RLC 3425

Réouverture des négociations tarifaires en cours d'exercice : la cour d'appel de Paris balise la pratique des demandes de baisses de prix ou de « budgets » additionnels

Par Jean-Michel VERTUT
Avocat à la Cour
Chargé d'enseignement à l'Université de Montpellier

Alors que la presse se faisait l'écho, mi-juin dernier, de l'assignation délivrée il y a trois mois par le ministre à l'encontre du groupement Leclerc[1], à raison de certaines pratiques en matière de négociation tarifaire imputées à ce groupement par le ministre, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 mai 2018 vient, dans un contentieux concernant Système U, poser un cadre pour la renégociation tarifaire entre fournisseurs et grande distribution.

CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187

À la faveur d'un contentieux opposant le ministre de l'Économie à la centrale de référencement du Groupement Système U, la cour d'appel de Paris s'est intéressée à la renégociation du prix en cours de convention annuelle, sous l'angle de la soumission ou de la tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations. Selon le ministre, Système U avait demandé à neufs de ses fournisseurs, des avantages financiers et commerciaux additionnels, sans leur proposer des engagements réciproques équilibrés, hors du cadre de la convention unique, dans le but de compenser la perte de marge de l'enseigne, qui avait accompagné ces demandes de menaces ou pressions, notamment de déréférencement. Intégralement débouté par le tribunal de commerce de Paris[2], le ministre a interjeté appel, et la cour d'appel de Paris a réformé, partiellement, la décision des premiers juges, pour deux fournisseurs du périmètre du contrôle.

La centrale critiquait le fondement de l'action menée sur le déséquilibre significatif et l'interprétation extensive qu'aurait fait le ministre de cette notion alors que, selon elle, il ne s'agissait que d'un rééquilibrage du contrat au sens économique. Elle estimait que le contexte économique avait rompu l'équilibre économique de l'accord commercial conclu avant le 1er mars 2014

(1) Bercy réclame 108 millions d'euros à Leclerc pour sa « taxe Lidl », Actu LSA, 15 juin 2018, J. Parigi ; Bercy assigne Leclerc pour une négociation illégale, P. Bertrand, Les Echos, 18 juin 2018 ; Bercy assigne E.Leclerc…pour tenter de le faire taire ?, Blog MEL, 15 juin 2018.

(2) T. com. Paris, 15e ch., 21 nov. 2016, n° 2015027442.

avec les fournisseurs, et que les circonstances l'avaient amenée soit à solliciter auprès desdits fournisseurs une renégociation du contrat, soit à rééquilibrer ses assortiments de produits en déréférençant des références non rentables, pour ne retenir que celles permettant de retrouver une certaine performance économique et une profitabilité.

L'arrêt, riche de contenu et de portée, invalide certaines analyses du contentieux de première instance qui, notamment, avaient écarté en l'espèce l'application de l'incrimination à la renégociation ou à la tentative de renégociation. La cour conforte ainsi sa jurisprudence Galec[3], à laquelle on pourrait songer, depuis lors, à rattacher l'insistance de plus en plus marquée de la part de certaines enseignes, pour la recherche de justifications ou de contreparties aux concessions tarifaires obtenues, à commencer par celles traduites en « promotions » ou « primes produits », d'un montant parfois exagéré. Au contrôle des conditions de la négociation du prix qui résulte de la convention écrite à conclure le 1er mars au plus tard (contentieux Galec), sur le fondement du déséquilibre significatif, se rajoute celui de sa renégociation. La jurisprudence « Galec » s'assoit ainsi dans le paysage du contrôle du prix sur le fondement du déséquilibre significatif et s'étend au contrôle des négociations intercalaires.

Nous retiendrons qu'à l'occasion de l'évocation de cette affaire, la cour d'appel de Paris rappelle et fait évoluer les paramètres généraux d'appréciation de l'existence d'un déséquilibre significatif, pour ensuite donner un éclairage sur le caractère licite, ou non, d'un certain nombre de pratiques fréquemment rencontrées. En outre et face à un certain durcissement dans les conditions de mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, il est intéressant de rappeler les autres fondements pouvant être invoqués – de manière alternative ou cumulative à l'article précité – par le ministre, pour débattre de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion des renégociations intermédiaires de prix, voire par les fournisseurs pour résister aux demandes de baisses de prix qu'ils ne souhaitent pas accorder.

