

Conclusion : La Commission est décidément pro-concurrentielle dans tous les domaines puisque la concurrence promet d'être féroce jusque dans la dénonciation ! La publication du programme-modèle du REC sur lequel les autorités se sont engagées à aligner leurs programmes respectifs (cf. Barbier de la Serre É., Le programme-modèle du réseau en matière de clémence : entre « harmonisation » et « homogénéisation », RLC 2007/10, n° 701, Lemaire Ch., La clémence : nouvelle étape de la convergence des droits de la concurrence en Europe, Europe déc. 2006, comm. n° 12) ainsi que la nouvelle Communication de la Commission qui

s'attache à rendre plus attractive et plus complexe la lutte communautaire contre les cartels, ne manquent pas de confirmer le sentiment exprimé par Monsieur le premier président de la Cour de cassation Guy Canivet qui indiquait en 2005 que « pour certains auteurs le droit post-moderne se caractérise par sa complexité. Si tel est le cas, nous sommes alors entrés de plein pied dans la post-modernité du droit de la concurrence » (Canivet G., Colloque clémence et transaction en matière de concurrence, premières expériences et interrogations de la pratique, propos conclusifs, 19 janv. 2005). ♦

Par Jean-Michel
VERTUT

Avocat au Barreau
de Montpellier

Chargé
d'Enseignement
au Centre du droit
de l'entreprise
de l'Université
de Montpellier I

Les négociations d'avantages financiers arrière dans la tourmente

Une vague de décisions récentes sur la question de la légitimité des rémunérations de services versées par les fournisseurs à leurs distributeurs est de nature à favoriser les évolutions de comportements dans l'approche de la négociation commerciale. Nous proposons de tirer certains enseignements de ces contentieux.

DGCCRF, Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce – Actions en justice du ministre de l'Économie, Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (période : 1^{er} janvier 2004 – 1^{er} semestre 2006), 20 déc. 2006 (document disponible sur <www.finances.gouv.fr>)

RLDA
696

Les tribunaux ont eu l'occasion de s'intéresser ces derniers mois aux sommes déboursées par les fournisseurs au titre des avantages financiers arrière, accordés le plus souvent aux centrales de référencement et autres plateformes de la grande distribution.

Les discussions menées entre fournisseurs et distributeurs dans le cadre des négociations tarifaires 2007 sont marquées par l'inconfort du fait des sanctions récemment prononcées à l'encontre d'opérateurs de la grande distribution, souvent à dominante alimentaire, si l'on se réfère aux décisions les plus médiatiques.

Dans certains secteurs, le niveau élevé persistant des marges arrière, dû notamment en partie à un gonflement de la catégorie des services distincts rappelé par la DGCCRF dans le cadre de son bilan à la Commission d'examen des pratiques commerciales en date du 25 septembre dernier (disponible sur <www.finance.gouv.fr/DGCCRF>), rapproché aux condamnations récentes, doit inviter les partenaires à la négociation commerciale à davantage de prudence et à s'interroger quant au bien-fondé des avantages demandés ou consentis.

En effet, les rémunérations ne correspondant à aucun service ainsi que celles disproportionnées ont été stigmatisées au plan judiciaire sur divers fondements, tant civils que pénaux, alors

que vient d'être diffusé un bilan établi par la DGCCRF présentant un état détaillé des contentieux récents en matière d'infraction au titre IV du Livre IV du Code de commerce (Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (période : 1^{er} janvier 2004 – 1^{er} semestre 2006) sur l'application du titre IV du Livre IV du Code de commerce – Actions en justice du ministre de l'Économie. Document établi par la DGCCRF pour le compte de la Commission d'examen des pratiques commerciales. Ce rapport est disponible en ligne sur le site de la DGCCRF. Il nous y est indiqué que ledit bilan sera complété à la fin du premier semestre 2007 par un bilan 2006 des décisions pénales et par un bilan 2004-2006 des décisions civiles (année entière 2006) ; voir en ce sens, RLDA 2007/12, n° 699).

L'objet de la présente note n'est pas d'analyser une à une les décisions ci-après sélectionnées qui ont fait par ailleurs l'objet de commentaires pour certaines d'entre elles (cf. notamment, Lettre de la distribution janv. 2006, Frein à la coopération commerciale : les vertus insoupçonnées de l'ABS ; Lettre de la distribution nov. 2006, Négociation 2007, La cause s'invite dans le débat sur les marges arrière) mais de présenter un échantillon de dossiers contentieux qui, certes pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005 (L. n° 2005-882, 2 août 2005, JO 3 août), ont stigmatisé des pratiques qui n'ont pas disparu depuis ce nouveau texte.

Nota bene : Soulignons et cela est important à l'égard des sociétés concernées par les poursuites, qu'un grand nombre d'affaires ci-après évoquées ont fait l'objet de recours, dont le suivi est intégré au bilan établi par la DGCCRF ci-dessus et auquel le lecteur doit se reporter pour compléter son information. ➤

I. – RAPPEL D'UN CERTAIN NOMBRE DE PROCÉDURES RÉCENTES

A. – Les poursuites au plan pénal

En matière répressive, la sévérité est exemplaire vis-à-vis des faux services facturés par les distributeurs (hier au titre de la coopération commerciale et aujourd'hui services de coopération commerciale et surtout en services distincts) et l'on constate depuis une année environ un courant sanctionneur d'ampleur à ce sujet.

Les procédures engagées peuvent être liées à des services contestables car imprécis et mal facturés. Citons, par exemple, les deux jugements rendus par le Tribunal correctionnel de Nantes du 29 septembre 2005, sanctionnant une plateforme du groupement *Leclerc* ainsi qu'une autre plateforme du groupement *Système U* à hauteur de 100 000 € d'amende chacune (T. corr. Nantes, 29 sept. 2005, deux décisions, Lettre de la Distribution déc. 2005). On peut d'ailleurs relever un alourdissement du montant des sanctions puisque ces dernières atteignent les plafonds légaux qui peuvent être infligés à la personne morale en infraction. Dans une espèce, l'amende prononcée s'est élevée à 375 000 € pour facturation irrégulière à l'encontre d'une plateforme du groupement *Leclerc* (T. corr. Mans, 25 oct. 2006, Lettre de la Distribution nov. 2006).

Ces procédures peuvent aussi déboucher sur le prononcé de condamnations au titre de ce que l'on a coutume d'appeler les faux services. Ces derniers, hier intitulés « *coopération commerciale* », relèvent depuis la loi du 2 août 2005 d'un régime dual regroupant les services de coopération commerciale et les services distincts. Citons, par exemple, la décision du Tribunal correctionnel de Bar-le-Duc du 4 octobre 2005, sanctionnant une plateforme relevant du groupement *Intermarché*, à hauteur de 30 000 € d'amende (T. corr. de Bar-le-Duc, 4 oct. 2005, Lettre de la Distribution janv. 2006) ou celle du Tribunal correctionnel de Vannes du 28 juillet 2005, ayant mis en évidence une pratique de facturation illicite au titre du délit de faux en écritures privées et ce faisant condamna leurs auteurs à des amendes allant de 15 000 € pour le fournisseur à 35 000 et 75 000 € pour les distributeurs (T. corr. de Vannes, 28 juill. 2005, Lettre de la Distribution nov. 2006).

B. – Les poursuites au plan civil

Depuis que le ministre de l'Économie, pourtant tiers à la relation contractuelle, s'est vu conférer par l'article L. 442-6, III, du Code de commerce la faculté d'engager des poursuites en vue d'obtenir la nullité des contrats ou la répétition de l'indu lorsque les avantages perçus ne correspondent à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, la menace pèse également au plan des poursuites purement civiles et les sanctions sont de plus en plus lourdes.

Ainsi, un nombre significatif de tribunaux n'hésitent pas à ordonner la nullité des contrats de coopération commerciale et la restitution de sommes indues reçues par les distributeurs, sans compter le prononcé d'amendes civiles parfois conséquentes. Cette jurisprudence a tendance à se propager du fait de la dynamique qu'elle suscite. Les condamnations à restitution prononcées portent d'ailleurs sur des sommes parfois considérablement élevées (T. com. Créteil, 24 oct. 2006, Lettre de la Distribution nov. 2006 : condamnation de la centrale *Système U* à restitution de 76 871 000 € à des fournisseurs ainsi qu'à 100 000 € d'amende civile; TGI Strasbourg, 25 nov. 2005, Lettre de la Distribution janv. 2006 : condamnation de *SNC Lidl* à restitution de 479 000 € ainsi qu'à 500 000 € d'amende civile; T. com. Nanterre, 15 nov. 2005, Lettre de la Distribution nov.

2005 : condamnation du *Galec* à restitution de 23 millions d'€ à des fournisseurs ainsi qu'à 500 000 € d'amende civile; T. com. d'Aubenas, 8 mars 2005, Lettre de la Distribution janv. 2006 : condamnation d'*EMC Casino* à 300 000 € d'amende civile; T. com. Angers, 15 févr. 2006, Lettre de la Distribution mai 2006 : condamnation d'une société relevant du Groupement *Système U* à restitution des sommes perçues ainsi qu'à une amende civile peu élevée au regard du plafond légal puisque de 5 000 €; CA Douai, 13 oct. 2005, Lettre de la Distribution nov. 2006 : condamnation d'*Eurauchan* à une amende civile peu élevée au regard du plafond légal puisque de 30 000 €).

Il sera rappelé par ailleurs que la Commission d'examen des pratiques commerciales, certes sur un plan non contentieux, avait déjà rendu un avis sur la conformité de certaines des pratiques dénoncées à l'occasion des contentieux récents (Avis n° 04-02 relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L. 442-6 du Code de commerce, 25 févr. 2004, BOCCRF, 4 mai 2004).

C. – Les poursuites devant le Conseil de la concurrence

Moins médiatisées sur la problématique des marges arrière que les décisions rendues par les juridictions de l'ordre judiciaire, les décisions du Conseil de la concurrence n'en sont pas moins révélatrices de l'intérêt manifesté par l'autorité sur ces pratiques, lorsque ces dernières relèvent de son périmètre de compétence.

Le Conseil de la concurrence peut ainsi s'intéresser aux marges arrière injustifiées en sanctionnant notamment une entente entre le fournisseur et son client, s'il estime que la pratique porte atteinte au jeu normal de la concurrence. Par exemple, par le défaut de mention sur facture d'une ristourne faussement conditionnelle (mais aussi de services de coopération commerciale et/ou des services distincts fantaisistes), l'acheteur et le vendeur évitent que le montant qui lui correspond ne puisse être déduit du prix unitaire net facturé du produit, base de calcul du seuil de revente à perte. Cette pratique peut empêcher une baisse du prix de revente au consommateur, même encore à ce jour, puisque pour 2007, les autres avantages financiers non mentionnés sur la facture ne peuvent venir en déduction du prix d'achat effectif qu'au-delà de 15 % de leur montant. L'entente pourrait être constituée de ce chef entre le fournisseur et le distributeur. Citons, à titre d'exemple, la décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-45 du 25 septembre 2003 (BOCCRF 17 déc. 2003) relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, aux termes de laquelle le Conseil a infligé diverses amendes (1 065 000 € à la société *Texas Instruments France*; 474 800 € à la société *Noblet*, 2 108 000 € à la société *Carrefour France*, 218 000 € à la société *Majuscule* et 4 300 € à la société *Distributeurs associés*). Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004 (BOCCRF 8 nov. 2004), puis par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 novembre 2005 (Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19.102, Bull. civ. IV, n° 231 – cassation partielle). Plus récemment, relevons la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées (BOCCRF 21 juin 2006), ayant sanctionné *Buena Vista Home Entertainment* à 3 100 000 €, *Carrefour SAS* à 5 700 000 €, *Casino Guichard Perachon* à 3 200 000 € et le grossiste *Sélection Disc Organisation* à 2 400 000 €. Le point 211 de la décision précise ainsi que « *Au total, les remises présentées comme conditionnelles ou les ristournes liées à la coopération commerciale, le manque de précision des services rendus, la surévaluation de ces services, les modifications et l'opacité des dénominations, le défaut de correspondance entre les pres-*

tations convenues et les prestations fournies, la difficulté de contrôler leur mise en œuvre effective sont autant d'éléments qui indiquent que c'est à tort que certaines d'entre elles étaient présentées par BVHE et les distributeurs en cause comme non déductibles des factures et donc, éventuellement du prix d'achat, en vertu de la législation sur le seuil de revente à perte ». Dans cette affaire, les sanctions infligées à Buena Vista Home Entertainment et à Carrefour ont été réduites par rapport au montant théoriquement encouru, dans la mesure où ces entreprises ont, d'une part, renoncé à contester les griefs qui leur avaient été notifiés et, d'autre part, pris des engagements pour l'avenir qui sont de nature à restaurer une véritable compétition par les prix sur le marché des cassettes vidéo pour enfants. Ainsi, Buena Vista Home Entertainment s'est notamment engagée « à ne pas présenter et traiter comme conditionnels les avantages commerciaux qui ne rempliraient pas les critères fixés par la loi, la réglementation et la jurisprudence applicables ; seule la rémunération des services spécifiques rendus par ses distributeurs, à la condition que cette rémunération corresponde à des prestations de services réels, non redondants, dont la matérialité et l'effectivité sont vérifiables par les autorités de la concurrence, peut faire l'objet d'une facturation séparée [...] ». Une autre obligation faisant écho à la précédente a été mise à la charge de Carrefour qui, pour sa part, s'est entre autres choses engagé « à ne plus accepter des éditeurs de vidéocassettes et de DVD des conditions commerciales fondées sur des remises présentées comme conditionnelles, qui ont, de fait, un caractère inconditionnel, en particulier les remises suivantes vi-

sées dans la notification des griefs : la ristourne de préconisation centrale, la ristourne d'achat direct, la ristourne de présence effective ou toute autre ristourne identique sous une appellation différente ; [...] à mettre les contrats de distribution qu'elle signe avec les éditeurs de vidéocassettes et de DVD en conformité avec la législation en vigueur et, en particulier, à ne plus accepter au titre des remises conditionnelles non intégrées à la facture tout avantage commercial qui ne remplirait pas les critères fixés par la loi, la réglementation et la jurisprudence applicables en la matière : seule la réduction de prix, non acquise à la date de la vente, rémunérant des services spécifiques rendus aux fournisseurs susvisés, à la condition que ces services soient réels et non redondants, peut faire l'objet d'une facturation séparée [...] ».

Rappelons que les autorités de contrôle, ou même un adhérent ou ex-adhérent à un groupement (cf. par exemple pour l'initiation d'un contentieux pour pratique anticoncurrentielle par-devant le Conseil de la concurrence, l'affaire GIE GITEM faisant l'objet d'une décision n° 92-D-38 du 9 juin 1992, BOCCRF 31 juill. 1992, suivie d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juin 1993, BOCCRF 19 juin 1993, puis d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1995, n° 93-16556, Bull. 1995 IV, n° 147 et BOCCRF 16 juin 1995, p. 197), pourraient soutenir que les vendeurs du groupement sont privés de certaines remises ou ristournes du fait de la perception par la centrale de rémunérations au titre de faux services qui ne sont en réalité que des remises déguisées, lesquelles auraient donc du être mentionnées sur factures au lieu d'être occultées (Cons. conc., déc. n° 93-D-59, 15 déc. 1993, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité, BOCCRF 29 mars 1994, par la suite annulée pour des motifs de procédure par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 20 décembre 1994, BOCCRF 28 déc. 1994). Notons à ce propos que

« (...) on ne peut que constater une multiplication des procédures judiciaires, lesquelles sont dans la plupart des cas introduites par le ministre de l'Économie et dirigées contre les acteurs de la grande distribution, en raison de l'inaction des fournisseurs ».

la clause de confidentialité, pouvant figurer dans certains contrats de type accord de référencement, peut participer de l'opacité des conditions accordées à la centrale (Cons. conc., déc. n° 94-D-60, 13 déc. 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives, BOCCRF 18 févr. 1995, suivie d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 décembre 1995, BOCCRF 28 févr. 1996 : « Considérant qu'aux termes des accords signés en 1990 et 1991 entre le Galec et les sociétés Lever, Colgate, Henkel et Procter et Gamble la ristourne en cause ne devait pas figurer dans l'accord informatisé sur les conditions de vente diffusé dans tous les centres Leclerc, seuls les chefs d'entreprise de ces centres étant avertis de son existence ; que cette stipulation était de nature, d'une part, à empêcher les adhérents du Galec de déduire cette ristourne de leurs prix d'achat et de la répercuter sur leurs prix de vente et, d'autre part, de créer une opacité artificielle sur certaines des conditions accordées aux centres Leclerc de nature à permettre aux producteurs de mieux résister aux demandes de concessions tarifaires présentées par les autres distributeurs concurrents de ces centres ; qu'ainsi la clause de confidentialité figurant dans ces accords, qui était de nature à fausser et à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché des lessives, est prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance »). De ce point de vue et même dans l'éventualité de la fixation à l'avenir du seuil de revente à perte au niveau de

ce que l'on désigne parfois sous le terme de « triple net » (Interview de Renaud Dutreil, ministre en charge du Commerce, Les Échos du 21 décembre 2006, « Il faudrait une grande loi sur le commerce après la présidentielle »), rien ne semble s'opposer à ce que le niveau élevé d'avantages financiers arriérés consentis par le vendeur (cf. C. com., art. L. 442-2, al. 2) puisse encore être examiné au plan des pratiques anticoncurrentielles. En effet la solution du « triple net » imaginée pour une baisse des prix de détail pourrait voir son effet amoindri dans la mesure où le revendeur n'aurait pas connaissance de l'existence de tout ou partie des avantages financiers perçus au niveau de son

groupement, ou pour le moins n'aurait qu'une connaissance insuffisante sur le niveau, la causalité ou le destinataire de ces avantages. C'est enfin sans compter sur le fait que, nonobstant le caractère étendu des avantages financiers consentis par le vendeur pouvant diminuer le seuil de revente à perte, à raison de la notion de mandat retenue dans la circulaire du 8 décembre 2005 (cf. Circ. min. 8 déc. 2005, NOR : PMEAO510001C, JO 30 déc., pt. 4.1.2), la détermination du prix d'achat effectif pourrait encore donner lieu à débat comme un certain nombre d'auteurs l'avaient déjà relevé, y compris d'ailleurs au stade des travaux devant conduire à la réforme du 2 août 2005 (cf. Voisset E., Réforme des relations commerciales : Modernisation ou retour à la case départ?, LPA 2005, n° 91, p. 3 et s. ; Grall J.-C., Meffre J.-M. et Guet C., Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME : Analyse critique des dispositions relatives aux droit des relations industrie-commerce, D. 2005, p. 2149 et s., Pecnard C. et Cousin M., Quelles marges arrières intégrer dans le seuil de revente à perte après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME?, LPA 2005, n° 191, p. 3 et s., Mainguy D., La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales, JCP E, I, n° 349-356).

II. - LES ENSEIGNEMENTS À EN TIRER EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION TARIFAIRE

1. Tout d'abord, et cela constitue une étape importante dans l'application des lois relatives à la matière depuis une quinzaine de mois, on ne peut que constater une multiplication des procédures judiciaires, lesquelles sont dans la plupart des cas introduites par le ministre de l'Économie et dirigées contre les acteurs de la grande distribution, en raison de l'inaction des fournisseurs. Le ministre semble en effet ne plus hésiter, lorsqu'il relève certaines pratiques prohibées, à saisir les juri- ➤

dictions. Ces dernières, au vu des éléments de preuve versés au dossier et dont la collecte est facilitée par les prérogatives des services du ministre en matière d'enquête, ont souvent fait droit aux moyens de celui-ci. C'est ainsi que le rapport de force, notamment au plan probatoire, est nettement en faveur du ministre. Cette situation se trouve être accentuée depuis la loi du 2 août 2005 qui instaure en cette matière un renversement de la charge de la preuve aux termes de l'article L. 442-6, III *in fine*, du Code de commerce.

2. En outre et à raison du nombre assez réduit de grandes enseignes de la distribution, principalement alimentaires si l'on s'en tient aux affaires rappelées ci-dessus, les faits poursuivis peuvent parfois paraître familiers aux yeux du ministre ou du juge, le fort impact médiatique de certaines affaires n'allant pas dans le sens d'une inversion de cette perception. Les antécédents ou la rumeur ne font donc pas l'affaire des parties poursuivies. À titre d'exemple, revenons à l'une des décisions ci-dessus dans laquelle le distributeur poursuivi s'est vu infliger la peine d'amende la plus élevée parmi les condamnations prononcées, soit 75000 euros, « *en tenant compte du fait que ce fait délictueux n'est pas le premier à lui être reproché, signant ainsi une pratique des affaires exemptes d'honnêteté, et en tenant compte du fait qu'elle recueille pour partie, le fruit des délits commis en recevant 1 % des prestations facturées* » (T. corr. Vannes, 28 juill. 2005, précité).

3. Ensuite, ces procédures concrétisent la volonté, maintenant ancienne, de mettre un terme aux pratiques abusives de l'article L. 442-6, I, du Code de commerce. La circulaire du 16 mai 2003 relative aux relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs (Circ. min. 16 mai 2003, NOR : ECOC030005C, JO 25 mai) prise pour l'application des textes législatifs en vigueur et notamment ceux résultant de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (L. n° 2001-420, 15 mai 2001, JO 16 mai), n'avait-elle pas en son temps insisté dans son point 4 relatif à la politique de contrôle, sur le fait qu'une attention particulière serait portée à un certain nombre de points conduisant à ce que « *les services rendus par l'acheteur mais qui ne relèvent pas de la coopération commerciale au sens de la définition donnée par la présente circulaire soient rémunérés par des réductions de prix relevant des conditions de vente du fournisseur* » et que « *les services dépourvus de contrepartie disparaissent et que les contrats prévoyant des services faisant l'objet d'avantages manifestement disproportionnés soient rééquilibrés* ». Cette circulaire a d'ailleurs servi de référentiel dans le cadre de certains dossiers (TGI Strasbourg, Ch. com., 25 nov. 2005, précité). La nouvelle circulaire du 8 décembre 2005 relative aux négociations commerciales (Circ. min. 8 déc. 2005, NOR : PMEA0510001C, JO 30 déc.) reprend cette même idée en précisant que « *Toute demande de rémunération de services de coopération commerciale ou de services distincts, ou d'obtention de réductions de prix au titre des CGV/CPV, doit correspondre, respectivement, à un service effectivement rendu, ou à une contrepartie effectivement obtenue, afin de ne pas placer le fournisseur en situation d'accorder à un client des avantages discriminatoires, portant sur un service fictif ou dé-*

pourvus de contrepartie réelle. Ainsi en serait-il de services facturés par l'acheteur au titre de la coopération commerciale alors qu'ils font déjà l'objet d'une rémunération par voie de réduction de prix aux termes des conditions de vente du fournisseur, ainsi en serait-il également de services de coopération commerciale dont l'objet relève de la fonction même du vendeur ; il pourrait y avoir absence de cause au sens de l'article 1131 du Code civil. De même les avantages sollicités ne doivent pas être manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu (C. com., art. L. 442-6, I, 2°), a). Le caractère disproportionné pourra s'apprécier au regard des éléments suivants : variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique, diminution sensible de la consistance de la prestation prévue au contrat, participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt s'avère limité... ». Il sera relevé, à l'occasion de ce rappel, que la notion de cause « *au sens de l'article 1131 du Code civil* » fait son apparition. Surtout, et cela nous paraît assez perturbant pour les opérateurs de la

distribution, l'absence de cause fait office de conclusion après l'énumération d'un certain nombre d'exemples parmi lesquels figurent les services (de coopération commerciale) dont l'objet relève de la fonction même du vendeur. Certains juges, bien avant la loi du 2 août 2005 et sa circulaire du 8 décembre, s'étaient d'ailleurs déjà soit implicitement, soit expressément, basés sur cette théorie (T. corr. Vannes, 28 juill. 2005, précité). L'orientation des contrôles par les services du ministre n'a par ailleurs pas vraiment variée puisque ces derniers, aux termes de la nouvelle circulaire, doivent procéder à un « *suivi particulièrement attentif* » du respect des nouvelles règles de l'article L. 441-7 relatives aux contrats de services et à la juste qualification de ces services, ainsi qu'à la surveillance des pratiques abusives civilement sanctionnées.

« L'orientation des contrôles par les services du ministre n'a par ailleurs pas vraiment variée puisque ces derniers, aux termes de la nouvelle circulaire doivent procéder à un "suivi particulièrement attentif" du respect des nouvelles règles de l'article L. 441-7 relatives aux contrats de services et à la juste qualification de ces services, ainsi qu'à la surveillance des pratiques abusives civilement sanctionnées ».

4. Il ressort alors de ces affaires que la DGCCRF, après qu'elle se soit parfois vu reprocher, à tort ou à raison, de laisser la situation se dégrader malgré le durcissement de la réglementation, ait décidé de traiter le problème à la source, considérant peut-être que les fournisseurs, dans bien des situations, n'avaient d'autre choix que celui de se plier aux pratiques voulues par certains de leurs clients. On peut citer, à titre d'exemple, le contenu assez éclairant de la décision du Tribunal de commerce d'Aubenas du 8 mars 2005 (T. com. d'Aubenas, 8 mars 2005, précité) dans laquelle des fournisseurs avaient pris parti pour leur client poursuivi en soutenant que les services dénoncés étaient véritables, utiles ou d'un prix raisonnable, soit dans le cadre d'un courrier versé à la procédure par le distributeur, soit carrément par une intervention volontaire à l'instance de l'un desdits fournisseurs. À l'inverse de légitimer les pratiques du distributeur, le tribunal a en effet considéré que « *l'intervention volontaire de la SEM VALS ou le courrier de la SA CLEMENT FAUGIER, loin de convaincre le tribunal de son adhésion à ses pratiques illicites, le renforce au contraire dans sa conviction qu'EMC DISTRIBUTION abuse de sa position dominante au détriment de ses fournisseurs. Attendu que le ministre de l'Économie réclame à ce titre, en raison du trouble à l'ordre*

public économique une somme de 300 000 € d'amende civile. Attendu que cette somme est justifiée, que la société EMC DISTRIBUTION sera par conséquent condamnée à payer au ministre de l'Économie [...] une amende civile fixée à 300 000 € ». Dans le même sens, et plus récemment, relevons la décision du Tribunal correctionnel de Bordeaux du 30 mars 2006 (T. corr. Bordeaux, 8 mars 2006, Lettre de la Distribution nov. 2006) qui devait sanctionner par principe un fournisseur, tout en relevant une certaine responsabilité de la centrale, en l'espèce du groupe Carrefour, en ces termes : « il apparaît toutefois que ces pratiques en raison de l'inégalité des cocontractants, peuvent être largement induites par la partie dominante en permettant à celle-ci de se constituer des marges arrière dont le montant total pour l'année 2003 s'est élevé à 1 855 277,91 € ». Les comportements passés des distributeurs sont donc pris en compte lors du prononcé de la sanction comme, par exemple, dans une des affaires évoquées ci-dessus (T. corr. Bar-le-Duc, 4 mars 2005, précité) qui cible sa poursuite sur la rédaction non conforme par le fournisseur de factures, lesquelles auraient dû mentionner les remises correspondantes à de faux services de coopération commerciale, ainsi que sur le défaut de demande de factures conformes par le distributeur à son fournisseur (C. com., art. L. 441-3). Toutefois, le tribunal prend ici le parti de ne sanctionner que le distributeur considérant que ce dernier était à l'origine de telles pratiques, en raison de facturations par celui-ci de pseudo services de coopération commerciale. À l'heure actuelle, les tribunaux, saisis des nombreuses procédures initiées par la DGCCRF, font preuve d'une plus grande sévérité vis-à-vis des opérateurs coutumiers des pratiques de coopération commerciale douteuses, lorsque ces opérations n'ont par exemple pas tenu compte des avertissements donnés par l'Administration de la concurrence. Le Tribunal correctionnel de Bar-le-Duc, dans la décision mentionnée ci-dessus, devait ainsi signaler, que la société du distributeur « avait déjà été avertie par la DGCCRF à la suite d'un précédent contrôle par courrier du 21 janvier 2002 », et « a méconnu en toute connaissance de cause les dispositions légales, ce qui suffit à établir une intention coupable au sens de l'article L. 121-3 du Code pénal ». Le Tribunal de grande instance de Strasbourg dans son jugement du 25 novembre 2005 devait quant à lui relever que le distributeur n'avait pas modifié son comportement à la suite d'une enquête en cours concernant des faits antérieurs à ceux qui allaient justifier dans la cause sa présente condamnation : « Il est en effet constant que lorsque ces contrats ont été signés, le contrôle de la DGCCRF était déjà en cours et que notamment l'inspecteur s'était spécialement intéressé aux accords concernant l'ouverture de l'entrepôt de Guingamp, similaires à peu de choses près aux contrats litigieux – seuls les termes sensés préciser chaque fonction d'amélioration de la logistique et d'entrepôt ayant été ajoutés entre les deux séries de contrats –, ce qui aurait dû la dissuader de poursuivre la conclusion de ces conventions types avant de connaître l'issue du contrôle... ».

5. Très majoritairement engagées à l'initiative des services du ministre sur le fondement de textes intégrés au Code de commerce avant la loi du 2 août 2005, les procédures ci-dessus démontrent que l'Administration s'est livrée depuis une paire d'années à une traque des faux services ou de ceux rémunérés de manière abusive. À ce propos, dans son récent rapport du 25 septembre 2006 à la Commission d'examen des pratiques commerciales, la DGGCRF devait manifester sa sensibilité sur le sujet en relevant un transfert des marges arrière non vers l'avant mais vers les services distincts et émettre des réserves à ce sujet : « Les prestations de services distincts, catégorie sans définition, semblent abriter des prestations dont l'intitulé et le contenu apparaissent extrêmement imprécis. Pour beaucoup d'entre-elles, ces prestations existaient déjà avant les changements législatifs récents mais ont été requalifiées par le distributeur en prestations de services distincts alors qu'elles relevaient de la coopération commerciale ». Les temps qui viennent nous diront si ce rapport augurait déjà d'une nouvelle vague de poursuites pour des services distincts fantaisistes par exemple.

6. À ce jour, et sous l'empire la loi du 2 août 2005 et alors que celle-ci a eu entre autres pour objectifs la réduction des marges arrière, soit directement au moyen d'un encadrement réglementaire plus strict des services détachables, soit indirectement grâce à la modification du mode de calcul du seuil de revente à perte, les opérateurs sont aujourd'hui plus que jamais invités à s'interroger sur la légitimité de leurs accords. Sans vouloir spéculer sur les évolutions de la jurisprudence en cette matière et sur la base des seuls constats précités, l'abus dans les demandes de marges arrière va continuer à faciliter la qualification et la sanction des pratiques poursuivies (restitution des sommes perçues notamment). Alors, marges arrière, pourquoi pas, car le législateur n'a pas voulu interdire ces dernières, mais point trop n'en faut, au risque de voir tout l'édifice tarifaire remis en question. La modération dans la négociation doit donc l'emporter en cette matière, au besoin au moyen d'un changement marqué dans les modes opératoires en vigueur. Sans aucun parti pris, n'oublions pas que « bien mal acquis ne profite jamais ». Tout dépend alors de la frontière entre le bien et le mal, dont on note qu'elle semble varier en fonction des juridictions (cf. Bilan de la DGGCRF précité, qui fait état de décisions n'ayant pas donné lieu à condamnation à raison de versements litigieux, ainsi que de leur suivi contentieux pour ce qui est des recours formés : CA Bourges, 18 oct. 2004 ; T. com. Evry, 16 nov. 2005 ; T. com. la Roche sur Yon, 14 mars 2006 ; T. com. Chalons en Champagne, 15 juin 2006 ; T. com. Vienne, 14 mars 2006, qui prend en compte l'inexistence de plainte des fournisseurs et la contribution du distributeur à l'économie locale). En attendant de plus amples précisions sur cette frontière, il est donc recommandé aux intervenants de tenir compte des signaux procéduraux récents qui, en matière de services, confirment en règle générale, que la recherche d'avantages financiers tarifaires excessifs non liés à des utilités ou des gains d'efficacité pour le fournisseur est génératrice aujourd'hui plus que jamais de risques aggravés à appréhender dans le cadre des négociations tarifaires. ♦