

Points de vue pratiques

cause, l'Autorité de la concurrence a retenu la même grille de lecture :

- elle commence par constater que le règlement intérieur et/ou les statuts de telle coopérative comporte(nt) des stipulations qui attribuent à chaque adhérent une zone géographique d'activité exclusive et prévoient un mécanisme de contrôle et de sanction en cas de non-respect, par les membres du réseau, des zones attribuées (voir ADLC, déc. n° 19-D-15, préc., pts. 81-82 ; ADLC, déc. n° 16-D-26, préc., pts. 74-75 et Paris, 18 janv. 2018, préc., pts. 150 à 161) ;

- elle poursuit en observant que les stipulations litigieuses, en instituant entre les adhérents une forme de pacte de non-agression, ont pour finalité d'éliminer toute concurrence effective entre eux (voir ADLC, déc. n° 19-D-15, préc., pts. 83 à 85 ; ADLC, déc. n° 16-D-26, préc., pt. 76 et Paris, 18 janv. 2018, préc., pts. 162 à 170) ;

- enfin, elle souligne que sur chaque zone géographique donnée, plusieurs adhérents du réseau sont en concurrence réelle, ou au moins potentielle, concurrence qui se trouve restreinte par la mise en œuvre des exclusivités imposées (voir ADLC, déc. n° 19-D-15, préc., pts. 86 à 88 ; ADLC, déc. n° 16-D-26, préc., pts. 78 à 104 et Paris, 18 janv. 2018, préc., pts. 171 à 182).

Au terme de l'analyse concurrentielle ainsi menée, l'Autorité de la concurrence a, chaque fois, sanctionné la coopérative en cause, tenue comme seule responsable de l'organisation et du contrôle de l'entente. En l'espèce, la coopérative en cause se voit infligée une amende de 1.700.000 €, étant précisé qu'afin de minimiser le montant de la sanction, elle a sollicité et bénéficié de la procédure de transaction.

S.D

Paris, 31 juillet 2019, n° 16/11545 ; L.442-1 I 1° et 2° (ex. L.442-6 I 1° et 2°)

Avantages financiers non fondés : concurrence ou complémentarité des moyens pour des restitutions ?

L'ordonnance du 24 avril 2019 portant réforme du titre IV, traduit une volonté des pouvoirs publics d'aborder les différentes pratiques restrictives selon une approche qui, bien que minimaliste au plan de la formulation de ce qui relève de l'interdit, n'en est pas moins ferme.

Non sans une note un brin provocatrice et contestataire de l'actuelle occupation de l'espace tant judiciaire que médiatique par le « déséquilibre significatif », les deux – et seuls – outils de lutte des abus de la négociation logés aux points 1° et 2° de l'article L. 442-1 du Code de commerce, nous amènent à imaginer ce que pourrait être le futur de la mise en œuvre du dispositif de règlement de compte entre les parties, en suite d'avantages financiers injustifiés. L'arrêt de la Cour de Paris du 31 juillet dernier nous rappelle d'ailleurs que les justiciables n'opposent pas nécessairement les deux outils précités.

I. – Le passé - bref retour en arrière. Les vingt dernières années ont vu le nombre des pratiques abusives s'accroître régulièrement. A la veille de l'ordonnance du 24 avril dernier, nous en dénombrions treize titre du point I de l'article L. 442-6, dont certaines se déclinaient de surcroît au travers de situations énumérées de manière non limitatives (L. 442-6 I 1°). A celles-ci, il fallait adjoindre les prohibitions visées au point II de l'article, concernant les clauses ou les contrats qui, eux-mêmes traduisaient l'existence d'autres pratiques.

