

# CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE : la LME modifie les règles du jeu

La LME supprime l'interdiction des pratiques discriminatoires. Les CGV peuvent être librement négociées entre fournisseurs et distributeurs. Attention toutefois aux abus : les délais de paiement sont désormais strictement encadrés et les accords à intervenir ne doivent pas être significativement déséquilibrés.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, dite « LME », vise au travers d'une série de mesures hétéroclites à favoriser la baisse des prix de vente aux consommateurs. Un des éléments centraux de cette réforme porte sur la suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoires. Cette réforme trouve notamment sa source dans les propositions de la commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques ATTALI qui, dans son rapport d'étape du 12 octobre 2007, préconisait d'*« instaurer le principe de liberté tarifaire dans la distribution et le commerce, en levant l'obstacle de la discrimination tarifaire »*<sup>1,2</sup>. La LME veut introduire plus de concurrence dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs en libérant la phase de négociation (I). En revanche, soucieux de préserver un semblant d'équilibre fournisseurs / distributeurs, le législateur a retenu un ensemble de mesures visant à limiter les abus (II).

## I - La libre négociation entre fournisseurs et distributeurs

La LME est la dernière d'une série d'interventions législatives récentes : loi « DUTREIL » du 2 août 2005 puis la loi « Chatel » du 3 janvier 2008. Sept mois plus tard, la LME affiche ses ambitions par l'intitulé de son titre II : « *Mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance* ». Elle supprime à compter du 6 août 2008 l'interdiction des discriminations injustifiées (1.1). Parallèlement elle valide le recours à des conditions générales de vente catégorielles et aux conditions particulières de ventes. (1.2)

### 1.1 – La suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoires

La LME revient sur un principe énoncé il y a 50 ans<sup>4</sup> et qui prohibait à l'article L 442-6-1 du Code de commerce le fait : « *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* ». En d'autres termes, aucune modification des prix pratiqués par un fournisseur n'était possible si la modification tarifaire n'était pas justifiée par des contreparties et qu'elle était proportionnée. En pratique, la négociation commerciale n'avait pas disparu. Les négociations de gré à gré se sont déplacées du prix de vente facturé, c'est-à-dire les marges avant, vers la coopération commerciale, c'est-à-dire les marges arrière. En 2005, les marges arrière représentaient en moyenne 33,5 % du prix net facturé et s'échelonnaient de 5 à 70 %<sup>5</sup> mais le consommateur ne pouvait en bénéficier en raison de la définition du seuil de revente à perte. Ce seuil a fait l'objet de réfor-

mes successives par la loi du 2 août 2005, intégrant dans le calcul une part des marges arrière puis celle du 3 janvier 2008 portant l'intégralité des marges arrière dans le prix de revente au détail. Afin de poursuivre l'effort législatif en vue de favoriser la baisse des prix de vente aux consommateurs la LME a entendu supprimer la pratique discriminatoire non justifiée par des contreparties réelles. Les distributeurs peuvent donc désormais négocier librement les conditions générales de ventes de leurs fournisseurs.

### 1.2 – La validation des CGV Catégorielles et des Conditions Particulières de Vente (CPV)

La loi ne remet pas en cause le principe énoncé par la loi du 2 août 2005 selon lequel les conditions générales de vente (CGV) « *constituent le socle de la négociation commerciale* ». Les praticiens auraient pu espérer que la loi nouvelle soit l'occasion de préciser plus avant cette notion incertaine, voire qu'elle consacre sans ambiguïté la primauté des CGV sur les conditions générales d'achat. Les CGV constitueront « seulement » le point de départ des négociations à venir, ce qui reste un avantage pour le vendeur. De même le contenu des CGV et l'obligation de les communiquer sont confirmés par la loi. Enfin, la LME confirme la possibilité ouverte à tout vendeur de créer des CGV catégorielles. La loi Dutreil de 2005 prévoyait que les différentes catégories devaient être définies par Décret, selon des critères de chiffre d'affaires, de nature de la clientèle ou de mode de distribution. La loi nouvelle abandonne la référence au décret<sup>6</sup>. Chaque opérateur sera donc libre de définir lui-même des conditions spécifiques par catégories d'acheteurs ou demandeurs de service. La LME a également supprimé la condition posée par la loi DUTREIL à l'existence de conditions particulières de vente<sup>7</sup> : celles-ci devaient être « *justifiées par la spécificité du service rendu* ». Cette suppression permettra d'abandonner le recours aux faux services destinés à habiller des réductions de prix obtenues par la seule négociation commerciale. En définitive, les dispositions de la LME visant la discrimination, les CGV catégorielles et les CPV permettent désormais aux parties de librement négocier les conditions de leurs relations commerciales. Cette liberté retrouvée n'ouvre cependant pas le champ à tous les excès, la LME ayant mis en place de nouveaux outils destinés à limiter les abus.

## II – Les limites à la liberté de négocier

Afin de contrecarrer la libre négociabilité des conditions de vente et éviter des dérives, la LME complète la liste des abus sanctionnés par le Code de commerce, notamment en son article 442-6. Sont notables : l'encadrement des délais de paiement, le contrôle des déséquilibres des obligations des parties, la sanction de



Xavier Hugon, Avocat Associé

l'obtention de conditions abusives sous la menace de rupture des relations commerciales et la nullité de la clause du client le plus favorisé.

- L'encadrement des délais de paiement

La réforme des délais de paiement constitue une limite importante à la liberté contractuelle. En effet, jusqu'à présent la loi laissait aux parties, sauf exception, la liberté de négocier entre elles les délais de paiement. Elle n'intervenait que dans le silence de la convention. Le législateur a constaté que le délai moyen de paiement était en France très supérieur à celui constaté dans les Etats voisins, ce qui handicape les PME hexagonales.

Pour les contrats conclus à compter du 1er janvier 2009, la LME impose un plafond au délai arrêté entre les parties. Celui-ci est fixé à 45 jours fin de mois ou 60 jours, à compter de la date d'émission de la facture<sup>8</sup>. Les pénalités de retard sont accrues de façon significative, le seuil minimum légal passant de 1,5 à 3 fois le taux d'intérêt légal. Le non respect de ces dispositions est sanctionné comme nouvelle pratique abusive, sous l'article L 442-6 du code de commerce, dans les conditions exposées ci-dessous.

- Le contrôle du déséquilibre des obligations des parties

L'ancien article L 442-6, I-2<sup>b</sup> b du Code de commerce prohibait le fait « *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 (...)* ». Cet article fut ra-



Bertrand Jardel, Avocat

rement utilisé, en raison d'une application restrictive de la jurisprudence et du fait que les distributeurs s'attachent à ne pas représenter une part trop importante du chiffre d'affaires des fournisseurs pour éviter d'entrer dans le champ de l'article<sup>9</sup>. Afin d'accroître l'efficacité de cet article, la LME prohibe « *le fait (...) de soumettre ou tenir de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »<sup>10</sup>. Cet article s'inspire des dispositions du Code de la consommation relatives aux clauses abusives<sup>11</sup>. On peut louer l'attitude du législateur qui n'a pas cherché ici à établir de liste prédefinie mais a laissé au juge le soin d'apprecier la portée cette disposition.

- la sanction de l'obtention de

conditions abusives sous la menace de rupture des relations commerciales. Pour tenir compte de la libre négociabilité des CGV, la LME modifie également la rédaction de l'article 442-6, I, 4<sup>d</sup> du Code de commerce prohibant « *le fait d'obtenir (...) sous la menace d'une rupture brutale (...) des relations commerciales, (...) des modalités de ventes ou de coopérations commerciales manifestement dérogatoires aux conditions générales de ventes* ». Désormais, la référence au CGV est supprimée. C'est l'obtention de « *conditions manifestement abusives* » qui est sanctionnée ; l'adverbe « *manifestement* » laissant toutefois le commentateur perplexe.

- La nullité de la clause « *du client le plus favorisé* »

Enfin, la clause dite « *du client le plus favorisé* » est désormais nulle. Cette clause permettait de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables obtenues par un concurrent. Elle

était donc directement contraire à la volonté affichée de favoriser les négociations de gré à gré. La société bénéficiant d'une telle clause est susceptible également de se voir condamner selon les nouvelles conditions de la LME. En effet, la loi confirme le pouvoir du juge de sanctionner les pratiques abusives à hauteur de 2 millions d'euros d'amende civile, mais permet de porter désormais la sanction au-delà en retenant le triple du montant des sommes indûment versées. Le juge peut également ordonner l'exécution sous astreinte de son jugement et la publication de sa décision par voie de presse ou d'affichage notamment.

Le régime de transparence remis en cause par la LME, visait notamment à protéger les PME des appétits des grands distributeurs. Ces PME sont un élément essentiel du dynamisme de notre économie qu'il conviendrait sans doute de renforcer pour préserver notamment leur impact important sur l'emploi. Des voix s'élèvent pour que soit adapté en France un Small Business Act favorisant le développement de ces petites et moyennes entreprises, au travers de dispositions fiscales et juridiques spécifiques. Après le temps de la prohibition absolue des discriminations, s'ouvrirait alors l'ère de la discrimination positive.

<sup>1</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, JO 5 août 2008, p. 112471

<sup>2</sup> Rapport de Marie Dominique Hagelsteen : *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de ventes*, 12 février 2008 : Lettre de mission du Ministre de l'Economie à Madame Hagelsteen du 15 novembre 2007,

<sup>3</sup> Pour une position contraire : Circulaire « *Delors* », relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises, 23 mai 1984 :

<sup>4</sup> Décret n°58-545 du 24 juillet 1958, article 1er; modifiant l'article 37 1, a) de l'Ordonnance n°45-1483 du 30 juillet 1945 relative aux prix.

<sup>5</sup> Rapport de Marie Dominique Hagelsteen, op. cit. p. 9.

<sup>6</sup> Elle rejoint ainsi un Avis du CEPC n°07-01 du 12 avril 2007 ; <http://www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/>

<sup>7</sup> Ancien article L 441-6 du Code de commerce : « (...) Tout producteur, prestataire de services, (...) peut, (...), convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestation de services des conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication(...). ».

<sup>8</sup> Nouvel article L 441-6 du Code de commerce

<sup>9</sup> Rapport de Madame Hagelsteen, op. cit.

<sup>10</sup> Nouvel article L 442-6,4<sup>d</sup> du Code de commerce.

<sup>11</sup> Article L 132-1 du Code de la consommation

## LES POINTS CLÉS

- Fournisseurs et distributeurs peuvent désormais librement négocier des conditions de ventes particulières sans en faire bénéficier automatiquement les concurrents.
- La partie la plus puissante ne peut toutefois pas imposer ses exigences au-delà de certaines limites posées par la LME portant sur les délais de paiement, l'équilibre des obligations des parties ou l'obtention de conditions abusives.

## SUR LES AUTEURS

Le département droit des affaires/contentieux/arbitrage du cabinet PDGB assiste et conseille les dirigeants et/ou décideurs d'entreprises françaises et étrangères à l'occasion notamment de la négociation, de la conclusion, de l'exécution ou de la rupture des contrats et conventions. Il engage et coordonne les actions contentieuses nécessaires devant les juridictions judiciaires ou arbitrales. Xavier Hugon est membre de Droit et Commerce. Bertrand Jardel est membre de l'AFEC.