



FACTURATION

Textes applicables : Articles L. 441-3 ; L. 441-4 ; L. 441-5 du code de commerce

"Aujourd'hui, ce qu'on veut faire avec la LME, c'est rétablir la transparence et la négociabilité des conditions générales de vente".

Christine LAGARDE, ministre de l'Économie de l'industrie et de l'emploi

Les règles issues de la loi de modernisation de l'économie en matière de facturation visent à assurer une plus grande transparence dans la fixation du prix résultant de la négociation commerciale. L'article L. 441-3 du code de commerce impose donc la délivrance d'une facture dès la réalisation de tout achat de produit ou de prestation de service pour toute activité professionnelle, chaque partie devant en conserver un exemplaire pendant 3 ans, sans préjudice de délais plus longs en matière fiscale (6 ans) et pour le code de commerce (5 ans).

Le même article prévoit les mentions obligatoires qui doivent figurer sur la facture sans préjudice des autres mentions requises sur les documents commerciaux (forme de la société, RCS, ...)

- Les noms et adresses des parties.
- La date de réalisation de la vente ou d'exécution de la prestation de service.
- La quantité, la dénomination précise et le prix HT des produits vendus et des services rendus.
- Toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.
- La date et les conditions de règlement (conditions d'escomptes applicables en cas de paiement antérieur à la date résultant de l'application des CGV + taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture).

En cas d'omission de l'une de ces mentions, de défaut de délivrance de la facture ou de non conservation du document pendant le délai susmentionné, la loi prévoit une sanction pénale :

- Une amende de 75 000 euros pouvant être portée à 50% de la somme facturée ou qui aurait dû être facturée pour les personnes physiques.
- Une amende de 375 000 euros assortie d'une peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de 5 ans ou plus pour les personnes morales.

Afin d'éclairer les opérateurs économiques sur les règles de transparence tarifaire et notamment la disposition prévoyant la mention sur facture de « toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service », la Commission d'examen des pratiques commerciales, a adopté les positions suivantes en réponse aux questions qui lui ont été soumises :

1- SUR LES MENTIONS OBLIGATOIRES :	2
Question – Facturation	2
Question – Tarif Contribution Eco-Emballages	2
Question – Négo Facture Chiffre d'affaires	4
Question – Négo Facturation hors contrat	5
2- SUR LE MODE DE TRANSMISSION DE LA FACTURE :	5
Question – Autofacturation – Validité du mode de transmission	5
3- SUR LA FACTURATION DES SERVICES DE COOPÉRATION COMMERCIALE :	5
Question – Négo Services distincts	5
Question – Négo Coopération commerciale	6
Question – Négo Coopération commerciale Acompte	6
Question – Négo Déséquilibre Pénalité pour retard de paiement	6
Question – Négo Coopération commerciale non exécutée	7
4- SUR LES DÉDUCTIONS :	7
Question– Règlements Retenues Usuelles	7
Question – Règlements Déductions	7
Question – Règlements Pénalités	8
Question - Règlement Déduction unilatérale d'avoir	8
Question – Règlement Déduction unilatérale de promotions	8
Question – Négo Réduction conditionnelle	8
5- SUR LES PENALITES :	9
Question – Pénalités	9
Question – Pénalité de retard	10
Question – Pénalités de retard de paiement et Taux d'escompte Différents	10
Question – Pénalités de retard Champ d'application	11
Question – Pénalités	13
6- SUR LES DELAIS DE RECOURS :	13
Question – Facturation Délais de recours	13
INDEX DES QUESTIONS :	13

1- SUR LES MENTIONS OBLIGATOIRES :

Question – Facturation

- La facture adressée par le fournisseur doit-elle préciser la description de chaque obligation ayant concouru au prix négocié ?

Non, c'est la convention unique qui comporte la description des obligations de chacune des parties selon le formalisme décrit à l'article L. 441-7 du code de commerce.

Question – Tarif Contribution Eco-Emballages

– Est-il conforme à la loi qu'un distributeur exige de son fournisseur qu'il intègre la contribution Eco-Emballages dans son tarif et lui interdise d'isoler ladite contribution sur ses factures, au titre d'une ligne de facturation spécifique ? La réponse à la question posée vaut-elle aussi pour les autres éco-organismes (Ecofolio, Ecopiles, etc. ...) ?

La facture ainsi que le tarif mentionnent des prix. Le prix est la somme d'argent due par l'acheteur d'un bien ou le bénéficiaire d'un service au vendeur ou au prestataire de services. Le prix comprend donc toutes les taxes et contributions dont le vendeur est redevable, même si celles-ci sont supportées par l'acheteur, notamment la TVA.

Toutefois, lorsque la transaction est offerte à des professionnels ou conclue entre eux, le législateur a institué d'autres règles qui régissent les prix de la facture et ceux du tarif.

