

Le Cabinet **MG Avocats**  
vous présente  
ses meilleurs vœux pour l'année 2009

## S o m m a i r e

---

**2** LOI DE MODERNISATION DE L'ECONOMIE  
- AN I - Dispositions relatives aux relations  
industrie/commerce

*par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy  
et Nathalia Kouchnir-Cargill*

**30** L'analyse économique des marges arrière

*par Nathalie Daley, docteur en économie de  
l'Ecole des mines de Paris - consultante du  
cabinet Microeconomix, cabinet d'analyse  
économique appliquée au droit de la concurrence*

**33** Annexes :

- Instruction fiscale du 18 novembre 2008
- Avis de la CEPC en date du 22 décembre 2008
- Questions/réponses (« FAQ ») mises en ligne le 29 décembre 2008 par la DGCCRF

**60** Quelques informations



# LOI DE MODERNISATION DE L'ECONOMIE - AN I -

## Dispositions relatives aux relations industrie/commerce

par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Nathalia Kouchnir-Cargill

L'année 2009 sera donc la première année d'application des dispositions introduites par la Loi de Modernisation de l'Economie « LME » du 4 août 2008<sup>1</sup>.

Les négociations commerciales pour 2009 ont débuté tardivement, compte tenu des très nombreuses incertitudes liées à l'application des nouvelles dispositions, dont l'apprentissage ne fait que commencer pour l'ensemble des opérateurs économiques, en ce début d'année 2009.

D'ores et déjà, force est de constater que la négociation commerciale 2009 repose sur deux fondamentaux, à savoir, **en premier lieu**, les conditions de vente et toutes les conditions de vente, qu'il s'agisse de conditions générales, catégorielles ou surtout particulières de vente qui intègrent désormais la rémunération des anciens services distincts et, **en second lieu**, les prestations de coopération commerciale, dont la rémunération est manifestement en forte chute, la LME portant ses fruits à cet égard, en ayant pour effet d'induire une remontée sur facture, sous forme de remises ou de ristournes, de conditions particulières de vente, entraînant de facto une diminution des budgets de coopération commerciale.

On est donc bien face à un transfert effectif de marge arrière en marge avant.

L'objectif recherché avec la publication de cette « *Lettre du Cabinet* » est de permettre aux opérationnels, mais aussi aux praticiens du droit, dans leur ensemble, de disposer d'un guide pratique répondant aux questions qu'ils se posent quotidiennement.

A cet effet, sont reproduits en annexes l'instruction fiscale du 18 novembre 2008, l'avis de la CEPC en date du 22 décembre 2008 et enfin les questions/réponses [FAQ] mises en ligne le 29 décembre 2008 par la DGCCRF.

La présente « *Lettre du Cabinet* » vient donc compléter celle diffusée par notre Cabinet au cours du mois de septembre 2008, dont l'objet était de présenter, de manière beaucoup globale, l'ensemble des dispositions de la LME consacrées au droit de la concurrence, de la distribution et de la consommation.

Seront successivement envisagées la nouvelle négociation commerciale (I) reposant, d'une part et principalement sur la libre différenciation tarifaire

(I.1) intégrant les autres obligations correspondant aux anciens services distincts (I.2), et, d'autre part, la rémunération de services de coopération commerciale (I.3), éléments constitutifs du plan d'affaires annuel (I.4), avant d'aborder les limites à la libre négociabilité des tarifs et la sanction des abus (I.5), et de terminer sur les sanctions (I.6).

Seront envisagées, dans un second temps, la réforme des délais de paiement et la vraie problématique de l'applicabilité des dispositions de la LME aux ventes internationales de marchandises (II).

Pour conclure cette « *Lettre du Cabinet* », Nathalie Daley, consultante et économiste au sein du Cabinet Microeconomix, a bien voulu nous donner son analyse économique des marges arrière.

### I. LA MODIFICATION DU CADRE LEGAL DE LA NEGOCIATION COMMERCIALE

I.1 LA NOUVELLE NEGOCIATION COMMERCIALE REPOSE FONDAMENTALEMENT SUR LES CONDITIONS GENERALE DE VENTE (CGV) DU FOURNISSEUR QUI PEUVENT ETRE DECLINEES PAR CATEGORIE DE CLIENTÈLE (CONDITIONS CATEGORIELLES DE VENTE OU CCV) ET SURTOUT COMPLETEES PAR DES CONDITIONS PARTICULIERES DE VENTE (CPV) :

I.1.1 LES CONDITIONS GENERALES DE VENTE «CGV» :

■ **Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :**

«1. *Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :*

2. *les conditions de vente* ;
3. *le barème des prix unitaires* ;
4. *les réductions de prix* ;
5. *les conditions de règlement*».

■ **Avis de la CEPC :**

**CGV REFUSES : Est-il légal de refuser, avant l'ouverture des négociations, les CGV y compris les barèmes?**

*Non, la négociation commerciale a pour «socle» les CGV et barèmes du fournisseur. Les refuser avant l'ouverture de la*

<sup>(1)</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (JORF du 5 août 2008).

*négociation revient à ne pas vouloir traiter avec ce fournisseur.*

**NEGO CGA : Est-il légal d'imposer à son fournisseur des conditions générales d'achat à la place des CGV ?**

*Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties.*

*Les cocontractants peuvent donc légalement décider, d'un commun accord, d'écartier pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6 du code de commerce.*

**NEGO CLAUSES : Est-il légal de signer un contrat dans lequel est écrit : «les présentes conditions d'achat s'appliquent à l'exclusion de toutes autres conditions générales de vente ou d'achat figurant sur les documents du fournisseur et notamment ses CONDITIONS GENERALES DE VENTE» ? :**

*Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties.*

*Les cocontractants peuvent légalement décider, d'un commun accord, d'écartier pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6 du code de commerce.*

**Nos observations :**

**Attention ! Les CGV demeurent et doivent demeurer le socle de la négociation commerciale, autrement dit le point de départ de la négociation du contrat de vente entre le vendeur et l'acheteur !**

**Attention également sur le plan tarifaire !**

Si la négociabilité des tarifs est actée par les nouvelles dispositions de l'article L.442-6-I du Code de commerce de par la suppression de tout rappel à l'ancienne infraction civile sanctionnant la discrimination abusive, pour autant, le principe de transparence tarifaire subsiste donc au sein de cet article.

Il eut été préférable, dans la logique du principe de négociabilité des tarifs, de supprimer purement et simplement cette notion de transparence tarifaire, en ne contraignant plus le fournisseur ou vendeur de manière très générale à communiquer ses conditions générales de vente et à ce titre ses tarifs et barèmes de remises et ristournes.

Tel n'est pas le cas puisque l'article L.441-6 du Code de commerce fait toujours obligation aux fournisseurs/vendeurs de communiquer leurs tarifs et barèmes de remises et ristournes, et donc de prévoir de tels éléments dans un document écrit communicable.

Et pour autant, la négociabilité des tarifs aboutira ni plus ni moins et progressivement à des tarifs individualisés par client, même si le tarif général du fournisseur ne changera pas !

La démonstration en sera faite au fur et à mesure.

**✓ Conditions générales de vente et tarifs :**

**Affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs par la suppression de l'interdiction per se de la discrimination tarifaire auparavant prévue par l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce !**

Ces nouvelles dispositions s'inscrivent dans la droite ligne des conclusions des rapports Attali du 23 janvier 2008 et Hagelsteen du 7 février 2008 prônant une libéralisation quasi totale de la négociation commerciale, qui se rapprochera ainsi de ce qui se passe dans les pays anglo-saxons.

Rappelons que selon les deux rapports précités, l'interdiction des pratiques discriminatoires abusives prévue depuis des dizaines d'années en France aurait freiné la différenciation tarifaire et l'absence de négociabilité des conditions de vente par la conjonction des dispositions des articles L.441-6 et L.442-6-I-1° du Code de commerce, réduisant ainsi la concurrence entre les distributeurs. En outre, en empêchant la négociation individualisée des tarifs, cette non-négociabilité des tarifs aurait incité les fournisseurs et les distributeurs à privilégier la négociation de «**marges arrière**», non réintégrables dans les prix de revente aux consommateurs.

L'objectif affiché du gouvernement est bien de mettre un terme définitif au système des marges arrière : «*Cette réforme va permettre aux fournisseurs de négocier librement des tarifs et les consommateurs auront accès à plus de supermarchés et donc aux prix les plus bas*»<sup>2</sup>.

Afin de limiter quelque peu cette libre négociabilité, l'Assemblée Nationale, dans la nuit du 12 au 13 juin, a cependant introduit dans le nouveau texte l'amendement Charié, contraignant, à minima, les parties à préciser dans la convention annuelle les obligations auxquelles elles se sont engagées en vue de fixer le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale.

Cette limite peut apparaître relative car le texte ne réintroduit pas – mais ce n'était pas sa vocation – une dose de discrimination abusive sanctionnable, mais simplement l'obligation de justifier **globalement** les dérogations tarifaires obtenues par les distributeurs/acheteurs ; **point de contrepartie à la ligne** ; il est donc possible à un acheteur de motiver **globalement** ses demandes de dégradations tarifaires par un ensemble de justifications qualitatives et/ou quantitatives !

<sup>2</sup> Intervention le 28 avril 2008 du Ministre de l'économie, Madame Christine Lagarde lors de la présentation du projet de loi de modernisation de l'économie.

La logique de ce texte est donc bien la même que celle qui sous-tend les nouvelles dispositions sur le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (cf. nos observations infra sous I.5).

Le texte finalement adopté tente un compromis entre les intérêts des fournisseurs et des distributeurs, mais sans parvenir à éviter le déséquilibre, pourrait-on dire significatif, qui risque de se matérialiser entre industriels / fournisseurs et distributeurs / acheteurs.

Cette négociabilité des tarifs devait passer nécessairement par un assouplissement du régime des conditions particulières de vente qui ne pouvaient être accordées que pour autant qu'elles aient été justifiées par la spécificité du ou des services rendus par le distributeur (les termes de «**services rendus**» étaient maladroits et visaient tout autant le qualitatif que le quantitatif !).

#### I.1.2 LES CONDITIONS GENERALES DE VENTE «CGV» :

##### ■ Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :

«7. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestations de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa».

##### ■ Avis de la CEPC :

**NEGO CPV: Est-il légal d'accepter les CPV imposées par l'acheteur? Abus ou déséquilibres manifestes ?**

*Non, les conditions particulières de vente viennent, au cours de la négociation, s'ajouter aux conditions générales de vente du fournisseur. Imposer des CPV à son fournisseur peut s'apparenter à un abus prévu dans l'article L.442-6 I 4°: «Obtenir ou tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou services ne relevant pas des obligations d'achat-vente.*

##### Nos observations :

Allant toujours dans le sens de la libre négociabilité des tarifs et donc de l'absence de contrepartie, le texte supprime la motivation des conditions particulières de vente.

Ces conditions particulières de vente n'ont, bien entendu, pas à être communiquées, mais tel était déjà le cas.

✓ Les conditions particulières de vente n'ont plus à être motivées en droit, mais en fait elles le peuvent toujours, les fournisseurs/vendeurs ayant parfaitement le droit de demander des contreparties à celles-ci !

En tout état de cause, les conditions générales de vente complétées/prolongées ou non de conditions particulières de vente, peuvent faire l'objet d'une segmentation par canal de distribution, là encore avec davantage de souplesse, ainsi que le démontre la nouvelle rédaction de l'article L.441-6 du Code de commerce.

#### I.1.3 LES CONDITIONS GENERALES DE VENTE «CGV» :

##### ■ Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :

«6. Les conditions générales de vente peuvent être différencierées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestations de services d'une même catégorie».

##### ■ FAQ de la DGCCRF :

*Quel sens donner aujourd'hui aux CGV catégorielles dans le contexte nouveau de la négociabilité des tarifs ?*

*«Les CGV catégorielles répondent au souhait de certains fournisseurs de définir par avance plusieurs socles de négociation selon le type de partenaires. Ces fournisseurs sont désormais responsables de la définition des catégories mais naturellement ces catégories doivent répondre à des critères objectifs qui permettent de viser tous les opérateurs répondant à ces critères. Une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur en particulier.*

*La notion de CGV catégorielles emporte une conséquence en matière de communication : celles-ci font l'objet d'une communication vis-à-vis des seuls clients relevant de la catégorie concernée».*

##### ■ Avis de la CEPC :

**CGV CATEGORIELLES : Est-il légal d'appliquer pour un même groupe, des CGV catégorielles différentes par exemple des CGV GMS et des CGV magasins de proximité ?**

*Oui. Si ces catégories, si ces magasins, sont détenus par la même entité juridique, le fournisseur devra organiser contractuellement le contrôle de la destination des marchandises commandées.*

**CGV CATEGORIELLES : Est-il légal de fonder la négociation commerciale à partir des CONDITIONS GENERALES DE VENTE de la catégorie A si le client appartient à la catégorie B ?**

*Non, sinon, il n'y aurait plus d'intérêt à catégoriser des CGV. D'ailleurs, la loi le précise : les CGV catégorielles n'ont à être communiquées qu'aux clients de la catégorie concernée, ce qui implique que le fondement de la négociation soit réservée exclusivement à ces clients.*

**CGV CATEGORIELLES : Quel sens donner aujourd'hui aux CONDITIONS GENERALES DE VENTE catégorielles dans le contexte nouveau de la négociabilité des tarifs ?**

*Les CGV catégorielles répondent au souhait de certains fournisseurs de définir par avance plusieurs socles de négociation selon le type de partenaires. Ces fournisseurs sont désormais responsables de la définition des catégories mais naturellement ces catégories doivent répondre à des critères objectifs qui permettent de viser tous les opérateurs répondant à ces critères. Une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur en particulier.*

*La notion de CGV catégorielles emporte une conséquence en matière de communication : celles-ci font l'objet d'une communication vis-à-vis des seuls clients relevant de la catégorie concernée.*

**CGV CATÉGORIELLES: Est-il légal d'avoir des CGV pour une catégorie de clientèle (par exemple un maxi discompteur) même si le fournisseur n'a qu'un seul client de cette catégorie ?**

*Oui, si, comme par exemple, c'est le cas d'un maxi discompteur, ce client peut être objectivement considéré comme appartenant à une catégorie de clientèle.*

**CGV CATÉGORIELLES: Est-il légal de disposer de CGV pour une seule enseigne, ou un seul client ?**

*Non, une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur particulier. Mais il est légal d'avoir une catégorie de clientèle même si le fournisseur n'a qu'un seul client de cette catégorie.*

**Nos observations :**

On se souvient que la loi Dutreil avait renvoyé à un décret la définition des catégories de clientèle. La CEPC dans son avis n° 07-01 tout particulièrement bien motivé et pertinent du 12 avril 2007 avait considéré qu'un décret définissant les différentes catégories d'acheteurs était inadapté, compte tenu de la trop grande variété des situations particulières des acheteurs et de la rigidification de la négociation commerciale à laquelle un nouveau texte réglementaire de ce type conduirait inutilement.

**✓ Assouplissement dans l'établissement des Conditions catégorielles de vente par suppression de toute intervention réglementaire !**

Chaque fournisseur doit en effet avoir la possibilité de différencier ses conditions de vente en fonction de critères qui lui sont propres, dès lors qu'ils sont objectifs, écrits et appliqués de façon homogène et non discriminatoire, à l'instar de ce qui existe en matière de distribution sélective, une structure catégorielle de vente pouvant aussi constituer le support d'une entente verticale. On a tendance à oublier un peu vite que la suppression de la discrimination abusive des pratiques restrictives de concurrence ne fait pas disparaître la prohibition de la discrimination comme support d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante !!!

Les fournisseurs, sous cette réserve importante, doivent avoir une marge de manœuvre pour définir ces catégories, ce qui sera le cas avec ce nouveau texte.

A titre d'exemple, la segmentation des conditions de vente d'un industriel pourrait être la suivante :

**Les conditions catégorielles de vente consistent donc en une adaptation des conditions de vente aux différents circuits de distribution :**

- ✓ Grossistes ou Négociants «b to b»
- ✓ GSA : Carrefour / Leclerc / Auchan / Système U / Cora / ITM / Casino / etc.
- ✓ GSB : Bricorama / Bricomarché / Leroy Merlin / Castorama / etc.
- ✓ Autres GSS dont Hifi, Photo / Vidéo / électronique / jouets ;
- ✓ Hard discount / Soft Discount ;
- ✓ Cash and Carry type Métro ou Promocash ;
- ✓ Commerce de proximité / Grands magasins et «alternative channels» ;
- ✓ Vente à distance (VPC + Internet / commerce en ligne) ;
- ✓ Autres types de réseaux de vente spécialisés.

## 1.2 LES AUTRES OBLIGATIONS DESTINÉES À FAVORISER

LA RELATION COMMERCIALE ENTRE LE FOURNISSEUR  
ET LE DISTRIBUTEUR :

■ Rappel des dispositions de l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce du Code de commerce :

*«l. Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :*

[...]

*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.*

*Les obligations relevant du 1° et du 3° concourent à la détermination du prix convenu. »*

■ Instruction fiscale du 18 novembre 2008 :

*«L'article 92 de la loi de modernisation de l'économie (n° 2008-776 du 4 août 2008) a modifié les dispositions du code de commerce relatives à la négociation commerciale au regard de la pratique des marges arrière dans la grande distribution.*

*Il résulte de l'article L.441-7 du code de commerce ainsi modifié que les obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services concourent à la détermination du prix de l'opération de fourniture.*

*Il est admis que lorsqu'en application de ces dispositions, les obligations auxquelles s'engage le distributeur ou le prestataire de services constituent des éléments de formation du prix de l'opération de vente, ces obligations ne sont pas constitutives de services distincts de l'opération de vente. Dans cette situation, les obligations relatives à la facturation portent sur la seule facture qui est adressée par le fournisseur à l'acheteur et sur laquelle figure le prix ainsi déterminé.*

*Les services dits de coopération commerciale visés au 2° du I de l'article L.441-7 du code de commerce ne sont pas concernés par cette évolution».*

## ■ FAQ de la DGCCRF :

- **Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?**

*Le législateur a adapté la définition de la coopération commerciale pour y intégrer certains services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels. Dès lors, ces services seront facturés par ce type de distributeurs en tant que services de coopération commerciale.*

*Les obligations du distributeur qui ne répondent pas à cette nouvelle définition de la coopération commerciale relèvent des 1° et 3° et «concourent à la détermination du prix convenu» que le fournisseur facturera au revendeur.*

*Dès lors, les obligations du 1° et du 3° étant déjà prises en compte, elles ne peuvent pas donner lieu à une facture du distributeur. Une instruction de l'administration fiscale publiée au Bulletin Officiel des Impôts du 18 novembre 2008 assure la sécurité juridique à cet égard.*

- **Comment doit se comprendre la notion de «prix à l'issue de la négociation commerciale» présente dans le premier alinéa de l'article L.441-7 du code de commerce ?**

*La convention unique fixe le prix de vente résultant de la négociation commerciale, menée dans le respect de l'article L. 441-6 du code de commerce, et dont les CGV constituent le point de départ.*

*Les «prix à l'issue de la négociation commerciale» intègrent les éléments visés aux 1° et 3° : il s'agit donc des prix des produits ou services destinés à être revendus par le distributeur, ainsi que des éventuelles réductions conditionnelles de prix, négociées par exemple en fonction du volume.*

*Par ailleurs la convention unique comprendra également les précisions nécessaires sur la rémunération des services de coopération commerciale.*

- **La facture adressée par le fournisseur doit-elle préciser la description de chaque obligation ayant concouru au prix négocié ?**

*Non, c'est la convention unique qui comporte la description des obligations de chacune des parties selon le formalisme décrit à l'article L 441-7.*

## ■ Avis de la CEPC :

**NEGO SERVICES DISTINCTS : Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?**

*Le législateur a adapté la définition de la coopération commerciale pour y intégrer certains services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels. Dès lors, ces services seront facturés par ce*

*type de distributeurs en tant que services de coopération commerciale.*

*Les obligations du distributeur qui ne répondent pas à cette nouvelle définition de la coopération commerciale relèvent des 1° et 3° et «concourent à la détermination du prix convenu» que le fournisseur facturera au revendeur.*

*Dès lors, les obligations du 1° et du 3° étant déjà prises en compte, elles ne peuvent pas donner lieu à une facture du distributeur. Une instruction de l'administration fiscale publiée au Bulletin Officiel des Impôts du 18 novembre 2008 assure la sécurité juridique à cet égard.*

**FACTURATION : La facture adressée par le fournisseur doit-elle préciser la description de chaque obligation ayant concouru au prix négocié ?**

*Non, c'est la convention unique qui comporte la description des obligations de chacune des parties selon le formalisme décrit à l'article L.441-7.*

**NEGO COOPERATION COMMERCIALE : Un distributeur est-il fondé à exiger jusqu'à intervention d'un nouvel accord au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2009, la remontée sur facture de l'ensemble des avantages financiers entrant dans le calcul du prix effectif, y compris des ristournes conditionnelles et de la rémunération de la coopération commerciale convenus lors de la négociation pour l'année 2008 ? Ce distributeur peut-il ainsi exiger la transformation de ces avantages en réductions de prix immédiates, en s'exonérant ce faisant de l'exécution des obligations et prestations ayant justifié leur octroi ?**

*Dans la mesure où, pendant la période intermédiaire, les relations commerciales sont censées se poursuivre conformément aux dispositions et engagements prévus au contrat 2008, l'octroi de ristournes conditionnelles ainsi que la rémunération de services de coopération commerciale doivent être effectués dans le respect des dispositions légales en vigueur.*

**1) Incertaines par nature, les ristournes conditionnelles ne peuvent alors faire l'objet d'une déduction sur facture que pour autant que l'obligation qui les conditionne ait été exécutée et vérifiée.**

*Un distributeur imposant à son fournisseur cette déduction sur facture au mépris du respect de cette obligation pourrait se voir opposer plusieurs dispositions de l'article L.442-6 I du code de commerce, en particulier celle visant (alinéa 2) la soumission d'un partenaire commercial à des obligations de nature à créer un déséquilibre significatif entre les parties ou celle (alinéa 4) incriminant l'obtention de conditions manifestement abusives sous une menace de déréférencement brutal.*

**2) La loi LME n'a pas supprimé la possibilité de négociation de services de coopération commerciale. Conformément aux dispositions de l'article L.441-3 du code de commerce (qui n'ont pas été affectées par la loi LME), la rémunération de ces services (portant sur des services détachables de l'opération achat-vente) doit faire l'objet d'une facturation spécifique émanant du distributeur.**

#### **Nos observations :**

Nous sommes ici au cœur même de la réforme législative induite par la LME, et les négociations commerciales 2009 l'ont très largement démontré ; c'est en effet là que cette réforme prend tout son sens, en situant très clairement les modifications apportées dans la perspective tracée de suppression des avantages financiers fictifs et de la fausse marge arrière, ce qui passe par la disparition des services distincts créés par la loi Dutreil du 2 août 2005 et qui n'auront donc vécu que trois petites années, en les rattachant à la négociation globale du tarif du fournisseur au travers des CPV.