Souvenons-nous pourtant qu'à la veille des « Assises du commerce et de la distribution », première grand-messe consacrée, entre autres, aux déséquilibres amont-aval, à la toute fin de la décennie 1990-2000 (Lettre distr. janv. 1999 ; « Marge arrière et transparence des pratiques commerciales », Les Echos, 13.01.2000, nos commentaires), ayant accouchée de la loi NRE, l'article L. 442-6 I ne visait que cinq pratiques. La NRE a notamment introduit dans le point I de l'article précité, le délit civil d'obtention ou tentative d'obtention d'un partenaire commercial d'un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, ainsi que celui d'abus de la relation de dépendance dans laquelle est tenu un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Le point II se voyait quant à lui enrichi d'un dispositif de sanction, par la nullité de certains arrangements contractuels, dont ceux visant le bénéfice rétroactif de remises ou ristournes ou d'accords de coopération commerciale, ou le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de commande.

La suite est bien connue : l'article L. 442-6 s'est au fil des réformes étoffé pour, à la veille de l'ordonnance du 24 avril dernier, viser treize pratiques. On retiendra, entre autres, à l'occasion de la LME de 2008, l'instauration de l'interdiction de la soumission ou la tentative de soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Ce dispositif se substituait à celui de l'abus de puissance d'achat introduit par la NRE, mais dont la mise en œuvre s'avérait des plus complexes, donc inefficace.

La décennie 2010/2020 allait alors être celle des contentieux en matière de déséquilibre significatif, inaugurés par les assignations « Novelli » visant neuf

distributeurs à enseignes de renom, alors que s'ouvraient les négociations commerciales 2010. Impliquant à l'origine les puissants acteurs de la Grande Distribution, ce contentieux n'a jamais perdu de sa vigueur à leur rencontre, tout en s'étendant à de nouveaux acteurs dotés d'une puissance économique hors norme sur leurs secteurs respectifs. On songe notamment aux plateformes internet de réservations hôtelières ou à celles de vente par ce même moyen (rapp. *supra* Trib. com. Paris, 2 sept. 2019).

Pendant cette dernière décennie, la CEPC a toutefois continué son travail d'analyse des pratiques au regard de l'article L. 442-6 I 1°, soulignant par exemple le caractère « large » de la lettre de l'article L. 442-6 (cf. CEPC, Avis n°17-3, « Coopération commerciale sans contrepartie et déséquilibre significatif », Lettre dist. avril 2017). Si traditionnellement, c'est-à-dire avant l'instauration du déséquilibre significatif, le contentieux de l'article L. 442-6 I 1° apparaissait comme étant celui du Ministre qui par son action, a pu amorcer le contentieux entre les parties, ce premier fondement a par la suite été assez délaissé, de notre point de vue, par l'Administration au profit du contentieux pour déséquilibre significatif. L'article L. 442-6 I 1° devait ainsi entrer dans une période de relative léthargie au plan judiciaire, bien que de temps à autre ponctuée d'affaires initiées par des victimes de pratiques abusives, notamment à l'occasion de contentieux de rupture brutale assortis de demande en restitution d'avantages indûment versés à raison de services fictifs ou dont la rémunération était disproportionnée (V. not. Paris, 24 mars 2011, Lettre dist. avril 2011 et Com., 11 sept. 2012, n° 11-14.620 et n° 11-17.458 : Lettre dist. avril 2011, nos obs. ; RLDA, n° 61, juin 2011, nos obs.), outre les éventuels règlements de comptes par voie d'accords aussi amiables que discrets. Mais l'outil du L. 442-6 I 1° (L. 442-1 1°) par la NRE et récemment toiletté ne serait-il pas au point de sortir de période sa torpeur ?

II. – Le présent – L'actualité

1. C'est en règle générale et avant tout, au plan judiciaire, celle des affaires de déséquilibres significatifs toujours essentiellement l'initiative du Ministre (rapp. *supra* Trib. com. Paris, 2 sept. 2019). On rappelle que ces actions ont parfois conduit au contrôle du prix convenu (Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, obs. N.E, Lettre distr. févr. 2017 ; Cons. constit. Déc. n° 2018-749, QPC du 30 novembre 2018, Lettre distr. déc. 2018, obs. N.E). Et le Ministre ne désarme pas. On songe notamment au contentieux engagé par lui cet été à l'encontre du mouvement E. Leclerc pour des pratiques commerciales abusives commises par sa centrale d'achat belge, avec demande de condamnation à hauteur de 117,3 millions (Communiqué du Ministre de l'Économie du 22 juillet 2019, n° 1354).

