

NUMERO SPECIAL
consacré aux différents Flashes Concurrence
publiés d'octobre 2006 à juin 2007

SOMMAIRE :

Edition 2007

Deux arrêts consécutifs de Cour d'appel portent un sévère coup de canif à l'action exercée par le Ministre de l'économie (article L.442-6-III du Code de commerce).

Vers un encadrement strict de cette action ?

*par Jean-Christophe Grall
et Benoît Laurin* p. 1

La Cour d'appel de Paris infirme le 20 décembre 2006 le jugement rendu par le Tribunal de commerce d'Evry dans l'affaire dite de la « Singularisation » des magasins INTER-MARCHE : une illustration de la notion d'avantage « manifestation disproportionnée au regard de la valeur du service rendu

*par Jean-Christophe Grall
et Benoît Laurin* p. 6

La Cour d'appel de Rennes confirme le jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Vannes, pour faux et usage de faux, en matière de facturation, et alourdit les sanctions

*par Jean-Christophe Grall
et Benoît Laurin* p. 8

Edition 2006

Système U condamnée à rembourser la somme de 76,8 millions d'euros à quatre fournisseurs et au paiement d'une amende civile de 100.000 euros

*par Jean-Christophe Grall
et Benoît Laurin* p. 11

Un distributeur et son fournisseur condamnés par le Tribunal correctionnel de Vannes, pour faux et usage de faux, en matière de facturation

par Jean-Christophe Grall p. 13

Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : les éléments constitutifs de l'infraction !

*par Jean-Christophe Grall
et Julianne Chang* p. 16

Quelques informations p. 19

Deux arrêts consécutifs de Cours d'appel portent un sévère coup de canif à l'action exercée par le Ministre de l'économie (article L.442-6-III du Code de commerce). Vers un encadrement strict de cette action ?

Par Jean-Christophe Grall et Benoît Laurin

Un arrêt en date du 3 mai 2007 de la Cour d'appel de Versailles¹ suivi d'un arrêt du 29 mai 2007 de la Cour d'appel d'Angers²

(1) Arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007 (12^e chambre section 2), N° RG : 05/09223.

(2) Arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 29 mai 2007, N° RG : 06/00563.

viennent de remettre en cause, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), l'action du Ministre tirée de l'article L.442-6-III du Code de commerce tendant à faire constater devant la juridiction civile ou commerciale la nullité des clauses et contrats illicites et à demander la restitution des sommes non justifiées.

On se souvient des décisions ayant notamment condamné dans le passé les enseignes suivantes à reverser aux fournisseurs des rémunérations perçues au titre de services de coopération commerciale « *ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionnées au regard de la valeur du service rendu* »³ :

- SYSTEME U : 76.871.390 € (et amende civile de 100.000 €)⁴,
- LIDL : 343.509 € (et amende civile de 500.000 €)⁵,
- ITM : 3.514.297 € (et amende civile de 150.000 €)⁶,
- mais aussi le Galec : 23.313.681 € (et amende civile de 500.000 €)⁷.

1. C'est précisément le jugement du Tribunal de commerce de Nanterre rendu le 15 novembre 2005 dans cette dernière affaire que la Cour d'appel de Versailles vient d'infirmer à la suite de l'appel relevé par le Galec !

Rappelons brièvement les faits de l'espèce :

Le Galec avait comparé ses conditions d'achat avec celles de Carrefour et avait constaté avoir bénéficié de rémunérations inférieures de la part des mêmes fournisseurs, au titre de la coopération commerciale.

Il avait alors signé des protocoles d'accord transactionnels avec vingt-huit de ses fournisseurs, tendant à réparer le préjudice que le Galec estimait avoir subi.

Saisi par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le Tribunal de commerce de Nanterre avait rappelé que :

« [...] d'après une jurisprudence constante, la coopération commerciale ne peut être abordée sous l'angle de la discrimination car ne pouvant faire l'objet d'un barème »,

et avait constaté la nullité des contrats, ordonné la restitution des rémunérations de

(3) Article L.442-6 I. 2^e a) Code de commerce.

(4) Jugement du Tribunal de commerce de Crétel du 24 octobre 2006 (2^e chambre), N° RG : 2005F00025, contre lequel SYSTEME U a fait appel. [Les décisions commentées dans le présent Flash Concurrence concernent cette espèce au premier chef].

(5) Jugement du Tribunal de grande instance de Strasbourg du 25 novembre 2005 (2^e chambre commerciale), N° 04/00454

(6) Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2006 (5^e chambre section A) N° 05/24361.

(7) Jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 15 novembre 2005 (7^e chambre), N° RG : 2004F01493.

coopération commerciale ainsi facturées par le Galec aux vingt-huit fournisseurs concernés et condamné le Galec à une amende civile de 500.000 €.

Le Galec avait alors interjeté appel de cette décision et soulevé en particulier cinq fins de non-recevoir.

Il soutenait essentiellement que :

« Si l'article L.442-6 du Code de commerce a institué l'action judiciaire du Ministre de l'économie pour faire valoir des droits qu'un opérateur économique répugnerait à mettre en œuvre, cela n'implique pas que le titulaire de ces droits en perde la maîtrise mais impose qu'il en soit informé et ait donné son assentiment, sauf à confisquer au profit d'autrui le droit fondamental d'accès à la juridiction reconnu à chacun par l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme. »

La Cour d'appel de Versailles a été sensible à cet argument [au demeurant, soulevé en vain plusieurs fois dans le passé auprès d'autres juridictions, essentiellement auprès des Tribunaux de commerce, mais aussi les Cours d'appel de Paris et Bourges]⁸.

La Cour constate, en premier lieu, que lors de l'élaboration de la loi « NRE » du 15 mai 2001 :

« le législateur a entendu élargir les prérogatives du Ministre de l'économie, outre du ministère public, en leur donnant le droit d'agir à la place des victimes en ce domaine ».

et ajoute que :

« [...] le nouvel article L.442-6-III du Code de commerce, issu la loi NRE, permet au Ministre de l'économie ou au Ministère public de demander, outre la cessation des agissements visés aux paragraphes I et II, la constatation de la nullité des clauses et contrats illicites, la répétition de l'indu et la réparation du préjudice au nom et pour le compte du partenaire économique lésé. »

C'est alors que la Cour d'appel de Versailles poursuit son raisonnement de la manière suivante :

(8) Par exemple, jugement du Tribunal de commerce de Meaux du 21 novembre 2006, N° RG 2005/00421.

« Considérant donc que le Ministre de l'économie, grâce à cette habilitation législative, dispose d'un pouvoir et d'une qualité propre à agir à ces fins ;

Que néanmoins, il exerce alors cette action par substitution à la victime des pratiques en cause, dont il met en œuvre les droits privés et non de manière autonome ;

Que le rôle incontesté de gardien de l'ordre public économique reconnu au Ministre de l'économie ne le dispense pas pour autant du respect de l'ordre juridique auquel il ressortit, ni spécialement des règles légales ou jurisprudentielles en vigueur devant les juridictions commerciales compétentes en matière de pratiques restrictives de concurrence ayant pour objet des litiges nés de l'application des contrats commerciaux ;

Que nonobstant le silence de la loi à cet égard, l'exercice de cette action de substitution par le ministre doit naturellement et nécessairement se conformer aux principes fondamentaux protecteurs de la liberté des personnes et au nombre desquels figurent ceux énoncés par la convention européenne des droits de l'homme.

Considérant qu'aux termes de l'article 6, § 1 de cette convention, dont l'applicabilité et le caractère d'ordre public ne sont pas contestés par le Ministre de l'économie, toute personne à droit à ce que sa cause soit entendue équitablement devant un tribunal indépendant et impartial [...] qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil».

La Cour d'appel de Versailles constate alors que le Ministre de l'économie :

« a introduit l'action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et qu'il a poursuivi la procédure sans les y associer, alors que de surcroît 17 d'entre eux avaient expressément exprimé leur volonté contraire ».

Et en conclut que l'action ainsi exercée par le Ministre de l'économie, en violation de l'article 6, § 1 de la CEDH, doit être déclarée « irrecevable ». L'arrêt infirme en conséquence le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Nanterre le 15 novembre 2005.

2. Le second arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 29 mai 2007 n'est pas moins intéressant.

Condamné par le Tribunal de commerce d'Angers le 15 février 2006 à reverser la

somme de 15.787 € au Trésor public — à charge pour ce dernier de reverser ce montant aux fournisseurs — et à une amende civile de 5.000 €, un adhérent SYSTEME U avait relevé appel de la décision.

L'appelant avait alors soulevé le moyen de « l'exception d'incompatibilité de l'article L.442-6 du Code de commerce avec la Convention européenne des droits de l'homme ».

La Cour d'appel d'Angers, **sans remettre en cause, sur le fond, le caractère non justifié des rémunérations versées au distributeur concerné**, marche dans les pas de la Cour d'appel de Versailles en qualifiant l'action du Ministre d'*« action de substitution en faveur de la partie lésée »*.

Si la Cour constate

« qu'aucun dispositif légal n'est prévu pour que cette partie puisse faire valoir son point de vue sur le contrat qui la lie au distributeur »,

elle juge cependant que :

« la défense des intérêts purement privés des fournisseurs ne peut, sans méconnaître leurs droits fondamentaux garantis notamment par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, être conduite par le ministre à leur insu, sans qu'ils y soient associés, voire même contre leur gré ».

« [...] en permettant l'absence des fournisseurs, contractuellement liés au distributeur, du débat judiciaire relatif à la nullité des stipulations qu'ils ont passées entre eux et aux restitutions subséquentes, le distributeur est de surcroît privé de son droit à un procès équitable ».

et conclut que :

« [...] l'article L.442-6, III, en ce qu'il permet au ministre d'agir hors la présence des fournisseurs, est en conséquence contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais seulement en ses dispositions relatives à l'action – ici exercée – tendant à ce que soit constatée la nullité des clauses ou contrats illicites et la répétition de l'indu ; que ces dispositions doivent dès lors être laissées inappliquées et les demandes formées de ce chef écartées ».

* * *

Ces deux arrêts, au-delà de leur concomitance, sont particulièrement novateurs.

- Rappelons que l'article L.442-6-III du Code de commerce, ne pose aucune condition à l'action du Ministre :

« Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article, ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée ».

La Cour d'appel de Versailles prend acte du « silence de la loi », « qui ne comporte aucune disposition concernant les relations entre l'opérateur économique réputé faible ou hésitant [...] et l'autorité publique ».

La Cour d'appel d'Angers constate de son côté qu'« aucun dispositif légal n'est prévu pour permettre au fournisseur de faire valoir son point de vue sur le contrat [...] ».

- Pourtant, tant la Cour de Versailles que la Cour d'Angers qualifient l'action exercée par le Ministre d'« **action de substitution** » !

La Cour d'appel de Versailles justifie cette qualification, en considérant que :

« il [le Ministre de l'économie] exerce cette action par substitution à la victime des pratiques en cause dont il met en œuvre les droits privés et non de manière autonome » ;

« [...] le Ministre de l'économie recherche le rétablissement des fournisseurs dans leurs droits patrimoniaux individuels ».

et la Cour d'Angers :

« [...] la loi NRE habilite expressément le ministre [...] à exercer, en outre, une action de substitution en faveur de la partie lésée pour demander en ses lieux et place de constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et la réparation des préjudices subis [...] le ministre dispose ainsi d'un pouvoir propre pour agir devant la juridiction civile à raison d'une situation contractuelle individuelle, en se substituant à la partie contractuelle qu'il tient pour victime ».

La Cour de Versailles se réfère alors aux « principes fondamentaux protecteurs de la liberté des personnes » auxquels doit « naturellement et nécessairement » se conformer l'action du Ministre, pour déclarer celle-ci en l'espèce « irrecusable ».

La Cour d'Angers exerce plus nettement un **contrôle de conventionnalité** en appréciant la compatibilité entre la loi interne (article L.442-6 du Code de commerce) et une convention internationale (la CEDH) :

« Attendu que l'article L.442-6, III, en ce qu'il permet au ministre d'agir hors la présence des fournisseurs, est en conséquence contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme [...] »

A noter cependant que la Cour d'appel d'Angers réforme le jugement du Tribunal de commerce d'Angers en déclarant seulement « irrecatables » les demandes en annulation des clauses et accords illicites et en répétition de l'indu formées par le ministre, mais sanctionne l'absence de « service commercial effectivement rendu » par un triplement de l'amende civile infligée en première instance.

La Cour d'appel de Versailles, en revanche, infirme le jugement du Tribunal de commerce de Nanterre « en toutes ses dispositions » et par là même également l'amende civile infligée en première instance ; le pouvoir de prononcer une amende civile participe-t-il de « l'action de substitution » ?

Ne peut-on considérer que les deux Cours d'appel ajoutent une condition à la loi, même si l'on comprend bien que toute action judiciaire doit s'exercer dans le respect des règles en vigueur ?

Pour la Cour d'appel de Versailles, le droit de toute personne à un procès équitable, instauré par l'article 6, § 1 de la CEDH, a été enfreint dès lors que les fournisseurs n'ont pas été informés de l'action, ni associés à cette action, la Cour relevant au surplus que 17 fournisseurs [sur 28] avaient exprimé une opinion contraire.

La Cour d'appel d'Angers relève de son côté « l'absence des fournisseurs au débat judiciaire » et l'impossibilité pour le ministre d'assurer la défense d'intérêts privés à l'insu des titulaires de ces droits « sans qu'ils y soient associés, voire même contre leur gré ».

S'agissant d'intérêts privés des fournisseurs, le raisonnement suivi rejoint l'adage selon lequel « *Nul ne plaide par procureur* » !

Il n'en reste pas moins que ces deux décisions risquent d'avoir d'importantes répercussions sur les dossiers judiciaires en cours !

Et en introduction du dernier atelier de la concurrence organisé par la DCCCRF le 6 juin dernier, consacré aux «*Autorités publiques et concurrence*», Monsieur Guillaume Cerruti, rappelant ces deux arrêts, mais aussi deux arrêts prononcés par la Cour d'appel de Paris et de Bourges qui ont «*validé*» l'action autonome du Ministre de l'économie aux fins de restitution des sommes indues, a indiqué que seule la Cour de cassation pourra trancher, dans un avenir proche, cette délicate question !

En effet, à supposer que les autres cours d'appel et en particulier la Cour d'appel de Paris – qui aura en particulier à statuer sur l'appel formé par SYSTEME U contre le jugement précité rendu par le Tribunal de commerce de Créteil le 24 octobre 2006 – suivent l'argumentation des Cours d'appel de Versailles et d'Angers, le Ministre ne serait ainsi fondé à agir qu'à la condition de démontrer qu'il a associé les fournisseurs à la procédure, ou que ceux-ci y ont pour le moins consenti.

En outre, attendons-nous à ce que les Cours et tribunaux soient paralysés dans leur prise de décision tant que la Cour de cassation n'aura

pas tranché la question, l'argument tiré de l'article 6, § 1 de la CEDH risquant d'être désormais systématiquement soulevé par les distributeurs !

On voit mal par ailleurs le rapport que le Gouvernement doit remettre au Parlement, avant le 31 décembre 2007, en application de l'article 57 de la loi Dutreil du 2 août 2005, rester muet sur cette question. Rappelons que ce rapport doit analyser les conséquences de la loi Dutreil «*sur les différents partenaires des relations commerciales ainsi que sur le consommateur*» et présenter «*les adaptations législatives et réglementaires paraissant nécessaires en vue de corriger les déséquilibres éventuellement constatés*».

Un sujet à suivre en conséquence dont nous vous tiendrons régulièrement informés dans les éditions prochaines de la *Lettre du cabinet* et les *Flash concurrence* à venir. Un groupe de travail sera d'ailleurs constitué par notre Cabinet dans les prochaines semaines afin de réfléchir sur les évolutions probables de la loi Dutreil : passage au triple net ou nouvel encadrement du seuil de revente à perte, dépénalisation des pratiques restrictives de concurrence, prononcé d'une amende civile calculée selon la méthode retenue en matière d'ententes et d'abus de position dominante, etc.

La Cour d'appel de Paris infirme le 20 décembre 2006 le jugement rendu par le Tribunal de commerce d'Evry dans l'affaire dite de la « Singularisation » des magasins Intermarché : Une illustration de la notion d'avantage « manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu »

Par Jean-Christophe Grall et Benoît Laurin

Nous avions eu l'occasion de commenter le jugement rendu le 16 novembre 2005 par le Tribunal de commerce d'Evry qui avait débouté le Ministre de l'économie et des finances de l'ensemble de ses demandes et l'avait condamné à payer la somme de 10.000 euros à la société ITM [Cf. *Lettre du Cabinet de mars 2006 et Guide pratique consacré aux relations industrie/commerce d'octobre/novembre 2006*].

Il s'agissait de l'une des seules actions diligentées sur le terrain civil par la DGCCRF, qui se soit soldée par un échec, appel avait été relevé de ce jugement.

Rappelons brièvement les faits.

ITM avait conçu un nouveau service de coopération commerciale dénommé « *Singularisation* », que les SCA (filières par métier) avaient proposé aux fournisseurs entre 2000 et 2003. La « *Singularisation* » était un concept ayant pour vocation première le développement de la vente des produits « *secs* », qui prévoyait une réallocation de l'espace dans les points de vente, une modification des flux de circulation de la clientèle et une réorganisation entre zones dites « *chaudes* » et « *froides* », les produits « *frais* » devant encercler les produits « *secs* ». Participait également de ce concept une refonte des rayonnages et de la signalisation des magasins.

Le Ministre de l'économie et des finances contestait la réalité et l'intérêt pour les fournisseurs de ce service, en estimant qu'il s'agissait d'une pure opération de rénovation de magasins relevant ainsi uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur. Il demandait de constater la nullité des contrats de coopération commerciale conclus par quatre SCA avec quatorze fournisseurs de produits « *secs* », la restitution des sommes indûment perçues entre les mains du Trésor Public et la condamnation de ITM à une amende civile de 2 millions d'euros.

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 avait purement et simplement rejeté l'ensemble des demandes, en considérant que le service de « *singularisation* » était un vrai service qui ne relevait pas uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur :

« 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'estompe. ».

Ce jugement a donc été censuré par la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 20 décembre 2006⁹, mais peut-être pas pour les raisons attendues !

* * *

En effet, la Cour d'appel de Paris considère qu'il s'agit d'un véritable service relevant de la coopération commerciale, mais condamne ITM sur le fondement de l'article L. 442-6-I-2è a) du Code de commerce, en estimant que la rémunération demandée et versée par les fournisseurs n'est pas proportionnée à la valeur du service !

La Cour constate, en effet, et en premier lieu, que :

« il est justifié du caractère spécifique du service fourni » ;

« il apparaît que cette opération a été conduite dans l'intérêt commun du distribu-

[9] Cour d'appel de Paris, 20 décembre 2006, 5^e Chambre, section A, 05/24361.

teur et des fournisseurs, qui ont indiqué que sa mise en œuvre s'était traduite par une augmentation de leurs ventes»

« ainsi le service de singularisation, qui va au-delà des obligations contractuelles résultant des achats et des ventes en ce qu'il constitue une prestation personnalisée de collaboration au développement des ventes, et qui est distinct d'une opération de rénovation de magasin, n'apparaît pas, en soi, contraire aux dispositions de l'article L. 442-6-I-2è a) du Code de commerce ».

Toutefois, tel n'est pas le cas, s'agissant de la rémunération versée au titre de l'exécution de ce service.

La Cour relève que la singularisation a concerné 246 points de vente Intermarché en 2002 sur un nombre total de magasins de 1573, soit **15,6 % des points de vente**.

Elle note par ailleurs que les SCA ne pouvaient s'engager au nom des sociétés indépendantes exploitant les points de vente, en promettant aux fournisseurs une mise en œuvre du concept dans l'ensemble du réseau Intermarché.

La Cour conclut en conséquence :

« que la condition d'effectivité du service rendu et l'exigence de proportionnalité des avantages reçus du fournisseur avec la valeur des services qui lui sont rendus, n'ont ainsi pas été respectées » !

Parallèlement, la Cour constate que :

« la société ITM qui a perçu dans son intégralité le pourcentage contractuellement défini entre la SCA et le fournisseur concernés, sur la totalité du chiffre d'affaires de l'année considérée, a nécessairement enfreint les dispositions de l'article L. 442-6-I-2è a) du Code de commerce » !

En conséquence, la Cour :

- considère logiquement que les sommes facturées « *ne correspondent que pour partie à un service effectivement rendu à ces fournisseurs par le distributeur et ne sont pas proportionnées à la valeur de ce service* » ;
- annule la clause dite de « *Singularisation* » contenue dans les accords de coopération commerciale pour l'année 2002 ;
- ordonne le remboursement par ITM aux fournisseurs des sommes indûment versées à hauteur de **3.514.297 euros** ;
- et condamne ITM au paiement d'**une amende civile de 150.000 euros**.

► **A retenir de cette décision :**

- Les prestations de « *Singularisation* » – que ITM a pu et su justifier – ont ainsi pu être considérés par la Cour comme des « *services commerciaux au sens de l'article L. 442-6-I du Code de commerce* » qui « *ne sont pas contestables* ».
- En revanche, nous disposons d'une nouvelle illustration de l'exigence de versement d'un avantage « *manifestement non disproportionné* » visé par l'article L. 442-6-I-2è a) du Code de commerce : **asseoir la rémunération du service sur la totalité du chiffre d'affaires réalisé avec le fournisseur, alors que le service n'a été mis en œuvre que dans 15,6 % des magasins ne répond pas à l'exigence de proportionnalité** !
- A noter un point important : **la Cour n'a pas fait droit à la demande du ministre qui demandait le versement des sommes au titre de la répétition de l'indu entre les mains du Trésor public** : Il est ordonné à ITM de rembourser ces sommes directement aux fournisseurs concernés !

La Cour d'appel de Rennes confirme le jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Vannes, pour faux et usage de faux, en matière de facturation, et alourdit les sanctions

Par Jean-Christophe Grall et Benoît Laurin

Nous avions consacré un Flash concurrence en octobre 2006 à la décision frappée d'appel, rendue le 28 juillet 2005 par le Tribunal correctionnel de Vannes, qui avait condamné un distributeur et son fournisseur sur le terrain du faux en écritures, réprimé par l'article L.441-1 du Code pénal.

La 3^e chambre de la Cour d'appel de Rennes a rendu le 21 décembre 2006 un arrêt aux termes duquel elle confirme la qualification de faux en écritures et aggrave les sanctions tant pour le distributeur que pour le fournisseur !

Elle condamne ainsi en particulier le fournisseur : la Compagnie Générale de Conserve (ci-après dénommée « CGC »), à une amende de 35.000 Euros [à comparer avec la condamnation de 15.000 Euros avec sursis prononcée en première instance !].

A noter que le dispositif de l'arrêt mentionne une amende de 35.000 Euros, tandis que le texte de la décision mentionne – lui – une amende de 100.000 Euros !

Voilà peut-être pourquoi — en particulier — l'arrêt de la Cour d'appel est frappé de trois pourvois en cassation !

* * *

Rappelons les faits :

La SCA Légumes avait fait procéder à des appels d'offres par Agenor, la centrale de référencement internationale du groupement Intermarché, pour son approvisionnement en conserves de légumes sous marque de distributeur. La CGC avait proposé des prix net départ ou franco pour les volumes demandés.

L'offre de la CGC ayant été retenue, celle-ci avait alors reçu de la part de la SCA Légumes une lettre d'acceptation de l'offre, proposant cependant des prix d'achat majorés de 15 % pour certains produits et de 5 % pour d'autres, tout en liant la commande à l'acceptation « *non négociable* » par le fournisseur d'une ristourne de diffusion de marque de 5 % et d'un contrat de coopération commerciale dont la rémunération totale était précisément de 15 %.

Ce mécanisme était neutre pour la CGC qui vendait plus cher mais, consentait une ristourne

et payait des services de coopération commerciale à hauteur de la majoration de son prix. En revanche, l'augmentation de prix était répercutée sur les points de vente **INTERMARCHÉ** et ainsi supportés par les consommateurs !

Les parties reprochaient en particulier au jugement du Tribunal correctionnel d'avoir retenu la qualification du faux en écritures, réprimé par l'article L.441-1 du Code pénal, sur le fondement qu'il devait être fait application des incriminations pénales spécifiques du droit économique, prévues par le Code de commerce (et plus particulièrement, l'article L.441-4 dudit code).

La Cour balaie cet argument et juge que :

« L'institution par la loi 2001-420 du 15 mai 2001 [Loi NRE] d'un régime spécifique de sanctions civiles pour réprimer la coopération commerciale fictive ou abusive, dérogatoire au droit commun, n'exclut pas que les faits puissent faire l'objet de poursuites pénales conformément aux règles du droit commun, lorsqu'ils tombent sous le coup d'une qualification pénale sanctionnée soit par le code pénal, soit par les lois pénales spéciales.

Le moyen tiré de l'inapplicabilité des dispositions de l'article 441-1 du Code pénal est donc inopérant ».

► **Une telle solution rigoureuse certes est parfaitement cohérente au regard de l'application des principes mêmes qui animent le droit pénal !**

La Cour examine ensuite le mécanisme de prix adopté par les Parties en comparant le « *prix d'achat négocié et finalisé* » et le « *prix d'achat facturé* », et constate qu'il est :

« amplement démontré que la SCA Légumes a subordonné la confirmation de ses commandes par la CGC d'un "tarif/départ/euro/HT" majoré par rapport au prix trois fois net négocié et finalisé, du montant des ristournes et/ou des rémunérations des services de coopération commerciale stipulées dans ses lettres de confirmation ».

Comme l'avait fait le Tribunal correctionnel de Vannes, la Cour examine à son tour « *la réalité des avantages et prestations facturées* »

comme si elle avait eu à statuer sur le fondement des actions qui peuvent être introduites en application du code de commerce !

S'agissant de la ristourne de diffusion de marque de 5 %, définie comme la présence des marques « Saint Eloi » et « Générique » sur les cadenciers INTERMARCHÉ et ÉCOMARCHÉ, la Cour constate que :

– Le peu d'intérêt pour la CGC de bénéficier de la présence pendant toute l'année sur les cadenciers de produits sous marque distributeur, qui appartiennent au groupement INTERMARCHÉ !

– La mise en avant de ces produits ne procure pour la CGC (dont la marque phare est « DAUCY ») aucun avantage particulier et ce, d'autant plus que la CGC n'était pas le seul fournisseur de la marque « Saint Eloi » ;

– La présence sur les cadenciers ne saurait être assimilée à une opération de « diffusion de marque » faite dans l'intérêt des fournisseurs ;

– Cette ristourne était calculée sur le chiffre d'affaires global facturé par la CGC, et s'appliquait donc à des produits qui ne faisaient pas l'objet d'une « diffusion de marque » ;

La Cour en conclut que :

« [...] la majoration corrélative de 5 % du prix des produits [...] est purement fictive et ne correspond à aucune prestation réelle ni avantage spécifique et que les factures d'avoir établies par la CGC sont tout autant fictives et sans cause réelle ».

S'agissant de la coopération commerciale : services rémunérés au total à hauteur de 10 %, la Cour procède également à une analyse de chacun des services rendus :

– Optimisation et centralisation des commandes :

« sont inhérentes au type même de structure et d'organisation du distributeur puisque la SCA Légumes traite seule, en sa qualité de centrale d'achats et de grossiste avec le fournisseur et achète pour revendre à ses clients que sont les magasins indépendants adhérents au réseau »;

– Paiement centralisé :

« ne peut constituer au cas d'espèce, un avantage spécifique pour la CGC et justifier de sa part, une rémunération »;

– Unicité de négociation et de décision :

« ... découle naturellement de sa fonction et de son rôle de centrale d'achats et de grossiste à l'égard des points de vente » ;

– Prestation logistique complète de la commande à la livraison des points de vente :

« [...] ne peut davantage constituer un service réel et spécifique, dès lors que les ventes conclues par la SCA Légumes sont faites au prix départ, de sorte qu'il incombe à celle-ci de prendre en charge les coûts financiers du transport et du stockage [...] ainsi que ceux induits par la revente et la livraison dans les différents points de vente, qui sont ses propres clients ».

– Service qualité :

« ... ne peut davantage constituer un service réel et spécifique [...] les frais induits par la mise en œuvre éventuelle d'une politique d'adéquation du produit au marché du groupement ne peut relever que de la seule responsabilité de celui-ci, s'agissant de produits MDD [...] le respect des prescriptions incombe en vertu de l'article L. 212-1 du code de la consommation, au seul responsable de la première mise sur le marché autrement dit la SCA Légumes ».

La Cour remarque par ailleurs que la base servant au calcul des rémunérations ne porte que sur le seul chiffre d'affaires réalisé du fait de la commercialisation des produits « Saint Eloi » et non sur les autres, alors que ces derniers, achetés dans les mêmes conditions, bénéficient logiquement des mêmes prestations.

Et la Cour conclut :

« La contradiction, inhérente au mécanisme mis en œuvre par le SCA Légumes, dans les stipulations de l'accord cadre diffusé par ITM France, est donc manifeste et confirme bien qu'il ne s'agit que d'un habillage. »

« De telles incohérences et contradictions [...] ne permettent pas d'identifier les services spécifiques et avantages effectifs prétendument fournis par la Filière, et propres à stimuler, à promouvoir ou à faciliter au bénéfice de la CGC, la revente de ses produits par le distributeur, de sorte que les rémunérations qui y sont afférentes, ne sont justifiées par aucune obligation particulière exorbitante des relations commerciales habituelles et sont donc dépourvues de contrepartie réelle ».

« [...] les prestations et services définis sont fictifs et sans cause [...] comme procédant d'un montage »

et :

« Outre les infractions et irrégularités que peuvent constituer le mécanisme mis en œuvre par la CGC et la SCA Légumes, au regard des dispositions des articles L.441-4 et suivants du Code de commerce, l'inexactitude et la fausseté des factures et/ou des indications et mentions figurant sur ces factures, émises de concert par la CGC et la société ITM France, à la demande de la SCA Légumes, n'en constituent pas moins, au sens de l'article L.441-1 du Code pénal, une altération de la vérité dans les documents et écritures de commerce ».

« Le moyen tiré du principe “specialia generalibus derogant” sera donc déclaré inopérant.

Le mécanisme utilisé sciemment par les parties, pour masquer la réalité du prix d'achat des produits suffit en lui-même à établir l'élément intentionnel du délit à l'égard des sociétés ITM France et la CGC ayant émis les factures [...] ».

« Les faits articulés à la prévention caractérisent en conséquence, les délits de faux à l'égard de la SNC ITM France et de la société CGC et de complicité de faux à l'égard de la SNC SCA Légumes [...] ».

La Cour confirme donc le jugement du Tribunal correctionnel de Vannes sur la qualification des pratiques et la responsabilité de leurs auteurs, et condamne en conséquence :

- le fournisseur, la CGC, à une amende de **35.000 euros** [100.000 euros dans le dispositif]¹⁰ ;
- la société SCA Légumes à une amende de **100.000 euros**¹¹ ;
- la société ITM France à une amende de **100.000 euros** [35.000 euros dans le dispositif]¹² ;

Des pourvois en cassation sont donc formés par chacune des parties en cause à l'encontre de cet arrêt qu'il convient désormais d'avoir à l'esprit.

(10) 15.000 euros avec sursis en première instance.

(11) 35.000 euros en première instance.

(12) 75.000 euros en première instance.

A retenir de cette décision :

- La réitération de la **coresponsabilité du fournisseur et du distributeur** en matière d'infraction aux règles de facturation, issue des articles L.441- 3 et 4 du code de commerce, « *tenus à des obligations complémentaires et réciproques* » selon la jurisprudence¹³.

- Le chef de délit de faux en écritures qui a été confirmé par une Cour d'appel pour réprimer des infractions en matière de facturation et de coopération commerciale, au lieu des dispositions spécifiques du Code de commerce !

Système U condamnée à rembourser la somme de 76,8 millions euros à quatre fournisseurs et au paiement d'une amende civile de 100.000 euros

Par Jean-Christophe Grall et Benoît Laurin

Par jugement en date du 24 octobre 2006¹⁴, le Tribunal de commerce de Créteil :

- a ordonné à Système U de rembourser à DANONE, NESTLE, YOPLAIT et LAVAZZA, par l'intermédiaire du Trésor public, la somme de 76.871.390,28 Euros,
- a prononcé la nullité des contrats de coopération commerciale conclus avec ces fournisseurs en 2002 et 2003,
- et a condamné Système U au paiement d'une amende civile de 100.000 Euros.

Si le montant de l'amende civile prononcée ne constitue pas un record au regard des condamnations prononcées en novembre 2005 à l'encontre de Leclerc et Lidl (500.000 Euros), il n'en va pas de même s'agissant du montant devant être remboursé au titre de la « répétition de l'indu » qui n'a jamais été aussi élevé !

Le service de coopération commerciale en cause était intitulé « *Action de construction et de diffusion du Tronc d'Assortiment Commun (TAC)* », que Système U justifiait par différentes composantes : collaboration marketing avec le fournisseur, aide au positionnement des produits en magasin et incitation à la vente des produits sélectionnés auprès des commerçants indépendants du groupement.

Après avoir rejeté trois exceptions de nullité de la procédure invoquées par Système U, il balaie de la même manière ses arguments au fond en procédant à une **analyse précise et concrète du service TAC à travers les procès-verbaux d'audition des fournisseurs et des magasins de l'enseigne U, pour conclure qu'il n'y a pas eu de « service commercial effectivement rendu » [aux fournisseurs] au sens de l'article L 442-6 I 2è a.**

Le Tribunal relève dans les procès-verbaux d'audition des fournisseurs de nombreuses déclarations aux termes desquelles ces derniers insistent sur : leur participation importante à « *l'élaboration des préconisations*

d'assortiment en apportant [leur] compétence et [leur] outils panels statistiques », leur « *apport à la centrale de leur vision du marché, ce qui constitue la plus grande valeur ajoutée des rendez-vous* », sur les visites en magasins lors desquelles « *ils animent les points de vente sur la détention des références majeures du TAC* ».

Les fournisseurs déclarent en particulier acheter eux-mêmes les données panel auprès de Nielsen.

Le Tribunal relève par ailleurs certaines déclarations dans les procès-verbaux des magasins U auditionnés, telles que :

- « *ce sont les fournisseurs qui m'aident le plus pour la présentation des rayons ultra-frais* » ou « *concernant l'implantation du rayon ultra-frais, ce sont nos fournisseurs qui sont partie prenante de ce travail* » ;
- les préconisations issues de l'outil intranet Système U correspondent plus « *à une moyenne nationale qu'à la consommation type d'un magasin* » ;
- « *La centrale nous adresse une préconisation d'implantation répondant à une analyse régionale le fournisseur nous amènera à une analyse plus fine* »,
- « *Les [...] fournisseurs procèdent régulièrement au remodeling du rayon [...] c'est une réelle valeur ajoutée apportée par ces fournisseurs, très bénéfique pour le magasin, on y gagne commercialement* »,
- « *Les commerciaux des fournisseurs ont une connaissance plus précise de la vie des produits et des habitudes de consommation* », etc.

Système U trahi en particulier par ses propres points de vente sur l'absence de « service commercial effectivement rendu » ?

Le Tribunal se fonde dans tous les cas sur ces déclarations pour condamner Système U en constatant :

- que les présentations support du service rendu par la centrale ne font l'objet d'aucun document écrit ;

(14) Tribunal de commerce de Créteil, 2^e chambre, jugement du 24 octobre 2006, Ministre de l'économie c/SAS Système U centrale nationale, N° RG : 2005 F 00025.

- que les informations fournies par Système U aux quatre fournisseurs sont établies sur la base des relevés Nielsen, que les fournisseurs se procurent directement et qu'ils sont donc amenés à payer deux fois ;
- les préconisations fournies par Système U sont régionales en fonction de la taille des magasins, « *sans tenir compte des particularismes locaux, alors que les informations des fournisseurs sont beaucoup plus précises* » ;
- « *l'aide au positionnement des produits en magasin est toujours prise en charge par les vendeurs des fournisseurs* » ;
- « ***ce service direct est davantage apprécié par les magasins que celui apporté par la centrale*** » ;
- « *les préconisations des commerciaux locaux sont plus fines que celles fournies par l'outil intranet [de Système U]* » ;
- « *les visites en magasin des commerciaux des fournisseurs sont beaucoup plus fréquentes que les visites des moniteurs de la centrale* » ;

et en conclut que :

« *Système U bénéficie ainsi de l'expertise de ses fournisseurs pour le développement de ses propres marques distributeur* ».

Des services rendus en fait par les fournisseurs, plus et mieux que par la centrale Système U !

Le Tribunal rejette par ailleurs les arguments suivants développés par Système U :

- le fait que les fournisseurs aient payé les factures de coopération commerciale et n'aient jamais contesté la réalisation de la prestation ;
- que ces fournisseurs sont des multinationales disposant de la possibilité de résister à la demande du distributeur ; le Tribunal relève à ce propos que « *l'importance de la part de marché de Système U en France [...] rend incontournable pour les fournisseurs, même de taille internationale, de satisfaire aux exigences du client* ».
- la progression du chiffre d'affaires de ces quatre fournisseurs avec Système U, car la progression du chiffre d'affaires de Système U se révèle supérieure à celle des quatre fournisseurs et que le coût du service TAC rapporté au chiffre d'affaires du fournisseur avec Système U avait lui-même augmenté.

Système U a fait part de son intention d'interjeter appel de cette décision.

Un distributeur et son fournisseur condamnés par le Tribunal correctionnel de Vannes, pour faux et usage de faux, en matière de facturation

Par Jean-Christophe Grall

En matière de facturation et de coopération commerciale, nous étions habitués aux condamnations prononcées par les juridictions compétentes, soit sur le terrain civil (action en responsabilité civile et en prononcé d'une amende civile), soit sur le terrain pénal, mais toujours sur le fondement du Code de commerce.

Nous venons d'apprendre que le Tribunal correctionnel de Vannes avait condamné un distributeur et son fournisseur sur le terrain du faux en écritures, réprimé par l'article L 441-1 du Code pénal par un jugement en date du 28 juillet 2005, frappé d'appel.

Le Tribunal correctionnel se livre à cette occasion à une analyse critique des prestations facturées au fournisseur pour se faire juge de l'existence de l'infraction ; la décision comporte sur ce point des éléments intéressants, s'agissant des services facturés par une centrale d'achat à ses fournisseurs.

Le fournisseur est condamné comme co-auteur.

* * *

Le Tribunal correctionnel de Vannes a condamné le 28 juillet 2005 les sociétés ITM – Direction commerciale Alimentaire France (DCAF), SCA Légumes : la filière d'approvisionnement du groupement Intermarché, mais également le fournisseur : la Compagnie Générale de Conserve, à des amendes respectives de 75.000, 35.000 et 15.000 Euros.

L'originalité de l'affaire tient au moyen soulevé par la DDCCRF du Morbihan, puis par le Parquet :

« Altération frauduleuse de la vérité dans un écrit ayant pour objet ou pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques », à savoir le faux et usage de faux en écritures, réprimé par l'article L 441-1 du Code pénal.

Les faits étaient les suivants :

La SCA Légumes avait fait procéder à des appels d'offres par Agenor, la centrale de référencement internationale du groupement Intermarché, pour son approvisionnement en

conserves de légumes sous marque de distributeur (CMDD). La Compagnie Générale de Conserve, (ci-après dénommée « CGC ») avait proposé des prix net départ ou franco pour les volumes demandés.

L'offre de la CGC ayant été retenue, celle-ci avait alors reçu de la part de la SCA Légumes une lettre d'acceptation de l'offre, proposant cependant des prix d'achat majorés de 15 % pour certains produits et de 5 % pour d'autres, tout en liant la commande à l'acceptation « *non négociable* » par le fournisseur d'une ristourne de diffusion de marque de 5 % et d'un contrat de coopération commerciale dont la rémunération totale était précisément de 15 %.

Ce mécanisme était neutre pour la CGC qui vendait plus cher mais, consentait une ristourne et payait des services de coopération commerciale à hauteur de la majoration de son prix. En revanche, l'augmentation de prix était répercutée sur les points de vente Intermarché et ainsi supportés par les consommateurs !

Le Tribunal pose le débat dans les termes suivants ; il s'agissait de savoir si :

« ... les prestations de coopération commerciale, facturées par ITM-DCAF, mandatée à cette fin par la société SCA Légumes, sont réelles et si la ristourne facturée pour diffusion de marque correspondent à un service réel.

Si le Tribunal estime que les prestations de coopération commerciale et de diffusion de marque sont réelles et régulièrement facturées, il devra relaxer les prévenus.

A défaut de constater la réalité des prestations, les factures émises au titre de la coopération commerciale et de diffusion de marque sont sans cause.

Si les factures de la société ITM-DCAF sont sans cause, la société CGC ne peut prétendre avoir augmenté ses prix, à la demande expresse de la SCA Légumes, pour financer les prestations de coopération commerciale et de diffusion de marque. Les factures émises par la CGC, sur demande de la SCA Légumes sont, pour leur survaleur, sans cause ».

Il est donc intéressant de relever que le Tribunal a raisonné sur la notion de réalité de la prestation, comme s'il avait eu à statuer sur le fondement des actions qui peuvent être introduites en application du code de commerce.

S'agissant de la ristourne de diffusion de marque de 5 %, définie comme la présence des marques « Saint Eloi » et « Générique » sur les cadenciers Intermarché et Ecomarché, le Tribunal correctionnel de Vannes constate alors que :

- Cette ristourne s'appliquait à tous les produits vendus par la CGC, alors que certains produits diffusés dans les magasins « hard discount » du groupement ne figuraient pas sur cadencier ;
- L'intérêt pour la CGC de bénéficier d'une prestation de diffusion de marque était « infime », dans la mesure où les marques « Saint Eloi » et « Générique » appartiennent à Intermarché (!) ;
- La CGC n'était pas le seul fournisseur des produits vendus sous la marque distributeur « Saint Eloi ».

Et de conclure :

« Ces faits démontrent un peu plus que le bénéficiaire de la diffusion de marque est le titulaire de la marque ».

« Dès lors, les factures de ristourne émanant de la société ITM-DCAF sont sans cause et la survaleur facturée par la société CGC, sur ordre de la SCA Légumes est dénuée de cause.

S'agissant de la coopération commerciale : services d'« optimisation des commandes », de « paiement centralisé », d'« unicité de négociation et de décision », de « prestation logistique complète de la commande à la livraison des points de vente » et de « service qualité », le Tribunal constate également que :

- Les accords de coopération commerciale ne concernaient que les produits de la marque « Saint Eloi », alors que les produits génériques bénéficient des mêmes prestations.
- « [...] la SCA Légumes est une centrale d'achat [...], la société CGC ne contracte pas avec les magasins Intermarché directement [...]. C'est ainsi que les prestations facturées ne sauraient être analysées comme détachables de l'acte de vente, puisqu'au contraire toutes ces prestations sont en relation directe

avec l'acte de vente : ainsi de la commande, du paiement, de la négociation et de la logistique. La vente suppose en effet une négociation, une commande, un paiement et une livraison !

En particulier :

- Optimisation des commandes :

« il entre donc dans son objet social de remplir ces fonctions pour ses adhérents – qui la rémunèrent de ce service » ;

- Paiement centralisé :

« la centralisation des paiements découle du type de structure du distributeur, la centrale d'achat et s'impose au fournisseur » ;

- Unicité de négociation et de décision :

« Cette prestation n'est pas définie à l'accord, elle n'est pas circonstanciée ; le serait-elle qu'encore, il y a lieu de noter que cette prestation est imposée par le statut de centrale d'achat de la SCA Légumes, seul cocontractant de la société CGC » ;

- Prestation logistique complète de la commande à la livraison des points de vente :

« les produits sont vendus à un prix net départ, compte tenu de ce prix qui met le transport à la charge de l'acheteur, cette prestation est sans cause [...] Il est de l'essence même de son activité qu'elle assume la logistique des produits [...] ».

- Service qualité :

« les produits sont vendus sous marque de distributeur et l'adéquation du produit au marché relève du distributeur qui définit les caractéristiques du produit et est titulaire de sa marque [...] L'article L. 212-1 du code de la consommation met à la charge du responsable de la première mise sur le marché le respect et la vérification des prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des consommateurs et en l'espèce, le responsable de la première mise sur le marché est la centrale d'achat SCA Légumes ».

Et le Tribunal conclut :

« [...] sous couvert d'accord de coopération commerciale, la SCA Légumes met à la charge de la société CGC non pas des services spécifiques détachables de l'acte de vente des produits, mais ses propres char-

ges liées à son activité normale de grossiste, centralisant les achats aux fins de les revendre aux adhérents de son réseau et rémunérée à ce titre par les adhérents ».

« La coopération commerciale étant vide de contenu, la société ITM DCAF a émis à ce titre des factures sans cause. Conséquemment, en augmentant ses prix pour neutraliser le coût de cette coopération commerciale vide de contenu, la société CGC a émis à son tour des factures sans cause, pour la survaleur !

Le Tribunal étudie ensuite les factures émises par la société ITM DCAF, pour constater que les « libellés ne précisent pas les services réellement exécutés par la SCA Légumes [...] ils répètent les titres des chapitres de l'accord, ils ne sont pas circonstanciés, ils ne détaillent pas les services rendus [...]»

« Les factures de la société ITM DCAF sont également sans cause faute de préciser le service effectivement rendu à une date précise ».

Après avoir caractérisé l'élément matériel de l'infraction, le Tribunal caractérise l'élément intentionnel, en partant du principe que « *le fait d'émettre des factures avec la connaissance de ce que les prestations facturées ne sont pas réelles, caractérise l'intention de commettre le délit, avec la conscience de mettre à la charge de tiers des coûts ne reposant sur aucun service* ».

Le Tribunal partant du principe que « *la facturation n'est pas causée* » [...] « *les factures de la société ITM DCAF sont fausses* », ne peut qu'entrer en voie de condamnation :

– le fournisseur, la CGC, à « *une peine d'amende modérée de 15.000 euros* » avec sursis, en tenant compte du fait que cette société n'a pas cherché à s'enrichir personnellement, s'est inscrite dans une politique commerciale qu'elle n'a pas élaborée et ne s'est pas fait connaître pour une pratique du commerce contraire aux lois » ;

– la société SCA Légumes à « *une peine d'amende de 35.000 euros* », en tenant compte de son rôle actif et déterminant dans le mécanisme de fausses factures, quand bien même un rôle de complice lui est reconnu, mais cette complicité étant caractérisée par les ordres donnés et en tenant compte du fait qu'elle recueille le fruit des délits commis » ;

– la société ITM DCAF à « *une peine d'amende de 75.000 euros* », en tenant compte du fait que ce fait délictueux n'est pas le premier à

lui être reproché [...] et en tenant compte du fait qu'elle recueille, pour partie, le fruit des délits commis recevant 1 % des prestations facturées ».

A retenir de cette décision :

– Une nouvelle illustration de la coresponsabilité du fournisseur et du distributeur en matière d'infraction aux règles de facturation, issue des articles L.441- 3 et 4 du code de commerce, « *tenus à des obligations complémentaires et réciproques* » selon la jurisprudence¹⁵.

– Le chef de délit de faux en écritures qui a été retenu pour réprimer des infractions en matière de facturation et de coopération commerciale, au lieu des dispositions spécifiques du Code de commerce !

Ce jugement a fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Rennes qui devrait rendre son arrêt courant novembre.

(15) Cass. crim. 20 juin 1994 : RJDA 10/94 n° 1056 p. 826.

Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : Les éléments constitutifs de l'infraction !

Par Jean-Christophe Grall et Julienne Chang

« Quel est le point commun entre un tracteur anglais, un palace parisien et la téléphonie mobile ? Pendant plusieurs années, les offreurs de ces biens et services se sont échangés des informations sur leurs chiffres de ventes et ont été condamnés à ce titre par les autorités de concurrence. Pour ces dernières, la communication d'informations précises dans un marché oligopolistique fortement concentré est de nature à atténuer la concurrence. L'économiste est également suspicieux à l'égard des échanges d'informations entre concurrents car ils jouent un rôle clef dans les mécanismes de collusion. Pourtant les décisions contre les fabricants de tracteurs et les opérateurs de téléphonie mobile l'intriguent : elles semblent également condamner les échanges d'informations indépendamment du fait qu'ils peuvent créer ou renforcer un risque de collusion. Quels sont donc les effets anticoncurrentiels des échanges d'informations sur les ventes en dehors de ce risque ? Sont-ils systématiques ? Le test proposé par la Commission européenne dans l'affaire des tracteurs anglais qui repose sur l'analyse des informations et de la structure du marché est-il pertinent ?¹⁶ »

La Cour d'appel de Paris vient de répondre positivement à cette question, dans son arrêt du 26 septembre 2006, confirmant, dans son intégralité, la décision rendue le 25 novembre 2005 par le Conseil de la concurrence à l'occasion des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens.

En effet, à la suite d'un reportage sur les palaces parisiens diffusé par M6, dans lequel les responsables de ces établissements avaient indiqué se réunir régulièrement pour partager des informations nominatives sur leurs activités, les origines géographiques de leur clientèle et les éléments nécessaires à l'élaboration de leur plan marketing, le Conseil de la concurrence s'était saisi d'office le 4 décembre 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de l'hôtellerie de luxe.

Au terme de l'instruction, il avait été reproché

aux six palaces parisiens de s'être régulièrement échangés des informations confidentielles sur leurs activités et leurs résultats, les empêchant ainsi d'agir de manière autonome sur le marché.

Habituellement appréhendé comme simple élément constitutif d'une entente, l'échange d'informations entre concurrents est aussi et surtout envisagé ici comme constituant en soi, indépendamment de tout autre dispositif anticoncurrentiel, une concertation prohibée.

Le Conseil de la concurrence avait donc condamné les hôtels Bristol, Meurice, Plaza Athénée, Crillon, Ritz, et Georges V sur le fondement des dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce, pour entente horizontale anticoncurrentielle !

Les échanges d'informations ont en effet été sanctionnés par le Conseil de la concurrence, en eux-mêmes, au titre de la prohibition des ententes, dès lors qu'ils se sont déroulés sur un marché oligopolistique et qu'ils ont réduit l'incertitude concurrentielle entre les participants en augmentant artificiellement la transparence sur ce marché.

Cette approche est aujourd'hui confirmée par la Cour d'appel :

« Si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L.420.1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que la mise en commun régulière et rapprochée de ces informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux ».

(16) François Lévêque, « Echanges d'informations : Faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue par un économiste », Concurrence n°3/2006.

En considérant de la sorte les échanges d'informations sur un marché oligopolistique, le Conseil de la concurrence, puis la Cour d'appel de Paris, s'inscrivent dans le droit fil de la jurisprudence communautaire des « *tracteurs anglais* » ou « *John Deere* »¹⁷.

I. La structure oligopolistique du marché concerné

A la différence d'un marché véritablement concurrentiel, les échanges d'informations sur un marché oligopolistique permettent aux concurrents de connaître les positions et les stratégies de chacun, eu égard à leur faible nombre. Le degré d'incertitude sur les comportements des concurrents est ainsi sensiblement diminué, ce qui a notamment pour effet d'augmenter les risques de coordination tacite :

« *L'équilibre collusif est plus facilement atteint par les firmes si elles ont les moyens, comme dans la présente affaire, de détecter des éventuelles déviations unilatérales.* »

Pour qualifier un marché d'oligopolistique, le nombre d'acteurs n'est pas en lui-même un critère suffisant, il convient avant tout d'analyser les conditions concrètes de fonctionnement du marché.

La Cour d'appel a adopté le raisonnement suivi par le Conseil de la concurrence et considéré que le marché des palaces parisiens présentait un caractère oligopolistique en raison notamment de « *la stabilité de leurs positions sur ce marché, l'homogénéité des produits et services offerts, l'existence d'une structure de coûts similaire caractérisée par des coûts fixes élevés, ainsi que celle de fortes barrières à l'entrée, ne serait-ce qu'en raison du coût représenté par la création d'un établissement de même catégorie offrant un ensemble de prestations similaires et du temps nécessaire à la construction d'une image de marque*

 ».

Après avoir démontré dans un premier temps que les échanges d'informations intervenaient sur un marché oligopolistique fermé, le Conseil de la concurrence a apprécié la licéité de ces échanges au regard des critères relatifs à la nature et à la périodicité des informations échangées.

(17) TPICE, 27 oct. 1994, aff. T-34/92 et 35/92, Fiat Agri et John Deere LTD : Rec. TPICE 1994, II, p. 905. – CJCE, 27 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere : Rec. CJCE 1998, I, p. 3111.

II. Le caractère confidentiel, stratégique et périodique des informations échangées

Les échanges d'informations ne sont ainsi pas prohibés de manière automatique mais seulement s'ils présentent certaines caractéristiques propres à réduire l'intensité concurrentielle, en amoindrisant ou en faisant disparaître l'incertitude concurrentielle qui doit exister sur le marché pour que la concurrence entre opérateurs joue pleinement.

• **Le caractère confidentiel des informations échangées**

Les informations échangées, qui ne constituent pas le support d'une entente distincte, ne sont critiquables que si elles sont confidentielles. Elles ne doivent être accessibles qu'au seul profit des participants. En l'espèce, « *ni le reste de la profession, ni les acheteurs en gros, ni les clients finals n'étaient bénéficiaires de la même transparence* ».

La Cour d'appel relève ainsi que « *les informations échangées entre les seuls palaces parisiens mis en cause, nominatives et non publiques, ne pourraient être assimilées aux données agrégées publiées par les professionnels du secteur* ».

• **Le caractère périodique et systématique des échanges d'informations**

Les données échangées ne sont susceptibles de constituer une infraction à l'article L.420-1 du Code de commerce que si elles permettent de surveiller le comportement des concurrents et de détecter rapidement toute modification de celui-ci.

L'échange d'informations doit donc s'effectuer de manière « *systématique régulier et rapproché* » pour être efficace !

En l'occurrence, la Cour souligne le fait que ces échanges « *hebdomadaires et mensuels, voire annuels [étaient confirmés] par les documents saisis lors de ces enquêtes* ».

• **Le caractère stratégique des informations échangées**

La Cour examine enfin si les informations échangées ont revêtu un caractère stratégique suffisant pour que l'échange d'informations puisse être qualifié d'anticoncurrentiel, en ce sens que ces informations doivent être de nature à atténuer ou supprimer l'incertitude concurrentielle.

tude quant au caractère prévisible des comportements des concurrents¹⁸.

En l'occurrence, « les données échangées, qui concernaient l'activité de chacun des palaces et portaient notamment sur le taux d'occupation, sur le prix moyen par chambre louée – soit le rapport entre le chiffre d'affaires hébergement HT et le nombre de chambres louées –, et sur le revenu moyen par chambre disponible – soit le rapport entre le chiffre d'affaires hébergement HT et le nombre de chambres disponibles », [ont permis aux responsables des hôtels en cause] de connaître de manière précise et immédiate non seulement les performances des autres établissements, mais aussi les modifications éventuelles de leur politique commerciale ».

Le Conseil précisait, en outre, que dans une telle situation de marché, il est indifférent que les informations échangées n'aient fait l'objet d'aucun usage anticoncurrentiel.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil de la concurrence avait donc considéré qu'« il est établi qu'en unissant leur volonté pour échanger d'un commun accord, de 1999 à 2002, des informations à la fois confidentielles et stratégiques, de nature à altérer la nature commerciale de chacun des participants à l'accord, les six palaces parisiens mis en cause ont commis, eu égard aux conditions de marché rappelées ci-dessus, des pratiques prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ».

Cette décision est aujourd'hui confirmée par la Cour d'appel :

« Que la mise en commun de ces données non publiques a assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif que souligne la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la même période ».

Si l'autorité de concurrence sanctionne les six palaces parisiens pour échanges d'informations,

les sanctions qu'il a infligées en 2005 demeurent néanmoins modérées, puisqu'elles s'établissent à hauteur de 0,2 % du chiffre d'affaires des entreprises concernées, et ce, alors même que les dispositions de la loi NRE élevant le plafond des sanctions à 10 % s'appliquaient, notamment en raison du caractère continu des pratiques qui remontaient à 1999 (première année non prescrite, alors qu'il s'agissait d'une pratique « *quasiment ancestrale* » comme l'avait déclaré la directrice de l'hôtel Meurice) et s'étaient prolongées jusqu'en 2002.

Cela tient à la gravité limitée des pratiques mises en œuvres : « *les échanges d'informations en cause, pour anticoncurrentiels qu'ils soient, n'ont ni le caractère de gravité d'une entente expresse sur le niveau du prix ou de répartition des marchés, pratiques qualifiées d'injustifiables par les autorités de concurrence, ni celui d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public préalablement à la remise des offres, qui a pour effet de tromper l'acheteur public sur l'intensité de la concurrence* ». A cet égard, l'autorité de concurrence avait pu relever que « *l'enquête administrative n'a pas révélé de similitude anormale des tarifs entre eux et que les offres promotionnelles communes, reposant sur un prix d'appel destiné à attirer la clientèle, mises en œuvre par les palaces n'avaient pas eu d'objet, ni d'effet anticoncurrentiel* » !

La Cour d'appel vient de confirmer de telles sanctions, en les qualifiant de très mesurées !

* * *

Une fois encore, nous ne pouvons que préconiser une très grande vigilance en matière d'échange d'informations entre concurrents et partir du principe que c'est purement et simplement interdit, sauf exception !

(18) Sur les échanges d'informations, voir Novshek et Sonnenschein (1982). Le cadre est celui d'une concurrence à la Cournot sur des biens homogènes et d'une incertitude de la demande. Pour l'extension de cette littérature à la concurrence en termes de prix, voir Vives (1984), à l'incertitude sur les coûts, voir C. Shapiro (1986), aux échanges d'informations sur les ventes, voir Jin (1984). Pour une recension de la littérature, voir Venayre (2004) ; pour une vision d'ensemble et les conséquences à en tirer en droit de la concurrence, voir Kühn et Vives (1995) et Kühn (2001) – François Lévéque – Concurrence n°3/2006

QUELQUES INFORMATIONS

Animation de formations dispensées 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 catégorielles de vente, conditions particulières de vente, coopération commerciale, services distincts, non discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à perte, situation des grossistes et exception de revente à perte, « 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^{er} 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 ;

■ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination/pratiques concertées/standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions « Sanitaire - Chauffage » et « Parfums » des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence] ;**

■ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] ;

■ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire] ;

■ **A l'application des règles de concurrence aux marché publics** ;

■ **Aux promotions des ventes** [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.] .

* * *

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

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site www.mgavocats.fr

MG
Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats
156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0) 1 53 57 31 70 ■ Fax +33 (0) 1 47 20 90 40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr