

FLASH CONCURRENCE N° 7

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)

par Jean-Christophe Grall

Forte d'un nouveau président très médiatique à sa tête depuis la fin du mois d'octobre 2008¹, la CEPC a bouleversé son organisation et s'est donnée comme objectif d'être « *efficace, réactive et lisible* »². Désormais la Commission se réunit tous les quinze jours pour formuler des avis ou des recommandations sur les questions concernant les relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs qui lui sont soumises. Les nombreux avis rendus depuis l'arrivée du parlementaire Jean-Paul Charié³ témoignent de cette nouvelle dynamique. Pour ce dernier « *la CEPC, 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* »⁴.

Cet article s'attachera à présenter cette nouvelle CEPC **(I)**, avant de procéder à l'analyse des avis rendus depuis le mois de décembre 2008 par cette dernière, principalement sur l'application de la loi de modernisation de l'économie (ci-après dénommée « LME ») du 4 août 2008⁵ **(II)**.

I - Présentation de la CEPC

- Carte d'identité de la CEPC :

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) a été créée par l'article 51 de la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁶, codifié sous l'article L 440-1 du Code de commerce. Son organisation, ses moyens et ses modalités de fonctionnement ont été fixés par décret du 31 décembre 2001⁷.

¹ Jean-Paul Charié a été désigné président par décret du 22 octobre 2008, JORF du 23 octobre 2008, en remplacement de Pierre Leclercq.

² Rapport d'activité 2008-2009 de la CEPC.

³ La CEPC a déjà rendu sept avis depuis sa réorganisation.

⁴ Avis de la CEPC du 22 décembre 2008.

⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (JORF du 5 août 2008).

⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001 p.7776.

⁷ Décret n°2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, JORF n°1 du 1^{er} janvier 2002 p.25, modifié par le décret n°2009-559 du 19 mai 2009, JORF du 21 mai 2009.

Les dispositions de ce décret ont été codifiées sous les articles D440-1 et suivants du Code de commerce.

La Commission d'examen des pratiques commerciales n'est ni une instance de médiation⁸, ni une juridiction⁹. C'est une instance consultative placée auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargée de veiller à l'**équilibre** entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Jean-Paul Charié a d'ailleurs rappelé dans le dernier rapport d'activité de la CEPC ce souci d'équilibre.

Les dispositions relatives à la CEPC ont été récemment modifiées par la LME et par l'Ordonnance n°2008-1161 portant modernisation de la régularisation de la concurrence¹⁰. Ces modifications, exposées ci-après, concernent tant la composition de la CEPC que ses missions.

- **Quelle est sa composition ?**

La composition de la CEPC a été récemment modifiée par décret du 19 mai dernier¹¹. Désormais elle est composée d'un député (Jean-Paul Charié, député du Loiret et actuel Président), d'un sénateur (Alain Fouché, sénateur de la Vienne) ainsi que de 22 membres titulaires et 14 membres suppléants.

Ces membres titulaires sont répartis de la manière suivante :

- Trois membres issus des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire,
- Sept représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs,
- Sept représentants des grossistes et distributeurs,
- Deux personnalités qualifiées en matière de problème relatif aux relations industrie-commerce,
- Trois représentants de l'administration.

L'une des modifications apportées par la LME concerne le statut du président. A l'origine, ce dernier devait être obligatoirement un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire. Cette condition n'a plus lieu de s'appliquer. Le président est maintenant désigné par décret parmi ses membres. C'est ainsi que l'actuel président de la CEPC, Jean-Paul Charié, est député du Loiret et ancien rapporteur général de la LME.

Ce changement a pour autre conséquence de créer un poste de vice-président, mais dans la seule hypothèse - ce qui constitue la configuration actuelle - où le président n'est pas un magistrat. Ce vice-président est choisi parmi les trois membres issus des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire. Il supplée le président dans toutes ses fonctions.

Un autre changement concerne le nombre de représentants de l'administration au sein de la Commission. Ce nombre passe de quatre à trois membres, ces membres étant :

- le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes,
- le directeur général de la compétitivité, de l'industrie et des services ou leurs représentants,
- le directeur général des politiques agricole, agroalimentaire et des territoires ou son représentant.