Pour bien comprendre la signification de ces dispositions, dans le cadre de la nouvelle négociation commerciale, il convient tout d'abord de prendre connaissance de la réponse apportée par le Secrétaire d'Etat chargé de l'Industrie et de la Consommation, Monsieur Luc Chatel, le 7 juillet dernier :

*«En 2005, le législateur avait créé une nouvelle catégorie de services, «les services distincts», laquelle regroupait tout ce qui ne relevait pas de la coopération commerciale. Or, avec le recul, nous nous sommes aperçus que la création de ces services distincts avait favorisé le développement des marges arrière.*

*Avec la réforme qui vous est proposée, notamment les articles 21 et 22 du projet de loi, nous nous attaquerons au cœur du système : la négociabilité peut favoriser ce que l'on appelle «le commerce à l'avant», puisque le distributeur pourra se consacrer de nouveau à son métier en margeant «non pas sur les services, mais sur la revente des produits».*

*Ainsi, les marges arrière seront définitivement dégonflées par la possibilité de négocier à l'avant ces fameux services distincts qui constitueront, comme d'autres types d'engagement, des éléments entrant dans la détermination du tarif négocié des produits vendus par le fournisseur.*

*D'ailleurs, les services distincts ne méritent pas la qualification de services parce qu'il s'agit souvent d'obligations rattachables à l'acte d'achat et de revente.*

*Le maintien de l'expression «services distincts» me semble donc de nature à créer*

*une confusion avec les autres dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce.*

*En permettant d'aller au bout de cette réforme, l'amendement n° 130 est vraiment le bienvenu.*

*D'abord, il lève l'ambiguïté entre les «autres obligations» visées par l'amendement et les «services distincts».*

*Ensuite, il indique clairement le rattachement de ces obligations à la négociation globale sur les tarifs des produits, en précisant que celles-ci concourent, au même titre que les obligations déterminées dans le cadre de conditions particulières de vente, à la fixation du prix.*

*C'est donc le tarif négocié globalement qui figurera sur la facture du fournisseur».*

Relevons qu'allant toujours dans le même sens, le Secrétaire d'Etat avait souhaité ajouter que les services distincts n'étant pas facturés spécifiquement par le fournisseur, il n'y aurait pas de risque pénal pour ce dernier, tout en nuançant son propos, en se référant à une future circulaire ou instruction fiscale.

Cette instruction fiscale dont le titre est évocateur puisqu'elle ne vise que *«la négociation commerciale dans la grande distribution»*, ne vient pas clarifier le problème posé, mais bien au contraire l'obscureur, en ce que l'on peut s'interroger sur la réactivation des services distincts, dès lors qu'il ne s'agirait pas *«d'éléments de formation du prix de l'opération de vente»*.

Serait-ce en définitive une possibilité donnée aux opérateurs économiques de ressusciter certains ex-services distincts tels que le référencement notamment ?

On peut s'interroger !

En effet, cette instruction fiscale précise que les obligations auxquelles s'engagent le distributeur ou le prestataire de service constituent des éléments de **formation du prix de l'opération de vente**, ces obligations n'étant pas alors constitutives de services distincts de l'opération de vente.

Cela signifie donc, a contrario, que tout élément qui ne contribue pas à la formation du prix de l'opération de vente et donc à la formation même du contrat de vente au sens de l'article 1583 du Code civil<sup>3</sup>, ne doit pas être mentionné sur la *«seule facture qui est adressée à l'acheteur et sur laquelle figure le prix ainsi déterminé»*.

N'est-ce pas ici une réinitialisation des services distincts, dont on avait cru la disparition avérée avec l'avènement de l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce ?

La question est posée !

<sup>3</sup> «Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

✓ Nous devons donc bien comprendre que les nouvelles dispositions de l'article L.441-7-I-3 du Code de commerce et celles de l'instruction fiscale du 18 novembre 2008 n'ont pour seul objectif que de faire remonter la négociation des anciens services distincts dans le cadre général de la négociation du tarif de l'industriel, sous la forme de CPV, mais que cette rémunération n'aura pas à être individualisée/valorisée, service par service, et facturée par le prestataire de service, à savoir le distributeur ! Cette rémunération fera partie de la négociation globale du tarif du fournisseur qui acceptera de dégrader son tarif de 25 %, à titre d'exemple, en considérant que ces 25 % sont justifiés tout aussi bien par des conditions particulières de vente que par des services auparavant qualifiés de *«distincts de la coopération commerciale»* et aujourd'hui qualifiés d'*«autres obligations»* et qui suivront le régime des *«CPV»* !

Suppression des services distincts, mais pour autant peut-on considérer que les contrats de référencement n'ont plus lieu d'être et que leur rémunération doit nécessairement *«remonter»* sur facture des industriels ?

La réponse est loin d'être évidente !

Certes, on pourrait s'interroger sur l'intérêt présenté par la conclusion de ce type de contrats, voire même leur nécessité, compte tenu de ce que ces autres obligations étant valorisées sous forme de remises ou de ristournes, donc de réductions de prix, elles viennent s'agréger aux autres réductions de prix consenties par le fournisseur à son client dans le cadre de la négociation de son tarif.

La question se pose pourtant de manière évidente et fort pressante, s'agissant des **contrats de référencement**.

A ce propos, on rappellera brièvement que le référencement s'entend d'une opération d'intermédiation aux termes de laquelle un opérateur économique, à savoir la centrale de référencement, procède à la mise en relation d'un fabricant - ou d'un fournisseur de produits - avec un distributeur adhérent de la centrale, en communiquant à ce dernier la liste et le tarif des produits du fournisseur qu'il serait susceptible de vendre, et en négociant, le cas échéant, avec ce fournisseur, à titre de prestation complémentaire, des réductions de prix susceptibles de bénéficier aux distributeurs.

Il se trouve que, par le passé, certains opérateurs économiques ont fait du terme même de référencement un usage galvaudé, et c'est ainsi notamment que tel ou tel groupement de distribution succursaliste a pu, sous couvert de "référencement", chercher à obtenir des fournisseurs la rémunération d'un "droit d'entrée" pur et simple de leurs produits dans les surfaces de vente ; de semblables dérives, quoique par la suite prohibées par le législateur

(cf. art. L.442-6-II, b du Code de commerce), ont eu néanmoins pour conséquence fâcheuse de laisser planer sur la notion même de référencement un léger parfum de suspicion...

Pourtant, rien ne semble plus injustifié que cette défiance manifestée encore aujourd’hui par certains acteurs de la vie économique au sujet d’un mécanisme dont on rappellera qu’il est indissociable de pans entiers de l’activité commerciale nationale (négoces, secteur alimentaire, distribution d’appareillages mécanique, secteur pharmaceutique et para-pharmaceutique, etc.). Et, sur le plan juridique, il n’existe aujourd’hui aucune ambiguïté sur le fait que l’opération de référencement, telle qu’appréhendée par la jurisprudence et la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, relève d’un simple mécanisme de courtage.

A titre d’illustration, on peut par exemple se référer à la décision n°03-D-39 en date du 4 septembre 2003 du Conseil de la concurrence, dite «Cuisine Plus», à l’occasion de laquelle le Conseil a apporté, s’agissant du référencement, les précisions suivantes : «*Pour obtenir leur référencement, les fournisseurs consentent des conditions avantageuses de vente, notamment de prix, négociées entre eux-mêmes et la centrale, dont bénéficieront les distributeurs affiliés. La centrale de référencement agit en tant que courtier en mettant en contact les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés sans intervenir dans la conclusion des contrats de vente.*

 On retrouve une approche similaire, notamment, dans les décisions «Opéra» (03-D-11) et «Lucie» (05-D-62). Quant à la Cour de cassation, celle-ci consacre la fonction de courtier de la centrale de référencement dès 1988 (Cass. Com., 6 décembre 1988, Unibis SA c. Sogepros et alii, JBJ), puis régulièrement par la suite et, notamment, à l’occasion de l’affaire dite «Best Western» (Cass. Com., 17 mars 2004, n°01-10.103, Mapotel Best Western c/ SAS Quadriga France). Dès lors qu’aucune opération de vente n’intervient entre le fournisseur, d’une part, et la centrale-courtier, d’autre part, on voit mal comment la rémunération due à la centrale-courtier au titre de son opération d’intermédiation pourrait figurer, sous forme de remise ou de ristourne, sur une facture de vente de marchandises émise par le fournisseur ; il semblerait en revanche logique, comme c’est d’ailleurs le cas aujourd’hui, que cette prestation de référencement continue de donner lieu à l’émission, par la centrale, d’une facture de service de référencement adressée au fournisseur.

Seulement voilà : selon certains commentateurs de la loi, la rémunération des services de référencement, article L.441-7-I oblige, devrait désormais, d’une façon ou d’une autre, "remonter" sur la facture de vente des produits émise par le fournisseur, et donc prendre la forme d’une remise ou d’une ristourne assise sur le prix des produits en cause ; la raison invoquée est que le référencement serait, en

quelque sorte, consubstantiel de l’opération de vente des produits, et que cette qualité d’accessoire de l’opération de vente aurait nécessairement pour corollaire que la rémunération du référencement devrait prendre la forme d’une réduction de prix.

Sur le plan juridique, soyons sans détour : il s’agit là d’un contresens. A aucun moment, ni à aucun titre, un courtier, qui met en relations les parties, n’est associé à l’acte de vente et, sur ce point, on ne manquera pas d’opérer une comparaison peut-être un peu farfelue, mais néanmoins démonstrative : de même qu’en matière de courtage matrimonial, ça n’est pas in fine le courtier des cœurs qui épousera la mariée, de même, en matière commerciale, jamais la centrale – courtier n’achètera les produits du fournisseur : dans l’un et l’autre cas, on en reste bien entendu à une honnête intermédiation...

Donc, mécaniquement, un courtier ne pourrait pas être rémunéré de ses services au moyen d’une réduction de prix, car cela supposerait qu’il achète des produits : or, le courtier n’achète rien. CQFD.

Quant à l’éventualité, parfois évoquée, d’une rémunération du référencement qui interviendrait via un versement direct à la centrale d’une ristourne par ailleurs mentionnée sur les factures de vente destinées aux adhérents, celle-ci paraît relever, pour des raisons cette fois plutôt psychologiques que juridiques, de l’hypothèse d’école.

Très sérieusement, c’est donc la question de la pérennité même du contrat de référencement qui est aujourd’hui en cause, et celle-ci revêt une importance fondamentale, non seulement, et bien évidemment, s’agissant du cas des grandes centrales de référencement alimentaires, mais également, et peut être surtout, pour ce qui est d’autres secteurs de l’économie, eux-aussi concernés par la transversalité de la LME, et où le mécanisme du référencement se rencontre fréquemment.

Si le contrat de référencement devait disparaître comment, par exemple, les industriels qui commercialisent des articles de bricolage auprès de petites quincailleries via de petites centrales de référencement pourraient-ils atteindre les consommateurs de manière optimale ? La même question se pose à propos des fabricants de produits d’hygiène corporelle, dès lors qu’aujourd’hui, c’est bien souvent grâce aux services de groupements de pharmaciens, dont ils peuvent rémunérer les services de référencement, que ces laboratoires / industriels peuvent atteindre de manière efficace la clientèle nombreuse et dispersée des officines pharmaceutiques (sachant que, dans l’un et l’autre cas, les centrales - courtiers n’entretiennent aucune relation d’achat-vente avec les industriels en cause, et qu’il ne leur est par conséquent adressé aucune facture de vente de produits).

En somme, la disparition du contrat de référencement, système dont l’efficacité n’est plus à démontrer, pourrait induire une complication extrême et

sans doute aussi un renchérissement du processus d'acheminement des produits vers l'utilisateur final : on en revient donc toujours, sous couvert d'argutie légale, à la question, centrale dans le contexte induit par la loi LME, du bien-être du consommateur...

Et sur le plan juridique, justement, ça n'est ni plus ni moins que de l'avenir même du contrat de courtage dont il s'agit : il serait évidemment regrettable, que passe par pertes et profits une activité qui, conjointement avec celle des commissionnaires, des transporteurs et des agents commerciaux, constituent l'un des piliers du Code de commerce.

Une autre question se pose en relation avec la nouvelle définition de la coopération commerciale étenue désormais au commerce «B to B», ainsi que nous le verrons ci-après, dès lors que l'on peut s'interroger sur la subsistance de certains services rendus par des centrales d'achat à leurs fournisseurs en vue de la revente de leurs produits aux adhérents desdites centrales qui jouent effectivement un rôle de grossiste dans l'approvisionnement des points de vente qui leur sont affiliés.

Finalemment ces centrales d'achat pourraient continuer à facturer des services pour autant qu'ils ne soient pas rattachables à l'acte d'achat/vente, là où des centrales de référencement ne devraient pas le pouvoir car ne revendant rien, sauf à considérer que les services en cause favorisent néanmoins la commercialisation des produits du fournisseur, mais en s'écartant alors de la définition relativement bien maîtrisée et connue de la coopération commerciale !

✓ L'architecture du nouveau plan d'affaires annuel s'appliquant aux négociations commerciales 2009 devra donc prévoir les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur/vendeur et le distributeur/acheteur, en précisant pour chacune d'entre elles, l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, mais sans qu'il y ait de prix à fixer au titre de ces autres obligations !

Pourquoi ne pas identifier de prix de ces autres obligations ?

La réponse se trouve dans l'alinéa suivant de l'article L.441-7-I nouveau du Code de commerce :

**«Les obligations relevant du premièrement et de troisièmement concourent à la détermination du prix convenu».**

Cette phrase traduit la pensée du législateur et s'inscrit très logiquement dans l'objectif que s'est assigné le gouvernement, qui est d'éradiquer toute marge arrière.

Dire que les obligations relevant du premièrement et du troisièmement concourent à la détermination du prix convenu signifie de manière pratique que le distributeur, pris en sa qualité de prestataire de services, ne devra plus facturer les services qu'il a rendus, compte tenu de ce que ces services n'auront plus de prix individuellement fixés mais participeront à la détermination du prix tarif des produits, au même titre que les remises et ristournes figurant dans les conditions générales de vente ou conditions particulières de vente.

C'est bien pourquoi le Secrétaire d'Etat précisait le rattachement de ces obligations à la négociation globale sur les tarifs des produits et assimilait ces autres obligations aux conditions particulières de vente, les deux participant à la fixation du prix convenu, c'est-à-dire le prix de la transaction commerciale entre le fournisseur et le distributeur.

Prenons un exemple simple (sans cascade) :

Prix tarif du fournisseur : . . . . .	10 €
Remises et ristournes figurant dans les conditions générales de vente du fournisseur : . . . . .	10 %
Conditions particulières de vente et autres obligations : . . . . .	30 %
Total réductions de prix : . . . . .	40 %
Prix convenu : . . . . .	6 €

Prix tarif	10
Remises promotionnelles + logistiques + ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture) [10 %]	-1
Remises ou ristourne pour CPV 2009 : 30 %	-3
Prix unitaire net ou prix convenu H.T.	6

Il est bien entendu que ce taux de 30 % comprendra tout aussi bien des remises et/ou ristournes issues de la négociation de conditions particulières de vente que de remises et/ou ristournes induites de la négociation d'autres obligations telles qu'une communication de statistiques, un référencement de produits, un complément d'assortiment, un service de merchandising ou de géomarketing, etc.

Ce qui est certain en revanche, c'est que les règles de facturation issues de l'article L.441-3 du Code de commerce<sup>4</sup> n'ont pas été assouplies.

<sup>(4)</sup> Art. L. 441-3 du Code de commerce : «Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation. Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double

Et pourtant, on pourrait comprendre que la facturation à prix net («prix négocié») serait permise demain, ce qui serait une vraie révolution dans les règles de facturation !!!

En dépit des termes rassurants de l'instruction fiscale précitée du 18 novembre 2008 : «*il est admis que...*» et des propos tenus par le Secrétaire d'Etat, et même si nous devons bien comprendre que les fournisseurs n'auront pas à porter en 2009 sur leurs factures la mention des contreparties financières correspondant aux autres obligations négociées globalement avec les remises et ristournes venant dégrader le tarif des produits, mais simplement une remise ou une ristourne forfaitaire sous la forme d'un bloc de réductions de prix consolidées équivalant à la dérogation tarifaire convenue à l'issue de la négociation commerciale, nous sommes ici très perplexes face à un abandon ni plus ni moins de l'application des dispositions très strictes et appliquées strictement par les services de la DGCCRF et les tribunaux<sup>5</sup> jusqu'à présent, du droit de la facture.

Il est certain que l'article L. 441-3 du Code de commerce n'étant pas modifié, ceci induira à tout le moins que la dénomination de la réduction de prix accordée globalement en contrepartie des autres obligations favorisant la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur soit portée sur facture, ainsi que son taux.

### I.3 LA COOPÉRATION COMMERCIALE :

#### ■ Rappel des dispositions de l'article L.441-7-2° du Code de commerce :

« I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

[...]

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la

exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire. La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture. La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.

<sup>5</sup> Voir à cet égard les deux arrêts rendus les 25 juin 2008 et 23 septembre 2008 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation !

*revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente à des professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;»*

#### ■ FAQ de la DGCCRF :

- *Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?*

*Le législateur a adapté la définition de la coopération commerciale pour y intégrer certains services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels. Dès lors, ces services seront facturés par ce type de distributeurs en tant que services de coopération commerciale.*

*Les obligations du distributeur qui ne répondent pas à cette nouvelle définition de la coopération commerciale relèvent des 1° et 3° et "concourent à la détermination du prix convenu" que le fournisseur facturera au revendeur. »*

#### ■ Instruction fiscale du 18 novembre 2008

*«Les services dits de coopération commerciale visés au 2° du I de l'article L 441-7 du code de commerce ne sont pas concernés par cette évolution».*

#### ■ Avis de la CEPC :

*NEGO COOPERATION COMMERCIALE : Un distributeur est-il fondé à exiger jusqu'à intervention d'un nouvel accord au plus tard le 1er mars 2009, la remontée sur facture de l'ensemble des avantages financiers entrant dans le calcul du prix effectif, y compris des ristournes conditionnelles et de la rémunération de la coopération commerciale convenus lors de la négociation pour l'année 2008 ? Ce distributeur peut-il ainsi exiger la transformation de ces avantages en réduction de prix immédiates, en s'exonérant ce faisant de l'exécution des obligations et prestations ayant justifié leur octroi ?*

*Dans la mesure où, pendant la période intermédiaire, les relations commerciales sont censées se poursuivre conformément aux dispositions et engagements prévus au contrat 2008, l'octroi de ristournes conditionnelles ainsi que la rémunération de services de coopération commerciale doivent être effectués dans le respect des dispositions légales en vigueur.*

[...]

*2) La loi LME n'a pas supprimé la possibilité de négociation de services de coopération commerciale. Conformément aux disposi-*

*tions de l'article L 441-3 du code de commerce (qui n'ont pas été affectées par la loi LME), la rémunération de ces services (portant sur des services détachables de l'opération achat-vente) doit faire l'objet d'une facturation spécifique émanant du distributeur.*

### **Nos observations :**

Ainsi que l'avaient souhaité les négociants/grossistes afin de pouvoir continuer à facturer des services à leurs fournisseurs, la coopération commerciale a été étendue à l'ensemble de ces opérateurs économiques.

✓ **La coopération commerciale demeure en l'état, mais elle est étendue aux négociants/grossistes et donc à la revente à des professionnels !**

Il n'y a pas de nouveauté, en revanche, au titre de la définition des services de coopération commerciale, s'agissant des distributeurs qui revendent leurs produits à des consommateurs.

Les deux archétypes de la coopération commerciale seront donc toujours les fameuses têtes de gondoles ou «TG» et les différentes animations en magasin, d'une part, et les catalogues divers et variés et autres publicités, d'autre part.

Cependant, en ayant étendu les dispositions de l'article L.441-7-I-2°, réservées jusqu'à la LME à la seule vraie coopération commerciale, aux intermédiaires revendant à des professionnels les produits acquis auprès de leurs fournisseurs, la loi a introduit une ambiguïté.

En effet, l'objectif rappelé ci-dessus est très clairement de laisser aux négociants/grossistes la possibilité de facturer des services à leurs fournisseurs.

Cependant, une centrale d'achat est un intermédiaire et joue un rôle de grossiste entre le fournisseur et le distributeur, même si ce grossiste ne répond pas à la définition donnée par l'article L.442-2 du Code de commerce pour pouvoir bénéficier d'une diminution du seuil de revente à perte de 10 %.

On pourrait donc légitimement considérer que ces centrales d'achat revendant à leurs affiliés puissent continuer à facturer des services, dès lors que ces services seront propres à favoriser la commercialisation des produits du fournisseur et qu'ils ne relèveront pas des obligations d'achat et de vente.

C'est là une vraie question que l'on doit se poser !

Mais quid des centrales de référencement qui, elles, ne revendent pas de produits, jouant exclusivement un rôle d'intermédiaire dans la relation entre le fournisseur et le distributeur et les points de vente affiliés à la centrale de référencement ?

Ces centrales de référencement pourraient elles se faire rémunérer de tels services ? Là aussi la question mérite d'être posée.

L'application stricte des dispositions de l'article L.441-7-2 du Code de commerce étant sanctionnées pénalement, devrait conduire à une réponse négative, en ce que la centrale de référencement n'achète pas les produits en vue de leur revente à des professionnels.

Vaste débat en perspective !

### **1.4 LA CONVENTION CADRE OU UNIQUE ANNUELLE :**

#### **■ Rappel des dispositions de l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce :**

*« I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :*

*1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;*

*2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente à des professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;*

*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.*

*Les obligations relevant du 1° et du 3° concourent à la détermination du prix convenu.*

*La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1<sup>er</sup> mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.*

*Les présentes dispositions ne sont pas applicables aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L.441-2-1.*

*II. – Est puni d'une amende de 75 000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences de l'.*

#### **■ FAQ de la DGCCRF :**

- Quels sont les opérateurs qui sont soumis aux dispositions relatives à la convention unique ?**

Le texte vise le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, ce qui exclut les produits (ou services) destinés à être transformés par ces derniers. S'agissant du «prestataire de services», le texte s'entend comme visant les prestations de services au titre de la coopération commerciale ou les autres obligations, rendues directement ou indirectement par le distributeur.

