

# Étude

RLC 3226

## Précision et transparence : une relation aux multiples enjeux dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence et des relations commerciales en général



Par Jean-Michel  
VERTUT  
Avocat à la Cour  
Chargé  
d'enseignement  
à l'Université de  
Montpellier

**Si au plan des principes, un comportement est ou n'est pas transparent, excluant ainsi toute demi-mesure, nombreuses sont les affaires où la solution est débattue. Les problématiques en matière de transparence, tarifaire notamment, générées par le caractère parfois imprécis du contenu des accords et documents commerciaux semblent pourtant infinies et toujours génératrice de contentieux.**

Au plan sémantique, la précision ne laisse aucune place à l'incertitude, au manque de rigueur<sup>(1)</sup>. La transparence, au sens figuré, désigne la qualité de ce qui peut être vu et connu de tous, elle désigne ce qui est clair et sincère, facilement déchiffrable<sup>(2)</sup>. Dans la matière qui nous occupe, transparence et précision peuvent se convoquer l'une l'autre par métonymie. Mais les deux notions ne se superposent pas. Si la transparence impose la précision, l'inverse n'est pas vrai. Ainsi la précision est déterminante pour la transparence, lui est antérieure. C'est son « socle » en quelque sorte<sup>(3)</sup>. Mais cette transparence impose aussi la précision ; elle l'intériorise. Néanmoins, la précision dans les documents et accords commerciaux demeure centrale même

lorsqu'il n'est point question de transparence, à raison de ce que les principes de la transparence sont sous-jacents au droit des pratiques restrictives de concurrence.

Le binôme transparence-précision donne alors lieu à d'intéressants débats. Sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence et, plus généralement, dans le cadre des relations commerciales. Trois arrêts récents illustrent tour à tour le propos en matière de conditions générales de vente, de coopération commerciale ainsi que de relations commerciales contractuelles « ordinaires ». Le point commun de ces arrêts est de souligner, sous différents angles, que la contrainte légale de transparence accentue le degré de précision rédactionnelle et de vigilance comportementale exigée du débiteur de l'obligation de transparence. Selon un séquençage articulé autour du rappel du contexte réglementaire, des jurisprudences rapportées et des enseignements qui peuvent être tirés desdites jurisprudences, nous tenterons ci-dessous, sans prétendre à un traitement exhaustif du sujet, de segmenter, au travers de trois thématiques, la

(1) Par référence à une définition issue du Larousse. V. aussi dictionnaire historique de la langue française, Dictionnaire le Robert, p. 1742, juill. 2010, sous la direction d'Alain Rey.

(2) *Id.* note 1, p. 2349.

(3) Terme emprunté à l'article L. 441-6 du code de commerce, disposant que les CGV sont le « socle » de la négociation commerciale.

problématique de la cohabitation entre transparence et précision.

## I. – La transparence dans la précision

Selon cette première approche, disons que la précision vient en quelque sorte absorber la transparence.

### A. – Dispositif légal

La première manifestation de transparence dans les relations entre professionnels est celle de la communication par le fournisseur de ses conditions générales de vente, dont on sait qu'elles peuvent être catégorielles<sup>(4)</sup>. Souvenons-nous de la circulaire du 16 mai 2003, dite circulaire Dutreil I<sup>(5)</sup>, de même que de la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005, qui rappelaient qu'un grossiste et un détaillant peuvent se voir proposer des conditions de vente différentes et que la communication des conditions générales de vente catégorielles ainsi définie est réservée aux seuls opérateurs relevant de la catégorie concernée. L'article L. 441-6 du code de commerce, dans sa version issue de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, prévoyait que les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories doivent être fixées par décret en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution. Sous l'empire de cette loi, le refus de communication des CGV était encore sanctionné pénalement. Un premier projet de décret avait été préparé et soumis pour avis au Conseil d'État, lequel avait estimé que celui-ci n'était pas assez précis et que dès lors que la loi renvoyait au règlement le soin d'apporter des précisions en matière pénale, le décret devait fixer « *précisément* » les seuils de chiffre d'affaires autorisant la différenciation<sup>(6)</sup>. Partageant l'avis défavorable de la Commission d'examen des pratiques commerciales<sup>(7)</sup> saisie en mai 2006 par le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes lui demandant un éclairage sur la manière dont pourrait être organisé l'encadrement de la différenciation tarifaire, le ministre de l'Économie devait considérer que la fixation par voie réglementaire de l'ensemble des critères autorisant une différenciation des conditions générales de vente n'était ni possible ni souhaitable, et aboutirait à l'inverse des objectifs visés par la loi, en l'occurrence redonner un peu plus de liberté à la négociation commerciale. Le décret sur les conditions catégorielles n'a ainsi jamais vu le

jour. La LME du 4 août 2008 a par la suite supprimé cette référence à un décret et c'est ainsi que, sur cette question, la « précision » est devenue l'affaire exclusive des fournisseurs. Ces derniers déterminent donc, sous leur responsabilité et selon une démarche d'autocontrôle, leurs catégories d'acheteurs, qui doivent répondre à des critères objectifs<sup>(8)</sup>. Depuis 2008, l'atteinte portée à la transparence par un refus de communication n'est en revanche plus pénalisée et se voit sanctionnée au titre des pratiques restrictives<sup>(9)</sup> visées à l'article L. 442-6 du code de commerce, sur le fondement duquel un acheteur peut solliciter la communication des CGV dont il estime relever. C'est dans ce cadre que s'est présentée l'affaire évoquée par la Cour de Cassation ci-dessous rapportée<sup>(10)</sup>. Celle-ci nous conduit à considérer que la transparence dès le premier stade du séquençage de la négociation commerciale, à savoir la communication ou non des CGV, en l'occurrence catégorielle, suppose *ab initio*, que ces dernières satisfassent à une exigence préalable de précision dès leur établissement, donc avant même leur communication. La précision serait ainsi le prérequis de la transparence, sous le contrôle ultime du juge.

### B. – Illustration

Un décret du 19 juin 2009 relatif aux centrales d'achats pharmaceutiques a créé les centrales d'achats pharmaceutiques et les structures de regroupement à l'achat dans le but de faire baisser le prix des médicaments d'automédication, d'accompagner les remboursements de médicaments et la mise en place du libre accès, mais également dans le but de mettre fin aux pratiques de rétrocession de médicaments entre pharmacies d'officine<sup>(11)</sup>. Dans ce cadre, deux pharmaciens d'officines pharmaceutiques avaient créé une structure de regroupement à l'achat (SRA) dénommée « P... », afin de négocier pour le compte d'adhérents auprès des fournisseurs les conditions d'achat de produits commercialisés en officines de pharmacie, ainsi qu'une centrale d'achat pharmaceutique (CAP) dénommée « S... » intervenante en qualité de prestataire logistique. Ces structures sont des acteurs de la distribution de produits pharmaceutiques dont le rôle et la fonction sont régis par le code de la santé publique. Faute de considérer ses conditions commerciales « Officines » (ventes directes fournisseur/officines) applicables à la relation avec ces groupements à l'achat, un fournisseur, la Société « C... », souhaitait appliquer à ces SRA et CAP ses conditions « Grossistes », moins favorables. De là

(4) C. com., art. L. 441-6.

(5) Circ. 16 mai 2003, relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs ; Circ. 8 déc. 2005, relative aux relations commerciales.

(6) JO Déb. Sénat, 21 févr. 2007, p. 1723.

(7) CEPC, avis n° 07-01, relatif à l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME.

(8) CEPC, avis 22 déc. 2008.

(9) C. com., art. L. 442-6, I, 9°.

(10) Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-27.811, publié au Bulletin.

(11) V. en relation avec ces questions l'avis de l'Autorité de la concurrence du 19 décembre 2013 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville (Aut. conc., avis n° 13-A-24, 19 déc. 2013).

découla un contentieux, sous fond de comportements déloyaux reprochés par le fournisseur aux pharmaciens ainsi qu'à la SRA et à la CAP. L'arrêt de la chambre commerciale de mars 2017 est intéressant à examiner sous l'angle de la construction des conditions générales et tarifaires, en l'espèce catégorielles.

En substance, le regroupement (d'officines) à l'achat et la centrale d'achat considéraient qu'elles n'étaient, au fond, que des structures dédiées aux officines pour la négociation et l'achat en commun par l'intermédiaire d'un commissionnaire à l'achat, lesdites officines conservant leur qualité d'acheteuses. Les juges du second degré avaient néanmoins considéré que la SRA et la CAP n'établissaient pas pour autant la qualité sous laquelle elles intervenaient, l'expression « *d'ordre et pour le compte des officines* », que l'on retrouvait notamment dans contrat de commission entre P... et ses adhérents mais encore dans les dispositions du code de la santé publique applicables à ces structures, pouvant selon eux s'appliquer tant à un commissionnaire – étant observé par ladite cour qu'en tout état de cause, le commissionnaire, « *qui agit en son propre nom* », n'est pas le représentant du commettant – qu'à un mandataire. La cour d'appel jugeait ainsi que le fournisseur n'était pas tenu, « *dans ces circonstances, de considérer P... et S... comme commissionnaires à l'achat et de leur accorder les conditions – plus favorables des ventes directes laboratoires «officines»* » et « *était donc fondée à leur appliquer les conditions de vente régissant les grossistes* ». Partant, dès lors que P... et S... n'établissaient pas qu'elles avaient vocation à bénéficier des CGV applicables aux officines, la cour d'appel, confirmant en cela le jugement de première instance, avait rejeté leur demande de voir enjoindre le fournisseur, sur le fondement de l'article L. 441-6 du code de commerce, de leur communiquer ses CGV destinées aux officines<sup>(12)</sup>.

L'arrêt d'appel est cassé. La chambre commerciale, tout en rappelant le principe de la communication obligatoire, en précise sa mise en œuvre : « *Attendu qu'un fournisseur de produits est tenu de communiquer ses conditions générales de vente dans les conditions prévues à l'article L. 441-6 du code de commerce ; qu'il ne peut refuser à un acheteur la communication des conditions générales de vente applicables à une catégorie de clientèle que s'il établit, selon des critères objectifs, que cet acheteur n'appartient pas à la catégorie concernée* ». C'est donc au fournisseur d'établir au vu des critères objectifs qu'il a fixé, qu'il n'est pas tenu à la communication de ses CGV catégorielles, et donc à l'application de certaines conditions commerciales reven-

diquées par l'acheteur, le tout sous le contrôle du juge. Constatant le rejet par la cour d'appel des demandes de P... et S... notamment, de se voir communiquer par C... les CGV applicables aux officines et au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant du manquement à cette communication, la Cour de cassation juge qu'« *en se déterminant ainsi, sans préciser les critères appliqués par la société C... pour définir ses catégories d'acheteurs, lui permettant de retenir que la société P..., qui n'est pas une officine, ne relevait pas de la même catégorie d'acheteurs que les officines et groupement d'officines et relevait ainsi nécessairement de celle des grossistes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». Autrement dit, l'identification d'une catégorie de distributeur ne suffit pas. Il faut en préciser les critères. L'inclusion ou l'exclusion d'un acheteur dans une catégorie donnée, et ce faisant l'obligation ou non de communication des conditions catégorielles et des avantages, notamment tarifaires, qui vont avec, dépend de la précision de ces critères.

## C. – Enseignement : la précision, prérequis de la transparence précontractuelle pour le vendeur

Les rédacteurs de CGV et barèmes d'écart pourront tirer notamment quatre enseignements de cet arrêt sous l'angle de la précision. En premier lieu, la notion de conditions catégorielles, consacrée par la loi du 2 août 2005, en faveur des PME, certes d'un usage commode, peut s'avérer pénalisante pour le fournisseur si elle est prétexte, pour ce dernier, à l'imprécision dans la définition de ses catégories d'acheteurs. On y voit là une obligation d'information précontractuelle<sup>(13)</sup>. Deuxièmement, quand bien même au sein de secteurs de distribution réglementés (ex. : le secteur pharmaceutique où les acteurs de la distribution répondent à des définitions pourtant déjà précises), les précisions sur la qualité de l'acheteur et les catégories de clientèles – et en amont des conditions générales qui leur sont applicables et l'on pense bien évidemment au conditions tarifaires (tarifs, remises et ristournes) – restent déterminantes dans l'efficacité de la politique contractuelle du fournisseur, malgré la souplesse apparente du dispositif de l'article L. 441-6, dont certains fournisseurs ont peut-être abusé. Troisièmement, mais ce n'est qu'un prolongement de l'observation précédente, la construction des barèmes faisant état de critères catégoriels doit être soignée, avec comme préoccupations celles de la régularité, de la précision et de l'anticipation. L'exercice peut s'avérer parfois compliqué à l'heure de l'omnicanalité et du caractère évolutif des modes de distribution. Enfin et

(12) Pour approfondir, v. CEPC, avis n° 17-9, 11 mai 2017, relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats sur l'émission de facture à l'ordre des structures de regroupement à l'achat dans le secteur pharmaceutique. Cet avis s'intéresse au rôle des structures de regroupement à l'achat en tant qu'organismes référenceurs ou en tant que commissionnaires à l'achat.

(13) CGV différenciées : la Cour de cassation précise les conditions d'application de l'obligation d'information précontractuelle, Actualité-dudroit.fr, 25 avr. 2017, Ch. Mathonnière ; CGV différenciées : le refus de communication doit être fondé sur des critères objectifs que le juge doit contrôler, RLC 2017/61, n° 3172.

quatrièmement, même si cela n'est pas évoqué en l'espèce, la problématique de la « segmentation » et de la précision qui s'impose à l'occasion de cette démarche, intéresse aussi la relation intra-catégorielle fournisseur/clients.

## II. – La précision dans la transparence

En réciprocité du mouvement précédent, il semble qu'à son tour, la transparence vienne absorber la précision.

### A. – Dispositif légal

La précision s'impose aussi dans le cadre contractuel. Le titre IV du livre IV du code de commerce, traite « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* ». La transparence, qui fait l'objet du chapitre I du titre IV précité, est réglementée par les articles L. 441-1 à L. 441-9 du code. On y retrouve notamment l'article L. 441-6 sur le contenu des CGV et l'obligation de communication de ces dernières, que nous avons décidé d'évoquer dans notre I-*supra*, par pur parti pris, pour souligner que ce qui constitue le « socle » de la négociation commerciale, bien avant l'intervention de l'accord recherché, a lui-même comme pré requis celui de la précision. Toujours en matière contractuelle, se loge aussi dans ce chapitre I, par exemple, l'article L. 441-7 sur la convention récapitulative qui, s'agissant notamment de son I point 2° en matière de coopération commerciale, et 3° en matière d'autres obligations, « précise » un certain nombre d'éléments (objet, etc.). Les prestations concernées doivent être identifiées de manière claire et précise<sup>(14)</sup>, réalisables et effectivement réalisées. Le manque de précision exposant les contrevenants à des amendes, hier pénales, aujourd'hui administratives, les parties peuvent être tentées de se rassurer par des définitions précises de services, mais qui ne correspondent pas à la réalité et ne relèvent pas d'une prestation de services facturable au titre de la coopération commerciale. On peut en donner un exemple ci-dessous dans le secteur de l'achat-revente de fruits et légumes, où ce n'est pas, une fois n'est pas coutume, le manque de précision qui est sanctionné mais, au vu du contexte, son excès ou à tout le moins des précisions inadéquates au regard d'une coopération commerciale jugée fictive. Un petit rappel des règles de transparence – et de précision – dans le secteur de l'achat/vente de fruits et légumes s'impose.

La contractualisation en matière d'achat-revente de fruits et légumes destinés à être vendus à l'état frais aux consommateurs<sup>(15)</sup>, comme d'autres produits agricoles<sup>(16)</sup>, est entre

autre visée par l'article L. 441-2-1 du code de commerce. Cet article dispose qu'un distributeur ne peut bénéficier de la part de son fournisseur de rémunérations au titre de services rendus à l'occasion de la revente de ses produits, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, que si cette rémunération est prévue dans un contrat écrit « portant sur la vente » des produits par le fournisseur. Autrement dit, pas de coopération commerciale sans contrat au titre de la vente. Ce dispositif<sup>(17)</sup> de regroupement des avantages dans un même document fut de trois ans le précurseur de celui, plus familier, de la convention écrite récapitulative introduite dans l'article L. 441-7 du code de commerce à l'occasion de la loi Chatel du 3 janvier 2008. Le régime général de la convention écrite de l'article L. 441-7 et celui de l'article L. 441-2-1 ont ainsi un lien filial, à ceci près que le régime général est plus explicite ou élaboré – donc plus précis – s'agissant par exemple des mentions obligatoires à prévoir en matière de coopération commerciale. L'article L. 441-2-1 se limite quant à lui à indiquer que le contrat doit comprendre « notamment » les clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et la fixation d'un prix, ainsi que les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier. Point d'indication expresse, comme dans les articles L. 441-7 et L. 441-7-I, de la précision de l'objet, de la date prévue, des modalités d'exécution, de la rémunération des obligations ainsi que des produits ou services auxquels elles se rapportent. On relève en outre que les articles L. 441-7 et L. 441-7-I, et donc leurs exigences en matière de précisions, ne sont pas applicables pour les ventes de produits visés concernés par l'article L. 441-2-1. Mais l'impératif de la transparence et de précision s'agissant de la vente de fruits et légumes frais ne se limite pas aux dispositions du code de commerce. En effet, si la cession est opérée par un producteur (par exemple, un arboriculteur qui vend sa production directement ou *via* une organisation de producteurs intervenant en qualité de mandataire de ses producteurs membres) à son premier acheteur (tels que grossistes ou distributeurs), le code rural et de la pêche maritime apporte sa pierre à l'édifice de la transparence. Sauf quelques exceptions<sup>(18)</sup>, cette contractualisation au niveau « amont » de la filière, ou de premier niveau, doit obéir au dispositif de contractualisation obligatoire intégré par la LMAP de 2010<sup>(19)</sup> à l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime<sup>(20)</sup>,

(14) CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/0236 ; CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786 ; Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-14.620.

(15) À l'exception des pommes de terre de conservation. V. C. com., art. D. 441-2.

(16) La liste des produits visés figure à l'article D. 441-2 du code de commerce.

(17) Issus de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux.

(18) C. rur., art. L. 631-24, IV, al. 2 et 3. Ex. : vente directe aux consommateurs.

(19) L. n° 2010-874, 27 juill. 2010, de modernisation de l'agriculture et de la pêche.

(20) Article modifié depuis lors à plusieurs reprises.

lorsqu'un accord interprofessionnel étendu ou à titre subsidiaire un décret, impose une telle contractualisation. Ainsi, depuis un décret de fin 2010, la contractualisation du code rural est rendue obligatoire pour la vente de fruits et légumes entre producteurs et acheteurs de fruits et légumes destinés à la revente à l'état frais<sup>(21)</sup>. Mais ce régime, bien que spécifique, ne va pas jusqu'à ignorer les règles du code de commerce. L'article L. 631-24 précité fait ainsi expressément référence aux règles de transparence du code de commerce en disposant dans son II que si le contrat prévoit la fourniture à l'acheteur des avantages mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1 du code de commerce (avantages de coopération commerciale ou de services distincts), il comporte des clauses relatives aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Le contrat indique aussi les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier<sup>(22)</sup>. On rappelle enfin l'interdiction depuis la LMAP<sup>(23)</sup> pour un acheteur, un distributeur ou un prestataire de service de bénéficier de rabais, remises et ristournes pour l'achat de fruits et légumes frais. Il s'agit là d'une règle de transparence<sup>(24)</sup>. L'arrêt ci-après illustre – alors même que le contentieux rapporté, comme dans la première affaire évoquée, ne se fonde pas expressément sur les textes relatifs à la transparence mais sur celui des pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du code de commerce – en quoi la précision est un accessoire passif et contraignant de la transparence. Cette précision oblige les acteurs à décrire correctement les obligations souscrites dans le cadre de leurs accords soumis aux principes de transparence contractuelle tarifaire, et à les exécuter dans la mesure de leur description.

## B. – Illustration

Depuis la prohibition des rabais, remises ou ristournes pour l'achat de fruits et légumes frais, les services du ministre de l'Économie veillent à ce que de tels avantages ne soient plus accordés, y compris de manière dissimulée – par contournement de la loi – moyennant le recours à des services de coopération commerciale fictifs ou donnant lieu à des rémunérations de montants disproportionnés<sup>(25)</sup>. Avec la loi Hamon, le manquement à cette prohibition est devenu passible de sanctions administratives<sup>(26)</sup>, mais tel n'était pas le cas à l'époque des faits rapportés, où le non-respect de cette règle relevait de la liste de pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du code de commerce<sup>(27)</sup>, pouvant donner lieu aux sanctions prévues par le III de cet article (cessation, nullité, répétition de l'indu, amende civile). En l'espèce ici rapportée, ayant donné lieu à un arrêt de rejet le 15 mars 2017<sup>(28)</sup>, un grossiste en fruits et légumes présent sur un marché d'intérêt national avait fait l'objet de plusieurs visites de la DIRECCTE au cours de l'année 2011. Les contrôles menés ont amené le ministre de l'Économie à conclure que ledit grossiste s'était livré à des manœuvres vis-à-vis de ses fournisseurs en leur imposant dans des conventions au titre de 2011, des clauses contractuelles de coopération commerciale ne correspondant à aucun service réel et contrevenant aux dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce et d'avoir ainsi obtenu ou tenté d'obtenir des remises, rabais et ristournes interdites en matière de distribution de fruits et légumes. Le ministre avait alors assigné sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce, deux sociétés du grossiste aux fins de les voir condamner pour l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie au titre de la prestation de service de mise en avant des produits sur les lieux de vente. Bien que rédigée avec précision, la clause relative au service de mise en avant sur le lieu de vente physique du grossiste n'en était pas moins fictive. Sur la réalité du service de mise en avant privilégiée devant consister, selon les termes de l'arrêt d'appel, à « *mettre à la disposition du fournisseur un espace clairement séparé, spécialement adapté et exclusivement dédié à ses produits (...)* », la cour devait considérer que cet espace « *ne peut (pouvait) consister en un simple placement sur un rang plus en avant que celui des autres fournisseurs* ». La cour devait au demeurant soulever la contradiction entre le service, tel que décrit dans le contrat, et celui effectivement réalisé, au regard notamment de la particularité des ventes sur un

(21) D. n° 2010-1754, 30 déc. 2010, pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dans le secteur des fruits et légumes, modifié par D. n° 2011-1108, 15 sept. 2011, intégrés aux articles R. 631-11 et suivants du code rural et de la pêche maritime.

(22) C. rur., art. L. 631-24, II, al. 2.

(23) C. com., art. L. 441-2-2. Des réfections tarifaires peuvent toutefois être prévues en cas de non-conformité du produit livré à la commande, en cas d'accord interprofessionnel. Un accord a été conclu à cet effet dans le cadre de l'Interprofession de la filière des fruits et légumes (Association Interprofessionnelle des Fruits et Légumes ou INTERFEL) le 21 mai 2014 pour une durée de trois ans. Il s'applique à tous les fruits et légumes frais, à l'exception de la banane et de la pomme de terre. Cet accord a donné lieu à une note d'information de la DGCCRF n° 2014-190, en date du 25 novembre 2014. L'accord précité étant arrivé à terme le 21 mai 2017, un nouvel accord a été signé le 30 mai suivant pour une durée de 3 ans à compter du 22 mai 2017. Nous tenons à remercier Marine Thomassin, juriste au Service Affaires Publiques et Juridiques, Direction Accords, Économie et Affaires Publiques de l'INTERFEL, pour son aimable communication de ce nouvel accord à pour les besoins du présent article.

(24) Cette prohibition relève du chapitre I « De la transparence » du titre IV du livre IV du code de commerce.

(25) V. à ce propos le communiqué en ligne de la DGCCRF du 18 avril 2016 : Pratiques commerciales des grossistes à l'égard des producteurs de fruits et légumes frais.

(26) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation.

(27) C. com., art. L. 442-6, I, 13<sup>o</sup>, alors applicable.

(28) Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18.381. Rejet du pourvoi contre CA Paris, 15 janv. 2015, n° 13/0832.

MIN : « *Considérant que les sociétés B et B ne contestent d'ailleurs pas le caractère illusoire de cette affirmation puisque, évoquant les pratiques de la grande distribution, elles indiquent que les particularités des MIN font que les prestations telles que placement en tête de gondole sont impossibles et qu'elles ne disposent comme seul moyen que d'identifier les espaces au sein du local par des affichettes et des bandeaux* ». En outre, la précision de la clause, sous l'angle de la continuité de la prestation promise du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre pour la commercialisation de l'ensemble des produits, est aussi contrariée par la réalité du commerce de fruits et légumes, par nature saisonnière, d'autant que l'imprécision des factures émises au titre du service ne permettaient pas de le rattacher aux périodes au cours desquelles il avait été rendu : « *qu'aucune précision ne figurait sur la facture, ni au regard de la prestation, ni de la période de temps, la prestation étant facturée en pourcentage du chiffre d'affaires mensuel ; que dès lors la mention d'un service de mise en avant de façon continue, quand bien même n'aurait-il pu s'exécuter que pendant des périodes limitées liées à la saisonnalité des produits vendus par certains fournisseurs, participe du caractère fictif de la prestation offerte et acceptée par les fournisseurs* ». Ayant enfin relevé que le service devait permettre de « *visualiser et d'identifier aisément les produits de la marque du fournisseur* », alors qu'un très faible nombre de fournisseurs, parmi ceux ayant souscrit à la mise en avant, disposaient d'une telle marque, la cour devait juger que les autres fournisseurs « *n'étaient pas concernés par la finalité même du service* ». In fine, la cour devait considérer « *qu'en tout état de cause, si le seul fait d'être proposé en avant constitue pour un fournisseur un avantage, cette présentation, ne saurait caractériser la prestation contractuellement décrite, à savoir la mise à disposition d'un espace réservé, soigné et identifié, ces trois termes employés signifiant la création d'un espace propre à chacun des fournisseurs, à des soins particuliers dont aurait bénéficié celui-ci et à son identification par les clients ce qui ne pouvait être réduit à la seule attribution d'un rang de présentation* »<sup>(29)</sup>.

### C. – Enseignement : La précision, contrainte essentielle mais non suffisante de la transparence pour l'acheteur prestataire de service

Outre l'intérêt pratique de la solution précitée à l'occasion de la formalisation de la coopération commerciale dans le secteur des fruits et légumes, cette espèce nous procure quelques enseignements s'agissant du binôme transparence-précision. En effet, les services de coopération commerciale doivent être définis avec précision et obéir aux principes de transparence, qui imposent un

certain formalisme. On a vu que la précision exigée pour la formalisation de coopérations commerciales dans le secteur des fruits et légumes destinés à la revente en l'état frais, se distingue de celle, très détaillée au niveau des précisions requises, dans le cadre du régime général de l'article L. 441-7, I, 2<sup>o</sup> ou L. 441-7-I, 2<sup>o</sup>. Les faits rapportés dans l'affaire ci-dessus, qui n'évoquent certes pas frontalement la question du formalisme, sont pourtant indissociablement liés à celle-ci et, vu la précision de la clause analysée, les rédacteurs des conventions examinées se sont très probablement interrogés sur le type de contractualisation applicable aux produits concernés et ont apporté le soin attendu à la clause de coopération commerciale. Mais le formalisme n'est pas une finalité en soi : il ne peut se résumer à un simple « habillage ». Contraint par la transparence, ce formalisme extériorise la convention des parties et permet d'en contrôler les termes au regard de la règle, puis d'en apprécier l'exécution concrète. L'engagement, aussi précis soit-il dans le respect des règles de formalisme et donc de transparence – dont le non-respect est parfois sanctionné<sup>(30)</sup> – doit être consenti et exécuté sans infraction aux règles en matière de pratiques restrictives, et notamment comme en l'espèce, celles de l'article L. 442-6. À ce sujet, au lendemain de la loi Hamon, la DGCCRF a rendu publique son interprétation de l'article L. 441-7 qui dispose que « *une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6 (...)* »<sup>(31)</sup>. Selon les services de Bercy, « *la référence à l'article L. 442-6 vise à rappeler que les obligations auxquelles s'engagent les parties dans la convention doivent écarter toute clause susceptible de contrevenir aux dispositions de cet article (...)* ». La précision de l'Administration a néanmoins ceci de rassurant qu'elle écarte l'amende administrative au titre des pratiques de l'article L. 442-6 qui seraient constatées à l'occasion de la convention écrite. Pour la DGCCRF, en effet, « *cette référence n'a pas pour objet de permettre la sanction d'éventuels manquements à l'article L. 442-6 par la voie de l'amende administrative* ». Souhaitons que cette interprétation soit maintenue lorsqu'il sera question de faire application de l'article L. 441-7-1 (convention avec un grossiste hors produits relevant de régimes spécifiques), L. 441-2-1 (sanctionné pénalement) ou L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime (sanctionné par une amende administrative) – ces deux derniers textes, pour l'heure, ne faisant d'ailleurs pas référence à l'article L. 442-6, même si l'absence de référence à cette disposition n'en exclut pas pour autant son application le cas échéant.

Nous retiendrons donc qu'une précision rédactionnelle inadaptée eu égard au déroulement de la relation

(29) À rapprocher, sur l'opposition entre « Gestion de rayon » et « Mise en rayon », de Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-20.449, Contrats conc. Consom 2007, comm. 125.

(30) C. com., art. L. 441-7, II.

(31) Note d'information DGCCRF, oct. 2014, p. 21.

contractuelle peut participer du diagnostic quant au caractère non réalisable du service promis et, ce faisant, conduire à considérer que celui-ci est fictif. Ainsi, l'article L. 442-6 aurait-il vocation à corriger le zèle d'une transparence artificielle ou d'une précision décalée. Ce faisant, et à la différence de la première branche de notre approche au stade de la transparence précontractuelle, la précision n'est plus un prérequis mais une obligation de la transparence, que les parties doivent ajuster au cas par cas. La précision impose le sur-mesure, ni plus, ni moins.

### III. – La précision au-delà de la transparence

Il s'agira ici de se départir du débat sur la primauté de la précision sur la transparence ou vice versa, pour approcher ces deux notions selon une démarche non plus hiérarchique mais dynamique, voire collaborative. Clôturons donc nos propos sur la cohabitation transparence-précision dans les rapports commerciaux que nous qualifierons d'« ordinaires ».

#### A. – Dispositif légal

Intéressons-nous ici aux relations commerciales nouées en dehors d'une relation de distribution commerciale. Il est vrai que ce sont ces dernières qui ont préoccupé le législateur, le conduisant à concevoir, compléter et préciser, avec une périodicité qui ne se dément pas, les moyens de lutte contre les pratiques abusives, notamment dans les rapports des fournisseurs avec les acteurs de la grande distribution. Il en est d'ailleurs résulté une réglementation parfois considérée comme inadaptée pour certains secteurs<sup>(32)</sup>. Il n'en reste pas moins que ces moyens sont d'application générale et relèvent, selon une typologie un peu dogmatique, soit de la transparence<sup>(33)</sup>, soit des pratiques restrictives de concurrence, soit des autres pratiques prohibées. Ces différents outils, initialement mis en œuvre par le ministre de l'Économie et les juristes et avocats spécialisés, sont ensuite – et plutôt rapidement – utilisés dans d'autres secteurs que ceux pour lesquels ils avaient été imaginés. On pense bien entendu au contentieux de la rupture brutale de relations commerciales établies ou à celui en matière de

déséquilibre significatif. C'est ainsi que l'arsenal de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, corollaire des règles de transparence, se trouve mis en œuvre dans des contentieux auxquels il n'était pas, *a priori*, dédié<sup>(34)</sup>. Et à nouveau, le débat en matière de précision – ici sur les notions employées – refait surface, et préside à la solution du litige. L'arrêt ci-dessous en est un exemple.

#### B. – Illustration

À l'occasion d'un contentieux de rupture brutale de relation commerciale établie donnant lieu, en complément de la demande de réparation du préjudice subi au titre de la rupture, à une demande de restitution de sommes reçues par l'auteur de la rupture, un arrêt récent de la cour d'appel de Paris<sup>(35)</sup> aborde la question des versements « arrières ». Le sujet, on le sait de longue date, peut s'avérer polémique<sup>(36)</sup>. En l'espèce, un sous-traitant sollicitait de son donneur d'ordre la restitution de sommes perçues par ce dernier dans le cadre d'un contrat de sous-traitance. Ce contrat prévoyait que le sous-traitant était tenu de reverser annuellement une « commission » calculée en pourcentage du chiffre d'affaires effectué sur l'année avec le donneur d'ordre, au-delà d'une certaine somme. La demande était présentée, en autres, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de Commerce. Le sous-traitant prétendait que les conditions tarifaires de son intervention étant fixes, il n'existait « aucune raison objective ni de cause juridique justifiant le paiement de la commission » et que son donneur d'ordre avait obtenu au titre de ces « commissions », un « avantage qui ne correspond(ait) à aucun service commercial rendu ». Le donneur d'ordre lui opposait qu'il ne s'agissait que d'une réduction de prix consentie, se traduisant par l'émission d'un avoir, par laquelle le sous-traitant faisait bénéficier son cocontractant d'une partie de la profitabilité au titre du contrat. Il est vrai que le terme de « commission », pouvait prêter à confusion dans la mesure où il évoque plutôt une rémunération<sup>(37)</sup> du donneur d'ordre au titre d'une prestation de service inexistante, donc, pour ce dernier, sans contrepartie. En l'espèce, la cour d'appel juge, sans grande sur-

(32) Des correctifs sont parfois apportés par le législateur, comme à l'occasion de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, créant l'article L. 441-7-1 du code de commerce, censé mieux répondre aux spécificités du commerce de gros que l'article L. 441-7.

(33) Par ex., si les règles relatives aux conditions générales de vente contenues dans l'article L. 441-6 du code de commerce ou sur la facturation de l'article L. 441-3 du même code, se rapportent par nature de la transparence, d'autres règles, telle que celle de l'interdiction des rabais, remises ou ristournes pour l'achat de fruits légumes frais, prévue à l'article L. 441-2-2, peuvent relever d'autres préoccupations que nous n'évoquerons pas ici.

(34) On rappelle par exemple qu'au sein de l'article L. 442-6, l'introduction par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, dite loi Galland, de l'interdiction de rupture brutale d'une relation commerciale établie visait à lutter contre les déréférencements abusifs dans l'univers de la grande distribution. De même, l'instauration dans l'article précité du « déséquilibre significatif » visant à lutter contre les « iniquités » verticales, est contemporaine de la suppression en tant que délit civil de la discrimination et de l'abus de puissance d'achat à l'occasion de la loi du 4 août 2008.

(35) CA Paris, 22 mars 2017, n°14/26103.

(36) J.-M. Vertut, Les négociations d'avantages financiers arrières dans la tourmente, RLDA 2007/12, n° 696.

(37) Ex. : la commission d'un agent commercial (C. com., art. L. 134-5) ou celle d'un apporteur d'affaires. Sur ce dernier point, voir l'avis de la CEPC n° 15-21 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises.

prise, que les sommes litigieuses sont une composante du prix, librement négocié par les parties dès l'origine du contrat, dont les conditions d'attribution étaient définies de manière objective, en contrepartie du chiffre d'affaires octroyé au-delà d'un certain seuil. Il s'agissait d'une ristourne de fin d'année, matérialisée comme il se doit par un avoir émis par le sous-traitant. Soulignons ici l'application à des réductions de prix du mécanisme de contrôle de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> sur les avantages sans contrepartie ou moyennant une contrepartie disproportionnée, alors que l'utilisation de ce dispositif est plus fréquent en matière de services de coopération commerciale faux ou fictifs, ou dont la rémunération est disproportionnée<sup>(38)</sup>.

### C. – Enseignement : la précision dépendante des règles en matière de la transparence dans les relations commerciales

La précision est parfois soumise aux règles de la transparence. À l'instar de la solution rendue en matière de négociation commerciale et commentée au point II *supra*, la précision inadaptée – si tant est que l'on puisse véritablement parler dans l'arrêt ci-dessus de précision alors qu'il semble que l'on soit plutôt face à une erreur de qualification ou une inexactitude – emporte des conséquences pouvant s'avérer fâcheuses pour une partie à une relation commerciale classique à l'origine de laquelle pourtant, l'enjeu de la transparence n'était apparemment pas essentiel. Mais le duo transparence-précision s'invite tout de même au débat au regard des précisions contractuelles.

En l'espèce, la polémique sur la nature des sommes aurait pu être évité, avec le risque de restitution y afférent, du moins pour celui découlant de la licéité ou non de ces versements, par l'emploi du terme « ristourne » dans le contrat.

À raison de ce que le versement des sommes était étranger à toute logique de service, bien en aura pris au donneur d'ordre de ne pas avoir convenu avec son sous-traitant de l'émission d'une facture pour le règlement des dites « commissions ». Il n'en reste pas moins que la précision dans le contrat, de ce que les sommes correspondaient à des commissions a, entre autres, fondé une demande en restitution. Mais plus remarquable est, de notre point de vue, le débat sur la terminologie utilisée au contrat, sous fond de respect des règles de transparence, dans un secteur bien moins coutumier de ce type de contentieux que ce que peut l'être le contentieux des relations de distribution. L'impératif de précision attaché aux règles de transparence se répand ainsi au-delà de son domaine naturel.

### Remarques conclusives

À titre de conclusion générale, disons que de longue date, les relations de distribution et les relations contractuelles sont soumises aux règles de la transparence, omniprésentes en matière de contrats d'affaires. Ces règles sont en outre d'actualité car la transparence est un sujet toujours en vogue<sup>(39)</sup>. Ces règles peuvent s'avérer sinueuses pour les rédacteurs de contrats. La transparence qui permet de voir à travers n'a de sens pour l'observateur que sous l'effet de l'éclairage de la précision. Elle ne saurait se confondre avec le translucide, où le flou grossit les grains de la vérité. Mais gardons-nous d'affirmer, surtout en ce domaine, que précisions et vérité sont synonymes. Nul n'ignore d'ailleurs que l'excès de lumière peut préjudicier à la vision, voir aveugler. Ici comme ailleurs, tout est question de degré. ■

(39) C'est ainsi que le précédent ministre de l'Économie, Michel Sapin, s'intéressait déjà à ces questions dans le cadre de la loi Sapin I (L. n° 93-122, 29 janv. 1993, relative à la prévention de la corruption et à la « transparence de la vie économique » et des procédures publiques). On rappelle que cette loi, en matière de transparence, traitait déjà de la communication des CGV au sein de l'article 33 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu l'article L. 441-6 du code de commerce. Près de 25 ans plus tard, à l'occasion de la loi Sapin II (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative « à la transparence », à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique), l'article L. 441-6 précité vient, une fois encore, d'être modifié. On retrouve aussi cette impératif de transparence dans l'article L. 441-7 du code de commerce, qui fait office d'outil de contrôle des déséquilibres significatifs pour l'Administration. Le contrôle exercé par celle-ci s'opère par comparaison entre les CGV du fournisseur et la convention écrite, selon des propos empruntés à deux auteurs autorisés : J.-Ch. Grall et G. Mallen, *Affaire Galec* : la Cour de cassation confirme que le déséquilibre significatif peut justifier la modification par le juge du prix convenu entre les parties, RLC 2017/61, n° 3186. Citons aussi la transparence imposée par l'article L. 330-3 du code de commerce en matière d'information précontractuelle (loi Doubin). Plus généralement, le devoir d'information de l'article L. 1112-1 du code civil ne confine-t-il pas avec la transparence ?

(38) V. Lettre distrib., sept. 2015, CEPC, avis n°15-24, obs. N. Eréseo.