⁸ Rapport d'activité Année 2008-2009.

⁹ Avis de la CEPC du 22 décembre 2008.

¹⁰ Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régularisation de la concurrence, JO du 14 novembre 2008, p.17391.

¹¹ Décret n°2009-559 du 19 mai 2009 portant modification de certaines dispositions relatives à l'organisation de la commission d'examen des pratiques commerciales, JORF n°0117 du 21 mai 2009.

Par ailleurs, il est à noter que le nouveau décret ne limite plus le nombre de mandat que peuvent remplir les 22 membres titulaires¹².

- **Quelle est l'activité de la CEPC ?**

Les missions de la CEPC sont multiples :

- Donner des avis sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis ;
- Emettre des recommandations d'ordre général sur les questions portant notamment sur le développement des bonnes pratiques commerciales ;
- Exercer un rôle d'observatoire régulier de ces pratiques : à ce titre, elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public.

Depuis la création de la CEPC, six rapports d'activité ont ainsi été publiés.

- L'article 93 de la LME, codifié sous l'article L 442-6-III du Code de commerce, lui a attribué une nouvelle mission : la CEPC peut désormais être consultée pour avis par les juridictions spécialisées en matière de pratiques restrictives de concurrence sur les pratiques relevant de sa compétence à l'occasion de l'examen des affaires dont elles seront saisies. La Commission fait alors connaître son avis dans un délai de quatre mois. Bien que cet avis ne lie pas la juridiction, celle-ci doit surseoir à toute décision au fond jusqu'à réception dudit avis.

Jean-Paul Charié souhaitant inscrire résolument l'action de la CEPC dans une dynamique, la Commission se réunit désormais tous les 15 jours. Concernant les avis qu'elle peut rendre, la CEPC s'attache à avoir une rédaction pragmatique des questions posées et réponses données, mais également à ce que des mots clés permettent une lecture rapide.

C'est ainsi que sept avis ont déjà été rendus par la Commission en sept mois¹³ dont le très important avis sur l'application de la LME le 22 décembre dernier sous forme de questions/réponses, qui a depuis été complété par deux autres avis¹⁴.

- **Comment fonctionne la CEPC ?**

La saisine de la CEPC peut être opérée par de nombreux acteurs. Suivant l'article L.440-1 du Code de commerce, la Commission peut être saisie par le Ministre de l'économie, le Ministre chargé du secteur économique concerné, le Président de l'Autorité de la concurrence, les entreprises, les organisations professionnelles ou syndicales, les associations des consommateurs agréés et les chambres de commerce, des métiers ou d'agriculture.

La CEPC peut également s'autosaisir.

¹² Article 5 du décret n°2009-559 du 19 mai 2009.

¹³ Avis n°08-06 du 19 décembre 2008, avis du 22 décembre 2008, avis n°09-01 du 5 février 2009, avis n°09-02 du 18 février 2009, avis n° 09-03 du 5 mars 2009, avis n°09-04 du 5 mars 2009, avis n°09-05 du 5 mars 2009.

¹⁴ Avis n°09-01 du 5 février 2009 et avis n°09-05 du 5 mars 2009.

En revanche, les saisines anonymes, directes ou par l'intermédiaire d'un avocat, ne sont pas recevables.

L'instruction des saisines soumises à la CEPC est assurée par des rapporteurs qui sont choisis par le président soit parmi les membres de la CEPC, soit parmi des experts extérieurs à celle-ci, dont il recueille, en ce dernier cas, l'avis. Le président de la CEPC peut également demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités par [l'article L.450-1](#) du Code de commerce (i.e. les agents de la DGCCRF et les rapporteurs de l'Autorité de la Concurrence), ainsi que par [l'article L.215-1](#) du Code de la consommation qui concerne la conformité des produits (i.e. toutes personnes qualifiées pour procéder à la recherche d'infraction à l'obligation générale de conformité et sécurité des produits et services). Les rapporteurs ne peuvent pas, au cours de leur mission, révéler l'identité de l'auteur de la saisine et sont soumis au secret professionnel. Le rapporteur désigné établit un rapport ainsi qu'un projet d'avis ou de recommandation à soumettre à la Commission. Ces documents ne doivent pas permettre d'identifier les personnes concernées.

