir simplement recours à un logisticien prestataire de services payé à la prestation ? Toutefois, le plus souvent, les distributeurs jouent des rôles multiples et sont souvent multimarques et multiproduits. Les clients font généralement appel aux distributeurs pour la vente de produits multiples, provenant de marques différentes. Dans ces conditions, il sera très difficile à un distributeur de gérer des stocks multiples soumis à des statuts différents : ses stocks propres, avec un niveau de contrainte plus ou moins important en fonction des marques, des stocks sous dépôt qui lui seraient confiés par des fournisseurs dans le cadre d'une prestation de services, etc. Le contrat de vente constitue dans ce cas souvent le seul instrument juridique permettant d'exercer toutes ces fonctions, de manière simple, cohérente et surtout efficiente.

