

DROIT ÉCONOMIQUE

Sous la direction scientifique de Roger BOUT, *Agrégé des Facultés de droit, Professeur émérite de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III*, Marc BRUSCHI, *Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III*, Monique LUBY, *Professeur à l'Université de Pau* et Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I*.



Par Jean-Michel
VERTUT

Avocat au Barreau
de Montpellier
Chargé
d'enseignement
au Centre du Droit
de l'entreprise
de l'Université
de Montpellier I

Souplesse ou rigueur en matière de prestations de services de l'article L. 441-7 du Code de commerce ? Un enjeu à risques différés à l'heure de l'arrêt des relations commerciales

Un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC ») ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris offrent une occasion de regard transversal sur ce qui peut apparaître comme deux tendances contradictoires dans le traitement des services rendus par les acheteurs à leurs fournisseurs. Si la CEPC semble ouvrir une brèche en matière de traitement des services rendus par les distributeurs, la Cour d'appel de Paris affiche quant à elle sa détermination en matière de lutte contre les marges arrières. Certains enseignements peuvent être tirés au plan pratique de cette double tendance.

CEPC, avis n° 11-03, 9 févr. 2011, disponible sur le site Internet de la Commission d'examen des pratiques commerciales
CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, n° RG : 10/02616, SAS Jean-Marc Valensi et autre c/ SAS Carrefour France

RLDA
3489

I.- LES TOURMENTS DE LA QUALIFICATION A PRIORI EN MATIÈRE DE SERVICES

À l'occasion d'un avis n° 11-03 du 9 février 2011 relatif à un projet d'accord commercial entre un laboratoire pharmaceutique et un grossiste-répartiteur, la CEPC est venue apporter un certain nombre de précisions sur le traitement qu'il convient de réserver à certaines prestations rendues par un grossiste à son fournisseur.

Le titre de cet avis, en ce qu'il est rendu dans le domaine de la commercialisation de produits pharmaceutiques, pourrait en apparence lui conférer un intérêt limité au seul univers de la pharmacie, mais ce serait oublier qu'il énonce certaines solutions que l'on peut, mutatis mutandis, transposer dans d'autres secteurs, notamment celui de la grande distribution. Certes, même si les avis de la CEPC ne lient pas le juge, ceux-ci les prennent parfois en considération (T. com. Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184 : p. 19 référence à l'avis de la CEPC n° 09-12). De même, la CEPC se voit associée au traitement de diverses problématiques de droit économique (Aut. conc., avis n° 10-A-25, 7 déc. 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs, pt. 130 ; Cons. const., 13 janv. 2011, déc. n° 2010-85, QPC, pt. 4, Lettre distrib. janv. 2011, p. 1 et 2, obs. Vertut J.-M.) et voit ses positions mises en avant par les opérateurs lors des négociations. Elle apporte par ailleurs un éclairage sur divers sujets, alors que le rythme du traitement des affaires au plan judiciaire ne permet pas pour l'instant de disposer de solutions sur toutes les problématiques de la relation fournisseur-distributeur. Ont d'ailleurs été récemment soulignés, à l'occasion du Rapport d'information

Un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris offrent une occasion de regard transversal sur ce qui peut apparaître comme deux tendances contradictoires dans le traitement des services rendus par les acheteurs à leurs fournisseurs.

de la commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (« LME ») publié en avril dernier (cf. <www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i3322.pdf>), l'action complémentaire de la CEPC à celle de la DGCCRF, et le rôle de la CEPC en ce qu'elle apporte des

éclairages aux acteurs économiques sur la signification qu'il convient de donner à telle ou telle disposition de la LME, ou permet de parvenir à un consensus sur la bonne manière d'appliquer une règle particulière (cf. rapport préc., p. 47). D'où l'intérêt pour certains, l'inquiétude pour d'autres, suscités par l'avis précité, au regard des questions qu'il traite et des effets qu'il peut avoir. Le projet d'accord soumis par le laboratoire pharmaceutique à l'examen de la CEPC prévoyait de mettre à la charge du grossiste, contre rémunération, deux obligations particulières. D'une part, l'engagement de regrouper les commandes et les livraisons de ses plus petites agences sur des plateformes plus