Mais, dans cette actualité, les acteurs privés ne sont pas de simples spectateurs. En témoigne le contentieux ici rapporté où les deux fondements de l'ex L.446 I 1° et 2° sont invoqués par le fournisseur (signalons au passage que le litige n'est pas dénué d'intérêt au plan des problématiques de rupture de relations commerciale établie qu'il aborde, telles que l'arrêt des relations commerciales pour des produits d'arrivage ainsi que des produits permanents, la dépendance économique sans exclusivité ; l'existence d'un appel d'offres etc.).

- En l'espèce, les demandes du fournisseur au titre du déséquilibre significatif sont rejetées, faute pour celui-ci d'avoir pu démontrer l'élément constitutif de soumission ou de tentative de soumission à l'occasion de la négociation commerciale avec son client, une enseigne de la grande distribution de produits de bricolage. L'absence de démonstration de la soumission : c'est là le premier obstacle auquel les demandeurs vont s'exposer. Alors que le Ministre n'intervenait pas ici, par exemple aux fins de solliciter le prononcé d'une amende civile et que les clauses discutées, du moins au vu des éléments de l'arrêt qui semblent plutôt relier les demandes en restitution au non-respect de l'article L. 442-6 I 1° à raison de prétendus avantages sans contrepartie, l'on peut s'interroger sur l'objectif pertinent de la prétention sur le fondement de L. 442-6 I 2°, que les éléments de l'arrêt ne nous permettent pas d'identifier précisément.

- S'agissant des prétentions fondées sur l'article L. 442-6 I 1°, il était question de remises de fin d'années et de rémunération de prestations de services. Selon la Cour, les appelantes ont échoué à établir la réunion cumulative de trois conditions de la pratique restrictive de concurrence dénoncée, à savoir le partenariat commercial, l'existence d'un avantage quelconque et le défaut de service commercial effectivement rendu ou la disproportion manifeste au regard de la valeur du service rendu.

. Pour ce qui est des ristournes, à propos desquelles le fournisseur reprochait au distributeur d'appliquer un taux de remise sur la base d'un pourcentage calculé par référence à l'intégralité du chiffre d'affaires, la Cour considère qu'elles sont accordées au regard d'un taux déterminé à l'annexe des conventions et du chiffre d'affaires effectivement réalisé au cours du mois précédent, de sorte qu'elles dépendent des quantités effectivement commandées par le distributeur. L'avantage accordé correspondait donc à une contrepartie. La circonstance que le taux s'applique globalement et pas spécifiquement par produit n'était pas en soi un avantage dépourvu de contrepartie « dans le contexte décrit ci-dessus ».

Points de vue pratiques

. Pour ce qui est des prestations facturées par le distributeur, que le fournisseur considèrerait comme ne correspondant à aucun service réel ou ne tenant pas compte de la valeur réelle de la prestation, la Cour d'appel constate que les contrats faisaient ressortir que les services rendus par le distributeur moyennant rémunération, étaient des services de « mise en avant en catalogue, mise en avant sur internet, mise en avant permanente dans les magasins, l'annexe 3 précisant les services choisis par le fournisseur et leur coût », en sorte que le fournisseur ne pouvait soutenir que la rémunération du distributeur était dépourvue de contrepartie, le taux de la rémunération étant par ailleurs défini chaque année entre les parties. Selon la Cour, la contrepartie à la rémunération était effective, alors que le fournisseur ne démontrait aucunement que cette rémunération était excessive. Il est en outre indiqué dans l'arrêt que les conditions d'exécution du contrat étaient inopérantes en l'espèce.