- **La convention unique possède-t-elle un caractère annuel ?**

En dehors des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention est bien annuelle. Elle doit être conclue avant le 1er mars pour l'année en cours.

Une tolérance est bien entendu envisagée dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année. Dans ce cas, il convient de signer la convention dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou services.

- **L'article L.441-7 s'applique-t-il lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger ?**

Les dispositions prévoyant l'obligation de conclure la convention unique étant pénalement sanctionnées, il convient de faire application des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale française dans l'espace, visés aux articles 113-1 et suivants du code pénal. La loi pénale française s'applique aux infractions dont un des éléments constitutifs a été commis sur le territoire français.

S'agissant des contrats et services visés à l'article L.441-7, il convient de considérer que tout contrat qui a un effet sur la revente de produits ou la fourniture de services en France entre dans les dispositions de l'article.

■ **Avis de la CEPC :**

**CONTRAT UNIQUE AVENANT: Est-il légal de négocier en cours d'année une nouvelle prestation de coopération commerciale non prévue dans la convention unique ?**

Oui, le droit commun s'applique. Le contrat peut faire l'objet d'avenants en cours d'année, dès lors que l'équilibre commercial est préservé. Cette possibilité - qui n'est pas une renégociation totale du contrat - permet de tenir compte de la vie des affaires et de la réalité commerciale.

**CONTRAT UNIQUE DUREE: La convention unique possède-t-elle un caractère annuel ?**

En dehors des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention est bien annuelle. Elle doit être conclue avant le 1er mars pour l'année en cours. Une tolérance est bien entendu envisagée dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année. Dans ce cas, il

convient de signer la convention dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou services.

**CONTRAT UNIQUE ETRANGERS : L'article L.441-7 s'applique-t-il lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger ?**

Les dispositions prévoyant l'obligation de conclure la convention unique étant pénalement sanctionnées, il convient de faire application des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale française dans l'espace, visés aux articles 113-1 et suivants du code pénal. La loi pénale française s'applique aux infractions dont un des éléments constitutifs a été commis sur le territoire français.

S'agissant des contrats et services visés à l'article L. 441-7, il convient de considérer que tout contrat qui a un effet sur la revente de produits ou la fourniture de services en France entre dans les dispositions de l'article.

**CONTRAT UNIQUE : Quels sont les opérateurs qui sont soumis aux dispositions relatives à la convention unique ?**

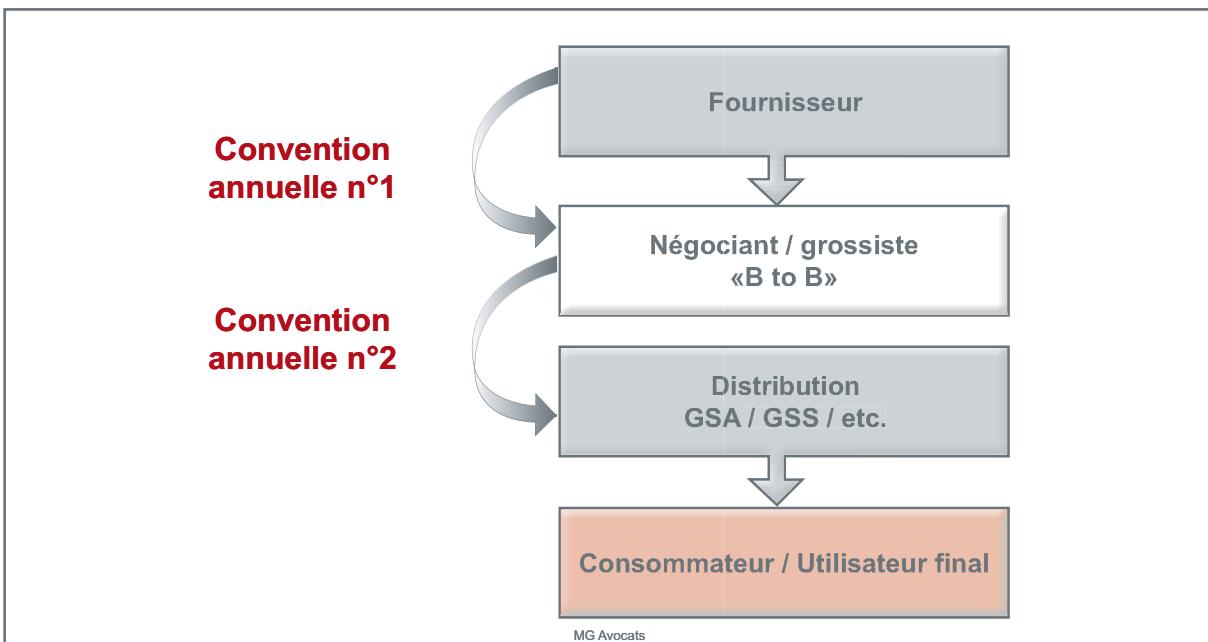
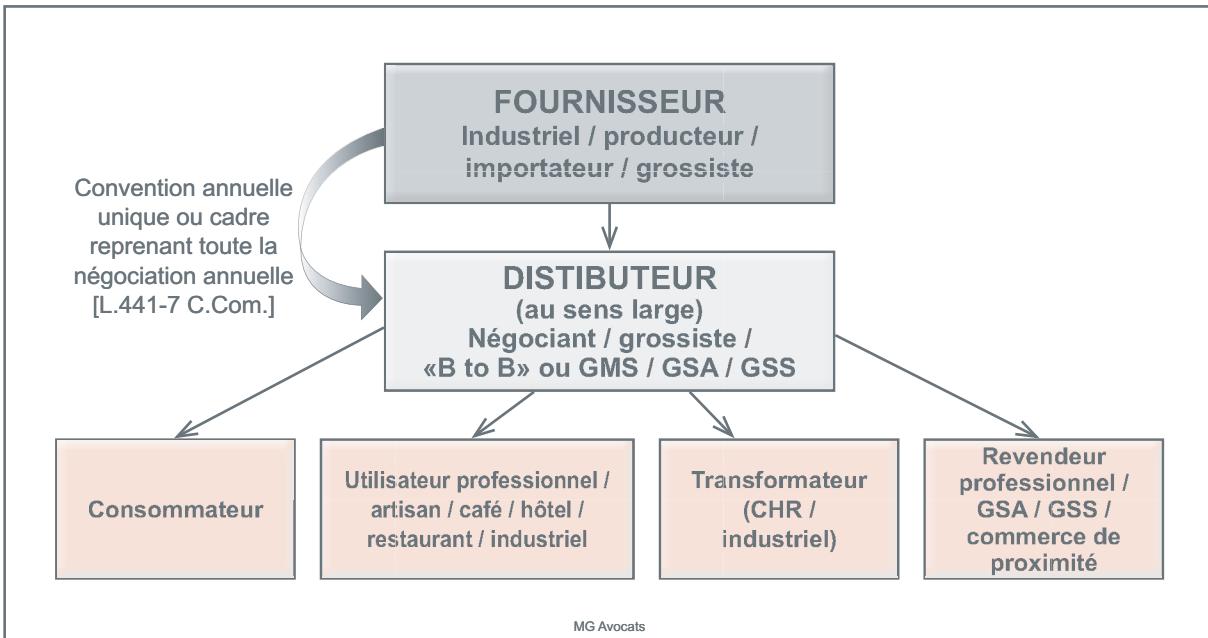
Le texte vise le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, ce qui exclut les produits (ou services) destinés à être transformés par ces derniers. S'agissant du «prestataire de services», le texte s'entend comme visant les prestations de services au titre de la coopération commerciale ou les autres obligations, rendues directement ou indirectement par le distributeur.

**Nos observations :**

Cette convention annuelle, constituée ou bien d'un contrat-cadre assorti de contrats d'application, ou bien d'un contrat unique, agrège trois éléments principaux, à savoir :

- en premier lieu : les **conditions de vente**, générales, catégorielles et particulières, les tarifs, les remises et ristournes consenties par le fournisseur au distributeur ;
- en deuxième lieu, les services de coopération commerciale ayant vocation à promouvoir la revente des produits du fournisseur auprès des clients des distributeurs ;
- et enfin les «**autres obligations**» considérées comme de nature à **favoriser** la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur.

En synthétisant les dispositions légales, celles contenues dans l'instruction fiscale du 18 novembre, le FAQ de la DGCCRF du 29 décembre et les avis de la CEPC, nous pouvons donc conclure sur les situations dans lesquelles une convention type article L.441-7-I du Code de commerce devra être conclue et quelle en sera son contenu. Nous avons dénommé cette convention annuelle «**Plan d'affaires annuel**» :Vaste débat en perspective !



## 1.5 LES LIMITES A LA LIBRE NÉGOCIATION DES TARIFS / LES ABUS :

### ■ Rappel des dispositions de l'article L.442-6-I-2 du Code de commerce :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

[...]

2° *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ;*

### ■ FAQ de la DGCCRF :

#### - *Déséquilibre significatif et autres pratiques abusives : Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?*

*La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L.442-6 du code de commerce. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties.*

*La caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente, et est donc facilitée par rapport aux dispositions antérieures.*

#### - *Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L.442-6-I-1°, qui a trait à la coopération commerciale ?*

*Exactement comme avant car ce texte n'a pas été modifié par la LME. Le formalisme en particulier demeure identique, et le contrôle s'effectuera de la même manière, en considérant les services de coopération commerciale isolément des autres obligations liant les opérateurs.*

*En revanche, la sanction est potentiellement plus forte car, à l'instar de toutes les situations abusives décrites à l'article L 442-6, elle peut atteindre 2 millions d'euros et être portée à trois fois l'indu.*

#### - *La suppression de l'interdiction de discriminer emporte-t-elle des conséquences sur le refus de vente ?*

*Non, dans la mesure où le refus de vente entre professionnels n'est plus interdit depuis 1996.*

*Un fournisseur peut tout à fait refuser d'engager une relation commerciale avec un distributeur. A noter toutefois qu'un acteur en position dominante doit s'abstenir de mettre en œuvre des pratiques pouvant être appréhendées comme un abus de position dominante, sans que cela l'empêche pour autant d'utiliser les marges de négociation ouvertes par la loi pour conclure des accords équilibrés avec son cocontractant. Il va de soi égale-*

*ment qu'un refus de vente résultant d'une entente destinée, par exemple, à nuire à un concurrent, n'est pas licite.*

### ■ Avis de la CEPC :

#### *NEGO DESEQUILIBRES : Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?*

*La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L.442-6 du code de commerce. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties. La caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente, et est donc facilitée par rapport aux dispositions antérieures.*

#### *NEGO DISCRIMINATIONS : Est-il légal pour un fournisseur de consentir les mêmes conditions tarifaires à un client qui n'achète qu'un seul produit de toute la gamme du fournisseur, que les conditions qu'il fait à un client qui prend toute la gamme ?*

*Réponse en cours de rédaction même s'il est certain que cela relève de la liberté commerciale, sous réserve des dispositions relatives au déséquilibre significatif.*

#### *NEGO DISPROPORTIONS : Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L.442-6-I-1°, qui a trait à la coopération commerciale ?*

*Exactement comme avant car ce texte n'a pas été modifié par la LME. Le formalisme en particulier demeure identique, et le contrôle s'effectuera de la même manière, en considérant les services de coopération commerciale isolément des autres obligations liant les opérateurs. En revanche, la sanction est potentiellement plus forte car, à l'instar de toutes les situations abusives décrites à l'article L.442-6, elle peut atteindre 2 millions d'euros et être portée à trois fois l'indu.*

### Nos observations :

En soi, les nouvelles dispositions pourraient ne pas être une mauvaise chose car leur objectif est de donner au juge du commerce la possibilité de condamner un abus sans avoir préalablement à constater - ce qui induisait pour le fournisseur d'en apporter la preuve - un état de dépendance économique, ce qui était extrêmement difficile au vu des conditions devant être satisfaites et appréciées au regard de la pratique décisionnelle très stricte du Conseil de la concurrence auquel vient de se substituer le 13 janvier 2009 l'Autorité de la concurrence.

✓ **Sanction de la pratique consistant à «soumettre ou à tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties», aux lieu et place de celle de l'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente et nullité de toute clause ou contrat prévoyant la possibilité «de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant» !**

Pour autant, ce nouveau texte pourrait se retrouver inapplicable pour les raisons suivantes :

- **Ce texte sera très difficilement applicable sur le fond :**

Qu'est-ce qu'un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations ? Nous n'avons pas de définition !

Que veut dire «*significatif*» ; comment cela sera-t-il étalonné ?

Ce déséquilibre significatif renvoie en fait au droit des obligations bien connu des civilistes mais pouvant paraître inadapté au droit commercial et en l'espèce à la négociation commerciale, compte tenu de ce que le juge du commerce, même s'il s'agit d'une juridiction spécialisée, devra systématiquement replonger, à tout le moins, dans les dispositions de l'article 1108 du Code civil qui définit les conditions de validité de toute convention, à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige (en l'espèce, le fournisseur d'un côté et le distributeur de l'autre), sa capacité de contracter, **un objet certain qui forme la matière de l'engagement** et une cause licite dans l'obligation.

Seul l'objet de la convention, support de la négociation commerciale, est ici visé.

Il sera donc nécessaire demain que le juge spécialisé détermine cet objet et apprécie si les droits et obligations réciproques du fournisseur et du distributeur, dans l'esprit d'un contrat synallagmatique, sont significativement déséquilibrés.

C'est là une mission extrêmement compliquée et qui promet de belles plaidoiries, pour autant qu'il y ait des contentieux.

- **Ce texte pourrait en effet être inapplicable en pratique, sauf à l'initiative du Ministre de l'économie :**

En effet, qui ira saisir le juge du commerce, certes spécialisé, pour que celui-ci retienne le «*déséquilibre significatif*» existant entre le fournisseur et le distributeur ?

Certainement pas le fournisseur qui est en état de dépendance économique à l'égard de ses principaux clients et, s'agissant de la grande distribution, des cinq ou six centrales nationales.

Le Ministre de l'économie ? Peut-être, mais est-ce vraiment le rôle du Ministre de l'économie de s'immiscer dans la négociation commerciale ?

Oui, sans nul doute en tant que gardien de l'ordre public économique ! Et la Cour de cassation lui a donné raison sur ce point dans ses deux arrêts de principe du 8 juillet 2008, en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007, dans l'affaire Galec et en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2006, dans l'affaire ITM (Voir notre Flash concurrence du mois de juillet 2008).

Le texte a également modifié l'article L.442-6-I-4 issu initialement de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques, pour prévoir désormais ce qui suit :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

[...]

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; ».

C'est là encore la notion d'abus qui est mise en avant et qui vient renforcer cette notion de déséquilibre significatif ; nous sommes clairement ancrés sur le terrain de l'article 1382 du Code civil adapté au contexte économique, ainsi qu'avait pu le souligner Madame Annie Targa, du temps où celle-ci était à la DGCCRF.

Une disposition supplémentaire a été rajoutée, qui va toujours dans le même sens, qui est de pouvoir mieux condamner les abus caractérisés, à savoir l'article L.442-6-II-d :

« II. - Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

[...]

d) **De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant».**

Systématiser la nullité des clauses ayant pour objet l'octroi de meilleures conditions commerciales accordées à ses clients – clause de la nation la plus favorisée que l'on connaît bien en droit international – est une bonne chose.

## 1.5 LES SANCTIONS :

### ■ **Rappel des dispositions de l'article L.442-6-III du Code de commerce :**

« III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la

concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

*Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant, des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers, qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.*

*La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.*

*La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.*

*Les litiges relatifs à l'application de cet article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.*

*Ces juridictions peuvent consulter la commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L. 440-1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.*

*IV. - Le juge des référés peut ordonner au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire».*

#### **Nos observations :**

Le gouvernement et le parlement ont souhaité rééquilibrer la négociation commerciale en accroissant les

sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des distributeurs qui abuseraient de cette libre négociabilité des tarifs.

**✓ Durcissement des sanctions en maintenant le principe d'une amende de 2 millions d'euros, mais en permettant au juge de porter celle-ci au triple des sommes indûment versées par le fournisseur et possibilité de prononcer des sanctions accessoires !**

Des mesures de diffusion, de publication, voire même d'insertion des décisions prononcées dans les rapports annuels des organes de gestion des entreprises et d'affichage des décisions, mais aussi des astreintes viennent ainsi compléter l'efficacité du dispositif judiciaire. Ce dernier sera mis en œuvre par des juridictions spécialisées, dont la désignation est renvoyée à l'adoption d'un décret et qui pourront consulter la CEPC. L'avis rendu dans un délai maximum de quatre mois à compter de la saisine de la CEPC ne liera cependant pas les juridictions.

Les juridictions seront spécialisées, ainsi que cela est déjà le cas aujourd'hui pour les pratiques d'entente ou d'abus de position dominante aux termes de l'article L.420-7 du Code de commerce.

S'agissant de la CEPC, son Président est désormais désigné parmi ses membres par décret ; il s'agit aujourd'hui de Monsieur Jean- Paul Charié, Député du Loiret et ancien Rapporteur général de la LME qui concluait la présentation de la CEPC dans les termes suivants :

«La C.E.P.C., saisie par de plus en plus d'acteurs, relayée par les investigations de la DGCCRF et suivie par les tribunaux dotés de nouveaux moyens, va nous permettre de retrouver la libre mais loyale concurrence à dimension humaine».

## **II. LA REFORME DES DELAIS DE PAIEMENT**

**■ Rappel des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce :**

« [...]

*9. Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.*

*10. Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement fixé à l'alinéa précédent. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service demandée comme point de départ de ce délai. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau*

mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs.

11. Nonobstant les dispositions précédentes de l'alinéa précédent, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

12. Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

[...]

14. Est puni d'une amende de 15 000 €, le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et onzième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du douzième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa. »

#### Dispositions non codifiées relatives aux délais de paiement (article 21 de la LME) :

« III. – Le 1<sup>er</sup> du I ne fait pas obstacle à ce que des accords interprofessionnels dans un secteur déterminé définissent un délai de paiement maximum supérieur à celui prévu au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 du code de commerce, sous réserve :

1<sup>o</sup> Que le dépassement du délai légal soit motivé par des raisons économiques objectives et spécifiques à ce secteur, notamment au regard des délais de paiement constatés dans le secteur en 2007 ou de la situation particulière de rotation des stocks ;

2<sup>o</sup> Que l'accord prévoit la réduction progressive du délai dérogatoire vers le délai légal et l'application d'intérêts de retard en cas de non-respect du délai dérogatoire fixé dans l'accord ;

3<sup>o</sup> Que l'accord soit limité dans sa durée et que celle-ci ne dépasse pas le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Ces accords conclus avant le 1<sup>er</sup> mars 2009 sont reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis du Conseil de la concurrence. Ce décret peut étendre le délai dérogatoire à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord.

IV. – Les I et II s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009.

V. – Dans le cas des commandes dites « ouvertes » où le donneur d'ordre ne prend aucun engagement ferme sur la quantité des produits ou sur l'échéancier des prestations ou des livraisons, les I et II s'appliquent aux appels de commande postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2009.

VI. – Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation dans le territoire fiscal des départements de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de La Réunion, ainsi que des collectivités d'outre-mer de Mayotte, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, le délai prévu au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 du code de commerce est décompté à partir de la date de réception des marchandises».

#### ■ FAQ de la DGCCRF :

##### - Le nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous les secteurs économiques ?

Oui, le nouveau plafond s'applique à tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, à l'exclusion des non professionnels.

Toutefois, certains secteurs demeurent soumis à des délais spécifiques : 30 jours pour le transport de marchandises et 20 ou 30 jours selon les produits alimentaires périssables. Les délais de 75 jours pour certaines boissons alcooliques ont été ramenés à 60 jours ou 45 jours fin de mois.

##### - Quel est le point de départ de la computation du délai ?

Il s'agit de la date d'émission de la facture dans la généralité des cas.

En revanche, le point de départ est la date de réception des marchandises pour les départements d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer de Mayotte, de Saint-Pierre et Miquelon, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy.

Toutefois, le point de départ peut être la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services si des accords entre les organisations professionnelles concernées le prévoient. Ce choix de point de départ ne doit néanmoins pas conduire à un délai final supérieur à 60 jours calendaires ou 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture.

- **Ce nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous produits ou services ?**

Oui, la loi n'opère pas de distinction.

- **De qui dépend le choix entre 60 jours calendaires et 45 jours fin de mois ?**

C'est un choix qui relève de la liberté contractuelle des opérateurs. Pour les opérateurs soumis à l'établissement d'une convention unique, celle-ci devra mentionner ce choix.

- **Comment comprendre le mode de computation des 45 jours fin de mois ?**

Une pratique consiste à comptabiliser les 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, la limite de paiement intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces 45 jours.

Toutefois il est également envisageable de comptabiliser les délais d'une autre façon, consistant à ajouter 45 jours à la fin du mois d'émission de la facture.

- **S'agissant des dérogations à la loi, à quoi la date du 1er mars correspond-elle exactement : la date de conclusion de l'accord, du visa du Conseil de la concurrence, de la parution du décret ?**

La date du 1<sup>er</sup> mars est celle de la conclusion de l'accord.

- **Les professionnels qui sont en train de négocier un accord dérogatoire pourront-ils être sanctionnés au 1er janvier 2009 ?**

Les accords conclus avant le 1er janvier 2009 ne donneront pas lieu à contrôle avant la décision d'homologuer ou pas. Pour la reste, la loi est d'application le 1er janvier 2009.

- **Qui va examiner les projets d'accords au regard des critères définis dans la loi ?**

C'est l'administration qui va effectuer cet examen et si les conditions prévues par la loi sont remplies, un projet de décret validant l'accord sera transmis au Conseil de la concurrence pour avis. Il examinera le bilan concurrentiel de l'accord et ses éventuels effets anticoncurrentiels. Enfin, le Ministre prendra sa décision.

- **Un contrat conclu par exemple pour 3 ans avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009 échappera-t-il au nouveau plafond légal durant tout le temps de son exécution ? Quid d'un contrat annuel tacitement reconductible ?**

Pour les relations entre un fournisseur et un distributeur, la question ne se pose pas dès lors que la convention unique est obligatoirement annuelle.

Pour les autres cas, il convient de distinguer entre une clause d'indexation contenue dans le contrat et qui fait varier le prix automatiquement et une clause de révision de prix qui implique un nouvel accord de volonté entre les parties. La première correspond effectivement à un contrat pluriannuel, tandis que la seconde est en réalité une succession de contrats annuels même s'il existe une convention cadre.