importantes ; d'autre part, l'engagement de ne pas retourner au laboratoire, pour destruction, les produits périmés ou invendus repris aux pharmaciens d'officine (hors problèmes de qualité, rappel de lot ou retour consécutif à une mise en place), le grossiste se chargeant alors de leur destruction. Deux problématiques donc, l'une « logistique » (le regroupement), l'autre (le non-retour et la destruction) plus difficilement susceptible de classification (à la fois, « logistique » et « qualitative »). Le laboratoire s'interrogeait sur la nature juridique, et donc le traitement, à réserver à la contrepartie qu'il offrirait au grossiste en raison de ces engagements, notamment au regard de l'article L. 441-7 du Code de commerce. >

Rappelons que cet article intéresse la convention unique à signer avant le 1^{er} mars de chaque année, et qu'il distingue trois types d'avantages financiers (« obligations découlant des CGV ou CPV », « coopération commerciale », « autres obligations »). Au plan des règles du Code de commerce, c'est en principe en fonction de la nature des obligations ou prestations que le classement s'effectue entre ces trois familles d'avantages financiers. C'est aussi au vu de la nature de ces obligations ou prestations que l'on est renseigné sur l'identité de celui qui facture ces avantages et, par là-même, sur les modalités de leur règlement.

A.- S'agissant du regroupement des commandes par le grossiste

1. Les termes essentiels de l'avis

Il s'agissait en l'espèce d'un regroupement par ledit grossiste des commandes de ses agences, lesquelles ne constituaient pas des entités juridiques distinctes de sa personne morale. La CEPC considère qu'il s'agit donc d'une « opération interne du client », qui, selon les termes de l'avis, se traduira par des commandes unitaires plus importantes et des livraisons moins éclatées.

La CEPC en déduit alors que « L'engagement du grossiste [souscrit dans ce cadre] ne constitue donc pas une obligation détachable des contrats de vente qui se noueront avec le laboratoire ; il débouche sur des modalités particulières de passation de ses commandes, donc sur la conclusion de contrats de vente », ajoutant « qu'il en irait autrement si le grossiste était une entité juridique différente des points de vente dont il doit réunir les commandes. Il s'agirait alors d'une obligation détachable des contrats de vente qu'il conclut par ailleurs avec le laboratoire ».

2. La portée de l'avis

Si l'on garde en mémoire les différents débats jurisprudentiels sur la question du traitement des services, il n'est pas surprenant que le regroupement des commandes des agences du grossiste soit une modalité particulière de vente et se rapporte aux conditions de l'opération de vente (CGV/CPV), et donc peu surprenant de voir la CEPC indiquer que ce regroupement des commandes peut aussi relever d'une « autre obligation ». Cette dernière précision donne au demeurant de la souplesse quant au choix du régime de traitement de ce type de prestations. De manière indirecte, si la CEPC admet la dualité de traitement d'une même prestation (CPV ou « autre obligation »), elle n'indique toutefois pas comment peut s'opérer le choix entre l'un ou l'autre de ces traitements, ce qui ne semble pas vraiment d'une importance considérable en pratique. En effet, comme le précise la CEPC, « dans un cas comme dans l'autre [CPV ou autre obligation], la contrepartie offerte au grossiste doit prendre la forme d'une réduction de prix », et donc être mentionnée sur la facture du fournisseur.

L'on peut en revanche être davantage surpris et peut-être préoccupé, tant en termes de sécurité juridique que de potentialité de reconstitution de marges arrières, accrue qui plus est en cas de négociations multi-niveaux (européen, national, régional, local, au point de vente), lorsque la CEPC indique que si le grossiste était une « entité juridique différente » des points de vente dont il doit réunir les commandes, l'on se trouverait alors en présence d'une obligation détachable des contrats de vente qu'il a conclu par ailleurs avec le laboratoire (son fournisseur). Alors qu'une des fonctions essentielles d'un grossiste est précisément de regrouper les commandes des points de vente

de son réseau de revendeurs qui lui sont très souvent juridiquement distincts et indépendants, cette indication nous conduit à comprendre que le regroupement des commandes non « interne » au grossiste est une prestation qui ne pourrait relever des CGV ou CPV, ni même d'une « autre obligation » donnant lieu à mention sur facture du fournisseur, mais d'un service facturable par le grossiste, comme l'est typiquement la coopération commerciale.

Par analogie, des prestations de ce type réalisées pour des « entités juridiques différentes » considérées détachables de la vente par la CEPC auraient tout lieu de l'être aussi lorsqu'elles seraient réalisées par des centrales de référencement par exemple, à destination de points de vente constitutifs d'entités juridiques distinctes. Ainsi, une centrale, quelle qu'elle soit, d'achat ou de référencement, parce qu'elle est une entité juridique distincte de ses affiliés, pourrait en cette qualité facturer tous types de services. On mesure alors la portée pratique de cette solution pour une centrale désireuse de se faire rémunérer au titre de ses services puisqu'il semble, selon l'avis, que pour la qualification du service, ce soit davantage le critère de la différence de personnalité juridique qui est à entrer en ligne de compte, que celui de la nature du service rendu ou, sa nature détachable ou non de l'opération de vente.

B.- S'agissant de l'engagement de non-retour des produits

1. Les termes essentiels de l'avis

La CEPC rappelle qu'il est d'usage dans l'industrie pharmaceutique que le fabricant reprenne les médicaments invendus ou périmés, à charge pour le laboratoire d'émettre un avoir au bénéfice de son acheteur. En s'engageant à reprendre certains produits à l'officine et à les détruire, le grossiste souscrit une obligation détachable des contrats de vente qu'il a conclus, par ailleurs, avec le laboratoire. Il ne s'agit donc pas, pour le laboratoire, d'une condition de vente, générale ou particulière. Ce service paraît alors « propre à assurer la commercialisation » des spécialités pharmaceutiques du laboratoire, puisqu'il permet à l'officine de ne pas supporter le coût physique et financier des invendus et, partant, l'incite à commander les produits du laboratoire. La CEPC considère donc que ce service entre dans les prévisions du 2^o de l'article L. 441-7 (« coopération commerciale ») et devrait donner lieu à l'établissement d'une facture du grossiste au laboratoire.

2. La portée de l'avis

La destruction des médicaments ayant un coût, il ne paraît pas contestable que cette destruction, si elle est prise en charge par le grossiste, puisse donner lieu à rémunération. La CEPC opte pour la nature de service détachable de l'acte de destruction des médicaments par les soins du grossiste. Un tel service, s'il est rémunéré, doit alors être facturé par celui qui le rend à savoir le grossiste, et partant ne doit pas se traduire en réduction de prix sur la facture du fournisseur. On notera que la CEPC, optant pour la nature détachable du service, ne s'engage pas dans la voie de qualification de cette prestation en « autre obligation » qui serait détachable de l'acte d'achat-vente – rapprochant ainsi son analyse de celle contenue dans l'instruction fiscale du 18 novembre 2008 (« Taxe sur la valeur ajoutée - Négociation commerciale dans la Grande Distribution Alimentaire - Modalités de facturation », BOI 3 E-2-08, n° 97 du 18 novembre 2008, Malaurie-Vignal M., Contrats, conc., consom. janv. 2009, p. 19, Lettre distrib. déc. 2008, p. 1, obs. Vertut J. -M.), qui n'hésite pas à évoquer la notion de « service distinct » pourtant abandonnée par la LME – mais la qualifie de

coopération commerciale, moyennant une approche extensive selon nous, bien qu'hésitante (« *paraît propre* »), du champ de la coopération commerciale.

Cette souplesse se manifeste aussi au plan des modalités de la rémunération et de son montant : « *Que son prix soit déterminé en pourcentage du montant des achats du grossiste est sans incidence puisqu'il existe nécessairement une certaine proportionnalité entre le montant des achats du grossiste et celui de ses ventes avec reprise* ». Si, au cas particulier, il a pu en être ainsi, il semble pourtant loin d'être évident, dans l'absolu, que le niveau de rémunération en pourcentage des achats totaux du grossiste auprès du fournisseur, découle automatiquement du niveau des retours de produits – au risque même d'encourager lesdits retours – parce qu'ils favoriseraient ensuite des reventes, dont, au demeurant, rien ne dit qu'elles se réaliseraient au profit du laboratoire concerné. Le débat sur la proportionnalité de la rémunération n'est toutefois pas abordé, bien qu'il eût été instructif de comparer le rapport entre les quantités de produits retournés et celles des produits revendus par la suite, tout comme de s'intéresser au niveau de la rémunération liée à ce service rapportée au chiffre d'affaires du laboratoire avec le grossiste (sur ce sujet – voir II).

L'on se situe, au travers de cet avis, finalement bien loin de la rigueur d'approche voulue par la LME et de la politique du maximum sur facture dans le cadre de la lutte contre les marges arrières. Il nous semble contenir un

Ce n'est que récemment que les victimes ont songé à jumeler le contentieux de la rupture avec celui de l'abus relevé au cours de la relation.

germe de reconstitution des marges arrières au travers de la résurgence de services distincts qui ne diraient pas leur nom. Il ouvre certainement une brèche dans la lutte contre les marges arrières, certes déjà affaiblie par le développement fulgurant des « *nouveaux instruments promotionnels* », comme le souligne le Rapport d'information précité sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (rapport préc., p. 44 et 68), et s'ajoute à celle déjà ouverte par l'instruction fiscale du 18 novembre 2008 précitée.

Nul doute donc que cet avis sera soigneusement examiné par les partisans de la facturation des services, en ce qu'il manifeste une souplesse accrue à ce sujet. De même, il devra amener les fournisseurs à anticiper les éventuelles sollicitations d'avantages supplémentaires à ceux déjà négociés, outre la coopération commerciale, tout comme à conduire fournisseurs et distributeurs à faire preuve de précision dans leurs conventions écrites, en termes de contrepartie de tel ou tel avantage consenti, d'identification du bénéficiaire de l'avantage, quand bien même celui-ci serait payé à un intermédiaire (une centrale mandataire par exemple). On rappellera ici que la qualification correcte du service – outre la conformité aux dispositions du Code de commerce – éloigne le risque pénal inhérent à toute facturation irrégulière, sans oublier le risque fiscal en matière de taxe sur le chiffre d'affaires.

L'approche, large, selon nous, dans cet avis de la coopération, ne participe cependant pas pour l'heure de la sécurité juridique en matière de traitement des avantages négociés entre fournisseurs et distributeurs. Par opposition à ce qui précède tenant à la nature des prestations, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ci-après se veut plus orthodoxe sur le traitement des services, au plan cette fois-ci de l'analyse de la valeur des prestations incriminées. Cette analyse, et c'est là son originalité, se réalise à l'occasion d'un contentieux de la rupture brutale des relations commerciales.

II.- LA CORRECTION A POSTERIORI DES ABUS

Si les contours du contentieux de l'indemnisation à l'occasion de la rupture s'est précisé au fil du temps sur grand nombre de sujets, il aura fallu attendre relativement longtemps pour voir éclore le contentieux du rééquilibrage, certes tardif car *a posteriori*, des pratiques abusives mises en œuvre au cours de la relation commerciale. Outre le fait que, par nature, la dénonciation de l'abus est difficilement envisageable en cours de relation, cette tardiveté peut aussi probablement s'expliquer par une sous-exploitation des fondements procurés par l'article L. 442-6 en matière d'abus jusqu'à l'intervention des multiples contentieux à l'initiative du ministre sur la nature, la réalité ou le niveau de rémunération des services, ouvrant ainsi la voie au contentieux de l'utilité et de la valeur des services (Vertut J.-M., *Les négociations d'avantages financiers arrières dans la tourmente*, RLDA 2007/12, n° 696).

Ce n'est donc que récemment que les victimes ont songé à jumeler le contentieux de la rupture avec celui de l'abus relevé au cours de la relation. On se souvient de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 novembre 2009 (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2009, n° RG : 09/00341, SAS Outillages Sacca c/ SAS Carrefour France et autres). Un autre exemple nous en est donné récemment par l'arrêt de la Cour de Paris du 24 mars 2011 (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, n° RG : 10/02616, SAS Jean-Marc Valensi et autre c/ SAS Carrefour France ; cf., également, un autre arrêt rendu le même jour par la même Cour d'appel dans un univers autre que celui de la grande

distribution mais non commenté ici, CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, n° RG : 07/07337, G.I.E. Accorequip et SA Accor c/ Ministre de l'Economie et SA Transfer).

Ce dernier arrêt se veut riche d'enseignements en ce qu'il aborde une multitude de problématiques fréquemment relevées dans la relation fournisseur-distributeur. Nous ne retiendrons ici que le débat sur la demande de remboursement formulée par le fournisseur reprochant à son distributeur « *d'avoir exigé (...) tout au long de leur relation commerciale le paiement de sommes astronomiques censées rémunérer des pseudo services de coopération commerciale en réalité totalement inexistantes* ». Ce faisant le fournisseur sollicitait la « *nullité des contrats de coopération commerciale conclus depuis 1992 et la réparation du préjudice subi* ».

A.- Le périmètre de la correction

1. Une correction étendue quant à la période

La Cour d'appel, aux termes d'un débat sur la prescription, retient : « *La prescription trentenaire soutenue par la SAS Jean-Marc Valenti au motif que la nullité encourue serait une nullité absolue ne saurait être retenue alors que la nullité sur le fondement de l'article 1131 du Code civil est une nullité relative* ». Le fondement (C. civ., art. 1131) avancé par le fournisseur semble être pris en considération par la Cour pour parvenir à cette conclusion. En aurait-il été autrement sur un autre fondement, comme celui de l'article 6 du Code civil ? Pas forcément lorsqu'on relève que la Cour d'appel, « *même sur le fondement délictuel* », limite à dix ans la prescription au titre des demandes de remboursements.

2. Une correction étendue quant aux personnes

Rejetant les moyens du distributeur qui soutenait que la société holding n'était jamais intervenue dans les relations avec le fournisseur, la Cour d'appel considère que la qualité >

de holding, société personne morale distincte des auteurs principaux des pratiques dénoncées, ne justifie pas la mise hors de cause de cette société, « *la holding Carrefour SA défini[ssan]t la politique commerciale du groupe et a[ayant] un intérêt direct dans la commercialisation des produits des hypermarchés du groupe* ». « *Dès lors, elle a non seulement la qualité de “défendeur sérieux” comme l’a retenu la Cour de cassation mais elle est incontestablement intéressée au présent litige et à ses conséquences financières* ».

Cette approche extensive de l’auteur de la pratique, qui semble faire abstraction du lien contractuel, ne va pas sans rappeler l’approche des autorités de concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles (Rapp. Aut. conc. 2009, La Documentation Française, 2010, p. 187 et s. ; Arcelin-Lecuyer L., L’entreprise et le groupe de sociétés en droit communautaire de la concurrence : de l’unité économique à la représentation unique, RLDA 2010/48, n° 2837) et répond à la nature délictuelle des pratiques visées par l’article L. 442-6 du Code de commerce.

3. Une correction étendue quant à la fictivité des services

Le débat s’organisait autour de deux pôles.

La preuve de l’existence d’une coopération commerciale entre les parties : confronté à la difficulté de réunion pour une période aussi longue des documents utiles au soutien de sa demande (contrats et factures), le fournisseur avait dû s’appuyer sur une attestation d’un commissaire aux comptes, établie au vu de ses balances comptables, établissant les versements au distributeur « *au titre des participations publicitaires et de toutes charges apparentées, sur la période de 1992 à 2005* ». La Cour considère ce document comme constituant des « *commencements de preuve sérieux* » et qu’« *il aurait été facile pour Carrefour de produire les contrats et les factures qui ne sont plus en la possession de l’appelante, de manière à démontrer que, contrairement aux affirmations de cette dernière, elle avait agi en conformité avec la législation relative à la coopération commerciale, ce qu’elle ne fait pas* ». Il est vrai que le fournisseur avait sollicité, avant dire droit, qu’il soit ordonné au distributeur de produire l’intégralité des factures émises par lui, ainsi que l’extrait de ses grands livres de compte sur une période d’environ une dizaine d’année. Constatant le défaut de production par Carrefour de ces documents, la Cour d’appel retient : « *Les sociétés Carrefour ne peuvent se contenter de soutenir qu’il appartient à la SAS Jean-Marc Valensi de produire les contrats de coopération commerciale dont elle se prévaut. Celle-ci a produit aux débats les seuls contrats dont elle disposait, soit ceux pour les années 2000 à 2004. Force est de constater que, même pour cette période, les sociétés Carrefour ne sont pas en mesure de justifier de la réalité des services fournis en contrepartie des sommes versées. Pour les périodes pour lesquelles les contrats ne sont pas fournis par la SAS Jean-Marc Valensi, mais pour lesquelles il est justifié de paiements effectués au titre de la coopération commerciale, il appartenait aux sociétés Carrefour de rapporter la preuve de la réalité des services rendus en contrepartie des sommes payées et donc de produire les contrats écrits passés entre les parties indiquant précisément le contenu des services. L’absence de production de ces contrats par les sociétés Carrefour aboutit donc à sa défaillance à rapporter la preuve de l’effectivité des services rendus* ». Ce faisant, la Cour d’appel, constatant les paiements effectués par le fournisseur au titre de la coopération commerciale, met à la charge du distributeur la preuve de leur justification, facilitant ainsi la démonstration par le fournisseur de l’absence de contrepartie. On rappellera au demeurant que l’actuelle version de l’article L. 442-6, III,

modifié à l’occasion de la loi n° 2005-882 du 4 août 2005, non applicable à l’époque des faits visés par l’arrêt, opère depuis lors un renversement de la charge de la preuve en cette matière.

La violation de la législation relative à la coopération commerciale par le distributeur

La Cour d’appel pose ici les points essentiels de son raisonnement, soulignant le caractère récurrent d’un certain nombre d’obligations, malgré l’application successive des différentes règles dérivées de l’Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 du fait de la période concernée en l’espèce (1992-2005) :

« Il résulte de ces textes que :

- *les accords de coopération commerciale ont toujours dû faire l’objet d’un écrit,*
- *la dénomination exacte, le prix unitaire et la date des services correspondants ont toujours dû être mentionnés précisément sur les factures du distributeur,*
- *la rémunération exigée en contrepartie des accords de coopération commerciale a toujours dû être justifiée par la réalité et la nature de prétendus services, la preuve en étant rapportée et le contrôle en étant assuré au moyen du contrat écrit et des factures correspondantes* ».

Pour l’appréciation du respect des **règles en matière de formalisme contractuel et de rémunération**, la Cour d’appel entreprend une analyse des quelques contrats écrits que le fournisseur est en mesure de produire, relevant que ces derniers ne remplissaient pas les conditions fixées par l’article L. 441-6 du Code de commerce (les prescriptions en la matière seraient à ce jour à rechercher dans l’article L. 441-7 dudit Code si les pratiques avaient été plus récentes). Par exemple, « *le contrat pour l’année 2000 intitulé “contrat de prestations spécifiques”, avec la SNC Carrefour Marchandises France, fait état d’une prestation de “gestion du versement centralisé des ristournes” dont il ne peut être sérieusement soutenu qu’il puisse s’agir d’un service répondant à la définition des services de coopération commerciale, à savoir un service spécifique distinct des opérations d’achat/vente et destiné à favoriser la commercialisation des produits Valensi* ». De même et s’agissant d’un contrat signé pour la même année, un document intitulé « *Annexe AA Avenant : Avenant au Contrat de prestations services : sélection et classification des produits* » ne renvoie pas au contrat susvisé qui lui-même est présenté comme une annexe Z, vraisemblablement d’un autre contrat, dont ne dispose pas la SAS Jean-Marc Valensi et qui n’est pas produit par les sociétés Carrefour. Non seulement les prestations n’y sont pas définies mais l’annexe 2 de cet avenant censé reproduire la « *liste des produits du fournisseur par enseigne pour la période de prorogation du contrat* » est vierge de tout renseignement. Par contre, l’annexe 1 relative à la rémunération pour la période de prorogation du contrat prévoit que la société Valensi doit payer à la société Carrefour l’équivalent de 2 % de son chiffre d’affaires HT ». D’où la Cour d’appel de conclure : « *Force est donc de constater que, pour les années 2000 à 2004, les contrats produits ne sont pas conformes aux dispositions de l’article L. 441-6 du Code de commerce et que les sociétés Carrefour n’ont pas produit de tels contrats pour les années antérieures, en totale violation avec cet article, dès lors que parallèlement des sommes très importantes ont été payées. L’absence d’identification des services rémunérés et le caractère totalement disproportionné de ces rémunérations par rapport aux quelques documents produits par les sociétés Carrefour pour justifier de la réalité des prestations fournies (catalogues – publicités) démontrent le caractère quasi-inexistant de ces services et la mise en œuvre de*

ce qu'on appelle les "marges arrières" imposées par la grande distribution à ses fournisseurs ».

À relever aussi, dans la mesure où ces accords sont à notre connaissance rarement soumis à l'analyse, l'intérêt porté par la Cour d'appel à deux contrats de coopération commerciale internationale. Parce que ce type d'accords internationaux est souvent soumis à un droit autre que le droit français, le droit suisse par exemple, la solution dégagée par la Cour est d'une portée pratique importante en ce qui concerne l'application des règles du Code de commerce à ce type de convention (DGCCRF, Questions-Réponses, L'article L. 441-7 s'applique-t-il lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger ? disponible sur le site Internet de la DGCCRF ; Destours S. et Vertut J.-M., Centrales, Super Centrales et (Re)négociation des accords commerciaux : La puissance de négociation sous surveillance, Cah. dr. entr. 2007, Fasc. 3, p. 39).

Pour l'appréciation du **respect des règles en matière de facturation des services**, la Cour d'appel poursuit son analyse des pratiques qui lui sont soumises, et rappelant que la facture de coopération commerciale doit être rédigée avec précision (« en application de cet article, la facture de coopération commerciale doit comporter la dénomination exacte et le prix des services rendus »), elle conclut que « les factures produites par la SAS Jean-Marc Valensi ne respectent nullement les exigences de l'article L. 441-3 du Code de commerce et se contentent de libellés généraux tels que "contrat cadre de collaboration et de coopération commerciale" ou "partenariat" ou encore "gestion du versement centralisé des ristournes/services et répartition auprès des magasins" ».

La Cour d'appel boucle ainsi son raisonnement mené à partir des principes rappelés par elle et confrontés aux faits de l'espèce.

B.- Les conséquences de ces corrections

Nullité et remboursement avec intérêts au taux légal des sommes perçues par le distributeur : « les prétendus accords de coopération commerciale, établis en violation des articles L. 441-3, L. 441-6 et L. 442-6 du Code de commerce, sont nuls sur le fondement de l'article 1131 du Code civil. En effet, d'une part, en l'absence de contrepartie réelle ils sont dépourvus de cause, d'autre part, leur cause est illicite puisqu'ils violent les dispositions impératives de l'ordre public économique tel qu'il résulte des articles susvisés du code de commerce. La nullité est encourue dès lors qu'elle est invoquée par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection, en l'espèce le fournisseur protégé par la législation d'ordre public relative à la coopération commerciale. La nullité implique le remboursement par les sociétés Carrefour des sommes versées au titre de la coopération commerciale, soit la somme totale de 1.418.387,30 € dont à déduire les années prescrites soit 1992, 1993 et 1994, soit un solde dû de 1.293.146,43 € avec les intérêts au taux légal à compter de l'assignation, comme cela est demandé par la SAS Jean-Marc Valensi ».

Deux remarques. D'une part, le montant alloué au titre du remboursement des sommes perçues par le distributeur, qui tranche avec le montant, bien moins élevé, alloué au fournisseur au titre de la rupture partielle et brutale de la relation commerciale, montre en l'espèce l'ascendant du contentieux de la restitution sur celui de la rupture. D'autre part, l'affirmation par la Cour d'appel sur l'ordre public en cause pour en conclure qu'il ne s'agit « que » d'un ordre public de protection

et non de direction, nous apparaît à regret rapide (pour une étude sur la question, cf. Sélinisky V. et Peyre J., La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 I, du Code de commerce, RLC 2005/2, n° 177, comp. Cass. com., 3 mars 2009, n° 07-16.257, Bull. civ. IV, n° 31 ; Behar-Touchais M., Les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L. 441-6 du Code de commerce répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, RLC 2010/22, n° 1529).

Conclusion : l'analyse conjointe de ces deux actualités, où la CEPC approche ici le service sur le plan de son seul traitement formel, alors que le contentieux de la restitution approche le service au plan de son fondement et de sa valeur, nous amène à pointer un certain paradoxe.

La voie souple de la CEPC en matière de traitement des services nous semble pour l'heure d'un emprunt délicat et génératrice de risques différés et de sanction à retardement, en raison de l'obligation de respecter les contraintes du Code de commerce en matière de coopération commerciale, en comparaison d'un

L'analyse conjointe de ces deux actualités, où la CEPC approche ici le service sur le plan de son seul traitement formel, alors que le contentieux de la restitution approche le service au plan de son fondement et de sa valeur, nous amène à pointer un certain paradoxe.

traitement moins rigoureux lorsque l'on se trouve en présence d'obligations pesant sur l'acheteur qui se traduisent en avantages financiers déduits de son prix d'achat, quitte à ce que leurs versements en soient différés.

Cette double approche est source d'insécurité juridique sur la qualification des services, tout comme de possibles doublons en termes d'avantages financiers lorsqu'un service donne lieu à une rémunération, alors que l'accomplissement de ce service relève de la fonction même de l'acheteur et qu'il se voit déjà rétribué à ce titre au titre aux termes

des conditions de vente (application d'un barème d'écart par exemple).

Les contentieux de la rupture mutent, lorsque l'occasion s'en présente, vers des contentieux de la « rupture-restitution » (indemnisation et restitution), voire même de la seule « restitution » lorsque la victime, qui n'aurait pas lieu de se plaindre d'une rupture brutale, engage un contentieux spécifique sur l'existence et la valeur des services postérieurement à la cessation des relations commerciales. La correction de l'abus, certes un peu tardive car postérieure à l'arrêt de la relation, pourra alors s'opérer.

Ne peut-on pas aussi songer au contentieux de la responsabilité et de l'indemnisation du *lucrum cessans*, pour tel fournisseur qui, constatant l'inexécution par son partenaire de ses obligations contractuelles, lui réclamerait le préjudice lié à la marge brute escomptée d'un chiffre d'affaires généré par le service promis mais inexécuté ou mal exécuté. Lorsque l'on connaît à la fois le coût des services et l'impact d'une mise en œuvre correcte de ces derniers sur le développement du chiffre d'affaires (cf. Aut. conc., avis n° 10-A-25, 7 déc. 2010, préc. ; Aubril S., Le category management pour sortir de la crise, LSA n° 2132, 9 avr. 2010, p. 8), l'on ne voit pas en quoi la victime ne serait pas en droit de songer à réclamer réparation de ce préjudice, ou devrait limiter ses prétentions aux seules restitutions. En fin de compte, c'est du régime de la responsabilité civile des prestataires de services dont il est ici question. On rappelle néanmoins que le distributeur n'est pas tenu à une obligation de résultat en termes de chiffre d'affaires quant à son action de coopération commerciale (Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-13.690, publié au bulletin, cf., également, RLDA 2011/61, n° 3497). L'on peut enfin réfléchir à l'opportunité d'actions éventuelles suite à un précédent contentieux sur le fondement de la seule rupture brutale, au titre duquel n'auraient pas été formulées >

de demandes liées à la nullité des services prévus en cours de relation commerciale.

Ce mouvement ne doit pas faire oublier que l'auteur de la pratique abusive en matière de services, sauf action du ministre principalement, demeure toutefois à l'abri d'un contentieux de l'abus initié par la victime en cours de relation commerciale, y compris sur le fondement de nouvelles notions telles que le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I 2° du Code de commerce. Toutefois, l'évaluation du risque différé pour l'opérateur qui prend l'initiative d'interrompre une relation (avec ou sans brutalité) nous semble devoir prendre en compte

cette nouvelle donne si le contentieux post-relationnel évolue plus systématiquement vers un contentieux de la « *rupture-restitution* » et même de la seule « *restitution* » (et pourquoi pas du manque à gagner à raison du défaut d'exécution ou de la mauvaise exécution des services). Le risque d'un examen *post mortem* des pratiques abusives sous l'angle d'une multiplicité de causes et pour des préjudices différents dans leur causalité n'incitera-t-il pas leurs auteurs à craindre le jugement dernier et ce faisant, à plus de mesure en cours de relation contractuelle et de précautions lorsqu'il s'agit de rompre celle-ci ? ♦