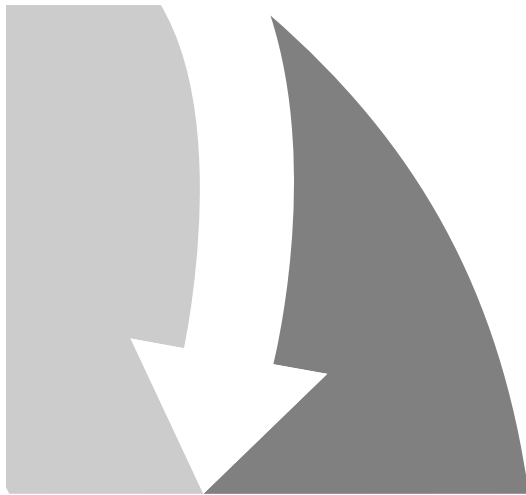


**Commission
d'examen
des pratiques
commerciales**

Rapport d'activité
2004/2005



Introduction

Le présent rapport d'activité de la Commission d'examen des pratiques commerciales est établi en application des dispositions de l'article L.440-1 du code de commerce (cf. annexe 1). Il a été adopté par la Commission au cours de sa séance du 21 mars 2005 et couvre la période allant du mois d'avril 2004 au mois d'avril 2005. Il correspond à sa troisième année de fonctionnement et clôture la première période de trois ans pour laquelle certains de ses membres actuels ont été nommés (les représentants de producteurs et des revendeurs, les magistrats et les personnalités qualifiées).

Il est rappelé que le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 définit son mode de fonctionnement (cf. annexes 2 et 3).

Sa composition actuelle est déterminée par l'arrêté du 26 mars 2002 modifié par les arrêtés des 17 septembre 2002, 25 novembre 2002, 25 février 2003, 14 mars 2003, 12 novembre 2003, 1^{er} décembre 2003, 6 janvier 2004, 21 juillet 2004, 27 août 2004, 11 octobre 2004 et 15 octobre 2004 et publiés respectivement au Journal officiel des 3 avril 2002, 3 octobre 2002, 26 novembre 2002, 28 février 2003, 25 avril 2003, 21 novembre 2003, 11 décembre 2003, 16 janvier 2004, 31 août 2004, 4 septembre 2004, 21 octobre 2004 et 27 octobre 2004. Le sénateur et le député sont désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs. Leur désignation est intervenue au Journal officiel respectivement les 17 janvier et 3 août 2002 (cf. tableau relatif à la composition actuelle de la Commission, annexe 4). La Commission d'examen des pratiques commerciales est placée auprès du ministre chargé de l'économie. Elle n'est pas une instance de médiation. Son rôle consiste à examiner les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs.

Elle s'exprime par des avis portant, notamment, sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie. Elle peut également émettre des recommandations d'ordre plus général, concernant notamment le développement de bonnes pratiques, dans une vision constructive de la vie commerciale.



Bilan de l'activité de la Commission

A – Séances

Au cours de la période considérée, la Commission s'est réunie huit fois en séance plénière (au lieu de neuf fois en 2003/2004). Une séance plénière a du être, par ailleurs, annulée en raison de l'absence de quorum.

Mercredi 22 juin 2004 : Examen du rapport établi par le professeur Daniel Mainguy relatif à la demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle représentant le secteur de l'épicerie française et de l'alimentation générale concernant l'examen de certaines conditions tarifaires et d'une clause compromissaire qui seraient appliquées par des franchiseurs, qui sont parfois également des fournisseurs, à l'encontre de détaillants, généralement franchisés ; examen du rapport d'étape établi par le professeur Michel Dietsch relatif aux rapports de force réels existant entre fournisseurs et distributeurs ; évocation par le président de deux saisines de la Commission.

Mercredi 7 juillet 2004 : Examen du rapport établi par le professeur Didier Ferrier relatif à la demande d'avis formulée par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes concernant l'analyse de certaines clauses contenues dans des conditions d'achat et d'une clause contenue dans certaines « conditions générales de vente » ; échanges de vues avec Madame le professeur Muriel Chagny chargée d'une étude demandée par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sur les enchères électroniques inversées visant à mettre en évidence les conditions auxquelles les pratiques observées seraient conformes au droit, en vue d'orienter les travaux du rapporteur ; poursuite de l'évocation par le président d'une saisine de la Commission en vue d'examiner sa recevabilité.

Mercredi 20 octobre 2004 : Présentation par le président de deux saisines, en vue d'un examen de leur recevabilité ; présentation par M. le professeur Michel Glais de son rapport d'étape relatif à son étude sur les délais de paiement, suivi d'un échange de vues avec le rapporteur.

Mercredi 17 novembre 2004 : Présentation, par Madame le professeur Muriel Chagny, de son rapport d'étape sur la conformité au droit des pratiques des enchères électroniques inversées.

Mercredi 15 décembre 2004 : Examen du rapport définitif de Madame le professeur Muriel Chagny sur la conformité au droit des pratiques des enchères électroniques inversées ; examen du rapport de Maître Francis Delbarre relatif à la demande d'avis présentée par une organisation professionnelle représentant des agriculteurs concernant l'application des règles de facturation instituées par l'article L.441-3 du code de commerce, aux ventes de lait et de céréales réalisées par des producteurs agricoles.

Mercredi 19 janvier 2005 : Examen du rapport de Maître Max Vague relatif à la demande d'avis formulée par le président de la chambre syndicale nationale des distributeurs de véhicules de loisirs concernant certaines clauses d'un contrat de distribution sélective, quantitative et qualitative, de véhicules de loisirs, mis en œuvre par un fabricant, pour tous ses distributeurs dans le marché français et dans plusieurs pays de l'Union européenne.

Mercredi 16 février 2005 : Examen du rapport de M. le professeur Michel Glais relatif à son étude sur les délais de paiement et élaboration d'une recommandation par la Commission sur ce sujet.

Lundi 21 mars 2005 : Poursuite de l'élaboration d'une recommandation par la

Commission sur les délais de paiement et leur application au vu du rapport établi par le professeur Michel Glais relatif à son étude sur les délais de paiement ; recueil des observations des membres de la Commission sur le projet de rapport annuel d'activité.

B - Les saisines

Au cours de la période 2004-2005, la Commission a été destinataire de sept demandes d'avis (au lieu de dix sept en 2003-2004 et quinze en 2002-2003)

Il est rappelé que la Commission a décidé, au cours de sa séance plénière du 25 février 2004, d'infléchir sa position quant à la recevabilité des demandes. En effet, elle a décidé que bien qu'elle ait une compétence étendue en raison des termes de la loi, elle devait privilégier les demandes mettant en cause des producteurs et des fournisseurs d'une part, et des revendeurs d'autre part, conformément aux indications fournies par la lecture des travaux parlementaires, mais que si de telles demandes n'absorbaient pas toutes ses capacités d'intervention, elle pouvait examiner, en fonction de l'importance du problème posé dans un secteur économique donné, d'autres demandes, à l'exclusion de celles qui ne dépassent pas l'intérêt d'une seule entreprise.

1. Les modalités de saisines

Suivant l'article L.440-1 du code de commerce, la Commission peut être saisie par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre en charge du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, les entreprises, les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres de commerce, des métiers ou d'agriculture. La Commission peut également se saisir d'office.

2. Les saisines recevables

Sur les sept demandes d'avis enregistrées, la Commission a considéré que quatre d'entre elles étaient recevables.

2.1. Classement selon leur origine

- Une demande d'avis a été présentée par le président de la chambre syndicale nationale des distributeurs de véhicules de

loisirs relative à l'examen par la Commission de certaines clauses d'un contrat de distribution sélective, quantitative et qualitative, de véhicules de loisirs, établies par un fabricant pour tous ses distributeurs dans le marché français et dans plusieurs pays de l'Union européenne.

- Une saisine a émané du président d'une fédération sportive relative à l'interprétation de certaines clauses d'un contrat liant sa fédération à une grande société d'exploitation de stade.

- Une demande a été formulée par un cabinet d'avocats intervenant pour le compte d'un syndicat professionnel, dont les adhérents sont des entreprises de construction de lignes de télécommunications, qui sollicite l'avis de la Commission sur certaines pratiques qui seraient mises en œuvre par un acheteur de ces lignes de télécommunications.

- Une demande d'avis a émané d'un chef d'entreprise de livraison de marchandises portant sur certaines pratiques qui seraient mises en œuvre par deux distributeurs lors de l'application de conventions conclues avec ces derniers.

2.2. Classement selon l'objet de la saisine

- Deux dossiers portent sur l'examen de contrats commerciaux.
- Deux dossiers portent sur l'examen de pratiques commerciales.

3. Les saisines non recevables

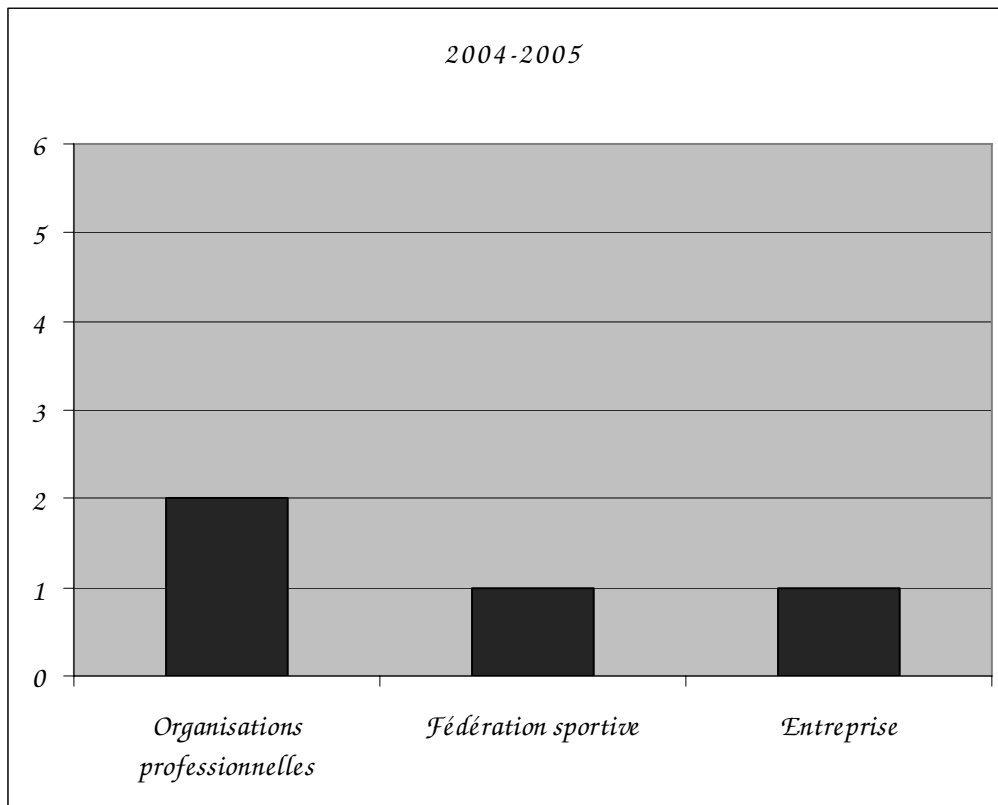
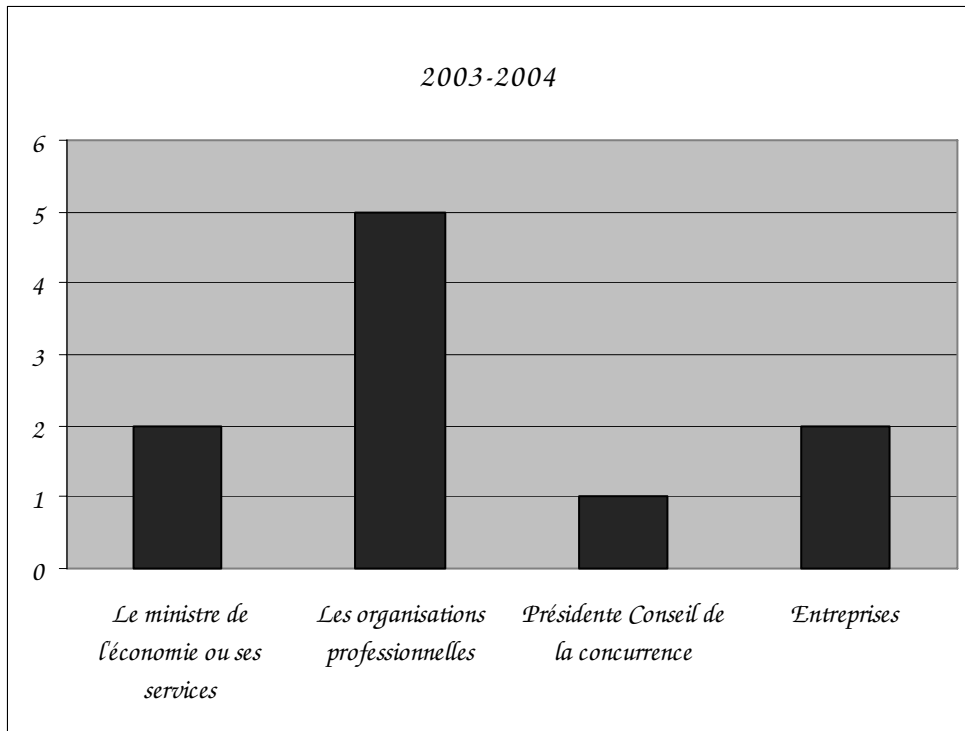
Trois demandes d'avis reçues à la Commission ont été considérées comme non recevables essentiellement pour les trois raisons suivantes :

1. parce que l'auteur de la demande sollicitait un arbitrage de la Commission sur un litige particulier.

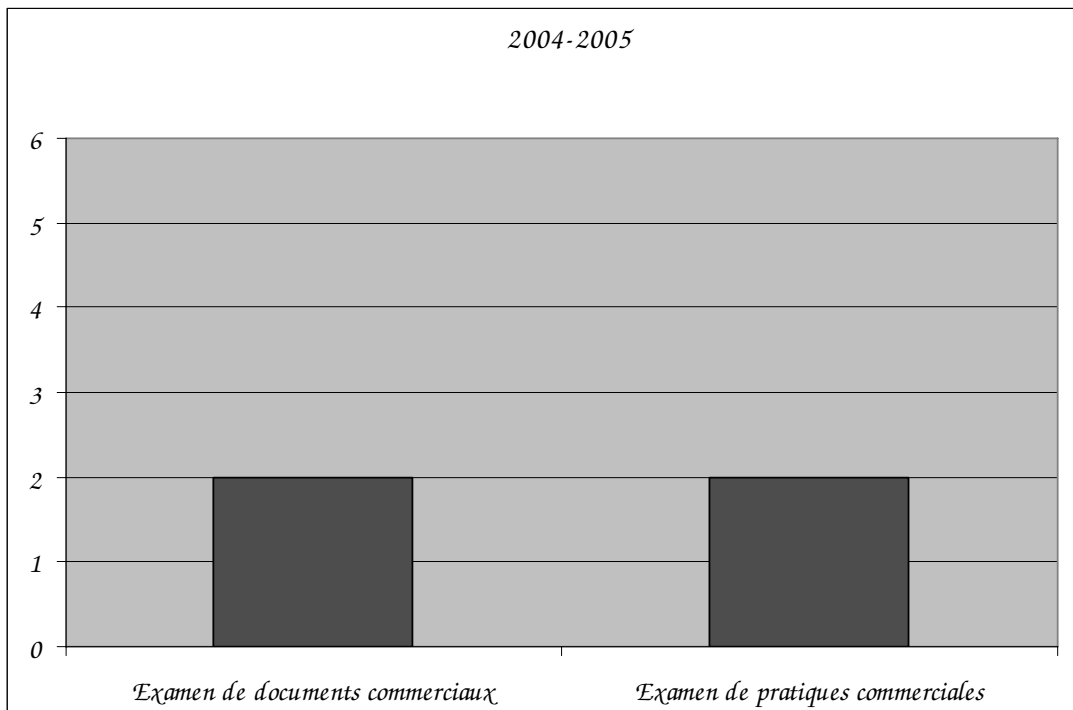
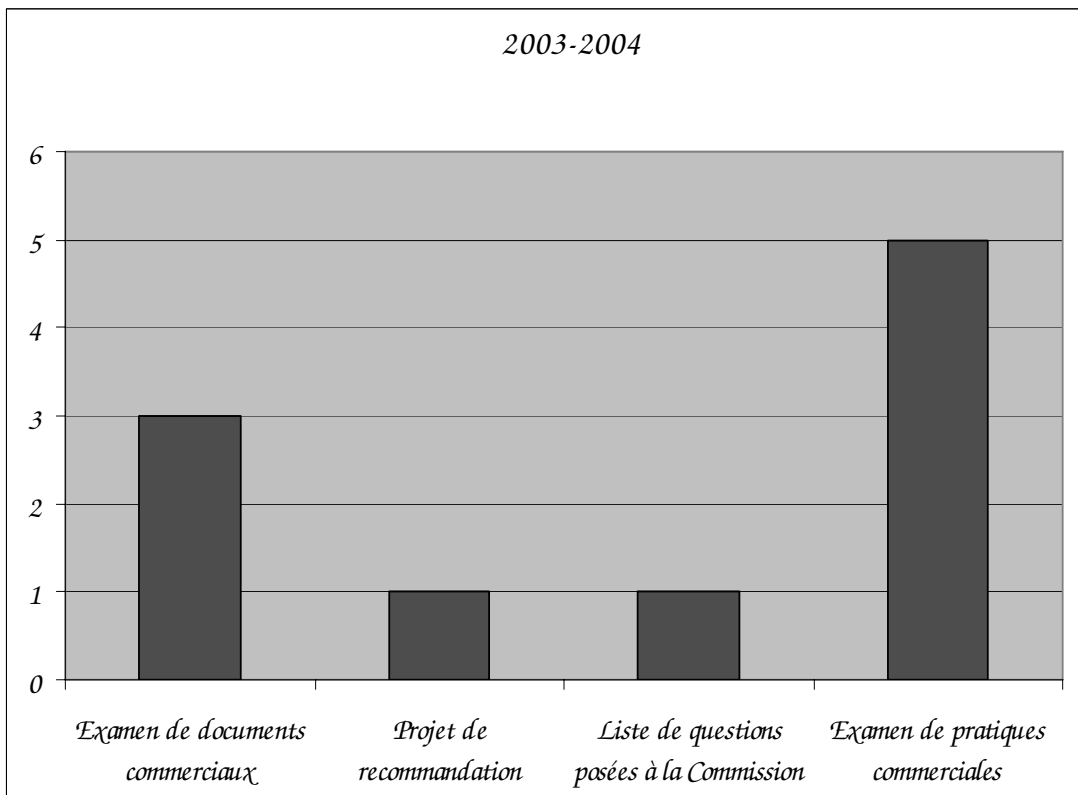
2. parce que la demande ne portait pas sur des relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, mais exprimait seulement le mécontentement du client d'une banque qui lui proposait, dans des conditions qu'il contestait, d'adhérer au système de paiement « Monéo ».

3. parce que l'auteur de la demande sollicitait une consultation juridique particulière sur l'interprétation et l'exécution d'un contrat.

Histogrammes comparatifs des saisines recevables selon leur origine



Histogrammes comparatifs des saisines recevables selon leur objet



C – Avis

Il est rappelé que conformément aux dispositions de l'article 6 du décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002, portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, les avis adoptés par celle-ci ne sont publiés que sur décision de la Commission et après accord de l'auteur de la demande d'avis.

Au cours de la période considérée, la Commission a adopté six avis dont quatre ont été rendus publics. En outre, un avis adopté antérieurement à la période de référence a été également rendu public après accord de l'auteur de la demande d'avis.

1. Les avis publiés

1.1 Avis n° 04-03 relatif à la demande de l'Union nationale des producteurs de granulats portant sur un projet de recommandation relatif aux délais de paiement.

Par lettre enregistrée le 2 mai 2003, le chef du service économique de l'Union nationale des producteurs de granulats a sollicité l'avis et les recommandations de la Commission d'examen des pratiques commerciales sur un texte qu'elle a élaboré et intitulé « recommandation de l'Union nationale des producteurs de granulats relative aux délais de paiement ».

Par ce texte, cette organisation professionnelle souhaite notamment lutter contre les délais de paiement « abusifs » dans le cadre des dispositions adoptées par le législateur figurant dans les articles L.441-6 et L.442-6-I 7° du code de commerce.

Dans son avis, la Commission souligne qu'elle ne peut qu'encourager une organisation professionnelle à œuvrer pour répondre au souci des autorités communautaires et françaises de voir réduire les délais de règlement et de veiller à l'application des pénalités prévues par la loi en cas de retard de paiement. Elle estime, plus précisément que, « telle qu'elle est formulée à l'article 1 de la recommandation de l'UNPG, l'incitation à se rapprocher du délai de 30 jours prévu, à titre supplétif, à l'article L.441-6 2^{ème} alinéa ne paraît pas franchir les limites de ce qu'une organisation professionnelle est en droit de conseiller à ses adhérents ».

S'agissant de l'article 2 de la recommandation de l'UNPG qui prévoit que

tout délai de paiement supérieur à 70 jours devra être considéré comme abusif, la Commission considère que « tout en constatant qu'un délai de paiement supérieur à 70 jours s'écarte de façon substantielle de celui indiqué aux articles L.441-6, 2^{ème} alinéa et L.442-6-I 7° du code de commerce », elle « n'est pas en mesure de porter un avis sur le chiffre plafond évoqué par l'UNPG. Il appartient à l'UNPG d'engager un dialogue avec les organisations professionnelles de clients de ses adhérents, en veillant à ce que les conséquences éventuelles d'une réduction des dits délais ne viennent pas en réduire l'effet ».

La Commission a adopté son avis au cours de sa séance plénière du 25 février 2004. Il a été rendu public sur décision de la Commission et après avoir reçu l'accord de l'auteur de la demande d'avis. L'avis peut être consulté sur le site Internet de la Commission (cf. annexe 5).

1.2 Avis n° 04-04 concernant certaines clauses contenues dans des conditions d'achat.

Par lettre du 23 septembre 2003, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a notamment soumis à l'examen de la Commission, avec des documents qui par la suite ont été anonymisés, une analyse des conditions d'achat de certains distributeurs de produits alimentaires mais aussi de quelques produits industriels afin de recenser des clauses contractuelles qui présentent un caractère léonin.

Les stipulations qui ont été examinées par la Commission étaient les suivantes :

- celles relatives aux engagements du distributeur ;
 - celles qui ont pour objet d'exclure les « conditions générales de vente » du fournisseur ;
 - celles qui ont pour objet de traiter les défaillances du fournisseur et du distributeur.
- Dans son avis, la Commission a pris soin de préciser que « ces stipulations ont été étudiées en elles-mêmes sans référence à la situation particulière de telle ou telle entreprise, au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur et à la lumière des décisions rendues par les juges, dans le souci d'alimenter la réflexion des opérateurs économiques ». Elle souligne, en outre, que son avis est limité aux stipulations contractuelles qui lui ont été soumises et qu'il est sans portée ni connotation statistiques.

Elle a ainsi estimé que les stipulations suivantes relatives aux engagements du distributeur sont susceptibles de présenter un caractère léonin en raison de leur imprécision :

- « Accord tarifaire – ristourne de gamme : % ;
- Ristourne d'optimisation de gamme : % »

En effet, elle indique que cette présentation rend difficile l'appréciation du caractère normal ou discriminatoire au sens de l'article L.442-6-I (1°) du code de commerce, des conditions consenties par le fournisseur à un distributeur.

De même, elle considère que les clauses qui excluent les « conditions générales de vente » de manière explicite ou implicite semblent méconnaître les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce qui, selon la Commission, « a clairement établi ces « conditions générales » du fournisseur comme le point de départ, et donc comme la base de toute relation contractuelle avec des distributeurs ». Dès lors, elle souligne que ces « conditions générales » ne sauraient être globalement remises en cause par des conditions d'achat souvent qualifiées à tort de générales.

Enfin, s'agissant des clauses relatives à la défaillance du fournisseur et du distributeur, certaines ont été considérées comme excessives en ce qu'elles prévoient des sanctions disproportionnées et brutales à l'encontre du fournisseur.

Cet avis a été adopté en sa séance plénière du 7 juillet 2004 et a été publié au BOCCRF du 8 novembre 2004, de même que sur le site Internet de la Commission : www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr (cf. annexe 6).

1.3 Avis n° 04-05 concernant une clause contenue dans certaines « conditions générales de vente ».

Par la même lettre du 23 septembre 2003 précitée, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a également soumis à l'examen de la Commission, avec des documents qui par la suite ont été anonymisés, une clause contenue dans certaines « conditions générales de vente » des fournisseurs et qui mentionne le refus de toute pénalité de retard, qu'il s'agisse de retard de livraison ou d'enlèvement des invendus.

Comme dans son avis précédent, n° 04-04, la Commission a pris soin de préciser que « cette stipulation a été étudiée en elle-même sans référence à la situation particulière de telle ou telle entreprise, au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur et à la lumière des décisions rendues par les juges, dans le souci d'alimenter la réflexion des opérateurs économiques ». Elle souligne, également, que son avis est limité à la stipulation contractuelle qui lui a été soumise et qu'il est sans portée ni connotation statistiques. Elle a ainsi, dans son avis rendu le 7 juillet 2004, examiné dans quelle mesure cette clause pourrait ne pas être conforme d'une part aux dispositions relatives au droit des obligations contenues dans le code civil et d'autre part aux dispositions contenues dans le code de commerce relative aux pratiques discriminatoires (article L.442-6-I 1°) et aux abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente (article L.442-6-I 2°b).

Cet avis a été publié au BOCCRF du 8 novembre 2004 de même que sur le site Internet de la Commission (cf. annexe 7).

1.4. Avis n° 04-06 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaire.

Par lettre enregistrée le 5 décembre 2003, le président du syndicat de l'épicerie française et de l'alimentation générale a soumis à l'examen de la Commission certaines conditions tarifaires et une clause compromissaire qui seraient appliqués par des franchiseurs, qui sont parfois également de fournisseurs, à l'encontre de détaillants, généralement franchisés.

La Commission a ainsi étudié diverses pratiques qui reposaient sur des clauses insérées dans des contrats ayant pour objet d'assurer la distribution de marchandises dans le secteur alimentaire.

Les pratiques et clauses examinées au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur étaient les suivantes :

- pratiques relatives à un engagement d'approvisionnement sur la base d'un barème ne figurant pas au contrat ;
- conformité de l'offre de réductions de prix avec les articles L.441-6 et L.442-6 du code de commerce ;
- présence d'une clause d'arbitrage dans le contrat.

Ces questions avaient pour but de vérifier que les pratiques étudiées étaient valables

et qu'elles n'étaient pas à l'origine d'un abus de situation de dépendance.

Cet avis a été publié au BOCCRF du 21 janvier 2005 de même que sur le site Internet de la Commission (cf. annexe 8).

1.5 Avis n° 04-08 relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées.

Par lettre enregistrée le 27 janvier 2004, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a demandé à la Commission d'examen des pratiques commerciales de rendre un avis relatif aux enchères électroniques inversées visant à mettre en évidence les conditions auxquelles les pratiques observées seraient conformes au droit.

La Commission a consacré deux importantes séances plénières à l'examen de ce dossier au cours desquelles, elle a entendu les conclusions de son rapporteur, le professeur Muriel Chagny.

Dans son avis, la Commission précise que les pratiques qui ont été examinées sont celles qui ont été portées à la connaissance de son rapporteur et que dès lors elles n'ont pas la prétention à l'exhaustivité. A la suite de l'examen de ces pratiques et de leurs dérives possibles, la Commission tire notamment la conclusion selon laquelle : « le mécanisme des enchères électroniques inversées paraît licite en l'état du droit positif, de sorte qu'il peut se substituer (cas des enchères avec adjudication) ou se superposer à des formes de négociations plus traditionnelles (cas des enchères sans adjudication et désignées sous l'appellation de courtage aux enchères). Tout risque de dérives n'est pas exclu pour autant ». Elle souligne, également, que « rappeler les règles applicables ne saurait garantir leur respect, de sorte qu'il importe également d'en faciliter le contrôle ».

Cet avis peut être consulté sur le site Internet de la Commission (cf. annexe 9). Sa publication au BOCCRF est prévue.

2 – les avis non publiés

Ils sont au nombre de deux. Ces avis ne sont pas publiés en raison de l'absence de réponse des auteurs des demandes d'avis à la question relative de leur publication.

2.1 Avis n° 04-07 relatif à certaines pratiques de facturation du lait et des céréales.

L'avis porte sur une demande formulée par une organisation professionnelle représentant des agriculteurs qui sollicite l'avis de la Commission sur le point de savoir si certaines pratiques qui ont cours à l'occasion de la vente de lait et de céréales réalisées par des producteurs agricoles sont conformes aux règles de facturation instituées par l'article L.441-3 du code de commerce. Il s'agit, par exemple, pour des éleveurs, de se voir refuser les factures qu'ils établissent au moment de la remise de leurs produits au double motif que les différents paramètres qualitatifs qui déterminent le prix du lait ne sont pas connus lors de la livraison et qu'il existe un désaccord sur le prix du lait. Il s'agit encore du fait que les factures de céréales ne sont pas établies par l'agriculteur mais par l'acheteur qui édite ultérieurement un document intitulé « facture d'apport », après connaissance des résultats de la campagne.

La Commission après avoir considéré que cette saisine était recevable quant à son objet et quant à la qualité des personnes en cause a rendu son avis au cours de la séance plénière du 15 décembre 2004, sur le rapport de Maître Francis Delbarre.

2.2 Avis n° 05-01 relatif à certaines clauses d'un contrat de distribution sélective, quantitative et qualitative, de véhicules de loisirs, mis en œuvre par un fabricant.

Le deuxième avis non publié concerne une saisine de la Commission par le président de la Chambre syndicale nationale des distributeurs de véhicules de loisirs. Cette organisation professionnelle a soumis à l'examen de la Commission certaines clauses d'un contrat de distribution sélective, quantitative et qualitative, mis en œuvre par un fabricant pour tous ses distributeurs, dans le marché français et dans plusieurs pays de l'Union européenne.

Certaines de ces clauses ont ainsi été examinées au regard du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81/3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JOCE n° 203, 1^{er} août 2002) tandis que d'autres l'étaient du point de vue de leur conformité au droit interne. La Commission a rendu son avis n° 05-01 le 19 janvier 2005 après avoir entendu les conclusions de son rapporteur, Maître Max Vague.

D - Etudes

La Commission avait souhaité, au cours de sa séance plénière du 28 mai 2002, la réalisation d'une étude sur les délais de paiement, de même qu'une étude sur les rapports de force réels existants entre fournisseurs et distributeurs.

1. L'étude sur les délais de paiement

Cette étude a été confiée au professeur Michel Glais, de même que la demande d'avis du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes relative à la question des délais de paiement négociés et des retards de paiement. Ce sujet, qui est important, car comme l'étude le précise, « le caractère excessif de la durée de certains délais de paiement ainsi que l'importance des retards constatés dans le règlement des factures constituent des pratiques ayant pour effet, pour les entreprises qui en sont les victimes, d'alourdir leur gestion financière, d'affecter leur rentabilité et même, dans certains cas, de menacer leur survie », a nécessité la réalisation d'une enquête auprès d'une large population de syndicats et organisations professionnelles représentatives des entreprises françaises. Cette enquête avait pour objectif de dresser un état des lieux de la situation du crédit interentreprises afin de permettre à la Commission de se prononcer sur d'éventuelles propositions visant à améliorer cette situation. L'étude souligne que les organismes professionnels interrogés constituent d'une part « des observateurs privilégiés des dysfonctionnements rencontrés dans l'application des nouveaux textes » et d'autre part « des prescripteurs susceptibles d'infléchir les comportements de leurs affiliés ». Le rapporteur explique que 63 d'entre eux ont répondu au questionnaire qui leur a été adressé et que plusieurs d'entre eux fédèrent de nombreux syndicats professionnels. Ces organisations s'avèrent, par ailleurs, représentatives des secteurs qui ont été les plus affectés par des dysfonctionnements dans le domaine du crédit interentreprises.

Les réponses apportées ont permis au rapporteur de dresser un état des lieux et une présentation des dysfonctionnements les plus caractéristiques, ainsi que d'exposer les principales actions menées par ces organisations professionnelles dans leur tentative de lutter contre les délais abusifs et les retards de paiement.

A la lumière de ces informations, le rapporteur a, ensuite, dressé une liste non exhaustive d'interrogations sur lesquelles la Commission pourrait être amenée à donner un avis. Cette étude peut être consultée sur le site Internet de la Commission (cf. annexe 10).

Ce travail a été examiné par la Commission au cours de trois séances (20 octobre 2004, 16 février et 21 mars 2005) au terme desquelles, elle a décidé d'adopter une recommandation sur les délais de paiement et leur application et d'y annexer le rapport du professeur Michel Glais (cf. infra « une recommandation »).

2. L'étude sur les rapports de force réels existant entre fournisseurs et distributeurs.

Cette étude, confiée au professeur Michel Dietsch, a déjà fait l'objet de plusieurs séances de la Commission. En effet, celle-ci a souhaité, dans un premier temps, procéder à un échange de vues avec le rapporteur afin, notamment, d'orienter ses travaux. Au cours de cette séance, tenue le 14 mars 2004, le rapporteur a exposé les questions susceptibles d'être approfondies dans son étude et sollicité de la part des membres de la Commission leur concours pour mener à bien ses travaux.

Dans un second temps, le rapporteur a présenté un rapport d'étape (séance du 22 juin 2004), dans lequel il a développé les trois thèmes suivants :

- 1) Les déterminants de la coopération commerciale et son effet sur le prix de vente des produits de grande consommation.
- 2) Le prix comme résultat des interactions stratégiques entre fournisseurs et distributeurs à travers une analyse du rôle des élasticités prix sur les marchés de PGC.
- 3) La dépendance économique et son effet sur la solvabilité des entreprises.

Cette étude est actuellement en cours de finalisation, le rapporteur procédant à l'analyse des dernières informations obtenues auprès notamment de diverses banques de données.

E – Une recommandation

La Commission a adopté, au cours de sa séance plénière du 21 mars 2005, une recommandation relative aux délais de paiement et à leur application après avoir examiné l'étude relative aux délais de paiement réalisée par le professeur Michel Glais (cf. supra « D – Etudes »).

Elle a ainsi préconisé, notamment, s'agissant des délais de paiement abusifs, de recueillir l'avis du Conseil de la concurrence sur la compatibilité avec les dispositions du droit des ententes, d'une recommandation, par la Commission, de négociations entre organisations professionnelles de chaque filière permettant de :

1) Déterminer les délais de paiement d'une durée manifestement abusive au regard de la spécificité des secteurs d'activité et des entreprises concernées.

2) Etablir des codes de bonnes pratiques en matière de conditions de règlement.

Elle a préconisé, par ailleurs, s'agissant de l'application des délais de paiement que les procédés répréhensibles qui peuvent être utilisés par certains opérateurs pour retarder leurs règlements soient recensés et clairement proscrits au sein de codes de bonnes pratiques. Elle a recommandé, également que ces codes de bonnes pratiques signés entre les organisations professionnelles représentatives prévoient l'exclusion de toute possibilité d'abandon des créances relatives aux pénalités de retard.

En ces domaines, la Commission a recommandé un renforcement des contrôles de l'administration. Enfin, elle préconise que tout litige relatif à l'application de ces codes de bonnes pratiques soit porté devant une instance arbitrale établie par les organisations professionnelles qui en sont les signataires (cf. annexe 11).

Cette recommandation peut être consultée sur le site Internet de la Commission.

F – Poursuite des travaux en 2005.

Durant l'année 2005, la Commission pourra examiner le rapport finalisé de M. le

professeur Michel Dietsch chargé d'une étude sur les rapports de force réels existants entre fournisseurs et distributeurs, de même que le rapport de M. le professeur Daniel Mainguy relatif à une saisine émanant du président d'une fédération sportive concernant l'interprétation de certaines clauses d'un contrat liant sa fédération à une grande société d'exploitation de stade.

Elle entendra, ensuite, les conclusions de Maître Max Vague sur une demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle qui estime abusives certaines pratiques mises en œuvre par une entreprise émettrice de cartes de paiement à l'égard de certains de ses adhérents, détaillants en carburant.

Elle pourra délibérer sur le rapport de Maître Francis Delbarre relatif à une demande d'avis émanant d'un groupement de pharmaciens, portant sur des pratiques tarifaires qui seraient mises en œuvre par certains laboratoires pour des produits de parapharmacie.

De même sur le rapport de M. le professeur Michel Glais et de Maître Francis Delbarre relatif à la demande d'avis formulée par un cabinet d'avocats intervenant pour le compte d'un syndicat professionnel, dont les adhérents sont des entreprises de construction de lignes de télécommunications et qui porte sur certaines pratiques qui seraient mises en œuvre par un acheteur de ces lignes de télécommunications.

Ses travaux se poursuivront avec l'examen de la demande d'avis formulé par un chef d'entreprise de livraison de marchandises portant sur certaines pratiques qui seraient mises en œuvre par deux distributeurs lors de l'application de conventions conclues avec ces derniers.



Constats et suggestions

Au terme d'un premier cycle de trois ans, qui correspond au premier mandat de la plupart des membres de la Commission, et sans préjuger d'éventuelles nouvelles missions qui pourraient être confiées à celle-ci, trois observations peuvent être faites et deux suggestions émises.

1 – Les remarques concernent le rôle d'observatoire assigné à la Commission par l'article L.440-1 du code de commerce, l'évolution de l'objet des saisines, ainsi que celle de leurs modalités.

- La Commission exerce un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis. A défaut d'être un destinataire obligé d'informations émanant d'entreprises ou d'administrations publiques, la Commission remplit essentiellement ce rôle par la publication de ses avis, de ses recommandations et de son rapport annuel d'activité. A cet égard, la publication en cours d'une étude de grande ampleur sur les délais de paiement lui donne une nouvelle occasion d'illustrer sa mission d'observation des pratiques commerciales.

- Les saisines « horizontales », celles qui concernent les relations entre fournisseurs de produits ou de services tendent à prendre le pas sur les saisines « verticales », celles qui ont pour objet la relation entre un fournisseur et un distributeur et qui, à lire les travaux préparatoires de la loi sur les nouvelles régulations économiques, étaient la préoccupation majeure du législateur.

- Enfin, les demandes de fournisseurs, visant des distributeurs, émanent moins des entreprises elles-mêmes que des

organisations professionnelles dont elles sont adhérentes.

2 – Les suggestions ont pour objet le champ d'activité de la Commission et l'amélioration de son fonctionnement.

Tout d'abord, il serait souhaitable que, par secteurs d'activités, des organisations professionnelles de producteurs, de prestataires de services ou de distributeurs, élaborent des codes ou des chartes de bonnes pratiques commerciales, qui pourraient être expertisés et, le cas échéant, validés par la Commission. Ainsi, celle-ci pourrait-elle utilement, par une approche pragmatique et non théorique, accomplir une des tâches qui lui sont dévolues par le législateur, à savoir adopter des recommandations sur des questions « portant sur le développement de bonnes pratiques » (article L.440-1, al. 7 du code de commerce).

Ensuite, afin d'améliorer le fonctionnement de la Commission, il serait opportun de lui permettre de saisir, pour avis, le Conseil de la concurrence, lorsque, parmi les griefs multiples contenus dans une saisine, certains concernent les pratiques anticoncurrentielles visées au titre deuxième du livre IV du code de commerce. Naturellement, la Commission serait liée par l'avis du Conseil. Sans doute, en théorie, rien n'interdit à la Commission de se prononcer sur des comportements qualifiés d'ententes ou d'abus de position dominante, de nature à affecter un marché de façon sensible. Mais, en pratique, il est souhaitable d'éviter que les opérateurs économiques ne soient perturbés par des appréciations, éventuellement divergentes, du Conseil d'une part, et de la Commission d'autre part.

TITRE IV
DE LA TRANSPARENCE, DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE ET
D'AUTRES PRATIQUES PROHIBÉES

*2 Chapitre préliminaire
Dispositions générales

Article L. 440-1. - Une Commission d'examen des pratiques commerciales est créée. Elle est composée d'un député et d'un sénateur désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs, de membres, éventuellement honoraires, des juridictions administratives et judiciaires, de représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanale; des transformateurs, des grossistes, des distributeurs et de l'administration, ainsi que de personnalités qualifiées. Elle est présidée par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire. Elle comprend un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs.

Les membres de la commission sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements, dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres.

La commission est saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné; le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission.

L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie.

La commission entend, à sa demande, les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utiles à l'accomplissement de sa mission. Son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités à cet effet par l'article L. 450-1 du présent code ou l'article L. 215-1 du code de la consommation, selon les procédures prévues. Le compte rendu de l'enquête est remis au président de la commission qui s'assure qu'il préserve l'anonymat des personnes concernées.

La commission peut également décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. Lorsqu'elle fait suite à une saisine en application du troisième alinéa, cette recommandation ne contient aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées. La recommandation est communiquée au ministre chargé de l'économie et est publiée sur décision de la commission.

La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au Gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public.

Un décret détermine l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la commission ainsi que les conditions nécessaires pour assurer l'anonymat des acteurs économiques visés dans les avis et recommandations de la commission.^{2*}

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

Décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la commission d'examen des pratiques commerciales

NOR: ECOC0100108D

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu le code de la consommation ;

Vu la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques,

Décrète :

Art. 1^{er}. - La commission d'examen des pratiques commerciales instituée par l'article L. 440-1 du code de commerce est placée auprès du ministre chargé de l'économie.

Art. 2. - Cette commission est composée d'un député et d'un sénateur désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs ainsi que dix-neuf membres titulaires et dix membres suppléants nommés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du commerce :

- trois membres issus des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire, parmi lesquels sera nommé le président de la commission ;
- cinq membres représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs, ou leurs suppléants ;
- cinq membres représentant les grossistes et distributeurs, choisis au sein des organisations professionnelles ou des entreprises, ou leurs suppléants ;
- deux personnalités qualifiées en matière de problèmes relatifs aux relations industrie-commerce.

Ces membres sont nommés pour trois ans. Leur mandat est renouvelable une fois pour la même durée.

Les membres suppléants ne siègent qu'en l'absence des membres titulaires ;

- quatre représentants de l'administration : le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur des entreprises commerciales, artisanales et de services, le directeur général de l'industrie, des technologies de l'information et des postes au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, ou leurs représentants, et le directeur des politiques économique et internationale au ministère de l'agriculture et de la pêche, ou son représentant.

La nomination de magistrats de l'ordre administratif et judiciaire est respectivement faite sur proposition du vice-président au Conseil d'Etat et du garde des sceaux, ministre de la justice.

Lorsqu'elle examine un domaine d'activité particulier, la commission peut appeler à siéger avec voix consultative un représentant des fournisseurs et un représentant des distributeurs du domaine d'activité considéré.

Art. 3. - Les chambres d'examen mises en place au sein de la commission sont présidées par un magistrat et comprennent un nombre égal de représentants des producteurs et des distributeurs.

Art. 4. - Le président de la commission peut désigner un ou plusieurs rapporteurs en raison de leur compétence.

Le secrétariat de la commission est assuré par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Art. 5. - La commission établit un règlement intérieur qui fixe ses modalités de fonctionnement.

Ce règlement est approuvé par le ministre chargé de l'économie.

Art. 6. - La commission peut décider de publier des avis avec l'accord de l'auteur de la demande.

Art. 7. - Les séances de la commission ne sont pas publiques.

Les enquêteurs visés à l'article L. 440-1, sixième alinéa, du code de commerce peuvent assister aux séances de la commission lorsque sont examinées les questions à l'instruction desquelles ils ont, à la demande de la commission, apporté leur concours.

Art. 8. - La commission ne peut valablement délibérer qu'en présence de la moitié de ses membres plus un.

Art. 9. - Le président doit veiller à assurer l'anonymat de tous documents, rapports d'enquête et informations recueillis avant leur communication à la commission.

A cette fin, le secrétariat de la commission supprime toute mention nominative ou, le cas échéant, retire les pièces rendant identifiable une personne ou une entreprise.

Art. 10. - Les avis et recommandations de la commission 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.

Art. 11. - Les crédits nécessaires à la commission pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au budget du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Art. 12. - Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, la garde des sceaux, ministre de la justice, et le secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat et à la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 31 décembre 2001.

LIONEL JOSPIN

Par le Premier ministre :

*Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,*
LAURENT FABIUS

La garde des sceaux, ministre de la justice,
MARYLISE LEBRANCHU

*Le secrétaire d'Etat
aux petites et moyennes entreprises,
au commerce, à l'artisanat
et à la consommation,*
FRANÇOIS PATRIAT

**Décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 modifiant le
décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant
organisation de la commission d'examen des
pratiques commerciales**

NOR : ECOC0200135D

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
Vu le livre IV du code de commerce, et notamment son article L.440-1 ;
Vu le code de la consommation ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la commission d'examen des pratiques commerciales,

Décète :

Art. 1^{er}. - L'article 2 du décret du 31 décembre 2001 susvisé est modifié ainsi qu'il suit :

I. - Au premier alinéa de cet article, les chiffres « dix-neuf » et « dix » sont remplacés respectivement par les chiffres « vingt-trois » et « quatorze » ;

II. - Aux troisième et quatrième alinéas, le chiffre « sept » se substitue au chiffre « cinq ».

Art. 2. - Le septième alinéa de l'article 2 du décret du 31 décembre 2001 susvisé est complété par la phrase suivante : « Le premier mandat de l'ensemble des membres de la commission d'examen des pratiques commerciales expirera à la date du 27 mars 2005. »

Art. 3. - Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 21 novembre 2002.

JEAN-PIERRE RAFFARIN

Par le Premier ministre :
*Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,*

FRANCIS MER

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

DOMINIQUE PERBEN

*Le secrétaire d'Etat
aux petites et moyennes entreprises,
au commerce, à l'artisanat,
aux professions libérales
et à la consommation,*

RENAUD DUTREIL

Annexe 4

Composition de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Président

M. Jean-Pierre Dumas, président honoraire de la chambre commerciale financière et économique de la Cour de Cassation

Parlementaires	Magistrats	Personnalités qualifiées	Administration	Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs		Représentant les grossistes et distributeurs	
				Titulaires	Suppléants	Titulaires	Suppléants
- M. Jean-Paul Charié, député.	- M. Marc El Nouchi, maître des requêtes au Conseil d'État.	- Maître Francis Delbairre, avocat associé, bureau Francis Lefebvre.	- M. Guillaume Cerutti, directeur général de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou son représentant.	M. Olivier Picot, représentant l'Association nationale des industries alimentaires.	- M. Benoît Mangenot, directeur général de l'association nationale des industries alimentaires.	- M. Jérôme Bédier, président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution.	- M. Léon Salto, membre du conseil exécutif de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution.
- M. Gérard Cornu, sénateur.	- Mme Marie-Françoise Marais, conseillère à la Cour de Cassation.	- M. Michel Glais, professeur agrégé de sciences économiques à l'université de Rennes.	- M. Jean-Christophe Martin, directeur du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, ou son représentant.	- M. Jean-Claude Lejob, président de la Fédération française de la coopération fruitière, légumière et horticole.	- M. Bertrand de Kermeil, directeur de la Fédération nationale des coopératives laitières.	- M. Guy Leclerc, vice-président de la Fédération « Les Enseignes du Commerce Associé ».	- M. Jean-Michel Bordais.
			- M. Jean-Pierre Falque-Pierrotin, directeur général de l'industrie, des technologies de l'information et des postes par intérim, ou son représentant.	- M. Alain Parres, président du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins.	- M. Eric Jourde, représentant de la Fédération des industries électriques, électroniques et de communication.		- M. Pierre Gogin, président délégué de la Fédération professionnelle des entreprises de sports et loisirs.

Parlementaires	Magistrats	Personnalités qualifiées	Administration	Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs		Représentant les grossistes et distributeurs	
				Titulaires	Suppléants	Titulaires	Suppléants
			- M. Bruno Hot, directeur des politiques économique et internationale, ou son représentant.	- M. Dominique de Gramont , délégué général de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation	- M. Alain Grimm-Hecker, président du groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager	- M. Pascal Malfoy, président de la Fédération des magasins de bricolage	- M. Patrick Lorie, président de la Fédération nationale des métiers de jardinerie
				- M. Daniel Pasquier, président du comité de liaison des industries de main-d'oeuvre	- M. François Arrighi de Casanova, chargé de mission juridique à la Fédération des entreprises et entrepreneurs de France	- M. Roland Gardin, président du Conseil national des professions de l'automobile	- M. Marc Lambelin, président de la Fédération nationale des boissons
				- M. Pascal Coste, vice-président à la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles	- M. Pascal Nizan, représentant du Syndicat des jeunes agriculteurs	- M. Christian Pépineau, vice-président de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international (CGI)	- M. Claude Thiéblemont, représentant de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international (CGI)

Parlementaires	Magistrats	Personnalités qualifiées	Administration	Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs		Représentant les grossistes et distributeurs	
				Titulaires	Suppléants	Titulaires	Suppléants
				- M. Jean Bellet, président de la Confédération nationale des charcutiers, charcutiers-traiteurs et traiteurs de France	- M. François Cartron, président de la Confédération nationale de la pâtisserie-confiserie-chocolaterie-glacierie de France	- M. Philippe Lebreton, président d'Intermarché	- M. Claude Boisseau, président de la Fédération nationale de l'épicerie

Secrétariat général : Mme Corinne Solal

Dernière mise à jour le 8 mars 2005

AVIS n° 04-03 relatif à la demande d'avis de l'Union Nationale des Producteurs de Granulats portant sur un projet de recommandation relatif aux délais de paiement

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 2 mai 2003 sous le numéro 03-018, par laquelle le chef du service économique de l'Union Nationale des Producteurs de Granulats (UNPG) a sollicité l'avis et les recommandations de la Commission d'examen des pratiques commerciales sur un texte qu'elle a élaboré et intitulé « Recommandation de l'UNPG relative aux délais de paiement » ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Vu le projet de recommandation de l'UNPG ci-joint ;

Le rapporteur entendu lors de sa séance plénière du 25 février 2004 ;

Adopte l'avis suivant :

Remarque préalable

La Commission dans sa séance plénière du 28 mai 2002 s'est auto-saisie du problème des retards de paiement. Par ailleurs, elle a été saisie le 23 septembre 2003, par M. le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, de la question des délais de règlement (délais de paiement négociés, retards de règlement et paiements effectifs). Ces deux dossiers sont en cours d'instruction.

Recommandation de l'UNPG

Les recommandations de l'UNPG à ses adhérents font référence à la directive du Parlement et du Conseil européen visant, en matière de délais de paiement, à dénoncer certaines pratiques dont les effets perturbent le bon fonctionnement d'une économie de marché. Les recommandations figurant dans cette directive ont été retranscrites, en France, dans certaines dispositions du Code de commerce et, en l'espèce, plus particulièrement au sein des articles L.441-6 et L.442-6.

Observation liminaire

La jurisprudence des autorités communautaires et françaises reconnaît la

licité des interventions des organisations professionnelles dans leur rôle de pourvoyeurs d'informations de caractère général, de conseils et de défense des intérêts professionnels de leurs membres.

Entre donc dans la mission de ces organisations le fait de rappeler à leurs adhérents le souci des autorités concernées de lutter contre les délais de paiement « abusifs » dans le cadre des dispositions adoptées par le législateur figurant dans les articles L.441-6 et L.442-6 I.7° du Code de commerce :

Article L.441-6 (2^{ème} alinéa)

« Sauf dispositions contraires figurant aux conditions générales de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée ».

Article L.442-6 I. 7°

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait... : de soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écarter au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L.441-6 »

Tout en fixant une durée « focale » de 30 jours par rapport à laquelle devrait être établi le caractère abusif d'un délai d'une durée supérieure imposée par un co-contractant, le législateur a reconnu à chaque entreprise la liberté de fixer, dans ses conditions générales de vente, les délais de règlement qu'elle juge opportun de proposer à ses clients.

Par ailleurs, il n'est pas non plus interdit à un offreur de négocier avec un partenaire commercial des conditions particulières de vente dès lors que celles-ci ne constituent pas des pratiques discriminatoires visées par l'article L.442-6 1°.

Analyse de la recommandation UNPG

Le texte soumis par l'UNPG à l'appréciation de la Commission d'examen des pratiques commerciales comporte deux articles relatifs à la question des délais de paiement. Il

convient donc d'analyser ceux-ci en évoquant la question du tracé de la frontière entre les recommandations qui relèvent de l'intervention légitime d'une organisation professionnelle auprès de ses adhérents et celles qui pourraient être analysées comme de nature à influencer directement ou indirectement le jeu de la concurrence au sein de la profession concernée [voir, par exemple, Rapport du Conseil de la Concurrence 1991 p XXXVIII].

- Article 1 : Objectif : un délai de paiement de 30 jours

« L'UNPG recommande aux producteurs de granulats de réduire dès à présent et progressivement les délais de paiement dont ils conviennent avec leurs clients pour se rapprocher à terme d'un délai de 30 jours. L'UNPG rappelle qu'à ce jour, en l'absence d'un délai contractuel particulier, le délai de paiement supplétif est de 30 jours ».

Observations

Plusieurs études récentes semblent démontrer qu'en France les délais et retards de paiement n'ont toujours pas diminué. La Commission d'examen des pratiques commerciales ne peut tout d'abord qu'encourager une organisation professionnelle à œuvrer pour répondre au souci des autorités communautaires et françaises de voir se réduire les délais de règlement et de veiller à l'application des pénalités prévues par la loi en cas de retard de paiement.

Telle qu'elle est formulée à l'article 1 de la recommandation de l'UNPG, l'incitation à se rapprocher du délai de 30 jours prévu, à titre supplétif, à l'article L.441-6 2ème alinéa ne paraît pas franchir les limites de ce qu'une organisation professionnelle est en droit de conseiller à ses adhérents.

- Article 2 : un délai de paiement abusif de 70 jours

L'UNPG considère que tout délai de paiement supérieur à 70 jours à compter du 1er janvier 2006 devra être considéré comme abusif ».

Observations

Dans l'esprit de l'article L.442-6 I. 7°, la notion de délai abusif doit être établie par référence à « des bonnes pratiques et usages commerciaux », les conditions de règlement incriminées « s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L.441-6 ».

Par ailleurs, la directive communautaire rappelle (point 19 de ses préliminaires) que l'une des situations permettant de conclure à l'existence d'un abus est celle où « *la principale entreprise contractante impose à ses fournisseurs et sous-traitants des conditions de paiement qui ne sont pas justifiées eu égard aux conditions dont il bénéficie lui-même* ».

En termes économiques, ce qui est visé par le texte communautaire c'est, semble-t-il, la recherche d'un équilibre raisonnable entre les durées des « crédits clients et fournisseurs » compte tenu des durées respectives des cycles d'exploitation des partenaires à l'échange.

Enfin, il appartient au juge d'établir le caractère abusif ou non d'un délai de règlement au regard

« des bonnes pratiques et usages commerciaux ».

La formulation de l'article 2 de la recommandation de l'UNPG soulève alors deux questions :

a) La première concerne la pertinence du chiffre de 70 jours retenu comme plafond au-delà duquel un délai de règlement devrait être considéré comme abusif. Il serait pour le moins opportun qu'un tel chiffre soit justifié au regard des considérations économiques qui viennent d'être évoquées.

b) En second lieu, et plus fondamentalement, se pose la question de savoir si une organisation professionnelle peut établir, **de façon unilatérale**, le caractère abusif de tel ou tel délai de paiement.

Dans l'esprit du texte de l'article L.442-6-I 7°, la définition de « bonnes pratiques et usages commerciaux » devrait plutôt émaner de négociations entre organisations professionnelles représentatives des différentes étapes d'une filière de production. Dans un rapport remis au Parlement sur les délais de paiement, le gouvernement de l'époque avait admis que les accords professionnels pouvaient être exonérés, a posteriori, au titre de ce qui constitue aujourd'hui l'article L.420-4 du code de commerce : « *Des accords strictement professionnels, s'ils se limitaient au domaine des délais de paiement et s'ils visaient une réduction reposant sur des données économiques et techniques objectives, seraient très probablement comparables dans leur portée à ce qu'on pourrait légitimement attendre d'accords interprofessionnels* ». (Rapport au parlement

sur les conditions d'application de la loi n°92-1442 du 31 décembre 1992. BOCCRF du 15/12/94 p.572.)

« Des accords strictement professionnels, s'ils se limitaient au domaine des délais de paiement et s'ils visaient une réduction reposant sur des données économiques et techniques objectives, seraient très probablement comparables dans leur portée à ce qu'on pourrait légitimement attendre d'accords interprofessionnels ».

Il apparaît à la Commission qu'une démarche de ce type serait de nature à établir un cadre consensuel d'usages commerciaux permettant : 1) aux entreprises de garder le bénéfice du degré de liberté commerciale indispensable à l'exercice d'une concurrence effective, 2) au juge de pouvoir apprécier de façon plus objective les situations qu'il pourrait considérer comme abusives.

Conclusion

Tout en constatant qu'un délai de paiement supérieur à 70 jours s'écarte de façon

substantielle de celui indiqué aux articles L.441-6, 2^{ème} alinéa et L.442-6 I.7° du code de commerce, la Commission d'examen des pratiques commerciales n'est pas en mesure de porter un avis sur le chiffre plafond évoqué par l'UNPG. Il appartient à l'UNPG d'engager un dialogue avec les organisations professionnelles de clients de ses adhérents, en veillant à ce que les conséquences éventuelles d'une réduction des dits délais ne viennent pas en réduire l'effet.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 25 février 2004, présidée par Monsieur Jean-Pierre Dumas.

Fait à Paris, le 25 février 2004

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Jean-Pierre DUMAS

UNPG

Recommandation de l'UNPG relative aux délais de paiement

Dans le but de lutter plus efficacement contre le problème des retards de paiement dans les transactions commerciales, la Directive du Parlement européen et du Conseil du 29/06/00 ainsi que le récent texte législatif de transposition en France (Loi NRE du 15/5/01) repris dans le Code de Commerce (articles L.440-1, L.441-6 et suivants, L.442-6) viennent plus particulièrement poser deux règles nouvelles. Celles-ci concernent l'instauration :

- **d'un délai de paiement supplétif de 30 jours**, en l'absence de dispositions contractuelles particulières,

- **d'un dispositif visant à lutter contre les délais de paiement abusifs.**

26

COMMISSION D'EXAMEN DES PRATIQUES COMMERCIALES

Afin de se conformer à ces nouvelles orientations législatives, l'UNPG recommande aux entreprises productrices de granulats de mettre en place dès à présent les moyens nécessaires pour parvenir à cet objectif de réduction des délais de paiement, en respectant les points suivants :

Article 1 – Objectif : un délai de paiement de 30 jours

L'UNPG recommande aux producteurs de granulats de réduire dès à présent et progressivement les délais de paiement dont ils conviennent avec leurs clients pour se rapprocher à terme d'un délai de 30 jours. L'UNPG rappelle qu'à ce jour, en l'absence d'un délai contractuel particulier, le délai de paiement supplétif est de 30 jours.

Article 2 – Un délai de paiement abusif de 70 jours

L'UNPG considère que tout délai de paiement supérieur à 70 jours à compter du 1^{er} janvier 2006 devra être considéré comme abusif.

Paris, le 10 avril 2003

Avis n° 04-04
concernant certaines clauses contenues
dans des conditions d'achat

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 23 septembre 2003 sous le numéro 03-056, par laquelle le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a notamment soumis à son examen, avec des documents qui par la suite ont été anonymisés, une analyse des conditions d'achat de certains distributeurs de produits alimentaires mais aussi de quelques produits industriels afin de recenser les clauses contractuelles qui présentent un caractère léonin ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Le rapporteur entendu lors de sa séance plénière du 7 juillet 2004 ;

Adopte l'avis suivant :

Trois types de stipulations ont été examinés par la Commission :

- les stipulations relatives aux engagements du distributeur,
- les stipulations qui ont pour objet d'exclure les « conditions générales de vente » du fournisseur,
- celles qui ont pour objet de traiter les défaillances du fournisseur et du distributeur.

Ces stipulations ont été étudiées en elles-mêmes sans référence à la situation particulière de telle ou telle entreprise, au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur et à la lumière des décisions rendues par les juges, dans le souci d'alimenter la réflexion des opérateurs économiques.

L'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales est bien évidemment limité aux stipulations contractuelles qui ont été soumises à son appréciation ; il est sans portée ni connotation statistiques.

Les distributeurs fixent à travers des documents contractuels auxquels ils attribuent diverses qualifications telles que : « conditions d'achat », « conditions

générales d'approvisionnement », « cahier des charges logistiques », « accords commerciaux », les conditions d'établissement et de développement de leurs relations contractuelles avec leurs fournisseurs.

+ Ces documents contiennent d'une part de nombreux éléments techniques d'ordre matériel : conditionnement, acheminement et déchargement des produits... ou d'ordre administratif : bon de commande, avis d'expédition, avis de réception, fiche signalétique de produits, qui viennent préciser les modalités d'exécution des obligations du fournisseur, d'autre part de nombreux éléments juridiques : garantie des produits, sanction des inexécution ou retard dans l'exécution, qui viennent aménager la portée même des obligations du fournisseur et du distributeur.

+ Ces documents traduisent souvent la position de force des distributeurs.

Elle apparaît à travers les nombreuses stipulations par lesquelles le distributeur souligne les normes éthiques (respect de la Charte éthique) ou légales et réglementaires (« *Respect de la législation sociale* », « *Conformité aux règlements communautaires* ») que le fournisseur doit respecter. Ce rappel ne saurait être en lui-même contestable ; il porte en effet sur des obligations légales et réglementaires à la charge des fournisseurs et profitables à leurs salariés ou aux consommateurs. Il manifeste cependant un déséquilibre favorable au distributeur comme le révèle d'ailleurs l'absence dans les « conditions générales de vente » des fournisseurs de stipulations concernant, de manière symétrique, les obligations légales, réglementaires ou éthiques du distributeur à l'égard de ses salariés ou de consommateurs.

Elle apparaît aussi à travers les nombreuses obligations d'informer mises à la charge du fournisseur sur des éléments ne relevant pas strictement des opérations d'achat-vente :

« *Le fournisseur transmettra chaque année ses comptes sociaux (bilan, compte de résultats et annexe légale) au plus tard dans les six mois de la clôture de l'exercice* ».

« Le fournisseur s'engage à informer le distributeur ... en cas de variation de poids du distributeur de plus ou moins 5 % ».

La position de force du distributeur apparaît encore, à travers la différence existante entre les stipulations relatives aux obligations du fournisseur qui sont généralement pléthoriques, détaillées, voire complexes dans leur formulation comme dans leur présentation (multiplication d'annexes, de notices techniques, d'accords particuliers auxquels se trouve liée la convention) et les stipulations relatives aux engagements du distributeur qui sont généralement sommaires voire imprécises, notamment dans la définition et dans l'évaluation de leur argument économique (« ristourne de gamme » par exemple).

+ Il ne saurait être reproché au distributeur de se trouver ainsi en position de force, dès lors qu'il n'en abuse pas.

En effet, l'article L.442-6-I-2° b) du Code de commerce sanctionne le fait pour un distributeur « d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

Par cette disposition, le législateur a entendu sanctionner les pratiques par lesquelles une entreprise abuse de sa position de force à l'encontre d'un partenaire, sans pour autant que ces pratiques soient de nature à affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ; lorsque le fonctionnement ou la structure de la concurrence sont affectés, la pratique relève des dispositions de l'article L.420-2 du Code de commerce qui visent l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique.

Plusieurs clauses intégrées dans des conditions d'achat appellent à cet égard attention.

* **Clauses relatives aux engagements du distributeur**

+ Certaines conditions commerciales proposées par les distributeurs stipulent parfois de manière imprécise les engagements souscrits par le distributeur, par exemple :

« accord tarifaire - ristourne de gamme : ... % ».

« ristourne d'optimisation de gamme : ... % ».

Une telle présentation des engagements du distributeur peut relever de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce qui sanctionne 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 justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence », et de l'article L.442-6-I-2°, b) précité du Code de commerce.

En effet, dès lors que seule la connaissance des éléments économiques précis de la relation commerciale entre fournisseur et distributeur peut permettre d'apprécier le caractère normal ou discriminatoire au sens de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce des conditions consenties par le fournisseur à un distributeur, une explicitation insuffisante des engagements du distributeur, rendant difficile cette appréciation, est susceptible de constituer une stipulation « léonine », pour reprendre le qualificatif utilisé dans la saisine (T. corr. Colmar 14 févr. 2002, RJDA 2002, n. 564 : condamnation d'un distributeur en raison du caractère insuffisamment explicite des conditions proposées).

+ On retiendra, dans le contexte des dispositions du droit de la concurrence, le terme « léonin » comme synonyme d'« abusif » au sens de l'article L. 442-6-I-2°, b) du Code de commerce (en droit commun « léonin » est utilisé dans le sens de : « procurant un avantage exorbitant ou excessif à l'une des parties au détriment de l'autre », cf. G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, coll. Quadrige).

* **Clauses excluant les « conditions générales de vente »**

Les « conditions de vente » évoquées par l'article L.441-6 du Code de commerce sont qualifiées de « conditions générales de vente » dans les documents soumis à l'examen de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

+ Les « conditions générales de vente » du fournisseur sont parfois exclues par les conditions d'achat, de manière explicite, par exemple :

« Les présentes conditions excluent toutes conditions générales de vente qui leur seraient contraires » ; « Les présentes conditions générales d'achat signées par le fournisseur prévalent sur toutes conditions générales de vente du fournisseur... et tout autre document émanant du fournisseur » ; ou de manière implicite, par exemple :

« Les présentes conditions s'appliquent à toutes les commandes... » ; « Le présent accord annule et remplace tout accord qui existe entre le fournisseur et le distributeur antérieurement à sa signature » ; « Les délais de paiement des produits sont du ressort de la direction financière du distributeur ».

+ Une telle exclusion conduit le fournisseur à renoncer à l'application de ses « conditions générales de vente », alors pourtant que l'article L.441-6 du Code de commerce a clairement établi ces « conditions générales » du fournisseur comme le point de départ et donc comme la base de toute relation contractuelle avec des distributeurs (Paris 24 mars 1992, GP 1992, 2, 590 et T. com. Grenoble, ref. 9 mars 1998, GP 9-10 avril 1999, p. 11 qui estiment que la « négociation verbale », en raison de son caractère restrictif et de son manque de transparence, contrevient à l'article L.441-6 C. com.), en disposant que : « tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions de règlement et, le cas échéant, les rabais et ristournes ».

+ Certes, les « conditions générales » du fournisseur ne fixent pas la totalité des conditions de la relation commerciale entre fournisseur et distributeur :

➤ elles peuvent être complétées par des stipulations sur les éléments de la relation non précisément visés à l'article L.441-6 du Code de commerce, c'est-à-dire des éléments autres que « le barème de prix », « les conditions de règlement » en particulier les « pénalités de retard », « les rabais et ristournes », ainsi que « les conditions de vente ». Il n'existe pas dans la loi un inventaire exhaustif des éléments relevant de la communication exigée par l'article L.441-6 du Code de commerce et donc des « conditions générales de vente », de sorte qu'il est difficile de connaître avec certitude ceux qui n'en relèvent pas et peuvent être librement négociés ou proposés par l'acheteur. Dans une considération étroite de la relation commerciale, les éléments relevant des « conditions générales de vente » seraient uniquement des éléments visés par les textes concernant le droit

commun de la vente (Code civil, art. 1582 et s.) : obligations de garantie et de délivrance (à distinguer de la livraison) à la charge du fournisseur, et obligation de paiement et éventuellement de retraitement à la charge du distributeur ; dans une considération large de la relation commerciale, les « conditions générales de vente » recouvriraient également les éléments visés par les pratiques et usages commerciaux, par exemple : obligation de livraison, à la charge du fournisseur, obligation d'assurer la promotion des produits à la charge du distributeur (dans ce sens, Cass. com. 27 févr. 1990, D. 1990, 521),

➤ elles peuvent être combinées avec un accord de coopération commerciale tel que visé à l'alinéa 5 de l'article L.441-6 du Code de commerce aux termes duquel : « les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties » ; encore faut-il que le service rendu par le distributeur soit « spécifique » c'est-à-dire qu'il ne relève pas des services liés à la seule opération d'achat-vente tels qu'ils peuvent être définis par la loi (« retraitement » par exemple, art. 1687 C. civ.) ou par les pratiques et usages commerciaux,

➤ elles pourraient même être adaptées dans le cadre des « conditions particulières de vente » visées par la circulaire ministérielle du 16 mai 2003, ces conditions se démarquant des « conditions générales de vente » du fait de la spécificité de la relation commerciale. Il a été évoqué à ce titre : « les remises qualitatives accordées en contrepartie de services rendus par l'acheteur et qui ne sont pas détachables de l'opération d'achat-vente, comme par exemple les services logistiques fournis à l'occasion de la livraison des produits » (Circulaire du 16 mai 2003).

+ Mais elles ne sauraient être globalement remises en cause par des conditions d'achat souvent qualifiées à tort de générales (cf. circulaire du 16 mai 2003).

La clause excluant les « conditions générales de vente » conduit à leur substituer les conditions d'achat, de sorte que le sens, prévu à l'article L. 441-6 du Code de commerce, de l'établissement des relations entre fournisseur et distributeur à partir

précisément de l'offre du fournisseur se trouve inversé puisque les relations sont ici établies à partir de l'offre du distributeur.

Or ce sens commande tout le dispositif des articles L. 441-1 et s. du Code de commerce c'est-à-dire le contrôle de la « *transparence* » de l'offre (selon l'intitulé du chapitre premier du titre IV du Livre IV du Code de commerce traitant « *de la liberté des prix et de la concurrence* ») et, grâce à cette transparence, le contrôle des « *pratiques restrictives de concurrence* » (selon l'intitulé du chapitre second), ces règles de concurrence ayant pour finalité de faire ainsi jouer la concurrence non seulement entre les fournisseurs en leur imposant de communiquer leurs conditions de vente à l'ensemble des distributeurs mais également entre les distributeurs en les soumettant aux mêmes conditions de vente de la part de chaque fournisseur.

+ Indépendamment même de « *la manifestation d'un abus de puissance d'achat* » visé par l'article L. 442-6-I-2°, b du Code de commerce précité (cf. circulaire 16 mai 2003 : « *le fait d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliqueraient une renonciation par le fournisseur à des conditions générales de vente pourrait être considérée comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat* »), l'application de conditions d'achat se substituant aux «conditions générales de vente» crée une opacité dans les relations entre fournisseurs et distributeurs (à l'encontre des dispositions de l'article L. 441-6 C. com.) susceptible de favoriser des discriminations injustifiées (à l'encontre des stipulations de l'article L. 442-6-I C. com.).

+ En revanche, la clause des conditions d'achat excluant l'application de la clause de réserve de propriété stipulée dans les «conditions générales de vente» ne présente pas de caractère abusif et doit recevoir application sous la seule réserve formulée à l'article L. 621-122 du Code de commerce que le fournisseur l'ait ratifiée par écrit.

+ De la même manière, la clause des conditions d'achat excluant l'application de la clause de compétence stipulée dans les «conditions générales de vente» et prévoyant une autre juridiction compétente ne présente pas de caractère abusif et doit recevoir application sous la seule réserve formulée à l'article 48 du nouveau Code de procédure civile qu'elle ait été spécifiée de manière très apparente et acceptée par un fournisseur ayant la qualité de commerçant.

*** Clauses concernant les défaillances du fournisseur et du distributeur**

+ Les parties sont libres de convenir de la sanction de l'inexécution de leurs engagements contractuels, en particulier du montant des pénalités exigibles (sous réserve de l'application de l'article L. 441-6 du Code de commerce concernant les pénalités au cas de retard de paiement, et du contrôle judiciaire de leur caractère non manifestement excessif ou dérisoire, art. 1152 C. civ.).

+ Les conditions d'achat prévoient ainsi dans un souci d'équilibre que, au cas de non conformité des produits ou de retard de livraison :

« *Le distributeur ou le fournisseur étudieront ensemble les modes d'indemnisation du préjudice du distributeur* » ;

ou encore :

« *Un état des marchandises dégradées sera adressé au fournisseur avec demande d'avoir. Le fournisseur pourra se déplacer pour constater l'état des marchandises et arrêter en accord avec le distributeur le montant de l'avoir* ».

+ Cependant certaines conditions d'achat prévoient des sanctions disproportionnées et brutales.

+ La disproportion apparaît d'abord entre la sanction aggravée des défaillances du fournisseur et celle allégée voire inexistante des défaillances du distributeur.

Pour une même inexécution la sanction du distributeur est minorée par rapport à celle du fournisseur. Il est ainsi stipulé que :

« *les sommes non réglées à la date concernant les coopérations, demandes d'avoir et RFA seront majorées de 2 % par mois de retard* » ;

tandis qu'aucune pénalité de retard n'est évoquée concernant les sommes non réglées par le distributeur de sorte que le taux plus favorable prévu à l'article L. 441-6 du Code de commerce va alors s'appliquer. Surtout, les possibilités de mise en cause du fournisseur pour défaillance sont multipliées par les très nombreuses obligations stipulées à sa charge en matière notamment de livraison et d'information, tandis que les hypothèses de défaillance du distributeur sont éludées voire soustraites à toute sanction qui serait éventuellement prévue dans les «conditions générales de vente» du fournisseur. Ainsi il est stipulé que le non respect de rendez-vous pris entre le distributeur et le fournisseur ou le transporteur en vue de la livraison s'il est le fait du distributeur n'empêche aucune sanction, mais s'il est le fait du fournisseur

ou du transporteur emportera remise en cause de la vente ou pénalité de retard ou encore attente pour le déchargement :

« Pour toute marchandise non parvenue aux date et heure convenues, s'agissant d'une livraison tardive, le distributeur se réserve le droit d'annuler la vente... il en est de même s'agissant d'une livraison anticipée... le distributeur s'engage à tout mettre en œuvre afin de respecter les horaires définis dans la prise de rendez-vous dans une fourchette d'une heure maximum au delà de l'heure fixée ».

De la même manière, il est parfois prévu que l'inexécution résultant d'un cas de force majeure n'est pas sanctionnée lorsqu'elle concerne le distributeur, mais se trouve sanctionnée lorsqu'elle concerne le fournisseur, en particulier il est stipulé que le fait de grève même externe à l'entreprise du fournisseur ne l'exonère pas au cas de retard de livraison.

« Les arrêts de travail constituent des aléas normaux qu'il appartient au fournisseur d'assumer ».

Ou encore il est prévu que le fournisseur renonce à toute réparation au cas de rupture des relations commerciales à l'initiative du distributeur. Cette stipulation écarte le jeu normal de l'article L. 442-6-1-5° du Code de commerce aux termes duquel est condamnable le fait *« de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit... »*.

+ La disproportion apparaît aussi entre le quantum de la sanction et l'inexécution qu'elle concerne.

Il est ainsi prévu des sanctions extrêmement lourdes et qui ont tendance à s'accroître d'une année à l'autre. Certaines pénalités relèvent de la caricature : pénalités de retard de livraison pouvant aller jusqu'à *« 60 % du prix des produits »* concernés voire *« 2,5 fois le prix des produits livrés »* ; pénalités pour insuffisance d'information pouvant aller jusqu'à *« 1.000 € »* par défaillance ; pénalités de non respect d'exigence de conditionnement égales à *« 2 € HT par emballage non conforme »* ; pénalité pour *« changement de code EAN non notifié à l'avance »* égale à *« 160 € HT par ligne de produits par magasin »*. Il est même parfois aménagé au cas de retard d'exécution le cumul d'une sanction forfaitaire et d'une sanction par jour de retard.

Si de lourdes pénalités peuvent dans certaines situations être économiquement justifiées (par exemple un défaut de livraison emportant remise en cause d'une opération promotionnelle), encore faudrait-il qu'elles fassent l'objet d'une pré-détermination

établissant une relation avec le préjudice subi.

+ La brutalité apparaît à travers les stipulations permettant au distributeur de déduire d'office du montant qu'il doit payer au titre de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non respect d'une date de livraison ou à une non conformité des marchandises, avant même que le fournisseur ait pu contrôler ou tout au moins discuter la réalité du grief correspondant.

Là encore, si la compensation peut parfaitement être convenue entre les parties pour des hypothèses où ne jouerait pas la compensation légale, encore faut-il qu'elle corresponde à une créance non unilatéralement établie.

+ La brutalité apparaît également à travers les stipulations imposant au fournisseur de récupérer dans un délai trop bref eu égard aux possibilités de traitement logistique, sous peine de lourdes pénalités ou de destruction, des produits non conformes ou tout simplement invendus.

+ La sanction disproportionnée et brutale des défaillances du fournisseur relève, en raison de son caractère injustifié, de l'article L. 442-6-1-2° b) du Code de commerce qui interdit le fait pour un distributeur *« d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées »*.

+ Par ailleurs, il a été relevé dans certaines conditions d'achat des clauses mettant à la charge du fournisseur les condamnations prononcées à l'encontre du distributeur au cas de facture non conforme. Or, même si la facture est établie par le fournisseur, le distributeur ne saurait se soustraire ainsi à la sanction éventuellement prononcée contre lui car l'article L. 441-3 du Code de commerce incrimine de manière distincte le fournisseur et le distributeur. Ce type de stipulations apparaît donc, en lui-même, contestable.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 7 juillet 2004, présidée par M. Jean-Pierre Dumas.

Fait à Paris , le 7 juillet 2004

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Jean-Pierre DUMAS

Avis n° 04-05
concernant une clause contenue dans certaines
« conditions générales de vente »

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 23 septembre 2003 sous le numéro 03-056, par laquelle le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a notamment soumis à son examen, avec des documents qui par la suite ont été anonymisés, une analyse d'une clause contenue dans certaines « conditions générales de vente » des fournisseurs et qui mentionne le refus de toute pénalité de retard, qu'il s'agisse de retard de livraison ou d'enlèvement des invendus ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Le rapporteur entendu lors de sa séance plénière du 7 juillet 2004 ;

Adopte l'avis suivant :

La Commission a examiné la stipulation qui a pour objet d'exclure la sanction d'un retard d'exécution du fournisseur.

Cette stipulation a été étudiée en elle-même sans référence à la situation particulière de telle ou telle entreprise, au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur et à la lumière des décisions rendues par les juges, dans le souci d'alimenter la réflexion des opérateurs économiques.

L'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales est bien évidemment limité à la stipulation contractuelle qui a été soumise à son appréciation ; il est sans portée ni connotation statistiques.

Les conditions de vente évoquées par l'article L.441-6 du Code de commerce sont qualifiées de « conditions générales de vente » dans les documents soumis à l'examen de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

Certaines « conditions générales de vente » excluent toute pénalité de retard dans la livraison des produits ou dans l'enlèvement des invendus.

« Aucune pénalité systématique ne pourra être facturée ou déduite d'un règlement de marchandises pour retard de livraison ou livraison non conforme ou partielle, quelles qu'en puissent être les causes, l'importance du retard ou du défaut et les conséquences ».

Il s'agit d'une clause exonératoire de responsabilité dont la validité ou tout au moins la portée pourrait être discutée au regard du droit des obligations dans la mesure où elle porterait atteinte à l'obligation essentielle du contrat que constitue si ce n'est l'enlèvement des invendus tout au moins la fourniture des produits (les juges ont remis en cause une telle stipulation dans les contrats de transport conclus par la société Chronopost en estimant que « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de ce service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis (de son client) dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat qui contredisait la portée de l'engagement pris devait être réputée non écrite » : Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997, 121, note A. Sériveau) et dans la mesure où une faute lourde serait imputable au vendeur.

Hors ces hypothèses, une telle clause serait condamnable si elle était appliquée de manière discriminatoire (art. L. 442-6-I, 1° C. com.) ou imposée par un fournisseur en position dominante face à son partenaire distributeur (art. L. 442-6-I-2°, b) C. com.).

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 7 juillet 2004, présidée par M. Jean-Pierre Dumas.

Fait à Paris , le 7 juillet 2004

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Jean-Pierre DUMAS

AVIS n° 04-06 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaire

Annexe 8

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 5 décembre 2003 sous le numéro 03-077, par laquelle le président du Syndicat de l'épicerie française et de l'alimentation générale a soumis à son examen certaines conditions tarifaires et une clause compromissoire qui seraient appliquées par des franchiseurs, qui sont parfois également des fournisseurs, à l'encontre de détaillants, généralement franchisés ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002

Le rapporteur entendu lors de sa séance plénière du 22 juin 2004 ;

Adopte l'avis suivant :

Les pratiques ayant justifié la demande d'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales reposent sur des clauses insérées dans des contrats ayant pour objet d'assurer la distribution de marchandises dans le secteur alimentaire. Diverses pratiques et clauses ont ainsi été soumises à avis : des pratiques relatives à un engagement d'approvisionnement sur la base d'un barème ne figurant pas au contrat, la conformité de l'offre de réductions de prix avec les articles L. 441-6 et 442-6 du Code de commerce, et la question de la présence d'une clause d'arbitrage dans le contrat.

Toutes ces questions ont pour but de vérifier que les pratiques étudiées sont valables et qu'elles ne sont pas à l'origine d'un abus de situation de dépendance économique.

I. – Pratiques contractuelles relatives à l'engagement d'approvisionnement exclusif

Un contrat d'approvisionnement comprend une clause d'approvisionnement prioritaire, pour une durée de 7 ans, sur la base d'un barème de prix ne figurant pas au contrat, alors qu'une clause de résiliation anticipée prévoit une indemnité correspondant à un an de marge brute.

Un autre contrat fait référence à un tarif évolutif sans que le distributeur puisse contester ces tarifs et enfin la présence d'une clause compromissoire est contestée.

A. – Existence d'une clause d'approvisionnement pour une durée de sept ans

La demande d'avis évoque le fait qu'une clause d'approvisionnement « prioritaire » incluse dans un contrat d'approvisionnement, d'une durée de sept ans, et alors que le tarif sur la base duquel les approvisionnements doivent s'effectuer est non fourni ou évolutif ; elle suppose que cela constitue une pratique irrégulière.

– Sur la clause d'approvisionnement « prioritaire »

L'article L. 330-1 du Code de commerce, reprenant le texte de la loi du 14 octobre 1943 limite les clauses d'exclusivité dans les ventes, et par extension, dans les contrats de distribution à dix ans.

Une clause d'approvisionnement se présente ainsi :

« Le Client s'engage à s'approvisionner de façon prioritaire auprès de X ou auprès des fournisseurs que X a spécialement agréés ».

Cette clause se présente comme une clause d'approvisionnement « prioritaire ». Elle impose au distributeur d'acquérir un minimum de marchandises auprès du fournisseur.

S'il était estimé qu'une telle clause est susceptible de relever de la catégorie des clauses d'exclusivité au sens de l'article L. 330-1 du Code de commerce, cette clause figurant dans un contrat d'approvisionnement et imposant une durée déterminée de sept ans, avec tacite reconduction pour une nouvelle durée de cinq ans ne contreviendrait pas à l'article L. 330-1 précité. D'une part, la première durée du contrat, de sept ans, est inférieure à la durée maximale imposée par le texte. D'autre part, le renouvellement pour une nouvelle durée de cinq ans, par reconduction du contrat résulte de la création d'un nouveau contrat : la durée de ce contrat,

inférieure à la durée maximale de l'article L. 330-1 respecte ses conditions dans la mesure où chacune des parties, et notamment le distributeur, conserve la possibilité de faire échec à la reconduction du contrat.

Par ailleurs, le règlement d'exemption n°2790/1999 de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, serait susceptible de s'appliquer, s'agissant notamment de son article 5 qui concerne la durée maximale, fixée à cinq ans, des obligations de non concurrence. La clause visée dans la demande, clause d'approvisionnement prioritaire, n'est cependant pas cet article 5, le point 58 des lignes directrices (Communication Com. CE n°2000/C291/01, 13 oct. 2000) précisant qu'une telle obligation de non concurrence s'entend d'un engagement d'exclusivité de plus de 80%.

– *Sur le tarif*

Par ailleurs, le fait que le tarif sur la base duquel les approvisionnements doivent s'effectuer ne soit pas fourni ou soit évolutif renvoie à l'analyse des clauses de prix catalogue. Depuis l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995, de telles clauses ne sont plus susceptibles d'emporter l'annulation du contrat cadre d'approvisionnement contrairement à la jurisprudence antérieure longuement débattue. En revanche, et conformément à cette jurisprudence nouvelle, la fixation du prix peut être sanctionnée par les juridictions si elle est constitutive d'un abus.

B. – Présence d'une clause de résiliation anticipée moyennant paiement d'une indemnité équivalent à une année de marge brute

La demande d'avis soulève également la question de l'interprétation d'une clause de résiliation anticipée moyennant paiement d'une indemnité équivalent à une année de marge brute.

Une clause de résiliation anticipée peut parfaitement s'insérer dans un contrat à durée indéterminée, notamment en cas de faute de l'une des parties. Ces clauses de résiliation anticipée, ou clauses résolutoires, sont parfaitement valables et conformes à la pratique contractuelle.

La clause imposant au distributeur, et au distributeur seul, de verser une indemnité contractuelle égale à une année de marge brute en cas de résiliation anticipée s'analyse comme une clause pénale. Une telle clause pénale est valable et ne contredit pas l'une des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce. En revanche, elle est susceptible de révision judiciaire, sur le fondement de l'article 1152, al. 2 du Code civil, si la pénalité contractuelle est « *manifestement excessive ou dérisoire* ».

C. – Présence d'une clause compromissoire

La clause compromissoire est une convention imposant aux parties de soumettre le litige qui surviendrait dans l'exécution du contrat à un tribunal arbitral dans des conditions définies par cette convention. Une telle technique de résolution des litiges est une pratique très ancienne du monde du commerce. Elle suppose cependant de rémunérer les arbitres. Une telle clause est valable par principe, si elle est conclue entre deux professionnels. Elle n'est donc en rien contraire aux principes généraux du droit processuel français et ne réduit pas le droit d'accès à la justice des justiciables professionnels en général, des franchisés en particulier. La formule même de l'arbitrage a toujours connu comme terrain d'élection les relations commerciales et la validité des clauses compromissoires a été élargie par la loi « NRE » du 15 mai 2001.

Insérée dans un contrat d'approvisionnement exclusif ou prioritaire, elle ne constitue nullement une pratique abusive : le recours à l'arbitrage relève de la liberté contractuelle et, choisi, il devient une obligation pour chacune des parties qui ne disposent pas du choix de recourir à une juridiction étatique ou arbitrale.

Si, en droit, la présence d'une telle clause compromissoire est pleinement valable, il est entendu que, économiquement et socialement sans doute, le poids d'une telle clause est éminemment plus lourd pour le franchisé que pour le franchiseur. Cependant, une réponse économique et sociale pourrait passer par des techniques de mutualisation, voire d'assurance, du risque d'arbitrage, par exemple via des organismes professionnels comme le demandeur.

II. – Conformité de l'offre de réductions de prix avec les articles L. 441-6 et 442-6 du Code de commerce

Par ailleurs, la demande d'avis pose la question de savoir si le fait d'offrir des réductions de prix, rabais, remises ou ristournes non connus par le distributeur et accordés a posteriori de façon plus ou moins discrétionnaire est conforme aux textes en vigueur. La réponse dépend du texte applicable, article L. 441-6 (A) ou L. 442-6 (B) du Code de commerce, distinction qui suppose elle-même d'observer diverses situations.

A. – Conformité avec l'article L. 441-6 du Code de commerce

L'article L. 441-6 du Code de commerce dispose que :

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions de règlement et, le cas échéant, les rabais et ristournes.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double

exemplaire détenu par chacune des deux parties.

Toute infraction aux dispositions visées ci-dessus est punie d'une amende de 15000 euros .

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal.

La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 dudit code ».

Il en résulte que tout fournisseur doit fournir à tout distributeur qui en fait la demande ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions contractuelles de la vente, le tarif et, éventuellement, le barème de réductions de prix.

Il convient donc, en premier, que les tarifs et barèmes de remises et ristournes aient été demandés par le distributeur au fournisseur. Toutefois, la communication d'un barème de remises et de ristournes n'est imposée que si de telles remises et ristournes sont effectivement octroyées. En l'absence d'octroi effectif de celles-ci, aucune obligation de fournir un tel barème ne peut bien évidemment être déduite de l'article L. 441-6 du Code de commerce. Des conditions particulières de vente se démarquant des conditions générales de vente peuvent aussi être négociées. En ce cas, il est recommandé aux parties d'établir des conventions de réductions tarifaires dont ne sont communicables que les critères objectifs susceptibles de justifier des demandes de conditions comparables (cf. circulaire Dutreil, 2-2°).

La réponse à la demande d'avis dépend des situations.

**. – Si les avantages tarifaires sont fournis sans support documentaire :*

L'article L. 441-6 du Code de commerce impose que toutes les informations tarifaires soient diffusées par voie de conditions générales de vente de façon à assurer l'objectif de transparence posé par les articles L. 441-1 et suivants du Code de commerce.

Toutes les réductions de prix doivent résulter de documents de ce type. Cependant, n'a pas à se soumettre à cette procédure de transparence la rémunération de contrat de coopération commerciale défini comme un « contrat de prestation de service dont le contenu et la rémunération sont définis d'un

commun accord entre un fournisseur et un distributeur (...qui) porte sur la fourniture, par un distributeur à un producteur, de services spécifiques parfaitement détachables des simples obligations des achats et ventes » (Circ. « Dutreil », 16 mai 2003).

Le fait de fournir des réductions de prix *a posteriori* et de façon discrétionnaire contrevient à l'article L. 441-6 du Code de commerce, précisément parce que l'exigence posée par ce texte est qu'elles soient présentées de manière transparente et préalable à la conclusion des ventes.

****.** – *Si les avantages tarifaires sont fournis sur la base d'un support documentaire :*

La situation est alors radicalement différente : un tel support documentaire, qu'il se présente comme un « classique » barème de remises et ristournes ou comme un ensemble de contrats proposés à tous, répond aux exigences de l'article L. 441-6 du Code de commerce.