▣ LA FACTURE

La fiscalité exige la mention du prix unitaire hors taxes (art. 242 nonies A de l'annexe 2 du code général des impôts). Le texte n'indique pas la nature des taxes dont il s'agit, mais il traite, dans son ensemble, de la TVA.

La réglementation économique est plus précise : c'est *le prix unitaire hors TVA* qui doit apparaître sur la facture (art. L. 441-3 du code de commerce). Pour l'essentiel cette exigence vise à permettre d'appréhender clairement le seuil de revente à perte, aussi bien pour le vendeur que pour les autorités de contrôle. Elle doit être rapprochée du texte qui interdit la revente à perte (art. L. 442-2 du code de commerce). Le prix d'achat effectif, seuil de revente à perte, est, selon cet article, *le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente...* Il s'en déduit que le prix net unitaire hors taxes qui figure sur la facture du fournisseur ne comporte pas les taxes spécifiques afférentes à la revente. La contribution Eco-Emballages ne paraît toutefois pas s'analyser en une taxe spécifique afférente à la revente.

En effet, une taxe est une perception obligatoire opérée par l'Etat ou une collectivité publique à l'occasion de la fourniture à un administré d'un service public individualisable, sans que son montant soit en corrélation avec le coût de cette contrepartie. En l'occurrence, la contribution en cause est versée à une société privée. Cela pourrait la rapprocher d'une taxe parafiscale mais son caractère obligatoire est discutable car l'obligation qui pèse sur les entreprises est celle de pourvoir ou de contribuer à l'élimination de leurs déchets d'emballages et non de s'acquitter d'une contribution définie.

De plus, la contribution Eco-Emballages n'est *pas afférente à la revente*. En effet, son montant n'est pas proportionnel au prix du produit vendu : il est fonction des prévisions d'emballages à collecter et à trier. La contribution peut même être forfaitaire pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires inférieur à un certain montant.

La contribution Eco-Emballages constitue donc un des éléments du prix de revient de celui qui en est redevable et doit être incorporé dans les prix unitaires hors TVA qui apparaît sur la facture. Il n'est toutefois pas interdit d'en mentionner le montant sur ce document, dès lors que cela ne crée aucune ambiguïté ou confusion avec le prix net unitaire.

Pour sa part, l'administration économique estime, à propos de la contribution relative aux déchets des équipements électriques et électroniques, *que la contribution environnementale ne peut faire l'objet ni d'une ligne séparée, ni d'une colonne séparée sur la facture*. Le modèle de facture qu'elle propose alors permet *en particulier de :*

- *faire apparaître distinctement en pied de facture et non pas dans le corps de la facture (sur ligne de facture) l'information sur les coûts unitaires environnementaux ;* (lettre du 9 novembre 2006 adressée à un syndicat professionnel).

Le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence a rappelé, par ailleurs que *si le fait, pour chacun des opérateurs pris individuellement, de répercuter tout ou partie des coûts engendrés par l'obligation légale de recycler leurs produits n'est pas condamnable en lui-même, chaque opérateur doit conserver sa liberté commerciale en la matière ; le principe et l'étendue de la répercussion ou de la non-répercussion ne peuvent faire l'objet d'aucune concertation horizontale, ni entre producteurs, ni entre distributeurs, ni d'aucune concertation verticale entre les différents intervenants de la chaîne de commercialisation dans le but de coordonner ou, au contraire, d'empêcher une telle répercussion* (avis n° 99 – A-22 du 14 décembre 1999 relatif aux accumulateurs usagés).

▣ LE TARIF

La loi oblige à communiquer notamment les conditions de vente et *le barème des prix unitaires* sans préciser si ces prix s'entendent hors taxe (art. L. 441-6 du code de commerce). Un souci de cohérence et de transparence conduit toutefois à adopter un tarif homogène avec les prix de base hors taxes apparaissant sur la facture.

Si l'offreur souhaite que l'assiette des réductions de prix, des commissions ou des rémunérations de prestations de services fournies par son client et exprimées en pourcentages de ses prix de vente ne comporte pas la contribution Eco-Emballages, il doit le préciser très clairement dans les documents précontractuels et contractuels qu'il émet ou signe en indiquant l'assiette ainsi minorée.

Les principes exposés ci-dessus s'appliquent *mutatis mutandis* aux autres contributions environnementales qui mettent en jeu les mêmes mécanismes.

Question – Négo Facture Chiffre d'affaires

– La possibilité offerte par la LME d'intégrer sur facture tout ou partie des remises, ristournes et budgets arrières qui étaient consentis et réglés en différé, remet-elle en cause seulement la présentation technique de la facture ou les conditions économiques pratiquées par l'industriel à l'égard des clients ? En effet, pour certaines factures, le changement introduit par la LME peut entraîner une baisse mécanique (20 et 40%) des commissions car la base de calcul de celles-ci est le net facturé.

L'article L. 441-3 du code de commerce qui définit le contenu de la facture n'a pas été modifié par la LME.

