

5 années de jurisprudence pénale PCR 2005 - 2009

Introduction

Chaque année, depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes procède à un bilan des procédures pénales intentées à son initiative en matière de pratiques restrictives de concurrence (PCR), visant à assurer aussi bien la protection de la transparence sur le marché que la prohibition de comportements tenus pour restrictifs de concurrence en soi. Ainsi, 4 bilans de jurisprudence ont été publiés sur le site internet de la DGCCRF et annexés au rapport annuel de la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC). L'année 2009 ponctue donc un cycle de 5 années de décisions pénales PCR. L'occasion pour la DGCCRF de réaliser un premier bilan pluriannuel sur les évolutions qu'a connues ce secteur où les attentes sont fortes, aussi bien du côté des entreprises que des consommateurs.

C'est pourquoi ce bilan intègre, outre les éléments relatifs à l'année 2009, les analyses des bilans précédents.

La réglementation en matière de PCR pénales se justifie par la nécessité d'instaurer des relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels.

Cette réglementation a connu de nombreuses évolutions depuis 1986, les réformes législatives tendant à s'accélérer ces dernières années.

La plupart des pratiques commerciales restrictives de concurrence constituent aujourd'hui des fautes civiles, le législateur ayant largement dépénalisé la matière. On rappellera en effet que le législateur a dépénalisé en 1986 le refus de vente et de prestation de service (depuis définitivement supprimé) ainsi que les pratiques discriminatoires. Dans la période récente, ni la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001 (loi NRE), ni la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (loi PME) n'ont rétabli d'incriminations pénales dans ces domaines.

L'année 2008 en matière pénale a été marquée par l'adoption de deux lois phares visant à libéraliser les relations commerciales entre professionnels tout en permettant de poursuivre de manière plus efficace les abus de cette liberté.

La loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a modifié les dispositions des articles L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-2 du code de commerce :

- elle dépénalise le refus de communication des conditions générales de vente. La sanction est désormais civile ;
- elle réforme le cadre contractuel en imposant qu'un contrat unique vienne matérialiser l'ensemble du plan d'affaires entre les partenaires portant non seulement les services rendus par les distributeurs mais aussi les conditions de l'opération de vente de produits ou de prestations de services ;
- elle achève la réforme entamée en 2005 en diminuant le seuil de revente à perte de l'ensemble des avantages consentis hors facture de vente par le fournisseur : c'est l'instauration du « trois fois net ».

La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) constitue la dernière étape de la réforme du cadre juridique des relations commerciales engagée avec la loi du 2 août 2005 en faveur des PME et poursuivie avec la loi du 3 janvier 2008. Le Gouvernement a entendu introduire davantage de concurrence dans les relations commerciales, dans l'intérêt du consommateur. Pour ce faire, la loi

réinstaura la liberté des conditions tarifaires convenues entre fournisseurs et distributeurs dans les relations commerciales et supprime l'interdiction de discriminer. Elle instaure par ailleurs un plafond légal en matière de délais de paiement.

En outre :

- elle substitue aux services distincts la catégorie des obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur, qui ont vocation à figurer sur la convention unique, et sont rémunérées par des réductions de prix sur la facture du fournisseur ;
- la date butoir de conclusion de la convention unique ou du contrat-cadre annuel, fixée en principe au 1^{er} mars, est adaptée aux produits et services soumis à un cycle saisonnier ou à une période de commercialisation ne correspondant pas à l'année civile ;
- elle renforce le dispositif des pénalités de retard de paiement ;
- elle modifie les délais de paiement des produits visés à l'article L. 443-1.4°, afin de les harmoniser avec le nouveau plafond légal.

Ces réformes importantes n'ont pas modifié pour autant l'architecture globale du dispositif pénal en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ainsi les règles de facturation permettent d'assurer la transparence des relations commerciales entre opérateurs économiques. Sont également prohibées et pénalement sanctionnées la revente à perte, le non-respect des délais de paiement réglementés, le paracommercialisme, les prix minimum imposés. Le non respect du formalisme prévu à l'article L 441-7 du code de commerce est également pénalement sanctionné.

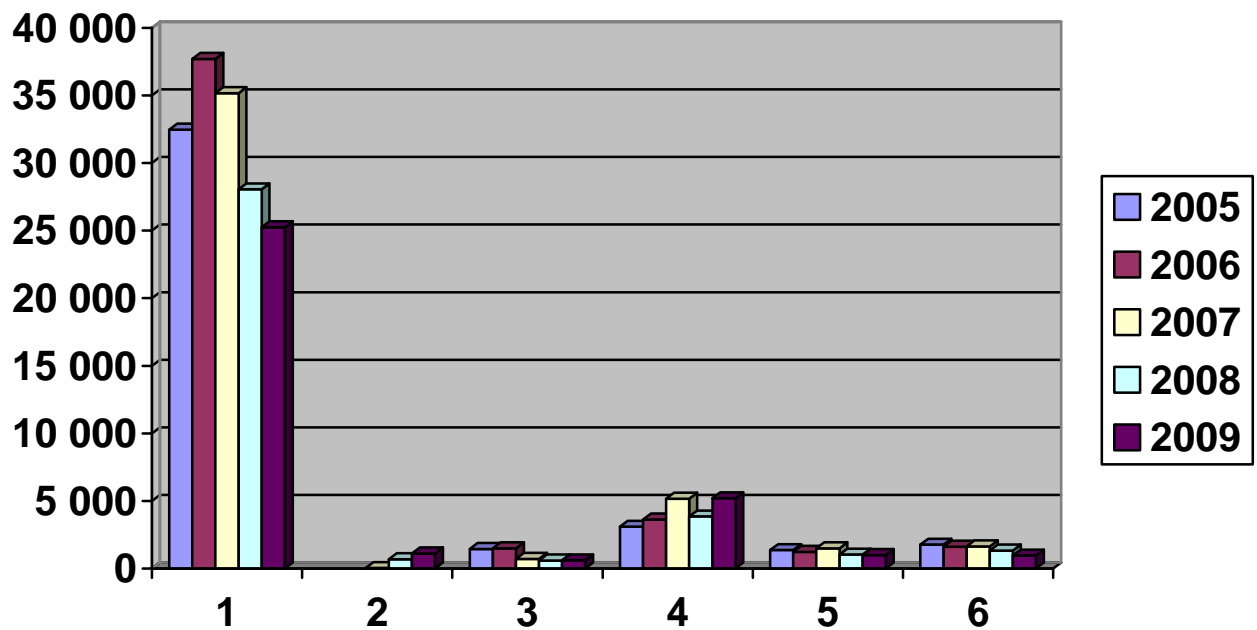
I. Eléments chiffrés

Des infractions sont constatées chaque année par les agents de la DGCCRF, ce qui justifie l'établissement d'un procès verbal et sa transmission au parquet pour poursuites pénales éventuelles.

Afin d'évaluer les résultats de l'action de contrôle et ses suites contentieuses sur la période 2005-2009, il est opportun d'analyser quelques éléments statistiques. Il convient à ce titre de signaler que les dispositions légales contrôlées par la DGCCRF ont évolué depuis 2005. Il en est ainsi des dispositions relatives à la signature de convention entre fournisseurs et distributeurs. Initialement intégrées dans le corps de l'article L. 441-6 du code de commerce, elles bénéficient aujourd'hui d'un article spécifique, l'article L. 441-7. Sur la période 2005-2009, de nombreuses décisions pénales ont été prises sur le fondement de l'article L. 441-6. Parallèlement, les outils statistiques en vigueur à la DGCCRF ont évolué : avant 2008, ils ne permettaient pas d'isoler de manière précise les procédures relatives au non-respect des règles contractuelles. Entre l'entrée en vigueur de l'article L. 441-7, le délai nécessaire aux explications à l'attention des professionnels, les premiers contrôles puis les sanctions et les évolutions des outils statistiques de la DGCCRF, les chiffres relatifs à la convention unique sont en fait significatifs à compter de l'année 2008. Les décisions intervenues antérieurement ayant souvent pour fondement l'article L. 441-6.

Nombre d'actions de contrôle

L'évolution du nombre d'actions de contrôle est étroitement corrélée avec les priorités fixées aux services de la DGCCRF. Le nombre d'actions de contrôle des dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce augmente depuis 2007 et traduit la montée en puissance du dispositif. Il en va de même, s'agissant des délais de paiement dont l'évolution révèle une volonté politique forte. En dehors de ces sujets, la diminution du nombre d'actions de contrôle est notamment liée à la montée en puissance du contentieux civil. Le graphique ci-dessous illustre l'évolution quantitative des différentes thématiques de contrôle des services de la DGCCRF : facturation, convention, revente à perte, délais de paiement, prix minimum imposé et paracommercialisme.



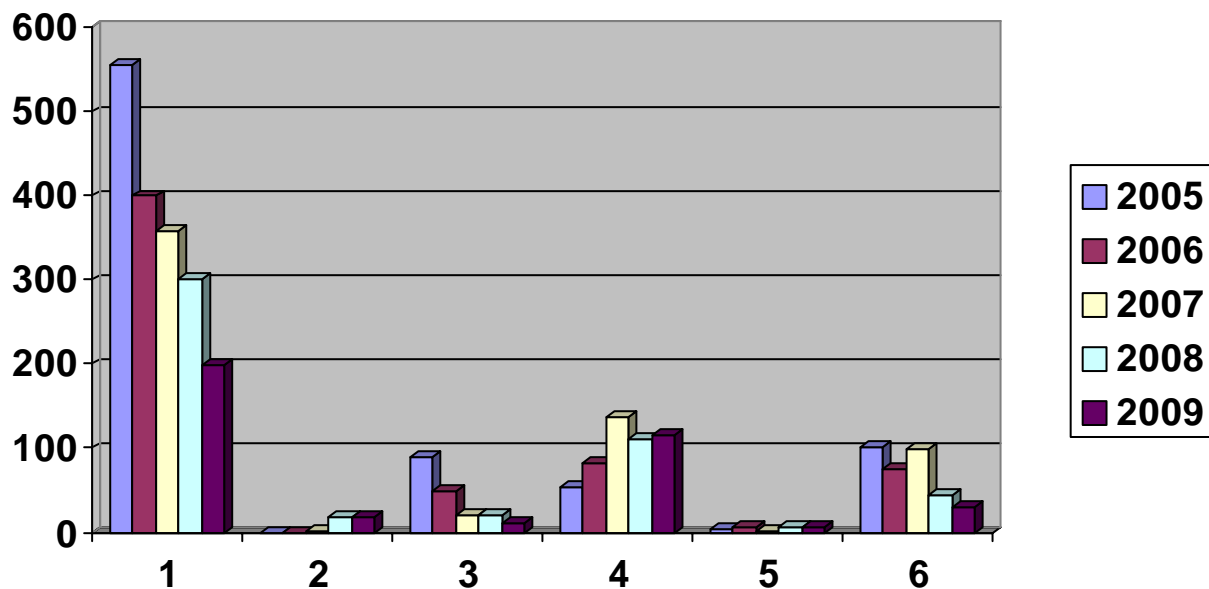
Légende :

- 1 : facturation
- 2 : convention
- 3 : revente à perte
- 4 : délais de paiement
- 5 : prix minimum imposé
- 6 : paracommercialisme

Nombre de PV par infraction

L'analyse relative à l'évolution des actions de contrôle est transposable à celle de l'évolution du nombre de procès verbaux.

S'agissant des règles de facturation, l'évolution du nombre de PV sur 5 ans est à la baisse, avec une division par 2,5 de ce nombre. Le constat est identique en matière de revente à perte ou de paracommercialisme. En revanche, les délais de paiement et la convention unique connaissent une légère mais néanmoins notable montée en puissance. Au total, lors de l'année 2009, 377 procès-verbaux ont été établis dans le secteur des PCR.

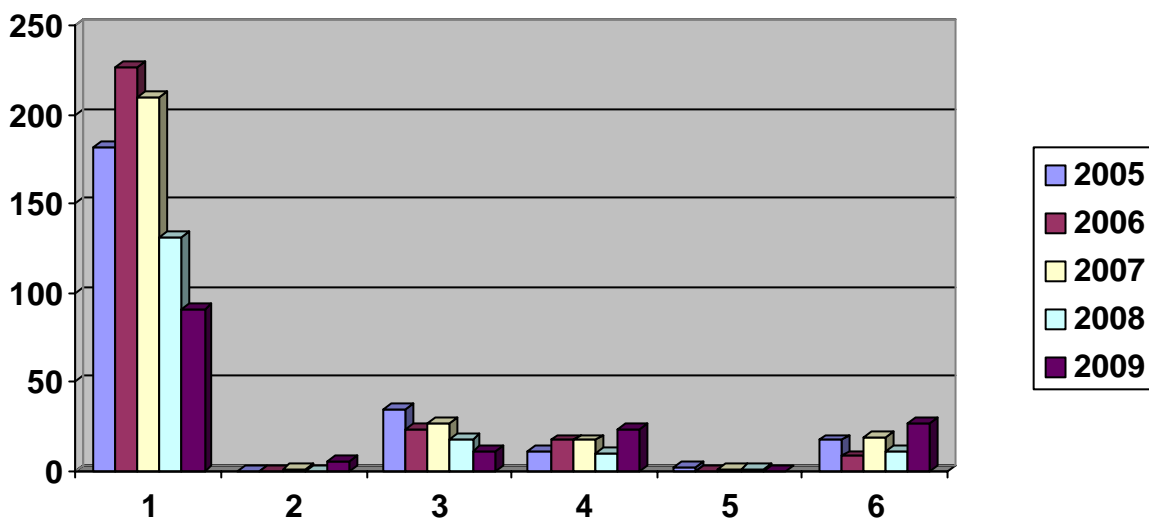


Légende :

- 1 : facturation
- 2 : convention
- 3 : revente à perte
- 4 : délais de paiement
- 5 : prix minimum imposé
- 6 : paracommercialisme

Nombre de jugements (audience classique)

Le nombre de jugements tend également à diminuer, tout particulièrement depuis 2007, pour deux types de raisons. D'une part, c'est une conséquence de la baisse du nombre de procès verbaux (avec l'effet de décalage dans le temps entre la rédaction du procès verbal et la décision du tribunal). D'autre part, cette diminution du nombre de jugements s'explique également par la montée en puissance de la transaction (voir ci-dessous). En 2009, 157 dossiers ont abouti à un jugement.

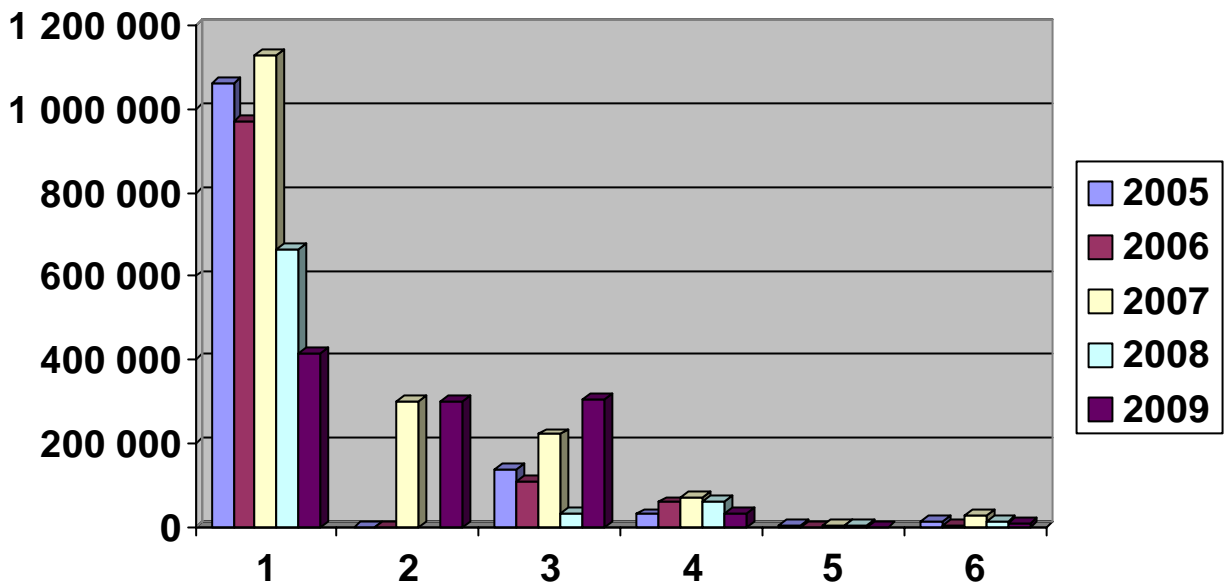


Légende:

- 1 : facturation
- 2 : convention
- 3 : revente à perte
- 4 : délais de paiement
- 5 : prix minimum imposé
- 6 : paracommercialisme

Montant des amendes

Le montant global des amendes est également en diminution (suivant en cela la baisse du nombre de jugements), avec cependant des évolutions différentes suivant les thématiques de contrôle. En matière de facturation, le montant total d'amendes est ainsi passé d'environ 1 100 000 € en 2007 à 650 000 € en 2008 et 400 000 € en 2009. Les infractions relatives aux délais de paiement ou au paracommercialisme connaissent une évolution similaire. En revanche, le montant des amendes en matière de convention unique ou de revente à perte est en augmentation depuis 2005. En outre, il convient de préciser que le montant des amendes a parfois été intégralement imputé sur la facturation, alors que la décision en cause concernait également la convention unique. Le montant des amendes prononcées en matière de convention unique pourrait donc être en réalité légèrement plus élevé. Au total en PCR, le montant des amendes pour l'année 2009 se monte à 1 066 734 €



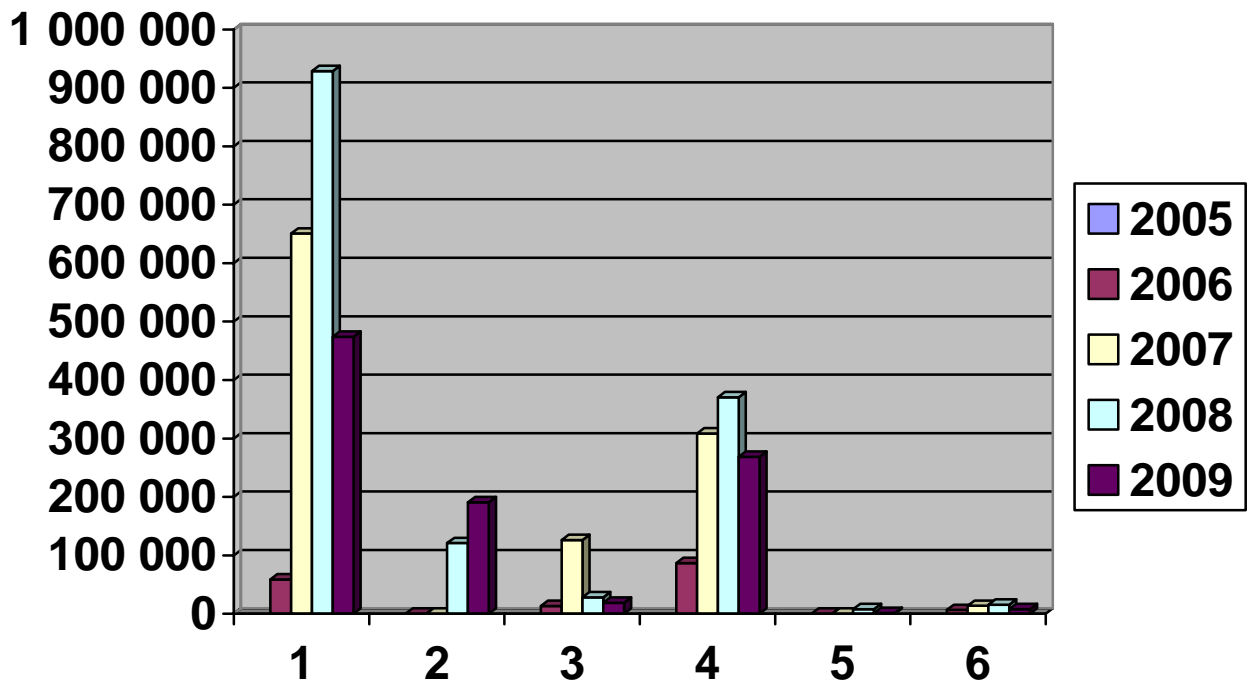
Légende :

- 1 : facturation
- 2 : convention
- 3 : revente à perte
- 4 : délais de paiement
- 5 : prix minimum imposé
- 6 : paracommercialisme

Montant des transactions

L'évolution des transactions est également significative : après une montée en puissance jusqu'en 2008, elle connaît un tassement en 2009, et confirme le ralentissement global de

l'activité contentieuse en matière pénale PCR. En 2009, 193 dossiers ont été conclus par des transactions, pour un montant total de 962 100 €



Légende :

- 1 : facturation
- 2 : convention
- 3 : revente à perte
- 4 : délais de paiement
- 5 : prix minimum imposé
- 6 : paracommercialisme

II. La facturation

Les règles relatives à la facturation sont prévues par l'article L. 441-3 du code de commerce, qui dispose que « tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.

La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé ».

En cas de non respect de ces règles, le professionnel - personne physique- risque :

- une amende de 75 000 euros ;
- ou une amende pouvant être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

Les personnes morales peuvent également être déclarées responsables pénalement. Dans ces cas, les peines encourues sont :

- une amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, soit un montant maximum de 375 000 €;
- la peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article 131-39 du même code.

L'article L. 441-3 fait preuve d'une grande stabilité, comparativement aux autres dispositions applicables en matière de PCR pénales.

Les cinq années couvertes par ce bilan ont mis en évidence le rôle central joué par la facturation. Le recours fréquent à l'article L. 441-3 du code de commerce s'explique par l'importance des objectifs poursuivis dont le non respect peut entraîner de lourdes sanctions. En outre, le champ d'application très large du texte permet d'engager de nombreuses procédures contentieuses (I). Le juge s'est attaché plus particulièrement à la consécration de l'indépendance de la facture, et à l'affirmation de la nécessité d'y porter des mentions précises (II).

A : objectifs et champ d'application

Durant ces cinq années, le juge a fréquemment rappelé les objectifs fondamentaux dévolus à la facture dont le non respect a parfois été sévèrement sanctionné (1). Le contentieux a été abondant et a confirmé le champ d'application très large de l'article L. 441-3 du code de commerce (2).

1 : Des sanctions importantes justifiées par des objectifs fondamentaux

Les objectifs importants assignés à la facture se traduisent par des sanctions élevées en cas de non-respect de l'article L. 441-3 du code de commerce.

a : les objectifs

En imposant un strict formalisme en matière de facturation, le législateur a entendu non seulement introduire plus de transparence dans les relations entre professionnels, mais encore, faciliter le contrôle, par l'Administration, de la licéité des transactions.

Ainsi, les juges de la cour d'appel d'Amiens ont rappelé dans une décision très argumentée que l'exigence de transparence en matière de relations commerciales permet de « *favoriser une concurrence saine et loyale* » (CA Amiens n° 406 du 2 mai 2007).

CA Amiens n° 406 du 2 mai 2007 (Définitif) : non-communication des conditions de rémunération, facturation non-conforme : en matière de coopération commerciale. Sur la facturation, le juge rappelle **la volonté du législateur** « *d'assurer, au travers d'obligations formelles, la transparence dans les échanges économiques et de favoriser une concurrence saine et loyale* », « *le législateur entend que la nature de la prestation et ses caractéristiques puissent être mises en rapport avec le prix pratiqué en contrepartie, et par-là même favoriser une négociation commerciale la concernant* ». Le juge confirme la culpabilité de la personne morale.

La transparence des factures permet aux parties de mesurer leurs engagements respectifs. C'est ce qu'a affirmé la cour d'appel d'Angers le 14 août 2007 : « *les factures étaient relatives à des prestations*

dont la dénomination imprécise et vague ne permettait pas d'en déterminer ni la réalité ni la portée des engagements contractuels souscrits » (CA Angers n° 419 du 14 août 2007).

Les juges ont également insisté sur l'importance des « *dispositions du code de commerce dont l'objectif est d'assurer le rôle d'instrument de preuve et de contrôle des factures et au-delà de faire respecter la transparence voulue par le législateur en faisant obstacle à la fraude* » (CA Caen n°07/568 du 10 septembre 2007. La Cour de cassation, le 15 mai 2008, n° M07-87.139 F-D, a confirmé cette décision). De même, la cour d'appel de Bordeaux analyse ainsi le dispositif : « *aussi bien la lettre que l'esprit de l'article L. 441-3 tendent à faire assumer à la facture le rôle d'un instrument de preuve et de contrôle* » (CA Bordeaux du 26 septembre 2006).

b : sanctions

Le juge sanctionne parfois sévèrement les infractions aux règles de facturation. Par exemple, la cour d'appel d'Angers (n° 419 du 14 août 2007, précité) a condamné une centrale régionale d'achats pour avoir effectué des achats de produits ou des prestations de services sans facture conforme. La représentativité des factures par rapport aux échanges commerciaux annuels avec les fournisseurs concernés, se situe entre 76,90% et 100%. Ce constat justifie le prononcé d'une lourde sanction (80 000 € d'amende), pourtant amoindrie par rapport à la décision de 1^{ère} instance, qui avait prononcé une amende de 375 000 €

Cette sévérité doit s'appréhender au regard des objectifs assignés à la facture. Ainsi, selon le **TGI de Saint-Nazaire** (dans deux arrêts du 16 décembre 2005), « *le montant des sommes en jeu et le fait que ce type d'agissement conduit nécessairement à un manque de transparence des transactions commerciales* », justifie que soit « *prononcé une forte amende* » (10 000 € dont 5 000 € avec sursis) à l'encontre du dirigeant coupable.

Le juge nuance néanmoins sa sévérité envers les personnes physiques en recherchant la personne réellement responsable. Il écarte les délégations de pouvoirs, nombreuses dans le secteur de la grande distribution, lorsqu'elles se révèlent artificielles, et retient la responsabilité du délégant. C'est le cas notamment lorsque la délégation est « *rédigée en des termes trop généraux* » (TGI Bayonne, 13 juin 2006) ou s'il est prouvé que le délégant a participé personnellement et de manière active à la commission de l'infraction (TGI Rodez, 14 juin 2006) ou encore, si le délégant a la maîtrise globale des opérations commerciales, la facturation non conforme résultant de directives générales données par les organes de direction de la société (TGI Dijon, 23 mai 2006).

TGI Dijon, 23 mai 2006 : le directeur d'un magasin de la grande distribution ainsi que la société qui le gère sont poursuivis pour avoir délivré des factures ne permettant pas d'identifier avec précision la nature des prestations facturées. Le directeur du magasin ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une délégation de pouvoirs au profit du responsable département produit frais. Le juge relève en effet que la personne visée n'avait en charge que la vérification de la régularité des facturations émises par les fournisseurs. Il ne lui incombait donc pas de contrôler la régularité des factures émises par son propre employeur. L'intervention du directeur du magasin dans la conclusion des contrats fondant les factures de coopération commerciale est retenue par le juge comme la preuve qu'il avait la maîtrise de la globalité des opérations commerciales. Les juges soulignent de plus que cette manière de procéder (facturation non conforme car trop imprécise) résulte de directives générales données par les organes de direction du groupe. Sanction : personne physique amende de 1 000 €, personne morale : 6 000 €

Il s'attache à déterminer une responsabilité personnelle qui ne se déduit pas du simple pouvoir de direction dans le cadre de la facturation, la personne physique devant être à l'origine des irrégularités constatées (CA Nîmes n°07/563 du 29/06/2007). Il s'attache à rechercher la liberté d'action effectivement détenue par la personne physique poursuivie.

Enfin, le juge distingue, pour écarter des délégations de pouvoirs, ce qui relève de l'initiative des prévenus personnes physiques et ce qui relève de la « politique générale du groupe ». Ainsi, le TGI de

Limoges (2 juin 2006) écarte les délégations de pouvoirs invoquées car « *la multiplication des faits et le montant des sommes concernées attestent de la mise en œuvre délibérée d'une véritable politique commerciale destinée à porter atteinte aux règles de la concurrence* ».

Le juge sera parfois conduit à faire preuve d'une certaine clémence dans le prononcé de la sanction à l'encontre de la personne morale ayant fait preuve de volontarisme dans la mise en œuvre des obligations légales, et ayant rencontré des obstacles objectifs au respect des prescriptions légales. Ainsi, la cour d'appel d'Amiens confirme la culpabilité de la personne morale retenue en première instance mais réduit sa sanction en raison de l'absence de nouvelles plaintes à son encontre et du fait que les agissements incriminés ont suivi de quelques mois l'instauration par la loi du 15 mai 2001 « *de pratiques commerciales rénovées, donnant lieu à de réelles difficultés pour leur mise en place immédiate* ».

Mais la tolérance est moindre lorsque la personne morale poursuivie est de taille importante. C'est la position retenue par la cour d'appel de Caen n°07/568 du 10/09/2007, confirmée par la Cour de cassation (**15 mai 2008, n°2769**), qui considère que « *les atteintes aux dispositions légales prévues au code de commerce revêtent une importance particulière qui ne peut être écartée au seul fait que les modifications informatiques nécessaires à la mise en conformité seraient difficiles à mettre en œuvre mais également que les entreprises en cause, très importantes, se doivent d'être immédiatement réactives à l'évolution de la législation* ».

2 : le dispositif

a : champ d'application et règles de forme

Les décisions en matière de facturation concernent des domaines divers. Elles s'inscrivent par exemple dans le domaine de la facturation des prestations de coopération commerciale, mais concernent également les annuaires commerciaux (tribunal correctionnel de Bayonne 3 avril 2008 n°474/2008), des activités non déclarées (tribunal correctionnel de Carcassonne 16/01/2008 n°2008/50 : défaut de facturation pour une activité de garagiste non déclarée), le commerce de la viande (tribunal correctionnel de Bergerac 11 mars 2008 n°334/08)...

L'article L. 441-3 impose l'édition d'une facture dès la réalisation de la vente ou de la prestation de service. Le juge sanctionne fréquemment la délivrance tardive des factures (par exemple : TGI Créteil, 26 avril 2006 ou TGI Lille, 9 juin 2006).

De 2005 à 2009, le juge a fait une application large de l'article L. 441-3 du code de commerce. Il a ainsi sanctionné le fait de ne pas avoir rédigé de facture (par exemple, TGI Rodez du 14 juin 2006), de ne pas avoir délivré les factures (TGI Bayonne, 13 juin 2006).

De plus, pour que la facture puisse jouer son rôle d'outil de transparence et d'instrument de preuve, le juge doit s'assurer que le document mentionne bien toutes les indications nécessaires pour renseigner les parties et l'administration sur la transaction.

Ainsi le juge sanctionne-t-il le fait d'émettre une facture « non-conforme » c'est-à-dire ne comportant pas toutes les mentions rendues obligatoires par l'article L. 441-3. Par exemple : omission du nom des parties, de leur adresse (TGI Cherbourg, 31 janvier 2006), de la date de la vente ou de la prestation de services (TGI Cahors, 16 mars 2006) absence de date, de dénomination ou de prix unitaire de la prestation (CA Agen n°83/07 du 28 février 2007). Le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus (CA d'Orléans 6 mai 2008 n°2008/304) ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services doivent figurer dans les factures (TGI Lyon, 12 mai 2006), la quantité et le poids du produit vendu (viande ; tribunal correctionnel de Bergerac 11 mars 2008 n°334/08). Le juge sanctionne également l'absence de mention du taux des pénalités de retard (TGI Versailles 28/03/2007).

La cour d'appel d'Angers a sanctionné l'émission de factures portant sur des prestations non encore rendues ou sur des services inexistantes puisque non définis contractuellement (CA Angers n° 419 du 14 août 2007).

S'agissant du prix unitaire des produits vendus, (*cour d'appel de Montpellier du 7 mai 2009 n°751*), le juge précise qu'il s'entend du prix détaillé de chaque produit vendu, et non d'un prix global.

Cour d'Appel de Montpellier du 7 mai 2009 n°751 confirmant la décision du **tribunal correctionnel de Montpellier 17 juin 2008 n°08/2111** en première instance pour les trois infractions suivantes : vente liée (relaxe), vente au comptant sans déduction de l'escompte (article L. 311-7 du code de la consommation ; amendes de 1 500 € pour la personne morale et 150 € pour la personne physique), facturation non conforme (amendes de 50 000 € pour la personne morale et 5 000 € pour la personne physique, PDG).

Concernant le délit à l'article L. 441-3 du code de commerce sur la facturation non conforme : Il était reproché à la société [...] de ne pas détailler le prix des logiciels et matériel informatique sur les factures de ventes aux professionnels, et de ne mentionner au contraire qu'un prix global.

La Cour distingue le logiciel et le matériel informatique. Le caractère immatériel du logiciel, dont la fonction est principalement de traiter, classer et faire circuler les données, le soumet à un régime juridique distinct de l'ordinateur, bien matériel. La CA précise que « *l'absence de mention du prix du système d'exploitation mis en place n'est pas constitutive à elle seule de l'infraction poursuivie. Il en va différemment s'il s'agit de logiciels préinstallés qui ne sont pas nécessaires à l'utilisation de l'ordinateur et qui peuvent être acquis postérieurement par l'utilisateur et installés ensuite facilement* ». Or au cas d'espèce « *il n'y a aucune facturation détaillée concernant ces divers logiciels, ce qui interdit non seulement de pouvoir répercuter en comptabilité leur prix précis dans les immobilisations, mais surtout ce qui interdit à l'entreprise de savoir ce que coûte l'ordinateur sans ces logiciels* ».

b : la question de la responsabilité

S'agissant de l'élément intentionnel, la Cour de cassation a posé le principe dans une décision de 1994 en matière de vente sans facture par un commerçant, dans laquelle elle énonçait que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er} du code pénal* » (Cass. crim. 25 mai 1994 –93-85.205).

La cour d'appel de Caen (n°07/568 du 10/09/2007) a estimé que « *l'élément matériel constitué, l'élément intentionnel, comme en matière économique, existe dès lors qu'il y a transgression de l'obligation prévue par l'article 441-3 du code de commerce* ».

Vendeurs et acheteurs

Cette même cour d'appel de Caen rappelle dans une intéressante décision que les obligations de l'article L. 441-3 du code de commerce s'imposent « *indistinctement au vendeur et à l'acheteur, tenus à des obligations réciproques* ». L'obligation de délivrer une facture conforme pèse donc sur le vendeur, mais il incombe à l'acheteur de la réclamer. En 2006, cette disposition, déjà présente dans l'ex-article 31 de l'ordonnance de 1986, avait donné lieu, le même jour, à deux arrêts de la cour d'appel de Rennes.

CA Rennes n° 2105/2006 et n° 2103/2006 du 7 décembre 2006 Non-réclamation de facture conforme

Par deux décisions du 7 décembre 2006, la cour d'appel de Rennes condamne deux fournisseurs de la grande distribution à 10 000 € d'amende chacun pour «facturation non-conforme» de services de coopération commerciale. Le juge d'appel infirme les décisions du 29 septembre 2005 et du 8 décembre 2005 dans lesquelles le TGI de Nantes prononçait la relaxe des fournisseurs, refusant ainsi de sanctionner les destinataires des factures de coopération commerciale. La cour d'appel de Rennes rappelle au contraire que l'obligation de facturation conforme institue à la charge des deux cocontractants des obligations complémentaires et réciproques. L'acheteur doit donc réclamer toute

facture qui ne lui serait pas délivrée dès la réalisation de la vente ou de la prestation de service, et celle-ci doit être conforme aux dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce. Sanction : 10 000 € d'amende pour chacun des fournisseurs.

En outre, les factures doivent être émises en double exemplaires (**tribunal correctionnel de Lille 7/03/2008 n°08/1617-SY**).

Par ailleurs, le juge du TGI de Moulins a rappelé que « *l'absence de récrimination ou de plainte des fournisseurs, dans un contexte de rapports inégalitaires, ne permet pas de conclure à l'absence d'infraction* » (TGI Moulins, 12 avril 2006).

Enfin, en 2009, le **TGI d'Hazebrouck (13 février 2009, n°103/2009, et 16 juin 2009 n°359/2009)** a illustré un point particulier de la réglementation en matière de facturation, qui avait été précisé à l'occasion d'une réponse ministérielle de 1987 (*Rép. Min. A QE n°30677, JOAN Q. 23 nov 1987, p.6436*): un professionnel ne saurait se soustraire à l'obligation légale de facturation lorsqu'il s'adresse à un circuit de commercialisation habituellement destiné aux consommateurs, une grande surface par exemple. A cet égard, il était précisé que les grandes surfaces de vente au détail ont le devoir de procéder à la délivrance systématique de factures dans tous les cas où les achats effectués par un client permettent, de par leur régularité et leur importance, de les identifier comme correspondant à une activité professionnelle.

TGI d'Hazebrouck (13 février 2009, n°103/2009, et 16 juin 2009 n°359/2009) : dans le cas d'espèce, la commerçante poursuivie tenait une frieterie. Elle est condamnée pour avoir effectué des achats sans factures à une amende de 750 €. Mais étaient également poursuivis le dirigeant de la grande surface et la personne morale (*une SAS*) pour défaut de facturation en matière de vente de produits. Le tribunal relève qu'il n'est pas douteux que les quantités très importantes de produits strictement alimentaires et peu diversifiés acquis par la prévenue l'ont été essentiellement pour les besoins de son fonds de commerce et non ceux de sa famille composée de six personnes, contexte qui était connu du chef-boucher du distributeur poursuivi. Le tribunal précise que le vendeur ne peut se retrancher derrière l'absence de demande de facture par l'acquéreur dès lors qu'il a connaissance du contexte professionnel dans lequel agit ce dernier.

La SAS est condamnée à une amende de 1 500 €, le directeur du magasin (à l'époque des faits) à une amende de 750 €.

B : indépendance de la facture et dénomination précise

La dénomination précise et l'indépendance de la facture sont au centre de la jurisprudence.

1 : indépendance de la facture

S'agissant du respect des mentions obligatoires et notamment du descriptif de la prestation, le fournisseur ne peut se contenter de renvoyer au contrat de coopération commerciale : cette règle a notamment été rappelée par le **TGI de Saint-Nazaire** (16 décembre 2005 – 2 arrêts) : « *il ne suffit pas, pour satisfaire aux dispositions légales, que les factures renvoient aux contrats de coopération commerciale sur lesquels elles se fondent* », il faut « *une dénomination précise des services rendus sur la facture elle-même* » (voir dans le même sens : **TGI de Créteil** 16 décembre 2005 : en l'espèce des factures d'acompte mensuel se référaient aux contrats de coopération commerciale. Le juge indique que chaque facture, même d'acompte, doit être analysée isolément et décrire avec une précision suffisante la nature de la prestation pour laquelle elle est émise et la date à laquelle cette prestation a été effectuée. Or, les factures en cause violent cette exigence. Confirmé par CA Paris, 3 novembre 2006).

La DGCCRF a ainsi obtenu gain de cause devant les juges saisis de facturations illicites, notamment en matière de coopération commerciale. Ceux-ci appliquent strictement le droit et n'hésitent pas à

sanctionner les distributeurs : parfois même lourdement, lorsque les manquements sont à grande échelle. Par deux décisions du même jour, le **TGI de Nantes** (29 septembre 2005) a ainsi condamné des centrales régionales à 100 000 € d'amende chacune.

En fin d'année 2006, la Cour de cassation a confirmé très clairement le principe d'indépendance de la facture en ces termes : « *les mentions exigées par l'article L. 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent* » (Cass. Crim. n° 06-82834 du 6 décembre 2006).

Tout au long des 2007, 2008 ou 2009, d'autres décisions sont venues confirmer la position de la Cour de cassation. Ainsi, le *TGI de Clermont-Ferrand n° 1083/07 du 25 avril 2007* rappelle l'indépendance des factures au regard du contrat ou des conditions de ventes quant à l'appréhension de leur précision.

TGI Clermont-Ferrand n° 1083/07 du 25 avril 2007 (appel) : facturation non-conforme en matière de coopération commerciale. **Le juge rappelle qu'il est de jurisprudence constante que le renvoi aux contrat ou aux conditions de vente ne permet pas de pallier l'imprécision des factures.** Ainsi, le juge sanctionne ici l'imprécision des termes « *optimisation du linéaire* », « *stop rayon gamme* », « *mise en avant gamme* ». Il estime par ailleurs que l'expression « *animation produit* » ne correspond pas en l'espèce « *à ce qui est normalement entendu en matière d'animation commerciale* ». Au pénal : la SA est condamnée au paiement d'une amende de 20 000 € Au civil : 10 000 € de dommages et intérêts au bénéfice de l'association de consommateurs.

Pourtant, depuis 2005, plusieurs décisions vont à l'encontre du principe d'indépendance de la facture. Ainsi le TGI de Belfort le 11 mai 2006, dans laquelle le juge, pour justifier l'absence de sanction, note que chacune des factures fait expressément référence au contrat correspondant.

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux le 26 septembre 2006 est également en désaccord avec la jurisprudence dominante en soutenant que les factures ne souffrent d'aucune imprécision dès lors qu'un numéro permet de les rapprocher de façon instantanée des contrats de coopération commerciale. De même, dans un arrêt du 7 décembre 2006, la cour d'appel de Reims estime que « les termes optimisation du linéaire en produits » apparaissent particulièrement claires pour des professionnels dès lors que les factures font référence au contrat (...) ».

Le TGI de Saumur n°41/2007 du 18/01/2007 développe une argumentation similaire, en estimant que « *les contrats et les factures doivent être analysés dans leur globalité* ».

Plus récemment, le **tribunal correctionnel de Draguignan (n°2008/708 du 6 mars 2008)** prononce la relaxe s'agissant de l'utilisation des termes « optimisation du linéaire », « présentation des produits », « mise en avant » ou « suivi du comportement clients », la facturation « visant précisément un contrat donné ».

Le juge du TGI de Niort (*TGI Niort n° 653 / 07BR du 27 septembre 2007*) avait considéré que la référence à un contrat définissant les services rendus garantit une transparence suffisante. Le même jugement se fonde sur les exemples de services donnés dans la circulaire du 16 mai 2003 pour estimer que les termes « *présence dans les linéaires* » constituent une dénomination précise au sens de l'article L. 441-3.

TGI Niort n° 653 / 07BR du 27 septembre 2007 : facturation et contrat de coopération commerciale. Sur la conformité des factures, le juge, rappelant les **exemples de services donnés dans la circulaire du 16 mai 2003**, estime que les termes « *présence dans les linéaires* » constituent une dénomination précise au sens de l'article L. 441-3. Pour en venir à cette conclusion, le juge relève que le code de commerce n'impose pas « *une description de la nature ou des caractéristiques de la prestation* ». Il souligne également que la plupart des factures font **référence à des services définis dans les contrats de coopération commerciale** correspondants. Il s'agit là d'une démonstration en opposition avec la jurisprudence dominante en la matière. De plus, le juge estime qu'il est satisfaisant au regard des

dispositions de l'article L. 441-3 que les factures ne mentionnent pas les produits objets de la prestation mais renvoient pour cela à une liste en annexe. La personne physique et la personne morale sont respectivement condamnées au paiement d'une amende de 500 € et 2 000 € pour les factures qui ne comportent aucune dénomination précise et ne renvoient pas à une liste en annexe.

Mais quelques mois plus tôt, le *TGI Lorient n° 429 / 07 du 15 février 2007* avait adopté une position contraire et écarté la référence à la circulaire de 2003, utilisée pour justifier la mention « mise en avant » dans les contrats et sur les factures.

TGI Lorient n° 429 / 07 du 15 février 2007 : facturation non conforme, contrats de coopération commerciale non conformes. Pour sa défense, le prévenu invoque la circulaire du 16 mai 2003 qui évoque la notion de « mise en avant ». Le juge ne suit pas cette argumentation et rappelle que « une circulaire est un document trop général pour que le vocabulaire utilisé soit transposé dans les contrats sans précision particulière ». Ainsi, en l'espèce, les termes « optimisation gamme saucisserie été et exclusivité terrine » sont trop imprécis au regard de l'article L. 441-3. Pour la personne physique : 2 000 € avec sursis. Pour la personne morale : 6 000 € avec sursis.

De même, la cour d'appel d'Orléans a réaffirmé le caractère indépendant de la facture par rapport aux documents qui la fondent (CA d'Orléans, 6 mai 2008, n°2008/304).

Le principe, affirmé par la Cour de cassation, reste donc qu'il ne suffit pas que la facture renvoie à un document plus précis pour être conforme aux dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce.

2 : exigence de précision

a : dénomination précise en matière de coopération commerciale

L'étude des nombreuses décisions intervenues en matière de facturation permet de mieux cerner ce qu'est pour le juge une dénomination « précise ».

En vertu de l'article L. 441-3 du code de commerce, la facture doit mentionner, entre autres, la dénomination précise des produits vendus et des services rendus. Cette information est en effet essentielle pour que les parties et l'administration soient en mesure d'identifier la transaction objet de la facture.

L'exigence de dénomination précise est particulièrement forte en matière de prestations de services de coopération commerciale. Les mentions portées sur les factures doivent permettre aux parties de déterminer la réalité et la portée des engagements contractuels souscrits (**CA Angers n°419 du 14 août 2007** ; dans le même sens **TGI Nanterre n° 15 du 10 novembre 2006**). L'absence de dénomination précise du service rendu met en doute son existence même. Des factures libellées en termes généraux ne permettent pas d'identifier avec précision la nature des services rendus (**TC Quimper 1/10/2008 n°1693-08**). Le juge va parfois plus loin en exigeant non seulement la dénomination précise des services rendus, mais également celles des produits concernés par ce service (**TC Tulle 24 juin 2008 n°362/2008**).

La Cour de cassation, reprenant l'argumentation développée en appel, rappelle ainsi que « les factures établies par un distributeur pour des prestations de coopération commerciale doivent permettre à l'administration et au juge d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus » (**Cass. Crim. N° 06-82834 du 6 décembre 2006**). En conséquence, bien que l'utilisation de termes techniques soit tout à fait légitime, « il ne saurait être imposé à l'Administration une analyse sémantique des factures ou un interrogatoire de tous les fournisseurs pour rechercher la nature des services rendus » (**TGI Draguignan n° 2006/443 (n° parquet 0316615) et n° 2006/442 (n° parquet 047914) du 23 février 2006**). Le juge exige donc que les termes utilisés soient suffisamment précis

pour que les parties et l'administration soient en mesure d'effectuer un contrôle, notamment au regard du prix pratiqué en contrepartie de la prestation (**CA Amiens n°406 du 02/05/2007**).

Il n'existe pas de critères généraux permettant de définir ce qu'est une dénomination précise. Il convient donc de se reporter aux décisions rendues afin de dresser la liste des mentions qui sont considérées comme insuffisamment précises par le juge. Le juge sanctionne ainsi l'utilisation des mentions « *optimisation de linéaire* », « *mise en avant* », « *nouveautés* » (**TGI Rennes n°07/351 du 26 janvier 2007**), « *stop rayon gamme* », « *animation produit* » (**TGI Clermont-Ferrand n°1083/07 du 25 avril 2007**), « *tête de gondole* » (**TGI Clermont-Ferrand n°1082/07 du 25 avril 2007**), « *optimisation du linéaire* » (**TGI Clermont-Ferrand n°1081/07 du 25 avril 2007**). De même que les termes « *accord de coopération qualité environnement consommateur* » et « *accord de fidélisation* » (**TGI Cahors, 16 mars 2006**), « *amélioration des performances logistiques* », « *enveloppe logistique/enlèvement, aide culinaire* » (**CA Rennes, 7 décembre 2006**), « *amélioration des performances logistiques* », « *le lancement à l'échelon régional de nouveaux produits du fournisseur au cours de la période définie ci-après..* », « *action de diffusion du tronc d'assortiment commun* » (**CA Rennes, 7 décembre 2006**), « *opération avec support catalogue* » et « *mise en avant magasin* » (**TGI Nanterre n° 15 du 10 novembre 2006**), « *présence des produits dans l'assortiment régional adaptée à la consommation locale et recommandée à l'ensemble des* » magasins (**Cass. Crim. N° 06-82834 du 6 décembre 2006**) sont considérés comme trop imprécis.

Parfois, le juge exige la mention des modalités de la prestation (**TGI Brive la Gaillarde n°200700586 du 23 août 2007**).

<p><i>TGI Brive la Gaillarde n° 200700586 du 23 août 2007 (frappé d'appel) : facturation non-conforme et absence de contrat en matière de coopération commerciale. Les factures ne mentionnaient ni la nature de la prestation, ni la date de réalisation de la prestation. Ainsi, les termes « participation publicitaire pour implantation », « participation publicitaire / mise en avant » ou « partenariat » ne sont pas considérés comme suffisamment précis au sens de l'article L. 441-3. Le juge souligne également que « les modalités de la prestation prétendument fournie » n'étaient pas mentionnées sur les factures. Pour la personne morale, magasin distributeur d'articles de bricolage : 5 000 € d'amende avec sursis. Pour le gérant : 2 500 € d'amende avec sursis.</i></p>
--

C'était également le sens de la décision du **TGI de Chartres** (6 avril 2005) qui, en condamnant un distributeur, affirmait nettement que « *la simple lecture de la facture doit permettre à celui qui l'acquiesce de savoir en quoi, quel jour, à quel endroit et selon quelles modalités spécifiques, le cocontractant a rempli ses obligations contractuelles* ». Dans le cas contraire, les factures ne seraient d'aucune utilité en terme de transparence : ainsi le **TGI de Montluçon** (6 juillet 2005) déplore-t-il « *que les factures, en l'absence de dénomination précise et détaillée des services rendus, n'apportent aucune contribution à la transparence attendue d'accords négociés* ».

b : la notion de maintien de gamme

Les accords de gamme ont été l'objet de nombreuses décisions depuis 2005.

Il semble établi que la détention d'une gamme assurant à un fournisseur la présence d'une part très importante ou de l'intégralité de sa gamme dans les rayons des magasins de son distributeur puisse justifier une rémunération de la part du fournisseur. Ainsi la Cour de cassation a confirmé la relaxe décidée par une cour d'appel qui avait estimé, contrairement aux juges du 1^{er} degré, qu'il n'était pas établi que des factures rémunérant des prestations dénommées « *maintien de gamme* » ou « *présence assortiment* » ne correspondaient pas à des prestations justifiant une rémunération particulière de la part du fournisseur (**Cour de cassation n° 07-85156 du 20 février 2008**).

Mais une controverse persiste sur la nature même de la détention de gamme, certaines juridictions estimant qu'il s'agit d'un service spécifique devant être de ce fait facturé par le distributeur. C'est la position adoptée par la cour d'appel de Colmar (**CA Colmar 19 décembre 2008 n°08/01354**). Cette position a été remise en cause par deux décisions de 2009.

CA Colmar 19 décembre 2008 n°08/01354.

Facturation non conforme en matière de coopération commerciale

Infirmation de la décision de 1^{ère} instance et relaxe ; appel sur TC Mulhouse 3/04/2008 (non transmis) (50 000 € amende en 1^{ère} instance).

Le juge se fonde sur une décision de la Cour de cassation du 20 février 2007 (n° de pourvoi 04-20449) « retenant que la détention de gamme par laquelle un fournisseur est assuré de la présence dans les linéaires d'une part très importante ou de l'intégralité de sa gamme de produits constituait une prestation spécifique ». En conséquence, « la licéité des contrats incriminés n'étant plus contestable », la société en cause « n'était pas tenue de faire figurer le prix de sa prestation de coopération commerciale au titre d'un rabais, sur les factures des fournisseurs concernés ». Le juge estime que « dès lors que la détention de gamme assurant à un fournisseur la présence dans les rayons des magasins de son distributeur une part très importante ou l'intégralité de sa gamme constitue une prestation spécifique ».

De même, le tribunal correctionnel de Bar-le-Duc (21/10/2008 n°650/08) estime que la « détention de gamme » par laquelle un fournisseur est assuré de la présence dans les linéaires d'une partie très importante ou de l'intégralité de sa gamme de produits constitue une prestation spécifique pouvant donner lieu en tant que telle à une facturation au titre de la coopération commerciale. En conséquence, le tribunal prononce une relaxe sur cet aspect.

Les notions de « maintien » ou de « détention de gamme », dans la mesure où elles garantissent au fournisseur la présence de l'intégralité ou d'une grande partie de sa gamme dans les rayons du distributeur, ont donc pu être considérées comme un réel service.

En revanche, la notion de « développement de gamme », plus floue, est sanctionnée par le juge (**tribunal correctionnel de Draguignan n° 2008/708 du 6 mars 2008**).

Tribunal correctionnel de Draguignan n° 2008/708 du 6 mars 2008

Facturation non-conforme, non-justification de la conclusion, dans les délais, de contrat de coopération commerciale conforme.

Le juge prononce la relaxe sauf pour l'imprécision de la dénomination «développement de gamme» dont le juge note que le ministère public, «comme les prévenus» considèrent qu'il ne constitue pas un service spécifique.

Condamnation : pour la personne physique : 2 000 € d'amende, pour la personne morale : 10 000 € d'amende.

Une décision du tribunal correctionnel de Tulle mérite cependant une attention toute particulière. Sans remettre en cause l'existence d'une prestation de maintien de gamme rendue par le distributeur au fournisseur, le juge s'attache à la notion même de gamme. Il démontre que cette notion peut en l'absence de précision recouvrir différentes réalités et est donc susceptible en l'état d'induire le fournisseur en erreur sur l'étendue du service rendu. Cette décision s'inscrit dans la logique des exigences relatives à la transparence de la facture et à la dénomination précise des services rendus et des produits concernés par le service. Elle ne nie pas l'intérêt commercial pour un fournisseur de bénéficier d'un service de « maintien » ou de « détention de gamme », mais exige dans ce cas que les produits visés par ce service soient précisés (**tribunal correctionnel de Tulle 24 juin 2008 n°362/2008**).

Tribunal correctionnel de Tulle 24 juin 2008 n°362/2008

Le juge souligne l'absence d'indication de dénomination précise des produits concernés par les prestations de service.

En 2004, la cour d'appel de Rennes (dossier n° 03/01905) était entrée en voie de condamnation pour ce même motif, en constatant que « la nature et la quantité des produits concernés étaient libellées sous des mentions qui ne permettaient pas d'identifier avec précision la nature exacte des produits et les quantités concernées par les services rendus au profit des fournisseurs ».

Le tribunal suit cette même logique, et relève que les factures désignent les produits concernés par la mention « gamme complète ». Or « si cette notion peut paraître pouvoir être définie comme l'ensemble des produits du fournisseur acquis par la société de distribution et qui se trouve visés par la prestation, elle peut également se référer à des sous-ensemble de produits et ne concerner qu'une partie seulement des produits acquis auprès d'un même fournisseur ... ainsi une même mention peut recouvrir des notions différentes et est susceptible d'induire les fournisseurs en erreur sur les produits concernés par le service ».

Condamnation : amendes de 10 000 €(personne morale) et 800 €euros (personne physique)

Le tribunal correctionnel de Bar-le-Duc (21 octobre 2008, n°650/08, déjà cité) avait d'ailleurs précisé « que la seule obligation d'assurer la présence des produits du fournisseur dans l'assortiment, sans autre précision sur les quantités de produit et sur la gamme concernée par cet engagement, ne relève pas de la coopération commerciale ».

Mais en 2009, la cour d'appel de Paris (CA Paris, 30-11-2009), suivant les conclusions de la DGCCRF, a estimé que les prestations de « suivi de gamme » ou de « détention de gamme » n'avaient rien de spécifiques et qu'il s'agissait en réalité « de simples obligations générales résultant des achats et des ventes de produits » qui auraient dû être facturées sous forme de réductions de prix relevant de la facture des fournisseurs. En conséquence, il s'avère que si la détention de gamme est bien une prestation pouvant être rémunérée, elle ne saurait en revanche être rémunérée par le fournisseur sur présentation d'une facture du distributeur, faute d'être une prestation spécifique. Elle doit au contraire être mentionnée en réduction de prix sur la facture du fournisseur..

Le TGI de Toulon, le 13 octobre 2009 (n°MG 3190/09) a adopté une position similaire à celle de la cour d'appel de Paris. Il a constaté l'existence de contrats et factures au titre d'une prestation de service de « *maintien de la gamme* ». Il estime que cette mention ne constitue pas un service spécifique, mais une remise acquise au moment de la vente et directement liée à celle-ci, et devant dès lors figurer sur les factures d'achat. Que le fait d'avoir émis des factures de service de coopération commerciale ne correspondant à aucune prestation s'analyse en définitive comme une remise qui ne figure pas sur les factures du fournisseur, encourageant de ce fait une sanction.

III. La convention unique.

Le dispositif législatif relatif à la contractualisation des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs a beaucoup évolué au cours des dernières années. Les décisions rendues entre 2005 et 2009 sont le reflet de ces évolutions législatives.

L'ancien article L. 441-6 du code de commerce (dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005) imposait de conclure un contrat écrit de « *services spécifiques* », en double exemplaire, détenu par chacune des deux parties. L'article L. 441-7 créé par la loi du 2 août 2005 imposait un plus grand formalisme aux contrats de coopération commerciale. Il énumérait en effet plusieurs mentions devant obligatoirement figurer au contrat : contenu des services, produits auxquels ils se rapportent, date à laquelle ils sont rendus, durée, modalités de leur rémunération. Il définissait par ailleurs les services de coopération commerciale (services qui ne relèvent pas des obligations

d'achat et de vente, rendus à l'occasion de la revente des produits ou services aux consommateurs, propres à favoriser leur commercialisation) et créait la catégorie des services distincts ne répondant pas à cette définition. Par ailleurs, il augmentait de façon significative le montant de l'amende en cas d'infraction.

La réforme initiée par la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs conserve un certain formalisme mais adopte une logique plus englobante puisque les anciens contrats de services (contrats de coopération commerciale, contrat de services distincts) sont remplacés par un contrat portant non seulement sur les services rendus par les distributeurs mais aussi sur l'opération de vente de produits ou de prestations de services. Ainsi, les opérateurs seront à même de négocier les conditions tarifaires permettant le meilleur prix de revente, ce qui devrait profiter au consommateur.

Le formalisme du contrat unique est désormais réduit mais pas totalement supprimé. Ce contrat doit comprendre les conditions de l'opération de vente, c'est-à-dire qu'il doit contenir le résultat de la négociation commerciale relatif aux conditions générales de vente, celles-ci constituant le socle de la négociation commerciale. Il doit également comprendre les services rendus par les distributeurs.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 achève l'écriture de l'article L. 441-7 du code de commerce, en supprimant la notion de services distincts. Elle crée la catégorie des obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur, qui ont vocation à figurer sur la convention unique, et doivent être indiquées sur la facture du fournisseur. En outre, la date limite de conclusion de la convention unique ou du contrat-cadre annuel est fixée au 1^{er} mars, mis à part les produits et services soumis à un cycle saisonnier ou à une période de commercialisation ne correspondant pas à l'année civile qui bénéficient de dispositions spécifiques.

L'article L. 441-7.I. ainsi modifié dispose aujourd'hui qu' « *une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :*

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1 ».

Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I de l'article L. 441-7 est puni d'une amende de 75 000 €

A. La signature d'un contrat comportant des mentions obligatoires :

Il importe de signaler que les juges, malgré les multiples évolutions qu'ont subi les textes, ont dégagé des principes solides et intangibles que doivent respecter les professionnels.

Même lorsqu'ils se fondaient sur l'ancien article L. 441-6 du code de commerce, les juges sanctionnaient les contrats de services spécifiques qui n'indiquaient pas la dénomination précise des services rendus, leur rémunération et la nature exacte des produits concernés, alors que ces exigences relèvent désormais de l'article L. 441-7 du code de commerce issu de la loi du 2 août 2005 (*TGI Amiens, 2 mars 2006 ; TGI Evreux, 26 septembre 2006 ; TGI Créteil, 23 janvier 2006*).

L'entrée en vigueur de l'article L. 441-7 du code de commerce a simplifié la situation. En effet, la loi PME a « consacré » la jurisprudence relative aux services spécifiques. Le texte issu de la loi « PME » disposait clairement que le contrat de coopération commerciale doit mentionner « *le contenu des services et les modalités de leur rémunération, (...) la date à laquelle les services sont rendus, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels ils se rapportent (...), la rémunération du service rendu exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte.* »

Ainsi, la cour d'appel d'Amiens précisait dans une décision du 2 mai 2007 que les dispositions de l'ancien article L. 441-6 n'ont pas été abrogées par la loi du 2 août 2005, mais reprises dans l'article L. 441-7. La cour s'appuyait ensuite sur le principe de non-rétroactivité de la loi pénale pour appliquer les dispositions de l'article L. 441-6 ancien aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005.

CA Amiens n° 406 du 2 mai 2007 (Définitif) : non-communication des conditions de rémunération, facturation non-conforme : en matière de coopération commerciale. Bien qu'il conduise à une réduction de la sanction infligée à la personne morale (50 000 € en 1^{ère} instance, 7 000 € en appel), cet arrêt présente l'intérêt d'être très argumenté sur plusieurs questions relatives à l'application de l'ancien article L. 441-6 et du nouvel article L. 441-7 du code de commerce. Pour rejeter l'argumentation de la prévenue, qui soutenait principalement que le délit prévu par l'article L. 441-6 du code de commerce avait été abrogé par la loi du 2 août 2005, le juge rappelle que l'article L. 441-6 n'a pas été abrogé par la loi du 2 août 2005 mais au contraire que le dispositif antérieur a été repris avec une aggravation de la peine encourue. Les dispositions de l'ancien article L. 441-6, plus douces que celle du nouvel article L. 441-7, doivent s'appliquer aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005. Le juge estime par ailleurs que l'absence de signature des contrats de coopération commerciale équivaut à l'absence d'accord préalable et caractérise ainsi l'infraction aux dispositions de l'ancien article L. 441-6.

De même, en matière de services spécifiques, le juge sanctionne systématiquement l'absence d'un contrat conclu avant la réalisation du service, qu'il fonde sa décision sur l'ancien article L. 441-6 ou l'article L. 441-7 (voir par exemple 2 décisions du **tribunal correctionnel de Millau 19 mars 2008 n°2008/191 et 2008/153**, voir également **tribunal correctionnel de Rennes 25 avril 2008 n°08/153**). Le juge est amené à sanctionner la rédaction de contrats rétroactifs : **TGI Bernay, 17 janvier 2006 ; CA Rennes, 7 décembre 2006**. Ainsi, dans la décision du **TGI de Dragnignan n° 2006/443 en date du 23 février 2006**, le juge sanctionne le fait d'avoir établi des contrats de coopération commerciale postérieurement à la réalisation de la prestation. Pour cela, il rappelle que la circulaire du 22 mai 1984, pour garantir l'absence de discrimination, exigeait déjà que les engagements réciproques soient consignés dans un contrat écrit communicable sur simple demande de l'administration.

Certaines décisions se basent sur les pratiques des professionnels pour relever qu'eux-mêmes ont conscience de la nécessité de conclure un contrat écrit avant la réalisation des services. C'est le cas du **TGI de Lorient n°429/07 du 15 février 2007**. Le juge souligne que « *le fait même que les contrats aient été antidatés implique qu'il (le directeur de la société) avait conscience de la nécessité d'un écrit antérieur à l'exécution des prestations* ».

Le juge a par ailleurs souligné que l'absence de signature des contrats de coopération commerciale conduit à considérer qu'il n'y avait pas eu d'accord entre le fournisseur et le distributeur, et que l'irrégularité de la convention n'étant pas signée par les deux parties équivaut à son absence (**TGI de Toulon, 13-10-2009, n°MG 3190/09**).

En matière de coopération commerciale, un contrat nécessite l'existence d'un service détachable. C'est ce qu'avait précisé la Cour de cassation dans sa décision n° 06-82834 du 6 décembre 2006 (« *un contrat écrit de coopération commerciale doit constater la fourniture par le distributeur à son fournisseur de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et des ventes* »).

C'est ce que relève la cour d'appel de Rennes pour sanctionner le défaut de contrat de prestations de services.

CA Rennes n° 1604 / 2007 du 13 septembre 2007 (pourvoi) : facturation non-conforme, absence ou non-conformité de contrat de coopération commerciale. Le juge rappelle qu'aucun contrat n'a été établi pour 33 des 40 fournisseurs concernés par l'opération promotionnelle, et que les contrats établis pour les autres l'avaient été postérieurement à la réalisation de la prestation et mentionnaient une date de réalisation fautive. Le juge relève que « le distributeur, en élaborant ainsi et en diffusant ce dépliant publicitaire, rendait pour le compte de ces fournisseurs un service spécifique, relevant par conséquent de la coopération commerciale en tant qu'obligation particulière, exorbitante des relations contractuelles habituelles, en contrepartie duquel il était susceptible de se faire rémunérer par ces derniers ».

La sanction est confirmée sur le fond et la peine à l'encontre de la personne morale est réformée pour être portée de 3 000 € d'amende en première instance à 10 000 € en appel.

Nota : la Cour de cassation, le 14 mai 2008, n° M07-87.093 F-D, casse et annule l'arrêt de la cour d'appel de Rennes, aux motifs « qu'il ne résulte pas des mentions de l'exploit que l'huissier ait informé la personne morale par l'envoi de la lettre simple prévue » par l'article 555 du code de procédure pénale.

B. La sanction par le juge de l'imprécision des contrats :

La question des mentions obligatoires est donc clarifiée mais celle du degré de précision attendu, soumise à l'appréciation du juge, reste d'actualité.

Les exigences en matière de formalisme pèsent essentiellement sur la facture, en se basant sur l'article L. 441-3 du code de commerce. Néanmoins, l'article L. 441-7 du code de commerce dresse une liste de mentions devant impérativement figurer sur le contrat, contribuant ainsi à l'objectif de transparence des relations commerciales.

De nombreuses décisions mentionnées dans les développements relatifs aux règles de facturation sanctionnent également l'imprécision des contrats qui les fondent. Elles permettent de cerner la notion jurisprudentielle de « mention imprécise ». Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence relative à la précision des factures semble généralement transposable à la question de la précision des contrats de coopération commerciale : une mention considérée comme imprécise sur facture, sera également considérée comme imprécise sur un contrat. Ainsi, dans des dossiers où les règles en matière de facturation de services spécifiques n'ont pas été respectées, les contrats de coopération commerciale sont souvent inexistantes ou comportent des mentions imprécises (ex, **TGI de Strasbourg**, 11 octobre 2005).

TGI de Strasbourg, 11 octobre 2005

Un distributeur omet de remettre à ses fournisseurs, dans le cadre de la coopération commerciale, des contrats conformes précisant les conditions de sa rémunération en contrepartie des services spécifiques. En l'espèce, l'infraction porte sur la non communication par écrit de certains contrats écrits en double exemplaire, absence de précision de la nature des services spécifiques rendus en mentionnant seulement dans les contrats remis « *mise en avant dans les magasins des produits* ».

Condamnation de la personne physique à une amende délictuelle de 3 000 euros et de la personne morale à 20 000 euros. Jugement définitif.

De même le jugement du **TGI de Moulins** (9 février 2005), qui condamnait une centrale pour établissement de contrats imprécis qui ne comportaient « aucune précision quant aux prestations fournies », « ne mentionn[ait] pas d'obligation exorbitante ni de personnalisation des services faisant l'objet d'une rémunération » ou encore la décision du **TGI de Bordeaux** (7 février 2005 – jugement définitif) qui condamne une enseigne car les contrats ne sont pas renseignés précisément, la prestation spécifique n'étant pas définie ou très générale (ex, animation gamme ; exposition hors linéaires) et le produit est mentionné sous une formule générale comme « un ou plusieurs produits du fournisseur ».

Dans sa décision précitée du 6 décembre 2006, la Cour de cassation sanctionnait un distributeur dont les factures de services spécifiques « sont aussi imprécises que le sont les contrats qui leur sert de support ». Cette décision confirme l'arrêt de la cour d'appel de Riom qui condamnait la personne morale prévenue au paiement d'une lourde amende de 150 000 € en raison « de la puissance d'achat du prestataire, de l'ampleur des faits constatés qui constituent une véritable politique commerciale délibérée visant à opacifier les relations fournisseurs distributeurs ».

Cass. Crim., 6 décembre 2006, n° 06-82834

Facturation non conforme et infractions à l'ancien article L. 441-6 du code de commerce Rejet du pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom du 2 mars 2006 qui avait condamné un distributeur au paiement d'une amende de 150 000 € pour avoir établi des factures et des contrats de coopération commerciale imprécis.

Le juge confirme que les agents de la DGCCRF n'avaient pas à obtenir d'autorisation judiciaire pour procéder à leur contrôle puisqu'ils se sont bornés à demander des documents qui leur ont été communiqués sans qu'ils aient eu à effectuer une visite des lieux.

Par ailleurs, le juge faisant application de l'ancien article L. 441-6 du code de commerce, rappelle que le contrat de coopération commerciale doit constater la fourniture de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des actes d'achat et de vente. Dans le cas contraire, la convention est irrégulière, ce qui équivaut à l'absence de convention. L'imprécision du contrat de coopération commerciale est donc sanctionnée sur le fondement de l'ancien article L. 441-6.

Enfin, la Cour confirme que les mentions exigées par l'article L. 441-3 doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent.

L'amende est portée au maximum légal c'est-à-dire à 50% de la somme facturée, en raison « de la puissance d'achat du prestataire, de l'ampleur des faits constatés qui constituent une véritable politique commerciale délibérée visant à opacifier les relations fournisseurs distributeurs ».

Sanction : 150 000 € d'amende.

Plus récemment, le TGI d'Evry (n°109 du 26 juin 2007) a précisé l'intérêt du dispositif de l'article L.441-7 du code de commerce dans une décision qui se distinguait par la sévérité de la sanction prononcée. La cour d'appel de Paris, le 28 janvier 2009, a confirmé cette décision.

CA Paris, 28 janvier 2009, dossier n°07/11329

Confirme la décision du TGI d'Evry n° 109 du 26 juin 2007

L'affaire était relative à une non-communication par écrit des conditions de rémunération du distributeur, des contrats de coopération commerciale ne précisant pas le contenu des services, des contrats de services distincts ne précisant pas la nature des services. A la fin de l'année 2005, pour ses accords de coopération commerciale, l'enseigne de la grande distribution mise en cause a opté pour la solution du contrat unique. Le juge relève que ces contrats stipulent que les produits concernés par les opérations de coopération commerciale, la date de ces opérations ainsi que leur durée seront définis ultérieurement. Le contrat unique n'est donc pas conforme à l'article L. 441-7 qui impose que ces mentions y figurent. Le juge rappelle à ce propos que l'intérêt du contrat unique est de permettre au fournisseur de « disposer d'un engagement précis et d'un contenu lisible des services rendus sur l'ensemble de l'année, dès la signature de la convention, ce qui n'est nullement le cas » en l'espèce.

Action publique : 150 000 € d'amende prononcée à l'encontre de chacune des 2 sociétés du groupe de distribution, publication. Action civile : 8 000 € de dommages et intérêts au bénéfice de l'association de consommateurs.

Le 28 janvier 2009, la cour d'appel de Paris a confirmé l'amende de 300 000 euros.

Elle précise tout d'abord le droit applicable au jour où elle statue. Elle estime, contrairement à ce qu'invoque et affirme la défense des deux personnes morales poursuivies, que les lois du 3 janvier 2008 et du 4 août 2008 ont maintenu le formalisme applicable aux services propres à favoriser la commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente. Il est jugé par la cour que ces deux lois ne comprenant pas de dispositions nouvelles plus douces concernant la détermination du contenu de la convention, n'ont pas modifié la définition des éléments constitutifs du délit et qu'est maintenue, notamment par l'emploi de la formule « *une convention écrite* » qui « *fixe* », l'exigence de précision de son contenu et non la validation légale dans la convention de considérations imprécises dans le temps ou génériques dans leur contenu.

La Cour estime ensuite que les pratiques commerciales en cause sont l'équivalent d'une violation manifeste de la loi, en ce que le fournisseur paie une prestation devant s'accomplir, selon le bon vouloir du distributeur, et selon des modalités imprécises, inconnues au moment de la formulation du contrat. Plus précisément, elle souligne qu'en prétendant opter pour la solution du contrat de coopération commerciale unique, les sociétés prévenues se sont contentées d'y faire figurer des éléments extrêmement succincts et partiels, et renvoient pour l'indication des précisions permettant véritablement d'apprécier le contenu de la solution promotionnelle proposée, à un document qu'elles s'engagent à adresser ultérieurement au fournisseur, qui lui s'engage irrévocablement, au paiement d'un pourcentage du montant de ses ventes mais qui ne dispose d'aucun élément précis quant aux produits concernés par ces opérations, leur date et leur durée, précisions dont la détermination est en réalité laissée à la discrétion du distributeur.

Elle précise enfin que le fait que la loi du 2 août 2005 et les textes ultérieurs ont été l'objet de prises de positions multiples ou contradictoires, est indifférent, l'exigence de précision ayant été maintenue en des termes clairs dans les rédactions successives de l'article L. 441-7 du code de commerce.

Sanction importante : 300 000 euros (150 000 € pour chacune des 2 sociétés du groupe de distribution). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision par l'enseigne de distribution et sa centrale d'achat.

IV. La revente à perte.

Le délit de revente à perte est constitué par la vente ou l'offre de vente par un commerçant à un prix inférieur au seuil de revente à perte c'est-à-dire inférieur à son prix d'achat effectif défini à l'article L. 442-2 du code de commerce.

L'interdiction faite à tout commerçant de revendre un produit à perte est ancienne et n'a jamais été remise en cause. Depuis la loi de finances rectificative du 2 juillet 1963, les évolutions de la réglementation en la matière ont eu pour but principal de déterminer des modalités de calcul du seuil de revente à perte à la fois pertinentes et simples.

L'évolution de la réglementation en matière de revente à perte tend à diminuer son seuil, de façon à permettre aux revendeurs de diminuer les prix en faveur du consommateur. Cette évolution du seuil de revente à perte (I) n'a pas empêché le juge d'appliquer l'article L. 442-2 avec rigueur (II).

A. Evolution du seuil de revente à perte

Les évolutions du mode de calcul du prix d'achat effectif (A) ont été l'occasion pour le juge d'appliquer les principes fondamentaux du droit pénal (B).

1. Evolution du mode de calcul

L'article L. 442-2 dispose : « *Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation*

de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste ».

L'évolution de la réglementation en matière de revente à perte tend à diminuer le seuil, de façon à permettre aux revendeurs de diminuer les prix en faveur du consommateur. La loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs s'inscrit dans ce mouvement de diminution du seuil de revente à perte. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, le calcul du seuil de revente à perte est modifié afin que tous les avantages financiers consentis à l'acheteur par le fournisseur puissent y être intégrés et non plus une partie comme la loi du 2 août 2005 en faveur des PME l'avait organisé. C'est ce qu'on appelle le « trois fois net ». Le « trois fois net » a le mérite de correspondre au prix réellement payé par le distributeur pour acheter et commercialiser le produit ultérieurement revendu. La définition du SRP devient plus simple et sa signification économique plus évidente. Son introduction est un pas supplémentaire vers une approche plus économique des négociations sur les prix.

La notion d' « autres avantages financiers » correspond à l'ensemble des avantages consentis au client et qui ne sont pas portés sur la facture de vente du produit.

Elle recouvre : l'ensemble des rémunérations perçues par le distributeur ou par le prestataire de services au titre des différents services rendus par un distributeur pour assurer la promotion des produits (aujourd'hui uniquement la coopération commerciale), les réductions de prix conditionnelles, même si la condition n'est pas réalisée au moment du calcul du seuil de revente à perte.

Il convient de noter que les pénalités sanctionnant le manquement d'une partie à ses obligations contractuelles n'entrent pas dans la catégorie des autres avantages financiers.

La responsabilité du calcul du seuil de revente à perte appartient au distributeur à qui il incombe de justifier ce qu'il a imputé au seuil de revente à perte.

La mesure catégorielle en faveur des grossistes est maintenue et permet à certaines catégories d'entre eux de minorer le nouveau seuil de revente à perte par l'application d'un coefficient de 0,9.

La sanction pénale est maintenue (75.000 euros d'amende, porté à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif) et renforcée avec une nouvelle sanction possible (la cessation de l'annonce publicitaire qui peut être ordonnée par le juge pénal dans les conditions prévues par l'article L. 121-3 du code de la consommation).

2. Application du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce au dispositif d'interdiction de la revente à perte :

Au terme de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, « le prix d'achat effectif est 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 et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1^{er} janvier 2006 ». A compter du 1^{er} janvier 2007, pouvait être intégré au seuil de revente à perte le montant des marges arrière excédant 15 % du prix unitaire net du produit.

Cependant, l'article 47 IV de la loi précitée prévoyait que « *l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit selon la disposition en vigueur lors de sa commission* ».

Or les dispositions antérieures de l'article L. 442-2 du code de commerce disposaient que « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* ». Le prix d'achat effectif, et donc le seuil de revente à perte, était ainsi plus élevé sous l'empire de ces anciennes dispositions. Le juge, prenant acte du caractère plus doux de la loi nouvelle, était revenu sur les dispositions de la loi d'août 2005, et a appliqué la loi pénale plus douce. Mais la décision du TGI Evry n° 108 du 26 juin 2007, qui se basait notamment sur les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques et de rétroactivité *in mitius*, a été contestée sur ce point par la cour d'appel de Paris (**28 janvier 2009, dossier n°07/11326**), qui a augmenté le montant de la sanction.

CA Paris, 28 janvier 2009, dossier n°07/11326

Appel du jugement du TGI d'Evry, 26 juin 2007, n°108.

L'enquête avait été initiée par les services de la DGCCRF. Les contrôles se sont échelonnés entre le 4 octobre 2004 et le 25 août 2005 et ont mis en évidence des faits constitutifs d'annonce de revente à perte. La loi du 2 août 2005 ayant modifié le calcul du seuil de revente à perte dans un sens favorable au consommateur, le TGI avait estimé qu'il convenait de relaxer la prévenue (enseigne de distribution) pour les faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, lesquels bénéficient de la rétroactivité *in mitius*. Le juge se fondait notamment sur la ratification par la France du Pacte international sur les Droits Civils et Politiques dont l'article 15 & 1 pose le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce.

La cour conteste cette argumentation : elle rappelle que la loi du 2 août 2005 n'a pas dépenalisé le délit de revente à perte, et a expressément stipulé en son article 47 IV que par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction de revente à perte commise avant le 31 décembre 2006 se poursuivait selon les dispositions en vigueur lors de sa commission. La loi du 3 janvier 2008 n'a pas abrogé l'article 47 IV de la loi du 2 août 2005. La cour estime en conséquence que les juges du TGI devaient faire application de la loi. Elle écarte l'argument fondé sur l'invocation de l'article 15-1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ce texte traitant des sanctions. Enfin, après avoir repris les conclusions déposées par le ministre chargé de l'économie, elle rappelle que l'article L. 442-2 vise à éviter que le procédé de revente à perte ne soit utilisé aux fins de réduire l'offre concurrente par le distributeur qui la pratique. Pour ces motifs, la cour réforme le jugement du TGI en ce qu'il a relaxé la société de distribution pour les faits constatés entre le 4 octobre 2004 et le 23 juin 2005. Elle confirme la décision des premiers juges pour les faits constatés le 25 août 2005.

En conséquence, l'amende est portée de 200 000 à 300 000 euros.

Le 15 décembre 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, la rendant ainsi définitive.

Une décision de la cour d'appel de Montpellier, aujourd'hui définitive, avait suivi le même raisonnement que le TGI d'Evry. A la lecture de la décision de la cour d'appel de Paris confirmée par la Cour de cassation, la décision de la cour d'appel de Montpellier semble aujourd'hui critiquable. En effet, la cour d'appel de Montpellier, pour relaxer le prévenu des fins de la poursuite, fait application de la loi pénale plus douce et constate qu'avec le nouveau mode de calcul, pour tous les produits concernés par le contrôle le montant du prix d'achat effectif est systématiquement inférieur aux prix relevés (CA Montpellier 19 juin 2008 n°941)

CA Montpellier 19 juin 2008 n°941

La CA fait application des nouvelles dispositions législatives issues des lois du 2/08/2005 et du 3/01/2008 (faits constatés sur la période 2004/2005) sur la revente à perte, interprétées dans un sens plus favorable aux prévenus, nonobstant l'article 47.IV de la loi du 2/08/2005, qui précisait que les nouvelles dispositions n'étaient pas applicables aux constatations antérieures au 31/12/2006 (application du principe de rétroactivité in mitius) : « force est de constater que la DGCCRF n'a pas, lors du calcul du seuil du prix d'achat, déduit de quote-part des avantages financiers, consentis par les fournisseurs du distributeur, qui viennent diminuer le prix d'achat effectif...l'élément matériel de l'infraction fait donc défaut ». Relaxe du responsable alimentaire magasin (distributeur), sur appel de la décision du tribunal correctionnel de Montpellier du 16/04/2007 (la personne poursuivie avait été condamnée en 1^{ère} instance, avec dispense de peine ; le directeur du magasin avait été relaxé).
Décision définitive.

B. Champ d'application de l'article L. 442-2 et décisions exemplaires

1. Champ d'application

Des décisions antérieures avaient pu préciser la notion de revente à perte (par exemple, pour apprécier la notion de revente à perte il faut prendre en compte l'économie générale du contrat, Cour de cassation, chambre criminelle, 7 mai 2002 ; l'appréciation de la revente à perte se fait en considération du prix d'achat du lot et non du prix d'achat moyen des stocks, cour d'appel de Douai, 6 février 2003).

En 2006, la Cour de cassation rejetait les pourvois dirigés contre deux arrêts de cours d'appel commentés dans le bilan 2005. Elle confirmait ainsi l'interprétation extensive de l'article L. 442-2 développée par les juges du fond qui avaient condamné une société pour avoir revendu à perte un produit dont elle n'était pas encore propriétaire au moment de la revente. La Cour confirmait également l'arrêt sanctionnant une revente à perte intervenue entre une société et sa filiale à 100 %.

La revente à perte d'une marchandise dont on n'est pas propriétaire au moment de la conclusion du contrat de vente au consommateur final :

La Cour de cassation sanctionne pour revente à perte de fuel domestique une filiale d'un groupe de la grande distribution qui déterminait son prix de revente dès la conclusion du contrat, ce qui pouvait la conduire à revendre en dessous de son prix d'achat alors qu'elle n'était pas encore propriétaire de la marchandise. Cette décision confirme le jugement du TGI de Lille en date du 3 juin 2005 (commenté dans le bilan 2005) et l'arrêt de la cour d'appel de Douai en date du 12 janvier 2006.

Cour de cassation, 6 décembre 2006, n°06-81.947

Revente à perte de fuel domestique

La Cour rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Douai en date du 12 janvier 2006 et qui condamnait une filiale d'un groupe de la grande distribution au paiement d'une amende de 50 000 € pour revente à perte de fuel domestique.

Au moment de la conclusion du contrat entre l'acheteur final et la société incriminée, celle-ci n'était pas encore en possession du fuel. Le prix fixé au contrat était le prix du marché au jour de la transaction. Suite à la conclusion de ce contrat, la société incriminée s'engageait à acheter le fuel, puis à le revendre à l'acheteur final au prix convenu. Ainsi, le jour de la revente, en fonction des fluctuations du marché, le fuel pouvait être revendu à perte. Le juge écarte l'argument développé par la société qui arguait du fait qu'elle n'était pas propriétaire du fuel au moment de la vente et qu'il ne pouvait donc y avoir « revente ».

En appel, le juge développait en effet l'argumentation suivante : le distributeur se procurait la marchandise pour exécuter l'obligation de vendre qu'il avait contractée avec l'acheteur final. Il importe peu que, lors de la conclusion du contrat, il n'ait pas encore été propriétaire de cette marchandise.

La Cour de cassation confirme cette analyse en retenant trois arguments. Le juge rappelle ainsi que

« les opérations d'achat et de revente peuvent être concomitantes », que, d'autre part, « la société, qui n'a pas soutenu avoir agi en qualité de simple intermédiaire, n'a pu revendre la chose d'autrui », qu'enfin « la revente d'une marchandise vendue au poids, au compte ou à la mesure n'est parfaite que lorsque la chose vendue a été pesée, comptée ou mesurée ».

Sanction : rejet du pourvoi, confirmation de l'amende de 50 000 €

La cour d'appel de Douai (n°07/00874 du 9 octobre 2007) a repris cette position de la Cour de cassation, dans le même secteur d'activité.

CA Douai n° 07 / 00874 du 9 octobre 2007 : revente à perte. Le juge constate le désistement des parties de leurs appels. Le jugement de 1^{ère} instance (TGI Lille n° 2883 / 06 MCD du 7 avril 2006) s'inscrivait dans la jurisprudence développée par la Cour de cassation dans sa décision du 6 décembre 2006, n°06- 81.947 selon laquelle, peut être sanctionnée sur le fondement de la revente à perte, la revente à perte d'une marchandise dont on n'est pas propriétaire au moment de la conclusion du contrat de vente au consommateur final. Le cas d'espèce tranché par le TGI de Lille était d'ailleurs le même que celui ayant donné lieu à cette jurisprudence de la Cour : il s'agissait de la vente de fioul domestique au prix du marché tel que constaté au jour de l'offre, ce prix pouvant, le jour de la remise du fioul au consommateur, considéré comme le jour de la vente, se trouver être inférieur au seuil de revente à perte.

La revente à perte entre une société et sa filiale à 100% :

Dans sa décision n° 06-83008 du 22 novembre 2006, la Cour de cassation rejetait le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Douai en date du 20 décembre 2005, qui avait condamné une société au paiement d'une amende de 30 000 € pour revente à perte. La transaction avait pourtant eu lieu entre une société et sa filiale à 100 %.

Cour de cassation, 22 novembre 2006, n°06-81.947

Revente à perte d'articles de sport

La société incriminée, distributrice d'articles de sport, est poursuivie pour avoir, à l'occasion d'une opération promotionnelle, revendu des produits en l'état à un prix inférieur au seuil de revente à perte. La société se défend en arguant du fait qu'elle doit être considérée comme un donneur d'ordre et non un acheteur-revendeur. En effet, l'entreprise fabriquant les produits est une de ses filiales à 100 % et n'a pas d'autre client. La société souligne également qu'elle maîtrise totalement la chaîne de production des produits et que la séparation juridique récente des deux entreprises n'a d'autre sens que comptable et financier.

Pour confirmer les décisions des juges du fond, la Cour retient que le distributeur a acquis les biens d'une personne juridiquement autonome, que les opérations en question sont d'ailleurs enregistrées dans la comptabilité des entreprises comme étant des ventes et que les produits n'ont pas subi de transformation.

Sanction : rejet, confirmation de l'amende de 30 000 €

L'article L. 442-4 définit les exceptions à cette interdiction (liquidation ; fins de saisons ; obsolescence technique ; réapprovisionnement à la baisse ; alignement sur un prix plus bas légalement pratiqué dans la même zone d'activité par les magasins dont la surface de vente n'excède pas 300 m² pour les produits alimentaires et 1 000 m² pour les produits non alimentaires ; produits périssables menacés d'altération rapide, produits soldés).

Pour un exemple de relaxe : TGI de Meaux, jugement du 21 avril 2005 : revente de jouet à un prix inférieur à son prix d'achat effectif majoré des taxes en bradant, lors des périodes légales de soldes certains jouets à des prix inférieurs à leurs prix d'achat. La vente à perte a eu lieu pendant la période terminale de la saison des ventes. Décision définitive.

2. Des sanctions exemplaires

Les manquements aux dispositions relatives à la revente à perte sont des délits punis de 75 000 euros d'amende pour la personne physique et de 375 000 € pour la personne morale. Malgré un champ d'application étendu, l'article L. 442-2 du code de commerce donne lieu à peu de décisions contentieuses et pour un montant souvent peu élevé. Pourtant, une affaire a donné lieu à des sanctions exemplaires.

En effet, en 2007, le TGI d'Evry n°108 du 26 juin 2007 a lourdement condamné une société de grande distribution à une amende de 200 000 euros. Fin janvier 2009, la cour d'appel de Paris a alourdi cette sanction. Alors que le tribunal correctionnel d'Evry n'avait retenu que la revente à perte du 25 août 2005, la cour d'appel de Paris a jugé la société coupable de toute une autre série de reventes ayant eu lieu du 4 octobre 2004 au 25 août 2005. En conséquence, l'amende a été portée de 200 000 à 300 000 €(voir commentaire ci-dessus).

V. Les délais de paiement dont le non respect est pénalement sanctionné.

Pour les acteurs économiques en position de force, l'allongement des délais de paiement constitue une importante source de financement à court terme, au détriment de leurs fournisseurs. C'est à la suite de ce constat que le législateur a décidé d'encadrer les délais de paiement entre professionnels. Cet encadrement s'est concrétisé dans un premier temps par des sanctions pénales en matière de produits alimentaires (article L. 443-1 du code de commerce) ainsi que dans le secteur des transports (article L. 441-6 al.11). en outre, le délai supplétif prévu à l'article L. 441-6 al. 8 est également pénalement sanctionné.

A. Les délais « réglementés » de l'article L. 443-1.

Ayant constaté des abus dans certains secteurs, le législateur avait souhaité encadrer les délais de paiement de certains produits en fixant un délai maximum ne pouvant être dépassé, sous peine d'amende. L'article L. 443-1 est le résultat de cette volonté d'encadrer strictement les délais de paiement.

Au terme de l'article L. 443-1 du code de commerce, « *a peine d'une amende de 75 000 euros, le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur :*

1° A trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du code rural ;

2° A vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;

3° A trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du code général des impôts ;

4° A défaut d'accords interprofessionnels conclus en application du livre VI du code rural et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain ou de décisions interprofessionnelles prises en application de la loi du 12 avril 1941 portant création d'un comité interprofessionnel du vin de Champagne pour ce qui concerne les délais de paiement, à quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture pour les achats de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même code ».

Les sanctions prononcées sur le fondement de cet article sont rarement très élevées. Pour des exemples de décisions : TGI d'Albertville, 7 mars 2005 et TGI de Sarreguemines, 14 décembre 2005¹⁶, TGI de Versailles, 14 mars 2005 : paiement hors délai légal après livraison d'aliments périssables, boissons alcooliques ou bétail ; condamnation de la personne physique à une amende délictuelle avec ou sans

sursis pour des montants d'amende inférieurs à 3 000 euros ; pour l'achat de bétail sur pied destiné à la consommation humaine et de viandes fraîches (TGI Nevers, 14 avril 2006 ; TGI Albi, 5 octobre 2006). Bien que le contentieux des délais de paiement ne soit pas quantitativement important, le juge n'en applique pas moins l'article L. 443-1 avec rigueur. Ainsi, le TGI de Macon rappelle, dans son jugement du 4 octobre 2006, que l'infraction à l'article L. 443-1 est constituée dès lors que les délais prévus ne sont pas respectés.

TGI Mâcon, 4 octobre 2006

Le professionnel ne peut invoquer les délais de traitement bancaire pour expliquer ses retards de paiement. Il lui incombe en effet d'émettre le paiement en temps voulu, en tenant compte de ces délais. Bien que le prévenu invoque l'absence de volonté de nuire, le juge rappelle que la simple négligence manifeste dont le professionnel a fait preuve suffit à caractériser le délit. Le juge justifie la sanction en soulignant qu' « *en raison de l'importance du montant des factures, le retard de paiement a créé la possibilité d'un crédit fournisseur non négligeable* » et que de telles pratiques pénalisent d'autres sociétés et paraissent susceptibles de perturber l'ordre public économique.

Le jugement du **TGI de Bordeaux** (7 février 2005) s'inscrit dans cette logique.

TGI Bordeaux, 7 février 2005.

Dès lors que le dirigeant ne conteste même pas la matérialité de l'infraction, il y a lieu de le déclarer coupable. Peu importe, à cet égard, les explications qu'il avance : l'insuffisance de trésorerie, avancée comme excuse par le dirigeant du magasin, est même considérée par le tribunal comme un aveu implicite, un élément à charge. Malgré la clémence demandée par le gérant, il est condamné à une amende de 15 000 € Jugement définitif.

Une décision du TGI de Brest du 12 juin 2009 (n°1074/2009) a permis de répondre à l'argument avancé par un cabinet d'avocat, qui se basait sur une circulaire de la chancellerie de 2006 pour ne retenir que la responsabilité de la personne morale (au motif que l'article L. 443-1 serait une infraction technique pour laquelle ne serait retenue que la responsabilité de la personne morale). Argumentation excessive, la circulaire en question n'excluant pas la responsabilité de la personne physique.

En effet, dans la circulaire du 13 février 2006 (relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales), le ministre expose les orientations suivantes de politique pénale à mettre en œuvre par les magistrats du ministère public : « *En cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infractions de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilegiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une sanction pénale* ».

Dans cette décision du TGI de Brest, le juge retient la responsabilité de la personne morale et de la personne physique, ce qui démontre le caractère excessif de l'argumentation portée par le cabinet d'avocat. En l'espèce les prévenus ont été condamnés respectivement à des peines de 1 200 € d'amende pour la personne physique et 5 000 € pour la personne morale.

B. Les délais de paiement de l'article L. 441-6.

L'institution d'un délai de paiement supplétif et d'un délai spécifique au secteur des transports

L'article L. 441-6 du code de commerce dispose qu'en l'absence de stipulations contraires « *figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* ».

Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, l'alinéa suivant précise que « *pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane,*

les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture ».

Ces deux dispositions n'ont pas donné lieu à transmission de jugements significatifs.

La sanction par le juge du non-paiement automatique des pénalités de retard.

L'article L.441-6 du code de commerce dispose que les *«intérêts de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire»*. Le TGI de Marmande dans son jugement définitif du 28 septembre 2006, condamne une société exploitant un magasin de la grande distribution et son dirigeant pour ne pas avoir *«crédité les pénalités de retard prévues par les dispositions légales et exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire et ne respectant pas les conditions de vente imposées par le grossiste»*. Malgré son laconisme, ce jugement considère que le non-respect de cette disposition de l'article L. 441-6 constitue une infraction pénale.

TGI Marmande, 28 septembre 2006

La société qui exploite un magasin de la grande distribution ainsi que son directeur financier sont poursuivis pour ne pas s'être acquittés, de leur propre initiative, des pénalités de retard dues à leur fournisseur. L. 441-6 du code de commerce dispose en effet que celles-ci sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Les prévenus sont en conséquence déclarés coupables. Sanction : personne physique : 6 000 € d'amende avec sursis – personne morale : 6 000 € d'amende avec sursis.

Cette décision, qui reste une exception, semble aller plus loin que la lettre du texte. En effet, les dispositions relatives aux pénalités de retard instaurent une obligation formelle, mais ne permettent pas de sanctionner pénalement le non-versement de ces pénalités.

VI. Le prix minimum imposé.

L'article L. 442-5 du code de commerce punit d'une amende de 15 000 € le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien au prix de prestation de service où à une marge commerciale. Les décisions en la matière sont très peu nombreuses.

En 2007 cependant, une intéressante décision du TGI de Versailles est venue sanctionner une pratique de prix minimum imposé dans le secteur de la vente de meubles de salon. Le juge souligne notamment que la pratique de prix minimum imposé entraîne une *« paralysie de la concurrence »*.

Il est souvent difficile de convaincre le juge qu'un prix minimum a été imposé, la frontière avec le prix conseillé étant complexe à déterminer. Au cas d'espèce, le juge se fonde sur un faisceau d'indices, en utilisant les mentions du contrat, l'autorisation préalable nécessaire pour toute remise supérieure à 10 %, et le pré-étiquetage des meubles avec le prix conseillé.

TGI Versailles n° 927 du 29 juin 2007 : prix minimum imposé dans le secteur de la vente de meuble de salon. Le contrat conclu entre l'entreprise incriminée et les établissements revendant ses meubles stipulait qu'il incombait au distributeur de faire « tous ses efforts pour respecter la politique commerciale recommandée par le fabricant » et surtout qu'il lui était interdit d'accorder une remise de plus de 10 % sans en avoir au préalable reçu l'autorisation. Le juge note de plus que tous les meubles étaient livrés pré-étiquetés avec le prix conseillé. Au cours de l'enquête, 3 distributeurs des produits de la société en cause avaient déclaré ne pas être libres de fixer leurs prix. Pour répondre à l'argument avancé par le prévenu selon lequel cette pratique se justifiait par la volonté de préserver l'image du produit, le juge rappelle que c'est « l'une des raisons pour lesquelles les prix imposés étaient autrefois pratiqués et ont été interdits du fait de la paralysie de la concurrence qu'ils entraînaient ». Pour le PDG : 5 000 € d'amende.

VI. Le paracommercialisme

Le terme paracommercialisme recouvre deux infractions distinctes : l'article L. 442-7 sanctionne le fait, pour une association, une coopérative ou une administration, d'offrir des produits ou des services si ces activités ne sont pas dans les statuts. L'article L. 442-8 interdit quant à lui « à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics ». Les infractions aux dispositions prévues aux articles L. 442-7 et L. 442-8 sont punies des peines prévues pour les contraventions de la 5^{ème} classe.

En 2006, deux décisions étaient intervenues en matière de paracommercialisme. Le jugement du TGI de Créteil en date du 26 avril 2006 condamnait, sur le fondement de l'article L. 442-7, le gérant d'une association exerçant habituellement une activité de vente de produits ou services de restauration alors que ces activités n'étaient pas prévues dans les statuts de l'association. La sanction est faible : pour cette infraction, celle de vente sans facture et de défaut d'affichage des prix, le prévenu est condamné au paiement d'une amende de 200 €

Une décision est intervenue en 2006 sur le fondement de l'article L. 442-8 : celle de la Cour de cassation en date du 4 avril. Le juge énonce le principe suivant : « le fait d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public, n'est réprimé que s'il est commis en violation des dispositions réglementaires sur la police des lieux ».

Cass. Crim. n° 05-86290, du 4 avril 2006

La prévenue avait fait stationner sa camionnette sur une place de la commune de Gramat (Lot) pour proposer à la vente des pizzas et des frites. Pour déclarer la prévenue coupable de paracommercialisme, la cour d'appel d'Agen avait retenu que cette activité avait été exercée sans autorisation et hors des lieux et périodes réservés au marché de détail alimentaire par un arrêté municipal du 11 décembre 2000. Le juge du fond relève ainsi que « il n'est pas loisible à un commerçant ambulant d'occuper le domaine public communal à sa guise et, pour le lui interdire, il n'est pas utile au maire de prendre quelque décision administrative le rappelant ».

La Cour de cassation contredit cette analyse en soulignant que « le fait d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public, n'est réprimé que s'il est commis en violation des dispositions réglementaires sur la police des lieux », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Cassation et annulation.

VII. Autres motifs de sanction.

Le juge, pour sanctionner les manquements les plus graves au droit des PCR, n'hésite plus à employer des textes situés hors du code de commerce : code du travail – ou, plus spectaculairement, code pénal.

C'est ainsi que le TGI de Montpellier (9 mai 2005), confirmé par la cour d'appel de Montpellier (24 novembre 2005), avait condamné un montage par lequel le fournisseur rémunérait des sociétés spécialisées dans le merchandising pour que celle-ci envoient du personnel assurer le merchandising du produit fourni. Les directeurs de magasins et les dirigeants des sociétés prestataires ont été condamnés sur le fondement de la facturation illicite – ces diverses opérations n'ayant donné lieu à aucune facturation – mais aussi pour des infractions au code du travail telles que le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre.

Mais surtout, le **TGI de Vannes** (28 juillet 2005) a condamné des pratiques douteuses de facturation sur le fondement de l'article 441-1 du code pénal réprimant les faux et usages de faux. En 2006, la cour d'appel de Rennes a confirmé la décision du TGI de Vannes en date du 28 juillet 2005

CA Rennes du 21 décembre 2006

Faux et usage de faux

Une centrale d'achat diffusait, pour sélectionner ses fournisseurs de légumes, un appel d'offre. Après qu'un fournisseur avait remporté l'appel d'offre à un prix donné, la centrale majorait son prix d'achat (au bénéfice donc du fournisseur) mais rattrapait la différence en imposant au fournisseur de lui consentir une ristourne correspondante à la survalueur. Cette ristourne était « justifiée » par une prestation fictive de coopération commerciale.

L'opération était donc neutre pour ces deux parties, mais elle permettait à la centrale d'achat de justifier de prix d'acquisitions artificiellement majorés et d'augmenter ainsi ses prix de revente aux commerçants indépendants membres du réseau et, in fine, les prix offerts au consommateur. Le juge estime que les factures émises par le fournisseur d'origine « constituent une simulation punissable lorsque les fausses énonciations ont été concertées, avec l'intention coupable de tromper les tiers et de leur porter éventuellement un préjudice ».

Le 25 juin 2008, la chambre criminelle de la Cour de cassation (n° de pourvoi: 07-80261) a cassé et annulé l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Rennes, en date du 21 décembre 2006, mais en ses seules dispositions relatives aux peines prononcées à l'égard de la centrale d'achat et d'un fournisseur. Elle a notamment confirmé que « *pour dire établies les infractions de faux, l'arrêt relève notamment que la société fournisseur a émis des factures comportant l'indication de prix de vente qui ne correspondaient pas à la réalité des transactions et que des factures établies par la centrale d'achat faisaient état de prestations de service inexistantes ; que les juges ajoutent que ces documents ont pour objet de démontrer la réalité et la transparence des prix et des opérations commerciales ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le préjudice consiste en l'atteinte portée à la force probante de ces écrits, la cour d'appel a justifié sa décision* ».

Par ailleurs, en 2007, le juge a fait à nouveau usage de l'infraction de faux, plus précisément de l'usage de faux, en matière de facturation.

TGI Clermont-Ferrand n° 1081/07 du 25 avril 2007 : facturation non-conforme, faux et usage de faux en matière de coopération commerciale. Le juge sanctionne l'imprécision des termes « *optimisation du linéaire* », « *stop rayon gamme* », « *mise en avant gamme* ». Il estime par ailleurs que l'expression « *animation produit* » ne correspond pas en l'espèce « *à ce qui est normalement entendu en matière d'animation commerciale* ». Sur les factures dont la copie avait été remise aux agents de la DGCCRF, des mentions manuscrites avaient été ajoutée afin de rendre la dénomination du service facturé plus explicite. Il n'est pas démontré que le directeur du magasin a personnellement participé à cette altération des factures. Ce dernier est donc relaxé du chef de faux. Cependant, le directeur du magasin ayant déclaré avoir eu connaissance de cette manœuvre avant de remettre les copies des factures aux enquêteurs, il est reconnu coupable d'usage de faux. Au pénal : la société est condamnée au paiement d'une amende de 7 000 €, le directeur du magasin est condamné au paiement d'une amende de 1 500 €. Au civil : 3 500 € de dommages et intérêts versés par la société au bénéfice de l'association de consommateurs.