B. – Conformité avec l'article L. 442-6 du Code de commerce

L'article L. 442-6 du Code de commerce comprend diverses fautes civiles, souvent érigées en présomptions de faute, qui sanctionnent les discriminations tarifaires et contractuelles ainsi que des pratiques qui constituent des abus d'une situation de dépendance économique.

1. – Conformité avec l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce

L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce dispose que :

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1. 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 justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

Sont ainsi constitutives d'une faute, les différences de traitement de deux opérateurs sans que ces différences s'expliquent par des contreparties réelles alors qu'elles créent un avantage ou un désavantage dans la concurrence.

*****. – *Si les avantages tarifaires sont fournis sans support documentaire*

L'octroi de réductions de prix à certains mais point à d'autres, placés dans les mêmes conditions d'achat, spécialement si elles sont occultes, discrétionnaires et apparaissant *a posteriori*, constitue assurément une discrimination au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

On pourrait toutefois se demander si le fait de verser à tous les distributeurs une réduction de prix discrétionnaire et *a posteriori*, mais identique pour tous et occulte en ce sens qu'elle n'apparaîtrait pas dans les conditions générales de vente constituerait une discrimination. L'absence de contrepartie réelle serait patente mais manquerait la différence de traitement et par suite l'avantage ou le désavantage dans la concurrence. En revanche, accorder un avantage à tous alors que certains seulement peuvent y prétendre présente un caractère discriminatoire au sens de l'article L.442-6 I 1° du Code de commerce (discrimination à rebours). Cela illustre la distinction entre les règles de formalisation des conditions de vente de l'article L. 441-6 du Code de commerce et les règles, substantielles, de sanction des discriminations.

****.** – *Si les avantages tarifaires sont fournis sur la base d'un support documentaire*

La fourniture d'avantages tarifaires sur la base d'un document, qu'il s'agisse de conditions générales de vente ou de contrats proposés à la signature permet la vérification de l'existence de contrepartie réelle. Une telle situation permet d'observer que les avantages tarifaires qui résultent de l'exécution de contrats, comme par exemple une « convention de participation de produits nouveaux » ont bien une contrepartie réelle et ne constituent pas une discrimination.

2. – Conformité avec l'article L. 442-6, I, 2°, b) du Code de commerce

L'article L. 442-6, I, 2°, b) dispose que :

« D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

Ce texte traduit une forme de « civilisation » de l'abus de dépendance économique de l'article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce. Il convient cependant qu'une telle relation de dépendance soit identifiée : il

s'agit ou bien de la « dépendance économique » visée par l'article L. 420-2, al. 2 ou bien d'une « dépendance juridique » plus nouvelle. La dépendance économique vise essentiellement à sanctionner l'abus de puissance d'achat. La jurisprudence appliquant l'article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce qui poursuit l'abus de situation de dépendance économique considère d'ailleurs que la dépendance économique s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents, l'absence de solution équivalente étant considérée, malgré la réforme de l'article L. 420-2, al. 2 par la loi de 2001, comme une condition essentielle du constat d'une dépendance économique. La situation présentée dans la demande d'avis ne correspond pas à une telle situation de dépendance économique.

Par ailleurs, une « dépendance juridique » ne peut être révélée par l'existence d'une relation contractuelle dans laquelle l'un des partenaires est soumis à des sujétions contractuelles particulières, lien d'exclusivité notamment, comme ce peut être le cas d'un

contrat d'approvisionnement exclusif ou un contrat de franchise de distribution. La jurisprudence civile n'a jamais reconnu une telle notion, notion que l'article L. 442-6, I, 2°, b) du Code de commerce est impuissant à valider.

Par ailleurs, quand bien même une telle dépendance économique était vérifiée, il importe d'observer si le partenaire est soumis à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Or, la situation dans laquelle un franchiseur assure à ses partenaires contractuels des avantages tarifaires sur la base de tarifs et de conventions accordant de tels avantages tarifaires dans des conditions non discriminatoires ne traduit nullement l'existence de telles conditions commerciales ou obligations injustifiées. Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 22 juin 2004, présidée par M. Jean-Pierre Dumas.

Fait à Paris , le 22 juin 2004

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Jean-Pierre DUMAS

AVIS n° 04-08 relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 27 janvier 2004 sous le numéro 04-002, par laquelle le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes lui demande de rendre un avis relatif aux enchères électroniques inversées visant à mettre en évidence les conditions auxquelles les pratiques observées seraient conformes au droit ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;

Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Madame le professeur Muriel CHAGNY, rapporteur, entendu lors de ses séances plénières des 17 novembre et 15 décembre 2004;

Adopte l'avis suivant :

Précisions liminaires

L'avis concerne uniquement les relations inter-entreprises et ce, à l'exclusion des procédures utilisées pour la passation de marchés publics, qui font l'objet d'une réglementation spécifique.

Il est limité aux pratiques connues du rapporteur et qui ont, dès lors, pu être soumises à son appréciation. Il n'a aucune prétention à l'exhaustivité.

Il importe d'apporter une précision terminologique. Afin d'appréhender tout l'éventail des pratiques d'enchères électroniques inversées - lesquelles ne sont pas limitées aux seules ventes-, seront utilisés les termes économiques d' « offreurs de biens et de services » et de « demandeurs ».

Description sommaire et contexte économique

Les enchères électroniques inversées se présentent comme une nouvelle variété de

pratiques auxquelles certains opérateurs professionnels recourent, par l'intermédiaire d'une place de marché, depuis quelques années, pour satisfaire une partie de leurs besoins. Elles sont mises en œuvre dans différents secteurs d'activités (secteur industriel avec notamment l'automobile et l'aéronautique ; secteur de la distribution des produits de grande consommation). Elles concernent les produits auto-consommés (papier, équipement informatique), les produits destinés à la production, les produits destinés à la revente (produits premier prix ou produits sous marque de distributeur) ainsi que les services (sélection des prestataires en matière de formation ou de nettoyage par exemple, transport).

S'il est possible de faire apparaître quelques traits communs, ces pratiques se révèlent diverses à plusieurs égards.

Ce procédé permet aux demandeurs de biens ou de services de mettre en concurrence, *via* une place de marché, plusieurs offreurs. Ces derniers reçoivent en principe préalablement à la séance d'enchères un cahier des charges. Selon que les enchères sont fermées ou ouvertes, une présélection des offreurs admis à participer à l'enchère est effectuée ou non. Les offreurs sont invités à une séance d'enchères en ligne, à la date et à l'heure préalablement communiquées. A la différence de l'enchère classique, le prix de départ fixé par l'initiateur de l'enchère est un prix maximum et les enchères se font à la baisse. La procédure d'enchère peut aboutir à la conclusion d'un contrat avec l'enchérisseur le moins coûtant ou le mieux disant (les critères pouvant varier selon les exigences de l'initiateur de l'enchère), mais cela n'est pas systématique.

De même, le terme générique de place de marché masque une grande variété. Ces lieux de transaction virtuels permettent la mise en relations de donneurs d'ordre et d'offeurs dans un environnement multilatéral. Cependant, si certaines places sont publiques et accessibles largement, moyennant le paiement d'un prix, d'autres rassemblent des professionnels d'un secteur

d'activité ou encore sont gérées par une entreprise ou un groupe pour son propre approvisionnement. Les places de marché ont déjà retenu l'attention des autorités de la concurrence et fait l'objet d'études, de sorte que les questions y relatives ne seront pas abordées directement ici.

Le succès – relatif, pour le moment – des enchères électroniques inversées tient aux avantages qui leur sont prêtés, à savoir essentiellement une réduction du coût de l'approvisionnement (baisse des prix, diminution des coûts de transaction), un élargissement du choix au profit des demandeurs et corrélativement une possibilité de diversification pour les offreurs, une plus grande transparence dans les relations interprofessionnelles, une plus grande rapidité du processus de décision.

Cela étant, les attraits de ces pratiques sont contestés et elles suscitent des inquiétudes notamment en terme de réduction des marges, mais aussi d'abaissement de la qualité et de l'innovation.

A cet égard, il importe de préciser que l'avis ne se prononce pas sur les avantages et dangers des enchères électroniques inversées, en dehors de l'examen de leur conformité au droit.

Contexte juridique

Afin de mettre en évidence d'éventuels risques de contrariété au droit positif français, les pratiques d'enchères électroniques inversées ont été examinées au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur et à la lumière des décisions rendues.

Si l'on excepte les dispositions concernant la passation des marchés publics – laquelle est exclue du présent avis -, il n'existe pas à l'heure actuelle de règle spécifique aux enchères électroniques inversées.

Si ces pratiques retiennent l'attention des instances communautaires, les réflexions semblent plutôt s'orienter sur la voie de la promotion de l'autorégulation par des codes de bonne conduite.

Il existe d'ores et déjà différents « codes de bonne conduite » établis, selon les cas, par des professionnels de différents secteurs économiques, de diverses fédérations professionnelles ou intersectorielles. Il reste que ces documents, consécuteurs à des initiatives privées de rédaction, ont uniquement une valeur d'éclairage pour cette étude.

En l'absence de dispositions spécifiquement consacrées aux enchères électroniques inversées, ces pratiques sont examinées sous le prisme du droit de la concurrence et du droit des contrats (droit commun des obligations, mais aussi droit spécial des contrats et notamment règles applicables aux enchères).

Les règles applicables conduisent à privilégier dans le présent avis une approche générale plutôt que sectorielle. Cela n'interdit évidemment pas une adaptation aux besoins particuliers de tel ou tel secteur, sous réserve du respect des principes qui se dégagent du droit positif.

S'il est ci-après postulé que le droit français est applicable, il importe cependant de souligner les possibilités de délocalisation accrue qu'offre le commerce électronique. La dématérialisation des actes ainsi permise pose avec acuité le problème de la loi applicable et, corrélativement, conduit à mentionner le risque de voir se développer un phénomène de désaffection à l'égard des législations trop contraignantes aux yeux des agents économiques.

A cet égard, il convient de rappeler que, selon la théorie de l'effet, le droit de la concurrence appréhende les pratiques à raison de la localisation de leurs effets, indépendamment du lieu d'établissement des entreprises concernées. En revanche, s'agissant du droit contractuel, les parties ont la faculté de choisir la loi applicable, étant entendu qu'en l'absence de clause d'*electio juris* dans le contrat, c'est la loi du pays d'origine - lieu à partir duquel est fournie la prestation - qui s'applique, notamment lorsqu'il s'agit de prestations de services – comme c'est essentiellement le cas pour les places de marché.

Examen de la conformité au droit français

L'examen de la conformité au droit français est effectué en envisageant successivement les pratiques d'enchères électroniques inversées en elles-mêmes (I) et leurs conséquences (II).

I – Les pratiques d'enchères électroniques inversées

Les enchères électroniques inversées, qui se distinguent des pratiques courantes

habituelles du négoce, font l'objet de contestations quant à leur principe même, de sorte qu'il importe de s'interroger pour commencer sur leur licéité (A). Par ailleurs, il convient de mettre en évidence les risques de dérives que présentent ces pratiques (B).

A - Licéité du procédé des enchères électroniques inversées

La vérification de la licéité du procédé des enchères électroniques inversées doit être effectuée à l'épreuve du droit des contrats (1) et du droit de la concurrence (2). Il est également possible de s'interroger sur un cantonnement du procédé à certains produits ou certaines opérations (3).

1) Licéité au regard du droit des contrats

a) la législation spéciale aux enchères

Au regard de la réglementation des enchères, plusieurs raisons pourraient conduire à douter de la validité du procédé. Si la possibilité d'enchérir par voie électronique n'est pas douteuse, dès l'instant que le législateur a envisagé la possibilité d'enchères sur Internet (cf. loi du 10 juillet 2000 et art. L. 321-3 C. Com.), il est permis de s'interroger sur la possibilité de « surenchérir » à la baisse. Cependant, il est admis que si les enchères supposent une variation de prix, celle-ci peut être croissante ou décroissante.

Un autre obstacle semble tenir à l'art. L. 320-1 du code de commerce en vertu duquel « nul ne peut faire des enchères publiques un procédé habituel de son commerce ». De prime abord, cette disposition semble interdire de recourir, de façon habituelle, aux enchères électroniques inversées et n'admettre celles-ci que de façon occasionnelle (par exemple, pour une opération promotionnelle).

Toutefois, il faut distinguer, à la suite de l'art. L. 321-3 du code de commerce, deux types d'enchères par voie électronique :

- les opérations de courtage aux enchères qui se caractérisent par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente. Dès lors qu'aux termes de l'art. L. 321-3 du code de commerce, cette catégorie ne constitue pas une vente aux enchères publiques, elle est soustraite à l'interdiction posée par l'art. L. 320-1 du code de commerce qui concerne uniquement les enchères publiques ;

- les ventes aux enchères publiques, qui se réalisent par l'intermédiaire d'un mandataire, donnent lieu à une adjudication au mieux-disant et font l'objet d'une stricte réglementation. Cependant, les ventes aux enchères donnant lieu à adjudication échappent à l'interdiction si elles ne sont pas publiques mais privées. Selon la jurisprudence dominante, le caractère public de la vente tient à ce que celle-ci est ouverte au public tandis que l'opération réservée exclusivement à certaines personnes ou catégories de personnes constitue une vente privée.

Certes, ni la perception d'un droit d'entrée, ni la nécessité d'accepter des conditions générales d'utilisation ne retirent aux enchères leur caractère public (v. respectivement, TGI Douai 29 avril 1988, et TGI Paris 3 mai 2000, D. 2000, p. 640, note L. Mauger-Vielpeau). Il semble toutefois que les pratiques d'enchères électroniques inversées sont assorties de restrictions plus sérieuses à leur accès, de sorte qu'il est permis de penser que lorsqu'elles constituent des ventes aux enchères, elles ont néanmoins un caractère privé qui leur permet d'échapper à la prohibition de l'art. L. 320-1 du code de commerce.

Un raisonnement similaire permet de lever l'obstacle que paraît constituer l'art. L. 321-1 du code de commerce et d'admettre la licéité des ventes aux enchères de marchandises en gros

b) Le droit commun des contrats

Sur le terrain du droit commun des contrats, la licéité ne semble guère douteuse.

En effet, la circonstance que l'initiateur de l'enchère maîtrise les différents paramètres est inopérante. La disparité des rapports de forces est en elle-même sans incidence sur la validité du contrat qui n'est pas remise en cause du seul fait qu'il serait l'œuvre exclusive d'une partie.

La brutalité du procédé parfois mise en avant pourrait conduire à envisager l'application des vices du consentement. Cependant, il a déjà été jugé, à propos d'enchères de type « classique » il est vrai, que le feu des enchères ou encore les encouragements de l'intermédiaire à porter une enchère ne constituent pas un dol au sens de l'art. 1116 du Code civil. Il est également fort improbable que le vice de violence, envisagé aux art. 1111 et s. du Code civil., puisse être invoqué avec succès à l'encontre de

n'importe quelle enchère électronique inversée.

2) Licéité au regard du droit de la concurrence

Au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, il faut signaler l'obstacle tenant à l'exigence d'une atteinte suffisamment sensible à la concurrence sur le marché pertinent. Le recours aux pratiques d'enchères électroniques inversées étant, pour le moment encore, marginal à l'échelle du marché des biens ou des services échangés, leur impact sur ce marché est vraisemblablement trop limité pour que le seuil de sensibilité soit franchi. A première vue, le procédé des enchères électroniques inversées, qui vise à mettre en compétition plusieurs offreurs et à confronter leurs tarifs n'est pas contraire au droit de la concurrence.

Que le processus repose sur la connaissance de l'offre de ses concurrents n'est pas en soi critiquable dès l'instant où cette connaissance des offres concurrentes (sur laquelle s'appuie le mécanisme même de l'enchère) n'est pas un facteur de collusion mais, bien au contraire, de concurrence. Le procédé n'est assurément pas en soi contraire à la prohibition des ententes (art. L. 420-1 C. com.). Sans doute existe-t-il un risque d'entente dans le cas où le nombre d'offeurs est faible, mais cela ne conduit pas à remettre en cause la licéité même du procédé. Pourraient contrevenir à la prohibition des ententes les enchères inversées collaboratives par lesquelles plusieurs demandeurs, adhérents d'une place de marché, procèdent à une fixation concertée des conditions de leurs demandes.

Le fait qu'il contribue à l'accroissement du déséquilibre du rapport de forces et au renforcement de la puissance d'un agent économique n'est pas en soi critiquable, seuls les abus d'une telle puissance étant prohibés.

On pourrait également s'interroger en raison de l'effet d'éviction produit sur les « petits » opérateurs qui n'auraient pas les moyens techniques et financiers de répondre à des enchères électroniques inversées. A supposer que cette « barrière à l'accès » aux enchères électroniques inversées soit substantielle, cela ne devrait cependant pas conduire à proscrire la pratique qui n'est pas généralisée, de sorte que d'autres possibilités d'exercer son activité demeurent.

Le fait que le mécanisme exerce une pression très vive sur le prix, qui est précisément l'un des paramètres sur lesquelles s'opère la concurrence, n'est pas en soi illicite.

En revanche, l'appréciation portée doit être reconsidérée dans le cas où le niveau de prix atteint est extrêmement bas ; ce n'est pas alors le principe même de l'enchère qui est en cause, mais les conséquences de celle-ci (cf. II).

Contrairement à la négociation classique, le procédé de l'enchère électronique inversée prive de toute possibilité de négocier une contrepartie à la baisse des prix concédée (par exemple, elle se prête difficilement à un raisonnement sur une gamme de produits, le prix attractif consenti sur l'un ayant pour corollaire des conditions plus attractives sur un autre).

A cela, il est possible d'opposer que le processus n'est pas nécessairement dématérialisé dans son ensemble et qu'existent peut-être d'autres phases de négociation. Pour autant, il s'agit peut-être de l'aspect le plus contestable de cette pratique, à la condition toutefois qu'un texte permette de s'en saisir.

Outre l'incidence de la pratique (art. L. 420-2 C. com.), la mise en œuvre de l'interdiction des abus de position dominante et de dépendance économique supposent de caractériser, selon le cas, la position dominante du demandeur sur le marché (ce qui est peu probable) ou l'état de dépendance économique de l'offreur à son égard. Là encore, malgré une légère inflexion de la pratique décisionnelle (v. Com. 3 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 44 ; Cons. Conc. 04-D-44 du 15 sept. 2004, Secteur de la distribution et de l'exploitation de films et 04-D-26 du 30 juin 2004, Pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne), il risque d'être difficile d'établir la situation de dépendance économique.

Au regard du droit des pratiques restrictives, deux dispositions peuvent être envisagées :

- la prohibition des pratiques discriminatoires (art. L. 442-6-1 1° C. com.) qui vise la pratique ou l'obtention d'un traitement discriminatoire, notamment du point de vue tarifaire, non justifié par des contreparties réelles, créant de ce fait, pour ce partenaire un désavantage ou un avantage dans la concurrence.

Dans le cas où la preuve de contreparties réelles n'est pas établie, l'exigence tenant à

l'incidence sur la situation de l'opérateur ne pose guère de difficultés. En effet, la jurisprudence considère qu'elle découle automatiquement des deux autres conditions (discrimination et absence de justification) (en ce sens, v. Com. 5 déc. 2000, Min. éco c/ ITM international, RJDA 4/2001, n° 511, p. 458 : « le fait pour un distributeur d'obtenir d'un partenaire économique des avantages financiers non justifiés par une contrepartie réelle crée pour ce partenaire un désavantage dans la concurrence, sans qu'il y ait lieu pour l'administration ou pour l'opérateur ayant subi ce désavantage d'en établir la valeur »). Reste que la démonstration d'une contrepartie réelle n'est pas exclue (par exemple, des gains liés à la dématérialisation de la négociation), de sorte qu'il n'est pas évident que la prohibition des pratiques discriminatoires fonde une interdiction du processus même d'enchères électroniques inversées ;

- la prohibition de l'abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat (art. L. 442-6-1 2 b C. Com.).

Outre la caractérisation d'une relation de dépendance de l'offreur à l'égard de son client ou de la puissance d'achat de ce dernier, ce texte requiert la démonstration d'un abus consistant à soumettre le partenaire à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Cette disposition ne paraît cependant pas susceptible d'interdire le procédé même de l'enchère électronique inversée. D'une part, elle ne fait aucunement référence au moyen employé, mais seulement au résultat. D'autre part, à supposer que le procédé de l'enchère puisse être considéré comme une condition commerciale au sens de ce texte, c'est l'impossibilité de fournir une justification satisfaisante qui semble être l'élément constitutif de l'abus. Or, il semble possible pour un demandeur d'avancer des justifications à l'utilisation de cette pratique (cf. les avantages prêtés à celle-ci).

3) Cantonnement du procédé à certains produits ou opérations

Il est parfois souligné que la pratique n'est pas utilisable pour n'importe quel bien ou service et que son emploi devrait être limitée à certains d'entre eux (produits homogènes et peu spécifiques), voire à certaines finalités (auto-consommation et non pas achat pour revendre).

S'il est vrai que le procédé est plus adapté à certains produits qu'à d'autres (tels que les articles de catalogue dont le coût unitaire de production est prédéterminé et connu de l'offreur) et au-delà des éventuelles réserves d'ordre éthique que peut susciter la mise aux enchères de services, il n'existe pas en l'état du droit positif d'instrument juridique fondant une telle différenciation.

La licéité du mécanisme des enchères électroniques inversées n'exclut pas pour autant tout risque de dérives dont il convient de prendre la mesure.

B - Les dérives possibles des pratiques d'enchères électroniques inversées

La recherche des dérives possibles dans la mise en œuvre des pratiques d'enchères électroniques inversées conduit à envisager successivement la période en amont de l'enchère (1) et celle du déroulement de l'enchère elle-même (2), étant précisé que les comportements litigieux peuvent être le fait des demandeurs et des offreurs.

1) Les dérives possibles en amont de l'enchère

En amont de l'enchère, il faut s'interroger sur la possibilité de sélectionner les participants à l'enchère, sur l'exigence d'une participation financière des enchérisseurs et enfin sur l'information devant être portée à la connaissance des candidats à l'enchère.

a) La sélection des participants à l'enchère

La participation à l'enchère peut être libre ou filtrée.

L'absence de sélection, qui permet à tout fournisseur de s'inscrire avant l'ouverture de la procédure, semble de prime abord favorable à la concurrence. Cela étant, elle peut être à l'origine de dérives lors du déroulement des enchères (cf. 2).

Précisément, l'existence d'une sélection peut apparaître opportune en ce qu'elle évite la participation d'offeurs dont l'aptitude à répondre (en qualité et en disponibilité) à la demande exprimée est douteuse. S'assurer de la fiabilité des fournisseurs est non seulement légitime mais encore opportun (cf. 2). Le refus de contracter avec n'importe quel offreur est la manifestation de la liberté contractuelle du demandeur de biens ou de services dont le libre choix contribue à la vitalité de la concurrence.

Il pourrait néanmoins être appréhendé par la prohibition des pratiques discriminatoires prévue à l'art. L. 442-6-I 1° C. com. si les conditions de ce texte étaient satisfaites (rappr. Versailles, 26 avril 2001, RJDA 8-9/2001, n° 916), du moins en ce qui concerne le partenaire avec lequel le demandeur est, au moment où il recourt à la procédure d'enchères inversées, en relation commerciale. Il faut cependant excepter le cas dans lequel celui-ci aurait commis des manquements contractuels graves et ne donnerait plus satisfaction au regard de la qualité ou, éventuellement, celui dans lequel le demandeur souhaiterait diversifier ses partenaires.

Bien que la procédure d'enchère inversée soit précisément destinée à obtenir un abaissement des prix, il ne semble pas nécessaire que la sélection s'opère exclusivement sur des critères d'ordre qualitatif. Le prix proposé à ce stade par les différents offreurs demeure un critère de sélection admissible en ce qu'il est objectif et peut être appliqué de manière non discriminatoire. La seule réserve tient au niveau de prix atteint à l'issue de l'enchère (cf. II).

b) L'exigence d'une participation financière des enchérisseurs

S'il est vrai que l'organisation des enchères initiées par le demandeur a un coût, l'assujettissement de la participation aux enchères au paiement d'une contribution financière est susceptible de contrevenir à plusieurs dispositions :

-l'art. L. 442-6-I 3° du code de commerce vise le fait « d'obtenir ou tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un contrat écrit ». Ce texte paraît exclure que soit réclamé le versement d'une participation financière à tout enchérisseur indépendamment du résultat de l'enchère et de la conclusion d'un contrat avec celui-ci. L'art. L. 442-6-II b C. com. prévoit d'ailleurs spécialement la nullité des clauses ou contrats instituant la possibilité « d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande » ;

-l'art. L. 442-6- I 2 a du code de commerce envisage le fait « d'obtenir ou tenter d'obtenir

d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ». Cette disposition peut s'appliquer dans le cas où le montant réclamé est hors de proportion avec la possibilité d'accéder à une enchère inversée ;

-l'art. L. 442-6-I 2° b du code de commerce concernant l'abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat peut également permettre d'appréhender l'exigence d'une participation sans rapport avec le service rendu.

c) L'information à délivrer aux candidats à l'enchère

Au regard des principes du droit commun des contrats, le consentement doit être donné en connaissance de cause, de manière libre et éclairée, ce qui implique que certaines informations soient loyalement portées à la connaissance des candidats à l'enchère, de façon claire et précise et suffisamment tôt pour leur permettre de les apprécier (A partir du moment où la procédure d'enchères se déroule de façon très rapide, il faut qu'en amont, les candidats aient disposé d'un laps de temps suffisant pour analyser l'appel d'offres qui leur est adressé).

Les informations délivrées doivent permettre à tous les candidats à l'enchère de participer à celle-ci, en connaissance de cause, aussi bien en ce qui concerne le mécanisme des enchères électroniques inversées qu'en ce qui concerne l'évaluation tarifaire à laquelle ils doivent procéder avant le déroulement de l'enchère.

S'agissant, tout d'abord, du mécanisme des enchères électroniques inversées, l'initiateur doit expliquer celui-ci d'un point de vue technique, afin que le participant à l'enchère soit familiarisé avec la procédure avant l'enchère réelle, mais également d'un point de vue juridique. A cet égard, toute ambiguïté doit être levée sur la finalité de l'enchère, qu'il s'agisse de conclure un contrat d'approvisionnement avec le meilleur enchérisseur, de sélectionner des fournisseurs, de disposer d'un élément de choix supplémentaire dans les négociations avec les fournisseurs, d'effectuer un test destiné à rassembler des données en vue d'une future négociation.

Il faut également que soient précisées les modalités de l'enchère, et notamment les conditions de participation, la durée prévue ainsi que les facultés de prorogation éventuelle, le mode d'évaluation des offres (il peut s'agir du meilleur prix, mais aussi de la meilleure proposition à partir de différents critères d'appréciation), le prix de départ, le seuil de baisse.

S'il n'est pas interdit d'indiquer qui participe aux enchères, taire cette information peut être judicieux et réduire les risques de collusions entre offreurs.

Il faut permettre ensuite aux différents participants de procéder à une évaluation tarifaire correcte avant de prendre part aux enchères.

A cette fin, ils doivent disposer, de manière uniforme, de l'ensemble des éléments contribuant à la formation du prix et donc des différentes caractéristiques de la demande (notamment les spécifications techniques, les quantités, les conditions de paiement, les conditions de livraison, ...)

Dans le cas où des éléments importants auraient été omis, délibérément ou non, une action fondée sur le dol ou sur l'erreur pourrait éventuellement être envisagée.

2) Le déroulement de l'enchère

a) l'enchère faussée

Il importe essentiellement que l'enchère ne soit pas faussée du fait de pratiques discutables qui peuvent émaner d'offeurs ou de demandeurs.

Il peut arriver que l'initiateur interfère dans le déroulement des enchères en prenant directement contact, par téléphone essentiellement, avec tel ou tel enchérisseur. Il n'est cependant pas certain que ces pressions suffisent à constituer le vice de violence envisagé aux art. 1111 et s. du Code civil.

Une question du même ordre pourrait se poser dans le cas où la durée de l'enchère serait particulièrement brève ou surtout exceptionnellement longue. Le prolongement de la séance, dans le cas où cela n'aurait pas été prévu, pourrait également influencer sur le déroulement de l'enchère, certains enchérisseurs n'étant éventuellement plus en mesure d'y participer.

Il existe également un risque de baisse artificielle des prix, soit que l'initiateur participe lui-même, sous couvert de

l'anonymat, à l'enchère, soit qu'il y introduise des « lièvres ». Il peut ainsi « instrumentaliser » un fournisseur auquel il accorde une « compensation » par ailleurs. Il est également permis de se demander si la mise en concurrence de fournisseurs à compétence ou qualifications inégales pourrait fausser le jeu des enchères.

S'il est vrai que le fait que tous les participants soient connus de toutes les parties concernées éviterait, pour une large part, les risques de manipulation des cours par l'initiateur de l'enchère, cela risquerait en revanche de favoriser la collusion entre les enchérisseurs.

Les participants à l'enchère doivent, au regard de la loyauté des pourparlers, être en mesure d'honorer l'appel d'offres et avoir l'intention de conclure un contrat avec le demandeur.

Il peut cependant arriver qu'une entreprise fasse baisser les enchères, le cas échéant en concertation avec l'initiateur de l'appel d'offres, afin d'obliger un concurrent à accepter un contrat qui fera perdre de l'argent à ce dernier.

Il est également possible que les participants nouent une entente entre eux, soit afin de faire échouer le processus des enchères électroniques inversées (le mécanisme se soldant par un refus de contracter de l'enchérisseur), soit plus fréquemment afin d'éviter la baisse des prix. Cette pratique s'apparente à celle dite des offres de couverture qui est appréhendée sur le terrain de l'interdiction des ententes.

Plusieurs des pratiques ci-dessus évoquées pourraient être saisies via la prohibition des ententes, l'art. L. 420-1 – 2° du code de commerce prohibant les ententes qui ont un objet ou peuvent avoir un effet restrictif de concurrence sur le marché, notamment « lorsqu'elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ».

Il est également possible d'envisager l'application de l'art. L. 443-2 du code de commerce, disposition qui punit de sanctions pénales (deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende) « le fait, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses, en jetant sur le marché des offres destinées à troubler les cours ou des sur offres faites aux prix demandés par les vendeurs, ou en utilisant tout autre moyen frauduleux, d'opérer ou de tenter d'opérer

la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou d'effets publics ou privés »..

De telles pratiques pourraient encore être sanctionnées sur le fondement du droit commun des obligations. Il est permis de penser tout particulièrement au dol.

b) la mise en œuvre de l'enchère

La mise en œuvre de l'enchère conduit à s'interroger à deux égards :

Tout d'abord, en ce qui concerne le prix d'entrée, retenu pour le début de l'enchère, celui-ci est arrêté librement par l'initiateur de l'enchère. Il n'est pas interdit en soi de retenir un prix de départ inférieur aux prix obtenus antérieurement de ses fournisseurs habituels. Il faut cependant réserver l'hypothèse dans laquelle ce prix conduirait immanquablement les enchérisseurs à pratiquer des prix trop bas (cf. II). Il ne semble pas exclu de recourir à des enchères sans mise à prix.

Ensuite, certaines variétés d'enchères électroniques inversées peuvent soulever une difficulté au regard du mécanisme des enchères. Dans le cas des enchères « à l'aveugle », les participants enchérissent sans rien savoir des éventuelles offres concurrentes. Dans le cas des enchères « au ranking », ils ignorent le niveau de proposition des concurrents, et n'ont comme information que le rang auquel leur dernière offre les classe.

Or, pour qu'il y ait enchère, il faut que chacun puisse avoir connaissance de l'offre précédente, afin de faire éventuellement une meilleure offre .

II – Les conséquences des pratiques d'enchères électroniques inversées

Parmi les différentes conséquences à envisager, le prix consécutif aux pratiques d'enchères inversées retient particulièrement l'attention (A). Il faut également s'intéresser aux autres suites qui concernent les participants et éventuellement des tiers (B).

A - Le prix consécutif aux pratiques d'enchères électroniques inversées

Outre l'appréciation de la rectitude du prix consécutif aux enchères inversées (1), il faut préciser son incidence sur l'obligation de communication qui pèse sur les offreurs (2) et admettre la possibilité d'une révision éventuelle du prix proposé (3).

1) La rectitude du prix

Sur le terrain du droit des contrats, il faudrait envisager la possibilité d'arguer de la violence économique. Si celle-ci n'est pas formellement exclue, son admission suppose que soit démontrée « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts de la personne » (Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, Bull. civ. I, n° 108).

Il est également possible de s'interroger sur la possibilité de prévoir une faculté de retrait de l'offre émise dans le cas où le prix est inférieur à un certain seuil (par exemple, s'il conduit l'offreur à réaliser des pertes).

En ce qui concerne le droit de la concurrence, les prohibitions spécialement destinées à appréhender les prix bas ne peuvent être efficacement sollicitées. En effet, l'interdiction des prix abusivement bas prévue par l'art. L. 420-5 du code de commerce s'applique uniquement aux opérations à destination des consommateurs *stricto sensu*. La prohibition de la revente à perte ne concerne que les produits revendus en l'état (art. L. 442-2 C. com.).

Il est en revanche possible d'envisager, sous les réserves déjà évoquées et liées aux conditions d'application, les interdictions des ententes, des abus de position dominante et des abus de dépendance économique (art. L. 420-1 et 420-2 al. 1 et 2 C. com.).

En vue de déterminer un seuil de l'abus dans la fixation de prix trop bas, on peut transposer le raisonnement tenu pour les prix trop élevés et considérer qu'il s'agit de prix sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie et qui présentent une disproportion excessive avec le coût supporté.

Plusieurs dispositions appréhendant des pratiques restrictives sont susceptibles de s'appliquer.

C'est le cas de l'art. L. 442-6-I 4° du code de commerce qui vise le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle, des relations commerciales, des prix (...) manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente ». En présence de prix très bas, il ne serait pas difficile d'établir l'existence d'une dérogation manifeste aux conditions de vente, laquelle ne peut être justifiée, au vu de la lettre du texte. Cependant, le texte concerne uniquement

l'hypothèse dans laquelle une relation contractuelle préexistait et suppose la démonstration fort délicate de la menace de rupture.

Il faut aussi mentionner l'art. L. 442-6-I-2 b C. com. déjà évoqué qui prohibe l'abus de la dépendance ou de la puissance d'achat. La rectitude du prix doit encore être examinée au regard de la prohibition des pratiques discriminatoires (art. L. 442-6-I 1° C. com.). L'enchère peut effectivement conduire à un prix s'écartant sans contrepartie réelle des tarifs prévus par les conditions générales de vente et appliqués à l'occasion de transactions similaires à celle ayant donné lieu à l'enchère inversée. De même, existe le risque que d'autres demandeurs, placés dans la même situation, réclament ensuite les mêmes conditions tarifaires.

2) L' incidence du prix sur l'obligation de communication

L'art. L. 441-6 al. 1er du code de commerce prévoit que « tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions de règlement et, le cas échéant, les rabais et ristournes ».

Il paraît résulter de ce texte que l'offreur de biens ou de services, saisi d'une demande en ce sens, doit communiquer aux concurrents de son cocontractant le tarif pratiqué au bénéfice de ce dernier à la suite de l'enchère inversée. Au vu de la jurisprudence (rappr. Com. 27 fév. 1990, Bull. IV, n° 59 ; Com. 24 oct. 2000, CCC 2001, n° 8, obs. M. Malaurie-Vignal), c'est semble-t-il en vain qu'il ferait valoir, pour en refuser la communication, le fait qu'il s'agit de conditions spéciales consenties à l'occasion d'une procédure spécifique. Refuser cette communication au motif qu'elle concerne une enchère inversée reviendrait à ajouter une condition non prévue par le texte. Le fait que le tarif a été consenti à titre occasionnel ne permet pas non plus d'échapper à l'obligation de communication.

3) La révision éventuelle du prix

Dans la mesure où les prix proposés par les enchérisseurs l'ont été sur la foi de la description de ses besoins qu'a effectuée

l'initiateur de l'enchère, tout changement postérieur à l'enchère devrait, sauf à être négligeable, autoriser à proposer un nouveau prix, tenant compte des prestations additionnelles.

Les offres remises ne sauraient faire l'objet d'un panachage, à moins que cette possibilité ait été envisagée et portée à la connaissance des enchérisseurs avant l'enchère.

B - les autres suites des pratiques d'enchères électroniques inversées

Envisager les suites des pratiques d'enchères électroniques inversées conduit à préciser la situation des enchérisseurs (1) et l'incidence des enchères sur les relations commerciales antérieures (2).

1) La situation des enchérisseurs

La situation des enchérisseurs dépend du point de savoir si l'initiateur de l'enchère a lancé une simple invitation à entrer en pourparlers ou une véritable pollicitation, si bien qu'une analyse du processus de formation du contrat doit précéder l'examen des droits et des obligations des enchérisseurs.

a) Analyse du processus de formation du contrat

Il s'agit de déterminer qui, de l'initiateur de l'enchère ou des enchérisseurs, est l'auteur de la pollicitation et qui est l'acceptant.

Même s'il prend l'initiative, le demandeur de biens ou de services n'est pas nécessairement le pollicitant. Une proposition de contracter ne constitue une pollicitation qu'à la condition d'être précise et ferme.

La précision suppose que les éléments essentiels du contrat soient contenus dans la proposition, de sorte qu'en présence d'un contrat tel que la vente pour lequel le prix est un élément essentiel, l'appel à participer à une enchère constitue seulement une invitation à entrer en pourparlers. Il en va autrement des contrats pour lesquels la proposition du donneur d'ordres peut être suffisamment précise en l'absence d'indication de prix, comme c'est le cas pour le contrat d'entreprise.

Cela étant, même si la proposition est précise, elle peut manquer de la fermeté nécessaire. Il est possible, et pour tout dire fréquent, d'assortir une proposition de réserves d'agrément, exprimant la volonté

de son auteur de ne pas être lié en cas d'acceptation. Cette proposition ne constitue alors qu'une invitation à entrer en pourparlers. La pollicitation, qui est alors émise par l'enchérisseur lorsqu'il propose un prix, peut être acceptée purement et simplement par l'initiateur de l'enchère et donner lieu à la conclusion du contrat.

Finalement, la détermination des qualités de pollicitant et d'acceptant dépend de la nature du contrat et de l'existence éventuelle de réserves. Dans la majorité des cas, la pollicitation est émise par l'enchérisseur et l'acceptation émane de l'initiateur de l'enchère.

b) Les devoirs des enchérisseurs

Il s'agit ici de savoir si toutes les propositions de prix formulées à l'occasion des enchères engagent leurs auteurs comme des pollicitations ou si seule demeure la dernière et meilleure enchère.

Il est possible de prévoir que toutes les propositions de prix ne sont pas couvertes par les enchères ultérieures et restent valables pendant un certain laps de temps après la clôture des enchères. Dans le cas où aucune durée n'est prévue, il faut considérer que les pollicitations doivent être maintenues pendant un délai raisonnable. Lorsque la pollicitation est acceptée par l'initiateur de l'enchère, le contrat est formé et engage aussi bien le fournisseur retenu que le demandeur de biens ou de services. Dans le cas où celui-ci ne serait pas en mesure d'honorer son engagement, se pose la question de savoir si un autre enchérisseur pourrait être tenu de conclure le contrat. Il semble que la réponse soit négative car, du fait de l'acceptation de la pollicitation du premier enchérisseur choisi, les autres enchérisseurs pourraient se considérer libérés de leur propre pollicitation.

c) Les droits des enchérisseurs

Les informations, dévoilées pour les enchères par les participants, ne doivent pas être utilisées à d'autres fins, ni communiquées à des tiers.

Cela étant, la question essentielle concerne le point de savoir si l'enchérisseur peut obtenir la conclusion d'un contrat et de quel contrat.

La loi a opéré une désolidarisation des enchères et de l'adjudication et il peut exister des enchères sans adjudication. Tandis que dans l'enchère classique, l'adjudication

s'opère au bénéfice du dernier et meilleur enchérisseur, le courtage électronique a permis de séparer le mécanisme des enchères de son aboutissement traditionnel. Le procédé des enchères ne constitue plus alors un mode de détermination automatique du prix et du contractant ; il peut être un mode de collecte de plusieurs pollicitations. Si le cahier des charges constitue, de la part de l'initiateur de l'enchère, une pollicitation, on peut considérer qu'à la fin de la procédure d'enchères, un contrat sera conclu avec le meilleur enchérisseur, l'offre et l'acceptation s'étant rencontrées. Reste cependant à savoir quelle est la nature de ce contrat ; il ne s'agit pas nécessairement semble-t-il d'un contrat de vente ou d'entreprise, il peut s'agir d'un contrat de référencement par exemple.

Dans le cas où l'initiateur de l'enchère a simplement lancé une invitation à entrer en pourparlers, laquelle a suscité l'émission de plusieurs pollicitations, il n'est pas tenu d'accepter celle du meilleur enchérisseur ; il peut prendre en compte d'autres critères que le prix et choisir un autre contractant.

Cela étant, le fait d'avoir initié une opération d'enchères, autrement dit d'avoir engagé des pourparlers n'est pas dépourvu de toute conséquence au regard du droit commun des obligations.

Tout d'abord, l'initiateur est tenu par les règles du jeu qu'il a lui-même fixées, le cas échéant. On peut imaginer, par exemple, qu'il se soit engagé à motiver le rejet de la meilleure enchère.

Ensuite, en dehors du cas où des dispositions ont été prévues par les parties, s'il a effectivement le droit de ne pas contracter sans avoir à motiver sa décision, encore faut-il qu'il ne commette pas d'abus dans l'exercice de cette prérogative. La rupture des pourparlers peut être fautive et causer à l'enchérisseur évincé un préjudice qui doit être réparé. Peut-être cela pourrait-il être le cas si l'initiateur de l'enchère, estimant que son résultat n'est pas satisfaisant, le niveau de prix n'étant pas assez bas selon lui, ne donne aucune suite à la procédure qu'il a lancée. De même, cela pourrait conduire à renoncer à conclure avec un offreur qui n'a pas participé aux négociations.

2) L'incidence sur les relations commerciales antérieures

Etre déjà en relation contractuelle avec un partenaire n'interdit pas de recourir à la

pratique des enchères électroniques inversées et, le cas échéant, de choisir un nouveau fournisseur, sous réserve de respecter les droits nés du contrat (respect de l'échéance dans le cas d'un contrat à durée déterminée et respect du préavis éventuellement convenu dans le cas du contrat à durée indéterminée) ainsi que les dispositions de l'art. L. 442-6-I 5° du code de commerce. Ce texte, qui prohibe la rupture brutale d'une relation commerciale établie, n'empêche pas d'utiliser le mécanisme des enchères inversées, mais requiert le respect d'un préavis suffisant au sens de ce texte. La question se pose de savoir quel est le point de départ du préavis. En l'état de la jurisprudence, le préavis court du jour où le contractant informe son partenaire de sa volonté de ne pas poursuivre la relation par la notification de son intention de recourir à un appel d'offres et non à compter de la date de la notification de l'échec à cet appel d'offres (Com. 6 juin 2001, CCC 2001, n° 160, obs. M. Malaurie-Vignal). On pourrait cependant objecter que la mise en concurrence du partenaire n'est pas synonyme de fin des relations, laquelle n'est certaine qu'à l'issue de la négociation. Il faut cependant signaler qu'un comportement grave du partenaire pourrait justifier la rupture immédiate du contrat, en dépit des termes du contrat et de l'art. L. 442-6-I 5°, aux risques et périls de l'auteur de la rupture toutefois (Civ. 1^{ère} 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300).

OooOooO

Le mécanisme des enchères électroniques inversées paraît licite en l'état du droit positif, de sorte qu'il peut se substituer (cas des enchères avec adjudication) ou se superposer à des formes de négociations plus traditionnelles (cas des enchères sans adjudication et désignées sous l'appellation de courtage aux enchères). Tout risque de dérives n'est pas exclu pour autant.

Cela est vrai en amont de l'enchère, à l'occasion de la sélection des participants, de l'exigence éventuelle d'une participation financière ou encore de la délivrance des informations aux candidats à l'enchère, tant sur le mécanisme des enchères électroniques inversées que sur les

paramètres nécessaires à l'évaluation tarifaire préalable à la participation aux enchères.

Cela concerne également le déroulement de l'enchère, celle-ci pouvant se trouver faussée par des pratiques émanant de l'initiateur et/ou des participants.

Quant aux conséquences produites par les pratiques d'enchères inversées, le prix mérite une attention particulière : outre la vérification de sa rectitude, il importe d'envisager son incidence sur une demande éventuelle de communication et d'admettre la possibilité de sa révision éventuelle.

Il faut également déterminer quelle est la situation des enchérisseurs, et notamment savoir si l'enchère se dénoue ou non par la conclusion d'un contrat et, dans l'affirmative, de quel type de contrat il s'agit et de quelle liberté dispose l'initiateur de l'enchère dans le choix du cocontractant. S'il est possible, en l'état du droit positif, que la procédure d'enchères inversées soit seulement un mode de collecte de plusieurs sollicitations concurrentes, une rupture fautive des pourparlers ou encore le non-respect des règles énoncées par l'initiateur lui-même en amont de l'enchère, peut être sanctionnée. Enfin, si l'existence d'une relation commerciale établie n'exclut pas la mise en concurrence du partenaire, par l'organisation d'enchères électroniques inversées, il convient de respecter un délai de préavis suffisant.

Tels sont de façon schématique les différents enseignements qui se dégagent d'une appréciation de la conformité au droit positif français des pratiques d'enchères électroniques inversées.

Rappeler les règles applicables ne saurait garantir leur respect, de sorte qu'il importe également d'en faciliter le contrôle.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en ses séances plénières des 17 novembre et 15 décembre 2004, présidées par M. Jean-Pierre Dumas.

Fait à Paris, le 15 décembre 2004

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Jean-Pierre DUMAS

Pour la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales

ETUDE SUR LES DELAIS DE PAIEMENT

Professeur Michel GLAIS,

Février 2005

Annexe 10

ETUDE SUR LES DELAIS DE PAIEMENT

Le caractère excessif de la durée de certains délais de paiement ainsi que l'importance des retards constatés dans le règlement des factures constituent des pratiques ayant pour effet, pour les entreprises qui en sont les victimes, d'alourdir leur gestion financière, d'affecter leur rentabilité et même, dans certains cas, de menacer leur survie.

De surcroît, le maintien de différences encore importantes entre les Etats membres de l'Union Européenne quant aux règles et pratiques de paiement limite les transactions commerciales intracommunautaires et s'avère de nature à créer des distorsions de concurrence entre les entreprises.

Ces constatations effectuées par la Commission européenne ainsi que l'échec de la recommandation dont elle avait été l'auteur en 1995 ont conduit à l'adoption par le Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne d'une directive (29/06/00/ n°2000/35) dont la transposition s'est imposée aux Etats membres invités à modifier sans délai leurs dispositifs législatifs, réglementaires et administratifs aux fins de se conformer aux principales dispositions de ce texte. En France, ces modifications ont été introduites dans le cadre de la loi n°2001/420 du 15/05/01 (loi NRE)¹.

Force est toutefois de constater que ces nouvelles dispositions sont loin d'avoir permis de substantielles réductions dans les délais et retards de paiement, en partie imputables à des asymétries souvent importantes de pouvoir de négociation entre les partenaires à l'échange.

Avant de se prononcer sur d'éventuelles propositions visant à améliorer la situation du crédit inter-entreprises, il est apparu utile à la CEPC de se livrer à un état des lieux en interrogeant une large population de syndicats et organisations professionnelles représentatives des entreprises françaises.

Ces syndicats constituent tout d'abord des observateurs privilégiés des dysfonctionnements rencontrés dans l'application des nouveaux textes. Ils constituent également des prescripteurs susceptibles d'infléchir les comportements de leurs affiliés. Leur représentativité leur donne enfin la possibilité d'engager des dialogues constructifs avec leurs homologues en charge de la défense des intérêts des clients ou fournisseurs de leurs adhérents. Une enquête a été diligentée au mois de juin 2004 auprès d'une large population d'organisations professionnelles. 63 d'entre elles ont répondu au questionnaire qui leur a été adressé (représentant des activités correspondant à plus de 250 codes APE). Plusieurs d'entre elles fédèrent de nombreux syndicats professionnels. Elles s'avèrent par ailleurs représentatives des secteurs ayant été les plus affectés par des dysfonctionnements dans le domaine du crédit interentreprises.

Un état des lieux et une présentation des dysfonctionnements les plus caractéristiques (A) précéderont un résumé des principales actions menées par ces organisations professionnelles dans leur tentative de lutter contre les délais et retards de paiement (B). Suivra une liste (non exhaustive) d'interrogations sur lesquelles la CEPC pourrait être amenée à donner un avis (C).

¹ En matière de délais de paiement, la France reste plus proche des pays qui effectuent des règlements tardifs que de ceux dont les pratiques commerciales privilégient les règlements plus rapides. En 2002, le solde du crédit inter-entreprises (pour l'industrie) était de 25.3 jours [Source : Bulletin de la Banque de France n°120 Décembre 2003].

A) ETAT DES LIEUX ET PRINCIPAUX DYSFONCTIONNEMENTS CONSTATES

Les réponses au questionnaire permettent tout d'abord de constater l'existence d'écart importants dans les situations recensées, tant en ce qui concerne d'une part les durées moyennes de crédit accordées aux clients que celles obtenues, d'autre part, des fournisseurs. Une telle constatation n'est en elle-même guère étonnante. Elle s'explique en effet en partie par des différences souvent importantes dans la durée des cycles d'exploitation des secteurs industriels concernés.

On constate néanmoins que la durée moyenne pondérée des crédits clients s'avère largement supérieure à celle des crédits fournisseurs (81,5 contre 65,5 jours au sein de la population des organisations professionnelles ayant répondu au questionnaire). De surcroît, parmi les 43 organisations ayant été en mesure d'établir un écart moyen entre les durées des crédits clients et fournisseurs, dans 12 cas cet écart était compris entre 20 et 40 jours et dans 8 cas entre 40 et 60 jours. De semblables écarts conduisent évidemment à un alourdissement des besoins en fonds de roulement des entreprises qui en sont les victimes, ainsi que l'avait d'ailleurs rappelé la Directive Communautaire du 29/06/00 :

« Lorsqu'un accord vise principalement à procurer au débiteur des liquidités supplémentaires aux dépens du créancier, ou lorsque la principale entreprise contractante impose à ses fournisseurs et sous-traitants **des conditions de paiement qui ne sont pas justifiées eu égard aux conditions dont il bénéficie lui-même, celles-ci peuvent être considérées comme des facteurs constituant un abus** » [considérant n°19].

Incidence financière positive d'un rééquilibrage entre durée des crédits clients et fournisseurs

Exemple simplifié :

Soit une entreprise réalisant un CATTTC de 162,2 M€ sur la base d'achats TTC de 112,5 M€.

A l'actif du bilan :

- Stocks : 12,4 M€
- Clients : 36 M€
- Effets escomptés non échus : 4 M€

Au passif du bilan :

- fournisseurs : 18,5 M€

Durée des crédits :

Clients	$(36 + 4) \cdot 365 / 162,2 =$	90 jours
Fournisseurs	$(18,5 \times 365) / 112,5 =$	60 jours

Le Besoin en Fonds de Roulement s'établit à :

$$[12,4 + 36 + 4] - [18,5] = \mathbf{33,9 \text{ M€}}$$

En supposant l'obtention d'un découvert bancaire correspondant à 30 jours de CATTTC, reste à financer sur capitaux permanents : $33,9 - 13,5 = 20,4 \text{ M€}$.

Sur la base d'un coût moyen pondéré net des capitaux permanents de l'ordre de 10%, le coût annuel du fonds de roulement nécessaire est d'environ 2 M€.

Avec une réduction à 60 jours du crédit clients, l'immobilisation en crédit client tombe à 26,7 M€, et le besoin en fonds de roulement à 20,6 M€. Le financement par les capitaux permanents n'est plus que de 7,1 M€ et son coût de 0,71 M€, soit une réduction de 1,3 M€.

Effet sur les marges commerciales d'un délai de paiement supérieur au délai supplétif de 30 jours prévu par l'article L 441-6 du code de commerce

Un fournisseur F réalise au cours d'un exercice donné un chiffre d'affaires hors taxe de 1 million d'Euros, avec un client C.

Taux de TVA	19,6 %
Taux d'I.S.	34 %
Marge commerciale avant impôt	25 %
Coût moyen pondéré net des capitaux du fournisseur	$ko = 10 \% ^2$
Durée du crédit exigée par le client	60 jours au lieu des 30 jours prévus dans les CGV

avec crédit client = 60 jours, soit + 30 jours :

coût financier pour le fournisseur :

$$ko \cdot \text{CATTC} / 12 = 0,1 \times 1,196 \text{ M€} / 12 = \mathbf{9967 \text{ €}}$$

marge commerciale après impôt :

$$[1 \text{ M€} \times 0,25 \times 0,66] - 9967 = \mathbf{155\ 033 \text{ €}}$$

soit une diminution en pourcentage de 6,04 % ($9967 / 165\ 000 = 0,0604$)

- Au cours de ces deux dernières années, 51 des 63 organisations professionnelles ayant répondu au questionnaire (soit près de 85 %) ont vu leurs adhérents exprimer leurs préoccupations quant au caractère jugé excessif des délais de paiement exigés par leurs clients. Dans la plupart des cas également, les entreprises concernées ont été victimes de dépassements souvent importants des délais contractuels en raison de l'adoption par leurs clients de comportements répréhensibles imputables à l'importance de leur puissance de négociation.

1) Principaux types de procédés utilisés pour dépasser les délais de paiement contractuels

- Non respect des conventions relatives aux modes de règlement.
 - Délais trop importants de retours de traites ayant pour effet de réduire les possibilités d'escompte.
 - Traités mobilisables remplacés par des virements à échéance permettant au débiteur de repousser les paiements bien au delà du délai contractuel.
 - Engagements imposés au fournisseur : 1) de notification préalable au client d'une intention de procéder à des cessions de créances par bordereau DAILLY, 2) de non cession des créances par tout autre moyen.
- Suspension systématique du délai de paiement sans justification ou sous prétexte (souvent fallacieux) de défauts dans la qualité du produit livré ou dans celle des prestations réalisées.
- Evocation tardive d'un problème technique (parfois même plus de 90 jours après livraison du produit).

² $ko = ks \cdot S/V + i (1-T) D/V$ avec :

ks : taux de rendement des capitaux propres exigé par le marché eu égard au risque de l'activité du fournisseur

i : taux d'intérêt

S : montant des capitaux propres ; D : montant des dettes avec $S + D = V$; T : taux d'imposition

2) Autres pratiques dénoncées

- Exigence d'offres de remises pour « bon paiement » (c'est à dire dans les délais conformes aux dispositions contractuelles).
 - Escompte forcé, le client décidant de payer plus tôt et déduisant de la facture un escompte pour paiement anticipé non prévu dans les CGV.
 - Retenues de garanties
 - Débits d'office³
- Dans près de 75 % des cas (40 réponses sur 54 s'étant exprimées sur cette question) les investigations menées par les organisations professionnelles auprès des entreprises adhérentes ont permis de mettre en évidence une forte dispersion des délais de paiement autour de la moyenne du secteur industriel concerné. Parmi les raisons permettant d'expliquer de tels écarts, l'importance de la puissance de négociation de certains clients a été évoquée dans presque tous les cas. Les différences dans les modes de gestion des crédits clients ou le fait que les délais de paiement constituent une des variables du positionnement concurrentiel des entreprises n'ont été retenus comme explication de l'importance de ces écarts que dans un cas sur trois.
 - L'exigibilité des pénalités de retard sans qu'un rappel soit nécessaire de la part du fournisseur constitue une des avancées jugées importantes introduites par la loi NRE. Les réponses au questionnaire semblent toutefois démontrer le caractère inefficace de cette disposition. **Près de 90% des organisations professionnelles y ayant répondu ont estimé que moins de 10 % de leurs adhérents avaient appliqué à leurs clients les intérêts de retard prévus par la loi.**

³ Pratiques s'ajoutant souvent à la garantie du fournisseur prévoyant la réparation ou le remplacement d'un matériel défectueux dans un certain délai. Ces pratiques prennent la forme : a) d'une évaluation unilatérale par le client des frais censés couvrir la détection ou le traitement des défauts de qualité ou de non conformité ; b) d'une imputation au fournisseur de ces frais sous forme de compensation d'office ou d'avoir sur factures à venir.

B) LA CONTRIBUTION DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES A LA LUTTE CONTRE LES DELAIS ET RETARDS DE PAIEMENT ABUSIFS

L'adoption de la directive communautaire , puis celle de la loi NRE, ont conduit de nombreuses organisations à informer leurs adhérents des nouvelles dispositions à respecter. Ce rôle pédagogique, relevant d'ailleurs de leur mission, était d'autant plus nécessaire que dans la majorité des cas leurs adhérents leur avaient fait part de leurs préoccupations en matière de délais de règlement.

Celles qui se sont abstenues de procéder à ce type de communication se sont, une fois sur deux, justifiées en évoquant le peu de problèmes rencontrés par leurs affiliés dans la gestion de leurs crédits inter-entreprises. Dans les autres cas, il semble plutôt que le peu d'intérêt accordé à ces questions révèle une connaissance insuffisante de l'évolution de la réglementation. Ce sont en effet ces organisations qui se sont avérées incapables de fournir des chiffres relatifs à la durée moyenne des crédits accordés dans leurs secteurs d'activité. Elles semblaient, de surcroît, dans l'ignorance des dispositions fiscales prévues par la loi de finances rectificative en 2002 ⁴.

Les informations portées à la connaissance des adhérents des organisations sensibilisées par la question des délais de paiement abusifs ont tout d'abord concerné les nouvelles dispositions introduites aux articles L 441-3, L 441-6 et L 442-6 du Code du Commerce.

Nombreuses ont été toutefois les organisations ⁵ à aller beaucoup plus loin en :

- Etablissant des « conditions générales de fournitures » ou des « conditions générales et syndicales de vente », certaines organisations professionnelles (par exemple la FIM) déposent même leurs conditions générales professionnelles auprès du « bureau des usages » du Tribunal de Commerce de Paris afin de témoigner de l'existence de véritables usages commerciaux au sens des dispositions de l'article L 442-6 ⁷ du Code du Commerce. Dans plusieurs cas, référence a également été faite à « la charte des délais de paiement des Fédérations de l'Industrie » (signée le 22/06/03 par onze fédérations professionnelles).
- se prononçant sur un objectif de réduction progressive des délais de paiement ainsi que sur la durée au-delà de laquelle le délai devrait être considéré comme abusif.
- Tentant de parvenir à l'établissement de « bons usages » par des négociations avec les organisations représentatives des clients de leurs adhérents.

a) Dispositions des conditions générales syndicales visant à réduire le risque de comportements abusifs de la part des clients

En réponse aux multiples exemples de comportements déloyaux adoptés par des clients puissants pour retarder les paiements ou contester le prix contractuel sous des prétextes divers et jugés fallacieux, les organisations professionnelles concernées ont introduit dans leurs conditions syndicales des dispositions incitant leurs adhérents à introduire dans leurs CGV des clauses telles que :

- Obligation de non remise en cause unilatérale par le client des dates de paiement convenues contractuellement, pour quelque raison que ce soit, y compris en cas de litige.

⁴ Loi de finances rectificative pour 2002, article 20 : « les produits et charges correspondant aux pénalités de retard mentionnées aux articles L.441-3 et L.441-6 du code de commerce sont respectivement rattachés pour la détermination du résultat imposable à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, à l'exercice de leur encaissement et de leur paiement ». « Ces dispositions s'appliquant « aux pénalités de retard afférentes à des créances et dettes nées entre la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et le 31 décembre 2004 ».

⁵ Ce sont celles dont les adhérents apparaissent en situation de dépendance à l'égard de clients disposant d'une forte puissance d'achat. On constate également, dans les secteurs d'activité concernés, l'existence d'un décalage important entre les durées des crédits clients et fournisseurs.

- Fixation de modes de paiement ou d'autres pratiques n'allant pas à l'encontre de la réduction effective des délais de paiement. Certaines chartes préconisaient l'introduction dans les CGV d'une clause prévoyant un retour des traites avec acceptation dans les 7 jours suivant leur envoi.
- Exigibilité de la totalité des sommes dues, à la discrétion du fabricant, en cas de retard de paiement d'une échéance (cas des contrats pour lesquels les paiements sont prévus selon un échéancier).
- Acceptation par le client de s'interdire toute pratique illicite telle que :
 - Débit ou avoir d'office
 - Facturation au fournisseur de sommes non reconnues expressément par ce dernier au titre de sa responsabilité
- obligation de contrôle par le client des pièces fournies dès livraison et, en tout état de cause, dans un délai ne pouvant excéder 15 jours.
- Retenue de garantie ne pouvant être appliquée sur le prix que dans le cas où cette possibilité a été spécialement convenue et ce dans la limite d'un montant plafonné (par exemple : 5 % du prix H.T.).

b) Délais de paiement visés / délais abusifs

Se référant au délai de 30 jours évoqué par la Directive communautaire ainsi qu'au délai supplétif de même durée figurant à l'article L 441-6 du Code du Commerce, certaines organisations professionnelles ont clairement affiché leur souhait de voir leurs adhérents s'aligner sur cet objectif. Certaines ont même évoqué un calendrier de réduction progressive sur une période de 2 à 3 ans⁶.

Ces organisations ont même souvent ajouté qu'elles estimaient qu'une clause ou demande de clients tendant à fixer ou à obtenir un délai de paiement supérieur à ce délai de 30 jours (représentant les usages professionnels préconisés par le syndicat) devrait être considérée comme abusive, au sens de l'article L 442-6 7° du Code du Commerce, lorsqu'elle n'apparaît pas fondée sur des raisons objectives.

49 organisations ont chiffré le délai au delà duquel elles considéraient qu'une durée de crédit devrait être qualifiée d'abusive. Comme on peut le constater à l'examen des réponses données [question 9-1. voir annexe], même si le chiffre de 60 jours a été le plus souvent cité (43%), l'éventail des durées choisies apparaît large.

Une analyse un peu plus fine des réponses apportées au questionnaire démontre que la durée du crédit fournisseur semble avoir été la variable repère sur laquelle beaucoup d'organisations semblent s'être fondées pour proposer leur chiffre relatif au délai abusif.

Dans :

	Délai jugé abusif par rapport à la durée du crédit fournisseurs
10 cas	Fixé légèrement en dessous
18 cas	Au même niveau
7 cas	Supérieur de 10 / 20 jours
6 cas	Supérieur de 20 / 30 jours

Par ailleurs, une comparaison entre les durées actuelles moyennes des crédits clients et les durées jugées abusives montre que l'application de ces dernières aboutirait à une réduction du crédit client de :

⁶ Il est également précisé que le délai commence à courir à compter de la réception de la marchandise ou d'exécution de la prestation demandée.

	10/20 jours	20/30 jours	30/45 jours	45/60 jours
Nombre de cas	10	6	11	5

Dans seulement 6 cas, le délai jugé abusif s'avérait supérieur à l'actuelle durée moyenne du crédit client.

c) **Les tentatives de négociation avec les organisations professionnelles représentant les clients (ou fournisseurs) de leurs adhérents**

Un peu plus de 45 % des syndicats ayant répondu à la question (28/63) ont indiqué avoir entamé de semblables contacts aux fins de parvenir à définir des délais et conditions de paiement susceptibles d'être qualifiés « de bonnes pratiques et d'usages commerciaux ». Ceux qui se sont abstenus de se livrer à ce type de négociations ont expliqué :

- 1) que la question des délais de paiement leur apparaissait relever exclusivement de la stratégie commerciale de leurs adhérents.

ou

- 2) qu'ils craignaient que ce type de rencontres fasse l'objet de critiques voire de condamnations de la part des autorités de la concurrence (évocation des ententes verticales susceptibles d'être qualifiées de restriction à la concurrence).

Les organisations professionnelles ayant tenté de nouer un dialogue avec leurs homologues représentant des entreprises situées en aval (ou en amont) de leurs filières de production sont, pour l'essentiel, celles pour lesquelles les écarts entre les durées des crédits clients et fournisseurs sont les plus élevés, ainsi que celles pour lesquelles la dispersion des durées autour de la moyenne est élevée.

Il apparaît toutefois que ces échanges de vues n'ont guère permis de parvenir à des résultats significatifs quant à la réduction des délais et à la lutte contre les retards de règlement excessifs.

Dans quelques cas toutefois, ils ont abouti à des accords de bonnes pratiques en matière de prévention et de traitement des litiges : Engagements du débiteur : 1) de ne pas bloquer le processus normal de règlement d'une facture en raison d'un litige, simplement partiel ; 2) de régler à bonne date la totalité de la facture ou le montant approché de celle-ci en rapport avec l'importance du litige.

Dans certains cas, a même été créée une instance professionnelle de dialogue et de médiation (par exemple accord FCD/FIM/FIEEC).

Au Total :

- 1) Les résultats de l'enquête diligentée auprès des organisations professionnelles permettent tout d'abord de constater que dans beaucoup de secteurs d'activité les délais de règlement s'avèrent très supérieurs au délai supplétif de 30 jours prévus à l'article L 441-6 du Code du Commerce.

Dans certains secteurs, l'importance de la durée du crédit accordé aux clients peut certes se justifier par des raisons économiques objectives (en particulier longueur du cycle d'exploitation de ces derniers).

Il n'en demeure pas moins que l'écart qui se manifeste dans certains cas entre les durées des crédits client et fournisseurs s'avère d'une importance telle que la santé financière des entreprises en cause s'en trouve gravement affectée.

Au regard des réponses apportées par les organisations professionnelles sollicitées, il apparaît que le déséquilibre dans les rapports de force entre les co-contractants constitue la cause essentielle de l'allongement et des retards de paiement constatés dans de nombreux secteurs. Il ne serait donc pas déraisonnable de considérer que l'existence de retards substantiels et systématiques de paiement au-delà de ceux prévus dans les CGV des fournisseurs **constitue une preuve matérielle, tout à la fois,**

de l'existence de situations de dépendance économique et de pratiques abusives (débits d'office, procédés divers conduisant à retarder les règlements...) commises par les acheteurs en cause.

2) L'importance des écarts à la moyenne des crédits « accordés aux clients » peut s'expliquer par le fait que le crédit client constitue une variable relevant de la stratégie commerciale d'un offreur. Il apparaît toutefois que dans de nombreux cas ces écarts résultent des déséquilibres dans les pouvoirs de négociations, les fournisseurs les plus faibles se voyant imposer par certains clients puissants des conditions de règlement susceptibles de relever des dispositions de l'article L 442-6 1°, 4° et 7° du Code du Commerce.

3) Les pénalités de retard prévues par l'article L 441-6 ne sont par ailleurs pratiquement jamais payées alors qu'elles sont réputées « exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire ». Elles ne semblent d'ailleurs pas non plus être réclamées par les fournisseurs.

Les déséquilibres de pouvoir de négociations dans les relations contractuelles ainsi que la possibilité d'abandons des créances comptabilisées au titre des pénalités de retard (ce type de pratiques ne relevant généralement pas de l'acte anormal de gestion) expliquent l'inefficacité des dispositions prévues à l'article L441-6.

C) QUELQUES REFLEXIONS ET QUESTIONS

La référence aux « bonnes pratiques et usages commerciaux » constitue la pierre angulaire de toute action susceptible d'engager la responsabilité d'une entreprise soumettant son partenaire commercial à des conditions de règlement manifestement abusives.

a) Certaines organisations professionnelles ont pris l'habitude de déposer leurs conditions générales professionnelles auprès du bureau des usages du Tribunal de commerce de Paris afin de témoigner de l'existence de certains usages commerciaux. Elles considèrent que des conditions générales de vente syndicales ne sont, a priori, pas des ententes illégales dans la mesure où elles codifient les usages du commerce et conduisent à limiter les risques de pratiques discriminatoires.

