

N° 3-2019

Significant imbalance: The French Commission on the examination of unfair practices publishes two opinions regarding practices that unreasonably delay the terms of payment and which can be regarded as a significant imbalance (*Terms of payment*)

DISTRIBUTION, FRANCE, DISTRIBUTION AGREEMENT, ALL BUSINESS SECTORS, SANCTIONS / FINES / PENALTIES, UNFAIR COMPETITION, SIGNIFICANT IMBALANCE

CEPC, April 24th, 2019, Opinion n° 19-5

CEPC, April 24th, 2019, Opinion n° 19-6

Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la Lettre de la distribution ↗ publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 3-2019 | Alerts | Distribution

D'après une information récente d'un quotidien Les Échos (« *Les délais de paiement plus longs en France que dans le reste du monde* », du 10 et 11 mai 2019, p. 3), à partir des chiffres de l'assureur-crédit Euler Hermes, les délais de paiement des entreprises se sont rallongés de deux jours en France. Ces délais s'élèvent à 73 jours, ce qui positionne la France à la neuvième place des plus mauvais élèves, devancée par l'Italie (86 jours) et l'Espagne (78 jours). Dans le même temps, la lutte menée contre ce fléau économique se poursuit et s'intensifie, facilitée depuis quelques années par la possibilité dont dispose la DGCCRF d'infliger des amendes administratives, ensuite publiées sur son site internet dans le cadre d'une démarche de « *name and shame* ». Ces montants ont été revus à la hausse avec la Loi Sapin II de décembre 2016. Les premières sanctions dépassant 500.000 euros commencent à tomber, comme le rappelle un récent communiqué de Bercy en date du 6 mai 2019 (n° 1204), accompagné d'un message des plus explicites d'Agnès Pannier-Runacher, secrétaire d'État auprès du Ministre de l'Économie : « *La lutte contre les retards de paiement interentreprises constitue un enjeu majeur pour le bon fonctionnement de l'économie. Les retards de paiement sont en effet à l'origine des difficultés de trésorerie d'une PME sur quatre et les privent de 19 milliards d'euros de trésorerie (...). C'est inacceptable ! C'est pour ces raisons que j'ai demandé à la DGCCRF de poursuivre de manière déterminée ses contrôles des délais de paiement. (...) C'est un signal fort adressé aux mauvais payeurs : les sanctions prononcées seront dorénavant à la hauteur des dommages qu'ils induisent sur l'économie* ». Et le Ministre dispose encore d'une confortable marge de manœuvre puisque les sanctions peuvent atteindre 2 millions d'euros (rapp. J.-M. Vertut, *Pas de droit à l'erreur et Name and Shame renforcé : deux nouvelles mesures en matière de lutte contre les retards de paiement*, Rev. Lamy Droit Aff. n° 143, déc. 2018 ou Rev. Lamy Droit Conc., n° 77, nov. 2018). Les

récidivistes doivent aussi garder à l'esprit que le maximum de l'amende encourue est porté à 4 millions d'euros pour une personne morale, en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

En lien avec la problématique des délais de paiement, les avis ici rapportés prennent un sens tout particulier au regard de l'actualité de la récente réforme du titre IV du code de commerce (V. N. Ereseo, *supra*, Focus). Pour rappel, les délais de paiement courent à compter de la date d'émission de la facture. Jusqu'alors, selon le code de commerce, le vendeur était tenu de « *délivrer la facture dès la réalisation de la vente* » ou de la prestation de services alors que, dans le même temps, le code général des impôts prévoit dans deux articles respectifs que la facture est, en principe « *émise dès la réalisation de la livraison* » ou de la prestation de services, et qu'est considéré comme la livraison « *le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire* ». Les faits générateurs de l'émission de la facture étaient donc différents, ce qui posait difficulté en termes de sécurité juridique. Il importait donc de mettre un terme à cette discordance des textes pour un même document, qui plus est aussi essentiel que la facture. Compte tenu de l'imprécision juridique de la notion de « *réalisation de la vente* » mentionnée dans la réglementation commerciale, il est donc apparu souhaitable, au sein du nouvel article L. 441-9 du Code de commerce, de renvoyer aux dispositions du CGI s'agissant de la date d'émission de la facture.