Enfin, la loi nouvelle s'applique également aux contrats tacitement renouvelés, ceux-ci étant consi-

dérés de jurisprudence constante comme de nouveaux contrats.

- **Les débiteurs peuvent-ils exiger de leurs créanciers une «compensation» du fait de la réduction des délais de paiement ?**

Au sens strict, une obligation légale d'ordre public n'a pas à donner mécaniquement lieu à une compensation au premier euro. La situation des délais de paiement a toutefois toujours été prise en compte dans les négociations commerciales. Elle le sera également à l'avenir.

- **Le dépassement des nouveaux plafonds introduits par la Loi de modernisation de l'économie fait-il l'objet d'une sanction pénale ?**

Non, le dépassement des nouveaux plafonds fait l'objet d'une sanction civile, prévue à l'article L.442-6 du Code de commerce.

En revanche, l'article L.441-6 du Code de commerce prévoit encore une sanction pénale pour un certain nombre de cas particuliers : le respect du délai supplétif (lorsque les parties n'ont pas convenu d'un délai), le délai relatif au secteur du transport et les mentions obligatoires dans les conditions de règlement. En effet, les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date.

- **Quelle utilisation fera-t-on des rapports des commissaires aux comptes ?**

Ils concourront à l'élaboration des programmes d'enquête de la DGCCRF.

Le décret d'application sur les rapports des commissaires aux comptes est prévu pour la fin de l'année 2008.

- **Les nouvelles dispositions relatives aux délais de paiement s'imposent-elles aux contrats internationaux ?**

La jurisprudence a reconnu le caractère d'ordre public à l'article L.442-6 du Code de commerce qui prévoit la sanction civile du dépassement des délais légaux de paiement. La DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs, en particulier ceux qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales».

#### ■ Avis de la CEPC :

**DELAI PAIEMENT AU 1-01-09: Un contrat conclu par exemple pour 3 ans avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009 échappera-t-il au nouveau plafond légal durant tout le temps de son exécution ? Quid d'un contrat annuel tacitement reconductible ?**

*Pour les relations entre un fournisseur et un distributeur, la question ne se pose pas dès lors que la convention unique est obligatoire-*

ment annuelle. Pour les autres cas, il convient de distinguer entre une clause d'indexation contenue dans le contrat et qui fait varier le prix automatiquement et une clause de révision de prix qui implique un nouvel accord de volonté entre les parties. La première correspond effectivement à un contrat pluriannuel, tandis que la seconde est en réalité une succession de contrats annuels même s'il existe une convention cadre.

Enfin, la loi nouvelle s'applique également aux contrats tacitement renouvelés, ceux-ci étant considérés de jurisprudence constante comme de nouveaux contrats.

**DELAI DE PAIEMENT - COMPENSATIONS : Est-il légal de négocier des compensations à la réduction des délais de paiement - Quel peut-être le taux de cette compensation ?**

Oui. Si l'obligation légale d'ordre public n'a pas à donner mécaniquement lieu à une compensation au premier euro, elle ne l'interdit pas. La situation des délais de paiement peut toujours être prise en compte dans les négociations commerciales.

Le taux de la compensation à une réduction des délais de paiement ne doit pas être abusif, il ne peut créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

**DELAI DE PAIEMENT - FACTURATION : Est-il légal de délocaliser à l'étranger son centre de facturation, ou de facturer par une filiale à l'étranger, pour ne pas être obligé de respecter la réduction des délais de paiement.**

Non bien sûr s'il s'agit de détourner ou de contourner la loi. Mais, cette réponse mérite des précisions en cours de rédaction.

**DELAI DE PAIEMENT - LIVRAISONS : Est-il légal d'imposer des livraisons pour six mois de stocks quand le client doit payer à 60 jours ?**

Non si cette contrainte crée un déséquilibre significatif et/ou un abus de dépendance économique

**DELAI PAIEMENT - SANCTIONS : Le dépassement des nouveaux plafonds introduits par la Loi de modernisation de l'économie fait-il l'objet d'une sanction pénale ?**

Non, le dépassement des nouveaux plafonds fait l'objet d'une sanction civile, prévue à l'article L.442-6 du code de commerce. En revanche, l'article L.441-6 du code de commerce prévoit encore une sanction pénale pour un certain nombre de cas particuliers : le respect du délai supplétif (lorsque les parties n'ont pas convenu d'un délai), le délai relatif au secteur du transport et les mentions obligatoires dans les conditions de règlement. En effet, les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le

cas où les sommes dues sont réglées après cette date.

**DELAI PAIEMENT AU 1-01-09 : Est-il légal de ne pas appliquer, dans la filière de la jardinerie, la réduction imposée au 1/1/09 à des commandes de pré-saison passées en 2008 mais livrables que par exemple au printemps 2009 ?**

Oui, dès lors que les commandes portent sur des quantités précises de produits déterminés à des prix convenus, elles peuvent être traitées aux conditions de règlement licites en 2008.

**DELAI PAIEMENT AU 1-01-09 : Est-il légal de ne pas appliquer la réduction obligatoire à 60 jours à un contrat « ferme » signé avant le 31 décembre 2008 ?**

Oui, les nouveaux délais de paiement ne sont applicables qu'aux contrats conclus à compter du 1er janvier 2009. Toute vente conclue avant cette date (accord sur la chose et sur le prix) peut donc comporter des délais plus longs. Plusieurs cas sont à distinguer :

- «Contrat cadre» conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009, sans accord sur la chose et le prix : le contrat n'est pas formé, toutes commandes ou contrats passés après le 1<sup>er</sup> janvier 2009 devront appliquer les délais de paiement de la LME.

- «Contrat cadre» conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009, avec accord sur la chose et le prix mais sans quantité et/ou un échéancier : le contrat est formé, toutes les commandes passées après le 1<sup>er</sup> janvier doivent appliquer les délais de paiement de la LME.

- «Contrat cadre» conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009, avec accord sur la chose et le prix et avec des quantités et/ou un échéancier : les commandes passées après le 1<sup>er</sup> janvier n'ont pas l'obligation d'appliquer les délais de paiement de la LME.

**DELAI PAIEMENT - CALCUL : Comment comprendre le mode de computation des 45 jours fin de mois ?**

Une pratique consiste à comptabiliser les 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, la limite de paiement intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces 45 jours. Toutefois il est également envisageable de comptabiliser les délais d'une autre façon, consistant à ajouter 45 jours à la fin du mois d'émission de la facture.

**DELAI PAIEMENT - CALCUL : De qui dépend le choix entre 60 jours calendaires et 45 jours fin de mois ?**

C'est un choix qui relève de la liberté contractuelle des opérateurs. Pour les opérateurs soumis à l'établissement d'une convention unique, celle-ci devra mentionner ce choix.

**DELAI PAIEMENT - CONCERNES : Ce nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous produits ou services ?**

Oui, la loi n'opère pas de distinction.

## **DELAI PAIEMENT - CONCERNES : Le nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous les secteurs économiques ?**

Oui, le nouveau plafond s'applique à tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, à l'exclusion des non professionnels. Toutefois, certains secteurs demeurent soumis à des délais spécifiques : 30 jours pour le transport de marchandises et 20 ou 30 jours selon les produits alimentaires périssables. Les délais de 75 jours pour certaines boissons alcooliques ont été ramenés à 60 jours ou 45 jours fin de mois.

## **DELAI PAIEMENT - CONTROLES : Quelle utilisation fera-t-on des rapports des commissaires aux comptes ?**

Ils concourront à l'élaboration des programmes d'enquête de la DGCCRF. Le décret d'application sur les rapports des commissaires aux comptes est prévu pour la fin de l'année 2008.

## **DELAI PAIEMENT - DEROGATION : Les professionnels qui sont en train de négocier un accord dérogatoire pourront-ils être sanctionnés au 1<sup>er</sup> janvier 2009 ?**

Les accords conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009 ne donneront pas lieu à contrôle avant la décision d'homologuer ou pas. Pour la reste, la loi est d'application le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

## **DELAI PAIEMENT - DEROGATION : S'agissant des dérogations à la loi, à quoi la date du 1<sup>er</sup> mars correspond-elle exactement : la date de conclusion de l'accord, du visa du Conseil de la concurrence, de la parution du décret ?**

La date du 1<sup>er</sup> mars est celle de la conclusion de l'accord.

## **DELAI PAIEMENT - DEROGATION : Qui va examiner les projets d'accords au regard des critères définis dans la loi ?**

C'est l'administration qui va effectuer cet examen et si les conditions prévues par la loi sont remplies, un projet de décret validant l'accord sera transmis au Conseil de la concurrence pour avis. Il examinera le bilan concurrentiel de l'accord et ses éventuels effets anticoncurrentiels. Enfin, le Ministre prendra sa décision.

## **DELAI PAIEMENT - DETOURNEMENT : Est-il légal de conclure un nouveau système de vente en consignation pour n'engager le début du délai de paiement qu'après la vente effective des produits ?**

Non s'il s'agit manifestement de «détourner» ou de «contourner» la loi. La LME ne remet pas en cause le régime juridique du dépôt vente ou vente en consignation. La vente en consignation n'est pas interdite. Cependant, appliquer contrairement aux habitudes anciennes, une telle pratique dans le but de contourner les obligations relatives à la réduction des délais de paiement, devient une pratique abusive.

## **DELAI PAIEMENT - ESCOMPTE : Les débiteurs peuvent-ils exiger de leurs créanciers une «compensation» du fait de la réduction des délais de paiement ?**

Au sens strict, une obligation légale d'ordre public n'a pas à donner mécaniquement lieu à une compensation au premier euro. La situation des délais de paiement a toutefois toujours été prise en compte dans les négociations commerciales. Elle le sera également à l'avenir.

## **DELAI PAIEMENT - PARTENAIRES ETRANGERS : Est-il légal d'appliquer la limite des délais de paiement par un fournisseur en France à un client étranger ?**

*Est-il légal d'appliquer la limite des délais de paiement par un fournisseur étranger à un client en France ?*

Réponses en attente de rédaction

## **DELAI PAIEMENT - POINT DÉPART : Quel est le point de départ de la computation du délai ?**

Il s'agit de la date d'émission de la facture dans la généralité des cas. En revanche, le point de départ est la date de réception des marchandises pour les départements d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer de Mayotte, de Saint-Pierre et Miquelon, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy.

Toutefois, le point de départ peut être la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services si des accords entre les organisations professionnelles concernées le prévoient.

Ce choix de point de départ ne doit néanmoins pas conduire à un délai final supérieur à 60 jours calendaires ou 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture.

### **Nos observations :**

L'article 21 de la LME (article 6 du projet de loi) plafonne à 45 jours fin de mois ou 60 jours calendaires date d'émission de facture le délai de paiement convenu entre les entreprises, sous réserve bien entendu des délais réglementaires qui existent d'ores et déjà aujourd'hui sous l'article L.443-1 du Code de commerce pour les produits alimentaires périssables, le bétail sur pied et la viande fraîche dérivée, les boissons alcooliques, le poisson surgelé, etc.

S'agissant des boissons alcooliques visées sous l'article L.443-1, 4<sup>e</sup> alinéa, du Code de commerce, l'article 22 de la LME modifie le délai de paiement réglementaire existant de soixante quinze jours après la date de livraison et le plafonne à 45 jours fin de mois ou 60 jours calendaires date d'émission de facture.

- ✓ Les délais de paiement ne pourront plus dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture, sauf exception (voir notamment pour les DOM pour lesquels le point de départ du délai de règlement est fixé à la date de réception des marchandises) ;
- ✓ Les intérêts de retard en cas de non paiement à la date d'échéance sont doublés et la sanction civile pour dépassement du délai de paiement est renforcée.

PRINCIPE	EXCEPTION
<p>Délais maxima de règlement :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 45 jours fin de mois</li> <li>ou</li> <li>■ 60 jours date d'émission de facture (ou date de réception des marchandises pour les DOM et les collectivités d'Outre-mer).</li> <li>■ (NB. Le délai supplétif minimal de 30 jours demeure à défaut de dispositions contraires dans les CGV)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Les organisations professionnelles d'un secteur peuvent conclure un accord réduisant ces délais de paiement. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service comme point de départ de ce délai. Un décret peut étendre ce nouveau délai à tous les opérateurs d'un secteur ou valider le nouveau mode de computation et l'étendre à tous les opérateurs concernés.</li> <li>■ 30 jours émission de la facture pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane.</li> <li>■ Des accords interprofessionnels d'un secteur donné peuvent convenir de délais de paiement supérieurs si : <ul style="list-style-type: none"> <li>• raisons économiques objectives ;</li> <li>• réduction progressive vers le délai légal et application d'intérêts de retard en cas de non respect de l'objectif ;</li> <li>• durée limitée (l'accord ne doit pas dépasser le 1<sup>er</sup> janvier 2012).</li> </ul> </li> <li>■ Accords validés par décret après avis du Conseil de la concurrence.</li> <li>■ Délais réglementés de l'article L.443-1 du Code de commerce (produits alimentaires périssables, bétail et viande fraîche, boissons alcooliques)</li> </ul>

Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation sur le territoire fiscal des **départements et des collectivités d'outre-mer**, tels que la Martinique, la Guadeloupe, la Guyane, la Réunion, etc., le délai ne commencera à courir qu'à compter de la réception des marchandises, ce qui est logique dès lors qu'en l'absence de telles dispositions les factures pourraient devoir être réglées avant même que les marchandises voyageant par bateau ne parviennent à destination !

S'agissant des délais de paiement applicables aux DOM/COM, la DGCCRF a pu fournir les informations suivantes, qui sont très précises et fort utiles aux opérateurs économiques :

**«Vous souhaitez d'abord savoir comment définir la date de réception des marchandises visées par l'article 21 VI de la LME dans les DOM-COM.**

**Cette date doit être entendue comme la date d'enregistrement de la déclaration en douane des marchandises, à l'arrivée des produits sur le territoire d'un DOM ou d'une COM. Cette déclaration rend exigible les droits de douane et l'octroi de mer.**

**Par ailleurs, l'article L.441-3 du code de commerce prévoit que «la facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir». Il est aléatoire de fixer ex-ante une date sur la facture sans connaître le délai de route exact des marchandises. Aussi, afin de satisfaire aux exigences de transparence de l'article L.441-3, et sous réserve de l'appréciation souveraine**

*des tribunaux, il peut être admis que le fournisseur ne mentionne pas la date elle-même, inconnue de lui, mais précise sur la facture les conditions de détermination de cette date, dans une formulation qui serait : « 60 jours (ou 45 jours fin de mois) à compter de la date d'enregistrement de la déclaration en douane des marchandises».*

\* \* \*

**■ Des accords interprofessionnels ont été conclus ou sont en cours de négociation :**

Deux types d'accords sont prévus par l'article 21 de la LME :

- Les nouvelles dispositions prévoient que les professionnels d'un secteur d'activité pourront proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai. Des accords seront conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles.
- Ce texte prévoit également la possibilité d'étendre par décret à l'ensemble d'un secteur professionnel les accords qui auraient été conclus par les organisations professionnelles du secteur en cause en vue de réduire les délais de paiement en dessous des nouveaux plafonds.
- Mais surtout des accords interprofessionnels peuvent également intervenir afin de déroger

**jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2012 aux nouveaux délais de paiement.**

Il est en effet prévu des dérogations exceptionnelles par accord interprofessionnel pour une durée limitée, sans pouvoir excéder le 31 décembre 2011, lorsque des situations objectives liées à des secteurs économiques le justifieront ; ces accords interprofessionnels doivent faire l'objet d'un décret après avis du Conseil de la concurrence devenu **l'Autorité de la concurrence**.

De très nombreux secteurs d'activité ont souhaité bénéficier de cette dérogation :

**Ces accords concernent les secteurs et organisations professionnelles signataires suivants :**

[http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/documentation/lme/derogations\\_dela...  
s\\_paiement.htm](http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/documentation/lme/derogations_dela...)

**Le jouet :**

- Fédération française des industries jouet-puériculture
- Fédération des commerces spécialistes du jouet et des produits de l'enfant.

**Le bricolage :**

- Fédération des magasins de bricolage,
- Union nationale des industriels du bricolage, du jardinage et de l'aménagement du logement,
- Syndicat des entreprises de commerce international de machines portatives, de matériel pneumatique et de machines à agrafer et à clouer.

**L'horlogerie – bijouterie – orfèvrerie -joaillerie :**

- Fédération nationale des chambres syndicales des horlogers, bijoutiers, joailliers et orfèvres, détaillants et artisans de France,
- Syndicat Saint Eloi, Union du commerce de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie, orfèvrerie et accessoires,
- Chambre syndicale nationale de la bijouterie fantaisie, bijouterie métaux précieux, orfèvrerie, cadeaux, industries s'y rattachant,
- Union française bijouterie, joaillerie, orfèvrerie, des pierres et des perles,
- Fédération de l'horlogerie ;
- Chambre française de l'horlogerie et des micro-techniques,
- Fédération nationale artisanale des métiers d'art, de création du bijou,
- Conseil interprofessionnel de la bijouterie et de l'horlogerie.

**La papeterie :**

- Union de la filière papetière,
- Syndicat national des papetiers répartiteurs spécialisés,
- Fédération de l'équipement de bureau - Association des industriels de la papeterie et du bureau.

**Le bâtiment et travaux publics :**

- (La Fédération Française du Bâtiment (FFB),
- La Confédération des Artisans et Petites Entreprises du Bâtiment (CAPEB),
- La Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP),
- La Fédération Nationale des Sociétés Coopératives de Production du Bâtiment et des Travaux publics (FNSCOP BTP),
- L'Union des Maisons Françaises (UMF),
- Le Syndicat des Entreprises de Génie Electrique et Climatique (SERCE),
- La Confédération du Négoce Bois-Matériaux (CNBM),
- La Fédération du Négoce des Matériaux de Construction (FNMC),
- La Fédération Française du Négoce de Bois (FFNB),
- L'APIBOIS, Le Syndicat National des Constructeurs de Charpentes en Bois Lamellé (SNBL),
- Le Syndicat National des Fabricants de Structures et Charpentes Industrialisées en Bois (SCIBO),
- Le Syndicat des fabricants de maisons à ossature bois (SYMOB),
- L'Union Française des Fabricants et Entrepreneurs de Parquet (UFFEP),
- L'Union des Fabricants de Contreplaqué (UFC), L'Union des Industries des Panneaux de Process (UIPP),
- La Chambre Syndicale des Fabricants du Verre Plat (CSPVP),
- La Chambre Syndicale Française de l'Étanchéité (CSFE),
- La Fédération Française des Tuiles et Briques (FFTB),
- La Fédération de l'Industrie du Béton (FIB),
- Le Syndicat des isolants et des laines minérales (FILMM),
- Le groupement bâtiment de la Fédération des Industriels des Peintures, Encres,
- Couleurs, Colles et Adhésifs (FIPEC),
- Le Syndicat Français des Enducteurs Calandreurs (SFEC),
- Le Syndicat Français de l'Industrie Cimentière (SFIC),
- Le Syndicat Français des Joints et Façades (SFJF),

- Le Syndicat National des Industries du Plâtre (SNIP),
- Le Syndicat National des Mortiers Industriels (SNMI),
- Le Syndicat National des Plastiques Alvéolaires (SNPA),
- Le Syndicat National du béton Prêt à l'Emploi (SNBPE),
- Le Syndicat National des Industries de Roches Ornamentales et de Construction (SNROC),
- Le Syndicat National des Adjuvants pour bétons et mortiers (SYNAD),
- L'Union Nationale des Producteurs de Granulat (UNPG),
- Le Syndicat des Tubes et Raccords en PVC (STR PVC),
- Le Syndicat des Tubes et Raccords en Polyéthylène (STR PE),
- Le Syndicat des Composants de Systèmes Intégrés de Chauffage et de Rafraîchissements COCHE BAT),
- La Chambre Syndicale du Carreau Céramique de France (CSCCF),
- Le Syndicat National des Extrudeurs Plastiques (SNEP),
- Le Syndicat National des Fabricants de Plafonds tendus (SNAFAPT),
- L'Union Française des Tapis & Moquettes (UFTM),
- Le Syndicat des Industries Françaises du Fibres-ciment (SIFF),
- La Fédération des Industries des Plafonds Suspendus (FIPS),
- La Fédération Nationale du Bois (FNB), L'Union des Industries du Bois (UIB),
- La Fédération Nationale de la Décoration (FND),
- Le Syndicat National des Ecrans de Sous-Toiture (SNEST),
- Le Syndicat des Accessoires Manufacturés de Toiture (SAMT),
- Le Syndicat des Entreprises de Commerce International de Machines Portatives, de Matériels Pneumatiques et de Machines à Agrafier et à Clouer (SECIMPAC),
- Le Syndicat de la Brosserie, La Fédération des Bois Tranchés, Le Syndicat National du Charbon de Bois, Le Commerce du Bois (LCB),
- Le Syndicat des Isolants en Matériaux Durs (SIMD),

- L'Association Professionnelle du Système d'Etanchéité Liquide, L'Union des Fabricants de Menuiseries Extérieures (UFME),
- L'Association des Nappes à Excroissances pour Parois Enterrées (ANEPE),
- L'Association Française des Sous-Couches Acoustiques Minces (AFSCAM),
- L'Association pour la Promotion des Produits Minces Réfléchissants (APPMR),
- Le Syndicat National de la Construction des Fenêtres Façades et Activités Associées (SNFA),
- Le Syndicat National de l'Isolation,
- Le Syndicat Français de l'Echafaudage, du Coffrage et de l'Etalement,
- Le Syndicat National de la Fermeture, de la Protection Solaire et des Professions Associées,
- Groupement infrastructure de la Fédération des industries ferroviaires.
- La Chambre Nationale de l'Artisanat, des Travaux Publics, des Paysagistes et des Activités Annexes (CNATP),
- La Fédération Française des Artisans Coopérateurs du Bâtiment (FFACB),
- La Fédération des Coopératives d'Achats pour les Artisans du Bâtiment (FORCAB),
- L'Union Nationale des Entrepreneurs du Paysage (UNEP),
- Le Syndicat National du Second Œuvre (SNSO),
- Le Groupement Peintures Anticorrosion (GPA),
- Le Syndicat National des Blancs de Craie, Marbre et Dolomie (SNCRAIE),
- Le Syndicat National des Formulateurs de Résines Synthétiques (SNFORES),
- Le Syndicat national des Fabricants de Couches d'Usure pour Sols Industriels (SYNFAD).