D'autres se sont attachées à recommander à leurs adhérents de réduire progressivement leurs délais de paiement afin de se rapprocher du délai de 30 jours.

Sous réserve de l'appréciation que le Conseil de la Concurrence pourrait porter à l'égard de ces initiatives, il apparaît en première analyse que celles-ci ne franchissent pas les limites de ce qu'une organisation professionnelle est en droit de conseiller à ses adhérents.

b) Malgré la contribution assurément positive de semblables initiatives à l'émergence de bonnes pratiques commerciales, on peut penser que, dans l'esprit du texte de l'article L 442-6 7°, c'est plutôt sur la base de négociations entre organisations représentatives des différentes étapes d'une filière de production que de telles règles du jeu devraient pouvoir être définies.

On rappellera que, dans un rapport remis au parlement concernant les délais de paiement [rapport sur les conditions d'application de la loi n°92-1442 du 31/12/92, BOCCRF du 15/12/94], le gouvernement de l'époque avait admis que ce type d'accords professionnels pouvaient être exonérés, a posteriori, au titre de ce qui constitue aujourd'hui l'article L420-4 du Code du Commerce :

« Des accords strictement professionnels, s'ils se limitaient au domaine des délais de paiement et s'ils visaient une réduction reposant sur des données économiques et techniques objectives, seraient très probablement comparables, dans leur portée, à ce qu'on pourrait légitimement attendre d'accords interprofessionnels »

Les réponses apportées au questionnaire montrent toutefois que ce type de démarche n'a été tenté que par 40% des organisations ayant répondu à l'enquête et surtout n'ont été généralement pas concluantes en ce qui concerne l'objectif de réduction des délais et retards de paiement.

Questions posées

- Les pouvoirs publics devraient-ils imposer aux organisations professionnelles de mener de semblables négociations sur la base d'un cahier des charges suffisamment précis, détaillant les sujets à aborder ?
- En cas de difficultés de celles-ci à parvenir à un accord, faudrait-il imposer à ces organisations la nomination d'un médiateur ou d'un arbitre veillant en particulier à ce que l'acceptation d'une réduction des délais ne se traduise pas par des avantages compensateurs revendiqués par la partie disposant du plus fort pouvoir de négociation ?
- **En cas d'accords signés entre syndicats appartenant à une même filière professionnelle, ne serait-il pas judicieux d'étendre leurs dispositions contractuelles à l'ensemble des entreprises de la filière, selon une procédure comparable à celle utilisée en Droit du Travail en matière d'extension d'une convention collective ?**
- En cas d'échec ou d'impossibilité de parvenir à un accord sur l'estimation de la durée d'un délai de paiement abusif, conviendrait-il de fixer par la loi une durée maximum à ne pas dépasser [par

exemple 60 jours, chiffre le plus fréquemment cité dans les réponses au questionnaire] ainsi que d'interdire certaines des pratiques abusives dénoncées par les organisations professionnelles.

- Par ailleurs, les dispositions de l'article L 442-6 prévoient que le Ministre de l'Economie peut demander à la juridiction civile ou commerciale saisie au titre de l'alinéa 7° d'ordonner la cessation des pratiques abusives. Il peut également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'€.

La CEPC souhaiterait obtenir des informations sur les investigations réalisées par les services de la DGCCRF dans le domaine de l'application des dispositions des articles L 441-3, L 441-6 7° et L 442-6 ainsi que sur les actions diligentées pour faire cesser les pratiques abusives.

- Enfin, comment rendre véritablement opérationnelle la disposition relative au paiement des intérêts de retard ? Convendrait-il d'encadrer les possibilités d'abandon de ce type de créances ?

Synthèse des quelques réponses aux questions posées

1) S'il convient de combattre les abus manifestes et les délais de paiement anormalement longs, il n'est pas question de remettre en cause la liberté contractuelle de négociation entre fournisseurs et revendeurs (opinion partagée par tous ceux ayant répondu aux questions).

2) Doivent être bien distinguées les questions relevant du problème des « retards de paiement » de celles ayant trait à la définition du « délai abusif ».

3) En ce qui concerne les retards de paiement :

La stricte application des échéances convenues entre fournisseurs et clients est souhaitée pour l'ensemble des répondants, ne serait-ce que pour éviter le risque de distorsion de concurrence sur les marchés en cause.

Tout en rappelant la clarté des textes et le caractère exigible des pénalités (de plein droit et sans qu'un rappel soit nécessaire), plusieurs réponses en constatent l'inefficacité. **Une politique de contrôle plus stricte par l'administration est vivement souhaitée.**

En ce qui concerne la reconduction au-delà du 31/12/04 de la mesure temporaire de rattachement des produits et charges correspondant aux pénalités versées, en cas de retard de paiement, à l'exercice de leur encaissement et paiement :

Dans sa réponse, l'Administration rappelle que « *dans un premier temps, et à titre de mesure transitoire, il a été admis par les services fiscaux que bien qu'exigible de plein droit, cette créance ne serait comptabilisée qu'à la date de son recouvrement. Cela évite aux entreprises d'être imposées sur des créances incertaines et d'avoir ensuite à faire admettre par les services fiscaux l'abandon de recettes irrécouvrables* ».

Elle ajoute : « *La pratique de l'abandon de créance est en voie d'être pérennisée puisque dans le cadre du projet de loi pour 2005, l'article 18 a pour objet de rendre définitive la mesure transitoire introduite à l'article 237 sexies du CGI. Cette pratique sera donc désormais définitivement encadrée* ».

Comme le constatent certains de ceux qui ont répondu aux questions, cette mesure n'a absolument pas conduit les fournisseurs à davantage exiger le paiement des pénalités de retard. Ils sont toutefois favorables à cette reconduction.

D'autres y sont franchement hostiles :

Telle est la position de l'AFDCC (Association Française des « Credit managers ») qui a fait parvenir au rapporteur les résultats de son enquête annuelle.

Constatant l'inefficacité de cette disposition fiscale, elle avait souhaité ne pas la voir reconduite. Elle ajoute qu'une telle mesure serait contraire à l'esprit de la directive européenne de juin 2000 pour lutter contre les retards de paiement et qu'elle ne fait que pérenniser une situation défavorable aux PME, victimes du rapport de force entre clients et fournisseurs. La contrainte fiscale serait, selon elle, la voie la plus efficace pour faire encaisser les pénalités.

Les propositions de l'AFDCC

- introduire dans les CGV (à faire signer par le client) un montant minimum pour la facturation des pénalités de retard (afin d'éviter des factures de quelques euros).
- Facturer les pénalités par relevé périodique (trimestre, par exemple). Ces relevés périodiques reprendraient, client par client, les pénalités, de la date de facture à celle de l'encaissement si elle est différente, à la date de remise au contentieux, ou enfin à la date de fin de période.

4) Les délais abusifs

- chacun s'accorde à considérer que la loi ne constitue à priori pas une solution appropriée pour déterminer un délai abusif. Certains considèrent qu'il serait inéquitable d'aligner l'ensemble des relations commerciales sur la base d'un délai uniforme (en particulier 30 jours). L'Administration partage ce point de vue en rappelant que « *les situations sont très diverses. Ce qui peut être considéré comme abusif dans certains secteurs ou en certaines circonstances, peut parfaitement s'avérer acceptable dans d'autres* ».

- Néanmoins, certains n'écartent pas totalement le recours à la loi, in fine, en cas de désaccords préalables persistants entre organisations professionnelles pour appréhender de façon concrète les situations les plus abusives.

- Chacune des réponses a, en effet, validé le principe d'inciter les organisations représentatives d'une filière professionnelle à ouvrir des négociations visant à établir le délai abusif approprié à leur secteur d'activité.

Il est ainsi proposé que la négociation puisse s'ouvrir sur la base de propositions unilatérales élaborées par chacune des parties à la négociation.

Il est ajouté qu'il conviendrait d'accompagner les négociations par l'établissement d'un cahier des charges à respecter.

- Faute de parvenir à un accord, certains valident l'idée de nomination d'un médiateur ou d'un arbitre.

Tel n'est toutefois pas l'avis de l'Administration, laquelle estime que l'introduction dans le débat d'un tel intermédiaire ne pourrait que brouiller le cadre juridique actuel. Selon elle, une telle procédure n'apparaît, de surcroît, pas apporter une solution plus praticable pour les opérateurs.

- En cas d'accords entre organisations professionnelles représentatives sur la fixation d'un délai abusif, l'idée d'extension des dispositions contractuelles ainsi établies à l'ensemble des entreprises de la filière (comme en droit du travail en matière d'extension d'une convention collective) n'a fait l'objet de remarques que de la part de l'Administration. Celle-ci rappelle que cette possibilité n'est pas prévue par les dispositions de l'article L442-6 I 7°.

NB : De manière générale, l'Administration, dans plusieurs de ses réponses, considère que le juge civil serait le mieux qualifié pour analyser l'ensemble des relations commerciales et définir ce qu'aurait dû

être un paiement raisonnable, en tenant compte des particularités de la relation commerciale et des usages commerciaux propres à chaque secteur.

Observations

Encore faudrait-il que le juge soit saisi ; or l'expérience montre que le partenaire lésé, en règle générale le plus faible, ne le fait pratiquement jamais.

En second lieu, en cas de contentieux, il est fort vraisemblable que serait ordonnée une mission d'expertise, ce qui renvoie d'une certaine façon à l'idée du médiateur ou de l'arbitre.

Enfin, compte tenu du très petit nombre de cas soumis aux tribunaux et des circonstances particulières des espèces en cause, les quelques décisions susceptibles d'être rendues ne seraient guère de portée suffisamment générale pour faire jurisprudence.

- Certaines réponses font valoir que la CEPC serait dans son rôle en émettant des avis ou recommandations « positives » sur la question du délai de paiement abusif.

Ceux qui y sont favorables rappellent en effet que, selon les dispositions de l'article L440-1 du Code de Commerce, « *la Commission peut décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques* ».

Pourraient tout d'abord être établies par la CEPC des conditions d'élaboration de chartes ou de recommandations pour rassurer les organisations professionnelles qui n'osent pas s'engager dans cette voie par crainte de condamnations par les autorités de la concurrence sur la base de l'article L420-1.

En second lieu, selon une des réponses, trois éléments cumulatifs seraient de nature à guider les démarches et faire l'objet d'une discussion (au sein de la CEPC) :

- « *la pratique constatée par les entreprises*
- *le repère que constitue le crédit fournisseurs*
- *la prise en compte de la directive et de la loi qui établissent que :*
 - *un délai doit être considéré comme abusif lorsqu'il s'écarte, sans raison objective, du délai supplétif de 30 jours*
 - *ce délai doit s'apprécier au regard de bonnes pratiques et usages commerciaux* »

L'auteur de cette proposition estime que la conjugaison de ces éléments permettrait d'offrir un premier cadre permettant de déterminer la notion d'abus correspondant tant à la lettre qu'à l'esprit de la réglementation.

Elle offrirait, de surcroît, un référentiel au juge qui disposerait ainsi d'éléments pertinents pour apprécier l'abus dans la fixation d'un délai de paiement.

5) Autres problèmes évoqués :

- réflexions à mener sur la notion « d'écart sans raison objective ».
- Quelles procédures utiliser pour consacrer les usages du commerce ?

Un simple dépôt au bureau des usages de commerce du Tribunal de Commerce serait-il suffisant ?

- Une des réponses fait référence à un rapport préparatoire d'un groupe de travail « financement, développement et transmission » remis le 22 octobre dernier à Monsieur Christian JACOB.

Il semble qu'ait été évoqué dans ce rapport le fait que « *les délais pourraient être intégrés dans les critères d'entreprises socialement responsables, au même titre que les engagements relevant du développement durable* ».

NB : Le présent rapporteur n'a pas connaissance de ce texte dont il serait utile de disposer.

6) L'Administration a fait communication des contrôles opérés par ses soins (voir tableau). En 2004, de nouveaux contrôles ont été effectués.

S'agissant de la disposition de l'article L442-6 I 7^e relative aux demandes de règlement manifestement abusifs, les enquêtes en cours et celles programmées pour la fin de l'année permettront d'observer et d'analyser tout particulièrement ces pratiques.

L'Administration rappelle, par ailleurs, que l'article L442-6 II C prévoit qu'une clause contractuelle interdisant la cession de créances à des tiers est nulle de plein droit. Dans un tel cas, elle offre au juge la possibilité de fixer un délai impératif de paiement à 30 jours.

Elle constate que cette disposition n'a, à ce jour, jamais été mise en oeuvre par les éventuelles entreprises victimes de cette pratique abusive.

Etat des contrôles

	Nombre de contrôles réalisés			Nombre de procédures dressées		
	2002	2003	2004	2002	2003	2004 (6 mois)
facturation						
Facturation (L441-3) ⁷	23 600	23 500	27 200	197	142	150
CGV (L441-6)	2 300	3 500	5 100	29	50	36
L441-6 (alinéa 1-4)				0	1	7

⁷ Ne concerne pas les modalités de paiement ni les mentions de l'escompte

ANNEXE I
Réponses Au Questionnaire

1) Au cours de ces deux dernières années, votre organisation professionnelle a-t-elle diffusé auprès des adhérents des informations relatives à la question des délais de paiement ?

Oui : 47

Non : 16

1-1) Si réponse négative : raisons

- pas de problèmes de délais de paiement dans les activités concernées : 8
- délais de paiement prévus par la loi (art. L443-1 C.C.) respectés par les acheteurs : 1
- adhérents vendant au consommateur finaux : -
- non réponses : 7
- sans objet : 47

1-2) Si réponse positive

Les informations ont concerné les articles :

L 441-3	L 441-6	L 443-1	L 442-6	Non réponses	Sans objet
24	40	14	32	4	16

2) Au cours de ces deux dernières années, vos adhérents vous ont-ils fait part de leurs préoccupations quant à la question des délais de paiement ?

Oui : 51

Non : 10

NR : 1

3) Si réponse positive, ces préoccupations concernaient :

- le caractère excessif des délais exigés par les clients : 44
- un dépassement important des délais contractuels : 38
- une durée trop courte des crédits accordés par les fournisseurs : 16
- sans objet : 11

4) Dans l'activité couverte par votre organisation professionnelle, durée moyenne des délais de paiement accordés (ou subis)

Nombre jours	30	31-39	40-49	50-59	60-69	70-79	80-89	90-99	≥ 100	N.R.
Aux clients (1)	4	0	7	4	8	6	6	14	7	9
Par les fournisseurs	16	0	3	4	18	7	4	0	2	20

(1) Paiement comptant : 1 cas

14) Votre organisation professionnelle a-t-elle attiré l'attention des adhérents sur la nécessité de faire figurer en comptabilité les pénalités facturées et courues ?

Oui : 42

Non : 15

NR : 6

15) votre organisation professionnelle a-t-elle diffusé auprès des adhérents les dispositions fiscales prévues dans la loi de finance rectificative 2002 et relatives aux pénalités afférant à des créances et dettes entre le 15/05/01 et le 31/12/04

Oui : 41

Non : 16

NR : 6

ANNEXE II
Liste Des Organisations Professionnelles Ayant Répondu Au Questionnaire

- Association Française Des Industries Du Moule Modèle Et Maquette (AFIM)
- Groupement Français Des Industries Transformatrices Des Métaux En Feuilles Minces (GIMEF)
- Syndicat National Des Fabricants De Ressorts (SNFR)
- Syndicat National De l'Industrie Des Technologies Médicales (SNITEM)
- Association De La Mécanique Industrielle Et Des Constructions Spéciales (AMICS)
- Syndicat Des Industries De Tubes Electroniques Et Semi Conducteurs (SITELESC)
- Union Nationale Des Industries De Transmissions Oléo-Hydrauliques Et Pneumatiques (UNITOP)
- Groupement Des Industries De l'Interconnexion, Des Composants Et Des Sous-Ensembles Electroniques (GIXEL)
- Syndicat De l'Instrumentation De Mesure, Du Test, De l'Energie Et De Communication Dans Le Domaine De L'électronique (SIMTEC)
- Syndicat National Des Entreprises d'Application Et De Revêtement Et Traitement Des Surfaces (SATS)
- Syndicat National Des Mortiers Industriels (SNMI)
- Groupement Des Fabricants De Chauffage Central Par L'eau Chaude Et De Production D'eau Chaude Sanitaire (GFCC)
- Groupement Français Des Fabricants De Carton Pour Enroulement
- Les Fondateurs De France
- Fédération Française Des Tuiles Et Briques
- Syndicat National De La Chaudronnerie, Tôlerie, Tuyauterie Industrielle (SNCT)
- Fédération Française Du Bâtiment
- S.F.E.C.
- Une Réponse Anonyme
- Union Des Industries D'équipement Pour La Construction, Les Infrastructures, La Métallurgie (MTPG)
- Association Des Brasseurs De France
- UNIJUS
- Union Des Industries Chimiques (UIC)
- Union Des Industries D'articles Pour La Table, Le Ménage Et Activités Connexes (UNITAM)
- Chambre Syndicale Des Eaux Minérales
- Une Réponse Anonyme
- MIAM
- Union Française Des Industries De l'Habillement (UFIH)
- Fédération Des Industries Des Equipements Pour Véhicules (FIEV)
- Comité Des Constructeurs Français d'Automobiles
- Fédération Française De La Chaussure
- Chambre Syndicale Des Fabricants d'Aliments Pour Chiens, Chats, Oiseaux...(FACCO)

- Sytemel (Syndicat des Constructeurs de turbines et de matériels énergétiques lourds)
- Union Nationale Des Producteurs De Granulats (UNPG)
- Fédération Nationale Des Chambres Syndicales Des Horlogers Bijoutiers (HBJO)
- Groupement Des Industries De L'équipement Electrique, Du Contrôle-Commande Et Des Services Associés (GIMELEC)
- Fédération SYNTEC Informatique
- Fédération SYNTEC Ingénierie
- GSSEC
- Groupement Des Fournisseurs De L'Industrie Electronique
- Syndicat National Des Plastiques Alvéolaires (SNPA)
- Fédération Française Du Négoce De L'Ameublement Et De L'Equipement De La Maison
- Fédération Nationale Des Travaux Publics
- Syndicat Des Industries De La Réparation Et De La Maintenance Electronique Et Electrotechnique (SIRMELEC)
- La Fédération (Expertise Textile)
- Union Interprofessionnelle Textile Champagne-Ardennes (UNIT)
- Syndicat De L'horlogerie
- Syndicat Général Des Constructeurs De Tracteurs Et De Machines Agricoles (SYGMA)
- Groupement Des Fournisseurs De L'industrie Electronique (GFIE)
- Association Nationale Des Professionnels Du Commerce De Gros En Produits Avicoles, Gibiers...(FENSCOPA)
- Union Française Des Industries De Mise En Forme Des Matériaux Et Outillages (UFIMO)
- Fédération Nationale Du Tissu (FENMTISS)
- Confédération Française Du Commerce De Gros Et Du Commerce International (CGI)
- Chambre Syndicale Nationale Des Dépositaires De Produits Pharmaceutiques
- Syndicat De La Confiserie Française
- Confédération Française Du Commerce De Gros Et Du Commerce International
- Syndicat De L'Eclairage
- Fédération Nationale Du Tissu
- Association Française Des Distributeurs De Papier
- SYCABEL (Fabricants De Fils Et Câbles Electriques)
- Une Réponse Anonyme
- AFISE
- FNADE
- Syndicat Français Des Produits Cosmétiques Et De Toilette
- Syndicat Français Des Produits De Beauté
- Syndicat Français Des Produits Cosmétiques De Conseil Pharmaceutique
- Fédération Nationale Des Boissons (FNB)

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu son autosaisine en date du 28 mai 2002 ;
Vu la lettre du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, enregistrée le 23 septembre 2003, soumettant pour avis à la Commission la question des délais de paiement négociés et des retards de paiement ;

Vu l'article L440-1 du code de commerce permettant à la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales d'adopter des recommandations sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques ;
Vu l'article L442-6 I 7° du code de commerce ;

Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Vu le rapport ci-annexé établi par le Professeur Michel GLAIS :

- La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales rappelle que la négociation des délais de paiement relève de la liberté contractuelle.

- Elle constate toutefois l'existence, dans un certain nombre de secteurs d'activités, de crédits interentreprises de durées anormalement élevées au regard des spécificités des secteurs en cause, en raison d'écart entre crédits clients et crédits fournisseurs par rapport à la durée des cycles d'exploitation dans les secteurs concernés, ce dont il résulte un alourdissement des besoins en fonds de roulement des entreprises qui en sont victimes, le plus souvent, celles ne disposant que d'un faible pouvoir de négociation.

- Elle rappelle que selon les dispositions de la directive communautaire du 29/06/00 (Considérant 19), peut être considéré comme abusif le fait, pour une entreprise, d'imposer à ses co-contractants des conditions de paiement non-justifiées au regard de celles dont elle bénéficie elle-même.

- Elle rappelle également qu'elle engage la responsabilité de son auteur le fait de soumettre un partenaire à des conditions manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment des créanciers, sans raison objective, du délai indiqué au

deuxième alinéa de l'article L441-6 (30 jours).

-Elle préconise que soit recueilli l'avis du Conseil de la concurrence sur la compatibilité avec les dispositions du droit des ententes, d'une recommandation, par la Commission, de négociations entre organisations professionnelles de chaque filière permettant de :

4) déterminer les délais de paiement d'une durée manifestement abusive au regard de la spécificité des secteurs d'activité et des entreprises concernés

5) établir des codes de bonnes pratiques en matière de conditions de règlement

- Elle recommande le dépôt de ces codes de bonnes pratiques au secrétariat général de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

- La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales constate, par ailleurs, que de nombreux procédés répréhensibles sont utilisés par certains opérateurs pour retarder leurs règlements.

- Elle recommande que ces procédés soient recensés et clairement proscrits au sein des codes de bonnes pratiques.

- Elle constate enfin que les pénalités de retard prévues par l'article L441-6 ne sont que trop rarement appliquées.

- Elle recommande que les codes de bonnes pratiques signés entre les organisations professionnelles représentatives prévoient l'exclusion de toute possibilité d'abandon des créances relatives aux pénalités de retard.

- Elle recommande également que tout litige relatif à l'application de ces codes de bonnes pratiques soit porté devant une instance arbitrale établie par les organisations professionnelles qui en sont les signataires.

- Elle recommande un renforcement des contrôles de l'Administration concernant d'une part les procédés répréhensibles utilisés pour retarder les règlements et d'autre part les abandons de créances relatives aux pénalités de retard.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en ses séances plénières des 16 février et 21 mars 2005, présidées par M. Jean-Pierre Dumas.

Fait à Paris , le 21 mars 2005

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Jean-Pierre DUMAS