
Négociations commerciales - Centrales, super centrales et (re)négociation des accords commerciaux : la puissance de négociation sous surveillance - Etude Article rédigé par : Stéphane Destours et Jean-Michel Vertut

Document: Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2007, dossier 15

Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2007, dossier 15

Dossier - Droit de la distribution 2007 : bilan(s) et perspective(s)

Centrales, super centrales et (re)négociation des accords commerciaux : la puissance de négociation sous surveillance

Etude Article rédigé par : Stéphane Destours maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier

et Jean-Michel Vertut avocat, chargé d'enseignement à la faculté de droit de Montpellier

Négociations commerciales

[Accès au sommaire](#)

Les mouvements structurels au niveau national ou européen, la centralisation et la « super » centralisation des négociations tarifaires ont souvent généré des tensions entre distributeurs et fournisseurs.

Côté distributeurs, il peut s'agir de proposer une structure complémentaire en matière de discussion d'accords commerciaux (européens par exemple). Côté fournisseur, il est question de se soucier du surcoût éventuel lié à l'intervention de cette structure qui, au demeurant, ne lui apportera pas ou ne lui garantira pas nécessairement un chiffre d'affaires supplémentaire. Autant dire que le fournisseur est parfois peu enclin à consentir un sacrifice financier se rajoutant à ceux jusqu'alors consentis lors de négociations de niveau national ou local.

Dans ce contexte, il est proposé de rappeler, sans prétendre à l'exhaustivité^{Note 1}, les marges de manœuvre dont disposent les parties à la négociation commerciale (le fournisseur, la super-centrale et/ou les centrales et/ou leurs membres) tant au regard des pratiques anticoncurrentielles (1) que des pratiques restrictives de concurrence (2).

1. La puissance de négociation sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles

Le phénomène des centrales ou super-centrales a suscité, selon les périodes, un intérêt certain de la part des autorités de contrôle. L'essentiel des solutions ici mises en avant est de source interne ; c'est sur elles que nous nous attarderons (A). Il conviendra toutefois de rappeler certaines affaires jugées par application du droit communautaire pouvant intéresser la problématique traitée (B).

le phénomène des centrales ou super centrales a suscité, selon les périodes, un intérêt certain de la part des autorités de contrôle

A. - En droit interne de la concurrence

Rappelons que le droit interne de la concurrence a vocation à s'appliquer à des pratiques mises en œuvre, « même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché... » (C. com., art. L. 420-1). Cette précision est d'importance lorsque l'on sait que nombre de super-centrales sont localisées hors de France.

Indépendamment du champ d'action européen des centrales, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de s'intéresser à leur puissance d'achat dans le souci d'en limiter les effets pervers. C'est ainsi que ces dernières se sont vues imposer un certain nombre de contraintes concernant tant le déroulement (1°) de la négociation que son issue (2°).

1° Surveillance du déroulement de la négociation commerciale

La négociation par la super-centrale, souvent menée en sus des négociations conduites au niveau national par les centrales qu'elle regroupe, ne doit pas être l'occasion pour elle d'abuser de la puissance d'achat qu'elle incarne.

La jurisprudence fournit un certain nombre d'affaires dans lesquelles ont été dégagées des solutions à ce sujet.

On en retiendra, *a minima*, les principes « de surveillance » suivants qui doivent s'imposer à la super-centrale, à ses membres et, le cas échéant, aux fournisseurs en présence, à savoir :

- l'existence d'une contrepartie à la rémunération, laquelle ne doit pas être rétroactive. La super-centrale peut négocier un avantage commercial supplémentaire si des contreparties sont prévues ;
- l'absence de conséquence au plan national du défaut d'accord au niveau de la super-centrale qui aurait comme objet ou pour effet de restreindre l'accès de certains fournisseurs aux consommateurs ;
- l'absence d'entente entre les membres de la super-centrale sur les conditions qui leur sont respectivement accordées par les fournisseurs ;
- sous réserve de ne pas discriminer la super-centrale et/ou ses membres et ce de manière injustifiée, les fournisseurs doivent rester libres de négocier ou non des avantages sans que cela ne puisse prêter à conséquence.

Ces principes, très généraux dans leur formulation, se retrouvent dans un certain nombre de décisions du Conseil de la concurrence rendues sur la problématique des regroupements d'achat ou de référencement, parfois d'ailleurs à l'occasion d'opérations de concentration. Ces décisions vont préciser les conditions de l'absence d'atteinte à la concurrence lors de la négociation ou de la renégociation d'accords existants, ce qui, *a contrario*, permet un éclairage sur l'atteinte à la concurrence pouvant être engendrée par le distributeur qui ne respecterait pas les principes énoncés.

Voici quelques rappels sous forme d'attendus pour illustrer le propos :

- « L'acte par lequel un distributeur (*Cora*), à l'occasion de la réalisation par celui-ci d'une opération de concentration, fait savoir à l'ensemble de ses fournisseurs d'une catégorie de produits, ou à une partie substantielle d'entre eux, qu'il entend, en simple raison de l'accroissement de sa puissance d'achat, renégocier certaines des conditions que ces fournisseurs lui ont consenties ou qu'il entend subordonner la poursuite des relations commerciales qu'il a nouées avec eux à des conditions supplémentaires par rapport à celles qu'il avait acceptées, doit être regardé comme susceptible d'être visé par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de décembre 1986 (devenu C. com., art. L. 420-1) ». En pratique, le caractère anticoncurrentiel des demandes du distributeur est en principe établi lorsque, non seulement ses demandes revêtent un caractère de généralité suffisant, mais aussi qu'elles ne sont assorties d'aucune contrepartie réelle pour le fournisseur^{Note 2} ;

-
- « Si l'acceptation par les fournisseurs de renégocier à la hausse les avantages précédemment consentis par le contrat les liant à un distributeur ne saurait caractériser leur participation à une entente, l'acte par lequel un distributeur (*Rallye*), à l'occasion de la réalisation par celui-ci d'une opération de concentration, fait savoir à l'ensemble de ses fournisseurs d'une catégorie de produits, ou à une partie substantielle d'entre eux, qu'il entend, en simple raison de l'accroissement de sa puissance d'achat, renégocier certaines des conditions que ces fournisseurs lui ont consenties ou qu'il entend subordonner la poursuite des relations commerciales qu'il a nouées avec eux à des conditions supplémentaires par rapport à celles qu'il avait acceptées doit être regardé comme susceptible d'être visé par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de décembre 1986 (devenu *C. com.*, art. L. 420-1), dès lors qu'il présente un caractère de généralité suffisant ». Mais, les demandes du distributeur (liées, ici, au versement de participations publicitaires), « même lorsqu'elles revêtent un caractère général, ne présentent pas de caractère anticoncurrentiel, dès lors qu'elles sont assorties d'une contrepartie réelle pour le fournisseur, en termes d'extension de gamme ou d'opérations de promotion commerciale »^{Note 3} ;
- « Le libre choix de l'acheteur est 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 ». 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, sont licites et ne constituent pas en eux-mêmes des pratiques anticoncurrentielles même s'il apparaît que les offres des fournisseurs sont conformes aux usages. Les accords de référencement sont fréquemment l'objet de renégociations conduisant à une modification des accords initiaux ». En effet, « pour un distributeur, l'intérêt économique d'un accord avec un fournisseur dépend pour partie des conditions que ce même fournisseur aura accordées à d'autres distributeurs, conditions qui ne sont pas connues avec précision lors de la négociation de l'accord mais qui peuvent se révéler en cours d'application de celui-ci ». De même, « pour un fournisseur, l'intérêt d'un accord de référencement dépend pour partie de la stratégie commerciale des distributeurs regroupés dans la centrale et des conditions octroyées par les autres fournisseurs, éléments qui, eux aussi, ne sont pas connus lors la négociation initiale. La renégociation de ces accords n'est donc pas en soi illicite, dès lors qu'elle n'est pas assortie de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ». Dès lors, « même si les accords et pratiques susmentionnés aboutissent à des transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs dont la puissance d'achat s'est accrue par 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 à la présence des producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs ». Ainsi, « le fait, pour les distributeurs (*Casino et Cora*) qui ont créé la centrale Opéra, de faire savoir à l'ensemble des fournisseurs qu'ils entendent, en raison de l'accroissement de la puissance d'achat générée par cette création, renégocier les conditions d'achat consenties, ou conditionner la poursuite des relations commerciales déjà nouées à l'acceptation de conditions supplémentaires, sans contreparties réelles, par rapport à celles qui avaient déjà été convenues et acceptées, pourrait être visé par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, si ces demandes avaient pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché ». En l'espèce, « l'obtention de compensations financières sans contreparties réelles ne revêt pas un caractère de généralité suffisant pour pouvoir être considérée comme ayant eu pour objet ou pour effet de limiter, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché »^{Note 4} ;
- « 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 ». 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 en soi illicite, dès lors qu'elle n'est pas assortie de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ». En effet, « 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 par 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 à la présence des producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs ». Ainsi, « le fait, pour les distributeurs (*Système U et Leclerc*) qui ont créé la centrale Lucie, de faire savoir aux principaux fournisseurs qu'ils entendent, en raison de l'accroissement de la puissance d'achat générée par cette création, négocier des ristournes supplémentaires, voire conditionner la poursuite des relations commerciales déjà nouées à l'acceptation de telles conditions supplémentaires, sans contrepartie réelle, pourrait être visé par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce si ces demandes avaient pour objet ou pour effet de restreindre l'accès de certains fournisseurs aux consommateurs ». De même, « s'il était démontré que les distributeurs ont utilisé leur centrale commune d'achat pour s'échanger des informations, en vue d'harmoniser leurs conditions d'achat dont dépendent en partie les prix proposés dans leurs magasins aux consommateurs, de telles pratiques fausseraient le jeu de la concurrence sur les marchés de la distribution de produits de grande consommation »^{Note 5}. À noter que la position dominante de *Leclerc* et *Système U*, pris ensemble ou séparément, n'a pas été retenue.

En l'espèce, il était reproché aux groupements *Leclerc* et *Système U* de s'être concertés pour imposer des ristournes sans contreparties, soit parce qu'elles étaient rétroactives et 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 *Leclerc* et *Système U* 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. Même si les pratiques de Lucie n'ont pas donné lieu à sanction, il est intéressant de relever dans cette décision les points discutés devant le Conseil de la concurrence et qui auraient pu déboucher, si les faits avaient été autres, sur une sanction.

Rappelons que les autorités de contrôle n'ont pas toujours fait preuve d'indulgence sur cette question, et les avertissements donnés dans les années 1980, que l'on retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence récente, invitent à la prudence. Qu'on en juge :

« La recherche, par des distributeurs, des meilleures conditions d'achat et les surenchères dans la baisse des prix de vente ne sont pas en eux-mêmes des phénomènes anticoncurrentiels. Ils témoignent, au contraire, de la vigueur avec laquelle certains secteurs des industries de biens de grande consommation, d'une part, et de la distribution, d'autre part, se confrontent actuellement ». Cependant, « les activités de centrales d'achat regroupant des distributeurs concurrents au stade de la revente et visant, dans le cadre d'un regroupement, à obtenir certaines conditions tarifaires communes de leurs fournisseurs et à coordonner les conditions dans lesquelles les membres du groupement commercialisent différents produits peuvent être visées par les dispositions de l'article (*C. com., art. L. 420-1*) dans la mesure où elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». En l'espèce, s'« il ne résulte pas de l'examen de ses statuts et de son règlement intérieur que le groupement (qu'il s'agisse de SERFAAL, d'ARCI-Association^{Note 6} ou de DI-FRA) soit, par son objet, contraire aux dispositions (*C. com., art. L. 420-1*), en revanche, par certains des comportements qu'il a suscités, (chaque) groupement a invité ses adhérents à s'engager dans des actions communes pouvant avoir pour effet de fausser et de restreindre le jeu de la concurrence ». Il a ainsi été estimé qu'« a pour objet et peut avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence en favorisant une baisse artificielle des prix le fait, pour un groupement de distributeurs, pour partie concurrents entre eux, lorsqu'il ne prend aucun engagement d'achat au nom de ses membres, de globaliser le chiffre d'affaires de ses membres et de faire pression sur les fournisseurs pour obtenir d'eux des ristournes inconditionnelles ou des délais de paiement supérieurs à ceux que les

distributeurs appartenant au groupement avaient obtenus antérieurement à la constitution du celui-ci en n'offrant à ces fournisseurs, comme seule contrepartie, que l'assurance que les membres du groupement n'utiliseront pas leur pouvoir de refuser les produits nouveaux ou de les déréférencer ou de ne pas les référencer à nouveau ». En effet, « la baisse des prix d'achat susceptible d'être obtenue dans une telle circonstance par l'entente entre les distributeurs est artificielle dans la mesure où elle ne résulte que de la force de dissuasion que les distributeurs détiennent, non pas en raison du dynamisme propre de leur politique commerciale, mais en raison de leur collusion. Elle est d'ailleurs d'autant plus artificielle qu'elle a un caractère rétroactif »^{Note 7}.

Les années 1990 ont apporté leur lot d'affaires qui, logiquement, compte tenu de la lutte menée contre les super-centrales dans la décennie précédente, ont vu réduire d'un cran le débat sur la consolidation des négociations et ce au niveau des centrales nationales. Quoi qu'il en soit, les grands principes observés sont similaires^{Note 8}.

On retiendra aussi l'interminable débat sur la possibilité de globaliser les chiffres d'affaires (des points de vente) au niveau du groupement au titre d'une « *clause d'agrégation* », que l'on a coutume d'appeler improprement « *clause d'enseigne commune* », qui lie un fournisseur à certains revendeurs. Cette clause ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle à l'égard des autres revendeurs dès lors que, d'une part, la remise accordée par le fournisseur aux seuls revendeurs placés sous l'enseigne commune est la contrepartie objective de l'adoption par ces derniers d'une politique commerciale commune, propre à valoriser le réseau de distribution et incidemment l'image de marque des produits du fournisseur et, d'autre part, la clause n'a pas pour effet de restreindre la concurrence sur un marché donné. C'est en ce sens que la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi de la Cour de cassation^{Note 9}, a décidé que pareille clause est licite dans la mesure où « l'existence d'une enseigne commune n'est pas une condition nécessaire à l'obtention de la remise en cause et que la société *Concurrence* n'était pas a priori exclue de son bénéfice »^{Note 10}. Sur nouveau pourvoi de la société plaignante, la Cour de cassation est venue préciser que « (...) la clause litigieuse n'a eu aucun impact négatif sur l'activité de la société *Concurrence*, distributeur indépendant, qui a été en mesure d'appliquer avec succès sa politique commerciale de prix cassés, appliquée aux produits *Sony* de sorte qu'il n'est pas établi qu'elle avait pour objet ou a pu avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché des revendeurs pendant la période de référence ; la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision... »^{Note 11}. Cette dernière affaire, évoquée sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles, essaime sa solution au plan des pratiques restrictives, notamment lorsqu'il est question de s'interroger sur le bien fondé d'un avantage tarifaire attribué *via* une centrale à des distributeurs d'un groupement et non à d'autres distributeurs isolés.

2° Surveillance des conséquences de l'échec de la négociation commerciale

À ce stade, il s'agit de s'intéresser à l'attitude que la super-centrale est en droit d'adopter soit dans l'hypothèse d'un refus du fournisseur de répondre favorablement à ses demandes, soit dans l'hypothèse où l'accord proposé par le fournisseur n'est pas convenable tant pour la centrale que pour ses membres.

C'est la question des conséquences néfastes pour le fournisseur (au niveau national par exemple) de son refus de céder aux revendications de la super-centrale et qui auraient comme objet ou pour effet de restreindre l'accès dudit fournisseur aux consommateurs.

La menace d'un arrêt ou d'une mise en sommeil de la relation à des niveaux inférieurs (notamment régional, etc.), qu'elle qu'en soit ses manifestations, en cas de désaccord entre les parties à la négociation et à raison du refus pour le fournisseur de se soumettre aux desiderata de la super-centrale, est susceptible de se voir sanctionnée comme la manifestation d'une entente.

De ce point de vue, une décision du Conseil de la concurrence est venue rappeler le caractère illicite de la pratique du *boycott* :

« La pratique du *boycott* a été définie, par le Conseil de la concurrence dans son rapport pour 1993, comme consistant à "s'entendre, sans motifs légitimes, pour refuser, soit de fournir un client déterminé, soit de s'approvisionner auprès d'un fournisseur déterminé". Le Conseil a ainsi considéré que le fait pour une

centrale de référencement d'organiser entre les distributeurs indépendants qu'elle regroupe le *boycott* des produits d'un fournisseur qu'elle avait référencés pour la période en cours, et l'élimination de ces produits des linéaires était de nature à limiter artificiellement l'accès du fournisseur au marché et constituait une action concertée prohibée^{Note 12}. Il a également qualifié de *boycott*, dans sa décision du 23 décembre 2003, les consignes du Centre national des professions automobiles de la Moselle à ses adhérents pour leur demander de cesser leurs relations avec un établissement bancaire qui finançait des mandataires hors réseau ». En revanche, « dans sa décision du 9 novembre 1999, relative à des pratiques mise en œuvre par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), le Conseil a considéré qu'une lettre adressée par la FFSA à ses adhérents les appelant à surseoir momentanément à la confirmation de leur participation au salon de 1992 "Assure Expo" n'avait, d'une part, pas eu d'objet anticoncurrentiel dans la mesure où elle avait été motivée par le "désir, licite, de voir le salon Assure-Expo évoluer en une manifestation de nature différente, d'ailleurs plus ouverte sur le grand public" et d'autre part, pas eu d'effet sensible sur la concurrence. La cour d'appel^{Note 13}, puis la Cour de cassation ont confirmé cette analyse, l'arrêt de la chambre commerciale^{Note 14} précisant : "attendu que le *boycott* constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché ; qu'ayant estimé que les pratiques arguées de boycott par la société Vidal ne pouvaient être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction de la société Vidal par la FFSA n'était pas établie, la cour d'appel, qui s'est prononcée sur l'ensemble des faits dénoncés par la société Vidal, répondant ainsi aux conclusions prétendument omises, a statué à bon droit" ». En l'espèce, « l'analyse des prises de position de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation (Ilec) montre que ce dernier s'est essentiellement borné à rappeler la jurisprudence des autorités de la concurrence relative aux centrales d'achat, notamment sur le fait que les remises supplémentaires demandées par Lucie à la suite de sa création devaient être assorties de contreparties réelles (...). L'Ilec est resté dans son rôle d'information et de conseil de ses adhérents en analysant la jurisprudence relative aux centrales d'achat, en les informant de la saisine du Conseil de la concurrence, le 12 août 1999, par le ministre de l'économie à l'encontre des centrales d'achat Lucie et Opéra et en leur conseillant de garder des traces écrites des demandes de Lucie en prévision d'un éventuel contentieux. Les prises de position de l'Ilec, la circulaire adressée à ses adhérents et l'argumentaire juridique visés dans la saisine ne contiennent aucun appel à ne pas négocier avec Lucie ou à ne plus approvisionner les adhérents de Lucie. D'ailleurs, aucun élément au dossier n'indique que des fournisseurs auraient renoncé à négocier avec Lucie. De nombreuses conventions ont été signées, dès 1999, entre Lucie et les fournisseurs et aucune incidence de ces négociations sur les relations commerciales entretenues parallèlement avec les centrales d'achat de *Leclerc* et *Système U* n'a été relevée »^{Note 15}.

B. - En droit communautaire de la concurrence

Par hypothèse, l'on se situe ici dans le cas de pratiques affectant le commerce entre États membres et qui, à ce titre, peuvent donner lieu à l'application de l'article 81 (ententes) ou 82 (abus de domination) du traité CE, ces deux textes pouvant aussi être appliqués par les juridictions nationales.

À notre connaissance, les super-centrales qui œuvrent dans l'univers de la grande distribution n'ont pas fait l'objet de poursuites au niveau communautaire. Il existe donc un déséquilibre significatif entre l'intérêt que portent les autorités françaises de concurrence à ce phénomène et celui porté par les autorités communautaires.

L'on peut toutefois citer une décision de la Commission européenne qui éclaire sur la problématique des écarts de prix et de la discrimination^{Note 16} et un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes où il était question d'un accord sur les remises en matière de tabacs manufacturés et qui fournit certaines informations sur le point de savoir s'il pouvait y avoir affectation du commerce entre États membres alors que l'accord couvrait le marché d'un seul État membre mais portait sur un produit provenant d'un autre État membre^{Note 17}.

2. La puissance de négociation sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence

Il s'agit d'un deuxième angle d'approche dans lequel la potentialité d'atteinte au fonctionnement de la concurrence sur le marché n'est pas exigée, à la différence des pratiques précédemment visées.

Ces pratiques, prévues par des textes français, permettent d'appréhender des comportements dans la

mesure où l'un des opérateurs, le fournisseur par exemple, est un ressortissant français.

Rappelons en effet que « l'ordonnance du 1er décembre 1986 s'applique aux produits achetés en France même si ces produits doivent être distribués ou revendus à l'étranger »^{Note 18}.

Dès lors, qu'il s'agisse de pratiques purement nationales ou mettant en présence un opérateur français (un fournisseur) ou étranger (une centrale située en dehors de France), le droit français a vocation à s'appliquer.

Précisons aussi qu'une pratique visée par les textes ci-après, une discrimination par exemple, peut être sanctionnée en elle-même sans qu'il soit exclu qu'elle constitue de surcroît la manifestation d'une entente.

En outre, l'article L. 442-6, III, alinéa 2, du Code de commerce, prévoit que le ministre de l'Économie, dans sa mission de défense de l'ordre public économique, dispose de certains pouvoirs que sont ceux de voir ordonnée la cessation de la pratique en cause, la nullité des clauses ou contrats illicites s'y rapportant, la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile pouvant atteindre deux millions d'euros (*V. supra CDE 2007, étude 14*).

Ici encore, l'on retiendra *a minima* qu'un grand nombre de pratiques visant notamment à forcer le fournisseur à négocier ou renégocier des accords font l'objet d'une « surveillance » particulière.

Certes, sauf lorsque le ministre s'intéresse à l'espèce, les interdictions posées à l'article L. 442-6 ne sont pas aisées à mettre en œuvre par le fournisseur car, même s'il a pleinement qualité pour agir, il y va de la pérennité de la relation avec son partenaire. Toutefois, ces interdictions constituent néanmoins des gardes fous contre les pratiques de centrales qui peuvent se voir poursuivies sur les fondements précités, surtout s'il a été mis fin à la relation commerciale. Procédons à un examen très sommaire des pratiques en question.

A. - La discrimination (C. com., art. L. 442-6, I, 1°)

La cour d'appel de Versailles a confirmé une ordonnance de référé rendue par le tribunal de commerce de Nanterre en octobre 1996, à la demande de la société Baret S.A., sur le fondement de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 (devenu *art. L. 442-6, I, 1°*). À l'époque, Baret SA reprochait à son fournisseur, la société FAG France, de se livrer depuis le mois de septembre 1996, à des pratiques discriminatoires à son égard, en lui appliquant « un barème de prix supérieurs d'environ 13 % par rapport à celui dont bénéficiaient les autres distributeurs ». Rappelant « qu'il est de principe, en matière de relations commerciales, que les conditions de vente et de prix doivent être égales pour tous les distributeurs et qu'une discrimination n'est à titre exceptionnel admise que si elle est fondée sur des critères objectifs, effectifs et contrôlables », la cour devait ajouter que, « faute d'établir l'existence d'une contrepartie réelle apportée par les autres distributeurs de la société FAG, notamment en matière de services rendus, de quantités vendues ou de coopération commerciale, la discrimination tarifaire appliquée à la société Baret depuis le 9 septembre 1996, n'est en rien, en l'état, justifiée ». FAG a donc été condamnée à verser à Baret SA « une somme correspondant à la différence de prix appliquée sur ses commandes par rapport aux conditions tarifaires dont ont bénéficié les autres revendeurs »^{Note 19}.

L'on peut aussi citer cette condamnation d'un fournisseur pour pratiques discriminatoires au détriment d'un Groupement du secteur de la pièce automobile : « Valéo s'était rendue coupable de pratiques discriminatoires prohibées par l'article 36-1 de l'ordonnance de 1986, en refusant, sans motif valable, d'agréer SMEA dans son réseau en qualité de groupement et en lui proposant des remises bien inférieures à celles consenties à deux de ses groupements ». Aussi, a-t-il été enjoint à Valéo de « communiquer à SMEA ses conditions actuelles de vente accordées à ses groupements et d'offrir à cette société des conditions de vente se situant dans le cadre de celles consenties aux groupements dans le mois de la signification de la décision (...) »^{Note 20}.

En bref, le fait d'avantager un groupement de distributeurs de manière discriminatoire *via* une centrale ou une super centrale expose l'un et/ou l'autre des partenaires à divers risques, notamment financiers, sur demande d'un opérateur lésé ou sur poursuite du ministre de l'Économie, lequel, récemment, n'a pas hésité à poursuivre une centrale de référencement sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° à raison de la

discrimination de traitement mise en œuvre par ladite centrale vis-à-vis de certains de ses fournisseurs (« il est donc établi que le GALEC a pratiqué des conditions de vente de ses services discriminatoires à l'égard des trois fournisseurs concernés et que ces conditions discriminatoires ne sont pas justifiées par une différence correspondante de prestations ; que cette discrimination, entre fournisseurs, est fautive au visa de l'article L. 442-6-I-1 du Code de commerce »^{Note 21}).

B. - L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou moyennant une contrepartie disproportionnée (C. com., art. L. 442-6, I, 2°, a)

L'article L. 442-6, I, 2°, a, du Code de commerce condamne 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. Selon ce même article, un tel avantage peut 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 de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients.

On relèvera que cet article appréhende expressément, par une formule des plus larges, « les avantages consentis dans le cadre du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement », ainsi que « la globalisation artificielle des chiffres » ou « la demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients » (*V. supra I, A*).

C'est d'ailleurs sur le fondement de cette disposition que se sont développés les contentieux récents contre des centrales au niveau national sur la problématique de la réalité des services de coopération commerciale ou de la disproportion de la rémunération demandée, très souvent d'ailleurs à l'initiative du ministre^{Note 22}.

C. - L'abus de dépendance ou de puissance d'achat (C. com., art. L. 442-6, I, 2°, b)

Cet article a donné lieu à quelques décisions dans lesquelles seul l'abus de dépendance est invoqué et non l'abus de puissance d'achat. En outre, la jurisprudence montre que ce texte est le plus souvent invoqué lorsque les relations sont rompues.

Si l'on s'en réfère aux contentieux développés sur le fondement de ce texte, on relèvera que ce dernier n'a pas été utilisé dans le cadre très spécifique qui nous intéresse^{Note 23}.

D. - L'obtention d'un avantage sans contrepartie comme condition préalable à la commande (ou au référencement) (C. com., art. L. 442-6, I, 3°, b)

Par arrêt en date du 18 mai 2006, la cour d'appel de Versailles a fourni une rare illustration à ce jour de ce texte. Certes, les faits ne mettaient pas en présence une centrale ou une super-centrale, mais l'espèce est intéressante. Dans cette affaire, la cour a considéré qu'avait engagé sa responsabilité civile un commerçant en articles textiles qui avait obtenu d'un fabricant une remise de 5 % et un allongement des délais de paiement de trente à soixante jours préalablement à la passation de commandes pour la saison suivante, tout en refusant de l'assortir d'un quelconque engagement de volume^{Note 24}.

E. - L'obtention de prix, de délais de paiement, de modalités de vente ou de conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente sous la menace de rupture brutale totale ou partielle d'une relation commerciale (C. com., art. L. 442-6, I, 4°)

Récemment, pareille menace a été stigmatisée et leurs auteurs sanctionnés. La menace est retenue de manière assez souple lorsque se trouve exigée, pour la poursuite des relations, une condition défavorable au partenaire ou lorsque se trouvent rompues des relations après refus de conditions défavorables proposées par l'auteur de la rupture. L'objectif de la menace est d'obtenir des conditions manifestement dérogatoires qui sont des conditions défavorables tenant à l'octroi d'une remise non convenue^{Note 25}, à

l'exigence d'une réduction de prix^{Note 26} ou, au contraire, à l'imposition d'une augmentation brutale de prix^{Note 27}.

F. - La rupture totale ou partielle d'une relation commerciale établie sans préavis écrit dont la durée tient compte de l'ancienneté des relations commerciales existant entre les parties (C. com., art. L. 442-6, I, 5°)

Nous ne nous appesantirons pas sur ce texte qui donne lieu à un abondant contentieux et qui veut qu'un distributeur ne puisse pas rompre une relation commerciale de manière brutale, *a fortiori* parce qu'un de ses fournisseurs se refuse à lui attribuer des conditions supplémentaires^{Note 28}. Un tel refus ne constituant pas une faute, la centrale est tenue de respecter les conditions fixées par cet article si elle ne souhaite plus référencer son fournisseur.

un certain nombre d'outils dissuasifs permettent au fournisseur, dans le cadre de ses négociations, de ne pas se plier sans mot dire aux demandes des acheteurs ou plus généralement des négociateurs

Pour conclure, il va de soit que, même si le rapport de force est le plus souvent à l'avantage de la centrale ou de la super-centrale – part relative de chiffre d'affaires oblige – un certain nombre d'outils dissuasifs permettent au fournisseur, dans le cadre de ses négociations, de ne pas se plier sans mot dire aux demandes des acheteurs ou plus généralement des négociateurs. Certes, la perspective d'un arrêt planifié de la relation peut rendre frileux certains fournisseurs. Mais les alternatives ne sont pas limitées à subir ou être éconduit. La résistance constructive dont saura faire preuve le fournisseur dans sa négociation, ainsi que la connaissance par la centrale ou la super-centrale de la marge de manœuvre dont elle dispose, peuvent au contraire être l'occasion d'amener les opérateurs à un partenariat équilibré.

■ Egalement dans ce dossier : articles 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19

Note 1 Il s'agit davantage de livrer le contenu de décisions rendues que de procéder à des analyses prospectives sur le bien fondé structurel de telle ou telle centrale ou super centrale. En outre, un certain nombre de considérations sont sciemment omises, telle que la notion d'affectation du commerce entre États membres pour l'application des textes de droit communautaire (*V. Comm., Communication, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité : JOUE n° C 101, 27 avr. 2004*).

Note 2 *Cons. conc.*, 8 juin 1993 : *Lettre distrib. sept. 1993, E (déc. circonstanciée confirmée par CA Paris, 25 mai 1994 : Lettre distrib. juin 1994 ; rejet du pourvoi par Cass. com., 10 déc. 1996, n° 94-16.192 : Juris-Data n° 1996-004768 ; Lettre distrib. janv. 1997)*.

Note 3 *Cons. conc.*, 9 mai 1995, n° 95-D-34 : *Lettre distrib. juin 1995 (déc. réformée par CA Paris, 5 mars 1996 : Lettre distrib. mars 1996, E ; arrêt cassé et annulé par Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-13.735 : Juris-Data n° 1998-001673)*.

Note 4 *Cons. conc.*, 21 févr. 2003, n° 03-D-11 : *Lettre distrib. mars 2003*.

Note 5 *Cons. conc.*, 10 nov. 2005, n° 05-D-62.

Note 6 ARCI-Association, dont la création remontait à février 1984, regroupait des sociétés de distribution de dimensions différentes. Elle comprenait ainsi des sociétés ayant une très large notoriété (Auchan, Carrefour, Casino, Comptoirs modernes, Métro, Promodés) et des sociétés moins connues (BRMC, Erteco, FOL, Miniper et Sodice). SERFAAL, se présentait quant à elle comme une supercentrale d'achat regroupant les partenaires membres de PARIDOC et de SOCADIP.

Note 7 *Comm. conc.*, avis, 30 oct. 1986 (3 esp.) : *Lettre distrib. févr. 1987, E*. – On se souvient que deux des trois super-centrales concernées (SERFAAL et ARCI) ont disparu, seule DI-FRA se maintenant : *Lettre distrib. mars 1987. – Rappr. Comm. conc.*, avis, 14 mars 1985 : *Lettre distrib. avr. 1985, E*.

Note 8 Cf. not. en ce sens l'affaire dite des « lessives » : *Cons. conc.*, 13 déc. 1994, n° 94-D-60 : *Lettre distrib. févr. 1995, E* ; déc. confirmée par *CA Paris*, 13 déc. 1995 : *Lettre distrib. déc. 1995* ; rejet du pourvoi par *Cass. com.*, 27 janv. 1998 : *Lettre distrib. juin 1998*.

Note 9 *Cass. com.*, 3 mars 2004 : *Lettre distrib. avr. 2004*.

Note 10 *CA Paris*, 5 oct. 2004 : *Lettre distrib. déc. 2004*. – Cf. O. Benoit, *Pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives : l'apport de la dernière affaire Sony* : *BRDA 2004*, n° 22.

Note 11 *Cass. com.*, 6 déc. 2005, n° 04-19.320 : *Juris-Data n° 2005-031176* ; *Lettre distrib. janv. 2006, E*.

Note 12 *Cons. conc.*, 13 déc. 1994, n° 94-D-60 : *Lettre distrib. févr. 1995, E*.

Note 13 *CA Paris*, 1re ch., sect. H, 27 juin 2000 : *Juris-Data n° 2000-119785*.

Note 14 *Cass. com.*, 22 oct. 2002, n° 00-18.048 : *Juris-Data n° 2002-015993* ; *Lettre distrib. déc. 2002*.

Note 15 *Cons. conc.*, 27 juin 2005, n° 05-D-33 : *Lettre distrib. sept. 2005*.

Note 16 *Comm. CE n° 1999/230/CE*, 24 févr. 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. n° IV/35.079/F3, *Whitbread* : *JOCE n° L 88*, 31 mars 1999, p. 26.

Note 17 *CJCE*, 10 déc. 1985, *NSO c/ Commission* : *Rec. CJCE 1985*, p. 3801.

Note 18 *Cass. com.*, 16 juin 1998, n° 96-20.182, *SA SRIM c/ SA Coffima* : *Juris-Data n° 1998-002767* ; *Contrats, conc. consom. 1998, comm. 146*. Il était question, en l'espèce, de faire application de l'article 36-1 de l'ordonnance précitée sur les discriminations, devenu *C. com.*, art. L. 442-6, I, 1°.

Note 19 *CA Versailles*, 12e ch., sect. 2, 5 mars 1998 : *Juris-Data n° 1998-042253* ; *Lettre distrib. avr. 1998*.

Note 20 *CA Paris*, 5e ch., sect. A, 26 juin 1996, *GIE SMEA c/ Valéo Vision* : *Juris-Data n° 1996-021667* ; *Lettre distrib. nov. 1996*.

Note 21 *T. com. Nanterre*, 28 mars 2007. – Cf. J.-M. Vertut, *Coopération commerciale : espèce en voie de « Barémisation » ? ou « Le Galec à l'amende II »* : *Lettre distrib. avr. 2007, E*.

Note 22 Cf. M. Behar-Touchais, *Du TAC de Système U à la singularisation d'ITM*, obs. sur *T. com. Créteil*, 24 oct. 2006, *min. Éco. c/ SAS Système U centrale nationale et CA Paris*, 20 déc. 2006, *min. Éco. c/ SNC ITM Alimentaire France* : *Lamy Concurrence 2007*, n° 762. – D. Ferré, *Bilan 2005-2006 des décisions rendues en matière de pratiques restrictives : quels enseignements tirer des rapports présentés à la CEPC ?* : *Contrats, conc. consom. 2007, étude 6*. – Lena Sersiron, *Bilan de la DGCCRF présenté à la CEPC le 20 décembre 2006, Papa Noël en Père Fouettard ?* : *Lettre distrib. janv. 2007, E*. – J.-M. Vertut, *Les négociations d'avantages financiers arrières dans la tourmente* : *Lamy Droit des affaires 2007*, p. 47 et s. ; *La cause s'invite dans le débat sur les marges arrières* : *Lettre distrib. nov. 2006, E* ; *Frein à la coopération commerciale : les vertus insoupçonnées de l'ABS* : *Lettre distrib. janv. 2006, E*.

Note 23 Cf. notamment, *Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (1er janv. 2004 – 1er semestre 2006) sur l'application du titre IV du Livre IV du Code de commerce – Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques* : *Doc. établi par la faculté de droit de Montpellier dans le cadre d'un partenariat avec la DGCCRF, pour le compte de la Commission d'examen des pratiques commerciales*. Ce rapport est disponible en ligne sur le site de la DGCCRF : www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/bilan_faculte_droit2004-2006.p, p. 27 et s.).

Note 24 *CA Versailles*, 12e ch., sect. 2, 18 mai 2006, *SAS Viastel c/ Maille du Pevele* : *Juris-Data n° 2006-321841* ; *BRDA 15-16/2006*, n° 21.

Note 25 *CA Douai*, 8 sept. 2005.

Note 26 *Cass. com.*, 17 mars 2004, n° 02-19.054 et 02-19.343 : *Juris-Data n° 2004-022940*.

Note 27 *CA Angers*, 7 févr. 2006. – Sur les trois affaires précitées, V. notamment, *Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (1er janvier 2004 – 1er semestre 2006) sur l'application du titre IV du Livre IV du Code de commerce – Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, préc.*, p. 35 et s.

Note 28 Pour le refus d'un fournisseur d'accepter l'augmentation unilatérale du taux de rémunération de services de coopération commerciale, cf. *CA Douai*, 13 oct. 2005, *Eurauchan c/Label gourmand* : *Lettre distrib. nov. 2006*.