***Le sanitaire-chauffage et le matériel électrique :***

- La Fédération des Grossistes en Matériel Electrique (FGME),
- La Fédération Française des Négociants en Appareils Sanitaires, Chauffage, Climatisation et Canalisation (FNAS)
- La Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment (CAPEB),
- La Fédération des Electriciens, Electroniciens (FEDELEC),
- La Fédération Française du Bâtiment (FFB),
- La Fédération Nationale des SCOP du Bâtiment et des Travaux Publics (FNSCOP BTP),
- Le Syndicat des Entreprises de Génie Electrique et Climatique (SERCE),

- L'Association Française des Industries de la Salle de Bains (AFISB),
- Le Syndicat National des fabricants de composants et de systèmes intégrés de chauffage, rafraîchissement et sanitaires (COCHEBAT),
- Le Groupement des Industriels de l'appareillage électrique d'installation et de ses applications domotiques (DOMERGIE),
- Le Groupement des Fabricants de matériels de Chauffage Central (GFCC),
- Le Groupement Interprofessionnel des Fabricants d'Appareils d'Équipement Ménager (GIFAM),
- Le Syndicat professionnel représentant l'ensemble des constructeurs d'appareils électriques Autonomes de Sécurité (GISEL),
- Le Syndicat des Tubes et Raccords en Polyéthylène (STR PE),
- Le Syndicat National des Tubes et Raccords en PVC (STR PVC),
- La Fédération de l'Industrie française des fils et câbles électriques et de communication (SYCABEL),
- Le Syndicat des fabricants d'équipements pour la protection et le support des câbles électriques et de communication (SYCACEL),
- Le Syndicat professionnel regroupant les entreprises de matériel aéraulique, thermique, thermodynamique et frigorifique (UNICLIMA),
- Le Syndicat des entreprises de commerce international de machines portatives, de matériels pneumatiques et de machines à agrafer et à clouer (SECIMPAC),
- Le Syndicat de l'éclairage.

#### *L'édition du livre :*

- Le Syndicat National de l'édition (SNE),
- Le Syndicat de la Librairie Française (SLF),
- Le Syndicat des Distributeurs de Loisirs culturels,
- La Fédération de l'Imprimerie et de la Communication graphique / Union Nationale de l'Imprimerie et de la Communication graphique.

\* \* \*

**Mais d'autres accords ont été conclus et concernent notamment les spécialités pharmaceutiques non remboursables et le textile.**

D'autres accords sont pour leur part encore en cours de discussion et devraient être communiqués au Ministre de l'économie dans les prochaines semaines ; en tout état de cause, ils devront être signés avant le 1er mars 2009, date limite prévue par la LME.

#### **■ Le nouveau rôle joué par les Commissaires aux comptes :**

Par ailleurs, les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes devront publier des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités qui seront définies par décret.

Ces informations feront l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes dans des conditions fixées par ce décret.

#### **■ Les nouveaux délais de paiement prévus par la LME sont-ils applicables aux ventes internationales de marchandises ?**

Cette question fait l'objet de beaucoup de discussions et en l'absence de jurisprudence, il n'est pas possible de se prononcer avec certitude sur le sujet. Ce qui suit ne reflète ainsi que l'opinion des auteurs au regard des règles de droit international privé, applicables en la matière.

La LME a notamment introduit en droit français deux nouvelles règles relatives aux délais de paiement :

- d'une part, les dispositions de l'article **L.441-6 alinéa 9** du Code de commerce dans le chapitre I du titre IV du livre IV du Code de Commerce relatif à la transparence ;
- d'autre part, les dispositions de l'article **L.442-6-I-7°** du Code de commerce dans le chapitre II du titre IV du livre IV relatif aux pratiques restrictives de concurrence.

Bien qu'elles soient intimement liées, ces deux dispositions doivent être indéniablement distinguées :

#### **■ L'article L.441-6 alinéa 9 du Code de commerce :**

L'article L.441-6 alinéa 9 dispose que :

***«Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. »***

Contrairement aux autres dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce, ce neuvième alinéa n'est assorti d'aucune sanction.

En effet, ni une nullité de la clause prévoyant de tels délais, ni une sanction pénale, ni une amende civile ne viennent sanctionner le fait de convenir de délais supérieurs.

Par ailleurs, dès lors que le texte vise le fait de «*convenir*» d'un délai, il serait difficile pour une entreprise d'engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant à ce titre : il faut être deux pour convenir, ce qui sous-entend une co-responsabilité des deux parties au contrat.

Ainsi, même si la loi française est applicable, le simple fait de convenir de délais supérieurs à 45 jours fin de mois ou 60 jours date d'émission de la facture n'est en l'état de la législation, pas directement condamnable.

C'est par le biais de l'article L.442-6-I-7° qu'une violation des délais prévus par L.441-6 alinéa 9 est sanctionnée.

### ■ L'article L.442-6-I-7° du Code de commerce :

L'article L.442-6-I du Code de commerce sanctionne en ces termes le non respect des délais prévus par l'article L.441-6 alinéa 9 précité :

**«Engage la responsabilité de son auteur** et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

[...]

**7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L.441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L.441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture.**

[...] ».

L'article L.442-6-III précise pour sa part que :

*«L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la Concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires relevant de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.*

*Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public (...) peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros (...).*

La loi sanctionne ici le fait de soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas les délais prévus par l'article L.441-3 alinéa 9, c'est-à-dire les délais maximum de 45 jours fin de mois ou 60 jours date d'émission de la facture.

Ainsi, une interprétation littérale de la loi mènera à ne sanctionner que l'acheteur qui soumet son vendeur à des délais excessifs et non le vendeur qui est la victime de la faute ainsi commise.

Il s'agit d'une infraction civile, sanctionnée par une amende civile d'un montant maximum de 2 millions d'euros.

**Cet article est-il applicable à un éventuel litige relatif à un contrat de vente international ?**

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de déterminer préalablement le juge compétent puisqu'il reviendra à ce dernier de déterminer la loi applicable au litige, selon ses propres règles de droit international privé, qui seront le plus souvent issues du droit conventionnel international ou du droit communautaire dérivé.

En effet, la question du droit applicable n'a d'intérêt pratique qu'au regard de la possibilité de voir sanctionnées par un juge les règles en cause.

Or, seul le juge compétent pour trancher le litige pourra déterminer selon ses propres règles de droit dans quelles conditions la violation de cette loi sera sanctionnée (caractère de loi de police ou non, applicabilité territoriale de la loi, caractère délictuel ou contractuel, etc.).

En conséquence, la question du juge compétent est nécessairement préalable à la question des conditions d'application de la loi.

Le présent mémo n'envisage pas l'hypothèse où la juridiction saisie et compétente est celle d'un état tiers à l'Union européenne. En effet dans cette hypothèse, le juge déterminera le droit applicable en fonction de son propre droit international privé, que nous ne pouvons bien évidemment pas appréhender par anticipation.

Il sera donc uniquement étudié l'hypothèse où la juridiction saisie et compétente est, soit le juge français, soit le juge d'un autre Etat membre de l'Union européenne, cette compétence étant déterminée en vertu des principes posés par le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit «**Bruxelles I**».

A ce titre, il convient de rappeler que ce règlement prévoit que la juridiction compétente est, en principe, celle de l'État membre où le défendeur possède son domicile, quelle que soit sa nationalité (article 2). Le Règlement «**Bruxelles I**» prévoit également des règles de compétence spéciales alternatives à la règle de compétence générale.

Ainsi en matière contractuelle, le demandeur dispose d'une option de compétence entre le juge du domicile du défendeur et le juge «*du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée*», étant précisé que ce lieu est, pour la vente de marchandises, celui où «*les marchandises ont été ou auraient dû être livrées*» (article 5-1).

En matière délictuelle, le Règlement «**Bruxelles I**» prévoit également une option de compétence : le juge compétent est soit celui de l'Etat du domicile du défendeur, soit «*le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire*» (article 5-3), étant précisé que la notion de «*fait dommageable*» recouvre, selon les cas, la faute commise ou le dommage subi.

Le règlement autorise cependant les parties à convenir d'une clause attributive de juridiction.

Le juge désigné par cette clause a alors une compétence exclusive (article 23).

Après avoir envisagé les règles de conflit de juridiction, il convient à présent de déterminer la loi applicable devant le juge saisi du litige, ce juge étant par hypothèse soit le juge français, soit le juge d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

Afin de déterminer le droit applicable au litige selon les règles du droit international privé, il convient préalablement de qualifier la responsabilité encourue, autrement dit, il faut déterminer si la violation de l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce relève de la matière délictuelle ou contractuelle.

Force est de constater que cette question est particulièrement délicate et qu'il n'est pas possible, à ce jour, de se prononcer avec certitude sur l'une ou l'autre qualification.

Toutefois, plusieurs éléments tendent à une qualification délictuelle :

- En effet, il s'agit d'un délit civil sanctionné par une amende civile ;
- l'action peut être introduite par toute personne intéressée, dont le ministère public, le ministre de l'économie, le Président de l'Autorité de concurrence, et non pas uniquement le cocontractant ;
- et de plus, la jurisprudence considère que la responsabilité engendrée par l'application de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale de relations commerciales établies, relève de la matière délictuelle et non de la matière contractuelle.

C'est à tout le moins ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans des hypothèses où les relations commerciales n'étaient pas encadrées par un contrat.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet précisé à deux reprises et notamment très récemment dans un arrêt du **21 octobre 2008** que :

*«Le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit»<sup>6</sup>.*

La Cour de cassation ne s'est en revanche pas positionnée dans le cas où un contrat encadrerait les relations commerciales ou s'agissant des autres alinéas de l'article L.442-6 du Code de commerce. Ceci étant, ses attendus ne font pas de distinction selon l'existence d'un contrat ou non.

**Ces différents éléments mèneraient à considérer que l'article L.442-6, pris dans son ensemble, relèverait de la matière délictuelle.**

La responsabilité encourue en cas de violation de l'article L.442-6-I-7° serait alors délictuelle et il convient d'appliquer les règles de droit international privé relatives aux obligations non-contractuelles pour déterminer la loi applicable.

Néanmoins, il n'est pas possible d'exclure que les juges qualifient la responsabilité engagée sur le fondement de l'article L.442-6-I-7° de contractuelle.

<sup>(6)</sup> Cass. Com 21 octobre 2008, 07-12336. Cf. également Cass. Com. 6 février 2007, Idéal France c/Guiot

Rappelons à ce titre que la CJCE a élaboré, s'agissant de la compétence judiciaire et plus précisément de l'application de l'article 5 de la Convention de Bruxelles (aujourd'hui Règlement «*Bruxelles I*»), des **définitions autonomes**, spécifiquement communautaires, de **la matière contractuelle** et de **la matière délictuelle**.

La CJCE a défini la matière contractuelle de manière négative :

*« La notion de "matière contractuelle", au sens de l'article 5§1(...) ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre»<sup>7</sup>.*

La CJCE a fait de la matière délictuelle une catégorie résiduelle de la matière contractuelle : la responsabilité qui n'est pas contractuelle est délictuelle<sup>8</sup>.

Jusqu'à présent, il pouvait être considéré que ces définitions autonomes étaient propres à l'interprétation de la Convention de Bruxelles puis du Règlement «*Bruxelles I*» relatifs à la compétence judiciaire et n'avaient pas nécessairement vocation à s'imposer s'agissant de la détermination de la loi applicable.

Toutefois, le Règlement «*Rome I*» et le Règlement «*Rome II*» précisent tous deux, en leur considérant n°7, que leur champ d'application respectif doit être «*cohérent*» par rapport au Règlement «*Bruxelles I*», et le considérant n° 11 du Règlement «*Rome II*» prône expressément le recours aux définitions autonomes.

La lecture de ces considérants devrait amener les juges nationaux à rechercher la nature de l'obligation en cause en appliquant ces définitions autonomes élaborées par la CJCE, hors de toute référence aux droits nationaux, pour déterminer non seulement le juge compétent mais également la loi applicable à un litige.

S'agissant des dispositions de l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce, l'existence d'un contrat entre les parties, et donc d'un «*engagement librement consenti*», pourrait mener les juges à retenir la qualification contractuelle de la responsabilité engagée sur ce fondement.

Compte tenu de l'incertitude attachée à la qualification de la responsabilité encourue, il convient d'envisager les deux cas de figure pour déterminer dans quelles conditions l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce français aura vocation à s'appliquer à un contrat international.

Il convient en conséquence d'envisager les deux cas de figure pour déterminer dans quelles conditions l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce français aura vocation à s'appliquer à un contrat international.

■ **Premier cas de figure :** l'article L.442-6-I-7° relève de la responsabilité **délictuelle** :

Afin de déterminer la loi applicable à une obligation non contractuelle, il convient de se référer aux règles du

<sup>(7)</sup> CJCE 17 juin 1992, C-26/91, Jacob Handte

<sup>(8)</sup> CJCE 27 septembre 1988, C-189/87, Kalfelis

droit international privé français relatives aux délits civils.

En vertu de ces règles du droit international privé français, la loi applicable pour régir la responsabilité civile délictuelle est «*la loi du lieu où le délit a été commis*»<sup>9</sup>. En cas de dissociation entre les lieux du fait générateur et du préjudice, ces deux rattachements ont une vocation égale à déterminer la loi applicable, mais l'existence d'un «*lien plus étroit*» avec l'un des deux pays permet de désigner l'une ou l'autre branche de l'option<sup>10</sup>.

Toutefois, ces règles de droit international privé français vont céder leur place, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, au Règlement «*Rome II*» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, adopté le 11 juillet 2007, ce qui conduira à une harmonisation des solutions au niveau européen.

L'article 4 de ce Règlement consacre la jurisprudence précitée en la simplifiant :

- En règle générale, la loi applicable est «*la loi du pays où le dommage survient quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent*».

→ Ainsi, la loi applicable à un délit civil est, en principe, la loi du lieu de survenance du dommage.

En matière de ventes de marchandises, le dommage est subi au lieu de l'établissement du vendeur, lequel subit un délai de paiement considéré comme excessif. La loi applicable sera donc celle du vendeur, victime du délit.

■ Deuxième cas de figure: l'article L.442-6-I-7° relève de la responsabilité contractuelle:

La loi applicable aux contrats est en principe désignée par application de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, puis, à partir du 17 décembre 2009 par le Règlement «*Rome I*» adopté le 17 juin 2008, qui a vocation à remplacer ladite convention.

Selon les principes qui s'en dégagent :

- le contrat est régi par la loi choisie par les parties, choix qui doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause (article 3§1 de la Convention de Rome (80/934/CEE) et du Règlement dit «*Rome I*» - article 2 de la Convention de la Haye de 1955).

- A défaut de choix, le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle.

→ Ainsi, la loi applicable aux obligations contractuelles est, en principe, la loi choisie par les parties.

A défaut de choix, et en matière de vente, la loi applicable serait la loi du pays de résidence du vendeur.

Il est à noter que ces règles s'appliquent sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

Ainsi, que la responsabilité de l'article L.442-6-I-7° soit de nature délictuelle ou contractuelle, la loi du vendeur sera le plus souvent (sauf loi de l'acheteur choisie par les parties) applicable au contrat.

Ceci étant, l'article L.442-6-I-7° pourrait être également applicable même si les faits étaient soumis à une loi étrangère, s'il devait être considéré comme une «*loi de police*» au sens du droit international privé.

Le principe est en effet qu'une disposition nationale impérative constituant une loi de police doit prévaloir sur la loi étrangère considérée comme applicable en vertu de la règle de conflit de lois du juge saisi.

Ce principe est consacré tant par la Convention de Rome et le Règlement «*Rome I*» sur la loi applicable aux obligations contractuelles, que par le Règlement «*Rome II*» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles :

- Ainsi, l'article 7 de la Convention de Rome, et son successeur, l'article 9 du Règlement «*Rome I*»<sup>11</sup> qui s'appliquera aux contrats conclus après le 17 décembre 2009, prévoit l'application de ses propres lois de police par le juge compétent quelle que soit la loi choisie par les parties au contrat.

- De même, le Règlement n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit «*Rome II*» adopté le 11 juillet 2007, qui sera applicable à partir du 11 janvier 2009, prévoit en son article 16 que ses dispositions «*ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle*».

La Convention de Rome et le Règlement «*Rome I*» prévoient également qu'une loi de police étrangère puisse être appliquée. Ce point n'est en revanche pas prévu par le Règlement «*Rome II*» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

En l'occurrence, l'article L.442-6 du Code de commerce est habituellement considéré par la jurisprudence et la doctrine française comme étant une «*loi de police*», ce qui signifie que les tribunaux français doivent considérer son application comme obligatoire.

Ainsi, la Cour d'appel de Lyon a affirmé par un arrêt du 9 septembre 2004 que les dispositions de l'article L.442-6-I-5° «*constituent une loi de police au sens du droit international privé ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des pratiques dommageables, aux effets économiques et/ou concurrentiels défavorables, constatés sur le territoire national*»<sup>12</sup>.

<sup>(9)</sup> Cass. Civ. 25 mai 1948, Lautour

<sup>(10)</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 11 mai 1999, Mobil North Sea et Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 5 mars 2002, Sisro

<sup>(11)</sup> Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008

<sup>(12)</sup> CA Lyon, 9 septembre 2004, n° 2004/00108.

De même, la Cour d'appel de Paris a pu préciser, dans un arrêt du 28 septembre 2006 relatif à une rupture de relations commerciales entre un fournisseur américain et un distributeur français, que les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce étaient «*des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique et comme telles constitutives d'une loi de police*»<sup>13</sup>.

Certes, cette décision vient d'être cassée par un arrêt de la 1<sup>re</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 22 octobre 2008, mais la cassation porte sur le refus de la Cour d'appel d'appliquer la clause attributive de juridiction qui était contenue dans le contrat, sans que la Cour de cassation ne prenne position sur le caractère de loi de police de l'article L.442-6<sup>14</sup>.

En l'état, ce point n'est donc pas tranché par la Cour de cassation.

➤ Nous considérons cependant qu'il est probable que l'article L.442-6 du Code de commerce dans son ensemble soit qualifié de loi de police au sens du droit international privé par un juge français et appliqué bien que le contrat ait un caractère international.

En partant de cette hypothèse, si le juge français était saisi du litige et qu'il soit compétent, il serait tenu d'appliquer l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce.

Un juge européen saisi et compétent pourrait également (c'est une faculté) appliquer l'article L.442-6-7°, à tout le moins si le litige était considéré comme relevant de la nature contractuelle. Toutefois, il est fort rare qu'un juge national applique une loi impérative d'un autre pays, cette possibilité fut-elle envisagée par la Convention de Rome et le Règlement «*Rome I*».

\* \* \*

➤ Il résulte de ces éléments que si le **fournisseur est français**, le droit français sera probablement applicable à la situation soumise au juge, ce qui entraînera l'application des dispositions de l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce et la possibilité subséquente pour le vendeur français d'engager la responsabilité de son client.

Selon nous, dans l'hypothèse où le vendeur est français, le droit français sera en effet applicable dans la très grande majorité des cas.

Deux hypothèses pourraient nous amener à une autre solution à savoir :

- la responsabilité est considérée comme de nature **contractuelle** et il y a une clause dans le contrat désignant un autre droit : ce droit sera applicable ;
- la responsabilité est considérée comme de nature **délictuelle** et les parties ont prévu une clause rendue possible par le Règlement «*Rome II*» prévoyant l'application d'un autre droit pour leur future responsabilité délictuelle.

<sup>13</sup> CA Paris, 28 septembre 2006, n° juris-data 313940

<sup>14</sup> «En statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés».

Dans ces hypothèses, se posera alors la question du caractère de loi de police de l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce.

Le vendeur français pourrait en effet alors envisager d'agir contre son client sur le fondement de l'article L.442-6-I-7° considéré comme une loi de police. Il lui faudrait alors rechercher le juge compétent pour être sûr que celui-ci puisse appliquer la loi de police française (ce qui sera le cas si le juge compétent est français et dans une moindre mesure, s'il est européen).

En tout état de cause, si l'administration venait à constater la situation, le fournisseur français, ayant de son côté respecté les dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce, devrait, *a priori*, être à l'abri de toutes poursuites civiles, dans la mesure où ce dernier est dans la position du débiteur qui subit la volonté de l'acheteur étranger.

On imagine mal par ailleurs l'administration poursuivre l'acheteur étranger devant les juridictions françaises, si tant est qu'elles soient compétentes, mais nous ne pouvons naturellement pas préjuger de la position de l'administration dans une telle situation, ni de celle du juge français qui serait ensuite saisi du litige.

L'hypothèse pourrait devenir plus plausible en cas de contournement de la loi par l'implantation d'acheteurs français à l'étranger accompagnée du choix de la loi d'un pays tiers, mais seul l'avenir nous le dira<sup>15</sup>.

➤ A l'inverse, si le **fournisseur est étranger**, son droit sera probablement applicable. Se posera alors le caractère de loi de police de la loi française, loi de l'acheteur français, et son applicabilité par le juge éventuellement saisi.

Le Tribunal du domicile de la personne assignée étant compétent par principe en application du Règlement «*Bruxelles I*», le vendeur étranger pourra en théorie assigner l'acheteur français devant le juge français et évoquer l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce en tant que loi de police.

Cependant, dans l'hypothèse d'une clause attributive de compétence aux tribunaux du vendeur, la compétence du juge français pourrait être contestée, ce qui rendrait plus difficile pour le vendeur étranger la revendication de l'application de la loi française.

Restera cependant la possibilité d'action de l'administration française contre l'acheteur français...

<sup>15</sup> Si l'on en croit le site internet de la DGCCRF, ce type de procédé sera tout particulièrement en ligne de mire : «La DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs, en particulier ceux qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales.» : ([http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/documentation/lme/delais\\_paiement.htm](http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/documentation/lme/delais_paiement.htm))





# L'analyse économique des marges arrières

Par Nathalie Daley, docteur en économie de l'Ecole des mines de Paris - consultante du cabinet Microeconomix, cabinet d'analyse économique appliquée au droit de la concurrence



La loi Châtel du 3 janvier 2008 et la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 modifient profondément les règles régissant les négociations commerciales<sup>16</sup>. La première redéfinit le seuil de revente à perte au niveau du *triple net*<sup>17</sup> et la seconde introduit la négociabilité des tarifs en abrogeant l'interdiction per se de discriminer.

Les marges arrière n'ont pas été remises en cause lors des réformes. Le législateur considère que les services commerciaux<sup>18</sup> qu'elles rémunèrent bénéficient aux fournisseurs puisqu'ils incitent les distributeurs à mettre en avant les produits et qu'ils participent ainsi au développement des ventes.

