

# Point de vue pratique

Com. 26 septembre 2018, n° 17-10173

## Centrales de référencement, avantages financiers et services fictifs : bilan et portée pratique du long contentieux « Système U »

**I. Genèse.** Au plan procédural, tout a commencé en 2004 par une assignation par le Ministre de l'Économie, sur le fondement de l'article L. 442-6 III et L. 442-6, I, 2 a) dans leur version alors applicable, de la Centrale Système U. Le Ministre soutenait que le service d'« *Action de construction et de diffusion du Tronc d'Assortiment Commun* » (TAC), pour lequel Système U s'était fait rémunérer en 2002 et 2003 par quatre fournisseurs (Danone, Nestlé, Yoplait, Lavazza), ne correspondait à aucun service commercial effectivement rendu. A ce titre, le Ministre sollicitait l'annulation des contrats et le remboursement au Trésor Public de près de 77 millions d'euros, à charge pour celui-ci de reverser ces sommes aux fournisseurs concernés.

En 2006, à l'occasion d'une décision très médiatique, la Centrale Système U fut condamnée à restituer à ses fournisseurs la somme précitée, outre le paiement d'une amende civile de 100.000 euros (T. com. Créteil, 24 oct. 2006 : Lettre distr. nov. 2007, J.M-V). C'était la grande époque de la lutte contre les marges arrières abusives, des contentieux de la qualification, de la facturation et de la proportionnalité de la rémunération de la coopération commerciale. Le délit civil de pratiques discriminatoires, que certains opérateurs tentaient de contourner par l'octroi d'avantages tarifaires sous couvert de fausse de coopération commerciale, faisait encore partie des PRC. A cette époque, afin de comprimer les pratiques de marges arrières abusives, la Loi du 2 août 2005 venait tout juste d'extirper les services de coopération commerciale de l'article L. 441-6, pour leur consacrer un article spécifique au sein du nouvel article L. 441-7, tout en réservant la coopération commerciale aux seuls services rendus « *à l'occasion de la revente* » de produits « *aux consommateurs... propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente* » (Lettre distr. juill./août 2005, J-M.V). Simultanément et pour ne pas laisser les opérateurs dépourvus de base légale pour certains types de rémunérations ne relevant pas de la qualification précitée, fut introduite au sein de l'article L. 441-7, la catégorie des « *services distincts* » (depuis devenus peu ou prou, celle des « *autres obligations* »), dont le domaine se voulait volontairement limité. Las, ces services allaient devenir la nouvelle terre d'accueil des marges arrières jusqu'alors localisées dans la coopération commerciale, y compris s'agissant des rémunérations versées aux centrales et, selon l'expression d'alors « *non détachables* » de l'achat-vente.

Alors pourquoi, s'agissant d'une affaire aussi ancienne, s'intéresser à cet arrêt de la Cour de cassation, alors que les actions les plus médiatisées du Ministre sont de nos jours le plus souvent engagées sur le fondement du déséquilibre significatif (Paris, 16 mai 2018, n°17/11187, Lettre distr. juin 2018, J-M.V ou Rev. Lamy dr. conc. Juillet-Août 2018, JM. Vertut) ?

**II. Intérêt historique.** Si certaines juridictions avaient déjà condamné quelques centrales à des restitutions pour des montants plus faibles (Lettre distr. janv. 2006, J-M.V), en dehors de la décision, un an plus tôt, condamnant le Galec à restituer, tout de même, 23 millions d'euros (T. com. Nanterre, 15 nov. 2005, Lettre distr. nov. 2005, M-E.A), c'était la première fois à notre connaissance, que les juridictions prononçaient à la demande du Ministre une condamnation aussi lourde en matière de PRC, sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° a). Instauré à l'occasion de la Loi NRE du 15 mai 2001, cette disposition sanctionnait par la responsabilité civile « *le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement*

**IV. Apports.** Il s'est certes écoulé beaucoup d'eau sous le pont des PRC depuis le début de ce litige. Toutefois, l'affaire « Système U » comme les plus anciens ont coutume de la désigner, permet de confirmer quelques lignes de force utiles à la compréhension de contentieux plus contemporains, étant rappelé que le contentieux concerné était celui de la fictivité des services et non celui de la proportionnalité de leur rémunération (« *Attendu (...) que, la cour d'appel n'ayant pas fondé sa décision sur l'existence d'une disproportion manifeste entre le service facturé et celui effectivement rendu (...)* »).

1. D'abord, en matière de coopération commerciale stricto sensu. L'arrêt de cassation rappelle que le service de coopération commerciale « *doit être spécifique et aller au-delà des simples obligations résultant des opérations d'achat et de vente, en donnant au fournisseur un avantage particulier de nature à faciliter la commercialisation de ses produits* ». L'arrêt de la Cour de Paris du 29 juin 2016, visé par le pourvoi, était d'ailleurs plus explicite sur cette dernière condition, puisqu'il faisait état d'un avantage particulier procuré au fournisseur en « *stimulant, facilitant la revente par celui-ci de ses produits* ». On sourcillera toutefois sur l'appréciation de coopérations commerciales mises en œuvre en l'espèce il y a une vingtaine d'années, en fonction de critères qui, s'ils ne font plus débat aujourd'hui (cf. art. L. 441-7) s'avéraient à l'époque, de manière certes résiduelle, encore sujet à polémique au plan des « *versements centrales* ». L'article L. 441-6, dans sa version d'alors ne disposait-il pas simplement que « *Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties* ». La loi ne visait pas expressément les services de revente, même si la jurisprudence nous enseignait que les services spécifiques étaient ceux « *détachables* » de l'achat revente et les « *non spécifiques* » étaient ceux inhérents à la conclusion de contrats de vente (sur cette question, voir « *Trente ans de Droit de la Distribution à travers la Lettre de la Distribution* », n°1364 et s., M.E. André, S. Destours, J. Raynard, J.M. Vertut, LexisNexis).

2. Ensuite et plus généralement, l'arrêt n'en reste pas moins d'actualité en matière d'application de l'article L. 442-6 I 1° (ex. art. L. 442-6 I 2° a) moyennant quelques évolutions), au travers d'un rappel, en arrière-plan, d'impératifs de réalité, d'effectivité et de précision des services de centrale : « *l'arrêt relève (...) que la définition du service TAC n'était pas précise, certains fournisseurs ignorant son contenu exact, que certains magasins Système U ne le connaissaient pas et qu'il donnait lieu à des informations seulement orales, lors de quelques réunions annuelles ; (...) s'agissant de la "coopération marketing", (...) les fournisseurs apportaient les données chiffrées, les orientations du marché et les études de panel et que, s'agissant des services d'aide au positionnement des produits et d'incitation à la vente, les recommandations données par la société Système U restaient très générales et ne prenaient pas en compte les spécificités locales, de sorte que c'étaient les fournisseurs qui assuraient ces tâches directement avec les magasins, leurs commerciaux se rendant fréquemment sur place ; (...) que le lancement de nouveaux produits faisait l'objet d'un contrat de coopération distinct* ». In fine, « *(...) le service TAC était fictif et (...) la société Système U ne pouvait demander aux fournisseurs le prix d'un service qu'ils assuraient eux-mêmes* ». Encore à ce jour, et quand bien même ne relèveraient-ils pas de la coopération commerciale, les services précités n'en demeurent pas moins exposés au diagnostic de l'article L. 442-6 I 1° dont le champ d'application est large au plan des avantages contrôlables (en ce sens, CEPC, Avis n°15-24, Lettre distr., NE ; CEPC, Avis n°15-21 et Avis n°15-22,

rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (...) ». La notion de déséquilibre significatif, à l'origine de lourdes condamnations, ne fera une entrée en scène remarquée dans les relations commerciales entre professionnels que près d'une décennie plus tard, à l'occasion de la LME du 6 août 2008, en remplacement, car d'un maniement compliqué, de l'abus de puissance d'achat jusqu'alors prévu au point b) de l'article précité. Cette affaire qui avait fait l'effet d'un véritable coup de tonnerre, semblait remettre en question l'essence même de la fonction des centrales de référencement à l'issue d'une analyse détaillée dont la méthode apparaissait transposable par ailleurs. En cause ici, le service « *action de construction et de diffusion du tronc d'assortiment commun (T.A.C)* » facturé aux fournisseurs, recouvrant un certain nombre de composantes (collaboration marketing, aide au positionnement des produits en magasin, incitation à la vente des produits sélectionnés auprès des commerçants indépendants du groupement). A l'occasion d'un débat très nourri entre Système U et le Ministre, le Tribunal devait se livrer à une appréciation de l'organisation du service en question, de son contenu, de ses résultats et de son mode de facturation, pour finalement conclure sous le visa de l'article précité, qu'il n'existait pas de service réellement rendu par la centrale à ses fournisseurs. Il se rangeait ainsi à l'analyse du Ministre, selon laquelle l'action de construction et de diffusion du T.A.C. se situait en amont de l'achat de produits et paraissait de plus inhérente à la fonction de référencement. Concluant son analyse, le Tribunal considéra que « *le service commercial rendu par Système U à ses fournisseurs n'est pas établi* ». Ainsi, la centrale avait obtenu de ses fournisseurs « *des avantages ne correspondant à aucun service commercial spécifique rendu à ses fournisseurs* ». Les premiers juges lui ordonnèrent alors de cesser ses pratiques illicites et de rembourser au Trésor Public les avantages perçus, à charge pour le Trésor de les reverser aux fournisseurs précités. Comme nous le signalions alors, la nullité de l'accord suivie de l'obligation n'était-elle pas la conséquence logique d'une obligation sans cause (Lettre distr. nov. 2006, J-M.V). Le contentieux de la restitution entre Système U et le Ministre – 77 millions d'euro à la clé – était lancé. Il allait durer le temps que l'on sait et vient *a priori* de se solder à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre dernier.

**III. Débats.** Nous ne les recenserons pas tous bien évidemment, tant ces derniers furent nombreux. On songe notamment aux âpres discussions procédurales, dont celles sur le pouvoir du Ministre à l'occasion d'une action en annulation. Point question non plus d'exhumer les moyens de fond échangés entre les parties, d'autant que le cadre légal a sensiblement évolué depuis les pratiques reprochées. Ces dernières, *a priori*, engendreraient moins de débats pour ce qui est de leur rattachement à la coopération commerciale au sens où on l'entend (mieux) de nos jours, laquelle vise des services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, rendus par le distributeur à l'occasion de la revente et propres à favoriser leur commercialisation (article L. 441-7 ou L. 441-7-I). De plus certains paramètres pertinents lors des faits poursuivis ne le sont plus (interdiction des discriminations, modification de calcul du SRP etc.). D'ailleurs, le régime des « *conditions particulières* » ou – après l'échec relatif de la réduction des marges arrières à raison des accueillants « *services distincts* » – l'instauration des « *autres obligations* », suivi de l'évolution progressive du mode de rétribution de ces dernières, auront permis de traiter un certain nombre de prestations services de centrale à partir de régimes plus adaptés que ne l'était, au début des années 2000, celui de la coopération commerciale (V. S. Destours et JM. Vertut, Négociations commerciales – Centrales, super centrales et (re)négociation des accords commerciaux : la puissance de négociation sous surveillance, Cah. dr. entr. mai 2007 ; JM. Vertut, Les négociations d'avantages financiers arrières dans la tourmente, Rev. Lamy dr. aff. janvier 2007, p. 47).

Lettre distr. sept 2015, N.E ; CEPC, Avis 15-12 et 15-22, Lettre distr. juill./août 2015, N.E ; Paris, 13 sept. 2017, n°15/24117, Lettre distr. nov. 2017, N.E ; Lettre distr. juill./août 2018, J-M.V, ou plus récemment encore, CEPC 18-08).

**3.** Enfin et tout en gardant à l'esprit l'intéressante critique formulée par notre collègue Nicolas Eréséo qui regrettait un « *effet de pollution* » du 2° sur le 1° de L. 442-6 I par le critère de la soumission qui reste pourtant une singularité du 2° (Lettre distr. nov. 2017, N.E ; *contra* : Lettre distr. juill./août 2018, J-M.V), nous gardons à l'esprit les enseignements de « l'affaire Galec », certes initiée sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2°, consistant à apprécier la dégradation tarifaire au vu des contreparties consenties. Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation a en effet rappelé en janvier 2017 « (...) *qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;* » (Com., 25 janv. 2017, n°15-23547 : Lettre distr. févr. 2017, N.E).

Cette méthode comparative pourrait aussi, le cas échéant, être convoquée lorsqu'il est question de faire application de l'article L. 442-6 I 1°, tant en cas de services fictifs qui ne méritent pas rémunération et ce faisant ne devraient pas donner lieu à dégradation tarifaire, que de rémunérations disproportionnées qui accentuent de manière abusive cette dégradation (V. notre article in Rev. Lamy dr. aff., juin 2011, p. 35 ; Lettre distr. nov. 2017, N.E). Après tout, l'article L. 442-6 I 1°, en traitant de la contrepartie et de la valeur vise la manière dont le prix négocié s'est construit. Certes, selon l'alinéa 7 de l'article L. 441-7 I, seules les obligations relevant des 1° (CGV/CPV) et 3° (Autres Obligations) concourent à la détermination du prix convenu, alors que la rémunération des obligations de coopération commerciale (les services visés au 2°) n'y concourt pas. Toutefois, cette rémunération ne doit pas donner lieu à disproportion manifeste par rapport à la valeur desdites obligations, à l'instar de la rémunération ou de la réduction de prix globale afférente aux « Autres Obligations ». De surcroît, les services de centrale se retrouvent de nos jours en pratique, plus fréquemment dans la catégorie des « Autres Obligations » qui, en ce qui les concerne, concourent à la détermination du prix convenu. Enfin, les avantages au titre des CGV/CPV, des Autres Obligations et de la Coopération commerciale participent de la détermination du prix d'achat effectif pour le calcul du seuil de revente à perte et sont pris en compte pour le calcul du prix « triple net » au plan purement opérationnel.

Finalement, l'article L. 442-6 I 1° qui, à la différence du 2°, ne suppose pas la démonstration d'une soumission, demeure un outil efficace de lutte contre les avantages sans contrepartie ou manifestement surévalués. L'affaire Système U en aura témoigné. En fonction de son issue, la QPC récemment transmise sur l'article L. 442-6 I 2° en relation avec le contrôle du prix par le juge (Com. 27 septembre 2018, n° F 18-40028), pourrait d'ailleurs favoriser un recours plus fréquent à l'article L. 442-6 I 1°. On dit que l'histoire n'est qu'un éternel recommencement. En outre, l'affaire Système U, tout comme les autres contentieux sur les services de centrales qui lui ont succédé, aura aussi été utile dans le cadre d'actions en restitutions engagées par les fournisseurs, à l'issue de la relation commerciale.

J.M-V

[Com. 26.09.2018-17-10173](#)