Même si en soi la nouvelle donne ne va pas nécessairement modifier la pratique des entreprises qui, en règle générale et s'agissant des ventes de biens, émettent et adressent leur facture simultanément à l'expédition des produits, la seule référence à la « *réalisation de livraison* », favorise certains comportements qui, directement ou indirectement, retardent le moment de l'émission par le créancier de la facture, donc celui de son paiement, parfois même au-delà du délai plafond de 60 jours. Accessoirement, le décalage de facturation occasionnée retarde aussi l'encaissement de la TVA pour le Trésor Public. Préserver les apparences en payant dans le respect du délai légal, tout en usant de procédés qui, *de facto*, reportent le point de départ de la computation : telle est, sous une forme ou une autre, la voie Mais gare aux fausses bonnes idées qui, en cette matière, peuvent être risquées. Car outre les contrôles purement arithmétiques et directs de leurs délais de paiement calculé à partir de la date d'émission de la facture, les mauvais payeurs s'exposeront, de plus en plus il faut le craindre, à des contrôles indirects, plus affinés, dans la mesure où sont aussi interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement. Les débiteurs ne peuvent donc s'estimer à l'abri des sanctions administratives au seul motif qu'ils payent en deçà du délai plafond, si le respect du délai de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture n'est qu'artificiel.

Deux récents avis de la CEPC viennent illustrer le propos sous fond d'articulation de la réglementation en matière de facturation avec celle sur les délais de paiement (la question du déséquilibre significatif est aussi abordée dans les deux avis). Les sujets sont d'ailleurs intimement liés, comme on peut encore davantage le constater avec la réglementation issue de l'ordonnance du 24 avril, qui consacre à ces sujets une section spécifique et commune intitulée « *La facturation et les délais de paiement* ». Dans les deux avis, il est question de clauses et pratiques conduisant à décaler la date d'émission de la facture, et donc à rallonger *de facto* les délais de règlement. On rappelle que l'article L. 441-6 VI alinéa 2 du code de commerce, devenu l'article L. 441-9 prohibe les clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder le point de départ des délais de paiement, sous peine des mêmes sanctions administratives que celles prévues pour le non-respect en soi des délais de paiement légaux.

Le premier de ces avis (n° 19-5) décrit une pratique, reposant sur une clause contenue dans des conditions générales d'achat, consistant pour un débiteur à refuser des factures d'un prestataire de services, au motif qu'il existe un écart de plus de 7 jours ou 10 jours selon les cas, entre la date d'émission et la date d'arrivée de la facture à payer. La facture est alors retournée au prestataire pour mise en conformité de sa date d'émission. Le débiteur avançait comme justification de cette façon de procéder que, selon le CGI, la date d'émission de la facture constitue une mention légale obligatoire et doit donc être exacte et correspondre à la date d'envoi effectif de la facture à son destinataire. L'argument ne séduit pas la CEPC, qui décide que « *la clause, comme la pratique consistant à substituer à la date d'émission identifiée à la date d'exécution du service, une autre*

date postérieure correspondant à celle à laquelle la facture provient au client, ont pour effet de retarder, sans justification légitime le point de départ des délais de paiement, de sorte que leur auteur est passible des sanctions administratives prévues à l'article L. 441-6-VI ».

Le deuxième avis (n°19-6) se penche quant à lui sur des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux privés, qui aménagent les modalités de facturation. Sur les mêmes fondements légaux que ceux de l'avis précédent, la CEPC rappelle que « *l'émission de la facture relève de la responsabilité de l'entrepreneur* » et s'intéresse au décalage de facturation que génère pour le vendeur, la procédure de paiement instaurée par l'acheteur. En l'espèce, « *le fait de prévoir un pourcentage d'achèvement des travaux très élevé et la nécessité de l'émission par le maître d'œuvre d'un certificat de paiement après vérification de la bonne exécution des travaux pour que l'entrepreneur puisse émettre sa facture est susceptible de contrevenir à l'article L. 441-6 VI alinéa 2 du code de commerce qui prohibe les clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement* ».

Alors que la lutte contre les retards de paiement reste une priorité pour les pouvoirs publics, les débiteurs ont tout intérêt à élargir leur périmètre de vigilance sur ces questions - entendre par cela surveiller non seulement leurs délais de règlement mais encore leurs pratiques en matière de paiement - s'ils ne veulent pas se voir reprocher des contournements dans l'application de la réglementation.