La CEPC peut alors siéger, soit en formation plénière, soit en chambre d'examen spécialisée, selon le choix du président.

Les avis et recommandations de la commission d'examen des pratiques commerciales et des chambres appelées à se prononcer sont adoptés à la majorité de leurs membres présents ; en cas de partage des voix, le président a voix prépondérante.

Les avis rendus par la Commission sont notifiés à la partie saisissante par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les recommandations et les avis peuvent être publiés avec l'accord de l'auteur de la demande. Depuis la réorganisation de la CEPC, seul un avis n'a pas été publié¹⁵.

* * *

II – Brève analyse des avis de la CEPC depuis le mois de décembre 2008

Nous reprendrons successivement les différents avis rendus par la CEPC depuis le mois de décembre 2008, en nous arrêtant plus particulièrement sur les trois avis concernant l'application de la LME qui a nécessairement beaucoup occupée la CEPC ces derniers mois, compte tenu des difficultés d'application des nouvelles dispositions législatives s'appliquant aux relations industrie/commerce.

Les avis des 19 et 22 décembre 2008 et du 5 mars 2009 seront traités ensemble, dès lors qu'ils concernent l'application de la LME.

Compte tenu du nombre de questions (i.e. 62 questions au total) examinées par la CEPC, il est impossible de les reprendre individuellement ; nous les traiterons donc en bloc par thème. Trois autres avis : 09-01 ; 09-03 et 09-04 seront envisagés in fine.

* * *

¹⁵ Avis n°09-02 sur la légalité d'une convention unique proposée par un groupe de distribution bien connu à ses fournisseurs.

Avis des 19 et 22 décembre 2008, et 5 mars 2009

I. LA NEGOCIATION COMMERCIALE

La CEPC s'est attachée à définir de manière très pédagogique le nouveau cadre de la négociation commerciale issue de la LME ; plus du tiers des questions posées ressortent en effet de la négociation commerciale et de son articulation générale.

- LES CONDITIONS GENERALES DE VENTE (« CGV ») / CATEGORIELLES DE VENTE (« CCV ») OU PARTICULIERES DE VENTE (« CPV ») :

S'AGISSANT DES CGV : IL S'AGIT BIEN DU SOCLE DE LA NEGOCIATION COMMERCIALE !

- Avis de la CEPC :

« Compte tenu des dispositions de la LME, un distributeur est-il fondé à débiter la négociation commerciale par une dénonciation en bloc des conditions générales de vente d'un fournisseur, niant à ces conditions la fonction de point de départ de la négociation et les privant de toute utilité ? »

« La Commission considère que conformément aux dispositions de l'article L 441-6 du code de commerce, la négociation commerciale a pour « socle » les CGV du fournisseur (conditions de vente, barème des prix unitaires, réductions de prix, conditions de règlement).

Dans son avis n°04-04, en réponse à une demande émanant du directeur de la DGCCRF, la Commission d'examen des pratiques commerciales s'est déjà prononcée sur un sujet voisin, celui de l'appréciation de clauses intégrées dans des conditions générales d'achat et visant à exclure explicitement ou implicitement les CGV du fournisseur. Dans cet avis, la Commission rappelle que :

- 1. Les conditions générales de vente du fournisseur ne sauraient être globalement remises en cause par des conditions d'achat souvent qualifiées à tort de générales.**
- 2. Ces CGV pourraient être adaptées dans le cadre de « conditions particulières de vente »**

La question posée ne fait certes pas référence à la volonté du distributeur d'imposer ses propres conditions d'achat. Mais la réponse à lui donner relève d'une problématique identique, les dispositions introduites par la LME n'ayant pas apporté de modifications à l'article L 441-6 du code de commerce. Ce n'est donc pas sans raison que le législateur a continué à faire des CGV du fournisseur le point de départ et le socle de la négociation commerciale.

Dans ces conditions, dénoncer les conditions générales de vente du fournisseur avant même que s'engagent les négociations n'est tout d'abord pas conforme à l'esprit de la loi.

