

Dispositif de « répercussion gazole » en transport routier de marchandises

La loi N° 2006-10 du 05 Janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (journal officiel du 06 Janvier 2006) a fixé dans le secteur du transport routier de marchandises les conditions dans lesquelles les prix de transport - et les prix de commission de transport pour la part relative à l'organisation des transports routiers - font l'objet d'une révision tenant compte des évolutions du prix des carburants.

Elle avait pour cela réécrit l'article 24 de la loi du 1er Février 1995, dite sécurité et modernisation des transports, d'une part en ajoutant dans la liste des éléments structurants du prix de transport les charges de carburant nécessaires à la réalisation de l'opération de transport (article 24 I), et d'autre part en distinguant pour la mise en œuvre de la révision des prix de transport et de commission de transport deux situations contractuelles distinctes : celle du contrat qui mentionne les charges de carburant (article 24 II) et celle du contrat qui n'identifie pas les charges de carburant (article 24 III).

Ce dispositif vient d'être amendé par une disposition introduite dans la loi N° 2008- 776 du 04 Août 2008 de modernisation de l'économie (journal officiel du 05 Août 2008). Les modifications ont pour objet d'étendre le champ d'application du dispositif à la location de véhicule avec conducteur et de sanctionner pénalement le donneur d'ordre qui le méconnaîtrait.

L'article 24 II de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 est rédigé de la façon suivante :

Lorsque le contrat de transport mentionne les charges de carburant retenues pour l'établissement du prix de l'opération de transport, le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit pour couvrir* la variation des charges liées à la variation du coût du carburant entre la date du contrat et la date de réalisation de l'opération de transport. La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour l'opération de transport.

*la loi du 04 Août 2008 a remplacé les termes « prendre en compte » par « couvrir » (voir § 3-1)

L'article 24 III de la loi N° 95-96 du 1er février 1995 est rédigé de la façon suivante :

A défaut de stipulations contractuelles identifiant les charges de carburant dans les conditions définies au II, celles-ci sont déterminées, au jour de la commande de transport, par référence au prix du gazole publié par le Comité National Routier et à la part des charges de carburant dans le prix de transport, telle qu'établie dans les indices synthétiques du Comité National Routier. Le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit en appliquant aux charges de carburant la variation de l'indice gazole publié par le Comité National Routier sur la période allant de la date de la commande de l'opération de transport à sa date de réalisation.

La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport.

L'article 24 III bis de la loi N° 95-96 du 1er février 1995 est rédigé de la façon suivante :

Est punie d'une amende de 15 000 euros la méconnaissance, par le cocontractant du transporteur routier, des obligations résultant pour lui de l'application des II et III.

L'article 24 IV étend l'application des dispositions qui précèdent (II, III et III bis) aux **contrats de commission de transport pour la part relative à l'organisation des transports routiers de marchandises et aux contrats de location de véhicules avec conducteur destinés au transport routier de marchandises**.

L'article 24 V soumet la recherche et la constatation des infractions aux procédures applicables au droit de la concurrence et accorde expressément aux organisations professionnelles de transporteurs routiers, de commissionnaires et de loueurs de véhicules industriels le droit de se porter partie civile.

La présente note a pour objet de préciser la portée juridique et pratique de ce dispositif de répercussion.

Sommaire

Champ d'application des deux situations

- 1-1 Nature du contrat
- 1-2 Régime du contrat

Entrée en vigueur

- 2-1 Contrat de location
- 2-2 Contrat de transport et de commission de transport

Examen des deux situations légales

- 3-1 Mention contractuelle des charges de carburant
- 3-2 absence de mention contractuelle des charges de carburant

Sanctions

- 4-1 Sanctions commerciales
- 4-2 Sanctions pénales

Conclusion

Annexes : article 24 de la loi du 1^{er} Février 1995 (version consolidée au 05 Août 2008)
Extraits de la Convention de Rome du 19 Juin 1980

Champ d'application des deux situations

La loi vise les contrats de transport routier de marchandises, les contrats de commission de transport pour la partie correspondant à l'opération de transport et les contrats de location de véhicules avec conducteur.

Elle ne s'impose pas –mais peut s'appliquer par la volonté des parties- aux contrats de transport pour compte propre (contrat de vente avec livraison par moyen propre) et aux contrats de vente de marchandises franco.

1-1 Nature du contrat

Bien que Dominique PERBEN, Ministre des transports, ait fait référence en 2005 lors de la présentation de son projet de loi devant le Sénat au contrat de transport dont la conclusion est quelquefois antérieure de plus d'un an à la date de son exécution, les articles 24 II et 24 III ne distinguent pas entre le contrat qui porte sur une opération isolée et celui à exécution successive qui peut s'échelonner sur une durée plus ou moins longue et porter sur des volumes plus ou moins importants, sur des marchandises différentes et sur des lieux de chargement et de déchargement tout aussi variés.

Dans les deux cas de figure qu'elle a identifiés la loi n'écarter pas l'hypothèse du contrat de transport « spot » assortie d'un dispositif de répercussion gazole dont l'intérêt pratique ne se conçoit toutefois qu'à partir du moment où un délai suffisamment long sépare la date de conclusion du contrat de sa date de réalisation : à titre d'exemple cette situation peut concerner un transport de masse indivisible dont la réalisation peut nécessiter un temps de préparation tels que des aménagements d'itinéraire préalables.

La situation du chargeur qui a conclu un contrat de transport à exécution successive doit être distinguée de la situation de celui qui a identifié un portefeuille de prestataires de transport qui lui ont remis leurs grilles tarifaires et auxquels il fait appel au gré de ses besoins sans avoir préalablement souscrit un engagement de volume de transport dans le temps et dans l'espace. La date de la remise de la grille tarifaire ne saurait être assimilée à la date de conclusion du contrat de transport et il appartient au prestataire de la mettre à jour en fonction de la variation de ses coûts ; cette situation ne correspond ni à l'une ni à l'autre des deux situations identifiées par la loi.

Il est toutefois fréquent de rencontrer des prestataires de transport qui, dans cette situation de non contractualisation, s'abritent derrière la flambée des prix du gazole pour procéder à de régulières et substantielles actualisations tarifaires dépassant et de loin ce que représentent les variations du prix du carburant ; bien que l'on se situe ici hors de l'obligation légale il peut être opportun d'assortir ces grilles tarifaires d'une clause d'indexation gazole librement négociée.

1-2 Régime du contrat

Les dispositions des articles 24 II et 24 III ont vocation à s'appliquer à tous les contrats nationaux de transport, de commission de transport et de location de véhicules avec conducteur quelle que soit la nationalité du donneur d'ordre, ainsi qu'à tous les contrats susvisés soumis au droit français.

S'agissant des contrats de transport internationaux le silence de la convention CMR en matière de prix de transport renvoie aux dispositions nationales françaises qui, en application de la convention de Rome du 19 Juin 1980 (document annexé), sont présumées s'appliquer si le principal établissement du transporteur est en France et si le lieu de chargement ou de déchargement ou du principal établissement de l'expéditeur s'y trouvent également.

Les contrats de commission de transport internationaux sont soumis au droit français en vertu de la convention de Rome du 19 Juin 1980.

S'agissant des contrats de transport de cabotage le règlement CEE n°3118 du 25 octobre 1993 modifié prévoit que l'exécution des transports de cabotage est soumise en matière de prix et de conditions régissant le contrat de transport à la loi du pays d'accueil ; il en résulte que les transports de cabotage effectués en France par des transporteurs étrangers sont soumis aux dispositions nouvelles.

Entrée en vigueur

Il convient de distinguer la situation des contrats de location de véhicules avec conducteur introduite par la loi du 04 Août 2008 de la situation préexistante des contrats de transport et de commission de transport.

2-1 Contrat de location avec conducteur

Dans la mesure où la loi du Août 2008 crée simultanément une nouvelle obligation et l'infraction pénale qui y est associée, seuls les contrats de location de véhicule avec conducteur conclus à compter du 05 Août 2008 ou renouvelés à partir du 05 Août 2008, date de la publication de la loi au journal officiel, sont soumis aux dispositions nouvelles.

Cette non rétroactivité légale est toutefois d'une portée pratique limitée dans la mesure où les contrats de location de véhicule avec conducteur comportent par construction des mécanismes d'indexation tarifaire.

2-2 Contrat de transport et contrat de commission de transport

La loi du 04 Août 2008 se limite dans ces 2 cas à créer une infraction pénale pour des obligations créées par la loi du 05 janvier 2006. Elle est donc applicable sans décret d'application dès le 05 Août 2008 aussi bien aux contrats en cours à cette date qu'aux contrats conclus postérieurement. Le principe de non rétroactivité des lois pénales a toutefois pour effet, s'agissant des contrats en cours, de limiter l'application des sanctions pénales aux transports effectués à compter du 05 Août 2008. En aucune façon un donneur d'ordre ne pourra être pénalement poursuivi et sanctionné pour avoir méconnu l'un ou l'autre des deux dispositifs de répercussion pour des transports réalisés avant le 05 Août 2008.

Examen des deux situations

3-1 Le contrat de transport mentionne les charges de carburant et précise les modalités de la répercussion (art 24 II)

« Lorsque le contrat de transport mentionne les charges de carburant retenues pour l'établissement du prix de l'opération de transport, le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit pour couvrir* la variation des charges liées à la variation du coût du carburant entre la date du contrat et la date de réalisation de l'opération de transport. La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour l'opération de transport. »

*la loi du 04 Août 2008 a remplacé les termes « prendre en compte » par « couvrir »

Bien que sa rédaction ne le traduise pas de façon suffisamment précise et explicite, cet article correspond au cas de figure dans lequel les cocontractants disposent de la liberté d'établir selon les modalités de leur choix le dispositif de révision des prix de transport. Cette approche qui répond aux préoccupations défendues par l'AUTF au cours du débat parlementaire de 2005 a conduit à ne pas remettre en cause les dispositifs de répercussion contractuels qui avaient été antérieurement conclus et à favoriser la poursuite de saines relations contractuelles.

1) Préservation de l'espace de liberté contractuelle

La préservation de cet espace de liberté contractuelle avait été substantiellement mise en avant par les rapporteurs du projet de loi devant le Sénat et devant l'Assemblée Nationale qui allait devenir la loi du 05 janvier 2006.

Dans le rapport qu'il avait présenté au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, le Sénateur Charles REVET exposait, en parlant de la situation actuellement examinée, qu'il s'agissait « d'un dispositif respectant la liberté contractuelle puisque dans ce cas, les parties déterminent librement les modalités de la révision et donc le niveau de la répercussion. »

Dans le rapport qu'il avait présenté au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée Nationale, le Député Dominique LE MENER précisait, toujours à propos de la même situation, que « cette répercussion s'effectue de plein droit selon des modalités qu'il appartient aux parties de préciser, en d'autres termes le niveau de la répercussion pourra être intégral ou non, selon le choix réalisé par les parties. »

Dans le cadre de cette liberté contractuelle préservée on peut toutefois se demander si l'existence d'une clause de « revoyure », aux termes de laquelle les parties conviennent d'ouvrir une renégociation dès que le prix du gazole subit une variation initialement identifiée, répond aux exigences légales.

L'AUTF (Association des Utilisateurs de Transport de Fret) considère, tant au regard de l'esprit de la loi que de la rédaction retenue qui fait référence à la notion de **révision de plein droit** du prix, qu'un simple engagement de renégociation du prix initialement convenu ne correspond pas au cas de figure envisagé.

Toutefois, compte tenu de l'articulation retenue en transport routier en comparaison de celle qui a été retenue en transport fluvial cela ne signifie pas pour autant que la situation du contrat de transport routier identifiant les charges de carburant et comportant une clause de « revoyure » se trouvera automatiquement soumise au « mécanisme administratif de correction tarifaire automatique » de l'article 24 III.

Il convient en effet de relever que le cas de figure du contrat de transport qui mentionne les charges de carburant sans avoir arrêté les modalités de la répercussion est traité par la loi en transport fluvial mais ne l'est pas en transport routier.

Si cette particularité n'avait suscité aucun commentaire lorsque le dispositif de répercussion n'était que de nature contractuelle elle pourrait avoir une toute autre importance depuis qu'il a basculé dans le domaine pénal.

2) Modalités de la révision

Quatre paramètres doivent être pris en compte pour arrêter contractuellement un mécanisme de révision des prix de transport :

- La charge du gazole dans les prix de transport
- L'indice d'évolution du prix du gazole
- La période de référence pour l'application de l'indice
- Le critère de seuil de déclenchement de l'indice

La formule de calcul de la révision **à la hausse ou à la baisse** des prix initialement convenus prend en compte les choix arrêtés par les parties sur chacun de ces quatre paramètres.

La loi laisse en la matière une totale liberté aux cocontractants de s'entendre sur chacun de ces points.

a) Charges de carburant

La rédaction du texte ne laisse aucune ambiguïté sur le fait qu'à partir du moment où l'on se place dans l'optique du contrat de transport il revient aux cocontractants de déterminer d'un commun accord ce que représentent les charges de carburant de la ou des opérations de transport concernées. Ils peuvent donc, le cas échéant s'agissant des contrats à exécution successive retenir soit des charges de carburant moyennes soit des charges différentes selon les relations géographiques, le type de véhicules utilisés ou le poids et le volume des marchandises transportées.

Ces charges de carburant peuvent être exprimées en valeur absolue ou en valeur relative avec une préférence marquée pour la seconde option plus facile d'utilisation.

b) Indice gazole

Le silence de la loi sur la question de l'indice gazole donne aux parties la liberté de retenir l'indice de leur choix parmi ceux qui font l'objet d'une publication officielle.

En France trois références existent :

- Les relevés hebdomadaires de la Direm à partir desquels un indice peut être bâti
http://www.industrie.gouv.fr/energie/statisti/f1e_stats.htm
- L'indice mensuel du CNR
http://www.cnr.fr/gazole/e-docs/00/00/01/B7/document_carburant.phtml#haut
- L'indice mensuel de l'INSEE
http://www.indices.insee.fr/bsweb/servlet/bsweb?action=BS_SERIE&BS_IDBANK=000442588&BS_MO_TCLE=indice%20gazole

c) Période de référence pour le jeu de l'indice

Si l'on s'en tient à la lecture de la loi qui précise que le prix est révisé sur la base de la variation du coût du carburant entre la date de conclusion du contrat de transport et celle de son exécution il conviendrait de disposer d'un indice quotidien d'évolution du prix du gazole que l'on ferait jouer systématiquement entre ces deux dates.

Une telle approche est tout autant source de lourdeurs administratives qu'elle est irréalisable compte tenu de l'absence d'indice quotidien. Le fait que les rapporteurs du projet de loi devant le Sénat et l'Assemblée Nationale aient de surcroît considéré que les parties devaient rester libres de déterminer le niveau de la répercussion conforte le constat selon lequel elles disposent également d'une liberté de faire jouer l'indice qu'elles auront retenu sur la période de leur choix.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la même conclusion doit être faite s'agissant de la détermination du seuil de déclenchement de l'indice.

Il convient cependant de noter que la loi du 04 Août 2008 a modifié la rédaction de l'article 24 II de la loi N° 95-96 en précisant que la révision du prix de transport initialement convenu doit « couvrir » [en remplacement de « prendre en compte »] la variation des charges liée à la variation du coût du carburant.

L'idée sous jacente est de conduire à ce que la répercussion soit intégrale et totale, et de restreindre au passage la liberté contractuelle, mais sa mise en pratique se heurte là aussi à des obstacles tenant à l'absence d'indices quotidiens et à une gestion administrative démesurée qu'elle entraînerait tant pour le prestataire que pour le donneur d'ordre.

Poussée à l'extrême, cette orientation pourrait conduire à encourager les donneurs d'ordre à ne pas conclure de clause d'indexation et à appliquer par défaut le dispositif de répercussion de l'article 24 III.

Notre conclusion sera donc de n'accorder à cette modification rédactionnelle aucune portée pratique et de laisser en l'état les clauses d'indexation négociées avant le 05 Août 2008 en application de l'article 24 II dans sa rédaction antérieure.

3) Facturation

L'alinéa aux termes duquel la facture doit faire apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport fait peser une obligation d'information sur la tête du transporteur, du commissionnaire de transport ou du loueur. Il s'agit d'ajouter sur la facture une ligne supplémentaire exprimant en numéraires ce que représente le carburant par rapport au prix global de la prestation réalisée. Cette information a notamment pour objet d'assurer la transparence des évolutions du prix du gazole.

Dans la mesure où le chargeur peut contester une facturation qui ne serait pas conforme aux accords conclus cette mention ne lui sera opposable qu'à la condition de refléter fidèlement les termes convenus de la répercussion.

4) Exemples de clauses de variation

Exemple 1 : Indexation en fonction du prix du gazole

« En cas de variation de l'indice du prix du gazole observée à l'issue d'une période de.... (mois, ou trimestre, ou semestre, ou année), le prix de transport est automatiquement réajusté en fonction de l'évolution du prix du carburant et du poids de ce poste dans le prix de revient de l'entreprise et est appliqué aux opérations réalisées à partir de... (du mois, ou du semestre....) ».

Exemple 2 : Indexation en fonction du prix du gazole mais à partir d'un certain seuil

« En cas de variation de l'indice du prix du gazole de plus de X % observée à l'issue d'une période de... (mois, ou trimestre, ou semestre, ou année), le prix de transport est automatiquement réajusté en fonction de l'évolution du prix du carburant et du poids de ce poste dans le prix de revient de l'entreprise et est appliqué aux opérations réalisées à partir de...(du mois, ou du semestre suivant ...) ».

Exemple 3 : Indexation en fonction du prix du gazole mais jusqu'à un certain seuil

« En cas de variation de l'indice du prix du gazole dans une fourchette de + ou – X % observée à l'issue d'une période de... (mois, ou trimestre, ou semestre, ou année), le prix de transport est automatiquement réajusté en fonction de l'évolution du prix du carburant et du poids de ce poste dans le prix de revient de l'entreprise et est appliqué aux opérations réalisées à partir de (mois, ou semestre....). Si la variation excède

la fourchette ainsi définie, les parties conviennent de se réunir afin de réajuster le prix de transport après une nouvelle négociation. Les parties devront parvenir à un accord dans un délai de X à défaut de quoi il sera mis fin au contrat ».

5) Formule de calcul d'indexation « gazole »

Quel que soit le type de clause retenue la formule de calcul de la révision d'un prix de transport se présente de la façon suivante : $P1 = P0 [1+(V \times G)]$

P 0 : prix initial du transport (ou prix de base) tel qu'établi dans le contrat,

P1 : nouveau prix de transport, après prise en compte de la répercussion de la variation du prix du gazole,

V : pourcentage de variation du prix du gazole

G : part du gazole en pourcentage du coût de revient (au moment de la fixation du prix de base).

Exemple d'application mensuelle :

P0 au mois n : 10.000 €

G : 20%.

V au mois n+1 : 25%.

P1 au mois n+1 = $10.000 [1+(0,25 \times 0,20)] = 10.500\text{€}$.

10.500€ est le nouveau prix de transport, après répercussion de la variation du gazole.

P0 au mois n : 10.000 €

G : 20%

V au mois n+2 : 20% (soit une baisse par rapport à n+1)

P1 au mois n+2 = $10.000 [1+(0,20 \times 0,20)] = 10.400$

10.400 est le nouveau prix de transport, après répercussion de la variation du gazole.

NB : bien que la loi ne s'applique pas dans les relations entre vendeur et acheteur de biens aux prix de transport intégrés dans les **contrats de vente franco** et dans les **contrats de vente avec livraison en compte propre** rien n'interdit au vendeur et à l'acheteur de convenir contractuellement d'isoler la part des coûts de transport du prix de vente de la marchandise livrée et d'y appliquer un mécanisme d'indexation.

La formule de révision se présente alors dans les termes suivants :

$$P1 = P0 [1+ (V \times T \times G)]$$

P 0 : prix initial du produit vendu livré (ou prix de base) tel qu'établi dans le contrat,

P1 : nouveau prix de vente du produit livré, après prise en compte de la répercussion de la variation du prix du gazole,

V : pourcentage de variation du prix du gazole

G : part du gazole en pourcentage du coût de transport (au moment de la fixation du prix de base).

T : part du transport en pourcentage du prix de vente (au moment de la fixation du prix de base)

3-2 Le contrat de transport ne mentionne pas les charges de carburant et précise les modalités de la répercussion (art 24 III)

« A défaut de stipulations contractuelles identifiant les charges de carburant dans les conditions définies au II, celles-ci sont déterminées, au jour de la commande de transport, par référence au prix du gazole publié par le Comité National Routier et à la part des charges de carburant dans le prix de transport, telle qu'établie dans les indices synthétiques du Comité National Routier. Le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit en appliquant aux charges de carburant la variation de l'indice gazole publié par le Comité National Routier sur la période allant de la date de la commande de l'opération de transport à sa date de réalisation.

La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport. »

1) Situation visée

Cet article 24 III illustre le cas du contrat qui ne mentionne pas les charges du carburant ; il fait office de mesure « balai » visant à pallier une absence de volonté contractuelle par un «mécanisme de correction tarifaire administratif» d'ordre public dont la mise en œuvre se veut automatique.

En vertu de l'articulation retenue par les textes le critère qui fait que l'on se trouve dans la première situation libérale (art 24 II) ou dans la seconde situation administrée (art 24 III) est la mention des charges de carburant dans le contrat de transport.

Ceci répond à une double logique selon laquelle, d'une part la mention des charges de carburant dans un contrat de transport recèlerait une volonté des parties de s'inscrire dans un dispositif de répercussion opérationnel et d'autre part un désaccord des parties sur les modalités de la répercussion les conduirait soit à ne pas conclure le contrat soit à ne pas y faire figurer les charges de carburant.

Cette logique qui a prévalu en transport routier n'a pas été retenue en transport fluvial pour lequel la loi a expressément institué un dispositif administratif de révision des prix dans les cas où le contrat de transport mentionne les charges de carburant sans définir les modalités de la révision.

Le cas du contrat de transport routier mentionnant les charges de carburant mais dépourvu de toute modalité de révision n'est pas traité par la loi.

On doit rappeler que le texte n'exige pas que ces charges de carburant aient été identifiées au moment de la conclusion du contrat et qu'il est donc possible, notamment par voie d'avenant, de régulariser la situation; cette option peut s'avérer pratique pour traiter le cas des contrats de transport ou de commission actuellement en cours et qui ne comporteraient aucune mention des charges de carburant.

2) Le « mécanisme de correction tarifaire administratif »

Dans la mesure où les parties disposent à tout instant de la liberté de définir les modalités de la révision tarifaire ce sera en pratique, en cas de désaccord persistant de leur part, au juge commercial que reviendra la tâche d'appliquer ce mécanisme administratif.

Nous rappèlerons ici que les actions nées du contrat de transport sont soumises à des règles de prescription (article L 133-6 du code de commerce et article 32 de la convention CMR) auxquelles les actions introduites en application de l'article 24 III de la loi du 1er Février 1995 n'échappent pas.

a) Détermination des charges de carburant

La première étape par laquelle il faut passer pour déterminer le niveau de la révision du prix de transport consiste à identifier au jour de la conclusion du contrat ce que représentent les charges de gazole.

La formule retenue par la loi consiste à prendre comme référence les indices synthétiques produits par le Comité National Routier à partir de l'exploitation de données qu'il recueille auprès d'échantillons d'entreprises de transport.

Le Comité National Routier publie chaque mois un indice général « longue distance » et un indice général « courte distance » dont les différences fondamentales reposent sur le nombre de kilomètres parcourus et l'utilisation du personnel de conduite. La part relative qu'y occupe le gazole est fixée une fois par an sur la base des conditions d'exploitation observées en décembre de chaque année.

En 2006, le gazole intervenait pour 25,5% en « longue distance » et pour 17,7% en « courte distance ».

En 2007 ces parts étaient respectivement de 25,2% et 17,2%.

En 2008 elles sont de 27,6% en « longue distance » et de 19,1% en « courte distance »

Dans la mesure où les données du Comité National Routier n'ont pas été conçues comme des outils juridiques mais comme des instruments économiques d'aide à la décision, les deux indices synthétiques auxquels la loi fait référence couvrent des champs d'observation dont les frontières ne sont pas strictement délimitées ; ceci ne sera pas sans soulever des problèmes d'interprétation qu'il appartiendra in fine au tribunaux de trancher.

b) Révision du prix de transport

Une fois identifiée la part des charges de gazole applicable au type de transport concerné sous les réserves indiquées ci dessus, la révision du prix de transport est obtenue en leur appliquant la variation constatée de l'indice gazole publié par le Comité National Routier.

Dans la mesure où il s'agit d'un indice mensuel la révision du prix de transport ne peut concrètement être réalisable qu'à partir du moment où les dates de conclusion et de réalisation de l'opération de transport sont à cheval sur deux mois.

Il en résulte qu'un contrat de transport conclu le dernier jour du mois et réalisé le 2ème jour du mois suivant est dans l'absolu concerné par ce mécanisme de révision du prix mais que le contrat conclu le 1er du mois et réalisé le dernier jour du même mois y échappera.

La formule retenue par le texte conduit à la conclusion que la révision du prix de transport obéit à des principes d'automaticité, d'immédiateté et d'intégralité auxquels les cocontractants peuvent, rappelons-le, échapper en tout ou partie en se plaçant sous le régime de la liberté contractuelle de l'article 24 II (cf. supra).

A défaut, la loi attribue à chacune des parties au contrat la légitimité juridique de procéder unilatéralement à la révision tarifaire à la baisse ou à la hausse, le chargeur en procédant à une compensation sur le paiement de la facture pour laquelle il demandera un avoir, le fournisseur en facturant un prix actualisé.

Il appartient au donneur d'ordre de s'assurer que les surcharges « gazole » facturées par le prestataire ont été calculées conformément à ce que prévoit la loi et à procéder le cas échéant à une vérification contradictoire avant de procéder au règlement.

c) Facturation

Sans préjudice du droit du chargeur de contester les factures de ses prestataires de transport, ces dernières doivent comporter une ligne indiquant les charges de carburant afférentes aux opérations de transport réalisées.

d) Formalisation des revalorisations tarifaires

Afin de prévenir d'éventuelles actions judiciaires que pourraient introduire d'anciens fournisseurs de transport ou leurs administrateurs judiciaires substitués il est recommandé de formaliser sous forme d'avenant au contrat ou d'échange de correspondance toutes les revalorisations tarifaires qui sont négociées au titre des variations du prix du gazole.

Sanctions

4-1 Sanctions commerciales

Les dispositions créant les mécanismes de répercussion « gazole » revêtent un caractère d'ordre public et les litiges relatifs à leur application sont de la compétence des juridictions commerciales.

Compte tenu de l'articulation retenue par le dispositif législatif ce n'est que dans l'hypothèse où les parties au contrat de transport, au contrat de commission de transport ou au contrat de location de véhicule avec conducteur n'auraient pas conventionnellement déterminé les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution du prix du gazole que le juge commercial pourra être amené à appliquer le « mécanisme administratif de correction tarifaire automatique ».

4-2 Sanctions pénales

Le nouvel article 24 III bis de la loi N° 95-96 du 1er février 1995 punit d'une amende de 15 000 € (75 000 € pour les personnes morales) la méconnaissance par le cocontractant du transporteur, du commissionnaire ou du loueur de véhicule des obligations résultant pour lui de l'application de l'un ou de l'autre des deux mécanismes de répercussion créés par la loi.

1) Eléments constitutifs de l'infraction pénale

A partir du moment où les parties se sont mises d'accord sur les modalités de la répercussion et les appliquent de bonne foi il n'y a a priori et en toute logique aucune raison d'être exposé à d'éventuelles poursuites pénales.

Il en résulte que c'est essentiellement dans le cas où les contrats passés ne comportent aucune clause d'indexation et que s'y applique par défaut le dispositif « CNR » que les donneurs d'ordre s'exposent à des poursuites pénales ; il reste à définir ce qu'il faut entendre par « méconnaissance des obligations ».

Dans un environnement où la libre fixation des tarifs de transport demeure la règle rien n'interdit aux cocontractants, sauf abus de position dominante, de négocier des compensations tarifaires ou autres ristournes de fin d'année représentant tout ou partie du surcoût gazole.

Il ne peut pas davantage être faite obligation au donneur d'ordre de se substituer au prestataire de transport et de prendre l'initiative de payer unilatéralement les surcharges gazole par une application du dispositif de répercussion « CNR » au cas où le prestataire n'entame aucune démarche.

C'est essentiellement en cas de refus explicite du donneur d'ordre de négocier une clause d'indexation dans un contrat qui n'en contient pas ou de payer une surcharge gazole dont le montant n'est pas contestable et est exigible que celui-ci s'expose aux poursuites pénales.

Ces démarches pénales ne seront pas engagées au hasard et le contrôle d'un donneur d'ordre par les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes fera le plus souvent suite à des contrôles organisés chez les transporteurs.

Il convient de rappeler que les transporteurs qui omettent sciemment de profiter du dispositif de répercussion « gazole » que leur donne la loi ou qui en font une application molle peuvent être amenés à pratiquer des prix de transport qui ne couvrent pas leurs coûts, situations qui les exposent à des poursuites pénales pour pratique de prix bas (amende de 90 000 euros).

2) Eléments de procédure

Les infractions pénales sont recherchées et constatées selon les règles applicables en matière de droit de la concurrence par les agents de la concurrence et de la répression des fraudes qui disposent du droit de contrôler les documents commerciaux et les pièces comptables des entreprises.

3) Prescription de l'action pénale

L'action pénale se prescrit dans le délai d'un an à compter de la date de fin d'exécution du contrat

4) Constitution de partie civile

La loi du 04 Août 2008 a accordé au transporteur routier, au commissionnaire et au loueur de véhicule industriel évincé en raison d'un prix trop bas, ainsi qu'aux organisations professionnelles représentatives de ces activités au niveau national, la possibilité de se porter partie civile contre un donneur d'ordre poursuivi pour une infraction à son obligation de prendre en compte les variations du prix du gazole dans les prix des prestations.

Il s'agit de la transposition littérale des dispositions applicables aux situations dans lesquelles le prestataire de transport fait une offre de prix ou pratique un prix inférieur au coût de la prestation ne permettant pas de couvrir [...] les charges de carburant [...], acte de concurrence déloyale l'exposant à une amende de 90.000 €.

Conclusion

Indépendamment de ces dispositions législatives de circonstance dont le secteur des transports routiers est coutumier, le poids du gazole dans les coûts de transport routier et la volatilité de son prix qui reste globalement sur une tendance haussière justifient l'existence dans les contrats de transports conclus sur la durée d'un dispositif formellement convenu de variation à la hausse et à la baisse des prix de transport.

La communauté des chargeurs est en effet consciente de la nécessité de prendre en compte l'évolution des coûts du transport routier pour ne pas fragiliser la santé financière des prestataires dont la viabilité économique leur permet de maintenir leur activité et d'accompagner leur développement.

Il leur appartient de s'assurer que les intermédiaires de transport auxquels ils recourent et avec lesquels ils ont conclu une clause d'indexation gazole répercutent dans les prix de leurs sous traitants les variations du prix du gazole.

Malgré son basculement inopportun dans le domaine pénal le dispositif institué par la loi du 05 Janvier 2006 préserve un espace de liberté contractuelle pour la détermination des modalités de la révision tarifaire et n'interfère pas sur la négociation du niveau du prix de la prestation de transport, de commission ou de location.

Source AUTF

Article 24 de la loi 95-96 du 1^{er} Février 1995 (version consolidée au 05 Août 2008)

- I. - Toute opération de transport routier de marchandises pour compte d'autrui est rémunérée sur la base :
- des prestations effectivement accomplies par le transporteur et ses préposés ;
 - des durées pendant lesquelles le véhicule et son équipage sont à disposition en vue du chargement et du déchargement ;
 - de la durée nécessaire pour la réalisation du transport dans les conditions compatibles avec le respect des réglementations de sécurité, telles qu'elles résultent notamment du deuxième alinéa de l'article 9 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;
 - des charges de carburant nécessaires à la réalisation de l'opération de transport.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités particulières d'application du présent I lorsqu'une opération de transport implique plusieurs opérations successives de chargement ou de déchargement.

II. - Lorsque le contrat de transport mentionne les charges de carburant retenues pour l'établissement du prix de l'opération de transport, le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit pour couvrir la variation des charges liée à la variation du coût du carburant entre la date du contrat et la date de réalisation de l'opération de transport. La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport.

III. - A défaut de stipulations contractuelles identifiant les charges de carburant dans les conditions définies au II, celles-ci sont déterminées, au jour de la commande de transport, par référence au prix du gazole publié par le Comité national routier et à la part des charges de carburant dans le prix du transport, telle qu'établie dans les indices synthétiques du Comité national routier. Le prix de transport initialement convenu est révisé de plein droit en appliquant aux charges de carburant la variation de l'indice gazole publié par le Comité national routier sur la période allant de la date de la commande de l'opération de transport à sa date de réalisation. La facture fait apparaître les charges de carburant supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport.

III bis. – Est puni d'une amende de 15 000 euros la méconnaissance par le cocontractant du transporteur routier, des obligations résultant pour lui de l'application des II et III.

IV. - Les dispositions des II, III et III bis sont applicables aux contrats de commission de transport pour la part relative à l'organisation des transports routiers de marchandises et aux contrats de location de véhicules avec conducteur destinés au transport routier de marchandises.

V. - Les dispositions des quatrième à huitième alinéas de l'article 23-1 s'appliquent aux infractions prévues au présent article (voir ci dessous).

Article 23-1 de la loi 95-96 du 1^{er} Février 1995 (alinéas 4 à 8)

[...]

L'action est engagée par le ministère public, le ministre chargé de l'économie ou son représentant.

Les infractions sont recherchées et constatées dans les conditions prévues à l'article L. 450-1, premier et troisième alinéa, L. 450-2, L. 450-3, L. 450-7 et L. 450-8 du code de commerce. Le procureur de la République est préalablement avisé des opérations envisagées. Les procès-verbaux, qui font foi jusqu'à preuve du contraire, lui sont transmis sans délai. Copie en est adressée à l'intéressé.

Le transporteur public routier de marchandises, le commissionnaire ou le loueur de véhicule industriel avec conducteur évincé en raison d'un prix trop bas et les organisations professionnelles de transporteurs routiers, de commissionnaires de transports et de loueurs de véhicules industriels, représentatives au niveau national, peuvent se porter partie civile.

Le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut, devant la juridiction compétente, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience. Il peut également produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.

L'action est prescrite dans un délai d'un an à compter de la date de fin d'exécution du contrat.

Convention de ROME du 19 JUIN 1980 relative à la loi applicable en matière contractuelle (extraits)

TITRE II RÈGLES UNIFORMES

Article 3

Liberté de choix

1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.
2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.
3. Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».
4. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 8, 9 et 11.

Article 4

Loi applicable à défaut de choix

1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.
2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.
3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.
4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.
5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.