Par ailleurs, incertaines par nature, les ristournes conditionnelles ne peuvent faire l'objet d'une déduction sur facture que pour autant que l'obligation qui les conditionne ait été exécutée et vérifiée.

Certes, le changement introduit par la LME peut entraîner une baisse des commissions dès lors que la base de calcul de ces commissions est le net facturé.

Cependant, il faut se référer à la lettre du contrat pour apprécier la rémunération des obligations de l'opérateur.

Ainsi, en fonction des termes du contrat, il est possible de s'entendre pour modifier la rémunération, sans que l'une des parties puisse se prévaloir des changements induits par la LME afin de faire obstacle à la révision du mode de calcul de la rémunération de cet opérateur.

Question – Négo Facturation hors contrat

- En 2006 un client instaure « ses tickets » calculés en % du Prix de Vente Consommateur. Nous avons donc participé en 2006, 2007 et 2008. Cependant, au cours de 2008, alors que les négociations ont été conclues depuis des mois, une facture supplémentaire de 0,15€ par unité de vente consommateur bénéficiant d'un de ces « tickets » nous est imposée au titre de frais de gestion. Nous refusons cette facturation non prévue dans nos accords. Afin de nous faire plier, nous sommes menacés d'exclusion des négociations 2009 si nous maintenons notre position...

On ne peut sans abus imposer une facturation non prévue par la convention.

2- SUR LE MODE DE TRANSMISSION DE LA FACTURE :

Question – Autofacturation – Validité du mode de transmission

- Une multinationale impose une autofacturation à son partenaire commercial, par la proposition d'un contrat de mandat d'autofacturation. Le projet de mandat indique « un double de l'autofacture sera renvoyé par fax à l'entreprise ». Ce mode de transmission est-il légal au regard des contraintes de conservation des factures ? Le fax peut-il valablement constituer une copie au sens de l'article L. 441-3 du code de commerce ?

Le fax d'une facture adressé par le client à son fournisseur dans le cadre d'une procédure d'autofacturation peut constituer une copie qui satisfait aux règles de transmission et de conservation des factures si :

- les dispositions fiscales relatives à l'autofacturation sont respectées (CGI art. 289 et 242 nonies ann. 2 ; instruction du 7 août 2003 par. 64) ;
- le fax est la reproduction fidèle de l'original et les agents chargés du contrôle peuvent le consulter sans risque d'erreur ni perte de temps (Rep. Frachon : AN 12-1-1987 p. 150).

3- SUR LA FACTURATION DES SERVICES DE COOPÉRATION COMMERCIALE :

Question – Négo Services distincts

- Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ?

Le législateur a adapté la définition de la coopération commerciale pour y intégrer certains services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels. Dès lors, ces services seront facturés par ce type de distributeurs en tant que services de coopération commerciale. Les obligations du distributeur qui ne répondent pas à cette nouvelle définition de la coopération commerciale relèvent des 1° et 3° et « concourent à la détermination du prix convenu » que le fournisseur facturera au revendeur. Dès lors, les obligations du 1° et du 3°

étant déjà prises en compte, elles ne peuvent pas donner lieu à une facture du distributeur. Une instruction de l'administration fiscale publiée au Bulletin Officiel des Impôts du 18 novembre 2008 assure la sécurité juridique à cet égard.

Question – Négo Coopération commerciale

- Un distributeur est-il fondé à exiger jusqu'à intervention d'un nouvel accord au plus tard le 1^{er} mars 2009, la remontée sur facture de l'ensemble des avantages financiers entrant dans le calcul du prix effectif, y compris des ristournes conditionnelles et de la rémunération de la coopération commerciale convenus lors de la négociation pour l'année 2008 ? Ce distributeur peut-il ainsi exiger la transformation de ces avantages en réduction de prix immédiate, en s'exonérant ce faisant de l'exécution des obligations et prestations ayant justifié leur octroi ? »

Dans la mesure où, pendant la période intermédiaire, les relations commerciales sont censées se poursuivre conformément aux dispositions et engagements prévus au contrat 2008, l'octroi de ristournes conditionnelles ainsi que la rémunération de services de coopération commerciale doivent être effectués dans le respect des dispositions légales en vigueur.

1) Incertaines par nature, les ristournes conditionnelles ne peuvent alors faire l'objet d'une déduction sur facture que pour autant que l'obligation qui les conditionne ait été exécutée et vérifiée. Un distributeur imposant à son fournisseur cette déduction sur facture au mépris du respect de cette obligation pourrait se voir opposer plusieurs dispositions de l'article L. 442-6-I du code de commerce, en particulier celle visant (alinéa 2) la soumission d'un partenaire commercial à des obligations de nature à créer un déséquilibre significatif entre les parties ou celle (alinéa 4) incriminant l'obtention de conditions manifestement abusives sous une menace de déréférencement brutal.

2) La loi LME n'a pas supprimé la possibilité de négociation de services de coopération commerciale. Conformément aux dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce (qui n'ont pas été affectées par la loi LME), la rémunération de ces services (portant sur des services détachables de l'opération achat-vente) doit faire l'objet d'une facturation spécifique émanant du distributeur.

Question – Négo Coopération commerciale Acompte

- Est-ce légal : le client exige une mensualisation du règlement des coopérations commerciales. Ainsi, celles qui n'arriveront qu'en décembre commencent à être réglées dès le mois de mars ?

Non, si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et devoirs des parties.

Question – Négo Déséquilibre Pénalité pour retard de paiement

- Est-ce légal : notre chiffre d'affaires est sur une base de 100 avec un client. Notre accord prévoit un ensemble de services de coopération commerciale pour un montant annuel de 50% soit base 50. N'y a-t-il pas un déséquilibre significatif quand notre client exige la mensualisation (5 € par mois sur 10 mois) de règlement de cette coopération alors qu'il règle nos factures à 75 jours ? Cette pratique nous fait avancer une trésorerie de 200

000 €. De plus, nous avons eu un retard de paiement de cette mensualisation et avons reçu une pénalité de 2,5% par mois de retard.

Les exigences du client en matière de délais de paiement, telles qu'elles apparaissent dans les faits relatés, ont manifestement pour effet d'alourdir le besoin en fonds de roulement du fournisseur. Ces exigences pourraient être considérées comme de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6-I, 2° du code de commerce « *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

Question – Négo Coopération commerciale non exécutée

- Est-ce légal : Depuis 2006 notre client nous a demandé que les deux tracts nationaux jusqu'à présent rémunérés par un budget fixe, le soient désormais en contrepartie d'un budget annuel calculé en pourcentage du chiffre d'affaires à hauteur de 5.00% pour deux opérations nationales. En 2008, nous réalisons une première opération nationale à Pâques, puis nous préparons la seconde pour le début du mois de décembre. Sans nouvelle de cette opération en septembre, nous appelons le responsable des tracts nationaux. Nous apprenons alors que notre opération nationale a été confiée à un concurrent, et donc sur 2008, nous avons payé 5.00% pour un seul tract au lieu de deux.

Non, car le contrat n'a pas été respecté. La somme doit être remboursée avec éventuellement des pénalités au profit du fournisseur.

Nous le rappelons : le contrat doit comprendre les accords de coopération commerciale. Chaque partie est tenue de respecter ses engagements.

4- SUR LES DÉDUCTIONS :

Question– Règlements Retenues Usuelles

- Est-il légal, quand il est d'usage de pratiquer une retenue usuelle de 5% pour couvrir d'éventuelles malfaçons, de déduire une caution bancaire de 20% jusqu'à la réception et de 10 % au-delà ?

Non : L.442-6-I, 8° du code de commerce interdit « *de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant [...] à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* ». Le client peut en revanche obtenir du fournisseur une caution bancaire pour garantir le paiement de l'indemnisation d'éventuelles malfaçons. Mais le montant de cette garantie supérieur aux usages de la profession et sa répartition couvrant 20% du montant du bien jusqu'à la réception et 10% au-delà, doit être analysé au regard du risque d'un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur.

Question – Règlements Déductions

- Est-il légal pour un client, de déduire, du montant des règlements à son fournisseur, des sommes à sa seule initiative (prélèvement annuel au titre de gains de compétitivité, factures de « démerites », « avoirs d'office » pour non-conformité ou incidents techniques non prouvés)... ?

Non, l'article L. 442-6-I, 8° du code de commerce interdit de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

Question – Règlements Pénalités

- Est-il légal de déduire du règlement des pénalités pour retard de livraison ?

Non, l'article L. 442-6-I, 8° du code de commerce dispose: « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, [...] de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur, les pénalités [...] correspondant au non-respect d'une date de livraison [...] lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* ».

Question - Règlement Déduction unilatérale d'avoir

- Est-ce légal : un client déduit de ses règlements des avoirs qu'il a lui-même décidés ? Si nous contestons la pratique, c'est un litige qui retarde considérablement les délais de paiement. Notre trésorerie est dès lors en difficulté avec des fournisseurs à régler plus tôt et des clients qui retardent le moment du paiement.

Non, L. 442-6-I, 8° du code de commerce interdit « *de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant [...] à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* ». Par ailleurs, on ne peut pas établir pour soi-même un avoir.

Question – Règlement Déduction unilatérale de promotions

- Est-ce légal : Un client décide, sans notre accord, de déduire (5 à 10% selon les cas...) de ses règlements de nos factures, des remises promotionnelles pour les produits en prospectus sous prétexte de maintenir sa rentabilité même sur prospectus... Notre seule alternative est de ne plus le livrer mais nous sommes dépendants du poids qu'il pèse dans notre activité. Si nous le faisons nous remettrions en cause nos structures et notre équilibre.

Non, la coopération commerciale doit être préalablement prévue dans le contrat unique signé avant le 1^{er} mars. Il est interdit de déduire d'office du montant de la facture des sommes qui doivent par ailleurs faire l'objet si elles sont justifiées et acceptées d'avoirs ou de nouvelles factures.

Question – Négo Réduction conditionnelle

- **Qu'est-ce qu'une réduction conditionnelle ? Suffit-il que le service donnant lieu à réduction soit soumis à la bonne volonté du débiteur pour que la réduction soit conditionnelle (ex : la réduction versée si le distributeur transmet les informations statistiques) ?**

On entend pas réduction conditionnelle, terme consacré à la pratique commerciale mais qui ne figure pas dans la loi, une réduction de prix qui dépend de la survenance d'un événement futur et incertain. Cet événement peut être, par exemple, la réalisation d'un certain montant d'achats (barème de ristournes) ou la progression des achats par rapport à un niveau antérieur.

Dans l'exemple qui précède, l'obligation, pour le vendeur, de faire bénéficier l'acheteur d'une ristourne si un certain montant d'achats est atteint, est alors affectée d'une condition suspensive (article 1181 du code civil). Il ne dépend que de l'acheteur de réaliser le volume d'achats déclenchant le droit à une ristourne.

Cette condition est donc licite.

Elle ne le serait pas si le droit à la ristourne impliquait la réalisation d'une condition au seul pouvoir du vendeur ; cette condition serait alors purement potestative et, partant, nulle en application de l'article 1174 du code civil.

Si le contrat met à la charge du distributeur une obligation, telle que l'exécution d'une prestation, sans prévoir une date ou un délai d'exécution, le distributeur réalisant la prestation quand bon lui semble, il ne s'agit pas d'une condition, mais d'un terme incertain. Le terme ne suspend point l'engagement, il en retarde simplement l'exécution (article 1185 du code civil). Le distributeur est lié par son engagement et doit réaliser la prestation convenue.

Si la prestation n'est pas fournie, l'autre partie peut invoquer l'exception d'inexécution pour ne pas en payer la rémunération, voire demander en justice l'exécution forcée, sans préjudice de l'application d'une clause pénale si le contrat en prévoit ou de la demande de dommages-intérêts judiciaires.

5- SUR LES PENALITES :

Question – Pénalités

- **Est- ce légal d'imposer des pénalités de retard dans les contrats d'affaires ? Pour ce fournisseur, un camion représente ici une valeur de 600 000 € de marchandises livrées facturées. Une pénalité imposée par le client de 25% par camion arrivé en retard... Pour un seul compte client en 2008, le montant est de 800 000€. Il suffit d'aller vérifier sur la fiche comptable du compte.**

Il résulte de l'article L. 442-6-I, 8° du code de commerce que *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* engage sa responsabilité et est obligé de réparer le préjudice ainsi causé s'il déduit d'office du montant de la facture établie par le fournisseur des pénalités correspondant au non-respect d'une date de livraison lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible et que le fournisseur n'a pas été mis en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant. Il est légal de prévoir dans les contrats d'affaires des pénalités de retard, mais la fixation de leur montant ne doit pas conduire à un déséquilibre significatif dans les relations entre les parties. A titre indicatif, la Commission d'examen des pratiques commerciales conseille aux

parties de se référer à la *Recommandation distributeurs et industriels sur les conditions et qualité de la livraison des produits de grande consommation* approuvée par la Commission dans son avis n°09-01.

Question – Pénalité de retard

- Comment régler un litige lié à un retard de livraison ?

Face à ce type de difficulté, liée à la livraison de marchandises, la CEPC recommande à tous les partenaires économiques de se référer à la Recommandation en date du 17 octobre 2007, négociée entre distributeurs et industriels sous l'égide d'ECR France, et dénommée : « *conditions et qualités de la livraison des produits de grande consommation. Recommandation distributeurs et industriels* ». Celle-ci précise notamment que les pénalités ne sont applicables qu'aux seuls préjudices réellement constatés, et propose une méthode d'évaluation de ces préjudices.

Dans son avis n° 09-01 du 22 décembre 2008, (<http://www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/>) la CEPC a procédé à un examen approfondi de cette recommandation . Elle en a mesuré l'intérêt pour tous les acteurs économiques, et estimé que celle-ci « *relève donc des bonnes pratiques commerciales...* ».

La CEPC insiste donc pour que ce document serve de référence pour résoudre les difficultés du type de celle évoquée dans la question. Les CGV et les conditions d'approvisionnement pourraient s'y référer utilement.

Question – Pénalités de retard de paiement et Taux d'escompte Différents

- L'abolition par la LME de l'interdiction formelle des pratiques discriminatoires s'applique-t-elle aussi aux pénalités de retard de paiement ? En d'autres termes, un fournisseur serait-il encore répréhensible d'en réclamer le paiement à certains et pas à d'autres (notamment pour des raisons commerciales) ?

De même, est-il dorénavant possible de convenir de taux d'escompte différents selon les clients ?

I – L'exigibilité

L'article L. 441-6 du code de commerce fait des conditions de règlement une mention obligatoire des Conditions Générales de Vente. Celles-ci doivent donc mentionner les conséquences des retards de paiement.

Les pénalités de retard sont exigibles de plein droit, sans qu'un rappel soit nécessaire (L. 441-6 alinéa 12 du code de commerce) : il n'est pas nécessaire d'adresser une mise en demeure à son débiteur. La créance naît automatiquement à l'échéance légale, soit le lendemain de la date à laquelle le paiement était prévu.

Le terme « *exigible* » ne signifie pas que le créancier a l'obligation de les réclamer, mais qu'il a la possibilité de les réclamer.

Le fait de ne pas exiger le paiement de ces pénalités n'est pas en soi répréhensible.

Une pratique consistant à exiger les pénalités de retard de paiement auprès de certains débiteurs et pas d'autres peut constituer une pratique abusive (L. 442-6-I, 7° du code de commerce : *soumettre le partenaire à des*

conditions de règlement qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux), en particulier s'il peut être démontré que cette renonciation, sans contrepartie, a entraîné un préjudice pour un concurrent du débiteur.

II – Taux d'escompte différencié

Convenir de taux d'escompte différents est autorisé au titre des conditions particulières de vente. Il s'agit d'un élément de la négociation commerciale.

Question – *Pénalités de retard Champ d'application*

- L'article L. 441-6 dixième alinéa in fine du code de commerce qui prévoit que « *les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire* » s'applique-t-il à des sociétés civiles immobilières ou de construction de vente ?

La réponse est oui : l'article L. 441-6, 10^{ème} alinéa du code de commerce est certainement applicable aux activités économiques exercées par les sociétés civiles immobilières et par les sociétés de construction-vente.

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

(alinéa 1) : « *Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produit ou tout demandeur de prestation de services qui lui en fait la demande pour une activité professionnelle. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent : les conditions de vente ; le barème des prix unitaires ; les réductions de prix ; les conditions de règlements* ».

(...)

(alinéa 10) : « *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 trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt majoré de 10 points de pourcentage.*

Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'aucun rappel ne soit nécessaire ».

On sait que l'obligation de prévoir des pénalités de retard à compter du lendemain de l'échéance et sans qu'un rappel ne soit nécessaire a été instituée par la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement (M.P. Wagner, *Pénalités de retard, encore des interrogations*, Dalloz 2004, p. 2634), introduite en droit interne par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE. Cette obligation avait été créée, en France, par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement dans les entreprises et figurait à l'origine à l'article 33 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, prévoyant son application « *dans le cas où les sommes dues sont versées après la date de paiement figurant sur la facture, lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente* ».

Les dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce sont impératives et ne peuvent être écartées par une clause des conditions générales ou particulières.

Dans un arrêt du 3 mars 2009 (Chambre commerciale, société Eurovia Bourgogne c/ société Sophora-Fit, Bull. 31, pourvoi n° 07-16527), la Cour de cassation a relevé que les dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce dans leur rédaction issue de la NRE du 15 mai 2001 applicable en l'espèce, « *qui répondent à des motifs impérieux d'ordre public, sont applicables dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours* », ajoutant que « *les pénalités de retard prévues par ce texte pour non-paiement des factures sont dues de plein droit, sans qu'un rappel ne soit nécessaire et même si elles n'ont pas été indiquées dans les conditions générales de vente* ».

Quel est le champ d'application de ces dispositions ?

On rappellera que le Titre 4 du code de commerce, intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* », et dans lequel figure cet article, est lui-même inclus dans le livre IV du code de commerce « *De la liberté des prix et de la concurrence* ». Le champ d'application des dispositions du livre IV, défini par l'article L.410-1 du code de commerce (ancien article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) dans un Titre premier intitulé « *Dispositions générales* », est très large, puisqu'il précise que « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public* ».

Ces dispositions ont une portée générale : le régime juridique sous lequel s'exerce l'activité, de même que le caractère non lucratif de cette activité, ne sont pas de nature à exclure leur application dès lors qu'il s'agit d'une activité économique de production, de distribution ou de services (jurisprudence bien établie : voir ex., pour des mutuelles –Com, 21 octobre 1997, Bull. 270-, des organisations syndicales –Com, 15 janvier 2002, Bull. 15-, des ordres professionnels –Paris, 13 novembre 2002, CCC 2003, n° 41). Tel est bien le cas des sociétés civiles immobilières ou de construction-vente, qui exercent une activité économique en dépit de leur régime de droit civil.

On notera que, s'agissant des conditions générales de vente, ce champ d'application est défini dans les termes les plus restrictifs.

L'article L. 441-6 du code de commerce, qui définit les règles applicables aux conditions générales de vente, précise en effet que les bénéficiaires de l'obligation de transparence doivent être des « *acheteurs de produits ou demandeurs de prestations de service qui en font la demande pour une activité professionnelle* ».

Cette définition exclut les cocontractants non professionnels, et notamment les consommateurs. Les règles destinées à leur protection (publicité sur les prix) sont fixées à l'article L. 441-1 du code de commerce par renvoi aux dispositions de l'article L. 113-1 du code de la consommation, dont les termes sont reproduits à l'article L. 441-2 du code de commerce.

Régime fiscal

Aux termes de l'article 237 sexies alinéa 1^{er} du code général des impôts, modifié par la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 (article 35 JORF 31 décembre 2004), 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.

Question – Pénalités

- Peut-il être considéré comme abusif le fait de déduire une pénalité sur la facture alors que sa justification a été présentée, *une première fois au fournisseur puis ultérieurement par deux relances * et que celui-ci, invité à accepter ou refuser la déduction, a systématiquement fait « le mort », car il refuse toute reconnaissance écrite ?

Voir la fiche Les abus dans la relation commerciale, n°2 Sur le déséquilibre significatif.

6- SUR LES DELAIS DE RECOURS :

Question – Facturation Délais de recours

- Est-il légal pour un fournisseur d'imposer des délais de recours plus courts que ceux fixés par la loi, notamment en limitant le délai de réclamation sur la facturation ?

Exemple de clause : « il appartient à l'acheteur en cas de facturation sans réception de Produit, de litige sur le contenu de la facture (adresse, intitulés, prix...) d'effectuer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou mail à l'attention du gestionnaire des approvisionnements du Fournisseur, toutes réclamations, dans un délai de dix (10) jours à compter de la date d'émission de la facture. A défaut, le Fournisseur sera déchargé de toute obligation vis-à-vis de l'acheteur et les Produits seront réputés avoir été livrés conformes à la commande. La facturation sera également réputée conforme à la commande ».

Le Titre IV du livre IV du code de commerce ne fixe pas de délais de recours pour un défaut de livraison ; ce cas relève de la négociation commerciale, sauf à ce que ce délai traduise un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, notamment si la transmission de la facture est tardive et diminue d'autant les 10 jours de délai de réclamation.

INDEX DES QUESTIONS :

- La facture adressée par le fournisseur doit-elle préciser la description de chaque obligation ayant concouru au prix négocié ? 2

- Est-il conforme à la loi qu'un distributeur exige de son fournisseur qu'il intègre la contribution Eco-Emballages dans son tarif et lui interdise d'isoler ladite contribution sur ses factures, au titre d'une ligne de facturation spécifique ? La réponse à la question posée vaut-elle aussi pour les autres éco-organismes (Ecofolio, Ecopiles, etc. ...) ? _____ 2

- La possibilité offerte par la LME d'intégrer sur facture tout ou partie des remises, ristournes et budgets arrières qui étaient consentis et réglés en différé, remet-elle en cause seulement la présentation technique de la facture ou les conditions économiques pratiquées par l'industriel à l'égard des clients ? En effet, pour certaines factures, le changement introduit par la LME peut entraîner une baisse mécanique (20 et 40%) des commissions car la base de calcul de celles-ci est le net facturé. __ 4

- En 2006 un client instaure « ses tickets » calculés en % du Prix de Vente Consommateur. Nous avons donc participé en 2006, 2007 et 2008. Cependant, au cours de 2008, alors que les négociations ont été conclues depuis des mois, une facture supplémentaire de 0,15€ par unité de vente consommateur bénéficiant d'un de ces « tickets » nous est imposée au titre de frais

de gestion. Nous refusons cette facturation non prévue dans nos accords. Afin de nous faire plier, nous sommes menacés d'exclusion des négociations 2009 si nous maintenons notre position... _____ 5

- Une multinationale impose une autofacturation à son partenaire commercial, par la proposition d'un contrat de mandat d'autofacturation. Le projet de mandat indique « un double de l'autofacture sera renvoyé par fax à l'entreprise ». Ce mode de transmission est-il légal au regard des contraintes de conservation des factures ? Le fax peut-il valablement constituer une copie au sens de l'article L. 441-3 du code de commerce ? _____ 5

- Que deviennent les ex-services distincts ? Peuvent-ils continuer à être facturés par le distributeur ? _____ 5

- Un distributeur est-il fondé à exiger jusqu'à intervention d'un nouvel accord au plus tard le 1^{er} mars 2009, la remontée sur facture de l'ensemble des avantages financiers entrant dans le calcul du prix effectif, y compris des ristournes conditionnelles et de la rémunération de la coopération commerciale convenus lors de la négociation pour l'année 2008 ? Ce distributeur peut-il ainsi exiger la transformation de ces avantages en réduction de prix immédiate, en s'exonérant ce faisant de l'exécution des obligations et prestations ayant justifié leur octroi ? » _____ 6

- Est-ce légal : le client exige une mensualisation du règlement des coopérations commerciales. Ainsi, celles qui n'arriveront qu'en décembre commencent à être réglées dès le mois de mars ? _____ 6

- Est-ce légal : notre chiffre d'affaires est sur une base de 100 avec un client. Notre accord prévoit un ensemble de services de coopération commerciale pour un montant annuel de 50% soit base 50. N'y a-t-il pas un déséquilibre significatif quand notre client exige la mensualisation (5 € par mois sur 10 mois) de règlement de cette coopération alors qu'il règle nos factures à 75 jours ? Cette pratique nous fait avancer une trésorerie de 200 000 €. De plus, nous avons eu un retard de paiement de cette mensualisation et avons reçu une pénalité de 2,5% par mois de retard. _____ 6

- Est-ce légal : Depuis 2006 notre client nous a demandé que les deux tracts nationaux jusqu'à présent rémunérés par un budget fixe, le soient désormais en contrepartie d'un budget annuel calculé en pourcentage du chiffre d'affaires à hauteur de 5.00% pour deux opérations nationales. En 2008, nous réalisons une première opération nationale à Pâques, puis nous préparons la seconde pour le début du mois de décembre. Sans nouvelle de cette opération en septembre, nous appelons le responsable des tracts nationaux. Nous apprenons alors que notre opération nationale a été confiée à un concurrent, et donc sur 2008, nous avons payé 5.00% pour un seul tract au lieu de deux. _____ 7

- Est-il légal, quand il est d'usage de pratiquer une retenue usuelle de 5% pour couvrir d'éventuelles malfaçons, de déduire une caution bancaire de 20% jusqu'à la réception et de 10 % au-delà ? _____ 7

- Est-il légal pour un client, de déduire, du montant des règlements à son fournisseur, des sommes à sa seule initiative (prélèvement annuel au titre de gains de compétitivité, factures de « démérites », « avoirs d'office » pour non-conformité ou incidents techniques non prouvés)... ? _____ 8

- Est-il légal de déduire du règlement des pénalités pour retard de livraison ? _____ 8

- Est-ce légal : un client déduit de ses règlements des avoirs qu'il a lui-même décidés ? Si nous contestons la pratique, c'est un litige qui retarde considérablement les délais de paiement. Notre trésorerie est dès lors en difficulté avec des fournisseurs à régler plus tôt et des clients qui retardent le moment du paiement. _____ 8

- Est-ce légal : Un client décide, sans notre accord, de déduire (5 à 10% selon les cas...) de ses règlements de nos factures, des remises promotionnelles pour les produits en prospectus sous prétexte de maintenir sa rentabilité même sur prospectus... Notre seule alternative est de ne plus le livrer mais nous sommes dépendants du poids qu'il pèse dans notre activité. Si nous le faisons nous remettrions en cause nos structures et notre équilibre. _____ 8

- Qu'est-ce qu'une réduction conditionnelle ? Suffit-il que le service donnant lieu à réduction soit soumis à la bonne volonté du débiteur pour que la réduction soit conditionnelle (ex : la réduction versée si le distributeur transmet les informations statistiques) ? _____ 9
- Est-ce légal d'imposer des pénalités de retard dans les contrats d'affaires ? Pour ce fournisseur, un camion représente ici une valeur de 600 000 € de marchandises livrées facturées. Une pénalité imposée par le client de 25% par camion arrivé en retard... Pour un seul compte client en 2008, le montant est de 800 000€. Il suffit d'aller vérifier sur la fiche comptable du compte. _____ 9
- Comment régler un litige lié à un retard de livraison ? _____ 10
- L'abolition par la LME de l'interdiction formelle des pratiques discriminatoires s'applique-t-elle aussi aux pénalités de retard de paiement ? En d'autres termes, un fournisseur serait-il encore répréhensible d'en réclamer le paiement à certains et pas à d'autres (notamment pour des raisons commerciales) ? _____ 10
- De même, est-il dorénavant possible de convenir de taux d'escompte différents selon les clients ? _____ 10
- L'article L. 441-6 dixième alinéa in fine du code de commerce qui prévoit que « les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire » s'applique-t-il à des sociétés civiles immobilières ou de construction de vente ? _____ 11
- Peut-il être considéré comme abusif le fait de déduire une pénalité sur la facture alors que sa justification a été présentée, *une première fois au fournisseur puis ultérieurement par deux relances * et que celui-ci, invité à accepter ou refuser la déduction, a systématiquement fait « le mort », car il refuse toute reconnaissance écrite ? _____ 13
- Est-il légal pour un fournisseur d'imposer des délais de recours plus courts que ceux fixés par la loi, notamment en limitant le délai de réclamation sur la facturation ? _____ 13
- Exemple de clause : « il appartient à l'acheteur en cas de facturation sans réception de Produit, de litige sur le contenu de la facture (adresse, intitulés, prix...) d'effectuer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou mail à l'attention du gestionnaire des approvisionnements du Fournisseur, toutes réclamations, dans un délai de dix (10) jours à compter de la date d'émission de la facture. A défaut, le Fournisseur sera dégagé de toute obligation vis-à-vis de l'acheteur et les Produits seront réputés avoir été livrés conformes à la commande. La facturation sera également réputée conforme à la commande ». _____ 13