L'analyse économique des rémunérations au titre de la coopération commerciale est plus réservée. Elle met en évidence que les marges arrière peuvent être à l'origine d'effets pro-concurrentiels, mais également d'effets anticoncurrentiels.

L'objectif de cette note est d'offrir une brève synthèse des théories économiques des effets sur la concurrence des diverses rémunérations<sup>19</sup> versées par les fournisseurs aux distributeurs et de les discuter au regard des résultats empiriques et de la jurisprudence.

## Les effets pro-concurrentiels

La théorie économique identifie plusieurs effets pro-concurrentiels des marges arrière. Ils sont liés aux problèmes d'asymétrie d'information entre producteurs et distributeurs dans un contexte d'offre surabondante de nouveaux produits.

## Signaler la qualité des produits

En France, 1 500 nouvelles références sont lancées chaque année et les innovations augmentent à un rythme annuel de 10 à 15 %<sup>20</sup>. Dans un tel environnement, le distributeur est confronté à un

<sup>16</sup> Pour une analyse des effets pervers de la loi Galland confère Allain, Chambolle et Vergé (2008), "La loi Galland sur les relations commerciales : jusqu'où réformer?", collection du CEPREMAP.

<sup>17</sup> Le *triple net* est égal au prix net facturé moins les remises et ristournes conditionnelles et les rémunérations des services commerciaux rendus à l'industriel, les deux composantes des marges arrière.

<sup>18</sup> Les services de coopération commerciale sont "des contrats de prestation de services dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un fournisseur et un distributeur. [...] Il s'agit par exemple de la mise en avant de produits sur les rayons (têtes de gondole ou emplacements privilégiés), ou de promotion publicitaire. C'est aussi dans le cadre de ces accords que sont négociés les budgets de référencement", § 10, avis du Conseil de la concurrence n°04-A-18 du 18 octobre 2004.

<sup>19</sup> Nous emploierons le terme de marges arrière pour désigner l'ensemble de ces rémunérations quel que soit leur type.

problème d'asymétrie d'information quant à la qualité des produits offerts. Un producteur est mieux informé de la probabilité de réussite de son produit et les services commerciaux, en particulier les services de référencement, lui permettent de signaler la qualité de ses produits au distributeur (Kelly, 1991)<sup>21</sup>.

L'argument repose sur l'idée que le prix payé par un producteur pour référencer son produit est un coût fixe qu'il amortit sur le volume total de ses ventes. Plus un producteur est confiant dans son produit, plus il est prêt à payer un prix de référencement élevé, toutes choses égales par ailleurs, pour être sélectionné par le distributeur. Ce coût sera ensuite amorti sur un volume élevé de ventes.

Le consentement à payer d'un producteur pour le service de référencement peut donc être vu comme un signal de la qualité et de la probabilité de succès de ses nouveaux produits.

## Le partage des coûts et des risques

Un deuxième argument favorable aux marges arrière est qu'elles permettent au distributeur de faire supporter aux producteurs une partie des coûts croissants qui résultent de la gestion d'un nombre toujours plus élevé de références ainsi qu'une partie du risque associé au lancement de nouveaux produits (Sullivan, 1997)<sup>22</sup>.

Le distributeur supporte des coûts pour référencer, stocker et mettre en rayon les produits qui augmentent proportionnellement avec le nombre de références. Il est également confronté à une incertitude sur le succès des nouveaux produits. 50 % des nouveautés sont en effet des échecs, et seuls 30 % de celles réussissant à s'imposer subsistent encore au bout de deux ans<sup>23</sup>.

Le distributeur est donc peu incité à accepter de nouveaux produits au succès incertain qui viendront de surcroît remplacer une partie des produits déjà référencés et dont le potentiel est connu. Les services commerciaux, en permettant de transférer une partie des coûts et des risques aux producteurs, incitent le distributeur à accroître

<sup>20</sup> Sénat (1999-2000), "Rapport d'information sur l'avenir du secteur agro-alimentaire", n°39.

<sup>21</sup> Kelly, K. (1991), "The antitrust analysis of grocery allowances: the pro-competitive case", *Journal of public policy & marketing*, 10 (1), 187-198.

<sup>22</sup> Sullivan, M.W. (1997), "Slotting allowances and the market for new products", *Journal of Law and Economics*, 40 (2), 461-493.

<sup>23</sup> Op.cit. Sénat.

son offre et à accepter un plus grand nombre de nouveaux produits.

La rémunération que le distributeur reçoit pour les services commerciaux qu'il fournit au producteur l'incite donc à proposer une plus grande variété de produits. Si l'on suppose que le consommateur valorise les innovations et la diversité des produits, cet effet est pro-concurrentiel.

### L'allocation efficace du linéaire

Un troisième effet pro-concurrentiel identifié dans la littérature économique est que les services commerciaux permettent au distributeur d'allouer plus efficacement le linéaire (Chu, 1992)<sup>24</sup>.

Le linéaire est une ressource rare proposée par le distributeur aux producteurs. Ses modalités d'allocation peuvent être analysées comme un mécanisme efficace d'enchères permettant aux producteurs les plus offrant de le "louer".

L'argument d'efficacité repose ici sur l'idée que les fournisseurs proposant l'enchère la plus élevée sont également ceux le mieux à même de rentabiliser le linéaire en offrant les produits et les variétés les plus valorisées par le consommateur.

En fondant sa décision d'assortiment sur le consentement à payer des fournisseurs, le distributeur rentabilise ainsi plus efficacement ses rayons et maximise dans le même temps l'utilité du consommateur en lui offrant les variantes qu'il préfère.

### Les risques d'effets anticoncurrentiels

La coopération commerciale peut également permettre aux producteurs ou aux distributeurs d'exercer un pouvoir de marché pouvant conduire à une réduction significative de la concurrence et à l'augmentation des prix de détail.

### L'exercice d'un pouvoir de marché

Un premier effet anticoncurrentiel potentiel des services commerciaux peut se manifester par un écart entre le prix facturé par les distributeurs pour ces services et leurs coûts.

Les services de coopération commerciale se sont développés dans un contexte de concentration accrue des distributeurs. Le pouvoir de marché au sein de la chaîne verticale s'est progressivement déplacé en faveur de ces derniers. Il leur permet de mieux négocier les prix tout en exigeant des producteurs qu'ils paient en retour des contreparties toujours plus élevées. A titre d'illustration, les marges arrière sont passées de 22 % en moyenne à 37 % entre 1998 et 2006, et peuvent atteindre jusqu'à 60 % selon les catégories de produits<sup>25</sup>.

<sup>(24)</sup> Chu, W. (1992), "Demand signaling and screening in channels of distribution", *Marketing Science*, 11, 327-347.

<sup>(25)</sup> LSA (2007), "L'ILEC dénonce une forte dérive des marges arrière", édition du 15 février.

Ce changement peut être à l'origine de deux effets. A court terme, le consommateur peut bénéficier du pouvoir de marché des distributeurs si ces derniers l'utilisent pour négocier les prix avec les producteurs et fixer des prix de détail plus bas. La plus ou moins forte répercussion au consommateur sous forme de baisse de prix dépend ensuite du degré de concurrence entre les distributeurs sur le marché aval.

A long terme, le déséquilibre dans les relations commerciales peut en revanche être à l'origine d'effets pervers conduisant les petits producteurs et ceux de taille moyenne à sous investir dans l'innovation par manque de moyens, ou à sortir du marché, et les plus grands à augmenter leurs tarifs pour compenser la hausse des marges arrière.

### L'éviction des concurrents

Un deuxième effet potentiel anticoncurrentiel relève de la théorie d'augmentation du coût des rivaux : les producteurs les plus importants peuvent augmenter les coûts d'accès aux linéaires de leurs concurrents en surenchérissant lors des négociations avec les distributeurs (MacAvoy, 1997)<sup>26</sup>.

Les effets de cette stratégie sont plus ou moins forts en fonction du pouvoir de marché des producteurs. Elle peut amputer les profits des concurrents et réduire leurs capacités à exercer une pression concurrentielle ou à innover. Mais elle peut également entraîner l'éviction des concurrents d'une firme dominante si cette stratégie lui permet d'obtenir un accès exclusif au linéaire.

Dans les deux cas, la stratégie d'augmentation des coûts des concurrents peut à terme conduire à limiter le nombre de nouveaux produits et ainsi à restreindre le choix du consommateur (Shaffer, 2005)<sup>27</sup>.

### L'augmentation des prix de vente au détail

Enfin, la tarification des services de coopération peut in fine conduire à limiter la concurrence en aval et induire une hausse des prix de vente au détail (Foros et Kind, 2008)<sup>28</sup>. Deux phénomènes peuvent être à l'origine de la hausse des prix.

En l'absence de services commerciaux, des producteurs en concurrence tarifent leur produit au coût marginal. Un distributeur accepte donc implicitement de payer des prix de gros plus élevés lorsqu'il facture des services de référencement<sup>29</sup>.

<sup>(26)</sup> MacAvoy, C.J. (1997), "Antitrust treatment of slotting allowances", ABA section of antitrust law, 45<sup>e</sup> congrès, Washington, 9-11 avril.

<sup>(27)</sup> Shaffer, G. (2005), "Slotting allowances and optimal product variety", *Advances in Economic Analysis and Policy*, 5.

<sup>(28)</sup> Foros, O. & Kind, H.J. (2008), "Do slotting allowances harm retail competition?", *Scandinavian Journal of Economics*, 110 (2), 367-384.

<sup>(29)</sup> Les profits des producteurs ne peuvent être négatifs, ils répercutent donc ce coût dans leur prix de gros et tarifent au dessus de leur coût marginal.

En s'engageant à payer des prix de gros plus élevés, il annonce ainsi qu'il adoptera une politique de prix moins agressive, ce qui incite ses concurrents à augmenter leurs prix de vente et réduit la concurrence en aval (Shaffer, 1991)<sup>30</sup>.

L'interdiction de revente à perte couplée à l'impossibilité pour les distributeurs de réintégrer les marges arrière dans le prix de revente atténuent la concurrence également entre producteurs. Lorsque le pouvoir de marché des distributeurs est important, les producteurs savent qu'ils capteront une faible part du profit au sein de la chaîne verticale. Ils sont alors incités à fixer un prix de gros élevé afin d'accroître la taille du profit total qu'ils partagent avec les distributeurs. Compte tenu de la règle d'interdiction de revente à perte, les prix de vente au détail augmentent donc au détriment du consommateur (Allain et Chambolle, 2005 b)<sup>31</sup>.

### Une question toujours en débat

Les effets sur la concurrence des rémunérations perçues par les distributeurs en contrepartie des services qu'ils rendent aux producteurs suscitent de nombreuses interrogations chez les autorités de concurrence tant en Europe qu'aux Etats-Unis<sup>32</sup>.

A ce stade, le débat académique sur leurs effets est loin d'être tranché et les travaux empiriques<sup>33</sup> apportent un éclairage limité. Ils sont en effet peu nombreux en raison de la nature confidentielle des négociations et les résultats diffèrent selon les méthodes et les hypothèses testées<sup>34</sup>.

Sudhir & Rao (2006)<sup>35</sup> utilisent des données sur les nouveaux produits offerts à une chaîne de supermarché et concluent que les services commerciaux sont utilisés par les producteurs pour signaler la qualité de leurs produits, et qu'ils permettent aux distributeurs de partager les risques et d'allouer efficacement leurs linéaires. Mais ils observent aussi que les services commerciaux réduisent la concurrence en aval.

Sur la base d'enquêtes auprès de producteurs et de distributeurs, d'autres travaux<sup>36</sup> concluent également que les effets de ces rémunérations sont mixtes. Elles permettent un partage des risques et une meilleure allocation du linéaire. Mais elles permettent aussi, tant aux distributeurs qu'aux fournisseurs, d'augmenter les prix (Bloom & al., 2000)<sup>37</sup>.

<sup>(30)</sup> Shaffer, G. (1991), "Slotting allowances and resale price maintenance: a comparison of facilitating practices", *RAND Journal of Economics*, 22 (1), 120-135.

<sup>(31)</sup> Allain & Chambolle (2005b), "Anticompetitive effects of resale-below-cost laws", mimeo.

<sup>(32)</sup> Voir par exemple, les rapports des autorités de concurrence anglaise (2000), américaine (2001, 2003) et norvégienne (2005).

<sup>(33)</sup> Ces travaux concernent uniquement le marché américain.

<sup>(34)</sup> Les études empiriques reposent généralement sur des données telles que celles de NIELSEN, ou bien sur des enquêtes auprès des producteurs et distributeurs.

<sup>(35)</sup> Sudhir, K. & Rao, V.R. (2006), "Do slotting allowances enhance efficiency or hinder competition?" *Journal of Marketing research*, 43 (2), 137-155.

<sup>(36)</sup> Rao & Mahi (2003), "The price of launching new product: empirical evidence on factors affecting the relative magnitude of slotting allowances", *Marketing Science*, 22 (2), 246-268.

Stanton et Herbst (2006)<sup>38</sup> parviennent aux mêmes types de conclusions en se fondant sur des études de Nielsen. Les rémunérations servent à réduire l'incertitude sur la qualité des nouveaux produits mais elles empêchent parfois les petits producteurs d'accéder au marché. Ils observent aussi qu'elles incitent les fournisseurs à répercuter les coûts des marges arrière dans leurs prix.

Enfin, Wright (2007)<sup>39</sup> teste les effets des marges arrière sur le bien-être du consommateur en étudiant l'impact de leur interdiction sur les prix des produits vendus dans les magasins de l'armée. Il conclut que ces contrats ne sont pas néfastes pour le consommateur mais ses résultats sont mitigés. A la suite de l'interdiction de ces pratiques, le prix de certains produits augmente tandis qu'il baisse sur d'autres produits.

La théorie économique montre ainsi qu'il est nécessaire d'arbitrer entre les effets pro et anticoncurrentiels des marges arrière. Seule une analyse au cas par cas est à même de déterminer quels effets l'emportent. La jurisprudence en la matière confirme la pertinence de cette approche.

La cour américaine de Caroline du Nord a en effet débouté les concurrents de Philip Morris accusé de restreindre la concurrence et d'entraver l'accès aux linéaires en offrant des réductions aux distributeurs en échange de services de mise en avant de ses produits<sup>40</sup>. Elle a constaté que cette stratégie n'avait pas eu d'impact sur les parts de marché des concurrents ni porté atteinte à leurs profits, et qu'elle n'avait pas non plus empêché de nouveaux acteurs d'entrer et de prendre des parts de marché significatives<sup>41</sup>.

En France, le Conseil de la concurrence a en revanche sanctionné la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort pour des pratiques comparables. En position dominante sur le marché du roquefort, la société offrait des budgets de référencement importants à plusieurs distributeurs sous la forme de remises hors facture pour obtenir une exclusivité d'approvisionnement. Le Conseil a considéré que ces pratiques, visant "à restreindre l'accès ou le maintien d'entreprises concurrentes sur le marché du roquefort, notamment pour la distribution en GMS, [...] ont eu pour objet et pour effet de limiter l'accès des concurrents au marché"<sup>42</sup>.

<sup>(37)</sup> Bloom & al. (2000), "Slotting allowances and fees: schools of thought and the views of practicing managers", *Journal of Marketing*, 64, 92-108.

<sup>(38)</sup> Stanton, J.L. & Herbst, K. (2006), "Slotting allowances: short-term gains and long term negative effects on retailers and consumers", *International Journal of Retail and Distribution Management*, 34, 187-197.

<sup>(39)</sup> Wright, J.D. (2007), "Slotting contracts and consumers welfare", *Antitrust Law Journal*, 74 (2), 439-473.

<sup>(40)</sup> R.J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris, 199 F Supp 2d 362 (M.D.N.C. 2002).

<sup>(41)</sup> Pour une analyse approfondie du cas, confére Bronsteen, P & al. (2005), "Price-Competition and Slotting Allowances", 50 Antitrust Bulletin 267.

<sup>(42)</sup> § 68 de la décision n°04-D-13 du 8 avril 2004.





## Annexes :

---

■ Instruction fiscale du 18 novembre 2008 .....	34
■ Avis de la CEPC en date du 22 décembre 2008 .....	37
■ Questions/réponses (« FAQ ») mises en ligne le 29 décembre 2008 par la DGCCRF .....	54

---



# BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

## 3 E-2-08

N° 97 DU 18 NOVEMBRE 2008

TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE. NEGOCIATION COMMERCIALE DANS LA GRANDE DISTRIBUTION. MODALITES DE FACTURATION.

(C.G.I., art. 289)

NOR : ECE L 0830017 J

**Bureau D1**

---

L'article 92 de la loi de modernisation de l'économie (n° 2008-776 du 4 août 2008) a modifié les dispositions du code de commerce relatives à la négociation commerciale au regard de la pratique des marges arrières dans la grande distribution.

Il résulte de l'article L 441-7<sup>1</sup> du code de commerce ainsi modifié que les obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services concourent à la détermination du prix de l'opération de fourniture.

Il est admis que lorsqu'en application de ces dispositions, les obligations auxquelles s'engage le distributeur ou le prestataire de services constituent des éléments de formation du prix de l'opération de vente, ces obligations ne sont pas constitutives de services distincts de l'opération de vente. Dans cette situation, les obligations relatives à la facturation portent sur la seule facture qui est adressée par le fournisseur à l'acheteur et sur laquelle figure le prix ainsi déterminé.

Les services dits de coopération commerciale visés au 2° du I de l'article L 441-7 du code de commerce ne sont pas concernés par cette évolution.

La Directrice de la législation fiscale

Marie-Christine LEPETIT

●

---

<sup>1</sup> Dont le texte est reproduit en annexe.

3 507097 P - C.P. n° 817 A.D. du 7-1-1975	B.O.I. Direction générale des finances publiques	I.S.S.N. 0982 801 X
Directeur de publication : Philippe PARINI Impression : S.D.N.C. 82, rue du Maréchal Lyautey – BP 3045 – 78103 Saint-Germain-en-Laye cedex	Responsable de rédaction : Toussaint CENDRIER Rédaction : ENT-CNDT 17, Bd du Mont d'Est – 93192 Noisy-le-Grand cedex	

## ANNEXE

### Code de commerce - Partie législative

#### LIVRE IV : De la liberté des prix et de la concurrence

##### TITRE IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

###### CHAPITRE 1<sup>er</sup> : De la transparence

###### Article L441-7 modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 – art. 92

I - Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

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.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

II - Est puni d'une amende de 75 000 euros le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I.





## 22 Décembre 2008 Première publication des avis de la CEPC depuis sa réorganisation

### Avec la CEPC, redevenons des partenaires

Créé par loi du 15-5-2001 (NRE) Article L.440-1

Extraits :

« *La commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. (...) Saisie par (...) s'estimant lésé par une pratique commercial. (...)*



*L'avis rendu porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document (...).*

*(...) une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ces compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. (...)*

*La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs revendeurs. (...)*

*(...) Son rapport annuel comprend une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du titre IV ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales.*

## C.E.P.C : la nouvelle donne



Nous aidons à respecter des règles du jeu de la libre concurrence, car pas de liberté sans règles identiques pour tous. Si elle doit être une référence essentielle pour revenir à une loyauté de concurrence, la CEPC n'est pas une juridiction

Pour les uns vendre le plus cher possible, pour les autres, acheter le moins cher possible,... : les acteurs développent souvent des objectifs opposés, or, ils sont pourtant, avant tout, des partenaires. La CEPC n'a pas à rendre d'avis en fonction de la nature, de la taille, du format, d'un acteur, mais uniquement sur la conformité au regard de la loi des pratiques entre producteurs fournisseurs revendeurs.

La CEPC n'intervient pas seulement sur les secteurs de l'agro-alimentaire, mais sur tous les secteurs.

Nous traitons parfois des questions de détail, de faits et principes apparemment secondaires, car ils peuvent être sources de dérives ou de déséquilibres significatifs à corriger. Mais, nous nous gardons de sombrer dans des débats sur l'épaisseur du trait de la ligne jaune.

Nous avons décidé d'être efficaces, réactifs, lisibles. C'est pourquoi nous nous réunissons tous les 15 jours, nous travaillons en permanence par liaison intranet. Nous soignons une rédaction pragmatique des questions et des

réponses. Des mots clés doivent permettre une lecture rapide.

Pour la publication de cette première liste de questions réponses dans cette nouvelle façon de travailler et de diffuser nos avis, il nous a fallu un temps d'apprentissage et de coordination entre tous les membres. Je tiens ici à saluer la très grande mobilisation et plus encore la réelle volonté de consensus.

Marque d'une vraie grandeur, marque d'une nouvelle attitude, je sens combien chacun peut critiquer tel ou tel aspect d'un avis sur une pratique, mais combien tous les membres de la CEPC sont d'abord attachés à la réaffirmation de règles claires.

Cette culture là du respect de l'autre, est possible car nous analysons les pratiques sans jeter d'anathème. Nous jugeons le raisonnement mais pas le raisonnable. Cette culture là du consensus, porte en elle à terme la fin des oppositions désastreuses entre fournisseurs et distributeurs qui n'auraient jamais du cesser d'être aussi des partenaires.

La C.E.P.C., saisie par de plus en plus d'acteurs, relayée par les investigations de la DGCCRF et suivie par les tribunaux dotés de nouveaux moyens, va nous permettre de retrouver la libre mais loyale concurrence à dimension humaine.

### **Le président de la CEPC**

*Jean-Paul Charié  
Député du Loiret  
Rapporteur général de la loi de modernisation de l'économie*

# Membres de la CEPC :

## Parlementaires

- **M. Jean-Paul Charié**, Député du Loiret, **Président de la Commission**
- M. Alain Fouché, Sénateur de la Vienne

## Membres issus des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire

- Mme Marais (Marie-Françoise), Conseiller à la Cour de cassation ;
- M. El Nouchi (Marc), Maître des Requêtes au Conseil d'Etat.

## Représentants de l'administration

- M. Parent (Bruno), Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;
- M. Martin (Jean-Christophe), Directeur du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales (DCASPL),
- M. Rousseau (Luc), Directeur général des entreprises (DGE) ;
- M. Aurand (Jean-Marie), Directeur de la direction générale des politiques agricole, agroalimentaire et des territoires (DGPAAT).

## Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs et leurs suppléants

- M. Picot (Olivier), représentant de l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA) ;
- Mme Blumel (Rachel), représentant de l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA), suppléante ;
- M. Lejob (Jean-Claude), Président honoraire de la Fédération française de la coopération fruitière, légumière et horticole (FELCOOP) ;
- M. de Kermel (Bertrand), Directeur de la Fédération nationale des coopératives laitières (FNCL), suppléant ;
- M. Parres (Alain), Président honoraire du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins (CNP MEM) ;
- M. Jourde (Eric), représentant de la Fédération des industries électriques, électroniques et de la communication (FIEEC), suppléant ;
- M. de Gramont (Dominique), Délégué général de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation (ILEC) ;
- M. Grimm-Hecker (Alain), Président honoraire du Groupement interprofessionnel de fabricants d'appareils ménagers (GIFAM), suppléant ;
- M. Pasquier (Daniel), Président d'honneur du Comité de liaison des industries de main-d'œuvre (CLIMO) ;
- Mme Seris (Ophélie), chargée de mission juridique à la Fédération des entreprises et entrepreneurs de France (FEEF), suppléante ;
- M. Bayard (Jean-Bernard), Secrétaire Général Adjoint à la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) ;

- M. Lahaye (Thierry), membre des Jeunes Agriculteurs (J.A.), suppléant ;
- M. Bellet (Jean), Président de la Confédération nationale des charcutiers, charcutiers-traiteurs et traiteurs de France (CNCT) ;
- M. Cartron (François), Président de la Confédération nationale de la pâtisserie-confiserie-chocolaterie-glacerie de France (CNPCCGF), suppléant ;

## Représentant les grossistes et distributeurs et leurs suppléants

- M. Bédier (Jérôme), Président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) ;
- M. Salto (Léon), membre du Conseil exécutif de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), suppléant ;
- M. Leclerc (Guy), Président de la Fédération « Les Enseignes du Commerce Associé » ;
- M. Bordais (Jean-Michel), suppléant ;
- M. Houzé (Philippe), Président de l'Union du commerce de centre-ville (UCV) ;
- M. Gogin (Pierre), Président délégué de la Fédération professionnelle des entreprises de sports et loisirs (FPS), suppléant ;
- M. Malfoy (Pascal), Président de la Fédération des magasins de bricolage (FMB) ;
- M. Lorie (Patrick), Président de la Fédération nationale des métiers de jardinerie (FNMJ), suppléant ;
- M. Gardin (Roland), Président honoraire du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) ;
- M. Alberti (Xavier), représentant la Fédération nationale des boissons (FNB), suppléant ;
- M. Pépineau (Christian), Vice-Président de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international (CGI) ;
- M. Thiéblemont (Claude), représentant de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international (CGI), suppléant ;
- M. Lebreton (Philippe), Président d'Intermarché ;
- M. Boisseau (Claude), Président de la Fédération nationale de l'épicerie (FNDE), suppléant.

## Les personnalités qualifiées

- Maître Delbarre (Francis), Avocat honoraire ;
- M. Glais (Michel), Professeur agrégé de sciences économiques à l'université de Rennes.

# Faites nous part de vos interrogations, questions, demande d'avis...

Les juridictions, l'autorité de la concurrence, des organisations professionnelles ou syndicales, des associations de consommateurs agréées, des chambres consulaires mais également « ...tout producteur, fournisseur, revendeur, s'estimant lésé par une pratique commerciale. » peut saisir le président de la C.E.P.C.

Les coordonnées de l'auteur de la saisine sont gardées secrètes.

Merci de formuler des questions simples mais sans hésiter à illustrer d'exemples concrets.

## **Ecrire à**

Jean-Paul Charié - Président de la CEPC  
Bâtiment 5 Grégoire  
59 boulevard Vincent Auriol  
Teledoc 000  
75 703 Paris cedex 13

[cepc@finances.gouv.fr](mailto:cepc@finances.gouv.fr)

ou :

[jpcharie@assemblee-nationale.fr](mailto:jpcharie@assemblee-nationale.fr) en précisant CEPC dans l'objet du mail.  
[www.jeanpaulcharie](http://www.jeanpaulcharie)

## Avis de la CEPC au 22 décembre 2008 et réponses de la DGCCRF

	Questions	AVIS ET REPONSES
CEPC 08121901	<b>CGV CATEGORIELLES</b> : Est-il légal d'appliquer pour un même groupe, des CGV catégorielles différentes par exemple des CGV GMS et des CGV magasins de proximité ?	Oui. Si ces catégories, si ces magasins, sont détenus par la même entité juridique, le fournisseur devra organiser contractuellement le contrôle de la destination des marchandises commandées.
CEPC 08121905	<b>CGV CATEGORIELLES</b> : Est-il légal de fonder la négociation commerciale à partir des CGV de la catégorie A si le client appartient à la catégorie B ?	Non Sinon, il n'y aurait plus d'intérêt à catégoriser des CGV. D'ailleurs, la loi le précise : les CGV catégorielles n'ont à être communiquées qu'aux clients de la catégorie concernée, ce qui implique que le fondement de la négociation soit réservée exclusivement à ces clients.
DGCCRF 08112802	<b>CGV CATEGORIELLES</b> : Quel sens donner aujourd'hui aux CGV catégorielles dans le contexte nouveau de la négociabilité des tarifs ?	Les CGV catégorielles répondent au souhait de certains fournisseurs de définir par avance plusieurs socles de négociation selon le type de partenaires. Ces fournisseurs sont désormais responsables de la définition des catégories mais naturellement ces catégories doivent répondre à des critères objectifs qui permettent de viser tous les opérateurs répondant à ces critères. Une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur en particulier.  La notion de CGV catégorielles emporte une conséquence en matière de communication : celles-ci font l'objet d'une communication vis-à-vis des seuls clients relevant de la catégorie concernée.
CEPC 08121902	<b>CGV CATÉGORIELLES</b> : Est-il légal d'avoir des CGV pour une catégorie de clientèle (par exemple un maxi discompteur) même si le fournisseur n'a qu'un seul client de cette catégorie ?	Oui, si, comme par exemple, c'est le cas d'un maxi discompteur, ce client peut être objectivement considéré comme appartenant à une catégorie de clientèle.
CEPC 08121903	<b>CGV CATÉGORIELLES</b> : Est-il légal de disposer de CGV pour une seule enseigne, ou un seul client ?	Non, une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur particulier. Mais il est légal d'avoir une catégorie de clientèle même si le fournisseur n'a qu'un seul client de cette catégorie.
CEPC 08121906	<b>CGV REFUSES</b> : Est-il légal de refuser, avant l'ouverture des négociations, les CGV y compris les barèmes?	Non, la négociation commerciale a pour « socle » les CGV et barèmes du fournisseur. Les refuser avant l'ouverture de la négociation revient à ne pas vouloir traiter avec ce fournisseur.

CEPC 08121907	<b>CONTRAT UNIQUE AVENANT:</b> Est-il légal de négocier en cours d'année une nouvelle prestation de coopération commerciale non prévue dans la convention unique ?	Oui, le droit commun s'applique. Le contrat peut faire l'objet d'avenants en cours d'année, dès lors que l'équilibre commercial est préservé.  Cette possibilité - qui n'est pas une renégociation totale du contrat - permet de tenir compte de la vie des affaires et de la réalité commerciale.
DGCCRF 08112806	<b>CONTRAT UNIQUE DUREE :</b> La convention unique possède-t-elle un caractère annuel ?	En dehors des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention est bien annuelle. Elle doit être conclue avant le 1er mars pour l'année en cours.  Une tolérance est bien entendu envisagée dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année. Dans ce cas, il convient de signer la convention dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou services.
DGCCRF 08112807	<b>CONTRAT UNIQUE ETRANGERS :</b> L'article L. 441-7 s'applique-t-il lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger ?	Les dispositions prévoyant l'obligation de conclure la convention unique étant pénallement sanctionnées, il convient de faire application des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale française dans l'espace, visés aux articles 113-1 et suivants du code pénal.  La loi pénale française s'applique aux infractions dont un des éléments constitutifs a été commis sur le territoire français.  S'agissant des contrats et services visés à l'article L. 441-7, il convient de considérer que tout contrat qui a un effet sur la <b>revente de produits ou la fourniture de services en France</b> entre dans les dispositions de l'article.
CEPC 08121908	<b>CONTRAT UNIQUE PRE RÉDIGÉ:</b> Est-il légal de considérer comme contrat unique le contrat type et pré rédigé du client ?	Réponse en cours de rédaction.  dépendra des clauses du contrat : conditions de vente des marchandises par le fournisseur la coopération commerciale les « autres obligations » les conditions de la logistique
DGCCRF 08112801	<b>Contrat Unique</b> Quels sont les opérateurs qui sont soumis aux dispositions relatives à la convention unique ?	Le texte vise le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, ce qui exclut les produits (ou services) destinés à être transformés par ces derniers. S'agissant du « prestataire de services », le texte s'entend comme visant les prestations de services au titre de la coopération commerciale ou

		les autres obligations, rendues directement ou indirectement par le distributeur.
<b>DGCCRF 08112819</b>	<b>DELAI PAIEMENT AU 1-01-09</b> : Un contrat conclu par exemple pour 3 ans avant le 1er janvier 2009 échappera-t-il au nouveau plafond légal durant tout le temps de son exécution ? quid d'un contrat annuel tacitement reconductible ?	<p>Pour les relations entre un fournisseur et un distributeur, la question ne se pose pas dès lors que la convention unique est obligatoirement annuelle.</p> <p>Pour les autres cas, il convient de distinguer entre une clause d'indexation contenue dans le contrat et qui fait varier le prix automatiquement et une clause de révision de prix qui implique un nouvel accord de volonté entre les parties. La première correspond effectivement à un contrat pluriannuel, tandis que la seconde est en réalité une succession de contrats annuels même s'il existe une convention cadre.</p> <p>Enfin, la loi nouvelle s'applique également aux contrats tacitement renouvelés, ceux-ci étant considéré de jurisprudence constante comme de nouveaux contrats.</p>
<b>CEPC 08121914</b>	<b>DELAIS DE PAIEMENT COMPENSATIONS</b> : Est-il légal de négocier des compensations à la réduction des délais de paiement- Quel peut-être le taux de cette compensation ?	<p>Oui. Si l'obligation légale d'ordre public n'a pas à donner mécaniquement lieu à une compensation au premier euro, elle ne l'interdit pas. La situation des délais de paiement peut toujours être prise en compte dans les négociations commerciales.</p> <p>Le taux de la compensation à une réduction des délais de paiement ne doit pas être abusif, il ne peut créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.</p>
<b>CEPC 09</b>	<b>DELAIS DE PAIEMENT-FACTURATION</b> : Est-il légal de délocaliser à l'étranger son centre de facturation, ou de facturer par une filiale à l'étranger, pour ne pas être obligé de respecter la réduction des délais de paiement.	Non bien sur s'il s'agit de détourner ou de contourner la loi. Mais? cette réponse mérite des précisions en cours de rédaction.'
<b>CEPC 08121910</b>	<b>DELAIS PAIEMENT - LIVRAISONS</b> : Est-il légal d'imposer des livraisons pour six mois de stocks quand le client doit payer à 60 jours ?.	Non si cette contrainte crée un déséquilibre significatif et/ou un abus de dépendance économique
<b>DGCCRF 08112821</b>	<b>DELAIS PAIEMENT SANCTIONS</b> : Le dépassement des nouveaux plafonds introduits par la Loi de modernisation de l'économie fait-il l'objet	Non, le dépassement des nouveaux plafonds fait l'objet d'une sanction civile, prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce.

	d'une sanction pénale ?	En revanche, l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit encore une sanction pénale pour un certain nombre de cas particuliers : le respect du délai supplétif (lorsque les parties n'ont pas convenu d'un délai), le délai relatif au secteur du transport et les mentions obligatoires dans les conditions de règlement. En effet, les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date.
CEPC 08121911	<b>DELAIS PAIEMENT AU 1-01-09</b> : Est-il légal de ne pas appliquer, dans la filière de la jardinerie, la réduction imposée au 1/1/09 à des commandes de pré saison passée en 2008 mais livrables que par exemple au printemps 2009 ?	Oui, dès lors que les commandes portent sur des quantités précises de produits déterminés à des prix convenus, elles peuvent être traitées aux conditions de règlement licites en 2008.
CEPC 08121912	<b>DELAIS PAIEMENT AU 1-01-09</b> - Est-il légal de ne pas appliquer la réduction obligatoire à 60 jours à un contrat « ferme » signé avant le 31 décembre 2008 ?	Oui Les nouveaux délais de paiement ne sont applicables qu'aux contrats conclus à compter du 1 <sup>er</sup> janvier 2009. Toute vente conclue avant cette date (accord sur la chose et sur le prix) peut donc comporter des délais plus longs. Plusieurs cas sont à distinguer :  « Contrat cadre » conclu avant le 1 janvier 2009, sans accord sur la chose et le prix : le contrat n'est pas formé, toutes commandes ou contrats passés après le 1er janvier 2009 devront appliquer les délais de paiement de la LME  - « Contrat cadre » conclu avant le 1 janvier 2009, avec accord sur la chose et le prix mais sans quantité et/ou un échéancier : le contrat est formé, toutes les commandes passées après le 1 janvier doivent appliquer les délais de paiement de la LME.  - « Contrat cadre » conclu avant le 1 janvier 2009, avec accord sur la chose et le prix et avec des quantités et/ou un échéancier : les commandes passées après le 1 janvier n'ont pas l'obligation d'appliquer les délais de paiement de la LME.
DGCCRF 08112815	<b>DELAIS PAIEMENT CALCUL</b> : Comment comprendre le mode de computation des 45	Une pratique consiste à comptabiliser les 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, la limite de paiement

	jours fin de mois ?	<p>intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces 45 jours.</p> <p>Toutefois il est également envisageable de comptabiliser les délais d'une autre façon, consistant à ajouter 45 jours à la fin du mois d'émission de la facture.</p>
<b>DGCCRF 08112814</b>	<b>DELAIS PAIEMENT CALCUL</b> : De qui dépend le choix entre 60 jours calendaires et 45 jours fin de mois ?	C'est un choix qui relève de la liberté contractuelle des opérateurs. Pour les opérateurs soumis à l'établissement d'une convention unique, celle-ci devra mentionner ce choix.
<b>DGCCRF 08112813</b>	<b>DELAIS PAIEMENT CONCERNES</b> : Ce nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous produits ou services ?	Oui, la loi n'opère pas de distinction.
<b>DGCCRF 08112811</b>	<b>DELAIS PAIEMENT CONCERNES</b> : Le nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous les secteurs économiques ?	<p>Oui, le nouveau plafond s'applique à tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, à l'exclusion des non professionnels.</p> <p>Toutefois, certains secteurs demeurent soumis à des délais spécifiques : 30 jours pour le transport de marchandises et 20 ou 30 jours selon les produits alimentaires périssables. Les délais de 75 jours pour certaines boissons alcooliques ont été ramenés à 60 jours ou 45 jours fin de mois.</p>
<b>DGCCRF 08112822</b>	<b>DELAIS PAIEMENT CONTROLES</b> : Quelle utilisation fera-t-on des rapports des commissaires aux comptes ?	<p>Ils concourront à l'élaboration des programmes d'enquête de la DGCCRF.</p> <p>Le décret d'application sur les rapports des commissaires aux comptes est prévu pour la fin de l'année 2008.</p>
<b>DGCCRF 08112817</b>	<b>DELAIS PAIEMENT DEROGATION</b> : Les professionnels qui sont en train de négocier un accord dérogatoire pourront-ils être sanctionnés au 1er janvier 2009 ?	Les accords conclus avant le 1er janvier 2009 ne donneront pas lieu à contrôle avant la décision d'homologuer ou pas. Pour la reste, la loi est d'application le 1er janvier 2009.
<b>DGCCRF 08112816</b>	<b>DELAIS PAIEMENT DEROGATION</b> : S'agissant des dérogations à la loi, à quoi la date du 1er mars correspond-elle exactement : la date de conclusion de l'accord, du visa du Conseil de la concurrence, de la parution	La date du 1er mars est celle de la conclusion de l'accord.

	du décret ?	
DGCCRF 08112818	<b>DELAIS PAIEMENT DÉROGATIONS :</b> Qui va examiner les projets d'accords au regard des critères définis dans la loi ?	C'est l'administration qui va effectuer cet examen et si les conditions prévues par la loi sont remplies, un projet de décret validant l'accord sera transmis au Conseil de la concurrence pour avis. Il examinera le bilan concurrentiel de l'accord et ses éventuels effets anticoncurrentiels. Enfin, le Ministre prendra sa décision.
CEPC 08121909	<b>DELAIS PAIEMENT DÉTOURNEMENT:</b> Est-il légal de conclure un nouveau système de vente en consignation pour n'engager le début du délai de paiement qu'après la vente effective des produits ?	Non s'il s'agit manifestement de « détourner » ou de « contourner » la loi. La LME ne remet pas en cause le régime juridique du dépôt vente ou vente en consignation. La vente en consignation n'est pas interdite. Cependant, appliquer contrairement aux habitudes anciennes, une telle pratique dans le but de contourner les obligations relatives à la réduction des délais de paiement, devient une pratique abusive.
DGCCRF 08112820	<b>DELAIS PAIEMENT ESCOMPTEs :</b> Les débiteurs peuvent-ils exiger de leurs créanciers une « compensation » du fait de la réduction des délais de paiement ?	Au sens strict, une obligation légale d'ordre public n'a pas à donner mécaniquement lieu à une compensation au premier euro. La situation des délais de paiement a toutefois toujours été prise en compte dans les négociations commerciales. Elle le sera également à l'avenir.
CEPC 09	<b>DELAIS PAIEMENT PARTENAIRES ETRANGERS :</b> Est-il légal d'appliquer la limite des délais de paiement par un fournisseur en France à un client étranger ? Est-il légal d'appliquer la limite des délais de paiement par un fournisseur étranger à un client en France ?	Réponses en attente de rédaction
DGCCRF 08112812	<b>DELAIS PAIEMENT POINT DEPART :</b> Quel est le point de départ de la computation du délai ?	Il s'agit de la date d'émission de la facture dans la généralité des cas. En revanche, le point de départ est la date de réception des marchandises pour les départements d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer de Mayotte, de Saint-Pierre et Miquelon, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy. Toutefois, le point de départ peut être la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services si des accords entre les organisations professionnelles concernées le prévoient.

		Ce choix de point de départ ne doit néanmoins pas conduire à un délai final supérieur à 60 jours calendaires ou 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture.
<b>DGCCRF 08112805</b>	<b>FACTURATION</b> : La facture adressée par le fournisseur doit-elle préciser la description de chaque obligation ayant concouru au prix négocié ?	Non, c'est la convention unique qui comporte la description des obligations de chacune des parties selon le formalisme décrit à l'article L 441-7.
<b>CEPC 08121915</b>	<b>LIVRAISONS – TRESORERIE</b> : Est-il légal d'obtenir du fournisseur une avance permanente de trésorerie correspondants à deux mois de chiffres d'affaires ?	Non si c'est sans contrepartie d'équilibre. On ne peut obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.
<b>CEPC 08121916</b>	<b>LIVRAISONS-FREQUENCES</b> : Est-il légal d'obtenir un nouveau rythme très court, par exemple quotidien, des livraisons. ?	Oui et Non : Oui si le client le souhaite, si le fournisseur le peut, et si ce rythme court est équilibré dans le prix convenu. Non s'il s'agit d'une obligation créant un déséquilibre significatif.
<b>CEPC 08121917</b>	<b>NEGO COMPTE A L'ETRANGER</b> : Est-il légal pour un fournisseur de verser une participation financière sur un compte à l'étranger ?	Oui si cette participation correspond à un engagement et une réalisation effective qui la justifie. Non si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et devoirs des parties. Ce déséquilibre est manifeste quand, par exemple, la somme versée est forfaitaire et de principe, quand la centrale à l'étranger n'apporte aucun service en particulier, les produits n'étant pas vendus en dehors de France.
<b>CEPC 08121918</b>	<b>NEGO ALIGNEMENT</b> : Est-il légal d'obtenir 10 % de réduction de prix au seul motif que les produits sont référencés chez un concurrent ?	Réponse en cours de validation.
<b>CEPC 08121919</b>	<b>NEGO ALIGNEMENT</b> : Est-il légal de déréférencer brutalement (ou menacer de déréférencer) les produits dont un concurrent annonce avoir bloqué le prix de revente, si le fournisseur n'accorde pas une compensation financière permettant de s'aligner sur le prix de vente public du	Réponse en cours de validation.

	concurrent ?	
<b>CEPC 08121920</b>	<b>NEGO CGA</b> : Est-il légal d'imposer à son fournisseur des conditions générales d'achat à la place des CGV ?	Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties.  Les cocontractants peuvent donc légalement décider, d'un commun accord, d'écartier pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6 du code de commerce.
<b>CEPC 08121921</b>	<b>NEGO CLAUSES</b> : Est-il légal de signer un contrat dans lequel est écrit : « les présentes conditions d'achat s'appliquent à l'exclusion de toute autres conditions générales de vente ou d'achat figurants sur les documents du fournisseur et notamment ses CGV » ? :	Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties.  Les cocontractants peuvent légalement décider, d'un commun accord, d'écartier pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6 du code de commerce.
<b>CEPC 08121922</b>	<b>NEGO COMMANDES</b> : Est-il légal de considérer que le fournisseur accepte les conditions de la commande si elle n'est pas contestée dans les huit jours à partir de la date du bon de commande ?	Réponse en cours de validation
<b>CEPC 08121923</b>	<b>NEGO CONTRATS MULTIPLES</b> : Est-il légal de rédiger en dehors de la convention écrite, dite « contrat unique » plusieurs autres contrats : charte qualités, listes de produits et de leurs spécifications, identification des produits et emballage, accord de révision de prix, accord logistique, accord qualité, vendor rating, accord d'outillage... ?	Oui si c'est dans le cadre d'un contrat cadre au sens de l'article L 4441-7 du code de commerce. La loi précise : « La convention écrite est établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'applications »  L'ensemble de ces contrats doit être soumis à la libre négociation, dans le cadre de la relation contractuelle.  Les stipulations de ces contrats doivent refléter la volonté des parties, être exécutées de bonne foi et ne pas créer des déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties.
<b>CEPC 08121931</b>	<b>NEGO COOPERATION COMMERCIALE</b> : Un distributeur est-il fondé à exiger jusqu'à intervention d'un nouvel accord au plus tard le 1 <sup>er</sup> mars 2009, la remontée sur facture de l'ensemble des avantages financiers entrant dans le calcul du prix effectif, y compris des ristournes conditionnelles et de la rémunération de la coopération	Dans la mesure où, pendant la période intermédiaire, les relations commerciales sont censées se poursuivre conformément aux dispositions et engagements prévus au contrat 2008, l'octroi de ristournes conditionnelles ainsi que la rémunération de services de coopération commerciales doivent être effectués dans le respect des dispositions légales en vigueur.  1) Incertaines par nature, les ristournes conditionnelles ne peuvent alors faire

	<p>commerciale convenus lors de la négociation pour l'année 2008 ? Ce distributeur peut-il ainsi exiger la transformation de ces avantages en réduction de prix immédiates, en s'exonérant ce faisant de l'exécution des obligations et prestations ayant justifié leur octroi ? »</p>	<p>l'objet d'une déduction sur facture que pour autant que l'obligation qui les conditionne ait été exécutée et vérifiée. Un distributeur imposant à son fournisseur cette déduction sur facture au mépris du respect de cette obligation pourrait se voir opposer plusieurs dispositions de l'article L 442-6 I du code de commerce, en particulier celle visant (<b>alinéa 2</b>) la soumission d'un partenaire commercial à des obligations de nature à créer un déséquilibre significatif entre les parties ou celle (<b>alinéa 4</b>) incriminant l'obtention de conditions manifestement abusives sous une menace de déréférencement brutal.</p> <p>2) La loi LME n'a pas supprimé la possibilité de négociation de services de coopération commerciale. Conformément aux dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce (qui n'ont pas été affectées par la loi LME), la rémunération de ces services (portant sur des services détachables de l'opération achat-vente) doit faire l'objet d'une facturation spécifique émanant du distributeur.</p>
CEPC 08121924	<p><b>NEGO CPV</b> : Est-il légal d'accepter les CPV imposés par l'acheteur ? Abus ou déséquilibres manifestes ?</p>	<p>Non, les conditions particulières de vente viennent, au cours de la négociation, s'ajouter aux conditions générales de vente du fournisseur.</p> <p>Imposer des CPV à son fournisseur peut s'apparenter à un abus prévu dans l'article L 442-6 I 4<sup>e</sup> : «Obtenir ou tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou services ne relevant pas des obligations d'achat-vente ».</p>
DGCCRF 08112808	<p><b>NEGO DESEQUILIBRES</b> : Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?</p>	<p>La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties.</p> <p>La caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente, et est donc facilitée par rapport aux</p>

		dispositions antérieures.
<b>CEPC 09</b>	<b>NEGO DISCRIMINATIONS</b> : Est-il légal pour un fournisseur de consentir les mêmes conditions tarifaires à un client qui n'achète qu'un seul produit de toute la gamme du fournisseur, que les conditions qu'il fait à un client qui prend toute la gamme ?	Réponse en cours de rédaction même s'il est certain que cela relève de la liberté commerciale, sous réserve des dispositions relatives au déséquilibre significatif.
<b>DGCCRF 08112809</b>	<b>NEGO DISPROPORTIONS</b> : Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L.442-6-l-1°, qui a trait à la coopération commerciale?	Exactement comme avant car ce texte n'a pas été modifié par la LME. Le formalisme en particulier demeure identique, et le contrôle s'effectuera de la même manière, en considérant les services de coopération commerciale isolément des autres obligations liant les opérateurs. En revanche, la sanction est potentiellement plus forte car, à l'instar de toutes les situations abusives décrites à l'article L 442-6, elle peut atteindre 2 millions d'euros et être portée à trois fois l'indu.
<b>DGCCRF 08112803</b>	<b>NEGO PRIX CONVENU</b> : Comment doit se comprendre la notion de « prix à l'issue de la négociation commerciale » présente dans le premier alinéa de l'article L. 441-7 du code de commerce ?	<p>La convention unique fixe le prix de vente résultant de la négociation commerciale, menée dans le respect de l'article L. 441-6 du code de commerce, et dont les CGV constituent le point de départ.</p> <p>Les « prix à l'issue de la négociation commerciale » intègrent les éléments visés aux 1° et 3° : il s'agit donc des prix des produits ou services destinés à être revendus par le distributeur, ainsi que des éventuelles réductions conditionnelles de prix, négociées par exemple en fonction du volume.</p> <p>Par ailleurs la convention unique comprendra également les précisions nécessaires sur la rémunération des services de coopération commerciale.</p>
<b>CEPC 08121925</b>	<b>NEGO PROPRIETE INDUSTRIELLE</b> : Est-il légal de s'approprier sans accord, des informations et idées contenues dans le devis pour réaliser avec un autre fournisseur des copies, des imitations ?	Non, on ne copie pas, on n'imiter pas le voisin en le pillant et en utilisant son travail.
<b>CEPC 08121926</b>	<b>NEGO SECRET DES AFFAIRES</b> : Est-il légal d'exiger du fournisseur le détail (coût horaire machine, type de la machine, nombre	Non. En exigeant de son vendeur la communication d'informations (techniques ; commerciales et financières) relevant, en l'espèce, du secret des

	d'opérateurs, cout de la main d'œuvre, frais de structure, marge commerciale...) d'informations internes à sa stratégie industrielle et confidentielles ?	affaires, l'acheteur soumet son cocontractant à des obligations créant manifestement un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Néanmoins, dans le cadre de la MDD, certaines informations peuvent être nécessaires pour permettre aux parties de s'accorder sur le prix d'achat des produits.
<b>DGCCRF 08112804</b>	<b>NEGO SERVICES DISTINCTS</b> : Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?	<p>Le législateur a adapté la définition de la coopération commerciale pour y intégrer certains services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels. Dès lors, ces services seront facturés par ce type de distributeurs en tant que services de coopération commerciale.</p> <p>Les obligations du distributeur qui ne répondent pas à cette nouvelle définition de la coopération commerciale relèvent des 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> et « <b>concourent à la détermination du prix convenu</b> » que le fournisseur facturera au revendeur.</p> <p>Dès lors, les obligations du 1<sup>o</sup> et du 3<sup>o</sup> étant déjà prises en compte, elles ne peuvent pas donner lieu à une facture du distributeur. Une instruction de l'administration fiscale publiée au Bulletin Officiel des Impôts du 18 novembre 2008 assure la sécurité juridique à cet égard.</p>
<b>CEPC 08121932</b>	<b>NEGO TARIF</b> : un distributeur est-il fondé à imposer un gel des prix jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord au plus tard en mars 2009, y compris dans les cas où le contrat prévoit la possibilité pour le fournisseur d'augmenter ses tarifs en cours de contrat ou lorsque les prix en cause n'ont été convenus que jusqu'à la fin de l'année 2008 ? Ce distributeur peut-il exiger le maintien jusqu'à intervention de ce nouvel accord des avantages financiers octroyés lors des négociations pour l'année 2008, sans s'engager à respecter les obligations au vu desquelles ces avantages ont été consentis ?	<p>La loi LME n'apporte aucune contrainte ou liberté nouvelle quant à l'évolution des tarifs du fournisseur dans l'hypothèse envisagée si ce n'est qu'il n'est plus tenu par la règle de non- discrimination. C'est la convention des parties qui régit cette situation.</p> <p><b>1) Refus d'un nouveau tarif pendant la période intermédiaire</b></p> <p>En règle générale, les accords prévoient que, durant la période intermédiaire entre deux accords, les stipulations de l'accord précédent continuent à s'appliquer.</p> <p>a) Dans un tel cas si l'accord 2008 prévoyait que le fournisseur pouvait augmenter ses tarifs et les soumettre à son cocontractant, une exigence de gel des prix se heurterait au droit des contrats et plus particulièrement à l'article L 1134 du Code civil.</p> <p>b) Par contre, si l'accord 2008 n'a pas prévu son prolongement durant la période intermédiaire ou s'il a été résilié, ce sont les</p>

		<p>conditions de vente du fournisseur qui s'appliqueront, en l'absence de tout autre accord propre à cette période.</p> <p>Toutefois, en l'absence d'une telle disposition, et si, par ailleurs, les prix n'ont été convenus que jusqu'en fin 2008, il n'apparaît pas interdit au distributeur (dans l'esprit même du contrat passé) de demander (et non pas d'exiger) que ces prix demeurent inchangés jusqu'à la conclusion d'un nouveau contrat, la négociation partant alors des nouveaux barèmes établis par le fournisseur.</p> <p><b>2) exigence de bénéficier des mêmes avantages financiers que ceux obtenus en 2008.</b></p> <p>Si, pendant la période intermédiaire et en cas de prolongation des accords 2008, le distributeur exige les mêmes avantages financiers que ceux obtenus au cours de la période échue, ces avantages appellent des contreparties équivalentes à celles pour lesquelles ils avaient été accordés au cours de l'exercice précédent.</p> <p>Par contre, exiger de les obtenir sans que soient remplies les conditions qui y étaient attachées modifierait de façon substantielle l'économie du contrat et ne saurait être validé compte tenu des dispositions des articles L 441-7, L 442-2, et L 442-6 I 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> du code de commerce.</p>
DGCCRF 08112810	<b>REFUS DE VENTE :</b> La suppression de l'interdiction de discriminer emporte-t-elle des conséquences sur le refus de vente ?	<p>Non, dans la mesure où le refus de vente entre professionnels n'est plus interdit depuis 1996.</p> <p>Un fournisseur peut tout à fait refuser d'engager une relation commerciale avec un distributeur. A noter toutefois qu'un acteur en position dominante doit s'abstenir de mettre en œuvre des pratiques pouvant être appréhendées comme un abus de position dominante, sans que cela l'empêche pour autant d'utiliser les marges de négociation ouvertes par la loi pour conclure des accords équilibrés avec son cocontractant. Il va de soi également qu'un refus de vente résultant d'une entente destinée, par exemple, à nuire à un concurrent, n'est pas licite.</p>
CEPC 08121927	<b>REGLEMENTS - RETENUES USUELLES :</b> Est-il légal, quand il est d'usage de pratiquer une retenue usuelle	Non : L.442-6 I - 8 <sup>o</sup> interdit « de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais

	<p>de 5% pour couvrir d'éventuelles malfaçons, de déduire une caution bancaire de 20 % jusqu'à la réception et de 10 % au-delà.</p>	<p>correspondant [...] à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ».</p> <p>Le client peut en revanche obtenir du fournisseur une caution bancaire pour garantir le paiement de l'indemnisation d'éventuelles malfaçons.</p> <p>Mais le montant de cette garantie supérieur aux usages de la profession et sa répartition couvrant 20% du montant du bien jusqu'à la réception et 10% au-delà, doit être analysé au regard du risque d'un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur.</p>
CEPC 08121928	<p><b>REGLEMENTS DEDUCTIONS</b> : Est-il légal pour un client, de déduire, du montant des règlements à son fournisseur, des sommes à sa seule initiative (prélèvement annuel au titre de gains de compétitivité, factures de « démerités », « avoirs d'office » pour non-conformité ou incidents techniques non prouvées)... ?</p>	Non, l'article L 442-6 I 8° interdit de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.
CEPC 08121929	<p><b>REGLEMENTS PENALITES</b> : Est-il légal de déduire du règlement des pénalités pour retard de livraison ?</p>	Non, l'article L 442-6 I 8° stipule: « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, [...] de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur, les pénalités [...] correspondant au non-respect d'une date de livraison [...] lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ».
CEPC 09	<p><b>TARIF – AUGMENTATIONS</b> : Est-il légal d'augmenter ses tarifs de façon jugée excessive par le client, surtout quand ce dernier ne peut se passer du produit?" Est-il légal de refuser des clauses de révision de prix ?</p>	Réponses en attente de rédaction en sachant que dans un régime de liberté des prix, la réponse tiendra compte de la nature des contrats, de l'existence ou non de clause de révision des prix, des cas d'abus de position dominante ou de dépendance économique, et des cas d'entente anticoncurrentielle.

**FAQ DE LA DGCCRF SUR LES RELATIONS INDUSTRIE/COMMERCE,  
COMPLETE LE 29 DECEMBRE 2008, S'AGISSANT DES DELAIS DE  
PAIEMENT, PAR L'APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA LME A LA  
VENTE INTERNATIONALE DES MARCHANDISES**

<http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/documentation/lme/index.htm>

---

**I. FORMALISME DE LA CONVENTION UNIQUE ET QUESTIONS DE FACTURATION**

- **Quels sont les opérateurs qui sont soumis aux dispositions relatives à la convention unique ?**

Le texte vise le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, ce qui exclut les produits (ou services) destinés à être transformés par ces derniers. S'agissant du « prestataire de services », le texte s'entend comme visant les prestations de services au titre de la coopération commerciale ou les autres obligations, rendues directement ou indirectement par le distributeur.

- **Quel sens donner aujourd’hui aux CGV catégorielles dans le contexte nouveau de la négociabilité des tarifs ?**

Les CGV catégorielles répondent au souhait de certains fournisseurs de définir par avance plusieurs socles de négociation selon le type de partenaires. Ces fournisseurs sont désormais responsables de la définition des catégories mais naturellement ces catégories doivent répondre à des critères objectifs qui permettent de viser tous les opérateurs répondant à ces critères. Une catégorie ne saurait être conçue pour un opérateur en particulier.

La notion de CGV catégorielles emporte une conséquence en matière de communication : celles-ci font l’objet d’une communication vis-à-vis des seuls clients relevant de la catégorie concernée.

- **Comment doit se comprendre la notion de « prix à l’issue de la négociation commerciale » présente dans le premier alinéa de l’article L.441-7 du code de commerce ?**

La convention unique fixe le prix de vente résultant de la négociation commerciale, menée dans le respect de l’article L. 441-6 du code de commerce, et dont les CGV constituent le point de départ.

Les « prix à l'issue de la négociation commerciale » intègrent les éléments visés aux 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> : il s'agit donc des prix des produits ou services destinés à être revendus par le distributeur, ainsi que des éventuelles réductions conditionnelles de prix, négociées par exemple en fonction du volume.

Par ailleurs la convention unique comprendra également les précisions nécessaires sur la rémunération des services de coopération commerciale.

- **Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?**

Le législateur a adapté la définition de la coopération commerciale pour y intégrer certains services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels. Dès lors, ces services seront facturés par ce type de distributeurs en tant que services de coopération commerciale.

Les obligations du distributeur qui ne répondent pas à cette nouvelle définition de la coopération commerciale relèvent des 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> et « *concourent à la détermination du prix convenu* » que le fournisseur facturera au revendeur.

Dès lors, les obligations du 1<sup>o</sup> et du 3<sup>o</sup> étant déjà prises en compte, elles ne peuvent pas donner lieu à une facture du distributeur. Une instruction de l'administration fiscale publiée au Bulletin Officiel des Impôts du 18 novembre 2008 assure la sécurité juridique à cet égard.

- **La facture adressée par le fournisseur doit-elle préciser la description de chaque obligation ayant concouru au prix négocié ?**

Non, c'est la convention unique qui comporte la description des obligations de chacune des parties selon le formalisme décrit à l'article L 441-7.

- **La convention unique possède-t-elle un caractère annuel ?**

En dehors des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention est bien annuelle. Elle doit être conclue avant le 1er mars pour l'année en cours.

Une tolérance est bien entendu envisagée dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année. Dans ce cas, il convient de signer la convention dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou services.

- **L'article L. 441-7 s'applique-t-il lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger ?**

Les dispositions prévoyant l'obligation de conclure la convention unique étant pénalement sanctionnées, il convient de faire application des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale française dans l'espace, visés aux articles 113-1 et suivants du code pénal.

La loi pénale française s'applique aux infractions dont un des éléments constitutifs a été commis sur le territoire français.

S'agissant des contrats et services visés à l'article L. 441-7, il convient de considérer que tout contrat qui a un effet sur la **revente de produits ou la fourniture de services en France** entre dans les dispositions de l'article.

- **Déséquilibre significatif et autres pratiques abusives**

#### **Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?**

La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties.

La caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente, et est donc facilitée par rapport aux dispositions antérieures.

- **Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L.442-6-I-1°, qui a trait à la coopération commerciale ?**

Exactement comme avant car ce texte n'a pas été modifié par la LME. Le formalisme en particulier demeure identique, et le contrôle s'effectuera de la même manière, en considérant les services de coopération commerciale isolément des autres obligations liant les opérateurs

En revanche, la sanction est potentiellement plus forte car, à l'instar de toutes les situations abusives décrites à l'article L 442-6, elle peut atteindre 2 millions d'euros et être portée à trois fois l'indu.

- **La suppression de l'interdiction de discriminer emporte-t-elle des conséquences sur le refus de vente ?**

Non, dans la mesure où le refus de vente entre professionnels n'est plus interdit depuis 1996.

Un fournisseur peut tout à fait refuser d'engager une relation commerciale avec un distributeur. A noter toutefois qu'un acteur en position dominante doit s'abstenir de mettre en œuvre des pratiques pouvant être appréhendées comme un abus de position dominante, sans que cela l'empêche pour autant d'utiliser les marges de négociation ouvertes par la loi pour conclure des accords équilibrés avec son cocontractant. Il va de soi également qu'un refus de vente résultant d'une entente destinée, par exemple, à nuire à un concurrent, n'est pas licite.

## **II. LES DELAIS DE PAIEMENT**

- **Le nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous les secteurs économiques ?**

Oui, le nouveau plafond s'applique à tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, à l'exclusion des non professionnels.

Toutefois, certains secteurs demeurent soumis à des délais spécifiques : 30 jours pour le transport de marchandises et 20 ou 30 jours selon les produits alimentaires périssables. Les délais de 75 jours pour certaines boissons alcooliques ont été ramenés à 60 jours ou 45 jours fin de mois.

- **Quel est le point de départ de la computation du délai ?**

Il s'agit de la date d'émission de la facture dans la généralité des cas.

En revanche, le point de départ est la date de réception des marchandises pour les départements d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer de Mayotte, de Saint-Pierre et Miquelon, de Saint-Martin et de Saint-Barthélémy.

Toutefois, le point de départ peut être la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services si des accords entre les organisations professionnelles concernées le prévoient. Ce choix de point de départ ne doit néanmoins pas conduire à un délai final supérieur à 60 jours calendaires ou 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture.

- **Ce nouveau plafond légal s'applique-t-il à tous produits ou services ?**

Oui, la loi n'opère pas de distinction.

- **De qui dépend le choix entre 60 jours calendaires et 45 jours fin de mois ?**

C'est un choix qui relève de la liberté contractuelle des opérateurs. Pour les opérateurs soumis à l'établissement d'une convention unique, celle-ci devra mentionner ce choix.

- **Comment comprendre le mode de computation des 45 jours fin de mois ?**

Une pratique consiste à comptabiliser les 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, la limite de paiement intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces 45 jours.

Toutefois il est également envisageable de comptabiliser les délais d'une autre façon, consistant à ajouter 45 jours à la fin du mois d'émission de la facture.

- **S'agissant des dérogations à la loi, à quoi la date du 1er mars correspond-elle exactement : la date de conclusion de l'accord, du visa du Conseil de la concurrence, de la parution du décret ?**

La date du 1<sup>er</sup> mars est celle de la conclusion de l'accord.

- **Les professionnels qui sont en train de négocier un accord dérogatoire pourront-ils être sanctionnés au 1er janvier 2009 ?**

Les accords conclus avant le 1er janvier 2009 ne donneront pas lieu à contrôle avant la décision d'homologuer ou pas. Pour la reste, la loi est d'application le 1er janvier 2009.

- **Qui va examiner les projets d'accords au regard des critères définis dans la loi ?**

C'est l'administration qui va effectuer cet examen et si les conditions prévues par la loi sont remplies, un projet de décret validant l'accord sera transmis au Conseil de la concurrence pour avis. Il examinera le bilan concurrentiel de l'accord et ses éventuels effets anticoncurrentiels. Enfin, le Ministre prendra sa décision.

- **Un contrat conclu par exemple pour 3 ans avant le 1er janvier 2009 échappera-t-il au nouveau plafond légal durant tout le temps de son exécution ? quid d'un contrat annuel tacitement reconductible ?**

Pour les relations entre un fournisseur et un distributeur, la question ne se pose pas dès lors que la convention unique est obligatoirement annuelle.

Pour les autres cas, il convient de distinguer entre une clause d'indexation contenue dans le contrat et qui fait varier le prix automatiquement et une clause de révision de prix qui implique un nouvel accord de volonté entre les parties. La première correspond effectivement à un contrat pluriannuel, tandis que la seconde est en réalité une succession de contrats annuels même s'il existe une convention cadre.

Enfin, la loi nouvelle s'applique également aux contrats tacitement renouvelés, ceux-ci étant considéré de jurisprudence constante comme de nouveaux contrats.

- **Les débiteurs peuvent-ils exiger de leurs créanciers une « compensation » du fait de la réduction des délais de paiement ?**

Au sens strict, une obligation légale d'ordre public n'a pas à donner mécaniquement lieu à une compensation au premier euro. La situation des délais de paiement a toutefois toujours été prise en compte dans les négociations commerciales. Elle le sera également à l'avenir.

- **Le dépassement des nouveaux plafonds introduits par la Loi de modernisation de l'économie fait-il l'objet d'une sanction pénale ?**

Non, le dépassement des nouveaux plafonds fait l'objet d'une sanction civile, prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce.

En revanche, l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit encore une sanction pénale pour un certain nombre de cas particuliers : le respect du délai supplétif (lorsque les parties n'ont pas convenu d'un délai), le délai relatif au secteur du transport et les mentions obligatoires dans les conditions de règlement. En effet, les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date.

**- Quelle utilisation fera-t-on des rapports des commissaires aux comptes ?**

Ils concourront à l'élaboration des programmes d'enquête de la DGCCRF.

Le décret d'application sur les rapports des commissaires aux comptes est prévu pour la fin de l'année 2008.

**- Les nouvelles dispositions relatives aux délais de paiement s'imposent-elles aux contrats internationaux ?**

La jurisprudence a reconnu le caractère d'ordre public à l'article L 442-6 du code de commerce qui prévoit la sanction civile du dépassement des délais légaux de paiement. La DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs, en particulier ceux qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales.



## Quelques informations :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2009** : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, «*Trois fois net*» comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, «*NIP*», etc. ;
- **A la mise en place de Programme de «*compliance*» pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au regard du droit de la concurrence et de la distribution** ;
- **Au contrôle des concentrations**
  - Contrôle communautaire des concentrations : **[règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]** ;
  - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : **[détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.]** ;
- **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive]** ;
- **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [**ententes et abus de domination / pratiques**

concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006, Jouet du 20 décembre 2007 du Conseil de la concurrence, etc.]

- **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008** ;
- **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses/déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

\* \* \*

- **Proposition d'audit de structures tarifaires** : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations favorisant la relation commerciale / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2009**, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)



Société Civile Professionnelle MG Avocats

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris  
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40  
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr