

LA LME ET LA NOUVELLE AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : ENJEUX ET PERSPECTIVES

Forum Achats du 14 mai 2009 - Master 2 Gestion des Organisations
(achat à l'international) - Université Paris-Sud (Paris XI)

Le Master 2 Gestion des organisations (spécialité achat à l'international) de l'Université Paris-Sud (Paris XI) a organisé le 14 mai dernier une matinée dans le cadre de son « Forum Achats » sur le thème : « La LME et la nouvelle Autorité de la concurrence : enjeux et perspectives ». Ce rendez-vous a particulièrement retenu l'attention des professionnels invités, en majorité des acheteurs. Nous reproduisons ci-après le compte-rendu de cette matinée.

Introduction

Après une présentation générale du thème et de son enjeu pour la fonction achats, « La LME : un sujet d'actualité pour la fonction achat ? », Jean-Luc Bazet, maître de conférences à l'Université Paris-Sud (Paris XI), directeur du Master Achat à l'international, a donné la parole à Catherine Malecki, maître de conférences à l'Université Paris-Sud (Paris XI) qui a présenté la « Définition, le périmètre et le champ d'application de la LME » insistant sur la nouvelle Autorité de la concurrence. Les lignes directrices de cette réforme d'ampleur ont été analysées par les plus grands spécialistes du thème (1). Le nom change, les fonctions changent, l'organisation institutionnelle change, les missions évoluent et, surtout, les garanties procédurales au bénéfice des entreprises sont renforcées. La présentation par le président Bruno Lasserre le 1^{er} juillet 2009 du dernier rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour l'année 2008, remplacé depuis le 2 mars 2009 par l'Autorité de la concurrence, présentation qui a permis au président de faire le point sur les premiers mois d'activité de l'Autorité de la concurrence (2) est particulièrement instructive.

La nouvelle architecture de la nouvelle Autorité, qui la rapproche sensiblement de celle de l'Autorité des marchés financiers, pourrait appeler des développements intéressants à l'avenir. On peut songer en particulier aux débats très nourris en droit financier sur les questions relatives aux conflits d'intérêts, à l'impartialité de l'Autorité des marchés financiers...

Ensuite, M^e Sonia Vecchione, avocat au Barreau de Paris (cabinet Simon Associés, département contentieux civil et commercial) et M^e Gaëlle Toussaint-David, avocat au Barreau de Paris (cabinet Simon Associés, département réseaux et distribution) ont développé de façon complète et précise le sujet, particulièrement délicat et très attendu du public venu nombreux, intitulé : « La LME : quelle nouvelle donne dans les relations acheteurs/fournisseurs ? ». M^e Sonia Vecchione a développé la question des délais de paiement et M^e Gaëlle Toussaint-David le nouveau contrôle des pratiques restrictives de concurrence. Enfin, Guy Lopez, directeur du département des Hauts-de-Seine (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes), est intervenu sur le thème : « La LME : enjeux majeurs et interrogations » en se livrant également à l'occasion, non sans humour, à une synthèse brillante des précédentes communications.

Le débat très animé qui s'en est suivi avec les professionnels et les étudiants du Master a montré que de nombreuses questions ayant

trait notamment aux délais de paiement, au périmètre de la loi dans une configuration internationale, aux pouvoirs de l'Autorité de la concurrence, donneront lieu, à n'en pas douter, à des développements à suivre.

Une synthèse des interventions claires et instructives de M^e Sonia Vecchione et de M^e Gaëlle Toussaint-David est reproduite ci-dessous.

Que tous les intervenants à ce rendez-vous soient ici vivement remerciés.

Catherine MALECKI

I. L'incidence de la LME dans la négociation des délais de paiement

Les délais de paiement que s'accordent les entreprises entre elles (le crédit fournisseur) constituent une source de financement primordiale, et même la première source de financement des entreprises, loin devant les crédits bancaires. Aussi, la réforme phare de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 réside-t-elle, sans doute, dans l'introduction en droit français de délais maximums de paiement. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2009, les délais de paiement interentreprises, auparavant librement déterminés par les parties, sont désormais plafonnés à soixante jours calendaires ou quarante-cinq jours fin de mois, à compter de la date d'émission de la facture. Ce nouveau dispositif est né d'un constat et d'une volonté. D'un constat, car les délais moyens de règlement pratiqués en France sont longs, notamment au regard de ceux observés chez certains de nos homologues européens, et fragilisent les fournisseurs dont les difficultés de trésorerie ainsi générées peuvent les conduire jusqu'à la cessation de paiement. D'une volonté aussi, consistant à favoriser la croissance des PME en améliorant leur fonds de roulement et leur apporter une bouffée d'oxygène à un moment où elles sont confrontées à des difficultés de trésorerie provoquées par la crise du crédit. Dans le même temps, la réforme a suscité une certaine appréhension : chez les distributeurs naturellement mais, de manière plus surprenante, chez les fournisseurs qui se sont inquiétés de ses effets sur la négociation commerciale et ont craint de se voir imposer par leur client une « compensation » du fait de la réduction des délais de paiement. Ces inquiétudes ont été renforcées par les nombreuses interrogations et difficultés d'application engendrées par le nouveau dispositif. Il est vrai que le législateur a laissé de nombreuses questions en suspens auxquelles il convient d'apporter des réponses. La

(1) Citons de façon non exhaustive, L. Idot et Ch. Lemaire, *L'avant-projet d'ordonnance portant création de l'Autorité de la concurrence*, JCP G 2008, act. 441 ; v. M. Amsellem, L. Idot et R. Saint-Esteben, *Interviews*, *Concurrences* 3/2008 ; B. Lasserre, *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace*, in *Dossier : La réforme du droit de la concurrence par la LME*, *Journal des sociétés*, n° 61, janvier 2009, p. 19 et s.

(2) www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/Intervention_BL_confpresse_rapportannuel_2009_07_01_versionfinale_papier.pdf.

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a contribué à clarifier la situation en diffusant sur son site une fiche pratique, régulièrement actualisée, qui répond aux principales questions des opérateurs.

A. Le nouveau délai légal maximum

1. Le calcul des délais maximaux de paiement

Le neuvième alinéa de l'article L. 441-6 du Code de commerce prévoit désormais 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.

Cela ne signifie pas que les parties sont tenues de fixer contractuellement un délai de paiement. Si elles ne le font pas (ni dans le contrat, ni dans la facture dans la mesure où celle-ci n'est pas contestée), c'est le délai supplétif de trente jours, introduit par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, qui s'applique (C. com., art. L. 441-6, al. 8), le point de départ de ce délai étant fixé au jour de la réception des marchandises ou de l'exécution de la prestation demandée.

En revanche, si les parties conviennent d'un délai, celui-ci doit également être mentionné sur la facture. Il doit également figurer dans le contrat lequel doit encore préciser, pour la période concernée, le choix qui a été fait entre soixante jours ou quarante-cinq jours fin de mois et, pour ce dernier cas, le choix effectué entre décompter d'abord quarante-cinq jours et aller à la fin du mois, ou aller à la fin du mois puis décompter quarante-cinq jours. En effet, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est venue préciser que les opérateurs disposent d'une liberté de choix, tant en ce qui concerne l'option entre les deux délais qu'en ce qui concerne le mode de computation des quarante-cinq jours fin de mois (3).

Le point de départ de la computation du délai est la date d'émission de la facture (4). Néanmoins, il est prévu que les organisations professionnelles peuvent fixer le point de départ au jour de la réception des marchandises ou de l'exécution de la prestation. S'agissant du terme du délai légal, il correspond à la date de mise à disposition des fonds et non à celle de l'envoi du paiement.

Qu'en est-il des factures émises en fin de mois dites « récapitulatives » ? Ce procédé constitue une exception à la règle de facturation immédiate. Dès lors, la question s'est posée de savoir s'il convenait de tenir compte de la date de livraison ou de la date d'émission de la

facture. Interrogée sur ce point, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a indiqué que si ce dispositif perdurait après la réforme, il ne peut permettre de déroger aux délais de paiement légaux. Ainsi, pour la Direction générale de la concurrence, de la concurrence et de la répression des fraudes, un fournisseur qui vend un produit chaque jour, du 1^{er} au 15 janvier, émettra une facture récapitulative le 15 : le point de départ du délai de paiement sera le 1^{er} janvier, et la vente effectuée le 15 janvier sera donc payée plus rapidement. Cette position de l'administration a été, à juste titre, critiquée, car la facture récapitulative ne constitue plus une tolérance administrative depuis la loi du 30 décembre 2002 qui l'a incorporée dans le Code général des impôts. Dès lors, le point de départ du délai de paiement devait être fixé à compter de sa date d'émission conformément à la LME.

2. Les sanctions encourues

a) Sanctions du non-respect des dispositions relatives aux délais de paiement

Les sanctions encourues sont lourdes et dissuasives et marquent ainsi la volonté du législateur de faire respecter les délais de paiement maximaux.

En effet, si aucune sanction pénale n'est prévue, le dépassement du nouveau délai maximum peut faire l'objet d'une sanction civile pouvant aller jusqu'à deux millions d'euros en application de l'article L. 442-6, I, 7° du Code de commerce. En outre, le ministre de l'Économie peut demander le prononcé de la nullité des clauses et contrats illicites ou la cessation de la pratique.

Le fait de ne pas respecter le délai supplétif de trente jours est également sanctionné, sur le plan pénal cette fois, par le paiement d'une amende de 15.000 €, portée à 75.000 € pour la personne morale (5).

b) Sanction du non-respect des délais de règlement par les débiteurs

La LME sanctionne plus durement le débiteur qui ne s'acquitterait pas de son obligation de paiement dans le délai imparti. Elle a renforcé les sanctions en cas de retard de paiement : les parties ne peuvent prévoir des pénalités de retard dont le taux serait inférieur à trois fois le taux de l'intérêt légal (6) (contre une fois et demie auparavant) et, si elles n'ont rien prévu, le taux d'intérêt est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majorée de dix points de pourcentage (contre sept points auparavant).

[3] Ainsi un fournisseur établissant sa facture entre le 1^{er} et le 15 du mois aura intérêt à appliquer la méthode du « 45 jours fin de mois », qui lui permettra d'être payé le plus rapidement. À l'inverse, pour les factures émises en fin de mois, la méthode du « fin de mois 45 jours » est la plus favorable au créancier.

[4] Toutefois certaines exceptions sont prévues. C'est le cas 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 pour lesquels le point de départ est fixé au jour de la réception des marchandises. C'est le cas également pour le secteur des transports et la vente de produits périssables, bétail sur pied et boissons alcooliques où le délai se calcule à partir de la date de livraison.

[5] D'autres délais particuliers sont pénalement sanctionnés, notamment deux délais particuliers : le délai relatif au secteur du transport de marchandises (sanctionné par une amende de 15.000 €) et l'article L. 443-1 du Code de commerce qui prévoit une sanction pénale de 75.000 € pour le dépassement des délais de paiement pour les achats de produits périssables (trente jours après la fin de la décade de livraison), les achats de bétail sur pied (vingt jours après le jour de livraison), les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du Code général des impôts (rhum, cognac, armagnac, whisky, gin, vodka...) (trente jours après la fin du mois de livraison) et les achats de raisins, de moûts et de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même Code (vins, cidres, champagnes...) (60 ou 45 jours fin de mois après le jour de livraison).

[6] La loi (C. com., art. L. 441-6, al. 14) punit d'une amende de 15.000 € (75.000 € pour la personne morale), le fait pour un créancier de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité non conformes aux obligations légales énoncées à l'article L. 441-6 (par exemple, un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal).

Les pénalités de retard sont exigibles, sans qu'un rappel soit nécessaire, le jour suivant la date de règlement indiquée sur la facture et sont dues même si elles ne sont pas prévues dans les conditions générales des contrats (7).

En revanche, en l'état actuel du texte, qui est de nature pénale et en conséquence d'interprétation stricte, le non-paiement des pénalités de retard ne fait pas l'objet d'une sanction pénale.

3. Les dérogations

a) Les dérogations « illégales »

La pratique s'est interrogée sur la possibilité d'octroyer des échéanciers de paiement dont le terme serait supérieur aux délais légaux de paiement ou dont la moyenne des termes serait égale à soixante jours.

Si le procédé était généralisé à tous les acheteurs, cela reviendrait purement et simplement à contourner la loi. C'est pourquoi la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est venue préciser que la pratique d'un échéancier de paiement n'est licite que dans la mesure où le terme de cet échéancier n'est pas postérieur à quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours calendaires après la date d'émission de la facture.

De même, il est interdit de différer la date d'émission de la facture afin de retarder (ou même d'avancer) le point du départ du délai. L'article L. 441-3 du Code de commerce y fait obstacle puisqu'il prévoit que le « vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de services ». En outre, l'article L. 441-4 du même Code sanctionne le non-respect de cette disposition par le paiement d'une amende d'un montant de 75.000 €, montant pouvant être porté à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

En outre, l'article L. 442-6, 7° du Code de commerce, issu de la LME prévoit expressément que le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture constitue un abus.

b) Les dérogations légales : les accords interprofessionnels

Afin d'amortir le choc que provoquerait la réduction brutale des délais de paiement dans certains secteurs, la loi a donné la possibilité aux secteurs économiques (8) de déroger aux plafonds légaux par voie d'accords interprofessionnels. Certaines conditions sont toutefois requises : le dépassement du délai légal doit être motivé par

des raisons objectives et spécifiques au secteur (notamment au regard des délais de paiement constatés dans le secteur en 2007 ou de la situation particulière de rotation des stocks) ; l'accord doit prévoir la réduction progressive des délais dérogatoires en vue de leur alignement sur le délai légal, enfin sa durée ne peut dépasser le 1^{er} janvier 2012.

Ces accords, qui ne pouvaient être conclus que jusqu'au 1^{er} mars 2009, ont été transmis à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes chargée de contrôler si les conditions légales sont satisfaites. Dans l'affirmative, un projet de décret validant l'accord est transmis à l'Autorité de la concurrence qui apprécie l'éventuel effet anticoncurrentiel de l'accord. L'avis du Conseil est transmis au ministre de l'Économie qui prend sa décision.

Un décret peut étendre le délai dérogatoire à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord.

Trente-quatre accords ont été conclus, lesquels représentent 20 % de l'économie marchande dont 10 % pour le seul BTP. À ce jour, neuf décrets homologuant les accords ont été pris (9).

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a précisé que les accords conclus avant le 1^{er} janvier 2009 ne donneront pas lieu à contrôle avant la décision d'acceptation ou de refus de l'homologation de l'accord. La loi est donc applicable depuis le 1^{er} janvier 2009 pour les accords conclus après cette date. Toutefois, on peut raisonnablement supposer que, dans les faits, les organisations ayant conclu un accord sont à l'abri d'un contrôle pendant la durée d'étude de l'accord par l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie.

B. Champ d'application du nouveau dispositif légal

1. Application matérielle

Le nouveau plafond légal s'applique à tous les secteurs économiques et à tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (artisan), à l'exclusion des non-professionnels. Son champ d'application est donc le plus large possible (10).

(7) Ce point vient d'être tranché par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2009 (pourvoi n° 07-16527). Ainsi les pénalités de retard sont d'origine légale et non conventionnelle, ce qui a pour conséquence qu'elles sont dues même dans le silence du contrat, étant toutefois rappelé que la loi punit d'une amende de 15.000 € (75.000 € pour la personne morale), le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard (C. com., art. L. 441-6, al. 14).

(8) La loi ne précise pas qu'il est nécessaire de réunir les signatures d'au moins deux organisations. Si une organisation rassemble en son sein des professionnels de l'amont et de l'aval, elle peut valablement soumettre au ministre un acte valant accord dérogatoire qui engage ses membres.

(9) Ces décrets concernent les secteurs et organisations professionnelles signataires suivants : le jouet (décret du 2 avril 2009), l'horlogerie-bijouterie-orfèvrerie-joaillerie (décret du 2 avril 2009), le bricolage (décret du 2 avril 2009), le bâtiment et travaux publics (décret du 20 avril 2009), le sanitaire-chauffage et la matériel électrique (décret du 20 avril 2009), l'édition du livre (décret du 26 mai 2009), les pneumatiques (décret du 8 juillet 2009), emballages et bouchages métalliques des conserves alimentaires (décret du 8 juillet 2009), le commerce des animaux de compagnie, des produits et accessoires pour animaux de compagnie (décret du 8 juillet 2009).

(10) Certains secteurs restent toutefois soumis à des délais spécifiques : transport de marchandises (30 jours à compter de la date d'émission de la facture) ; produits périssables (30 jours après la fin de la décade de livraison) ; bétail sur pied (20 jours après le jour de la livraison) ; boissons alcooliques passibles des droits de la consommation prévues à l'article 403 du Code général des impôts (30 jours après la fin du mois de livraison).

A priori, les groupes de sociétés n'échappent pas à la réforme. Si le groupe n'a pas d'existence juridique dans la mesure où la loi ne lui reconnaît pas la personnalité morale, il est de jurisprudence constante que les sociétés filles sont juridiquement autonomes. Or la LME ne distingue pas selon la situation juridique et économique des parties, pas plus que selon la nature des flux financiers (interne et externe au groupe), puisque celle-ci fait simplement état des « sommes dues » : sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, la loi de modernisation de l'économie s'applique donc au sein d'un groupe de sociétés (11).

2. Application dans le temps

La loi s'applique aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009. Si un contrat est conclu antérieurement à cette date, il sera donc exécuté sous l'empire des dispositions législatives antérieures à la LME.

Ce ne sont pas les conditions générales de vente (CGV) qui seront prises en compte pour la détermination de la loi applicable mais les contrats formés sur leur base, qu'il s'agisse de conventions formellement élaborées ou de simples commandes réalisées à partir des CGV, et valant ainsi acceptation et donc contrat.

La question des contrats conclus pour plusieurs années a fait débat. La question ne se pose pas dans les relations fournisseurs/distributeurs soumis à la convention unique, laquelle est obligatoirement annuelle (C. com., art. L. 441-7). Pour les autres cas, il convient de distinguer entre une clause d'indexation et une clause de révision de prix. Seule la seconde implique un nouvel accord de volonté entre les parties et la réforme s'applique donc aux contrats qui en comportent, même conclus avant le 1^{er} janvier 2009.

La LME s'applique aux contrats renouvelés à partir du 1^{er} janvier 2009 puisqu'un contrat renouvelé est un nouveau contrat distinct du contrat antérieur. Ce nouveau contrat est conclu dans les conditions prévues par la loi en vigueur au moment de sa conclusion.

La loi prévoit que pour les commandes dites « ouvertes », qui sont celles où le donneur d'ordres ne prend aucun engagement ferme sur la quantité des produits ou sur l'échéancier des prestations ou des livraisons, le nouveau délai maximum s'applique aux appels de commandes postérieurs au 1^{er} janvier 2009. Les commandes ouvertes ne constituent pas à elles seules le contrat, puisque des éléments essentiels manquent.

Ainsi, pour les contrats conclus avant le 1^{er} janvier sans accord sur les quantités ou sur l'échéancier, la commande est « ouverte » et les délais de paiement de la LME s'appliqueront à toute commande

passée après le 1^{er} janvier. En revanche, dès lors qu'un accord est intervenu avant le 1^{er} janvier 2009 sur les quantités ou sur l'échéancier, la commande est « fermée » et les délais de paiement de la LME ne s'appliqueront pas aux commandes prises en exécution de ce contrat.

3. Application dans l'espace

La question de l'application des nouvelles dispositions aux contrats internationaux est sans doute celle qui a fait couler le plus d'encre. Que faire lorsque le fournisseur ou le distributeur est établi à l'étranger ? La LME n'indique rien à ce sujet mais il est vrai que le législateur français n'est pas autorisé à légiférer sur des contrats commerciaux souscrits hors du territoire français ou engageant des étrangers.

Lorsque le vendeur et l'acheteur ont leur établissement dans des États ayant ratifié la Convention de Vienne du 11 avril 1980 ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant, leurs rapports contractuels seront régis par les dispositions de cette convention, laquelle constitue le droit français des ventes internationales de marchandises. Elle se substitue aux articles 1582 et suivants du Code civil. Or la Convention de Vienne ne prévoit pas de délai maximum de paiement, lequel est donc librement fixé par les parties (12).

Dans les autres cas, la loi applicable est librement choisie par les parties. Si celles-ci choisissent un droit étranger ou, qu'à défaut de choix, les règles de droit international privé mènent à l'application d'un droit étranger, l'application des règles françaises sur les délais de paiement dépend de leur statut de loi de police.

Cette question, pourtant primordiale, reste en suspens.

La jurisprudence n'a pas expressément pris position. Certes, la Cour de cassation (13) a reconnu à l'article L. 442-6 du Code de commerce, qui prévoit la sanction civile du dépassement des délais légaux de paiement, le caractère d'ordre public mais cela ne signifie pas nécessairement que la réforme a le caractère de loi de police.

Interrogée sur ce point, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n'a pas apporté de réponse claire. Elle a simplement indiqué qu'elle veillera à sanctionner les débiteurs qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales, et à ce que des débiteurs établis en France règlent leurs créanciers (fournisseurs) résidant à l'étranger sans entraîner de distorsion de concurrence vis-à-vis d'opérateurs résidant en France.

Il est vrai que la réforme, si elle devait se limiter aux échanges franco-français, aboutirait à octroyer un avantage concurrentiel indéniable

(11) C'est la position que la Cour de cassation a adoptée dans un arrêt en date du 24 mars 1992, concernant les délais de paiement applicables aux produits périssables, confirmant une cour d'appel ayant jugé que « ces délais de paiement s'imposent à tout producteur, revendeur ou prestataire de services et doivent s'appliquer aux transactions commerciales concernant deux sociétés dépendant du même groupe » (Cass. crim., 24 mars 1999, pourvoi n° 97-84841).

(12) Aux termes de l'article 58 de la Convention de Vienne : « Si l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix à un autre moment déterminé, il doit le payer lorsque, conformément au contrat à la présente convention, le vendeur met à sa disposition soit les marchandises soit des documents représentatifs des marchandises ». L'article 59 prévoit que « l'acheteur doit payer le prix à la date fixée au contrat ou résultant du contrat et de la présente convention, sans qu'il soit besoin d'aucune demande ou autre formalité de la part du vendeur ».

(13) Cass. com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-12336.

aux fournisseurs et prestataires étrangers sur leurs homologues français en affranchissant leurs débiteurs de toute obligation en matière de délais de paiement. Mais, à l'inverse, l'application à l'international pourrait très bien se faire au détriment des fournisseurs français. En effet, on imagine mal des distributeurs étrangers accepter de payer plus rapidement que ce qui se pratique sur leur marché national et ils pourraient choisir de rechercher d'autres marchés qui autorisent des paiements à plus de soixante jours.

Conclusion

Effective depuis plus de quatre mois (14), il est encore trop tôt pour dresser un premier bilan de la réforme. Toutefois, selon les premières enquêtes menées, une amélioration de la situation des entreprises serait déjà perceptible (15) mais tous les professionnels ne joueraient pas le jeu. Les distributeurs ont prévu diverses techniques pour en diminuer, voire en éliminer les effets (baisse des prix consécutive, système de dépôt vente, délocalisation des centres de facturation). Mais la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est là pour traquer les fraudes et le mot d'ordre du gouvernement est clair : la loi s'applique. Hervé Novelli a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises que ses services seraient vigilants pour détecter les anomalies. Pour disposer d'informations plus précises, le ministre a même annoncé le lancement imminent d'une enquête qualitative destinée à mesurer l'application de la loi dans les entreprises. Cette enquête vient s'ajouter au rapport des commissaires aux comptes tenus de publier des informations sur les délais de paiement des fournisseurs ou des clients des entreprises qu'ils contrôlent (selon des modalités qui sont définies par le décret n° 2008-1492 du 30 décembre 2008) et d'adresser un rapport au ministre chargé de l'Économie si des manquements significatifs et répétés sont démontrés.

Sonia VECCHIONE

II. Le régime des pratiques restrictives revu et corrigé par la LME

La loi de modernisation de l'économie a sensiblement modifié les règles applicables aux pratiques restrictives, dans leur définition et leur champ d'application tout d'abord (A) et ensuite dans les sanctions applicables à ce type de pratiques telles que nouvellement définies (B).

A. L'évolution des pratiques restrictives interdites

Le législateur a supprimé certaines pratiques restrictives existantes, notamment celles dont la répression s'était avérée en pratique soit inadaptée à la réalité de la vie des affaires, soit particulièrement difficile voire impossible à mettre en œuvre (1.). Il serait néanmoins audacieux de considérer que le régime des pratiques restrictives a été considérablement allégé par la LME, sans prendre en compte l'introduction de nouvelles incriminations, ou le maintien de certaines pratiques restrictives amendées par le nouveau texte (2.).

1. Les pratiques restrictives supprimées : l'objectif de renforcement de la liberté de négociation

a) La disparition de l'interdiction générale de discrimination

L'une des modifications majeures de la LME concernant les pratiques restrictives est la suppression de l'ancien article L. 442-6, I, 1°, lequel posait une interdiction générale de discrimination (16). La suppression de cette interdiction s'inscrit dans un contexte plus global d'assouplissement de la négociation, et se combine notamment avec, d'une part, l'assouplissement des définitions de catégories de clients pour la mise en place des conditions générales de vente des fournisseurs et, d'autre part, la suppression de l'exigence de services spécifiques pour justifier la mise en place de conditions particulières de vente.

Néanmoins, il ne faudrait pas conclure à la disparition totale de toute interdiction de discrimination : celle-ci demeure sanctionnée lorsqu'elle est constitutive d'un autre comportement prohibé, tel par exemple qu'une autre pratique restrictive (C. com., art. L. 442-6), une entente (C. com., art. L. 420-1), un abus de position dominante (C. com., art. L. 420-2), ou encore un abus de droit constitutif d'une faute (C. civ., art. 1382), etc.

b) La disparition de l'abus de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente

L'ancien article L. 442-6, I, 2°, b) interdisait à tout opérateur sur le marché d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il pouvait tenir un partenaire commercial, ou encore de sa puissance d'achat ou de vente. Cet article sanctionnait, notamment, l'application de pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution qu'elles étaient supposées sanctionner, ainsi que l'imposition d'accords de gamme (17) lesquels étaient prohibés lorsqu'ils aboutissaient à entraver l'accès des produits des autres fournisseurs aux linéaires de l'acheteur. Néanmoins, cette disposition n'avait quasiment jamais été utilisée par la pratique, en raison des critères trop stricts posés par la juris-

[14] Au jour où s'est tenu le Forum à l'IUT de Sceaux.

[15] Selon une enquête présentée le 20 avril 2009 par l'Association française des trésoriers d'entreprise.

[16] L'article L. 442-6, I, 1° interdisait en effet le fait de « pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

[17] Ces accords de gamme consistent, pour le fournisseur, à consentir des avantages à l'acheteur (en pratique généralement sous la forme de réductions de prix), en contrepartie de la vente par l'acheteur de plusieurs références du fournisseur.

prudence pour son application, justifiant dès lors sa suppression du Code de commerce par la LME.

Désormais, seul l'abus de dépendance demeure prohibé s'il constitue une pratique anticoncurrentielle (C. com., art. L. 420-2), soit lorsqu'il est établi que cet abus affecte le fonctionnement ou la structure de la concurrence. Une fois encore, la sanction d'un tel abus se révèle plus théorique que pratique, compte tenu des conditions posées par la jurisprudence pour que la pratique soit constituée et sanctionnée.

2. Le maintien d'importantes limitations à la liberté de négociation

a) L'introduction de nouvelles pratiques restrictives

L'une des nouvelles pratiques restrictives introduite par la LME en remplacement de l'interdiction de l'abus de puissance d'achat ou de vente, a retenu l'attention des praticiens. En effet, l'article L. 442-6, I, 2° qui interdit désormais « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », fait craindre à une partie de la doctrine l'introduction d'une ébauche de notion de clauses abusives entre professionnels (18).

À ce jour, les contours de cette nouvelle pratique restrictive, dont les termes laissent une large place à l'interprétation, restent à définir par la jurisprudence. Néanmoins, son régime se distinguera nécessairement du régime consumériste, notamment car il offre toute latitude au juge pour déterminer si une obligation entre ou non dans le champ de l'article L. 442-6, I, 2° (en l'absence de liste préétablie d'obligation considérées comme abusives), mais également car la sanction diffère de celle applicable aux clauses abusives relevant du droit de la consommation, ces dernières étant réputées non écrites, alors que la sanction d'une telle clause entre professionnels sera, notamment, la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de la pratique restrictive, outre l'éventuelle nullité de ladite clause et l'amende civile encourue.

Par ailleurs, la LME a expressément prévu la nullité de différentes clauses. Parmi elles, figurent au premier chef la clause dite du client le plus favorisé, laquelle permet au créancier de cette clause de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties à ses concurrents.

L'interdiction de ce type de clause a en réalité pour objet d'éviter la réintroduction, par le biais des contrats, de l'ancienne interdiction légale de discrimination, précisément supprimée par la LME. Cette dernière interdit également les clauses prévoyant l'exclusivité (ou la quasi-exclusivité) d'une durée supérieure à deux ans, une non-concurrence post-contractuelle ou encore un droit de préférence imposé aux petits détaillants — soit ceux exploitant une surface de

vente au détail inférieure à 300 mètres carrés — non liés par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire.

Enfin, la LME sanctionne le refus d'un distributeur de mentionner, sur l'étiquette du produit vendu sous marque de distributeur (MDD), les coordonnées du fabricant dudit produit si ce dernier en a fait la demande, conformément au droit dont il dispose en vertu de l'article L. 112-6 du Code de la consommation.

b) Les pratiques restrictives modifiées

La LME a introduit de nouvelles pratiques restrictives, mais a également modifié certaines pratiques restrictives existantes. En particulier, s'agissant des conditions manifestement abusives obtenues sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, elle a remplacé la référence à des conditions « manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente » par une référence à des « conditions manifestement abusives » : cette modification est en réalité principalement destinée à prendre en compte la disparition de l'interdiction générale de discrimination.

On regrettera cependant l'absence de définition de la notion de « conditions manifestement abusives », laquelle crée une nouvelle incertitude juridique pour les opérateurs économiques dans l'attente d'une définition jurisprudentielle.

De même, concernant les conditions de règlement qui ne respectent pas les délais de paiement légaux ou qui sont manifestement abusives prévues par l'article L. 442-6, I, 7° du Code de commerce, les modifications introduites par la LME prennent en compte le délai supplétif de paiement préconisé par l'article L. 441-6 du même Code (19), lorsque le délai imposé s'en écarte sans raison objective, au détriment du fournisseur. Par ailleurs, sera désormais qualifiée d'abusives la demande faite au fournisseur par son distributeur, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture (ce type de demande visant généralement à contourner les délais légaux de paiement).

B. La sanction des pratiques restrictives

1. Les nouvelles règles procédurales

a) L'attribution du contentieux des pratiques restrictives à des juridictions spécialisées

À l'occasion de précédentes réformes législatives, certains contentieux (tels que ceux relatifs aux pratiques anticoncurrentielles, ou encore à la propriété intellectuelle), ont été confiés à des juridictions spécialisées. Poursuivant ce mouvement, la LME prévoit l'attribution du contentieux des pratiques restrictives à des juridictions spécialisées, dont la liste sera déterminée par décret.

(18) En effet, les termes employés dans l'article L. 442-6, I, 1° rappellent ceux de l'article L. 132-1, alinéa 1 du Code de la consommation qui dispose : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

(19) Le délai supplétif est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

b) La possibilité offerte aux juridictions spécialisées de consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales

Afin de renforcer l'autorité attachée à la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), laquelle rend régulièrement des avis relatifs aux relations entre fournisseurs et distributeurs, la LME a prévu la possibilité pour les juridictions dont relèvera le contentieux des pratiques restrictives, d'interroger la CEPC. Dans un tel cas, la CEPC disposera d'un délai de quatre mois pour rendre un avis, période pendant laquelle la juridiction qui l'aura interrogée sera tenue de surseoir à statuer et ne sera autorisée qu'à prendre les éventuelles mesures urgentes ou conservatoires nécessaires. L'avis rendu par la CEPC n'étant pas un avis conforme mais uniquement un avis simple, ce dernier ne liera donc pas la juridiction quant à l'issue du litige.

2. La modification des sanctions des pratiques restrictives

a) La réduction des sanctions : la dépenalisation de l'obligation de communication des conditions générales de vente (CGV)

La communication de ses conditions générales de vente par le fournisseur à tout client qui en fait la demande était antérieurement sanctionnée par une amende de 15.000 €, portée à 75.000 € pour les personnes morales. Depuis la LME, si cette obligation demeure, elle n'est plus sanctionnée que civilement par l'article L. 442-6, I, 9° du Code de commerce.

b) Le renforcement de certaines sanctions

Le pendant de la dépenalisation du refus de communication des conditions générales de vente est le renforcement par la LME des sanctions des pratiques restrictives, prévues par l'article L. 442-6, II et III du Code de commerce. D'une part, on l'a vu, la nullité a été

étendue à de nouvelles clauses, (20) d'autre part, le montant de l'amende civile susceptible d'être sollicitée par le ministre de l'Économie et/ou le ministère public est augmenté. En effet, si la LME maintient le principe d'une amende civile d'un montant maximum de 2 millions d'euros, elle introduit une possibilité d'augmenter le montant de l'amende civile encourue à trois fois le montant des sommes indûment versées.

Par ailleurs, la LME ajoute de nouvelles sanctions des pratiques restrictives : en plus de la cessation des pratiques, de la nullité des clauses ou contrats illicites et de la répétition de l'indu, les juridictions pourront prononcer la condamnation de l'auteur des pratiques à la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision (ou d'un extrait de la décision), à l'insertion de la décision (ou d'un extrait de la décision) dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise, et/ou à l'exécution de la décision sous astreinte.

Conclusion

En considération de ce qui précède, il est permis d'affirmer que la LME a offert aux opérateurs économiques, et notamment aux fournisseurs et distributeurs, une plus grande liberté dans leurs négociations et ce en particulier grâce à la disparition de l'interdiction de discrimination *per se* et à l'assouplissement des règles applicables aux conditions générales de vente. Néanmoins, cette liberté, loin d'être totale, demeure limitée, notamment par l'introduction de nouvelles notions applicables aux pratiques restrictives, telles que le « déséquilibre significatif » et les « conditions manifestement abusives », dont il conviendra d'attendre la définition prétorienne pour en saisir les contours et ainsi permettre aux acteurs de la distribution d'évaluer la licéité de leur comportement (21).

Gaëlle TOUSSAINT-DAVID

[20] V. sur ce point le paragraphe II, 1), b) 1.).

[21] Programme en ligne sur : www.iut-sceaux.u-spud.fr/modules/resources/download/sceaux/documents/plaquette%20Forum%20achats%202009.pdf.