I. – Un enrichissement des paramètres généraux d'appréciation

De manière pédagogue et avant son examen au cas par cas des déséquilibres résultant de la renégociation en cours de contrat des conditions commerciales initialement convenues, la cour d'appel précise un certain nombre de paramètres généraux d'appréciation. Pour l'essentiel, nous pouvons ainsi les synthétiser.

Les avenants à la convention cadre sont en eux-mêmes licites. La cour rappelle le principe voulant que la modification par avenants à l'accord-cadre annuel, en cours d'année, est admise, sous réserve que l'équilibre commercial soit préservé et que la modification du contrat sous forme d'accords conclus par les parties pendant le cours de son exécution, ne soit pas obtenue par la soumission ou la tentative de soumission du cocontractant. Ce principe est ainsi formulé : « *la demande de renégociation sur certains points du contrat cadre annuel par l'un des cocontractants est licite. De même, l'accord conclu ultérieurement entre les parties est valable, dès lors que les négociations ont été conduites sans l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion par l'un des cocontractants pour obtenir l'accord et que l'équilibre du contrat est maintenu* ». On regrettera toutefois le silence de l'arrêt sur le degré de liberté de renégociation dont disposent les parties, eu égard au moment où celle-ci intervient, à une date postérieure au 1er mars, mais néanmoins peu éloignée de celle-ci.

La précision aurait pu s'avérer utile, notamment sous l'angle de l'article L. 441-7 du code de commerce, qui impose un bouclage de l'accord des parties au plus tard le 1er mars de l'année concernée par les négociations menées. Si ce dispositif, assorti de sanctions administratives, ne s'oppose pas à ce que la convention initiale soit modifiée après sa signature, notamment par voie d'avenant, il vise tout de même à éviter que les parties demeurent, toute l'année, en état permanent de négociation. Mais tel n'était pas l'objet de ce contentieux initié par le ministre.

Les « pratiques » en matière de négociation – ici renégociation – relèvent aussi de l'article L. 442-6, I, 2°. Le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° est précisé. Il vise les clauses contractuelles, mais encore les « *pratiques* » entre les partenaires commerciaux, « *aucune distinction n'étant faite par le texte et l'équilibre des droits et obligations des parties pouvant être modifié par des pratiques non prévues dans la convention écrite* ». Il s'agit là, de notre point de vue, de l'un des apports majeurs de cet arrêt, puisque qu'il intègre ces actions dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°. Cela n'était pas acquis, le tribunal de commerce ayant adopté en première instance une position contraire. Cette approche a son importance pour le contrôle du prix et de son évolution sous l'angle du déséquilibre significatif. Des précisions complémentaires sont apportées pour apprécier la commission de l'éventuelle infraction : « *Les pratiques sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie de la relation contractuelle. La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause ou pratique incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a inversion de la charge de la preuve. Enfin, les effets des pratiques n'ont pas à être pris en compte ou recherchés* ».

(3) Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, publié au Bulletin, Déséquilibre significatif : la Cour de cassation enterre la libre négociabilité des prix, Lettre de la Distribution, févr. 2017, N. Eréséo ; CA Paris, 1er juill. 2015, n° 13/19251, Déséquilibre significatif et conditions commerciales (tarifaires) abusives : l'abus de puissance d'achat de l'ex article L. 442-6 I 2° b) ressuscité par l'article L. 442-6 I 2°, Lettre de la Distribution, juill.-août 2015, J.-M. Vertut ; T. com Paris, 24 sept. 2013, Lettre de la Distribution, nov. 2013.

Le rapport de force déséquilibré en faveur de la grande distribution n'est qu'un indice pour la démonstration de la soumission. Si en matière d'appréciation de la soumission, la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de rapports de forces déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération n'est qu'un indice qui doit être complété par d'autres, afin de démontrer l'élément de soumission ou la tentative de soumission[4]. Tous les fournisseurs ne disposent pas, en effet, d'une même puissance de négociation et tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par leurs distributeurs. On relèvera que les fournisseurs visés dans l'arrêt sont essentiellement des sociétés importantes, voire des multinationales, commercialisant des produits que le distributeur qualifiait de « *psychologiques* » ou d'« *incontournables* », voire de non substituables. Au vu de ces précisions, si la tentative de soumission ou la soumission de la part du distributeur ne se présume pas, en contrepoint, il semble aussi que la seule puissance du fournisseur, opposée à celle du distributeur, ne conduise pas davantage, *ipso facto*, à l'absence d'une telle tentative ou d'une telle soumission par ledit distributeur.

La nécessité de contrepartie spécifique s'applique aussi aux concessions renégociées. Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'appréciant au regard de la convention écrite, la cour, dans la droite ligne de la jurisprudence Galec, insiste sur la nécessité de la contrepartie : « *la fixation du prix est le résultat des obligations réciproques prises par le fournisseur et le distributeur au cours de la négociation commerciale et la réduction de prix accordée par le fournisseur doit avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur* ». La cour rajoute que « *ces principes s'appliquent également aux négociations sur le prix des produits réouvertes ultérieurement à la signature du contrat cadre annuel* ». Cette contrepartie s'apprécie eu égard à l'avantage sollicité, comme cela se déduit de la formule employée par la cour : « *Ainsi, le fait d'imposer des réductions de prix, unilatéralement ou par l'usage de menaces ou de moyens de rétorsion, non convenues dans la convention cadre annuelle, sans aucune contrepartie, bouleverse nécessairement de manière significative l'équilibre des droits et obligations des parties* ».

La situation de concurrence exacerbée entre les distributeurs, la recherche d'un meilleur prix d'achat, la rétrocession consécutive aux consommateurs des meilleurs prix obtenus, de même que la discrimination tarifaire subie, ne justifient pas la pratique en cause. Le contexte général de guerre des prix, qui amène un distributeur à devoir renégocier ses prix d'achat face à son impossibilité de pratiquer lors de la revente aux consommateurs, des prix compétitifs par rapport à un distributeur concurrent – Leclerc en l'occurrence – n'est pas un fait justificatif à la soumission ou la tentative de soumission de son fournisseur à un déséquilibre significatif. Cela n'est pas surprenant. Les conséquences de la situation de concurrence exacerbée, concrétisée par cette guerre des prix, au demeurant entretenue par les distributeurs eux-mêmes, ne peut légitimer tout type de demande. À ce sujet, la cour indique que « *s'il est admis que la modification substantielle du contexte économique puisse justifier la remise en cause, par le distributeur, des conditions financières négociées dans la convention annuelle, encore faut-il que ces conditions aient été réellement discutées et négociées entre les parties et non imposées unilatéralement par le distributeur* ».

De même, la discrimination tarifaire de certains fournisseurs en faveur d'un concurrent, permettant à ce dernier de pratiquer à l'égard des consommateurs, des prix de revente d'un niveau inférieur à celui des prix d'achat par Système U auprès des mêmes fournisseurs, ne saurait exonérer Système U au titre des pratiques qui lui sont reprochées. La cour rappelle d'ailleurs que l'interdiction de la discrimination n'a plus cours.

Enfin, la rétrocession aux consommateurs des concessions tarifaires obtenues, n'est pas davantage constitutive d'un fait justificatif de la pratique, dans la mesure où la finalité principale de l'infraction de déséquilibre significatif vise à protéger les partenaires et non à réaliser les conditions d'un marché concurrentiel.

Les critères généraux de détermination du montant de l'amende civile à nouveau précisés, un peu enrichis et illustrés par les données factuelles de l'espèce. En lien avec le point précédent sur la détermination du montant de l'amende civile, la rétrocession aux consommateurs des concessions obtenues du fournisseur pourrait constituer, selon la cour, un « critère » pouvant, tout au plus et à le supposer justifié, être pris en compte dans le calcul de l'amende civile. Comme rappelé en fin d'arrêt, « *l'amende civile prononcée doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, ainsi qu'à éviter leur réitération. Par ailleurs, la gravité du comportement en cause et le dommage à l'économie en résultant doivent être pris en compte, ainsi que la situation individuelle de l'entreprise poursuivie, en vertu du principe d'individualisation des peines* »[5]. L'infraction ayant été constituée à l'égard de deux fournisseurs, relevant de deux multinationales de l'agroalimentaire (Bonduelle Conserve International et

(4) En ce sens déjà, CA Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879, Assignations Novelli et déséquilibre significatif : la cour d'appel de Paris rappelle à l'ordre le ministre sur la nécessité de caractériser la soumission, Lettre de la Distribution, janv. 2018, J.-M. Vertut.

(5) En ce sens, CA Paris, 1er juill. 2015, préc. ; CA Paris, 3 déc. 2014 n° 13/06091, confirmé par Cass. com., 18 oct. 2016, n° 15-13.384 ; CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784.

Ferrero), sur les neufs supposés victimes par le ministre, et compte tenu du caractère très ponctuel des pratiques incriminées, de leur ampleur limitée, et enfin de la part de marché de Système U en 2014 dans le secteur de la grande distribution à hauteur de 10 %, il est prononcé une amende civile de 300 000 euros. Au plan pratique et de manière générale, il n'est pas certain que l'effet dissuasif soit garanti. De notre point de vue, la dissuasion recherchée pourrait être moindre que celle qui pourrait résulter de l'information relative à l'action engagée par le ministre à l'encontre du Groupement Leclerc, rendue publique au milieu du mois de juin, soit environ trois ou quatre mois avant le lancement des prochaines négociations commerciales au titre de 2019.[6] De même et depuis les faits, le paysage de la grande distribution a nettement évolué à raison des alliances à l'achat, parfois fluctuantes d'ailleurs[7], mises en œuvre par certains acteurs importants. De tels rapprochements invitent à reconsidérer la puissance commune des acheteurs, sous l'angle de la part de marché qu'ensemble et au sein de l'alliance, ils sont censés représenter.

II. – Les applications au cas d'espèce et les enseignements pratiques pour les (re)négociations à venir

Il est avant tout utile de souligner que les premiers procès-verbaux d'enquête ont été établis en l'espèce dès le début du mois d'avril 2014, au titre des contrats signés avant le 1er mars précédent. Il faut y voir une volonté de l'Administration de dresser, au lendemain de la clôture des négociations annuelles, un bilan sur le déroulement de ces dernières. En définitive, le déséquilibre significatif pour les pratiques de Système U ne sera retenu que dans la relation avec deux fournisseurs sur neuf. La cour fournit toutefois, pour chacun des fournisseurs, de précieux éléments d'analyse des pratiques en cause, pour les dire au regard des circonstances, licites ou non. Nous pouvons retenir de cette analyse quelques enseignements pratiques pour les acteurs de la (re)négociation.

Solliciter une remise supplémentaire et l'obtenir est permis, se l'appliquer d'office ne l'est pas. La demande de baisse de prix sous forme de remise complémentaire en cours de contrat, non accompagnée de menaces de la part du distributeur, et l'accord du fournisseur sur l'octroi de ces nouvelles remises (en l'espèce et par exemple, un taux promotionnel supplémentaire de 5 %), ne caractérise pas l'infraction de déséquilibre significatif. Comme d'ailleurs exprimé par la cour dans l'une des relations examinées, « *la seule demande de la société Système U ne pouvant suffire à constituer la tentative de soumission* ». De même, « *il ne ressort pas des éléments du dossier que la société Laiteries Hubert T. se serait vue imposer la remise supplémentaire accordée à la société Système U, les circonstances évoquées démontrant au contraire l'existence d'une véritable négociation entre les parties* ». En revanche, le refus du fournisseur d'octroyer pour certains produits, les remises supplémentaires sollicitées et l'application unilatérale par le distributeur des remises en question, matérialisées par l'émission de notes de débit suivi d'une compensation, caractérisent une absence totale de négociation et de consentement entre les parties sur ce point et donc une soumission à une obligation déséquilibrée pour le fournisseur. La cour s'assure toutefois, dans l'exemple ci-dessus, que le distributeur n'avait pas commis une simple erreur, en généralisant la remise consentie sur certains produits à d'autres références, pour lesquelles le fournisseur avait opposé une fin de non-recevoir à ce sujet. Elle relève que l'erreur en question avait été corrigée par le distributeur, après que le fournisseur se soit ému de la pratique, mais que cette correction du niveau de remise, intervenue deux semaines plus tard, n'avait été mise en œuvre que pour l'avenir, de sorte que l'avantage financier indument perçu jusqu'à la correction avait été conservé par le distributeur. Pour la cour d'appel, cette circonstance de non-rétroactivité de la correction, démontrait que le distributeur avait appliqué unilatéralement la réduction non consentie.

> *La cour fournit (...), pour chacun des fournisseurs, de précieux éléments d'analyse des pratiques en cause, pour les dire au regard des circonstances, licites ou non.*

Pour en terminer à ce sujet, on demeure tout de même réservé sur la précision apportée par la cour, qui indique que « *par ailleurs, la société Système U ne prétend pas avoir consenti une contrepartie ni avoir rééquilibré les rapports contractuels entre les parties du fait de son application unilatérale de réductions de prix non acceptées* ». Cette idée se retrouve à plusieurs reprises dans l'arrêt. L'on sait que le rééquilibrage entre les droits et obligations, et par exemple l'existence d'une contrepartie, peut écarter la qualification des faits en infraction. Est-ce à dire dans ce cas précis que, si contrepartie il y avait eu et de ce fait, la pratique consistant à appliquer d'office une remise supplémentaire aurait été « rachetée » ? Pareille vision nous semble hâtive. Comme certes rappelé par la cour, « *les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif (...)* ». En pareil cas, « *la preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause ou pratique incombe à l'entreprise mise en cause* ».

(6) V. note 1.

(7) L'amour dure trois ans, Y. Puget, LSA n°2502, 12 avr. 2018.

Or, en l'espèce, de contrat ou d'accord sur ces remises déduites « d'office » il n'est point question, mais plutôt de ce que l'on pourrait désigner comme un fait du prince. Le dispositif permet certes un rééquilibrage des clauses imposées par l'une des parties à l'autre, donc non véritablement consenties. En revanche et au vu de cette espèce, estimer légitime les « *pratiques* » de passage en force sur ces remises, moyennant l'excuse de les voir ensuite rachetées pourrait conduire, selon nous, à conférer à cet arrêt une portée pratique qu'il n'a peut-être pas. La porte sur les abus en serait d'autant plus ouverte.

Interdire l'accès à ses magasins au fournisseur récalcitrant à accorder des réductions de prix supplémentaires et le menacer de déréférencement pour les obtenir, caractérise la soumission. Ainsi et sans que l'on en soit à vrai dire véritablement étonné, mais le rappel est utile, l'obligation d'octroi de ces réductions supplémentaires de prix, consentie en pareilles circonstances par le fournisseur, caractérise l'absence de réelle négociation entre les parties, et donc la première condition du déséquilibre significatif, à savoir la soumission. Un tel « carton rouge » infligé au fournisseur apparaît exagéré.

L'augmentation du chiffre d'affaires avec le distributeur sur la période visée par les pratiques n'est pas un élément de rééquilibrage des obligations respectives des parties. Selon la cour, cette circonstance ne prouve pas que le fournisseur n'ait pas perdu en rentabilité dans ses rapports avec le distributeur. Mais alors, nouvelle question : *quid* en cas de preuve de l'amélioration de la rentabilité du fournisseur et d'une augmentation concomitante du chiffre d'affaires sur la période, alors que pareille augmentation pourrait être liée à une multitude d'autres facteurs ? On pense notamment, par exemple, à l'incidence de l'augmentation du nombre de références de l'assortiment, comme d'ailleurs évoqué par le ministre dans un cas d'espèce abordé par l'arrêt. L'augmentation du chiffre d'affaire et de la rentabilité doit-il être le Sésame pour absoudre toutes pratiques ?

La remise en cause d'un marché, en l'espèce de MDD, par le lancement d'un appel d'offres et son issue, en réaction au refus du fournisseur d'octroyer une remise supplémentaire, pourrait être un élément pour l'appréciation de la tentative de soumission ou de la soumission. Dans la mesure où les éléments communiqués par le ministre et le fournisseur ont été jugés insuffisants en eux-mêmes pour démontrer la tentative de soumission ou la soumission, nous nous garderons d'en dire davantage sur cette problématique. Les acteurs doivent toutefois conserver le sujet à l'esprit, notamment dans le cadre des marchés sur appel d'offres, dans lesquels il est négocié et arrêté entre les parties une durée, un prix et des volumes. En pratique, l'on peut en effet constater que certains appels d'offres donnent lieu, une fois le partenaire sélectionné et lié par les termes de sa réponse à l'appel d'offres, à des remises en causes répétées et parfois arbitrairement décidées par l'acheteur.

La décision en elle-même du distributeur de déréférencer certains produits de la gamme à raison de l'insuffisance de rentabilité que ces derniers lui procurent, est justifiée sous réserve de respecter un préavis suffisant. Cette pratique « d'optimisation », qui conduit le distributeur, pour améliorer sa rentabilité à défaut d'obtention de baisse de prix supplémentaire de la part du fournisseur, à modifier à la baisse ses assortiments référencés et/ou des animations promotionnelles ou, autrement dit, à conserver les seules références de produits dotés de la meilleure rentabilité, n'est pas en soi interdite. La seule concomitance entre la demande du distributeur et le déréférencement du produit, en dehors de tout autre élément concret (par exemple, existence d'un lien entre la demande de budget complémentaire et le déréférencement, menaces de déréférencement dans l'hypothèse d'un refus de négocier) et des seules déclarations du fournisseur lui-même, ne peuvent suffire à démontrer que le distributeur a tenté de contraindre son fournisseur à accepter sa demande de budget complémentaire. L'existence de la tentative de soumission et de la soumission sont dans ce contexte, fonction des circonstances, comme on peut notamment le lire pour le déréférencement de certains produits – donc partiel – d'un fournisseur concerné : « *Dans ces conditions, les demandes ne portant que sur les deux produits ayant été déréférencés, la preuve de la tentative de soumission n'est pas établie, le distributeur pouvant procéder légitimement au déréférencement des produits insuffisamment rentables dans le respect d'un préavis suffisant, après avoir demandé en vain une réduction du prix de vente au fournisseur* ». Par ailleurs et dans un contexte de rentabilité insuffisante, l'arrêt ne caractérise pas en l'espèce la relation de cause à effet entre le déréférencement partiel et la demande de conditions supplémentaires, et voit dans ce déréférencement, s'agissant cette fois-ci des produits d'un brasseur, une « *redéfinition de la stratégie de l'enseigne* » sur le marché de la bière. Ainsi peut-on lire : « *Il ressort de ces éléments que le déréférencement des 5 références n'est pas lié au refus opposé par la société Heineken à la demande de la société Système U d'investissements supplémentaires post-contractuels mais à la redéfinition de la stratégie de l'enseigne sur le marché de la bière. Ainsi, sa demande d'investissement supplémentaire est licite, dans la mesure où pour obtenir l'acceptation de sa demande par son fournisseur, la société Système U n'a eu recours à aucun chantage ou à des représailles, étant par ailleurs relevé que d'autres références de la société Heineken ont été ajoutées en 2014 par la société Système U. La société Heineken ne fait pas le lien entre la demande de la société Système U et les produits déréférencés. La tentative de soumission ou la soumission de la société Heineken n'est donc pas établie* ».

Nous signalons tout de même, dans le cadre des déréférencements intervenus, l'existence de préavis relative-

ment courts puisque de l'ordre de 3 mois ou 4 mois, sans que le débat devant la cour n'ait dérivé sur la question de la suffisance de ces préavis, en raison selon nous du fondement de l'action du ministre et de la concentration de ses moyens sur le déséquilibre significatif. La question n'est toutefois pas à négliger. La nécessité de respecter, au cas par cas, un préavis suffisant, est d'ailleurs rappelée dans l'arrêt. Elle reste pertinente. L'arrêt nous apprend qu'un des fournisseurs avait d'ailleurs estimé trop court ce préavis de déréférencement partiel.

La demande d'octroi de remises supplémentaires non chiffrées (et de réouverture de négociation) ne caractérise pas la soumission. La demande d'obligation, ni déterminée, ni déterminable, suivie le cas échéant de propositions du fournisseur à ce sujet, puis de déréférencements, n'est pas appréhendée comme un déséquilibre significatif. La commission de l'infraction est donc insuffisamment circonstanciée.

III. – Le rappel des autres fondements pour agir ou résister

Cette affaire fait ressortir, mais ce n'est pas la première du genre à ce sujet[8], que la tentative de soumission ou la soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ne se présument pas. Le fondement de l'action engagée est finalement assez contraignant au plan des critères à réunir pour voir celle-ci prospérer.

Mais un tel fondement ne serait pas le seul envisageable, tant pour le ministre que, le cas échéant, pour les fournisseurs prêts à débattre après l'arrêt de leur relation commerciale, à raison des abus dont ils ont pu s'estimer victime au temps de leurs négociations ou renégociations avec leur partenaire d'alors. Ces fournisseurs peuvent encore, même en cours de relation commerciale, mettre en avant d'autres fondements pour simplement résister ou tenter de résister, aux demandes de concessions additionnelles qui leur seraient adressées.

On pense d'abord au fondement que procure le point 1° de l'article L. 442-6, I, en un temps très employé par le ministre[9] ou les fournisseurs[10], visant les avantages sans contrepartie ou moyennant une contrepartie disproportionnée. Longtemps utilisé comme l'outil de référence dans la lutte contre les versements d'avantages financiers sans contrepartie ou moyennant des contreparties non sérieuses, de même que pour sanctionner la disproportion de la rémunération eu égard au service rendu, le dispositif s'est vu préférer depuis quelques années, notamment par le ministre, le fondement du déséquilibre significatif. Mais l'outil n'en est pas pour autant devenu obsolète[11]. Relevons d'ailleurs qu'à l'occasion de la loi Hamon du 17 mars 2014, le dispositif précité s'est vu enrichir d'un nouvel exemple de pratique, consistant à formuler une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité. Plus récemment, la loi Sapin II du 9 décembre 2016 est, elle aussi, venue compléter la liste des exemples d'abus, par la pratique de financement de « *promotion commerciale* », dont le caractère général du terme pourrait embrasser des demandes d'avantages complémentaires en cours de contrat. La cour d'appel, dans l'arrêt ici commenté, rappelle d'ailleurs que ces différents fondements peuvent se cumuler : « *il convient de relever d'abord que le ministre peut choisir de poursuivre les pratiques litigieuses sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce, même si les faits incriminés relèveraient des dispositions de l'article L 442-6, I, 1° dudit code, une pratique pouvant être qualifiée sous deux fondements cumulatifs* ». On songe aussi, pour certaines pratiques, aux points 4°[12] ou 12°[13], pour ce dernier introduit par la loi Hamon.

L'intérêt de ces autres fondements réside en ce qu'ils n'imposent pas la démonstration de la soumission et, à ce titre, peuvent faciliter l'action en justice. Le ministre, lorsqu'il se trouve débouté sur le fondement du déséquilibre significatif, faute de prouver que les conditions

(8) V. note 4.

(9) En ce sens, par exemple, CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786, dans la continuité des multiples décisions relatives à une affaire initiée au milieu des années 2000 par le ministre à l'encontre d'une Enseigne de la Grande Distribution (Système U).

(10) En ce sens, par exemple, CA Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616.

(11) En ce sens, CA Paris, 15 janv. 2015, n° 13/03832 (application dans le commerce des fruits et légumes). V. aussi, CA Paris, Ord., 18 nov. 2015, n° 14/20267, à propos d'une enquête demandée par le ministre de l'Économie : « *Dans sa requête l'Administration fait état d'informations selon lesquelles la société ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL (ITM AI) aurait demandé depuis le mois de mars 2014 à ses fournisseurs des avantages financiers ou commerciaux supplémentaires non prévus à la convention annuelle au titre de la « compensation de sa perte de rentabilité due à la « guerre des prix » actuelle dans le secteur de la grande distribution ; que les principaux distributeurs cherchent à vendre toujours moins chers leurs produits aux consommateurs, cette politique de « prix bas » étant elle-même destinée pour chaque enseigne à conserver, voire à gagner, des parts de marchés sur leurs concurrents dans le secteur de la grande distribution, (...),* ***qu'en outre, ces demandes de compensation faites aux fournisseurs seraient accompagnées, dans certains cas, de pressions formalisées par des arrêts de commande ou des déréférencements, ou par des menaces d'arrêts de commande ou de déréférencement.*** [en caractère gras dans l'arrêt] ».

(12) Obtention ou tentative d'obtention, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix.

(13) Passation, règlement ou facturation d'une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.

d'application de cette incrimination sont réunies, pourrait ainsi, à titre subsidiaire, invoquer ces autres dispositifs. Il en va de même pour le fournisseur, lorsqu'il négocie avec son distributeur, voire agit à son encontre après avoir été totalement déréférencé.

Ces dispositifs sont sans préjudice de l'invocation, bien que pour l'heure moins audible dans l'univers de la grande distribution, du droit commun issu de la réforme du droit des obligations. En effet, les textes en matière de pratiques restrictives de concurrence emportent avec eux, le cas échéant, les éclairages jurisprudentiels utiles lorsqu'il s'agit de porter une appréciation sur la conformité d'une clause ou d'une pratique en particulier.

Dès lors, certaines solutions, parfois évoquées par la pratique professionnelle face à la nécessité de trouver des réponses aux attentes des opérateurs en matière d'encadrement de leurs pratiques, conçues en amont de la négociation ou de la renégociation, afin de rendre plus complexe la caractérisation de la soumission nécessaire à l'application de la notion de déséquilibre significatif, ne sont pas selon nous, toujours des plus sécurisantes. Bien que témoignant de la vivacité de certains esprits, elles pourraient encourir, selon les circonstances, la requalification sur le fondement précité. L'application du déséquilibre significatif aux « pratiques », expose en effet ces dernières à un tel risque, surtout s'il s'agit de satisfaire les intérêts du plus fort. Il appartiendra aux contrôleurs ou aux juridictions de les apprécier. Quand bien même hors champ d'application de la disposition précitée, ces solutions devraient être aussi analysées au regard des articles L. 441-6 ou L. 441-7 (ou L. 441-7-1) du code de commerce, mais encore de certaines dispositions de l'article L. 442-6, I du même code.

L'on pourrait enfin songer à la rupture partielle d'une relation commerciale établie, appréhendé sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, pour autant que cette rupture n'ait pas donné lieu à préavis[14] ou ait été assortie d'un préavis insuffisant. Le débat ne porterait alors pas sur les obligations ou les avantages en eux-mêmes, mais sur la brutalité de la rupture et le préjudice y afférent.

Ces observations, formulées au regard d'autres dispositions du code de commerce, viennent donc compléter celles au titre de la portée pratique générale de l'arrêt, rendu au visa de l'article L. 442-6, I, 2° dudit code.

Remarques conclusives

Voilà donc un arrêt riche au plan de ses enseignements pratiques et des perspectives qu'il offre aux négociateurs, fournisseurs et distributeurs, alors que les réouvertures de négociations passées la signature des accords commerciaux annuels sont de plus en plus fréquentes. En effet et comme rappelé par le ministre dans un communiqué de l'an passé, relatif à des pratiques de demandes financières additionnelles formulées par la centrale commune entre Intermarché et Casino[15] auprès des fournisseurs, quelques semaines après la signature du contrat-cadre annuel, ces pratiques interviennent dans un contexte général de tension des relations commerciales entre certaines enseignes de la grande distribution et leurs fournisseurs, exacerbé par le phénomène récent des regroupements à l'achat[16].

Ces alliances ayant entre autres pour but d'accroître la performance à l'achat de leurs membres, ces derniers seraient bien avisés de tenir compte des récents signaux de la jurisprudence sur ces questions. ■

(14) Un débat pourrait surgir eu égard à certains déficits de performance économique des produits déréférencés ou sur les obligations mises à la charge du fournisseur à ce sujet, voire pesant implicitement sur ce dernier. À rapprocher de Cass. com., 5 avr. 2018, n° 16-19.923, l'absence de réalisation des objectifs contractuels ne suffit pas à justifier une rupture sans préavis. Nicolas Mathey, Contrats, conc., consom. 2018, n° 6, p. 23.

(15) INCA Achats, dont il a été annoncé récemment l'arrêt d'activité au titre des prochains mois.

(16) La DGCCRF annonce l'assignation des sociétés INCA Achats, Intermarché et Casino devant le tribunal de commerce de Paris pour des pratiques commerciales abusives : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communique/2017/cp-DGCCRF-assignations-13-04-2017.pdf.