

**Mars 2006****Sommaire :**

- ▶ Tribunal de commerce d'Evry - 3<sup>ème</sup> Chambre - Jugement du 16 novembre 2005 - Ministre de l'économie c/ Intermarché : qu'est ce que la « *singularisation* » ?
- ▶ Tribunal de commerce de Nanterre - 7<sup>ème</sup> Chambre - Jugement du 15 novembre 2005 - Ministre de l'économie c/ Le Galec : transaction et restitution : le débat est ouvert !  
**Par Jean-Christophe Grall** ..... 1
- ▶ Tribunal de commerce d'Aubenas - Jugement du 8 mars 2005 – Ministre de l'économie c/ EMC Distribution : crème de marron et rémunération disproportionnée !  
**Par Thomas Lamy** ..... 4
- ▶ Conseil de la concurrence – Décision Lucie n°05-D-62 du 10 novembre 2005 : validation, au regard du droit de la concurrence, des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie  
**Par Charlotte Grass** ..... 5
- ▶ Cour de cassation – Chambre commerciale - Arrêt du 12 décembre 2005 : du Roquefort et des gammes !  
**Par Erwan Le Morhedec** : ..... 7
- ▶ Tribunal de Grande Instance de Strasbourg – Chambre commerciale - Jugement du 25 novembre 2005 - Ministre de l'économie c/ Lidl : la rémunération des fonctions logistiques assurées par les distributeurs est-elle légale ?  
**Par Nicolas Geay** ..... 8
- ▶ Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc – Jugement du 4 octobre 2005 - Intermarché : facturation de « fausses » prestations de coopération commerciale par un distributeur : sanctions !  
**Par Claudie Guet** ..... 10
- ▶ **Quelques informations** ..... 11

**QUELQUES DECISIONS PARMI LES PLUS IMPORTANTES RENDUES AU COURS DE L'ANNEE 2005**  
**CONCERNANT LES RELATIONS INDUSTRIE / COMMERCE**

**Tribunal de commerce d'Evry – 3<sup>ème</sup> Chambre**  
**Jugement du 16 novembre 2005 - Ministre de**  
**l'économie c/ Intermarché**  
**Qu'est ce que la « *singularisation* » ?**

Par Jean-Christophe Grall

La société ITM Marchandises France [**ci-après dénommée « ITM »**] était assignée devant le Tribunal de commerce d'Evry, à la demande du Ministre de l'économie, sur le fondement de l'article L.442-6-I-2°-a) du Code de commerce qui sanctionne le fait :

*« d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, un tel avantage pouvant notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation des magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. »*

Le Ministre de l'économie reprochait en l'espèce à ITM d'avoir demandé et obtenu de différents fournisseurs la rémunération d'un service dénommé « **singularisation** » défini dans le contrat cadre de coopération commerciale négocié annuellement par le groupement Intermarché et les différentes SCA qui en dépendent, avec l'ensemble des fournisseurs de produits de grande consommation (« **PGC** »).

En effet, le Ministre de l'économie considérait que le service rendu par ITM, sous le nom de « **singularisation** » constituait ni plus ni moins qu'une opération de rénovation des magasins qui relevait ainsi uniquement de l'activité inhérente à la fonction de tout distributeur, un tel service ne permettant en outre aucune mise en avant des produits et par conséquent ne pouvait répondre à aucun service commercial effectivement rendu, le Ministre de l'économie demandant dès lors au Tribunal de commerce d'Evry de dire et juger que les avantages perçus à ce titre par ITM étaient donc contraires aux dispositions précitées de l'article L.442-6-I-2°-a), que les clauses des accords cadre et accords commerciaux annuels, relatives au service dit de « **singularisation** », étaient nulles de plein droit et qu'elles ont entraîné un préjudice certain pour les fournisseurs ayant accepté de signer lesdits contrats.

Le Ministre de l'économie demandait donc fort logiquement la restitution des sommes indûment perçues par ITM, ainsi que le prononcé d'une amende de 2.000.000 €.

Chose très surprenante, lorsque l'on connaît tous le caractère ô combien creux des différents services tels que celui dénommé « **singularisation** », figurant dans l'ancien contrat cadre annuel de coopération commerciale proposé par le groupement ITM, le Tribunal de commerce d'Evry n'a pas fait droit aux demandes du Ministre de l'économie.

Bien au contraire, et alors même que le Parquet avait par conclusions, demandé au Tribunal de commerce d'Evry de faire droit à l'intégralité des demandes du Ministre de l'économie, le Tribunal de commerce d'Evry a purement et simplement rejeté l'ensemble des demandes, en considérant que le service de singularisation était un vrai service, compte tenu de ce que le « *guide de singularisation* » produit aux débats par ITM, démontre l'existence d'une « *offre produits restructurée* » par :

- « - la mise en place de nouveaux rayons ;
- la valorisation des rayons existants ;
- l'élargissement des assortiments ;
- l'amélioration du niveau qualitatif de l'offre ;
- une formation intensifiée ».

Le Tribunal, au vu des pièces communiquées par ITM, considère que :

*« Les plans de singularisation datant de 1999 font apparaître des adaptations et optimisations des mètres linéaires, le développement de nouveaux rayons et les préconisations du mobilier selon la nature du point de vente, à savoir 1.200 m<sup>2</sup> alimentaire, 2.000 m<sup>2</sup> alimentaire, 2.000 m<sup>2</sup> généraliste, 3.000 m<sup>2</sup> ».*

De plus, le Tribunal considère que :

*« La charte graphique de la singularisation contient outre des plans d'agencement de points de vente, des éléments importants sur les structures d'implantation, le mobilier spécifique, la signalétique des rayons, l'affichage standardisé des prix ainsi qu'une gamme de vêtements spécifiques ».*

L'ensemble de ces éléments étant inscrit dans un dossier type d'implantation communiqué par ITM aux débats, le Tribunal a considéré :

*« Qu'il en résultait pour les fournisseurs une amélioration des conditions de commercialisation de leurs produits, créatrice de valeur, de tels avantages dont bénéficient les fournisseurs améliorant leur efficacité commerciale en leur permettant de générer des économies ; le concept de singularisation ne relève pas des conditions générales de vente du fournisseur, ces dernières étant établies par le fournisseur et visant à informer l'acheteur du barème de prix et des conditions de vente, à savoir essentiellement les conditions de règlement, de rabais, de ristournes et d'escompte. ».*

Le Tribunal en conclut que l'activité de distribution peut très bien se concevoir sans la mise en place de la singularisation, celle-ci étant détachable des simples obligations d'achat et de vente, et que le service fourni consistant en la mise en valeur des produits dans les magasins entraîne un effet bénéfique sur la vente de ces produits, ajoutant que le Ministre de l'économie n'apporte pas la preuve d'une absence de contrepartie du simple fait que la rémunération du service soit indexée sur le chiffre d'affaires total réalisé par le fournisseur avec les adhérents ITM, la rémunération versée n'apparaissant pas de surcroît disproportionnée par rapport à la valeur du service rendu !

Le Ministre de l'économie est donc débouté de l'ensemble de ses demandes et condamné à verser à ITM la somme de 10.000 € au titre de l'article 700 du NCPC !

C'est là un jugement très surprenant et bien singulier qui s'inscrit totalement en marge des différentes décisions qui ont pu être rendues au cours de l'année 2005 et dont il est fait état dans la présente Lettre du Cabinet.

La Cour d'appel de Paris devrait être amenée à se prononcer dans cette affaire dans les dix huit mois à venir.

A suivre, en conséquence ...

**Tribunal de commerce de Nanterre**  
**7<sup>ème</sup> Chambre**  
**Jugement du 15 novembre 2005**  
**Ministre de l'économie c/ Le Galec**  
**Transaction et restitution : le débat est ouvert !**

Par Jean-Christophe Grall

Chacun connaît la genèse de cette affaire, lorsque le Galec a découvert en 2002 les écarts de conditions commerciales existant avec Carrefour, exigeant immédiatement de vingt-huit fournisseurs de produits alimentaires la signature de « *protocoles d'accord transactionnels* » !

Le jugement utilise des caractères italiques pour viser ces « *protocoles d'accord transactionnels* », la notion même d'accord et de transaction étant bien éloignée de la réalité commerciale ...

Le Ministre de l'économie a donc assigné au printemps 2004 le Galec devant le Tribunal de commerce de Nanterre, après quelques enquêtes de concurrence plus ou moins « *musclées* », aux fins de demander à cette juridiction de prononcer purement et simplement la nullité de ces « *protocoles d'accord transactionnels* » sur le fondement de l'article 442-6-III du Code de commerce, la restitution des sommes indûment perçues par le Galec, avec liquidation desdites sommes au profit du Trésor public, à charge pour celui-ci de les reverser à chaque fournisseur et enfin, le prononcé d'une amende civile de 2.000.000 €.

Le Ministre de l'économie considérerait en effet que ces « *protocoles d'accord transactionnels* » constituaient ni plus ni moins qu'« *un habillage juridique qui porte sur une matière d'ordre public* » ! Dans son jugement du 15 novembre 2005, le Tribunal de commerce de Nanterre fait entièrement droit

aux demandes du Ministre de l'économie, jugeant que :

**« Les protocoles d'accord établis par le Galec sont contraires à l'ordre public économique et constituent une fraude à la loi par leur habillage sous forme de protocole transactionnel, ajoutant que les fournisseurs ne sont nullement responsables de cette situation et qu'ils n'ont donc pas engagé leur responsabilité de ce chef. »**

Le Tribunal estime en conséquence bien fondé le Ministre de l'économie en sa demande de nullité des accords transactionnels signés entre le Galec et ses fournisseurs, estimant de surcroît que le Ministre de l'économie est en droit de demander la restitution au profit du Trésor public, mais pour le compte des fournisseurs concernés, des sommes versées au Galec par ces derniers, soit la somme totale de **23.313.681,51 €** donnant acte au Ministre de l'économie de son engagement de restitution au Galec des sommes qui ne pourraient être remises aux fournisseurs, le Galec étant condamné à verser à l'Etat français une amende civile de 500.000 €.

Sur le fond, nul doute que la Cour d'appel de Versailles devant laquelle a été relevé appel de ce jugement confirmera le jugement entrepris, le Galec ayant, selon le jugement, reconnu que les « *protocoles d'accord transactionnels résultent en réalité de contrats de coopération commerciale à effet rétroactif, ne correspondant à aucun service rendu au titre des années 1999 à 2001* » !

En revanche, une vraie question procédurale est aujourd'hui posée à la Cour d'appel de Versailles, quant à la possibilité pour le Ministre de l'économie de demander la restitution d'avantages financiers indûment versés par des fournisseurs à un groupe de distribution, en l'espèce le Galec, mais la question se pose de manière beaucoup plus générale, compte tenu de la rédaction des dispositions figurant sous l'article L.442-6-III du Code de commerce, modifié par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

L'article L.442-6-III précise en effet que le Ministre de l'économie et le Ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques illicites, de constater la nullité des clauses et contrats en cause, la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2.000.000 €, la réparation des préjudices subis pouvant également être demandée.

Or, c'est précisément ce qu'a réclamé le Ministre de l'économie, mais afin que les sommes indûment perçues soient effectivement restituées par le Galec, l'administration a demandé qu'elles le soient via le Trésor public, à charge pour celui-ci de les restituer, dans un second temps, aux différents fournisseurs concernés.

On sait en effet qu'aucun des fournisseurs concernés n'ira spontanément demander la restitution desdites sommes, compte tenu des représailles évidentes dont il serait immédiatement l'objet ; c'est bien pourquoi d'ailleurs, le Ministre de l'économie avait demandé la réforme de l'article L.442-6-III du Code de commerce en 2001.

Le fait que le Trésor public intervienne en tant que « percepteur » des sommes, non pour son compte, mais pour le compte du fournisseur, ne devrait pas être sanctionné par la Cour d'appel de Versailles.

C'est là un vrai risque néanmoins pour le Galec qui chercherait aujourd'hui à obtenir d'une façon ou d'une autre des fournisseurs concernés, une renonciation pure et simple à la restitution des sommes en cause !

Là encore, donnons-nous rendez-vous dans dix-huit mois au plus tard pour connaître la position de la Cour d'appel de Versailles.

**Tribunal de commerce d'Aubenas  
Jugement du 8 mars 2005 – Ministre de  
l'économie c/ EMC Distribution  
Crème de marron et rémunération disproportionnée !**

Par Thomas Lamy

Dans cette affaire, la Direction Départementale de la Concurrence de l'Ardèche avait mis en cause les clauses principales du contrat cadre de coopération commerciale proposé par la société EMC Distribution à deux de ses fournisseurs, à savoir la société SEM de Vals et la société Clément Faugier, le fabricant de crème de marron bien connu ...

**La décision est intéressante en ce que le Tribunal se prononce sur les contours des pouvoirs dévolus, aux termes de l'article L.442-6 du Code de commerce, au Ministre de l'économie et sur sa capacité à agir sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence.**

En l'espèce, l'administration reprochait à EMC Casino, s'agissant de la société SEM de Vals, les faits suivants :

- Facturation à un fournisseur, pour le même service rendu sur le même produit, d'un prix deux fois plus élevé que celui appliqué lors d'une opération commerciale précédente, pourtant plus importante, conduisant EMC Distribution à percevoir un avantage manifestement disproportionné au sens de l'article L.442-6-2°-a) du Code de commerce ;
- Facturation au fournisseur d'un service de mailing pour un seul article de sa marque, pour un montant représentant près de 56 % du coût de revient externe des dépliants publicitaires diffusés par Casino à l'occasion de l'opération « *Casino Saveurs* », ce alors même que 93 autres produits de marques commerciales diverses y figuraient ;
- Facturation d'une somme de 120.000 € hors taxes au titre de deux services de promotion d'un seul produit lors d'une opération de 10 jours seulement, essentiellement limitée à des supermarchés d'une seule région, pratique qui traduisait également l'octroi d'un avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

S'agissant de la société Clément Faugier, l'administration reprochait à EMC Casino les griefs suivants :

- Facturation d'un service de mailing pour un seul article de sa marque, pour un montant représentant près de 23 % du coût de revient externe des dépliants publicitaires diffusés par Casino à l'occasion de l'opération « *Saveurs en fête* », ce alors même que 93 autres produits de marques commerciales diverses y figuraient ;
- Facturation de deux services de promotion d'un seul produit Clément Faugier, lors d'une opération de 10 jours seulement, et globalement limitée à des supermarchés d'une seule région.

En conséquence, le Ministre de l'économie demandait notamment le prononcé de la nullité des clauses litigieuses.

En l'espèce, la société SEM de Vals, par son intervention volontaire à l'instance, et la société Clément Faugier, par le moyen d'un courrier versé au débat, avaient toutes deux clairement indiqué qu'elles rejetaient les griefs du ministre !

Quant à EMC Casino, citant sur ce point les principes énoncés par les professeurs Ferrier et Behar-Touchais, elle faisait valoir l'argument suivant :

*« Il est contraire à la constitution qu'une action individuelle puisse être introduite contre la volonté de la personne concernée. Il est donc clair que le droit d'action du ministre ne peut s'interpréter comme lui permettant de demander seul la nullité du contrat et des restitutions au profit des victimes, ni d'ailleurs des dommages et intérêts au profit de ces dernières, contre le consentement des prétendues victimes. »*

Il est évident, au vu de la décision rendue, que cet argument a produit ses effets, puisque, statuant sur la régularité de l'action, le Tribunal juge en effet :

*« Que la jurisprudence actuelle sur ce point énonce clairement que le ministre ne peut pas se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires ; que la doctrine rejoint la jurisprudence en ce sens ; [...] que les fournisseurs susvisés n'ont pas été appelés dans la cause par le Ministre de l'économie, que ni l'intervention volontaire de la SEM de Vals ni le courrier adressé par la société Clément Faugier ne sauraient constituer une mise en cause au sens de la loi ; [...] que le Tribunal ne peut que renvoyer le Ministre de l'économie à mieux se pourvoir sur ce point précis de ses demandes sans que son action soit pour autant déclarée irrégulière [...]. »*

Le Tribunal rappelle donc avec force les principes tirés de la maxime :

*« Nul en France ne plaide par procureur » !*

Ce faisant, le Tribunal ignore semble-t-il, au moins pour partie, les pouvoirs dévolus au Ministre de l'économie par la loi « sur les nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001 qui, au travers de l'article L.442-6-III du Code de commerce, prévoit cependant, sans aucune ambiguïté possible, le fait que désormais le Ministre de l'économie peut « faire constater la nullité des clauses ou des contrats illicites [et] demander la répétition de l'indu. »

Par delà ce point procédural d'importance, le Tribunal rejoint, sur le fond, et s'agissant de la demande de condamnation à une amende civile requise par le ministre, la thèse soutenue par la Direction Départementale de la Concurrence de l'Ardèche : ainsi, la société EMC Distribution se voit condamnée à payer une somme de 300.000 € à

titre d'amende civile, justifiée tout à la fois par des rémunérations disproportionnées et/ou des rémunérations ne correspondant à aucun service réellement rendu.

**Conseil de la concurrence**  
**Décision Lucie n°05-D-62 du 10 novembre 2005**  
**Ministre de l'économie c/ Lucie**  
**Le Conseil valide dans cette décision les pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, au regard du droit de la concurrence**

Par Charlotte Grass

Par lettre enregistrée le 12 août 1999, le Ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques considérées comme anticoncurrentielles mises en œuvre par la Centrale Lucie.

Lucie est une union de coopératives créée sous la forme d'une société anonyme le 22 mars 1999 par les groupements Leclerc et Système U. Elle ne fournit aucune prestation de nature commerciale et ne se substitue pas aux centrales nationales et régionales d'achat de ces deux groupes. Le rôle de la centrale Lucie est d'informer les adhérents des deux groupements des objectifs négociés avec les fournisseurs et des rémunérations qui y sont attachées.

Dans sa saisine, le Ministre de l'économie estime que le rapprochement des puissances d'achat de Leclerc et de Super U constitue une entente qui a pour objet d'aligner, sans raison objective, les conditions commerciales et d'approvisionnement des deux enseignes, alors que ces dernières sont concurrentes, et d'obtenir des avantages financiers de nature à accroître artificiellement les marges convenues des distributeurs et à rendre plus difficile l'accès du marché aux autres distributeurs.

Plus précisément, était ainsi visée la « convention d'alliance » approuvée provisoirement en juin et juillet 1999 par les deux distributeurs et qui prévoyait la mise en œuvre d'une coopération économique étroite par le biais d'un comité d'alliance mandaté pour engager des négociations sur les produits de grande consommation, à savoir les produits frais - épicerie - liquide - droguerie - parfumerie - hygiène.

Ainsi que l'indique la présente décision, l'analyse, par les enquêteurs des négociations engagées par Lucie avec les fournisseurs (notamment Danone, Herta, Astra-Calvé et le groupe Entremont), a démontré que la coopération économique ci-dessus mentionnée « n'a porté que sur le versement d'une ristourne au titre de la nouvelle puissance d'achat cumulée des deux distributeurs. ». Il s'agit là de la

« Convention de ristourne Lucie » bien connue ! Cette ristourne était ainsi définie :

*« Le fournisseur s'engage à verser à Lucie une ristourne calculée sur la base d'un chiffre d'affaires réalisé au cours de l'année 1999 puis de l'année 2000. Cette ristourne ne sera pas directement liée à une quelconque des opérations de vente qui interviendront entre le fournisseur et les adhérents de Lucie. »*

Les contreparties conditionnelles ont été formalisées sous forme d'engagement de maintien, de progression de chiffre d'affaires ou de présence des produits dans les entrepôts.

A titre liminaire, le Conseil de la concurrence rappelle le principe selon lequel *« le libre choix de l'acheteur est l'un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix. »*. Le Conseil en déduit, *« qu'en vertu de ce principe, la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis ou au contraire le refus de référencer, comme le déréférencement ne constituent pas, en eux-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles. La renégociation de ces accords n'est donc pas illicite en soit, dès lors qu'elle n'est pas assortie de la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. »*

Le Conseil ajoute que *« même si les accords et pratiques mentionnés ci-dessus aboutissent à des transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs, dont la puissance d'achat s'est accrue pas le biais de la création d'une centrale commune de référencement, ces accords et pratiques ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions du Livre IV du Code de commerce que dans le cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, en portant atteinte aux producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs. »*

L'autorité de concurrence va donc examiner les pratiques dénoncées au regard du droit des ententes (article L. 420-1 du Code de commerce), mais elle va également s'interroger sur le caractère répréhensible de telles pratiques au titre des dispositions de l'article L. 420-2, relatives aux abus de domination.

Le Conseil va cependant écarter rapidement une telle infraction en considérant *« que les deux ensei-*

*gnes prises ensemble ou séparément ne disposent pas d'une puissance de marché suffisante pour agir sur ces marchés [les marchés d'approvisionnement des produits concernés] de façon indépendante de leurs concurrents ou des consommateurs. »*. Autrement dit aucune position dominante ne peut être caractérisée dans la présente espèce !!

S'agissant de la mise en œuvre d'une entente entre Lucie et les distributeurs qui aurait pour objet ou pour effet de restreindre l'accès des producteurs sur le marché :

Il était reproché aux groupements Leclerc et Système U de s'être concertés pour imposer des ristournes sans contrepartie, soit parce qu'elles étaient rétroactives, appliquées sur un chiffre d'affaires réalisé antérieurement et qui ne pouvait donc être concerné par les éventuelles actions mises en place, soit parce que Lucie n'était pas en mesure de mettre en œuvre des actions précises pour assurer la réalisation de ces contreparties, les adhérents des groupements gardant toute leur indépendance pour référencer les produits, en négocier les conditions d'achat et les commercialiser. Il leur était également reproché d'avoir fait pression sur les distributeurs en les menaçant de déréférencement.

- Sur la rétroactivité des ristournes, le Conseil considère *« qu'il ressort des éléments du dossier que, dans la quasi-totalité des cas, les négociations n'ont pas porté sur des remises rétroactives, les fournisseurs ayant cherché à obtenir des avantages réels découlant pour l'avenir de la mise en œuvre de Lucie. Le calcul des ristournes a toujours été lié au maintien ou à une progression de chiffre d'affaires à réaliser au titre de l'année de signature de la convention [de ristourne] »* et *« le fait que certaines conventions aient été signées en cours d'année n'implique pas nécessairement que les objectifs fixés pour l'ensemble de l'année pouvaient être réalisés sans l'intervention de Lucie, sauf s'ils étaient déjà atteints à la date de l'accord, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. »*
- Sur la capacité de Lucie à mettre en place des actions précises propres à favoriser la réalisation des objectifs, le Conseil constate que *« si les conventions de ristourne proposées par Lucie en début de négociation ne précisaient pas les contreparties accordées, la seule justification donnée étant la reconnaissance de la nouvelle entité, ces premières demandes ont ensuite fait l'objet de négociations »* et que *« les déclarations des*

*distributeurs attestent aussi qu'ils ont obtenu des contreparties qu'ils ont estimées satisfaisantes, portant sur une action de Lucie pour convaincre les magasins adhérents de réaliser les objectifs d'évolution du chiffre d'affaires négociés pour assurer la diffusion de leurs produits sur la quasi-totalité du territoire. »*

- Enfin, sur les menaces de déréférencement, le Conseil souligne « qu'il n'est pas non plus démontré que la poursuite des négociations commerciales avec chaque enseigne a été conditionnée par un accord avec Lucie »

**En définitive, le Conseil de la concurrence en conclut qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que les négociations engagées par Lucie ont eu pour objet ou pour effet de restreindre l'accès de fournisseurs aux linéaires des magasins Leclerc et Système U ! Aucune infraction à l'article L. 420-1 ne peut donc être retenue.**

**Cour de Cassation – Chambre commerciale  
Arrêt du 6 décembre 2005  
Société des Caves et Producteurs Réunis  
de Roquefort : du Roquefort et des gammes !**

Par Erwan Le Morhedec

« Le roquefort, produit prestigieux au goût marqué, constitue une référence à laquelle la grande distribution ne peut renoncer, eu égard aux préférences manifestées par une proportion économiquement significative des consommateurs ». Voici le type de propos élogieux qu'un industriel préfère lire dans une revue professionnelle plutôt que dans une décision du Conseil de la concurrence, tant elle préfigure la reconnaissance d'une position dominante et, potentiellement, d'un abus de cette position.

Dans sa décision n°04-D-13 du 8 avril 2004, le Conseil de la concurrence avait sanctionné la Société des Caves et Producteurs Réunis de Roquefort pour avoir mis en place des accords de remise de gamme avec la grande distribution. Les contrats conclus accordaient une rémunération sous forme de remises globales s'échelonnant de 2,25 % à 8,6 % du chiffre d'affaires total facturé, en contrepartie d'une exclusivité d'approvisionnement auprès de la Société des Caves, ou de la présence d'une gamme étendue de produits de cette dernière société dans les linéaires.

La Société des Caves avait notamment tenté de contester l'existence d'un marché pertinent du roquefort. Le Conseil de la concurrence a, quant à lui,

considéré qu'il existe bien un marché pertinent du roquefort, compte tenu des éléments suivants : « les spécificités du roquefort comparées à celles des fromages à pâte persillée, le goût plus fort et plus typé du roquefort, la stratégie commerciale des offreurs présentant le roquefort comme un fromage haut de gamme, le prix de vente du roquefort, très nettement supérieur à celui des bleus, les contraintes géographiques et la réglementation spécifique imposées aux producteurs », rappelant également qu'il avait déjà auparavant relevé l'existence d'un marché pertinent du Cantal... ou du matériel de fabrication du Reblochon.

Le Conseil de la concurrence a donc, par voie de conséquence, constaté la position dominante de l'entreprise sur le marché du roquefort, ainsi que le caractère abusif des accords de gamme conclus. Il a retenu également le fait que les linéaires des GMS constitueraient « une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre producteurs », de sorte que dans de telles conditions, « un producteur en position dominante ne peut tirer argument du nombre de références qu'il est en mesure de fournir pour s'exonérer de la qualification d'abus de position dominante ».

Cette décision a été confirmée en appel, par un arrêt en date du 9 novembre 2004, et vient d'être confirmée également par une décision de la Cour de cassation du 6 décembre 2005.

Celle-ci a confirmé l'impact des pratiques de la Société des Caves en relevant également le caractère de « ressources rares » des linéaires, d'autant plus raréfiée depuis l'apparition et le développement des produits sous marques de distributeurs.

Elle n'a ainsi pas remis en cause la motivation du Conseil de la concurrence qui relevait que « la Société des Caves ne fournit aucune indication concrète sur la contrepartie économiquement justifiée des rabais accordés, qu'elle qualifie de rabais "de gamme" et se borne à affirmer que les pratiques qui lui sont reprochées permettaient aux distributeurs "de placer dans leurs linéaires le choix complet des produits que réclamait le consommateur" sans apporter de justification économique au choix des taux de remise retenus, ni à leur lien avec le nombre et la nature des référencements exigés dans les accords commerciaux passés avec la grande distribution » et sans que l'on puisse affirmer que le fait de présenter l'ensemble d'une gamme d'un seul et même fournisseur présente un avantage quelconque pour le consommateur.

La solution est somme toute classique, et la Cour de cassation n'était pas interrogée sur le principe

même de la remise de gamme. Pour autant, on notera pour conclure que les accords de gamme sont vus avec davantage encore de défaveur depuis l'adoption de la loi du 2 août 2005, intégrant à l'article L.420-2 du Code de commerce, relatif aux abus de position dominante, une mention expresse des accords de gamme, et indiquant, à l'article L.442-6-I-2°, b du même Code que « *le fait de lier la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente* ».

Les entreprises sont ainsi d'autant plus appelées à la vigilance !

**Tribunal de Grande Instance de Strasbourg**  
**2<sup>ème</sup> Chambre commerciale**  
**Jugement du 25 novembre 2005**  
**Ministre de l'économie c/ SNC LIDL**  
**La rémunération des fonctions logistiques assurées par les distributeurs est-elle légale ?**

Par Nicolas Geay

C'est la question dont le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg était saisi et pour laquelle il a rendu le 25 novembre 2005 une décision intéressante car précisant les conditions dans lesquelles un distributeur peut se faire rémunérer par son fournisseur pour des prestations de services logistiques.

En l'espèce l'enseigne LIDL, premier Hard Discounteur de France, avait conclu en 2002 par l'intermédiaire de sa centrale, 73 contrats de coopération commerciale avec des fournisseurs à l'occasion de l'ouverture d'un entrepôt à Lunel. Les services rendus étaient décrits dans les contrats comme étant « *spécifiques* » et « *allant au-delà de simples obligations résultant des achats et des ventes* », et définis de la manière suivante :

- « *amélioration de la logistique [du fournisseur] par la réduction du temps d'attente* » du déchargement ;
- « *fonction "entrepôt" pour une meilleure absorption des variations d'activité et une plus grande fluidité amont* ».

Ces prestations de services n'avaient apparemment rien d'exceptionnel puisqu'on peut les retrouver de manière récurrente dans les contrats des grandes enseignes de la distribution, et leur rémunération pouvait paraître a priori « *raisonnable* » puisque s'établissant à moins de 1 % du chiffre d'affaires

annuel réalisé par le fournisseur avec l'enseigne LIDL.

Tel n'a pas été l'avis du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg qui, dans sa décision précitée, prononce la nullité de l'ensemble des contrats conclus par LIDL avec ses fournisseurs, ordonne le remboursement des sommes indûment perçues, et condamne LIDL à payer une amende civile de 500.000 euros sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce.

Pour ce faire, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg reprend les critères jurisprudentiels de la coopération commerciale définis par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 février 1990, et notamment les exigences de spécificité et d'effectivité des prestations rendues par le distributeur.

Ainsi, le Tribunal considère tout d'abord que **les services rendus n'avaient rien de spécifiques car ils n'étaient pas détachables de l'opération d'achat vente**, n'étant en effet manifestement pas de nature à stimuler ou faciliter la revente des produits des fournisseurs par LIDL puisque, s'agissant de services de logistique et d'entrepôt, ils se situaient « *entre la vente et la revente des produits* ».

Sur ce premier point, nous observons que si l'article L.441-7-I du Code de commerce introduit par la loi Dutreil du 2 août 2005 avait été applicable, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg n'aurait pas adopté de position différente dans la mesure où le contrat de coopération commerciale fait désormais l'objet d'une définition légale et qu'il s'entend d'une « convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente ».

Le Tribunal ne se contente pas de remettre en cause la nature des prestations, et finalement leur spécificité, mais il **remet surtout en cause l'effectivité même des services** de sorte que ces « services » ne pouvaient pas, non plus, faire l'objet de rémunération, même au moyen de réductions de prix !

En effet, s'agissant de « *l'amélioration de la logistique du fournisseur par la réduction du temps d'attente* », le Tribunal considère que « l'organisation de la réception des camions de livraison est au demeurant une obligation normale de l'acheteur » ne justifiant aucune rémunération particulière.

Quant à la « *fonction entrepôt* », celle-ci ne justifiait pas davantage l'octroi d'une rémunération puisque « *une opération d'achat impose la réception de la marchandise par l'acheteur et donc forcément son entreposage en attendant sa possible revente* » et que « *l'existence d'un entrepôt de stockage n'apporte aucun service commercial particulier et effectif prouvé* ».

En outre, l'argument de LIDL consistant à soutenir que ces deux services avaient pour objet final d'empêcher la rupture des offres de produits des fournisseurs en rayon, est également balayé d'un revers de main par le Tribunal qui affirme que « *même s'il y avait eu promesse d'un maintien permanent en rayon, ce service n'aurait rien eu de spécifique, puisqu'il participe en fait à la commercialisation normale d'un produit* » et qu'il existe une « *obligation pour LIDL d'assurer la pérennité de l'achalandage de ses magasins, ce qui est la moindre des choses pour un distributeur* » !

**Le Tribunal remet-il pour autant en cause toute possibilité de rémunération par un fournisseur des fonctions logistiques prises en charge par son distributeur ?**

Certainement pas, et les circonstances de l'espèce montrent clairement que la rémunération de fonctions logistiques est toujours possible lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies.

Premièrement, il est **nécessaire de définir avec précision le service rendu**. En effet, le Tribunal remet en cause l'effectivité des services rendus essentiellement parce qu'ils sont « *énoncés dans des termes [très] généraux, voire vagues, pour ne pas dire abscons* ».

Deuxièmement, il est **nécessaire que le service soit utile pour le fournisseur et lui procure un avantage réel**.

En l'espèce, le Tribunal constate que « *LIDL ne s'est engagé à rien de précis dans le cadre de cette fonction "entrepôt" puisque les termes employés ne font état que des buts recherchés, mais sans promesse précise de résultat* ».

Ainsi, on peut noter que la prise en charge par un distributeur du transport entre la plateforme logistique et le point de vente des produits consiste précisément en une exécution par le distributeur d'une partie de la fonction de livraison qui appartient en principe au fournisseur, et qu'il en résulte nécessairement pour lui une économie de coût. Or, en l'espèce, l'entreposage par LIDL impliquait bien l'existence d'un tel service, mais le contrat conclu

n'en faisait nullement état, se contentant seulement d'indiquer l'existence d'une fonction amont d'« *entreposage* » !

Troisièmement, il est **nécessaire que le service ne soit manifestement pas fictif**. En effet, alors même qu'il procurerait un avantage au fournisseur, il faut que le service soit cohérent et rationnel. En l'espèce, le Tribunal souligne que la fonction logistique est une fonction continue alors que les contrats étaient conclus pour une durée limitée et n'avaient pas vocation à être renouvelés de sorte que la rémunération perçue avait davantage pour « *unique objet [...] de faire supporter aux fournisseurs de la SNC LIDL ni plus ni moins que le coût de l'investissement engagé par ce distributeur pour la construction de ses entrepôts* ».

Enfin, on retiendra que dans son jugement, **le Tribunal a souvent eu tendance à confondre spécificité et effectivité des services rendus**. Un service peut ne pas être spécifique (c'est-à-dire non lié à l'opération d'achat-vente des produits) tout en étant effectif. La différence est qu'il relèvera dans un cas de la coopération commerciale, voire désormais des services distincts (lorsqu'il est effectif et spécifique) et, dans l'autre, des conditions de vente, même particulières, du fournisseur (service effectif mais non spécifique)<sup>1</sup>.

Mais en l'espèce, il était clair pour le Tribunal que le service n'était ni spécifique, ni effectif, et la question de savoir si la rémunération aurait dû figurer dans des conditions particulières de vente ou dans un contrat de coopération commerciale ne se posait donc pas. Dès lors, les sommes payées devaient être purement et simplement remboursées au fournisseur.

A ce titre, on notera que cette décision s'inscrit dans la droite ligne du jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre en date du 15 novembre 2005, lequel a condamné le Galec à rembourser plus de 23 millions d'euros à ses fournisseurs pour fausse coopération commerciale. Une différence notable existe néanmoins entre ces deux juge-

<sup>1</sup> Même si l'article L.441-6 du Code de commerce ne fait plus référence à la notion de « *services spécifiques* » depuis la loi Dutreil du 2 août 2005, il s'agissait des services de coopération commerciale qui font aujourd'hui l'objet d'une définition légale par l'article L.441-7-I du Code de commerce au même titre que les services distincts. En tout état de cause, il convient de ne pas les confondre avec les services spécifiques auxquels la Circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 fait référence à son point 2.a).3°) et qui s'entendent de services liés à l'opération d'achat-vente des produits mais qui, n'étant pas prévus par les conditions générales de vente du fournisseur, peuvent faire l'objet d'une rémunération au sein de conditions particulières de vente.

ments : outre le montant total des sommes à rembourser qui est sensiblement moindre en l'espèce, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg n'a pas jugé que le remboursement des sommes indûment perçues par LIDL devait se faire via le Ministre de l'économie, ce qui pourrait être de nature à compromettre davantage l'exécution et l'efficacité de sa décision !

**Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc**  
**Jugement du 4 octobre 2005**  
**Intermarché**  
**De la facturation de « fausses » prestations de coopération commerciale par un distributeur**

Par Claudie Guet

Citée à comparaître devant le Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc, la SCA Produits Régionaux Est, Centrale d'achat du groupement Intermarché (ITM), a été condamnée au paiement d'une amende de 30.000 euros, dont 15.000 euros avec sursis, pour facturation non-conforme.

Était en cause, la facturation à ses fournisseurs par la SCA Produits Régionaux, de différentes prestations au titre de la coopération commerciale que le Tribunal a considéré comme correspondant, en réalité, à des remises, selon les termes de la citation.

Il était ainsi reproché à la SCA Produits Régionaux d'avoir facturé les prestations des services suivantes : « suivi et préconisation qualité fournisseur / produit », « mise en marché », « productivité », « optimisation logistique » et « communication d'enseigne ».

Pendant plusieurs années, nombreux ont été les fournisseurs qui, bien que ne refusant pas le principe de la rémunération des prestations de services ainsi rendues par le groupement ITM, ont contesté la qualification juridique qui en était faite jusqu'alors.

Car enfin, les prestations de services facturées portaient sur :

- la réalisation d'un « audit de production lors du référencement de chacun des fournisseurs par le service qualité international du groupement » et la mise en place d'« un dispositif d'alerte permanente pour diffuser des informations sur d'éventuels retraits de vente ou sur des alertes sanitaires » (Suivi et préconisation qualité fournisseur / produits) ;

- la « diffusion de l'information à l'intérieur du réseau », « afin de voir figurer les produits du fournisseur concerné dans les lineaires des Intermarché et Ecomarché » (Mise en marché) ;
- « l'optimisation des commandes » afin « d'éliminer les risques de rupture d'approvisionnement » (Productivité) ;
- la réalisation « d'une prestation logistique complète de la réception de la marchandise sur entrepôt à la livraison des points de vente en passant notamment par le stockage des marchandises et la préparation des commandes » (Optimisation logistique) ;
- une communication « destinée au réseau des magasins Intermarché et non aux consommateurs » (Communication enseignes).

Aussi bien, ne pouvait-il pas s'agir là de prestations relevant de la coopération commerciale qui, bien que n'ayant pas reçu, à l'époque des faits de l'espèce (courant 2002), de définition légale, avaient fait l'objet d'une définition jurisprudentielle.

Ainsi, tout d'abord, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait-elle dit pour droit, dans son arrêt du 27 février 1990, que les prestations relevant de la coopération commerciale étaient des « services spécifiques allant au-delà des obligations contractées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs », ces services allant « au-delà des simples relations résultant des achats et des ventes », les obligations en résultant étant des « obligations particulières exorbitantes des relations contractuelles habituelles et susceptibles de recevoir de la part du fournisseur une rémunération spéciale ».

Or, il est évident que les prestations de services intitulées « optimisation logistique » et « productivité » n'étaient pas détachables des obligations résultant des achats et des ventes, s'agissant là, précisément, des conditions d'approvisionnement ou de délivrance des produits vendus.

Ensuite, la Cour d'appel de Paris avait précisé, dans son arrêt du 29 juin 1998, que :

*« La coopération commerciale constitue un service rendu par le distributeur au fournisseur, détachable des contrats de vente et*

*destiné à favoriser la vente des produits auprès des consommateurs ».*

Enfin, on peut également se référer au jugement du Tribunal correctionnel de Périgueux du 16 février 2000 qui indiquait que :

*« Les prestations de services non spécifiques que peut rendre un distributeur à un fournisseur doivent faire l'objet d'une communication des conditions générales et des barèmes de prix au fournisseur s'il en fait la demande. La notion de prestation non spécifique se limite aux simples obligations résultant des achats et des ventes.*

*À côté de ces prestations non spécifiques, il existe des prestations spécifiques qui sont parfaitement détachables et dont la nature même ne permet pas l'établissement d'un barème puisque leur valeur varie en fonction de multiples critères et paramètres. Ces services spécifiques communément appelés contrat de coopération commerciale font l'objet de l'alinéa 5 de l'article 33 de l'Ordonnance du 1.12.1986. Les conditions de rémunération de ces services spécifiques doivent faire l'objet d'un contrat écrit.*

*L'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés, favorisant la vente d'un produit ou d'un ensemble de produits, relève de ce texte. »<sup>2</sup>.*

Il est tout aussi évident que les prestations de services intitulées « suivi et préconisation qualité fournisseur / produit », « communication d'enseigne » et « mise en marché » décrites ci-dessus n'avaient pas pour objet de favoriser la revente des produits du fournisseur, s'agissant de prestations de services rendues dans le cadre des relations internes au groupement Intermarché.

Dans ces conditions, le Tribunal correctionnel ne pouvait que statuer comme il l'a fait, en indiquant :

*« Attendu que les prestations comprises sous les 5 rubriques qui viennent d'être examinées ne correspondent pas à des services spécifiques distincts des conditions commerciales liées aux opérations d'achat et de vente de marchandises et ne relèvent donc pas de la coopération commerciale.*

<sup>2</sup> Nous ne rappellerons pas ici les termes du nouvel article L. 441-7, I du Code de commerce et de la seconde circulaire Dutreil du 8 décembre 2005, postérieurs aux faits de l'espèce.

*Qu'ainsi, pour ce qui concerne les économies d'échelle réalisées par les fournisseurs grâce à la centralisation des commandes effectuée par la société SCA Produits Régionaux Est (ce qui correspond plus particulièrement aux rubriques "mise en marché", "productivité" et "optimisation logistique"), il était parfaitement possible d'exiger une remise de la part des fournisseurs qui aurait été mentionnée sur chaque facture d'achat. ».*

Il faut donc en conclure qu'à mal qualifier un avantage financier, on encourt le risque d'être poursuivi sur le fondement des dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce en matière de facturation.

Petite précision pour conclure : le Tribunal correctionnel de Bar-Le-Duc prend le soin d'indiquer que s'« il est également reproché à la SCA Produits Régionaux Est d'avoir omis d'exiger des factures qui auraient dû mentionner conformément aux exigences légales, les remises et rabais consentis par les fournisseurs », « les poursuites peuvent être engagées uniquement contre l'acheteur ».

Le Tribunal ne s'y est pas trompé : l'anomalie constatée résulte du choix du groupement ITM, en tant que rédacteur du contrat de coopération commerciale faisant l'objet des facturations litigieuses, de qualifier les avantages financiers de coopération commerciale, quand ils ne pouvaient manifestement pas en relever. On comprend alors pourquoi les fournisseurs en cause n'ont pas été attirés devant le Tribunal correctionnel.

\* \* \*

### **QUELQUES INFORMATIONS :**

#### **Animation de formations dispensées à au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi relative aux petites et moyennes entreprises (loi « Dutreil ») du 2 août 2005 et à la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 :** conditions générales de vente, conditions particulières, conditions catégorielles, coopération commerciale, services distincts, discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à perte, exception pour les grossistes, NIP, etc.

- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
  - Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.]
  
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies** [rupture brutale et rupture abusive]
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004 du règlement 1/2003** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination.
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs]
- ☞ **Aux promotions des ventes** [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.]
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises** [droit français et communautaire]
- ☞ **A la modification du contrat de travail** [distinction entre modification du contrat et modification des conditions de travail ; conséquences]

\* \* \*

**Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CPV / CCV / Accords de coopération commerciale et services distincts.**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)