

# LE PLAFONNEMENT LEGAL DES DELAIS DE PAIEMENT DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX : L'EXEMPLE FRANCAIS

## THE LEGAL CAP ON PAYMENT TERMS IN INTERNATIONAL CONTRACTS: THE FRENCH CASE

Sarah TEMPLE-BOYER\*



Commercial contracts; France; International contracts; International sales; Late payments; Penalties

### INTRODUCTION

Les délais de paiement entre professionnels sont en France, depuis 10 ans, un sujet prioritaire pour les gouvernements successifs.

Dans son rapport annuel paru en février 2016, *l'Observatoire des délais de paiement* constate qu'en dépit d'une réduction progressive des délais de paiement interentreprises depuis la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 (loi « LME ») qui a instauré leur plafonnement, la situation s'est brusquement aggravée à compter du printemps 2014.

Les retards de paiement, se manifestent dans 40 pour cent des ventes B2B en France et sont en hausse de 10 pour cent depuis deux ans.

Sans surprise, ce sont les structures de petite taille qui sont victimes des retards de paiement les plus importants, étant rappelé qu'un retard de paiement de 30 jours multiplie le risque de défaillance de l'entreprise par six. Statistiquement, les retards de paiement seraient d'ailleurs directement responsables, chaque année, de 25 pour cent des faillites enregistrées.

C'est dans ce cadre que le législateur est de nouveau intervenu, par la Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite « loi Hamon »), en rendant passibles de sanctions administratives les retards de paiement

### INTRODUCTION

In France, payment terms between professionals have been a top-priority concern for all successive governments over the last 10 years.

In its latest annual report published in February 2016, the Late Payment Intelligence Unit (*l'Observatoire des délais de paiement*) states that, despite a gradual reduction of contractual payment terms since the French law on the Modernisation of the Economy, dated 4 August 2008 ("LME" law), introduced a legal cap, the situation suddenly worsened in the spring of 2014.

Late payments have increased by more than 10 per cent since 2014 and occur in nearly 40 per cent of business-to-business (B2B) sales in France today.

Unsurprisingly, small and medium-sized companies suffer from the most significant late payments, knowing that a late payment of 30 days multiplies the risk of insolvency by six. Statistically, late payments are directly responsible each year for 25 per cent of all recorded bankruptcies.

In such a context, a new law n°2014-344, dated 17 March 2014 (the so-called Hamon law) has provided for administrative penalties against late payments, which were until then only subject to occasional judicial actions before French civil and commercial courts

\* Avocat au Barreau de Paris.

by the victim or the Ministry of Economy (art.L.442-6-III of the French Commercial Code (FCO)).

Not only are those new penalties dissuasive (as the fines may amount to up to €375,000 for legal entities), but their enforcement is facilitated by the fact that the agents of the General Directorate for Competition Policy, Consumer Affairs and Fraud control (*Direction générale de la concurrence consommation et répression des fraudes* (DGCCRF)) are now empowered to draw up an official report on any failure, according to the procedure referred to in art.L.465-2 of the FCO.

Since early 2015, more than 2,500 companies have been under control, 147 of which were fined an amount totalling €4.5 million.

At the end of 2015, a new stage was reached in the full-blown battle fought by the Government against delinquents; even more so since the last results of the Altarea barometer, dated September 2015, which revealed that the average late payment had reached the highest level in 10 years.

In itself, the most recent law n°2015-990, dated 6 August 2015, related to growth, business and equality in economic chances (the "Macron law") has brought no substantial change to payment terms, except for the completion of the transposition in art.L.441-6-I para.9 of the FCO of the European Directive on fighting against late payment (hereinafter "the Directive").

From now on, and under the terms of the new art.L.441-6-I para.9 of the FCO,

"the payment term agreed upon between the parties shall not exceed 60 days as from the invoice issuance date. By way of derogation, a maximum payment term of 45 days end of month as from the invoice issuance date can be agreed between the parties, provided that such payment term is expressly stated in the contract and that it cannot be regarded as a manifest abuse towards the creditor."

The Government's intention to intensify the fight against late payment was truly revealed during the media conference of 23 November 2015, when the Minister of Economy himself brought everyone's attention to the first publication of penalties, under the new policy of "name and shame" introduced by the aforesaid art.L.465-2. The list of the five companies (among which are SFR, Numericable and Airbus) that have been heavily sentenced to pay the maximum fine in 2015 (€375,000 each) has been for the first time

qui ne risquent jusqu'alors véritablement que des poursuites — assez hypothétiques<sup>1</sup> — devant les juridictions civiles par l'entreprise victime ou le ministre de l'Economie (art.L.442-6-III du Code de commerce).

Non seulement ces nouvelles sanctions sont plus dissuasives de par leur montant (pouvant aller jusqu'à 375.000 euros pour les personnes morales),<sup>2</sup> mais également leur mise en œuvre est facilitée, les agents de la *Direction générale de la concurrence consommation et répression des fraudes* (DGCCRF) ayant désormais tout pouvoir pour dresser un procès-verbal d'infraction relatant le ou les manquements constatés selon la procédure prévue à l'art.L.465-2 du Code de commerce.

Depuis le début de l'année 2015, plus de 2.500 entreprises auraient été contrôlées et 147 d'entre elles ont été sanctionnées pour un montant global de plus de 4,5 millions d'euros.

Fin 2015, une nouvelle étape a été encore franchie dans la lutte sans merci que le gouvernement entend livrer aux mauvais payeurs ; d'autant que, selon le dernier baromètre Altarea de septembre 2015, le retard moyen vis-à-vis des fournisseurs se serait encore accru et aurait atteint un record depuis 10 ans.

En soi, l'apport de la Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron ») sur les délais de paiement n'est que relatif en ce qu'elle consiste seulement en l'ajustement de la rédaction de l'al.9 de l'art.L.441-6 en vue de finaliser la transposition de la Directive européenne dédiée à la lutte contre les retards de paiement (ci-après « la Directive »).<sup>3</sup>

Désormais et aux termes du nouvel art. L.441-6-I al.9 du Code de commerce,

« le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier. »

L'intention du gouvernement d'intensifier la lutte contre les retards de paiement s'est véritablement manifestée lors de la conférence de presse qu'a donnée, le 23 novembre 2015, le ministre de l'Economie lequel a particulièrement appelé, à cette occasion, l'attention des milieux économiques sur la première publication de sanctions, en vertu de la politique du « name and shame » rendue possible par les dispositions de l'art.L.465-2 précité. Ainsi la liste des cinq

entreprises (parmi lesquelles SFR, Numéricable et Airbus) ayant écopé, chacune, en 2015 de l'amende administrative maximale (de 375.000 euros) a été rendue publique, pour la première fois, par la DGCCRF le 22 novembre 2015 sur son site internet.

Dans l'arsenal des nouvelles mesures dissuasives annoncé par le ministre de l'Economie qui devrait prochainement être mis en place, il est notamment prévu de porter l'amende administrative maximale en cas de non-respect du plafonnement des délais de paiement de 375.000 à 2 millions d'euros.

A l'heure d'une aggravation très probable des sanctions en matière de délais de paiement, il semble, plus que jamais, opportun de s'interroger sur l'applicabilité de l'art.L.441-6-I al.9 du Code de commerce dans les contrats internationaux.

En l'absence de jurisprudence en la matière, cette question se pose à la fois du point de vue des clients étrangers de sociétés françaises mais également de celui des fournisseurs français lesquels peuvent redouter, à juste titre, de voir leur compétitivité entamée s'ils se trouvent obligés d'appliquer l'art.L.441-6-I al.9 dans leurs rapports avec leurs clients étrangers.

La crainte d'une distorsion de concurrence à leur détriment qui résulterait de l'application imposée de délais de paiement maximum à leurs clients paraît légitime, dans un contexte d'économie ouverte et mondiale où leurs concurrents étrangers ne sont pas soumis, quant à eux, à une législation aussi contraignante et peuvent accorder des délais de paiement rallongés à leurs clients.

#### **DANS QUELS CAS LE PLAFONNEMENT LEGAL DES DELAIS DE PAIEMENT INSTAURE PAR L'ART.L.441-6-I AL.9 DU CODE DE COMMERCE FRANCAIS PEUT-IL S'IMPOSER DANS UN CONTRAT INTERNATIONAL ?**

##### **Périmètre de l'analyse**

Les contrats internationaux sont par nature hétérogènes et n'ont pour commun dénominateur que le fait de revêtir « un caractère international », entendu comme, mettant en jeu les intérêts du commerce international (critère économique) et/ou, présentant des éléments d'extranéité autres que ceux qui dépendent uniquement de la volonté des parties (critère juridique).<sup>4</sup>

Les contrats intéressant une situation purement franco-française (c'est-à-dire sans lien avec le commerce international et dépourvu d'élément d'extranéité) ainsi que les contrats internationaux soumis, par le choix des parties, au droit « interne » français (nous reviendrons plus tard sur cette notion) et incluant une clause juridictionnelle en faveur des tribunaux français doivent être exclus du périmètre de

disclosed to the public, through the DGCCRF's website, on 22 November 2015.

As well as this, the legal arsenal of new dissuasive measures that may soon be adopted includes the plan to increase the maximum fine amount for non-compliance with the legal cap stated in art.L.441-6-I para.9 from €375,000 to €2 million.

In view of this upcoming increase of penalties against late payment, it seems more relevant than ever to question the enforceability of art.L.441-6-I para.9 of the FCO in international contracts.

Absent any relevant case law so far, this question is of interest not only for foreign customers dealing with French suppliers but also for French suppliers themselves, who can rightly fear that their competitiveness may be altered in case they have to apply art.L.441-6-I para.9 to their customers, in all circumstances, wherever the latter are located.

This fear of a distortion of competition to their detriment, which would result from the compulsory application of maximum payment terms to their customers, seems legitimate within the context of an open and global economy, where their competitors may not be subject to such restrictive legislation and may have the ability to grant their customers longer payment terms.

#### **IN WHICH CASE SHOULD THE LEGAL CAP ON PAYMENT TERMS INTRODUCED BY ART.L.441-6-I PARA.9 OF THE FCO BIND THE PARTIES TO AN INTERNATIONAL CONTRACT?**

##### **Scope of analysis**

By definition, international contracts are heterogeneous and have often no common denominator other than their "international nature", which generally involves dealing with international trade interests (economic criterion) and/or including extraneous elements that do not strictly depend on the parties' choice (legal criterion).

The contracts involving a purely French situation (i.e. with no link to international trade nor any extraneous elements) as well as the international contracts submitted by the parties to French "internal" law (we shall return to this notion) and which include a forum selection clause in favour of French courts do not fall within the scope of this analysis. In such situations, it is quite obvious that the contracting parties will be bound to comply with maximum payment terms as prescribed

by art.L.441-6-I para.9 with no possible derogation, since French law is to be regarded as a public order rule.

A specific international treaty also appears helpful to restrict the scope of analysis: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, signed in Vienna on 11 April 1980 ("the CISG"), which has been signed to this day by 84 states (the "Contracting States").

### **The legal cap on payment terms in two types of international contracts**

#### ***International contracts to which the CISG applies***

The CISG usually applies to international contracts for the sale of goods when (1) the seller and the buyer are located in different Contracting States (art.1 para.1 a)); or (2) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State (art.1 para.1 b)).

Some sales contracts are, however, excluded from the CISG's sphere of application, among which notably include the sales of goods in which the workforce and other services brought by the supplier take a major part in the contract's global value (in comparison with the goods value) as well as framework agreements aiming at preparing future sales (such as a framework agreement of supply, distribution or franchising).

Within the context of an international contract falling within the scope of the unified substantial law on international sales, the CISG terms apply on a suppletive basis, unless the CISG has been expressly or tacitly excluded by the contracting parties.

For instance, the exclusion of the CISG may be inferred from the contract being governed by "internal law" or, in our specific matter of interest, from the explicit reference to art.L.441-6-I para.9 of the FCO in the contractual provision related to the payment terms.

As regards international contracts falling within the scope of the CISG and governed by French law (to the exclusion of French "internal" law) or another Contracting State's law, only the CISG terms—related notably to the payment terms and such as provided for by art.59—shall therefore be regarded as applicable.

Given that, and pursuant to the fact that art.59 of the CISG leaves the contracting parties free to decide

l'analyse. Dans les situations susvisées, il va de soi que les parties contractantes sont tenues de respecter les délais de paiement maximum de l'art.L.441-6-I al.9 sans pouvoir y déroger, la loi française étant d'ordre public.

Au regard de la problématique posée, un traité international particulier permet également de circonscrire le périmètre de l'analyse : la Convention des Nations Unies sur la Vente Internationale de Marchandises, signée à Vienne, le 11 avril 1980 (« la CVIM ») à laquelle ont adhéré, à ce jour, 84 Etats (« les Etats contractants »).

### **Le plafonnement légal des délais de paiement dans deux types de contrats internationaux**

#### ***Le cas des contrats relevant de la CVIM***

La CVIM s'applique généralement aux ventes internationales des marchandises (1) quand le vendeur et l'acheteur sont établis dans des Etats contractants différents (art.1 s.1 a)) ou, (2) à défaut pour les parties d'avoir leur établissement dans des Etats contractants, si les règles du droit international privé conduisent à désigner la loi d'un Etat contractant (art.1s.1 b)).

Certaines ventes sont néanmoins exclues du champ d'application matériel de la CVIM, parmi lesquelles notamment les ventes de marchandises dont la part prépondérante de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main d'œuvre ou autres services ainsi que les contrats-cadre destinés à préparer des ventes futures (contrats-cadre de fourniture ou d'approvisionnement, de concession, distribution, franchise).

Dans le cadre d'un contrat international relevant du droit matériel unifié de la vente internationale de marchandises, les dispositions de la CVIM s'appliquent, à titre supplétif, sauf à ce que les parties contractantes en aient expressément ou tacitement exclu l'application.<sup>5</sup>

L'exclusion de la CVIM peut se déduire, par exemple, de la mention selon laquelle le contrat est régi par le « droit interne » ou de la référence expresse, pour la problématique qui nous intéresse, à l'art.L.441-6-I al.9 du Code de commerce français dans la disposition contractuelle sur les délais de paiement.

Dans le cadre de contrats internationaux relevant de la CVIM et soumis à la loi française (et non pas au droit « interne » français) ou à la loi d'un des autres Etats contractants, les seules dispositions de la CVIM — dont notamment celles relatives aux délais de paiement prévues à l'art.59 — doivent trouver application.

L'article 59 de la CVIM laissant à la libre appréciation des parties la question des délais de paiement,<sup>6</sup> le plafond légal

instauré par le droit interne français à l'art. L.441-6-I al.9 ne devrait pas s'imposer aux parties.

C'est déjà sur ce fondement que le gouvernement avait rejeté en juillet 2013 et 2014, par réponse ministérielle,<sup>7</sup> la proposition de certains parlementaires visant à exempter les exportations françaises des règles concernant les délais de paiement instaurés par la LME :

« Le négoce international de marchandises est encadré juridiquement par les contrats de vente internationaux de marchandises (CVIM) ... Cette convention s'applique aux contrats de vente de marchandises conclus par des parties ayant leur établissement dans des Etats différents signataires de cette convention. Sauf exclusion par les parties, les dispositions de cette convention s'appliquent par défaut aux contrats internationaux et se substituent aux règles du droit interne national. Or l'article 59 de cette convention, constituant les règles relatives aux délais de paiement, renvoie à l'application des dispositions contractuelles et ne fixe aucun délai maximum de paiement. Les parties peuvent toutefois expressément exclure l'application de cette convention et décider d'appliquer le droit interne national de l'une ou l'autre des parties qu'elle soit française ou étrangère... L'application par défaut des règles de droit de la CVIM ou des droits internes étrangers moins contraignants que le droit français permet donc d'ores et déjà aux négociants français d'octroyer à leurs clients étrangers des délais de paiement similaires à ceux proposés par leurs concurrents internationaux ».

Toutefois et depuis la Directive, la flexibilité qu'autorise la CVIM doit désormais être sensiblement nuancée en ce que le plafond institué par l'art.3 s.5 de la Directive<sup>8</sup> s'impose à tous les Etats membres de l'Union européenne, lesquels avaient pour obligation de transposer la Directive au plus tard le 16 mars 2013.

En conséquence et dans l'hypothèse où les délais de paiement prévus dans un contrat de vente internationale entre parties établies dans l'Union européenne excèderaient le plafond de la Directive, la clause concernée pourrait être jugée invalide, sauf à ce que les parties puissent justifier que le dépassement du délai de 60 jours civils ne constitue pas « un abus manifeste à l'égard du créancier » (art.3 s.5 et considérant 13<sup>9</sup> de la Directive).

#### **Le cas des contrats ne relevant pas de la CVIM**

Les raisons pour lesquelles un contrat international ne relève pas de la CVIM sont diverses : le contrat n'entre pas dans le champ matériel de la CVIM, la loi applicable n'est pas celle d'un Etat contractant, la CVIM a été exclue de manière expresse ou tacite par les parties contractantes...

which payment terms should apply to their relationship, the legal cap introduced by French "internal" law under art.L.441-6-I para.9 should not bind the parties.

It is precisely on this ground that the Government rejected, through a ministerial reply in July 2013 and 2014, the proposition expressed by French parliamentary members to exempt export sales from the payment terms legal cap:

"International trade of goods is legally bound by the contracts of international sale of goods (CISG) ... Such Convention applies to the sale contracts of goods entered into between parties located in different Contracting States. Unless it has been excluded by the parties, the Convention terms apply, by default, to international contracts and replace the related national internal rules. Consequently, Article 59 of the Convention, which provides for applicable rules on payment terms, refers to the application of contractual terms and does not prescribe any maximum payment term. The parties may however expressly exclude the application of this Convention and may decide to apply the national internal law of one or the other party, being either French or a foreign party ... The application, by default, of the CISG law or internal foreign law less restrictive than French law already allows French traders to grant their foreign customers with payment terms equal to those applied by their international competitors."

However, and because of the Directive, the flexibility offered by the CISG must be slightly moderated, since the cap introduced by art.3 para.5 of the Directive legally binds all EU Member States, who were expected to transpose the Directive by 16 March 2013 at the latest.

Consequently, and in case the payment terms provided for in an international contract of sale entered into between parties located in the EU would exceed the Directive's cap, such a clause could be regarded as invalid unless the contracting parties could justify that the extension beyond the 60 calendar days is not "grossly unfair to the creditor" (art.3 para.5 and Recital n°13 of the Directive).

#### **International contracts to which the CISG does not apply**

There may be different reasons why the CISG is not applicable to an international contract: the contract does not fall within the scope of the CISG; the contractual law is not a Contracting State law; the CISG has been expressly or tacitly excluded by the contracting parties, etc.

A French court may consider art.L.441-6-I para.9 as applicable to an international contract governed by foreign law, provided that such legal provision could be regarded as an “overriding mandatory provision”, as defined per art.9 para.1 of Regulation 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008] OJ L177/6. Such a status requires that the international enforcement of the “French” legal cap on payment terms be regarded as “crucial” for France to “safeguard its public interests”.

Prior to the introduction of administrative penalties, the status of art.L.441-6-I para.9 as an “overriding mandatory provision” was regarded as questionable, basically since the French legislator himself had not attached to the legal provision any criminal fines and had, in parallel, provided for several sectorial derogations.

The fact that administrative penalties have been recently introduced probably reflects the French legislator’s intention to consider art.L.441-6-I para.9 as a “public order of protection rule”. However, this would not necessarily be enough to make sure that art.L.441-6-I para.9 is to be regarded as an “overriding mandatory provision” in the meaning of art.9 para.1 of the Rome I Regulation. The European authorities’ position is usually not to acknowledge national “public order of protection rules” as “overriding mandatory provisions”. Restrictive practices, the purpose of which is to keep a balanced relationship between economic operators and not to regulate the market, should probably not be listed among the “overriding mandatory provisions” whose purpose is to safeguard France’s public interests within an international context.

Nonetheless, if the competent judge is French, he or she may be tempted, based on the administrative doctrine (see below) to implement art.L.441-6-I para.9 of the FCO.

However, the applicable foreign law combined with a forum selection clause in favour of a foreign court should substantially put into perspective the potential impact of art.L.441-6 para.9 (even though such provision could be effectively regarded as an “overriding mandatory provision”). As the French Commercial Practices Study Commission (*Commission d’examen des Pratiques Commerciales* (CEPC)) recently ruled in its Statement of 14 January 2016,

“the foreign court, seized of a civil action, has a free hand to refuse to draw any judicial consequences from the infringement of French law.”

L’article L.441-6-I al.9 pourrait être considéré comme applicable à un contrat international soumis à une loi étrangère, par un juge français, sous réserve d’être qualifié de « loi de police » au sens de l’art.9 s.1 du Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ». <sup>10</sup> Cette qualification implique que l’application internationale de l’article sur le plafonnement légal « français » des délais de paiement soit jugée « cruciale » pour la « sauvegarde des intérêts publics » de la France.

Avant l’introduction des sanctions administratives, la qualification de « loi de police » de l’art.L.441-6-I al.9 suscitait des réserves fondées essentiellement sur le fait que le législateur français, n’ayant pas assorti le texte de sanctions pénales et ayant par ailleurs prévu de nombreuses dérogations sectorielles, n’avait probablement pas l’intention d’en faire un texte « crucial » pour les intérêts publics français.

Aujourd’hui, le fait que le dépassement du plafond légal soit assorti de sanctions administratives tend certes à démontrer l’intention du législateur français d’en faire une disposition « cruciale » du point de vue de l’ordre public de protection mais il n’est pas certain néanmoins que l’art.L.441-6-I al.9 puisse remplir pour autant les caractères de « loi de police » au sens de l’art.9 du Règlement Rome I ; l’interprétation communautaire de cette notion n’allant généralement pas dans le sens d’une reconnaissance en tant que « lois de police » des dispositions nationales relevant de l’ordre public de protection interne. Les pratiques restrictives, en ce qu’elles visent essentiellement à préserver l’équilibre des relations des partenaires économiques, et non pas à réguler le marché, ne devraient pas figurer parmi les « lois de polices » ayant pour objet « la sauvegarde des intérêts publics » de la France dans un contexte international.

Si le juge compétent, saisi d’une action civile, est français, il pourrait néanmoins être tenté sur le fondement de la doctrine administrative (cf. développements ci-dessous), de faire application de l’art. L.441-6-I al.9 du Code de commerce.

En revanche, le choix de la loi étrangère combiné à une clause juridictionnelle en faveur d’un tribunal étranger relativise substantiellement la portée de l’art.L.441-6-I al.9 (quand bien même cette disposition serait qualifiée de loi de police). A l’instar de ce que retient *la Commission d’examen des pratiques commerciales* dans son avis adopté le 14 janvier 2016, le

« juge étranger saisi d’une action de nature civile garde les mains très libres pour refuser de tirer les conséquences civiles de la violation du droit français. »

En effet, ainsi qu'il ressort également de cet avis,

« la stipulation d'une clause attributive de juridiction doit produire tous ses effets en dépit de l'applicabilité d'une loi de police française ... et neutralise ainsi, chaque fois qu'elle n'est pas désignée par la règle de conflit, l'application de la loi française, alors qualifiable au mieux de loi de police étrangère ». <sup>11</sup>

#### **A QUEL TITRE L'ADMINISTRATION PEUT SANCTIONNER LES PARTIES A UN CONTRAT INTERNATIONAL SUR LE FONDEMENT DE L'ART.L.441-6-I AL.9 DU CODE DE COMMERCE FRANCAIS ?**

Une question est de savoir si, au regard des règles de droit international privé, l'art.L.441-6-I al.9 peut, et à quelles conditions, s'appliquer dans un contrat international soumis, par ailleurs, à la loi étrangère ; une autre est de savoir à quel titre l'Administration française pourrait s'estimer légitime à poursuivre et sanctionner les parties à un contrat international pour non-respect du plafond légal « français » des délais de paiement.

Ces deux questions ne se superposent pas nécessairement dans la mesure où l'Administration française s'émancipe souvent des règles du droit international. En ce sens même, l'un des objectifs inavoués recherchés par le législateur français en donnant à l'Administration le pouvoir de prononcer des sanctions administratives peut, précisément, avoir été de neutraliser les clauses de règlement des litiges introduites dans les contrats internationaux aux fins de délocaliser le litige devant un juge étranger.

#### **Fondements de l'action de l'Administration au titre des arts L.441-6-I al.9 et L.465-2 du Code de commerce**

Depuis plusieurs années déjà et alors même que le dépassement des délais de paiement maximum ne pouvait qu'être, jusque récemment, sanctionné par l'amende civile prévue à l'art.L.442-6-III, la DGCCRF soutient la thèse selon laquelle l'art.L.441-6 aurait, par capillarité, le caractère de « disposition d'ordre public » et de « loi de police » (sans véritable distinction entre les deux notions).

Dans ce sens, la DGCCRF a précédemment exposé <sup>12</sup> que

« la jurisprudence a reconnu le caractère d'ordre public à l'article L.442-6 du Code de commerce qui prévoit la sanction civile du dépassement des délais légaux de paiement. La DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs. »

Indeed, and as also indicated in the Statement:

“A forum selection clause must produce all its effects, regardless of the possible enforcement of a French overriding mandatory provision ... and such a clause consequently neutralizes, each time it is not designated by the conflict-of-laws rule, the enforcement of French law, which can only be regarded, at the most, as a foreign mandatory provision.”

#### **ON WHAT GROUNDS MAY THE FRENCH ADMINISTRATION DECIDE TO IMPOSE FINES ON PARTIES TO AN INTERNATIONAL CONTRACT, ON THE BASIS OF ART.L.441-6-I PARA.9 OF THE FCO?**

One question is whether and to which conditions art.L.441-6-I para.9 may apply to an international contract governed by foreign law. It is another question to find out what makes the French Administration believe that it has grounds to sue and impose fines on parties to an international contract for infringing the “French” legal cap on payment terms.

These two questions do not necessarily overlap, since the French Administration is not always ready to follow international law rules. One of the unstated objectives pursued by the French legislator, when granting the Administration with the power to impose fines, may have been precisely to neutralise the forum selection clause in favour of a foreign court such as included in international contracts.

#### **The French Administration's grounds for action, based on arts L.441-6-I para.9 and L.465-2 of the FCO**

For several years, and even though the infringement of the legal cap was until recently only punished by the civil fine provided for by art.L.442-6-III, the DGCCRF has been supporting the idea that art.L.441-6, by extension with art.L.442-6, would be a “public order rule” and an “overriding mandatory provision” (without making any clear distinction between those two concepts).

In this sense, the DGCCRF has previously declared that

“French case law has acknowledged the public order status of Article L.442-6 of the FCO which provides a civil fine for the infringement of the legal cap on payment terms. The DGCCRF, which is empowered to act in the name of the economic public order, shall carefully check that French creditors are not required to grant unusually long payment terms to their debtors.”

It is pointed out additionally that

“the DGCCRF shall carefully check that the debtors located in France do settle their payment to their foreign creditors, without leading to a distortion of competition towards other operators located in France.”

This intention to enforce the legal cap towards both French suppliers and customers is strictly in line with a prior statement made by the DGCCRF, which formerly considered that art.L.441-6 (in its former version, art.33 of the Ordonnance of 1986) was “a criminal law” provision.

The recent modification of the penalties attached to the legal cap on payment terms, as it gives greater power to the Administration, should certainly not lead the latter to waive its position.

Besides, the administrative nature of the penalties is an easy way to escape from the application of international private law rules, since “administrative matters” are traditionally excluded from the scope of conflict-of-laws rules (see art.1 para.1 of the European regulations Brussels I bis, Rome I and Rome II).

Consequently, in the event that no applicable law has been elected by the parties in an international contract, the French Administration does not have to investigate beforehand on the applicable law or the competent court, pursuant to conflict-of-laws rules.

The “administrative matter” obeys its own rules and is likely to apply to any situation that falls within its scope, which shall naturally lead the French Administration to sue the parties to an international contract for failing to comply with art.L.441-6-I para.9, as soon as two alternative conditions are met.

Since the Hamon law has failed to specify its own geographical scope, the French Administration, based on its prior doctrine, shall certainly define the scope of the law based on a territorial criterion (as soon as the French market is affected) and/or a personal scope (as soon as the legal cap is exceeded to the detriment of a French supplier); the French Administration has also formerly indicated that it would pay particular attention to any fraudulent legal schemes made to circumvent art.L.441-6-I para.9, by means of purchasing platforms located abroad, whereas the supplier is French and/or

Elle a ajouté, par ailleurs, que

« la DGCCRF veillera à ce que les débiteurs établis en France règlent leurs créanciers résidant à l'étranger sans entraîner de distorsion de concurrence vis-à-vis d'opérateurs résidant en France. »

Cette velléité de faire respecter le plafonnement légal des délais de paiement non seulement aux fournisseurs mais également aux clients français s'inscrit dans la droite ligne de la qualification de « texte de nature pénale » donnée autrefois par la DGCCRF à l'art.L.441-6 du Code de commerce (dans son ancienne version, art.33 de l'Ordonnance de 1986).<sup>13</sup>

L'évolution récente du régime des sanctions attachées au respect du plafond légal des délais de paiement octroie de fait un pouvoir de sanction direct plus important à l'Administration laquelle ne devrait pas, en toute logique, être amenée à renier sa position.

En outre, la nature administrative des sanctions permet, en quelque sorte, à l'Administration de se dispenser de l'application des règles de droit international privé, en ce que la « matière administrative » échappe traditionnellement au champ d'application des règles de conflits de loi ou de juridiction. Les règlements européens de référence en matière de conflits de loi et de juridictions (Règlements dits « Bruxelles I bis »,<sup>14</sup> « Rome I »<sup>15</sup> et « Rome II »<sup>16</sup>) excluent d'ailleurs tous, en leur art.1er al.1, la « matière administrative » de leur champ d'application.

Ainsi, à défaut de loi choisie par les parties à un contrat international, l'Administration n'a pas à se préoccuper en amont de rechercher la loi applicable ou le tribunal compétent au regard des règles de conflits de loi et de juridiction ressortant du droit international privé.

En toute autonomie, la matière administrative obéit à ses propres règles et a vocation à s'appliquer à toutes les situations qui entrent dans son champ d'application, ce qui conduira naturellement l'Administration française à s'estimer fondée à poursuivre toute partie à un contrat international, pour non-respect des délais de paiement institués par l'art.L.441-6-I 9° du Code de commerce, dès lors que deux conditions alternatives sont remplies.

En effet, faute pour la loi Hamon d'avoir précisé le champ d'application dans l'espace de la loi française, l'Administration, dotée désormais de pouvoir de sanctions administratives et sur la base de ses positions antérieures, retiendra certainement un champ d'application à la fois territorial, dès lors qu'il y a affectation du marché français<sup>17</sup> et/ou personnel, dès lors que le dépassement du plafond se fait au détriment d'un fournisseur français<sup>18</sup> ; l'Administration ayant, par ailleurs, déjà exprimé son particulier intérêt à



intervenir dans le cadre de montages frauduleux organisés pour contourner les dispositions de l'art.L.441-6-I al.9, au moyen de centrales d'achats localisés à l'étranger, alors même que le fournisseur est français et/ou que les marchandises ont vocation à être écoulées en France.<sup>19</sup>

Le champ d'intervention de l'Administration, du fait du nouveau pouvoir de sanction dont elle est dotée, est donc potentiellement très large et milite clairement en faveur d'une application extraterritoriale de la loi française dans la mesure où, quand bien même l'acheteur serait étranger ou les marchandises seraient exportées de la France vers l'étranger, l'Administration considérerait avoir compétence pour poursuivre, du seul fait que le fournisseur serait français et/ou que le dépassement des délais de paiement pourrait avoir des répercussions en chaîne en France sur toute une filière.

### **Quelques réflexions autour de l'effectivité des sanctions prononcées par l'Administration à l'encontre des parties à un contrat international**

En dépit de ce champ très vaste d'intervention que s'arroge l'Administration, il reste des cas de figure dans lesquels il serait probablement difficile pour elle de justifier les sanctions administratives prises à l'encontre des parties à un contrat international.

Ainsi, dans l'hypothèse où le contrat international serait régi par la CVIM, il resterait assez délicat pour l'Administration de sanctionner les parties au contrat, pour non-respect de l'art.L.441-6-I al.9, en ce que ce texte ne saurait prévaloir sur l'art.59 de la CVIM, ainsi que cela a été développé précédemment. Le bien-fondé de l'action de l'Administration dans ce cadre serait d'autant plus contestable dans l'hypothèse où les délais de paiement contractuellement arrêtés au contrat international seraient conformes au plafond déterminé, par ailleurs, par la Directive.

En toute hypothèse et indépendamment même de la CVIM, les sanctions prononcées par l'Administration sur le fondement de l'art.L.441-6-I al.9 du Code de commerce seraient très discutables dans les cas où les délais de paiement contractuels seraient conformes à la loi étrangère applicable, laquelle aurait correctement transposé la Directive. Il reviendrait alors à l'Administration de démontrer, au cas par cas, que l'art.L.441-6-I al.9 doit être appliqué (en lieu et place de l'art.3 s.5 de la Directive) en ce qu'il poursuit des objectifs propres, excédant l'harmonisation *a minima* de la Directive, et vise à protéger les intérêts supérieurs de la France.

On sait que le plafonnement légal de l'art.L.441-6-I al.9 est plus restrictif que celui introduit par la Directive, en ce qu'il n'est pas prévu la possibilité de dépasser le délai de 60 jours

the purchased goods are meant to be resold within the French territory.

Due to its new powers, the French Administration's sphere of action is now potentially very broad and favours the extraterritorial enforcement of French law: even though the customer would be located abroad or the sales would be exported from France, the French Administration could consider itself to be competent in order to sue, should the supplier be French and/or the non-compliance with the legal cap on payment terms lead to a massive and negative impact on a French sector.

### **A few thoughts about the effectiveness of penalties imposed by the French Administration on parties to an international contract**

Despite this broad scope of action claimed by the French Administration, there are some cases where it would probably be rather difficult for it to justify the administrative fines imposed on parties to an international contract for infringing the legal cap on payment terms.

For instance, in a case where the contract would fall within the CISG's scope, it would be tricky for the French Administration to impose fines on contracting parties based on the infringement of art.L.441-6-I para.9 of the FCO, as such legal provision should not prevail over art.59 of the CISG, as stated above. The French Administration's action may be regarded as ill-grounded in a case where the contractual payment terms, per the international contract, were compliant with the legal cap provided by the Directive.

In any case, and regardless of the CISG, the fines imposed by the French Administration based on art.L.441-6-I para.9 would be questionable in a case where the contractual payment terms aligned with those provided for by the foreign applicable law, as a result of a proper transposition of the Directive. The French Administration would have to provide evidence, on a case-by-case basis, that art.L.441-6-I para.9—as a means to achieve specific goals and secure France's superior interests—should prevail over art.3 para.5 of the Directive, which only sets minimum harmonisation levels.

The legal cap of art.L.441-6-I para.9 is more constraining than the one referred to in the Directive, since the French legal text does not grant any possibility to

exceed the 60-day payment term for any reason whatsoever. The 45-day end of month, which is only allowed in a derogatory way and provided that it is not grossly unfair to the creditor, should not exceed 60 days in practice.

The CEPC, in its Statement 16-1, seems quite sure that it would be possible to justify the application of art.L.441-6-I para.9 (instead of art.3 para.5 of the Directive), since

“French law’s purpose is not only to restrict the abusive practices inter partes but also to avoid any repercussion of excessive payment terms on the upstream side of an economic sector.”

At first sight, the introduction of administrative fines as a tool to intensify the struggle against late payments appears to be rather efficient, including in an international context. It also helps support the position in favour of an extraterritorial application of French law as it even impairs the parties’ contractual autonomy, by partially neutralising the effectiveness of a forum selection clause appointing foreign courts. For now, and provided that it is legitimate, the choice of an applicable law that would be either the law of a Contracting State of the CISG or a foreign law that has correctly transposed the Directive, as well as the drafting of a forum selection clause appointing a foreign law, will remain the best bulwarks against any temptation to make an extraterritorial enforcement of art.L.441-6-I para.9 of the FCO.

à compter de l’émission de la facture pour quelque raison que ce soit. Le délai de 45 jours fin de mois, autorisé à titre dérogatoire et à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l’égard du créancier, ne devrait pas conduire à octroyer, en pratique, au débiteur un délai de paiement supérieur à 60 jours.

La Commission d’examen des pratiques commerciales, dans son avis 16-1, paraît convaincue qu’il serait possible de justifier l’application de l’art.L.441-6-I al.9 (en lieu et place de l’art.3 s.5 de la Directive) en ce que

« la loi française ne vise pas seulement à limiter les abus inter partes mais aussi à éviter la répercussion des délais de paiement excessifs sur l’amont de la filière. »

L’introduction de sanctions administratives pour renforcer la lutte contre les retards de paiement peut sembler, sur le papier, efficiente y compris sur le terrain des contrats internationaux. Elle appuie la conception extraterritoriale de la loi par l’Administration jusqu’à affaiblir même l’autonomie de la volonté des parties, en neutralisant partiellement les clauses de règlement des différends. Pour l’heure et à condition que cela soit légitime, la soumission d’un contrat de vente internationale à la loi d’un Etat contractant à la CVIM, le choix d’une loi étrangère ayant correctement transposé la Directive, l’insertion d’une clause juridictionnelle désignant un juge étranger sont encore les meilleurs remparts contre les tentations d’application extraterritoriale de l’art. L.441-6-I al.9 du Code de commerce français.

### Notes

1. 83 à 100 pour cent des entreprises interrogées avouent ne jamais chercher à recouvrer l’indemnité forfaitaire de 40 euros prévue à l’art.L.441-6-I al.12 du Code de commerce.
2. Article L.441-6-VI du Code de commerce : « Sont passibles d’une amende administrative dont le montant ne peut excéder €75 000 pour une personne physique et €375 000 pour une personne morale le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième, neuvième, onzième et dernier alinéas du I du présent article...L’amende est prononcée dans les conditions prévues à l’article L. 465-2. Le montant de l’amende encourue est doublé 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. Sous les mêmes sanctions, sont interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés au présent article ».
3. Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales (JOUE du 23.02.2011, L.48/1). En son art.3, para.5, la Directive instaure un plafonnement des délais de paiement dans les termes suivants : « les Etats membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n’excède pas soixante jours civils, à moins qu’il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l’égard du créancier au sens de l’article 7 ».
4. Selon l’application du critère juridique, un contrat est international « quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d’un système juridique » (H. Batiffol : Rép. int. Dalloz, V° Contrats et conventions n° 9).
5. Article 6 de la CVIM : « les parties peuvent exclure l’application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l’article 12, déroger à l’une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ».
6. Article 59 de la CVIM : « l’acheteur doit payer le prix à la date fixée au contrat ou résultant du contrat et de la présente Convention, sans qu’il soit besoin d’aucune demande ou autre formalité de la part du vendeur ».
7. Réponse ministérielle du ministre du Commerce extérieur à deux questions parlementaires relatives à l’applicabilité du plafond légal aux ventes à l’exportation (Rep.min. à QE n°22748, JO 30 juillet 2013, p.8237 ; Rep. Min. à QE n°22749, JO 1er juillet 2014, p.5509).

8. Article 3 s.5 de la Directive : « les Etats membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n'excède pas soixante jours civils, à moins qu'il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier au sens de l'article 7 ».

9. Considérant 13 de la Directive : « En conséquence, il convient de prendre des dispositions limitant les délais de paiement fixés par contrat entre entreprises à soixante jours civils, en règle générale. Cependant, dans certaines circonstances, il est possible que des entreprises aient besoin de délais de paiement plus longs, par exemple si elles souhaitent accorder des crédits commerciaux à leurs clients. *Il devrait donc demeurer possible, pour les parties contractantes, de convenir explicitement de délais de paiement supérieurs à soixante jours civils, pourvu toutefois que cette prolongation ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.* » (Soulignement ajouté).

10. Article 9 s.1 du Règlement Rome I : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

11. Avis n°16-1 adopté le 14 janvier 2016 relatif à une demande d'avis d'un avocat sur le caractère impératif des délais de paiement dans le cadre d'un contrat international.

12. Avis n°09-06 venant compléter le dispositif des questions réponses relatives à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie du 20 mai 2009.

13. Dans sa note de service n°5955 du 5 avril 1993 sur l'application de la Loi n°92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre entreprises, la DGCCRF considérait déjà que : « les articles 31, 33 et 35 [de l'ordonnance de 1986] sont des textes de nature pénale. Or, la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. En outre, aux termes de l'article 693 du Code de procédure pénale, est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un des éléments constitutifs a été accompli en France ... Les acheteurs installés sur le territoire national sont tenus par les délais de l'article 35 même en cas d'achats à l'étranger ».

14. Règlement UE n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I bis »).

15. Règlement n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

16. Règlement n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

17. Aux termes de l'avis 16-1 de la Commission d'examen des pratiques commerciales, le critère territorial s'applique « lorsque les produits contractuels sont destinés au marché français. Cette application territoriale permet d'assurer un meilleur équilibre des relations commerciales dans les filières (alimentaires et non alimentaires) et par là même une meilleure égalité des conditions de concurrence entre opérateurs français et étrangers sur le marché français ».

18. Aux termes de l'avis 16-1 de la Commission d'examen des pratiques commerciales, le critère personnel s'applique dès lors que « les pratiques du crédit interentreprises imposées par des acheteurs étrangers produisent des effets en chaîne ou systémiques sur l'amont de la filière qui se trouve localisé en France ».

19. Avis n°09-06 venant compléter le dispositif des questions réponses relatives à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie du 20 mai 2009.