En second lieu, s'il est dans la nature même de la mise en place d'un partenariat commercial que les dispositions des CGV du fournisseur puissent faire l'objet de négociations, les CGV constituent un document de référence particulièrement probant pour appréhender toute exigence formulée par l'un des cocontractants susceptible de relever de la notion de « déséquilibre significatif » au sens de l'article L 442-6 I 2°. »

« CGV REFUSEES : 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. »

« 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'écarter 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'écarter 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. »

« Négo Commandes : 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 ?

En règle générale, en l'absence de toute clause sur ce point, un contrat de vente par correspondance (lettre, téléphone, courriel) est formé dès l'émission de l'acceptation c'est à dire la commande. Encore faut-il que celle-ci rencontre l'offre du fournisseur formulée par ses CGV. Si tel n'est pas le cas et si aucun accord dérogatoire n'est conclu entre le fournisseur et son client, le silence gardé par le fournisseur ne vaut pas, en principe, acceptation de la commande. »

→ Le principe clairement rappelé par la CEPC est simple : les CGV du fournisseur demeurent le socle de la négociation commerciale et la dénonciation des CGV *ab initio* avant même que ne s'engage la moindre négociation commerciale n'est pas conforme à l'esprit de la loi.

Nier l'existence de ce socle de la négociation commerciale revient à s'inscrire en violation des dispositions visées sous l'article L.441-6 du Code de commerce.

- **LES CONDITIONS CATEGORIELLES DE VENTE : UNE REALITE PREVUE PAR LA LOI ET UTILISEE PAR LES FOURNISSEURS !**

- **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 réservé 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. »

→ **Les conditions catégorielles de vente** sont destinées à permettre une adaptation des conditions générales de vente entendues au sens principalement des tarifs et barèmes de remises et ristournes, aux différents canaux de distribution, identifiant ainsi les différentes catégories de clientèle d'un même fournisseur, à savoir :

- Négociants-grossistes / grandes surfaces alimentaires / grandes surfaces spécialisées / vente à distance et notamment vente en ligne / commerce de proximité / hard discount / etc.

La réalité des conditions catégorielles et leur légitimité ne sont plus à démontrer aujourd'hui. La CEPC va même jusqu'à reconnaître le caractère légal d'une structure tarifaire qui identifierait une catégorie de clientèle qui se résumerait à un seul client.

- LES CONDITIONS PARTICULIERES DE VENTE OU « CPV » :

▪ 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. ».

→ Alors même que les conditions particulières de vente qui n'ont plus à être motivées en droit, ce qui va ainsi clairement dans le sens de la libre négociabilité des tarifs et donc de l'absence de contrepartie, le texte du nouvel article L.441-6 combiné avec la suppression du principe d'interdiction de la discrimination abusive, le permettant désormais, nous constatons une quasi absence d'avis prononcé sur le point particulier des CPV ; c'est en effet davantage au travers du « *déséquilibre significatif* » que la CEPC s'est exprimée.

Ce qui est important de noter, c'est que la CEPC insiste une fois encore sur le fait que les CPV viennent s'ajouter au CGV, ces CPV ne devant pas se substituer purement et simplement aux CGV du fournisseur, quel que soit son domaine d'activité.

- LES AUTRES OBLIGATIONS DESTINEES A FAVORISER LA RELATION COMMERCIALE ENTRE LE FOURNISSEUR ET LE DISTRIBUTEUR :

Sont regroupés ci-dessous les différents avis rendus par la CEPC concernant le cœur même de la réforme issue de la LME, à savoir la suppression des services distincts et la création des autres obligations visées par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce,

dont la rémunération est exprimée sous forme de remises ou de ristournes. Ce sont là des sujets particulièrement complexes qui ont donné lieu à de très nombreuses questions posées par les opérateurs économiques et ce, tout particulièrement à la CEPC, tant les termes employés par le nouvel article L.441-7-I-3° sont ambigus. Seront en outre envisagés ci-dessous les avis rendus en matière de coopération commerciale et de formalisation de la convention annuelle, que nous dénommons, pour notre part, le « *plan d'affaires annuel* ».

○ LE SORT DES SERVICES DISTINCTS :

▪ 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. »

○ LA COOPERATION COMMERCIALE :

▪ 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 1^{er} 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 ?*

« *Suite à l'adoption de la LME, un distributeur est-il fondé à exiger jusqu'à intervention d'un nouvel accord au plus tard le 1^{er} 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 ?

La Commission considère que 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 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 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 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.

Par ailleurs, sur le plan fiscal, l'article 266 du code général des impôts dispose que : « la base d'imposition à la TVA est constituée, a pour (...) les prestations de services, par toutes les sommes, valeurs, biens ou services reçus ou à recevoir par (...) le prestataire en contrepartie de la (...) prestation. Le distributeur s'exposerait donc à un rappel de TVA pour ne pas avoir facturé sa prestation et le fournisseur pour avoir minoré indûment sa base d'imposition. Si l'administration fiscale vient tirer certaines conclusions de la LME sur les obligations du distributeur qui concourent à la détermination du prix des marchandises qu'il achète, elle rappelle bien que « les services dits de coopération commerciale (.....) ne sont pas concernés par cette évolution ». (Instruction 3 E- 2-08 du 18/11/2008). »

○ **LA CONVENTION CADRE OU UNIQUE ANNUELLE :**

▪ **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 1^{er} 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 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 1^{er} 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. »

« Contrat unique pré-rédigé : Est-il de bonne pratique de considérer comme contrat unique le contrat type et pré-rédigé du client ?

Le fait pour des parties à la négociation d'obtenir des contrats pré-rédigés avec l'ensemble ou un nombre important de ses cocontractants pourrait révéler l'existence d'un déséquilibre dans leurs relations commerciales.

Proposer des clauses pré-rédigées n'est toutefois pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties.

Par contre, obtenir la signature d'un contrat pré-rédigé est susceptible de sanction, en application de l'article L 442-6 du code de commerce dès lors que celui-ci traduirait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. »

→ **Que peut-on conclure de l'ensemble de ces avis :**

Les services distincts ont incontestablement été reclassés, soit dans la catégorie des autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre un fournisseur et un distributeur, visées par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce, soit dans la coopération commerciale et ce, notamment pour certains services rendus par les négociants-grossistes de par la modification de la définition de la coopération commerciale qui s'étend désormais au commerce « *B to B* » et donc à la revente à des professionnels (Cf. article L.441-7-I-2° nouveau du Code de commerce), pour autant que ces services ne relèvent pas de l'acte d'achat/vente. Dans la plupart des cas, ces anciens services distincts relèvent par conséquent des réductions de prix, à savoir des remises ou des ristournes, ce qui ne peut que surprendre aujourd'hui encore les fiscalistes, compte tenu de ce que, certes l'instruction fiscale du 18 novembre 2008 a pu tenter de clarifier le traitement de ces anciens services distincts, sans y parvenir cependant, suscitant ainsi de nombreuses questions.

La CEPC n'a pas à prendre partie sur le traitement fiscal de ces anciens services distincts et elle ne l'a d'ailleurs pas fait.

Attention à la formalisation de la convention annuelle, qu'il s'agisse d'un contrat unique ou d'un contrat cadre, dès lors que l'absence de formalisation de cette convention ou bien son incomplétude est sanctionnée par une peine d'amende pouvant atteindre 75.000 euros pour la personne physique et le quintuple pour la personne morale.

La convention prévue par l'article L.441-7-I possède effectivement un caractère annuel, sauf si nous sommes en présence de produits soumis à un cycle de commercialisation particulier (on peut penser à des produits destinés au traitement de végétaux, par exemple), auquel cas, la convention peut être signée dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits en cause.

Il est tout à fait possible de procéder par voie d'avenant à la modification de la convention annuelle, sans naturellement tomber dans une rétroactivité des avantages commerciaux consentis par le fournisseur et sans aller vers une renégociation globale de l'accord annuel, avec pour objectif de remettre en cause son équilibre économique.

Tout contrat qui a un effet sur la revente des produits en France est visé par l'article L.441-7-I du Code de commerce, peu important que le fournisseur soit à cet égard situé à l'étranger ou que la centrale d'achat ou de référencement le soit.

Quant au champ d'application du plan d'affaires annuel, cette convention est nécessaire, dès lors que les produits sont destinés à être revendus en l'état, mais pas lorsqu'ils sont destinés à être transformés ou intégrés à d'autres produits ou à des prestations de service, le « *prestataire de service* » est d'ailleurs clairement entendu par le texte de l'article L.441-7-I comme étant celui qui rend un service de coopération commerciale ou un ancien service distinct.

En dernier lieu, rappelons que la CEPC a souhaité répondre à une question fréquemment posée au cours des négociations commerciales annuelles 2009 : un distributeur ne peut pas obtenir la signature d'un contrat pré-rédigé, dès lors que celui-ci traduirait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ce contrat certes, pré-rédigé, est un droit pour le distributeur/prestataire de services, mais pour autant qu'il

accepte une négociation de ses clauses et une confrontation de celles-ci avec les conditions générales de vente du fournisseur.

- **LES LIMITES A LA LIBRE NEGOCIATION DES TARIFS / LES ABUS :**

▪ **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 ».

« Négo remise : Est-il légal d'obtenir d'un fournisseur une réduction de prix au seul motif que ses produits sont référencés chez un concurrent ?

Les nouvelles dispositions de l'article L 442-6 du Code de commerce s'inscrivent dans un principe de liberté de la négociation commerciale. Cette liberté trouve toutefois ses limites lorsqu'elle conduit à « un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » [2° alinéa] ou lorsque les exigences d'une des parties visent à obtenir ou à tenter d'obtenir « sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle des relations commerciales » des conditions manifestement abusives concernant les prix etc.; » [4° alinéa]

Le client ne doit pas utiliser sa puissance d'achat pour demander systématiquement à son fournisseur, une baisse de prix au seul motif qu'il a vendu son produit à un distributeur concurrent. »

« Négo Alignement : Est-il légal de déréférencer brutalement 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 concurrent ?

Les nouvelles dispositions de l'article L 442-6 du Code de commerce s'inscrivent dans un principe de liberté de la négociation commerciale. Cette liberté trouve toutefois ses limites lorsqu'elle conduit à « un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » [2° alinéa] ou lorsque les exigences d'une des parties visent à obtenir ou à tenter d'obtenir « sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle des relations commerciales » des conditions manifestement abusives concernant les prix etc....; »

➔ **La libéralisation de la négociation commerciale, suite à la suppression de la discrimination abusive dans le droit français, ne doit pas avoir pour conséquence que ce soit désormais la « loi de la jungle » qui prévale !**

En effet, on ne peut avoir d'un côté un partenaire contractuel qui demande tout et de l'autre un co-contractant qui n'obtient rien ou bien alors des contreparties qui ne permettront pas de rééquilibrer la négociation commerciale.

Or, dans certaines situations rencontrées lors des négociations commerciales 2009, force est de constater que dans les relations entre les fournisseurs de la grande distribution alimentaire et celle-ci notamment, la suppression du sacro-saint principe d'interdiction de la discrimination abusive a pu se concrétiser par des demandes difficilement acceptables par les fournisseurs. On en veut pour preuve les questions posées à la CEPC et les réponses qui y ont été apportées.

Il faut bien comprendre que l'objectif poursuivi par la LME est certes de libéraliser la négociation commerciale à l'instar de ce que l'on connaît dans les pays anglo-saxons, mais en respectant le partenaire contractuel que l'on a en face, de telle sorte que l'on parvienne à un équilibre contractuel et plus précisément à un équilibre économique entre les avantages financiers qui vont être consentis par un industriel et les contreparties qui vont être globalement proposées par le distributeur.

* * *

LA REFORME DES DELAIS DE PAIEMENT :

La CEPC est intervenu très rapidement pour clarifier nombre de points obscurs liés à l'application des nouvelles dispositions relatives aux délais de paiement s'appliquant depuis le 1^{er} janvier 2009.

▪ Avis de la CEPC :

« DELAI PAIEMENT AU 1-01-09 : Un contrat conclu par exemple pour 3 ans avant le 1^{er} 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 considérés de jurisprudence constante comme de nouveaux contrats. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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 1^{er} 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^{er} janvier 2009, sans accord sur la chose et le prix : le contrat n'est pas formé, toutes commandes ou contrats passés après le 1^{er} janvier 2009 devront appliquer les délais de paiement de la LME

- « Contrat cadre » conclu avant le 1^{er} 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^{er} janvier doivent appliquer les délais de paiement de la LME.

