

estimé insuffisant, l'auteur de la rupture concédant 6 mois au lieu des 3 mois prévus au contrat. L'extension sera néanmoins insuffisante, le juge estimant au vu du flux d'affaires, du chiffre d'affaires et de son pourcentage dans le chiffre d'affaires total du demandeur, que 12 mois auraient dû être accordés.

**Relation partiellement sous MDD.** Si le temps de préavis doit être doublé lorsque la relation porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, l'évaluation de la durée idoine pose difficulté lorsque la relation n'intéresse que partiellement de tels produits. Selon l'espèce n° 15/10585, un fabricant fourni La Halle en divers produits d'emballage, dont certains, près de la moitié du chiffre d'affaires issu de la relation, sous MDD. Le fabricant invoque le doublement du préavis total, ce que le distributeur conteste puisque la moitié des produits objets de la relation ne sont pas concernés. Loin de tout manichéisme, la Cour privilégie une solution mesurée. Après avoir identifié à 12 mois le préavis idoine au vu des critères traditionnels, elle estime qu'il convient « *non pas de doubler le préavis, mais de le majorer d'un montant équivalent à 58 %, compte tenu de la moyenne, sur les trois années précédant la rupture, du pourcentage des ventes représenté par les produits MDD sur la totalité des ventes [du fournisseur...]. Le préavis supplémentaire sera donc de 7 mois, ce qui porte le préavis total à 19 mois* ». La méthode paraît effectivement judicieuse.

## II. Dispense de préavis

**Faute grave et indifférence du contrat.** La cour d'appel de Paris rappelle régulièrement (v. not. n° 15/10585) que parce qu'elle instaure une dérogation à l'exigence du préavis, la faute susceptible d'autoriser la résolution immédiate doit présenter « *un caractère de gravité suffisant* ». Dans l'arrêt soumis à la Cour de cassation par le pourvoi n° 16-19923, les juges d'appels avaient néanmoins estimé la faute suffisamment grave au vu des stipulations contractuelles : d'une part, l'engagement du distributeur exclusif à la réalisation d'un certain montant de chiffre d'affaires et, d'autre part, de la stipulation d'une possible résolution immédiate en cas d'infraction grave et flagrante qui pouvait, notamment, consister en la non réalisation dudit objectif. Sans surprise, l'arrêt est censuré car il ne précisait pas « *en quoi la non-réalisation [...] de l'objectif de chiffre d'affaires prévu au contrat, était de nature à caractériser un manquement suffisamment grave de cette dernière à ses obligations* ». Il s'agit alors de rappeler qu'en cette matière d'ordre public, le contrat ne lie pas le juge. La clause résolutoire et la clause d'objectifs ne peuvent donc constituer que des indices de la gravité des manquements qu'ils visent, mais sont insuffisants, seuls, à établir la réalité de cette gravité. Il revient alors au juge de motiver l'appréciation qu'il en aura sur d'autres éléments que le seul contrat.

**Exonération par la crise économique.** Selon l'arrêt du 21 mars, la baisse de 40 % des commandes de Carrefour auprès d'un de ses fournisseurs en 2009 n'emporte pas rupture partielle de la relation, car « *cette situation a été mise en rapport avec les fluctuations du marché et que, pendant toute cette période, [le demandeur] n'a jamais jugé ces variations suspectes, ni protesté sur la qualité de leurs relations* », ce qui implique que « *la baisse des commandes était inhérente à l'état du marché et ne pouvait être assimilée à une rupture partielle* ». Cette confirmation de l'appréciation judiciaire de la marge de manœuvre de l'auteur d'une rupture dans l'identification de celle-ci est heureuse. Il serait sinon incohérent d'identifier une faute dans la fluctuation de commandes non maîtrisée par son auteur. On comprend mal néanmoins l'argument tiré de l'absence de reproches du fournisseur envers son partenaire grand-distributeur. Certes, il vise sans doute à suggérer que le fournisseur estimait lui-même que la diminution des commandes trouvait moins son origine dans une stratégie du partenaire que dans un contexte conjoncturel difficile. Mais n'est-ce pas totalement se départir de l'esprit originel de l'article L. 442-6, I, 5° que de conditionner la protection du fournisseur aux reproches qu'il pourrait adresser à Carrefour ? Ne serait-il pas plus logique d'induire la corrélation entre la baisse de commandes litigieuse et celle que la crise économique cause sur le marché litigieux par la confrontation des diminutions ? C'est d'ailleurs cette méthode que privilégie la Cour d'appel de Paris dans la décision n° 15/10585. Un fournisseur identifiait une rupture partielle dans la baisse des commandes de son partenaire, qui la justifiait par son propre « *effondrement des commandes* » et le « *caractère sinistré de son activité* ». La rupture fautive est néanmoins caractérisée, cette fois-ci non pas au vu d'éventuelles récriminations du demandeur, mais parce que la diminution subie par celui-ci était de 46 %, tandis que la diminution du volume total du produit acheté par le défendeur « *n'a chuté que de 26 %, de sorte que [celui-ci] a substitué d'autres fournisseurs [à son partenaire]* ». Le raisonnement est ici bien davantage convaincant.

**Indifférence de la prévisibilité de la rupture.** Dans l'espèce n° 16/06477, la cour d'appel rappelle qu'« *il est de principe que la caractéristique prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal* ». Cette affirmation irrite, car d'un point de vue théorique on peine toujours à se convaincre de la brutalité fautive d'une rupture prévisible, alors que d'un point de vue pratique, elle est souvent martelée en des espèces où le caractère prévisible de la rupture peine lui-même à convaincre. Il en est d'ailleurs ainsi de cette affaire,

en laquelle la société Michelin estime avoir informé longtemps à l'avance d'un futur appel d'offres concernant les cours dispensés par son partenaire historique. Mais parce que cette information ne visait que les cours d'anglais, pour lesquels le demandeur a effectivement perdu le marché, et non les cours de français langue étrangère, pour lesquels la relation n'a cessé que 4 ans plus tard, il eut été sans doute plus simple d'estimer que cette rupture était imprévisible ! Certes, le juge s'en explique en estimant que, par le recours à un appel d'offres sur une branche de l'activité, la mise en place d'une même procédure sur l'autre branche devenait elle-même prévisible. Mais la rupture d'une relation, même pérenne, étant toujours une probabilité, celle de l'espèce ne paraissait assurément pas plus prévisible qu'une autre. Il est ainsi heureux que la notification de l'appel d'offres pour une branche d'activité n'emporte pas préavis de rupture de l'appel d'offres qui intervient 4 ans plus tard sur une autre branche. Mais la justification devrait en être l'absence totale d'annonce - même informelle - de cette rupture, non pas l'indifférence de sa prévisibilité.

## III. Préjudice

**Causalité présumée.** L'interrogation de la société Mobil (arrêt 16-26568), qui s'étonne d'être condamnée à indemniser deux années de marge commerciale de son partenaire sans « *préciser en quoi l'absence de préavis était la cause directe d'un tel préjudice* » est l'occasion de souligner la particularité de l'indemnisation en cette matière, plus calculée qu'évaluée. Classiquement, l'argument est balayé par la Cour de cassation, puisque « *le préjudice né de l'insuffisance du préavis [est] évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire* », c'est-à-dire en « *considération de la marge brute escomptée durant la période d'insuffisance de préavis* ». Si la Cour de cassation vise ici explicitement la marge brute, soulignons que la Cour d'appel de Paris, à l'instar des espèces n° 16/06477 et n° 15/10585, estime de plus en plus fréquemment que « *la marge à retenir est la marge sur coûts variables, définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture* ».

**Assiette.** Un fournisseur informe ses anciens distributeurs exclusifs de la future distribution de ses produits par ses propres agents commerciaux, tout en réservant aux premiers la possibilité de s'approvisionner en direct. Aussi, il ne comprend pas avoir été condamné à indemniser l'entière perte de marge brute de ses partenaires et souligne, dans son pourvoi (n° 15-23976), que le préjudice n'est que celui de la fin de l'exclusivité, mais nullement celui de la rupture de l'entière relation, qui pouvait perdurer du fait de cette possibilité aménagée aux anciens distributeurs de se fournir « *aux conditions antérieures* ». L'argument ne manque pas de pertinence. Il semblerait, d'ailleurs, que le caractère partiel de la rupture fut admis par les juges, la solution soulignant en amont que le fournisseur avait proposé une rupture « *soit partielle, en devenant ses clients, soit totale, en rachetant leur portefeuille client* », alors que la décision suggère que la première branche de l'option fut privilégiée par les distributeurs. Or, une rupture partielle laisse par principe perdurer un courant d'affaires qui, normalement, vient en déduction de la perte de marge. On regrettera alors que l'argument soit écarté au seul motif qu'il ne tendrait « *qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine* » des premiers juges.

**Préjudice moral.** Si la perte de marge est généralement le seul poste de préjudice indemnisé, soulignons qu'à l'occasion du pourvoi n° 16-26568, la Cour de cassation retient l'existence d'un préjudice moral, subi par le partenaire de la société Mobil, distributeur exclusif depuis 37 ans en Nouvelle-Calédonie. Le faitif s'en offusque, prétendant que le texte a comme unique vocation la réparation du préjudice économique résultant de l'insuffisance de préavis. Telle n'est cependant pas la position jurisprudentielle et la Cour de cassation le rappelle : « *un préjudice moral peut s'inférer du caractère brutale de la rupture d'une relation commerciale établie ; que le moyen, qui postule le contraire, manque en droit* ». On regrettera néanmoins que cette réponse lapidaire ne permette pas de connaître les critères qui permirent ici l'identification d'un tel préjudice, distinct de celui d'ores et déjà réparé sur le plan économique par la perte de marge.

C.M-G

## Points de vue pratiques

Avis CEPC n° 18-02

**Système de ristournes complexes – solution simplissime**

Dans un dernier avis doté selon nous d'un intitulé erroné au moment où nous le consultations sur le site de la CEPC (Avis n°18-2 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats sur la conformité de la conservation des données

# Points de vue pratiques

clients au regard de la législation relative aux pratiques restrictives de concurrence) puisque sans la moindre relation avec le sujet traité, la CEPC apporte un éclairage utile, bien que succinct selon nous, sur la problématique des ristournes consenties par un fournisseur dans des situations autres que celle, commune, d'une relation impliquant exclusivement deux acteurs, le vendeur et l'acheteur. En l'espèce, les données de la relation sont plus sophistiquées, notamment à raison du plus grand nombre de parties concernées.

Dans le premier cas évoqué, un fournisseur vend des produits à un client ainsi qu'à des clients de celui-ci. Le fournisseur consent alors à son client direct, des ristournes assises sur le chiffre d'affaires en fonction du volume de vente réalisé tant avec ce client direct qu'avec les clients de deuxième niveau. Ce faisant, le client direct bénéficie pour le calcul de ses ristournes, d'un volant de chiffre d'affaires qui n'est pas le sien puisque réalisé par des tiers. L'avis ne renseigne pas sur le secteur d'activité concerné, mais ce cas de figure peut se rencontrer en présence de regroupements à l'achat ou au référencement, où une centrale, acheteuse ou non, peut percevoir des ristournes assises sur un volume de chiffre d'affaires constitué en tout ou partie du chiffre d'affaires des adhérents avec le fournisseur. Même s'il est tenu compte, dans l'application de cet accord de ristourne, d'un élément extérieur à la relation entre le fournisseur et l'acheteur, à savoir le chiffre d'affaires de tiers acheteurs, cette « globalisation » des chiffres d'affaires – qui selon nous et par sa raison d'être en l'espèce, ne semble pas s'assimiler à la « globalisation artificielle » des chiffres d'affaires visée à l'article L.442-6 I 1° du Code de commerce – traduit une simple relation bipartite, d'autant plus si le client de deuxième niveau n'a même pas connaissance du contenu de la négociation originelle.

Dans le deuxième cas, un fournisseur de produit convient avec son acheteur qu'il lui octroiera des ristournes lors de ses achats directs, mais que de telles ristournes lui seront aussi consenties en cas d'achats auprès de ses distributeurs, par ces distributeurs eux-mêmes. Ces derniers seront ainsi amenés à appliquer à l'acheteur un niveau de ristournes plus élevé que celui qu'ils appliquent habituellement à leur clientèle, non visée par l'accord. Le fournisseur remboursera ensuite au distributeur impliqué dans l'application de l'accord original entre le fournisseur et l'acheteur, une somme correspondant à la différence entre la remise effectivement consentie et celle habituellement pratiquée (l'avis fait état d'une compensation et de rétrocession de la différence). Ce mécanisme suppose à tout le moins un accord entre le fournisseur et le distributeur précité. La technique peut se rencontrer, par exemple, lorsque un fournisseur et son client final souhaitent mettre en place une organisation d'approvisionnement direct et/ou indirect, mais à des conditions tarifaires harmonisées et négociées de manière centralisée. Pareille organisation nécessite néanmoins que les termes de l'accord initial entre le fournisseur et l'acheteur, soient relayés auprès des distributeurs intermédiaires, lesquels peuvent être des distributeurs, des grossistes ou autres plateformes. On se trouve ici en présence de relations commerciales tripartites, pouvant s'appuyer, d'ailleurs, sur des accords qui ne le sont pas nécessairement.

En réponse à la question « Est-il possible de calculer le volume de ventes pour les RFA sur la base des ventes aussi bien directes qu'indirectes ? », la CEPC, moyennant une analyse groupée des deux situations, rappelle que la définition du chiffre d'affaires ristournable relève de la liberté contractuelle par référence à l'un de ses récents avis (avis 17-47, non mentionné sur le site de la CEPC. Il semble qu'il s'agisse plutôt, au vu de contenu, de l'avis 18-01, cf. Lettre distr. mars 2018. J.-M.V.), mais encore que la pratique des ristournes est susceptible de relever, à certaines conditions, de l'article L. 442-6 I point 1° (obtention ou tentative d'obtention d'un avantage quelconque sans contrepartie ou sans contrepartie proportionnée) ou 2° (soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif).

Si ces rappels sont certes utiles, l'on pourra néanmoins regretter au vu du caractère très large de la question, une certaine superficialité dans le traitement du sujet – peut être du fait des termes de la saisine ou du contexte décrit – à raison des multiples risques qui, s'ils ne sont pas diagnostiqués et traités, peuvent résulter de ces pratiques. Gare à celui qui, en présence de situations similaires, n'irait pas au-delà des seuls sujets abordés par l'avis, et n'étendrait pas son analyse, par exemple s'agissant du premier cas de figure et s'il y a lieu, à la problématique au plan contractuel, des « versements centrales » (cf. not. Com., 8 juin 2017, Lettre distr. juill.-août 2017, obs. NL ; Com. 18 octobre 2017, Lettre distr. nov. 2017, obs. NL). Il est aussi conseillé, dans les deux exemples précités, de ne pas faire l'économie d'un examen des accords en cause et des pratiques qui peuvent y être associées, au plan du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les angles d'approches – et risques éventuels – sont divers de ce point de vue.

J.-M.V

## En bref...

Com., 5 avril 2018, n° 16-19186

**Épilogue dans l'affaire de la commercialisation d'offres d'abondance « on net »**

Aux termes d'une décision fleuve n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 (171 pages), l'Autorité de la concurrence avait lourdement sanctionné (plus de 180 millions d'euros) les sociétés Orange et SFR pour avoir abusé, à partir de 2005 et pendant trois ans, de la position dominante que chacune d'elles détenait sur les marchés de leur terminaison d'appel respective (c'est-à-dire sur la prestation d'interconnexion qu'elles offrent aux autres opérateurs pour « terminer » les appels sur leurs réseaux) en mettant en oeuvre des pratiques de différenciation tarifaire excessive entre les appels « on net » (passés sur leur propre réseau) et les appels « off net » (passés à destination d'un réseau concurrent).

Par un premier arrêt du 19 juin 2014, la Cour d'appel de Paris avait rejeté les moyens d'annulation et, sur le fond, saisi la Commission européenne d'une demande d'avis. Par un second arrêt du 19 mai 2016, la même Cour avait réformé la décision de l'Autorité mais seulement quant au montant des sanctions infligées (20% de moins).

Ce sont les pourvois contre ce dernier arrêt que la chambre commerciale vient de rejeter. Ce faisant, c'est l'ensemble de l'approche jusque-là retenue par l'Autorité et la Cour d'appel qui se trouve validé :

- validation, d'abord, du recours à un test économique ad hoc, distinct du classique test de ciseau tarifaire, jugé inadapté à l'espèce « dès lors qu'il ne permettrait pas d'appréhender la totalité des répercussions que les pratiques de différenciation abusive en cause sont susceptibles d'entraîner sur le marché et, notamment, l'effet de regroupement des clients ainsi que les effets statistiques ». Ainsi, « c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations ni le principe de sécurité juridique que la cour d'appel en a déduit que l'Autorité avait pu utiliser un test économique, autre que celui utilisé dans les précédents, permettant d'appréhender l'ensemble des effets anticoncurrentiels des pratiques » ;

- validation, ensuite, de la possible caractérisation d'un abus constaté sur un marché autre que celui sur lequel l'entreprise en cause détient une position dominante « dès lors que sont réunies deux conditions tenant à l'existence, d'une part, de liens étroits entre ces marchés et, d'autre part, de circonstances particulières justifiant cette application ». Conditions jugées satisfaites ici : « la cour d'appel a exactement retenu que ces circonstances, tenant en particulier au lien unissant la position dominante détenue sur les marchés amont et les pratiques abusives mises en oeuvre sur le marché aval de détail, constituaient, au vu de la spécificité de ces marchés, des circonstances particulières propres à justifier l'application des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé » ;

- validation, encore, du principe d'une sanction pécuniaire alors qu'il était difficile, sinon impossible pour leurs auteurs de percevoir le caractère infractionnel de leur comportement au demeurant inédit. En effet, « ayant fait ressortir qu'il était raisonnablement prévisible, au moment où les pratiques ont été commises, que la qualification d'abus de position dominante leur était applicable, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la proportionnalité de la sanction et sans méconnaître les principes invoqués par les première et troisième branches que la cour d'appel a retenu qu'il n'y avait pas lieu de ramener à un montant symbolique les sanctions pécuniaires prononcées, ainsi que le demandaient les sociétés, mais qu'il convenait d'en diminuer le montant dans la proportion qu'elle a appréciée ».

Enfin, alors qu'il était reproché à l'arrêt querellé d'avoir rejeté des demandes de renvoi de 9 questions préjudicielles à la Cour de justice, la chambre commerciale estime qu'en vertu de l'article 267 TFUE, « une juridiction dont les décisions sont susceptibles d'un recours de droit interne n'est pas tenue, lorsqu'une question d'interprétation du traité est soulevée devant elle, de demander à la Cour de justice de statuer sur cette question ». C'est semblablement qu'elle a jugé n'y avoir lieu à saisine de la Cour de justice de 11 questions préjudicielles directement posées devant elle et ce, « en l'absence de doute raisonnable quant à l'interprétation de l'article 102 TFUE et son application aux faits de l'espèce ».

S.D