

# Les principes directeurs des mentions obligatoires en matière de facturation.

1. — La vie économique peut être affectée par des innovations juridiques parmi les moins flamboyantes, les moins commentées en doctrine. Ainsi, les nouvelles pénalités prévues par la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 attachées aux exigences de l'art. 31 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> déc. 1986, à propos des mentions obligatoires sur les factures (1), ont un effet certain sur les politiques de négociations des entreprises en la matière. La presse économique ne s'y est pas trompée, consacrant régulièrement des articles sur ce sujet (2). En effet, les entreprises doivent savoir à quoi elles sont astreintes, d'autant plus que cela peut affecter leur compétitivité par rapport aux autres entreprises relevant de législations moins exigeantes (3). L'instrumentalité, sans doute excessive, du droit économique conduit ainsi à le mesurer aux critères mêmes de son objet.

2. — Mais c'est tout à la fois par souci de prévisibilité dans les politiques des entreprises que par respect du traditionnel principe de sécurité juridique que l'on doit regretter les incertitudes qui demeurent sur cette question des mentions obligatoires en matière de facturation. Cela concerne plus particulièrement ce que l'art. 31 désigne comme les réductions de prix « dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ».

Le peu d'intérêt pour cette question en doctrine, qui fait que les quelques études jusqu'ici consacrées à ce thème n'en sont que plus précieuses (4), tient peut-être au fait qu'elle est perçue comme excessivement pratique et de type réglementaire. Semble l'attester le fait que la production doctrinale quantitativement majoritaire est d'origine administrative (5). Certes, l'ordonnance de 1986 s'assimile à la loi et non au règlement mais elle partage avec ce dernier la caractéristique de n'être pas explicitée par des travaux précédents et publics. Or, on observe que notre système juridique fonctionne comme si une disposition de ce type, contrairement à la loi classique, n'avait pas à se jus-

tifier, l'absence de travaux parlementaires accroissant cette unilatéralité d'une norme technique qui se suffirait à elle-même. L'évolution du système qui semble, en premier lieu, subordonner l'autorité effective des lois à leur capacité à être justifiées, notamment au regard des finalités qu'elles servent, tandis que, en second lieu et dans le même temps, la norme réglementaire, parce qu'en principe moins signifiante, n'a pas à démontrer son utilité, ni même à indiquer son but, est pour le moins paradoxale, si ce n'est contre-nature.

3. — Ainsi, on peut regretter que la facturation n'ait pas davantage préoccupé la doctrine, parce qu'il s'agirait sans doute de détails pratiques, à propos desquels la doctrine se retire, non pas tant par mépris que par ignorance d'un concret insignifiant. Il convient d'affirmer au contraire qu'à travers ces dispositions techniques, voire tatillonnes, ce sont les principes fondateurs de notre système juridique qui sont en cause. Et non des moindres : les principes directeurs de la matière pénale et le principe de cohérence des normes.

4. — En effet, l'art. 31 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986 dispose, entre autres choses, que les factures doivent mentionner les remises et ristournes dont le montant est chiffrable et le « principe acquis ». Les difficultés viennent de là : que signifie cette expression « principe acquis » ? Selon que l'on interprète les termes en cause comme une référence implicite mais nécessaire à la notion de droit acquis, le droit définitivement entré dans le patrimoine, c'est-à-dire en l'espèce la réduction de prix déjà transférée à l'acheteur, ou qu'on leur donne une autonomie telle que ces mots visent précisément le contraire, le droit qui n'est pas encore acquis et dont la perspective seule est posée (comme on dit qu'on viendra « en principe » diner jeudi...), c'est-à-dire en l'espèce une réduction de prix non encore acquise par l'acheteur, on en déduira que l'absence de mention d'une réduction non encore acquise au moment de l'émission de la facture au profit de l'acheteur justifie ou non la poursuite pénale et la condamnation de l'entreprise par un tribunal correctionnel.

5. — Plus précisément, et pour reprendre l'alternative, si l'on retient une interprétation telle qu'une réduction n'est par principe acquise que si elle est définitivement attribuée à l'acheteur, alors son absence de mention ne justifie aucune poursuite de l'émetteur de la facture à ce titre, dès l'instant que le droit est affecté d'une condition. Nous sommes dans le domaine de l'expectative. En revanche, si l'on adopte une interprétation du texte comme quoi toute réduction de prix proposée par le vendeur mais subordonnée à la satisfaction d'une condition par l'acheteur est en principe acquise, alors son absence de mention sur la facture expose l'émetteur à une sanction correctionnelle.

6. — L'enjeu est donc économiquement et symboliquement important. Il est également non négligeable dans une perspective théorique. En effet, la banalisation de ce type de dispositif textuel ne doit pas faire oublier que nous sommes en matière pénale et que les entreprises ont les mêmes droits à être protégées par des principes essentiels

(1) J.-M. Meffre, Quelles ristournes le fournisseur doit-il mentionner sur ses factures ?, *Cah. dr. entr.* 1993, n° 6, p. 8. D'une façon plus générale, V. M. et J. M. Mousseron, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, Litec, 1993.

(2) F. Delbarre, La non-discrimination et la transparence tarifaire handicapent les PME, *Échos de l'économie* 25 mai 1994 ; S. Volnay, Comment préparer les « negos » de 1995, *LSA* 23 juin 1994 ; D. de Gramont, La loi Sapin... et la « facturologie », *LSA* 13 juill. 1994 ; J. de Zelicourt, Facture export ce que vous devez faire, *MOCI*, sept. 1994.103.

(3) F. Delbarre, préc.

(4) J.-J. Burst, note sous CA Colmar, 26 févr. 1990, *JCP éd. E* 1990.II.15764 ; J. M. Mousseron, note sous Cass. crim., 18 févr. 1991, *JCP éd. E* 1991.II.183.

(5) P. Arhel, dans la collection des études DGCCRF, *Les pratiques de prix imposés*, 1992 ; *La revente à perte*, 1992 ; *La transparence tarifaire*, 1993 ; du même auteur, dans la *Rev. conc. consom.*, Les conditions générales de vente, Les pratiques restrictives de concurrence, les véritables responsables, n° 74, juillet-août 1993.

que le criminel devant la cour d'assises. Il n'y a pas de grand et de petit droit pénal. En outre, et à supposer même que la dimension pénale puisse tolérer une interprétation extensive qui lui est pourtant essentiellement contraire, s'il s'agit de donner à l'administration les moyens d'opérer les contrôles utiles en perspectives d'autres incriminations, telles que l'interdiction de la revente à perte ou le contrôle des prix imposés, là encore le principe logique de cohérence conduit à apprécier avec réserve certaines décisions de condamnation, inspirées par une doctrine administrative qui n'est pas irréprochable.

Il est vrai que les juridictions, en prise avec cette difficulté interprétative, ont pour l'instant statué dans des sens contradictoires. Il s'agit ici de hiérarchiser les interprétations concevables et de faire primer celle qui convient, au regard des principes directeurs du droit. Ceux-ci impliquent l'interprétation nécessairement restrictive (I) et nécessairement cohérente (II) des textes applicables.

#### I. — L'interprétation nécessairement restrictive des textes applicables.

7. — Le raisonnement est fort simple. Les textes en cause sont répressifs. La matière pénale est structurée par des principes d'interprétation inhérents, tels que celui de l'interprétation restrictive. Ainsi, lorsque plusieurs interprétations sont logiquement concevables, le juge est contraint de choisir, parmi ces interprétations légitimes, celle qui est en faveur de la personne poursuivie en ce qu'elle donne la plus faible portée possible à l'incrimination. Ainsi, l'interprétation restrictive et l'interprétation *in favorem* ont partie liée. En l'espèce, s'il s'avère que les textes sont ambigus, exigent une interprétation, et que plusieurs peuvent en être logiquement proposées (A), il faut admettre que l'hésitation pour déterminer le sens de l'expression « ristournes dont le principe est acquis » doit profiter à l'entreprise poursuivie (B). Toute la tradition du droit pénal appuie cela.

##### A. — Les interprétations logiquement recevables de la locution « principe acquis ».

8. — Même s'il est vrai que toute application d'un texte recèle une opération intellectuelle d'interprétation, il demeure que certains sont suffisamment clairs pour trouver application sans qu'une consolidation ou qu'un éclaircissement *a posteriori* de leur sens soient nécessaires. C'est la théorie des actes clairs. Il faut donc montrer que le texte en question appelle impérativement une interprétation (1), avant d'exposer les propositions en ce sens (2).

##### 1. — La nécessité d'interprétation créatrice liée à la défektivité de la rédaction du texte.

9. — L'expression de « ristournes dont le principe est acquis » est extrêmement ambiguë et insatisfaisante. En effet, selon l'alternative exposée (6), l'on est tenté d'éclaircir ces termes en les assimilant à la notion technique de « droit acquis ». Mais l'on a alors beau jeu de relever que le rédacteur aurait utilisé cette dernière expression s'il avait voulu exprimer ce sens. Cette observation littérale est contrebalancée par la remarque suivante : si, au contraire, l'on interprète l'expression « principe acquis » comme se référant à une simple perspective, une expectative — le contraire donc du droit acquis —, on mesure mal comment l'on peut parler de « perspective acquise » : l'expression est contradictoire. Ainsi, ce raisonnement par l'absurde montre que la rédaction du texte est défectueuse. Le juge répressif, en charge de son application, est contraint de lui donner une signification, laquelle sera nécessaire-

(6) V. *supra*, n° 4 s

ment en distance par rapport au texte puisque ce dernier ne peut en lui-même donner immédiatement son sens.

##### 2. — Les deux interprétations logiquement recevables.

10. — La jurisprudence des juges du fond a oscillé entre les deux interprétations possibles du texte. Ainsi, les Cours d'appel de Metz, d'Amiens et de Rouen (7) ont-elles opéré une référence implicite à la théorie des droits acquis, suivant en cela la doctrine juridique classique (8). Plus particulièrement, la Cour d'appel de Metz, sur renvoi, dans un arrêt du 26 sept. 1991 (9) a posé que l'expression « ristournes dont le principe est acquis » désigne « la ristourne dont le droit est vérifiable lors de l'émission de la facture ». Ainsi, la ristourne affectée d'une condition n'a pas à être mentionnée sur la facture tant que la condition n'est pas réalisée. Il faut que la condition soit réalisée, par exemple le quota atteint ou le chiffre minimum réalisé, pour que les factures mentionnent, à partir de ce moment-là, la ristourne. Le fait que cette dernière soit versée ultérieurement, à la fin de l'année par exemple, n'interfère pas puisque le droit est alors vérifiable, étant acquis, le terme devant se distinguer de la condition. Ainsi, la condition peut ne se réaliser qu'à la fin de la période considérée, lorsqu'il s'agit par exemple du maintien d'une gamme complète pendant toute la période, ou peut se prévaloir d'un chiffre d'affaires minimum. Seul compte le moment de réalisation de la condition affectant la ristourne, le droit de l'acheteur devenant de ce fait vérifiable, la mention de cette dernière sur la facture ne devenant obligatoire de par le texte qu'à partir de ce moment-là (10).

11. — Mais un autre courant jurisprudentiel parmi les juges du fond a procédé à une autre interprétation, suivant en cela la doctrine de l'administration. On peut ainsi citer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et les jugements du Tribunal de grande instance de Paris (11). Il faut tout d'abord distinguer les ristournes non conditionnelles et les ristournes conditionnelles. Les premières doivent figurer sur les factures, ce qui n'est contesté par personne. Mais les secondes ne sont pas de ce fait dispensées d'une telle mention. Il faut en effet et ensuite distinguer parmi les ristournes conditionnelles celles qui dépendent de la seule volonté de l'acheteur et celles qui n'en dépendent pas et sont aléatoires. Seules les ristournes dont la réalisation est aléatoire ne sont pas soumises à l'obligation de mention, tandis que les ristournes non définitivement acquises mais qui dépendent dans leur effectivité de la volonté de l'ache-

(7) CA Metz, 10 mai 1990, CA Amiens, 2 juill. 1990, CA Rouen, 26 sept. 1990, inédits, cités par P. Arhel, Revente à perte et ristournes de fin d'année, *Rev. conc. consom.*, n° 61, mai-juin 1991, p. 24.

(8) J. M. Mousseron et V. Selinsky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987, p. 80 ; F. Delbarre, Liberté des prix, transparence du marché, *Cah. dr. entr.* 1987, 1, p. 12 (par « principe acquis », nous comprenons « droit acquis ») ; J.-M. Meffre, *préc.*, n° 5 et 9, p. 8.

(9) *RJDA* 1992.388. — V. aussi CA Limoges, 27 janv. 1993, cité par J.-M. Meffre, *préc.*, n° 10, p. 9.

(10) Ainsi, le Tribunal de grande instance de Dijon, dans son jugement du 22 oct. 1993, *Amora* (inédit), raisonne de la façon suivante : « ... la ristourne de 4 % dont l'octroi est lié à la réalisation d'un certain chiffre d'affaires n'était nullement acquise en son principe et chiffrable en son montant lors de la vente. Cette ristourne n'avait dès lors pas à figurer sur la facture ».

(11) CA Paris, 9 mars 1993, *Bosch, BID*, n° 7-8, 1993, p. 30 ; TGI Paris, 14 juin 1993, *Bandai*, inédit ; 8 nov. 1993, *Société générale des grandes sources d'eaux minérales, Lettre de la distribution*, mai 1994, *BID* 1994, n° 4, p. 36.

teur doivent être mentionnées, sauf à l'émetteur de la facture à en répondre devant le juge répressif (12).

12. — Les deux interprétations peuvent se soutenir. Elles ont chacune le mérite de donner un sens à l'art. 31 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986, même si, pour cela, chacune est contrainte d'y ajouter. Mais les deux interprétations ne sont pas disponibles au juge répressif de la même façon. En effet, interfèrent ici les règles d'interprétation du droit pénal.

B. — *La primauté nécessaire de l'interprétation de la locution « principe acquis » en application des garanties fondamentales du droit pénal.*

13. — Il peut paraître d'évidence que la question des mentions obligatoires en matière de facturation relève de la matière pénale puisque les art. 31 à 34 visant à imposer une transparence tarifaire (13) prévoient des amendes correctionnelles. Ainsi le contentieux relève fort classiquement du tribunal correctionnel, saisi par le ministre public ou une entreprise formant une action civile devant le juge répressif. Cependant des rappels aussi élémentaires sont nécessaires en raison de l'ambiguïté procédurale des sanctions en matière de concurrence (1). La confusion qui y persiste fait reculer les garanties fondamentales devant régir l'interprétation des textes répressifs (2).

1. — *L'appartenance des textes en question à la matière pénale.*

14. — On constate en effet une ambiguïté procédurale des sanctions en matière de concurrence. Malgré la tendance à dépénaliser, le droit de la concurrence reste un droit sanctionnateur des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence. Mais les voies en sont multiples. Ainsi et grossièrement présenté, le Conseil de la concurrence, saisi notamment par les entreprises ou le ministre des Finances et de l'Économie, à travers son service de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), peut sanctionner des ententes ou des abus de domination (Ord., art. 7 et 8), ce qui relève du droit administratif répressif. Des pratiques restrictives de concurrence, telles que le refus de vente ou la discrimination, peuvent justifier de façon autonome des actions en responsabilité (art. 36) formées devant les juridictions judiciaires et à propos desquelles le ministre dispose d'un droit d'action, l'ensemble s'intégrant dans le droit de la responsabilité civile. Enfin des comportements sont expressément délictueux, tels que prix imposé (art. 34), revente à perte (art. 32), non-communication des barèmes (art. 33) et non-conformité des factures (art. 31), l'ensemble relevant du droit pénal et des juridictions répressives.

15. — Mais cette distinction est victime de grandes confusions en pratique. En effet, l'administration est très active et déploie les mêmes moyens d'enquête qu'elle agisse pour saisir ultérieurement — en qualité de partie — le conseil ou le juge ordinaire, ou pour être en mesure de déposer des conclusions dans tout contentieux faisant référence à une quelconque disposition de l'ordonnance (art. 56) — en qualité de sachant —, ou pour transmettre

(12) Ainsi, la Cour d'appel de Paris a précisé que devaient entrer dans la catégorie des ristournes conditionnelles non aléatoires « les ristournes annuelles accordées à certaines centrales... établies par référence au prix de vente... et justifiées par un référencement commun, une gestion commune, une « publi-promotion », ou une « centralisation des actions catalogues éditées par la centrale ».

(13) M.-E. André et J. M. Mousseron, La transparence tarifaire (étude des articles 31 à 33 de l'ordonnance de 1986, mod. 1992-1993), *Cah. dr. entr.* 1993, 1, p. 11 s.

au ministère public qui reste le seul titulaire de l'action publique devant le juge répressif — en qualité d'organe d'une sorte d'enquête préliminaire. S'il est vrai que selon les textes les pouvoirs procéduraux de l'administration sont très différents, et l'on pourrait dire déclinants d'une hypothèse à l'autre, on observe qu'elle est l'organe qui rassemble les preuves. Or, la principale difficulté pratique du droit de la concurrence est afférente aux preuves. Donc, l'administration a le pouvoir le plus important, quel que soit le type de contentieux. Cela crée une uniformité en pratique alors que les contentieux devraient se distinguer nettement les uns des autres.

16. — Plus encore, l'administration est l'organe qui, pour des raisons sociologiques (14), construit la doctrine en la matière. Cela est particulièrement net en ce qui concerne la facturation (15). Dès lors, en cette matière, les documents dont disposent les juges judiciaires pour s'éclairer, en raison notamment de l'absence des travaux préparatoires publics de l'ordonnance de 1986, viennent principalement de l'administration, et les entreprises elles-mêmes semblent prendre en considération d'une façon première cette dernière, même s'il s'agit d'une matière formellement pénale. Cela tient aussi au fait que de nombreuses entreprises s'adressent spontanément à la DGCCRF pour obtenir par écrit une interprétation « autorisée » de l'ordonnance, y compris dans ses dispositions pénales (16). Il est assez compréhensible que l'administration, ainsi sollicitée, ne mette en œuvre dans ses réponses que des raisonnements empruntés au droit administratif et délaisse le corps des règles pénales (17). Dès lors, la dimension proprement répressive, et les garanties que cela implique naturellement, s'efface des discussions et l'on se rapproche curieusement d'un droit administratif répressif, alors que nous sommes dans le droit pénal le plus classique. Il convient de revenir à ce terrain juridique naturel.

2. — *L'application corrélatrice du principe d'interprétation restrictive et in favorem.*

17. — On mesure alors que l'interprétation visant à associer principe acquis et droit acquis est une analyse qui restreint la portée du texte, en faveur de l'entreprise poursuivie. Le ressort du raisonnement en est l'analogie, opérée entre « principe acquis » et « droit acquis ». De l'autre côté, l'interprétation visant à associer principe acquis et perspective acquise est une analyse qui accroît la portée du texte, en défaveur de l'entreprise poursuivie. Le principe constitutionnel de la légalité criminelle, impliquant qu'une personne ne puisse être pénalement condamnée qu'en application d'un texte répressif préalable, a engendré le principe de même valeur de l'interprétation restrictive. La doctrine relève en effet que le principe de la légalité impose d'interpréter les lois « d'une façon non extensive » (18). Dès lors, si à première vue le principe de l'interprétation restrictive interdit le recours à l'analogie, on

(14) *Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence*, rapport du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Chancellerie, 1994, spéc. n<sup>os</sup> 91 s. et 135 s.

(15) V. *supra*, n<sup>o</sup> 2.

(16) Lettres et réponses compilées dans un document du 15 déc. 1993, disponible à la DGCCRF.

(17) On ne prendra qu'un exemple. Commentant l'arrêt *Bosch* de la Cour d'appel de Paris du 9 mars 1993, décision faisant application du principe *non bis in idem*, P. Arhel désigne cette règle familière du droit pénal comme appartenant « aux règles relatives au cumul en matière délictuelle », formulation sans doute peu adéquate (*Rev. conc. consom.*, nov.-déc. 1993, p. 63).

(18) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 1984, n<sup>o</sup> 162, p. 235.

pose au contraire que l'analogie *in favorem* est corrolaire au principe de légalité (19).

18. — Ces principes constitutionnels ont été formulés dans le nouveau code pénal, invalidant ainsi une jurisprudence parfois trop peu respectueuse de ces principes (20). Ainsi, l'art. 111-4 dispose que « la loi pénale est d'interprétation stricte », et la doctrine relève qu'il est « évident que la proclamation du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale prohibe *a contrario* l'analogie *in malam partem* » (21), c'est-à-dire l'analogie défavorable à la personne poursuivie, pour ne laisser subsister que l'analogie favorable.

19. — On peut se demander si l'administration n'avait pas elle-même, intuitivement en quelque sorte, conscience qu'exiger la mention des ristournes dont la seule perspective est acquise ajoute *in malam partem* à l'art. 31, lorsque, par circulaire du 5 mars 1990, elle ne demande une telle mention qu'en « bas de facture » et non parmi les autres mentions pertinentes dans le corps même de la facture, demi-mesure pour une extension douteuse. Cette précision quant à la place d'une telle mention ajoute en tout cas au texte, ce qui est étonnant pour une circulaire qui ne saurait être réglementaire sauf à être illégale. On peut, dans ce même mouvement, se demander à quel titre l'administration peut poser que la mention doit figurer au recto de la facture (22). D'une façon générale, on observera que ce droit administratif répressif qu'il soit douanier, financier, de la concurrence, etc., est petit à petit constitué par des lettres, des rapports, des communiqués, des bulletins, etc., dont la valeur juridique est incertaine, ce qui met en cause la sécurité des justiciables.

20. — Concernant plus spécifiquement le droit de la concurrence, celui-ci doit, lorsqu'il utilise l'instrument pénal, impérativement adopter dans le même temps les modes d'interprétation qui lui sont propres et qui le légitiment. On a pu observer que l'un des enjeux majeurs de cette rencontre du droit pénal et du droit de la concurrence est précisément dans le maintien des principes fondamentaux de l'ordre répressif sans contamination des modes de raisonnement très extensifs du droit de la concurrence, tel que celui de l'effet utile (23).

A ce titre, alors que le code pénal s'illustre par la suppression de principe des infractions matérielles et exige la démonstration de l'élément moral de l'infraction par la preuve d'une intention ou d'une imprudence, que penser de l'affirmation dans la circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal selon laquelle, lorsque le délit concerne les professionnels, « le non-respect de la réglementation constitue nécessairement une négligence ou une imprudence fautive » ? (24). On observe que l'infraction visée à l'art. 31 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986 est de cette sorte. Adoptant une telle position, la circulaire observe en conséquence que la répression ne s'en trouvera pas sensiblement modifiée. On peut alors douter de la légalité de telles observations, au regard de la volonté exprimée par le législateur. Les procédés de raisonnement du droit économique doivent rester en dehors du droit pénal.

(19) *Ibid.*, n° 176, p. 252-253.

(20) J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Thémis, PUF, p. 210 s.

(21) W. Jeandidier, *J.-Cl. Pénal*, « Nouveau Code », fasc. 20, 1994, n° 23 (V. aussi n° 11).

(22) DGCCRF, lettre du 29 juill. 1993, in *Note d'information*, n° 1005.

(23) J. Boré, La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire, *Mélanges A. Vitu*, 1989, n° 42, p. 25.

(24) Circ. 14 mai 1993, livre I, titre II, chap. 1<sup>er</sup>, C.

21. — Il en résulte donc que seule l'analogie favorable, liée directement au principe de l'interprétation restrictive, lui-même enfant de la légalité criminelle, peut être utilisée pour donner un sens à un texte répressif. Appliqué à l'hypothèse ici étudiée, il en résulte que l'expression « ristourne dont le principe est acquis » doit s'interpréter comme la ristourne dont le droit est acquis, vérifiable, pour reprendre les arrêts dans ce sens, et non comme la ristourne dont la perspective est acquise, non affectée par un aléa, pour reprendre les arrêts dans l'autre sens, car la première interprétation limite la portée du texte répressif. C'est une règle formelle et spécifique au droit pénal qui doit régler ainsi et définitivement le conflit d'interprétations de l'art. 31 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986.

22. — Mais c'est raisonner en postulant que l'incrimination en question se suffit à elle-même, se justifie en tant que telle. Il serait ainsi répréhensible en soi d'émettre des factures non conformes à la volonté du législateur. Or, il s'est trouvé des personnes pour douter de cette justification intrinsèque. En effet, et l'administration est la première à l'affirmer très fréquemment (25), émettre de telles factures incomplètes n'est critiquable qu'en ce que son émetteur se soustrait ainsi au contrôle que la facture transparente permet d'opérer sur son comportement économique et entrave donc la poursuite par ailleurs de pratiques discriminatoires, de revente à perte ou de prix imposé. Ainsi, l'incrimination pénale de l'art. 31 n'est qu'instrumentale et ne se justifie que comme soutien probatoire à la recherche de comportements restrictifs de concurrence, quant bien même ces derniers ne seraient sanctionnés qu'au civil, comme dans le cas des pratiques discriminatoires. Il ne s'agirait plus tant d'une règle de fond que d'une règle de preuve, soutien d'autres textes. Dès lors, et sans que cela n'invalide les précédents développements quant aux règles de conflit d'interprétation des textes répressifs, il convient de mesurer l'interprétation recevable de l'art. 31, dans l'économie générale des sanctions des pratiques restrictives de concurrence, à travers l'existence logique de nécessaire cohérence de l'ensemble.

## II. — L'interprétation nécessairement cohérente des textes applicables.

23. — L'exigence de cohérence, liée à la sécurité juridique, les deux étant particulièrement précieux en droit de la concurrence (26), est en outre un critère légitime d'interprétation, surtout dans un droit qui s'affirme de nature téléologique. On s'accordera donc pour préférer l'interprétation qui assure une cohérence entre la finalité du texte et l'instrument qu'il constitue (A) à l'interprétation qui met celui-ci en porte-à-faux (B).

### A. — L'exigence de cohérence entre la finalité du texte et l'instrument qu'il constitue.

24. — Le droit de la concurrence est d'ordre public. Mais ne peut-on suggérer qu'il met en œuvre la distinction aujourd'hui classique de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection ? Est ainsi concerné l'ordre public de direction pour le bon fonctionnement du marché concurrentiel, justifiant la sanction des pratiques anti-concurrentielles que sont l'entente et l'abus de position, à travers le titre III de l'ordonnance (1). Parallèlement est considéré l'ordre public de protection, justifiant la sanction des pratiques restrictives de concurrence que sont les

(25) *Rapport d'activité de la DGCCRF pour 1992*, p. 56.

(26) M.-A. Sanson-Hermitte, *Le droit européen de la concurrence : recherche d'une nouvelle sécurité juridique*, thèse, Paris II, 1976 ; démonstration reprise par l'auteur in *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique, sécurité juridique*, Institut de relations internationales, Dijon, 1981, p. 154 s.

factures non conformes, la revente à perte, l'infraction à la transparence des conditions générales, la pratique des prix imposés, le respect des délais de paiement en matière de produits frais et les pratiques discriminatoires, à travers le titre IV de l'ordonnance (2). Il faut donc préciser le rôle de l'art. 31 au regard de cette double finalité.

#### 1. — La finalité de direction.

25. — L'on peut tout d'abord considérer que l'art. 31 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986 sert l'ordre public de direction dans la mesure où il constitue un instrument de transparence du marché concurrentiel. Il s'agirait alors de servir l'impératif général de transparence (27). Mais l'on a montré que la transparence ne constitue guère un objectif en elle-même (28) et n'est pas sans effet pervers, au regard notamment de la concurrence internationale (29). Il est vrai que l'intitulé du titre IV « De la transparence et des pratiques restrictives » est ambigu dans la mesure où il propose deux objectifs distincts que les dispositions qu'il contient peuvent servir l'un et l'autre, l'un ou l'autre. S'il doit en être ainsi, l'art. 31 se suffit à lui-même, puisqu'il va dans le sens de la transparence, et n'a pas à être mis en corrélation avec la poursuite de pratiques restrictives.

26. — L'on pourrait encore considérer que l'art. 31 sert l'ordre public de direction dans la mesure où il constitue un instrument probatoire permettant de mettre à jour des comportements anticoncurrentiels (30) : ainsi, la facture permet d'établir une pratique discriminatoire, laquelle permet de prouver un abus de position dominante, dès l'instant que les autres éléments constitutifs, tels que l'effet sur le marché, sont constants. Mais il apparaît bien plutôt que la transparence des factures aurait pour fonction de permettre la sanction des pratiques restrictives de concurrence, relevant ainsi de l'ordre public de protection.

#### 2. — La finalité de protection.

27. — La place dans le texte de l'incrimination de facture non conforme est indicative de sens. En effet, venant juste après des dispositions de droit de la consommation (31), ordre public de protection, elle précède directement des articles visant à sanctionner les comportements restrictifs entre professionnels. Ainsi, la transparence de la facture permet de détecter des comportements de revente à perte et l'on notera que l'art. 32 opère une sorte de lien mécanique avec l'art. 31, en mentionnant la facture d'achat comme critère de prix d'achat effectif. De même, la transparence de la facture permettrait de révéler des prix imposés, en considérant que le destinataire de la facture, en l'absence de mention, pourrait hésiter à procéder à des déductions par rapport au prix net, par crainte de la revente à perte.

28. — Ainsi, l'interprétation de l'art. 31 et l'application qui en est faite n'ont de sens que si elles sont adéquates au

(27) N. Renaudin, Transparence et concurrence, in *La Transparence*, *RJ com.*, n° spécial, 1993.89.

(28) J. Carbonnier, « Propos introductifs », in *La transparence*, préc., p. 9 s., l'auteur mesurant les coûts économique et éthique de la transparence.

(29) V. *supra*, n° 1.

(30) C. Gavalda, Rapport introductif de droit privé, in *La transparence*, préc., p. 71.

(31) Sur la cohérence difficile entre droit de la consommation et droit de la concurrence, fût-ce dans un même texte et au sein d'une même direction administrative, V. Y. Serra et J. Calais-Auloy (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz, 1994, et spéc. N. Reich, L'information du consommateur : condition de la transparence du marché, p. 23 ; D. Ferrier, Pratiques commerciales interdites ou réglementées : protection des concurrents ou protection des consommateurs ?, p. 111.

regard des finalités ci-dessus rappelées. Par définition, si ce droit positif n'est pas apte à servir ces finalités, il mérite critique à ce titre.

#### B. — L'invalidation d'une interprétation incohérente au regard des finalités du texte.

29. — On peut donc justifier les exigences de l'art. 31 en le liant à une exigence autonome et suffisante de transparence des relations commerciales entre professionnels (1) ou, d'une façon moins directe, en le présentant comme une organisation permettant de recueillir l'éventuelle preuve d'une revente à perte ou d'une pratique de prix imposés (2).

#### 1. — L'inefficacité au regard de l'exigence autonome de transparence.

30. — On a pu dire que le marché doit être transparent parce que la transparence est, dans la théorie libérale, une des conditions de la concurrence pure et parfaite. Ainsi, les factures doivent comporter le plus d'indications possibles pour que le maximum d'informations circule sur le marché, ce qui accrédiaterait l'interprétation large de l'art. 31, en reléguant au besoin les principes d'interprétation restrictive du droit pénal. Mais l'on doit observer tout d'abord que la transparence est un dogme moins contraignant sur un marché non réglementé que sur un marché réglementé, tel que le marché financier, et l'on observera qu'en droit de la concurrence on ne trouve pas dans les intitulés des lois et dans les principes jurisprudentiels cette référence à la transparence comme finalité du marché, comme on peut la trouver en droit financier (32). Ainsi la prise en compte de la transparence en droit de la concurrence est moins déterminante (33).

31. — On observe d'ailleurs que l'art. 33 exige que les conditions de la coopération commerciale soient écrites mais ne prévoit pas leur communication, ce qui invalide donc l'idée selon laquelle la transparence devrait régir totalement les transactions au regard du marché. On peut estimer que le législateur a fait ainsi preuve de juste mesure, ne poussant pas à l'extrême la logique de la transparence. En tout état de cause, même si l'on devait admettre que l'art. 31 soit le fer de lance d'une transparence qui doit tout briser sur son passage, on peut douter que la mention sur les factures de ristournes non encore définitivement acquises la serve. En effet, ce serait présenter comme certain ce qui n'est qu'une expectative, faire apparaître comme définitif ce qui n'est que projeté, et l'on ne voit pas en quoi la transparence en serait mieux servie.

#### 2. — L'inefficacité au regard du contrôle de la revente à perte et du contrôle des prix imposés.

32. — L'on pourrait encore considérer que la dose d'information dont la facture est le véhicule doit être la plus élevée possible — ce qui légitimerait l'interprétation large prônée par l'administration et mise en œuvre par une partie des juridictions du fond — pour détecter les infractions de la revente à perte et du prix imposé. Mais la revente à perte se détecte en comparant le prix effectivement payé par le revendeur et le prix auquel il propose le produit à ses clients. Il faut que le premier soit supérieur au second pour que l'infraction soit constituée. Or, ce prix d'achat effectif ne peut être observé qu'une fois la ristourne défi-

(32) L. n° 89-531 du 2 août 1989 sur la sécurité et la transparence du marché financier. — V. not. CA Paris, 15 mars 1993, *RD bancaire et bourse* 1993.170, n° 5, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche.

(33) N. Renaudin, Transparence et concurrence, préc., p. 89, évoquant la voie « raisonnable » de la transparence.

nitivement entrée dans le patrimoine du distributeur. Ce n'est qu'à ce moment-là que son droit devient « vérifiable », pour reprendre l'expression de la Cour d'appel de Metz. Il faut donc qu'il soit acquis pour que la facture puisse être prise en considération comme preuve d'une revente à perte. Ainsi, même en analysant l'art. 31 comme une incrimination accessoire, visant à fournir un appui probatoire aux incriminations principales qui l'entourent, il n'aura d'effectivité dans ce sens que si les mentions qu'il exige concernent des ristournes définitivement acquises. En conséquence, l'interprétation de ce qu'est une ristourne « dont le principe est acquis » doit se faire comme visant une ristourne définitivement entrée dans le patrimoine du bénéficiaire, l'interprétation téléologique rejoignant ainsi l'interprétation pénale stricte.

33. — Il est ainsi déterminant que la Chambre criminelle, dans un arrêt du 18 mai 1992 (34), admet que, la facture ne faisant que présumer le prix d'achat, il est par-

(34) *RJDA* 1992, n° 1152, p. 926. Dans son attendu principal, la cour pose que « l'article 32 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 autorise le revendeur, à qui ne s'impose qu'une présomption simple, à faire prendre en compte pour la détermination du prix d'achat effectif toutes les remises mêmes futures et conditionnelles, dans la mesure où leur principe étant acquis elles devront en fin de compte être, sans fraude, régulièrement et effectivement octroyées, de sorte que la situation au regard de la vente à perte ne peut être totalement appréhendée qu'à l'issue des délais pendant lesquels des remises et ristournes peuvent encore être accordées ; qu'ainsi la cour, en refusant de tenir compte des remises et ristournes conditionnelles et futures au temps de la mise en vente du produit à un prix déterminé, a figé l'examen de la situation d'espèce au regard de la législation sur les prix à la date du contrôle effectué par la direction de la concurrence, et partant a violé les dispositions de l'article susvisé ».

faitement licite pour un revendeur de revendre pour un prix inférieur au prix marqué sur la facture, car il suffit que la condition qui affectait la ristourne ait été réalisée après l'émission de la facture d'achat et avant la date de la revente. Dès lors, il est établi qu'il n'est pas pertinent d'exiger une mention sur la facture d'une ristourne dès l'instant qu'elle n'est pas un droit acquis pour l'acheteur. En ce qui concerne la prohibition des prix imposés, la jurisprudence observe avec constance (35) que « la pratique de rabais, remises ou ristournes hors facture ne constitue pas une façon d'imposer indirectement un caractère minimal au prix de revente du distributeur ».

34. — On peut ainsi conclure que la qualification de « ristourne dont le principe est acquis » doit s'entendre des réductions de prix définitivement acquises au bénéficiaire. Non qu'il s'agisse de postuler l'équivalence grammaticale entre principe acquis et droit acquis. Mais les règles de l'interprétation restrictive des textes d'incrimination et le bon sens qui impose de n'exiger une mention que si elle présente une utilité au regard des finalités du texte vont dans ce sens. On ne peut donc qu'approuver le courant jurisprudentiel qui l'analyse ainsi. Il est vrai que c'est aller à contre-courant de l'administration...

Marie-Anne FRISON-ROCHE,  
Professeur à l'Université  
Paris-Dauphine (Paris IX),

Jean-Marie MEFFRE,  
Avocat au barreau  
de Paris.

(35) Cass. crim., 30 nov. 1992, *RJDA* 1993, n° 50, p. 52. — V. aussi Cass. crim., 29 nov. 1993, *BID* n° 4/1994, p. 33, et CA Versailles, 9<sup>e</sup> ch., 14 mai 1992, *RJDA* 1992, n° 848-849, p. 690.