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

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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. »

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

Oui, la loi n'opère pas de distinction. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS PAIEMENT - DEROGATION : Les professionnels qui sont en train de négocier un accord dérogatoire pourront-ils être sanctionnés au 1^{er} janvier 2009 ?

Les accords conclus avant le 1^{er} 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^{er} janvier 2009. »

« DELAIS PAIEMENT - DEROGATION : S'agissant des dérogations à la loi, à quoi la date du 1^{er} 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^{er} mars est celle de la conclusion de l'accord. »

« DELAIS PAIEMENT - DEROGATIONS : 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. »

« DELAIS 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. »

« DELAIS PAIEMENT - ESCOMPTEES : 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. »

« DELAIS 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

DELAIS PAIEMENT - POINT DEPART : 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.

➔ Pas moins d'une vingtaine de réponses ont été apportées par la CEPC en la matière !

Globalement, les réponses apportées par la CEPC sont très proches de celles que l'on retrouve dans les « FAQ » de la DGCCRF¹⁶.

Quelles sont les grandes lignes de force qui animent les réponses apportées par la CEPC ?

¹⁶ Cf. FAQ de la DGCCRF mises en ligne le 29 décembre 2008 et complétées depuis.

- **Point de départ du délai de 45 jours fin de mois**, soit la date d'émission de la facture, soit la date de la fin du mois civil au cours duquel a été émise la facture en cause.
- **Une compensation est-elle possible du fait de la réduction des délais de paiement ?** La loi n'interdit pas une telle compensation, même si ce n'est pas l'esprit de la loi.
- **Le non respect des nouveaux délais de paiement est-il sanctionné pénalement ?** La réponse est négative, aucune sanction pénale n'étant prévue par l'article L.441-6 en cas de non respect des délais de paiement de 60 jours, date de facture ou de 45 jours fin de mois. Seule une sanction civile existe par application des dispositions visées sous l'article L.442-6-I-7°.
- **La signature d'un accord dérogatoire prévu par l'article 21-3 de la LME permet-il de ne pas appliquer les nouveaux délais de paiement ?** La réponse est positive dès lors que l'accord a été conclu avant le 1^{er} mars 2009 et que cet accord a été communiqué au service du Ministre de l'économie, étant ici précisé que de très nombreux avis ont été prononcés par le Conseil de la concurrence, puis par l'Autorité de la concurrence depuis le 1^{er} janvier dernier et que pas moins d'une dizaine de décrets ont d'ores et déjà été publiés, contribuant ainsi à accroître la sécurité juridique des opérateurs économiques, qui connaissent les délais conventionnels désormais applicables, sans pour autant que ne subsistent certaines zones d'ombre quant au champ d'application de ces accords interprofessionnels.
- **Les nouveaux délais de paiement sont-ils applicables à une vente internationale de marchandises ?** Précisons immédiatement que la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ne permet pas d'écarter purement et simplement l'application des dispositions nouvelles édictant des délais de paiement impératifs, dès lors que la convention de Vienne n'a vocation à s'appliquer qu'à des contrats, alors que l'article L.442-6-I-7° du Code de commerce prévoit un cas de responsabilité délictuelle (et non contractuelle) et que cette convention n'a qu'un caractère supplétif ; or, les dispositions précitées doivent être qualifiées de loi de « *police* » dans l'ordre international. La CEPC n'a d'ailleurs pas directement pris position sur l'application des nouveaux délais de paiement à une vente internationale de marchandises, cette question étant d'une rare complexité et nécessitant une analyse approfondie, au cas par cas, des règlements Rome I du 17 juin 2008 applicable aux obligations contractuelles et du Règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, et enfin la détermination du caractère de loi de police ou non des nouvelles dispositions. La CEPC indique d'ailleurs que la réponse est en attente de rédaction.

Trois autres avis ont été rendus par la CEPC :

Le premier avis (n° 09-04 du 5 mars 2009) concerne certaines pratiques de vente mises en œuvre dans le secteur des manuels scolaires par un négociant-grossiste commercialisant des manuels scolaires, en offrant gratuitement l'utilisation d'un logiciel de codification et de classement des ouvrages. Son concurrent se plaignant d'une pratique considérée comme déloyale, a saisi la CEPC qui a reconnu que potentiellement le négociant-grossiste enfreindrait les dispositions de l'article 6 de la loi Lang du 10 août 1981 limitant les ventes avec prime dans le domaine de l'édition littéraire.

Le second avis (n° 09-03 du 5 mars 2009) concerne l'industrie cimentière et la validation d'une charte de bonne pratique en matière de délais de paiement aux clients de cette industrie, la CEPC complétant à cet égard son précédent avis n° 08-04 de la façon suivante :

« L'article 3 du nouveau projet adopte une rédaction conforme à celle recommandée par la commission, en l'occurrence d'avertir le SFIC :

- **des pratiques visant à retarder les délais de paiement dont ils s'estiment victimes telle la compensation abusive, totale ou partielle, en cas de litige commercial,**
- **d'engager, le cas échéant, des poursuites devant les juridictions compétente ».**

Le troisième avis (n° 09-01 du 5 février 2009) concerne cette fois les relations industrie/commerce, mais s'agissant très précisément des aspects logistiques de la « *supply chain* » au vu d'une recommandation négociée au sein d'ECR France par les représentants de la distribution et de l'industrie.

La CEPC reconnaît ainsi que :

« A) La recommandation émanant de l'association ECR France ouverte à tout distributeur et industriel qui souhaite y adhérer présente le mérite de :

- a) *s'inscrire dans la recherche d'une éthique visant à améliorer la loyauté des relations commerciales,*
- b) *définir des concepts (tel que celui de taux de service) facilitant l'adoption de protocoles à respecter en vue d'une optimisation des conditions d'approvisionnement (définition de normes de qualité en matière de livraison des produits, méthode de mesures des écarts éventuellement constatés),*
- c) *laisser, dans un tel cadre, aux cocontractants un très large degré de liberté dans l'élaboration de leurs engagements réciproques, eu égard à la spécificité des activités concernées et de leur relation commerciale,*
- d) *rappeler que les pénalités ne sont applicables qu'aux seuls préjudices réellement constatés lors de manquements aux engagements contractuels conclus entre les parties concernées dans le domaine de la qualité des services d'approvisionnement,*
- e) *proposer :1) une méthode d'évaluation de ces préjudices, limitée aux seuls manque à gagner et coûts réellement supportés, en excluant de ces calculs les coûts indirects, conformément au caractère généralement ponctuel du défaut de qualité des services en cause, 2) l'adoption de taux de pénalité conformes au respect de la règle de proportionnalité.*

Et que :

« B) La recommandation relève donc des bonnes pratiques commerciales ayant pour objet et effet de :

- a) *réduire, pour chaque partenaire commercial, les coûts de transaction supportés en cas de désaccord sur d'éventuels manquements aux engagements relatifs à la qualité des opérations de livraison,*
- b) *diminuer le nombre des contentieux susceptibles d'être portés à la connaissance des tribunaux*
- c) *et au total, d'améliorer l'efficacité économique, en particulier au bénéfice des consommateurs finals. »*

* * *

Nous avons pu constater le dynamisme de la CEPC en parcourant les différents avis rendus depuis le mois de décembre dernier. Son président souhaite poursuivre dans ce sens et propose pour cela de respecter les trois axes suivants :

- le maintien du consensus ;
- le souci de l'équilibre entre les parties ;
- la réactivité, afin de rendre rapidement les avis, le délai entre la saisine et la publication des avis ne devant pas dépasser un mois.

Nous pouvons lui faire confiance !

* * *

Quelques informations :

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 des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 :** 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 droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations :**
 - 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.] ;**
 - Contrôle communautaire des concentrations : **[règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;**
- ☞ **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 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et 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 affaires « Jouet », « parfums » et « sanitaire/Chauffage » ;

- ☞ **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.].
- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
* * *
- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;**
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, 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.**