RACINE CABINET D'AVOCATS

LA LETTRE
CONCURRENCE DISTRIBUTION

N°4 – JUIN 2010

Délais de paiement et obligation d'information

Le plafond applicable en matière de délais de paiement a été réduit par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 dans le cadre d'un objectif général européen visant à réduire ces délais à un maximum de 30 jours.

Afin d'assurer l'effectivité de ce plafond, la LME a introduit d'une part, **une nouvelle pratique restrictive** (article L.442-6. I 7° du code de commerce) permettant à un opérateur d'engager la responsabilité de son partenaire qui soumet « *à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L.441-6 […]* » et d'autre part, une **obligation**, pour toutes les sociétés dont les comptes annuels sont certifiées par un commissaire aux comptes, **de publier les informations relatives aux délais de paiement des fournisseurs ou des clients** de la société concernée (article L.441-6-1).

Le décret précise que cette publication doit intervenir dans le cadre du **rapport annuel de gestion**, dans lequel doit être indiqué « *la décomposition, à la clôture des deux derniers exercices, du solde des dettes à l'égard des fournisseurs par date d'échéance* » (art. D.441-4).

Cette obligation a pour objectif de **faciliter l'introduction de l'action en responsabilité** de l'article L.441-6 par le ministre de l'économie, qui pourra être informé par le commissaire aux comptes des manquements significatifs et répétés aux délais maxima fixés par la loi ; le ministre dispose en effet d'une action autonome permettant de faire sanctionner les entreprises par une amende civile jusqu'à 2 millions d'euros.

Dans un communiqué paru en mars dernier, l'ANSA (association nationale des sociétés par actions) a précisé que ces mentions devaient être limitées à celle du **solde global des dettes fournisseurs** (les créances clients n'étant pas visées par le décret), **ventilé par date d'échéance**.

La Compagnie national des commissaires aux comptes, relayée par l'ANSA, milite également pour une **application minimale de ce texte**, notant en particulier qu'aucune information générale sur les pratiques suivies par les sociétés en matière de délais de paiement n'est requise, ce qui limite considérablement la portée de cette nouvelle obligation et les moyens d'action du ministre en cette matière.

Rappelons que les plafonds sont désormais fixés à 45 jours fin de mois ou 60 jours, date de facture, réserve faite des accords dérogatoires qui ont été pris dans de nombreux secteurs.

Poursuite des relations commerciales ordonnée en référé

Le juge des référés peut-il ordonner la poursuite de relations commerciales établies en cas de rupture brutale de ces dernières ? A cette question, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative (Cass. Com., 10 novembre 2009, n° 08-18.337).

Cette solution n'allait pourtant pas de soi. En effet, les points de savoir si les rapports qu'entretiennent des partenaires constituent une « relation commerciale établie », et si la rupture de cette relation peut être qualifiée de « brutale », au sens de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce, sont **traditionnellement considérées comme des problématiques complexes relevant des juges du fond**.

C'est d'ailleurs cet argument que développait l'auteur de la rupture. Le Président du Tribunal de commerce de Nanterre puis la Cour d'appel de Versailles, statuant en référé, lui ont donné tort, sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile, qui **permet au juge des référés d'ordonner la cessation d'un « trouble manifestement illicite »**. Cette solution a donc été confirmée par la Cour de cassation.

Les juges ont ainsi considéré que le fait de mettre fin à des relations commerciales continues de **22 ans** moyennant le respect d'un préavis de **6 mois** (au surplus non respecté dans les faits) **constituait un trouble manifestement illicite**. Ils ont en conséquence **ordonné la poursuite des relations commerciales**, aux conditions qui précédaient la rupture, et ce jusqu'à une date qui correspondait, en l'espèce, à la fin de la période d'observation de la société victime de la rupture, qui faisait l'objet d'une procédure de sauvegarde (soit une durée de quinze mois à compter de la notification de la rupture).

Le juge des référés ne pourra toutefois ordonner la poursuite des relations que dans des hypothèses où les circonstances de la rupture sont **manifestement fautives** du fait de l'ancienneté des relations et de la brièveté du préavis.

Valérie Ledoux, Frédérique Chaput, Sophie Pasquesoone, Laure Boiret, Clément Tournaire, Benoît Laurin, Caroline Levard
Directeur de la publication : Valérie Ledoux

Accords verticaux : les principes énoncés par la Commission Européenne

La Commission Européenne a adopté de nouvelles règles de concurrence (règlement d'exemption n° 330/2010 et lignes directrices) concernant les accords dits verticaux, c'est-à-dire conclus entre entreprises opérant à un niveau différent de la chaine de production ou de distribution. Ce nouveau dispositif remplace le règlement 2790/1999 venu à terme le 31 mai 2010. Il entre en vigueur le 1er juin 2010 (à noter qu'une tolérance d'une année est prévue pour les accords en vigueur qui ne satisfont pas aux nouvelles règles) et est applicable jusqu'au 31 mai 2022.

Le nouveau dispositif d'exemption, qui ne subit pas de modifications profondes, est susceptible de concerner de nombreuses entreprises puisque celles-ci doivent évaluer elles-mêmes la licéité de leurs accords depuis qu'a été supprimée, en 2004, la possibilité d'obtenir des exemptions individuelles. Rappelons qu'un contrat de vente ou de distribution sera **présumé conforme** au droit de la concurrence (article 101 § 3 du Traité, anciennement 81 § 3) s'il est **conforme aux prescriptions du règlement d'exemption**.

La première condition à remplir pour entrer dans le champ d'application du règlement d'exemption concerne le **seuil de parts de marché** à ne pas dépasser (voir plus loin).

La deuxième condition à remplir pour obtenir que l'accord soit exempté est qu'il ne contienne pas de **restrictions caractérisées**, c'est-à-dire de clause restreignant : (i) la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, (ii) le territoire dans lequel, - ou la clientèle à laquelle -, l'acheteur peut vendre (le règlement prévoit néanmoins quatre exceptions : ventes actives vers un territoire exclusif ou une clientèle exclusive, ventes effectuées par des grossistes, systèmes de distribution sélective et ventes de certains composants), (iii) les ventes actives ou passives par les membres d'un système de distribution sélective, (iv) les livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, et enfin (v) la vente de composants.

Par ailleurs, certaines autres restrictions graves, détachables de l'accord, ne peuvent êtres couvertes par le règlement. Il s'agit des obligations de non concurrence d'une durée excessive et des clauses d'exclusivité. Néanmoins, l'exemption pourra bénéficier au reste de l'accord.

Les accords ou clauses qui sont exclus du champ de l'exemption ne doivent pas pour autant être automatiquement considérés comme anticoncurrentiels. Mais pour échapper à toute sanction, les entreprises concernées devront démontrer les **gains d'efficience** qui résultent de l'accord ou de la clause non conforme afin que l'autorité de concurrence saisie puisse faire une appréciation positive du **bilan effets anticoncurrentiels / effets proconcurrentiels**, appréciation qui est toujours complexe et aléatoire.

Pour cette appréciation, on notera que la Commission semble revenir sur l'interdiction absolue des prix de revente fixes ou minimaux et considère désormais que, dans certaines hypothèses - telles que le lancement d'un nouveau produit ou une campagne de prix bas cordonnés de courte durée -, imposer un prix de revente peut entrainer des gains d'efficience.

Les principales modifications apportées par le nouveau règlement tiennent à deux évolutions majeures de l'activité économique : le pouvoir croissant de la grande distribution- susceptible de léser les petites et moyennes entreprises fournisseurs ou concurrentes de ces acheteurs puissants (i) et les ventes sur Internet (ii) :

(i) introduction d'un double seuil de parts de marché. Jusqu'à présent, seule la part de marché détenue par le fournisseur était prise en compte (une exception existait en cas de fourniture exclusive au profit d'un seul acheteur, auquel cas était également retenue la part de marché de cet acheteur). Dorénavant, le seuil de **30%** de parts de marché s'applique à **chacune des deux parties à l'accord** vertical et prend ainsi en compte la puissance de marché de l'acheteur. Il en résulte que si l'une des deux détient une part de marché supérieure, l'accord conclu entre elles sera exclu du champ d'application du règlement d'exemption. Il reste que la détermination des parts de marché des parties à l'accord impose au préalable de définir correctement les marchés pertinents – amont et aval, national ou local – avec les difficultés habituelles que l'on connaît en la matière.

(ii) vente en ligne. Face à l'explosion des ventes en ligne et de l'enjeu qu'elles représentent, une clarification des règles était très attendue. Celles-ci sont énoncées dans les lignes directrices. Les nouvelles lignes directrices rappellent que lorsqu'un fournisseur a intégré un distributeur dans son réseau, il ne peut l'empêcher de vendre ses produits sur Internet. Elles fournissent des exemples de restrictions caractérisées : l'obligation faite au distributeur d'organiser le renvoi des clients situés hors de son territoire vers le site Internet du fabricant ou d'un autre distributeur, ainsi que le fait de limiter la part des ventes par Internet du distributeur ou encore de convenir que le distributeur paie plus cher pour les produits destinés à la vente en ligne.

La Commission admet toutefois que certaines restrictions imposées par le fournisseur au distributeur puissent être justifiées car elles profitent au consommateur, par exemple : imposer des normes de qualité pour le site Internet, imposer de disposer d'au moins un point de vente physique (exclusion des « pure players »), interdire de prospecter les clients d'un autre distributeur exclusif, ou interdire de vendre à d'autres distributeurs en ligne non agréés (dans le cadre de la distribution sélective).