Pareil verdict peut appeler trois observations, sous réserves des circonstances et des pièces versées au dossier par les parties et qui nous sont inconnues. En premier lieu et de manière générale, le seul énoncé dans une convention annuelle, surtout s'il s'agit d'une convention cadre, d'intitulés de services, contreparties apparentes d'une rémunération précisée, ne traduit pas *ipso facto* la quantification et la définition précise de ces derniers. La notion de « mise en avant », en elle-même assez évasive, a souvent été prise à défaut à l'occasion de la jurisprudence passée (cf. par ex. Paris 29 juin 2016, n° 14/09786 et 14/02306 : Lettre distr. sept. 2016). Mais peut-être ces « mises en avant » étaient-elles décrites avec précision en d'autres endroits de la convention, par exemple, dans l'annexe 3 citée par la Cour, quitte à ce que certains éléments, inconnus lors de sa conclusion, soient ensuite déterminés par contrat d'application. Notre deuxième remarque se rapporte à la reconnaissance du caractère effectif de la contrepartie de la rémunération, que la Cour semble déduire du seul contenu du contrat, en indiquant que les « conditions d'exécution », que nous comprenons comme étant leur vérification, étaient inopérantes en l'espèce. L'approche ne manque pas de surprendre, alors que le dispositif légal en vigueur au moment des faits visait les avantages au titre d'un service commercial « effectivement rendu » ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du « service rendu ». Signalons qu'il en ira de même dans le dispositif issu de l'ordonnance du 24 avril dernier, qui prévoit que « les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat » (cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avril 2019, p. 7). La troisième remarque tient au caractère non excessif de la rémunération, dont l'affirmation pourrait sembler bien emportée, en l'absence d'examen de la consistance de services et de leur exécution. A l'occasion d'affaires passées, la Cour d'appel avait pu apparaître à ce sujet plus regardante (Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616, préc. ; Paris, 29 juin 2016, n° 14/02306, préc. : « (...), il (en l'espèce une Centrale) lui appartient de justifier la réalité des opérations qu'elle a décrites dans ses factures, ce qu'elle ne fait pas en l'espèce, ne pouvant se borner à dire que ces opérations ont servi à la société (...). Que la preuve qui lui incombe n'est manifestement pas faite de ce que les services ainsi rémunérés sont distincts des services prévus et rémunérés dans les conditions générales de vente des fournisseurs et que, si ces services sont distincts, ils sont également réels. Considérant que le moyen tiré de la disproportion du prix, dont la démesure n'est pas expliquée, s'avère sans objet. Considérant que l'action en répétition de l'indu doit être accueillie à hauteur de la somme de 797 795 Euros ».

2. Mais l'arrêt rapporté n'est finalement qu'une espèce dans laquelle les deux moyens du L. 442-6 I 1° et 2° sont avancés pour appréhender des situations différentes. Or, ce qui nous occupe ici tient plus d'un questionnement sur la mise en œuvre de la réforme, lorsque les deux fondements sont susceptibles d'être employés pour le rééquilibrage d'une situation tarifaire anormale, au sens le plus large qu'il soit.

Le point I de l'article L. 442-1, siège des nouvelles pratiques abusives visant à lutter contre les déséquilibres dans la relation commerciale se veut épuré, selon l'objectif de simplification voulue par la loi Egalim s'agissant des pratiques de l'article L. 442-6 (cf. art. 17 I. 6° de la loi du 30 octobre 2018). Il l'est d'ailleurs à l'extrême, le nouveau dispositif n'étant à une disposition près (le déséquilibre significatif) pas plus fourni que ce qu'il ne l'était il y a près de vingt ans avec la loi NRE puisque les pratiques contenues dans le point I de l'article L. 442-6 dans sa version de 2001 ont quasiment toutes été abrogées au fil du temps (à l'exception du délit civil d'obtention ou tentative d'obtention d'un partenaire commercial d'un avantage sans contrepartie ou moyennant une contrepartie disproportionnée et abstraction faite de la rupture brutale ou la participation à l'interdiction de vente hors réseau, pour l'avenir contenues ailleurs que dans le point I précité).

A l'heure actuelle et pour ce qui est de la lutte contre les avantages injustifiés, la notion de « partenaire commercial » est remplacée par celle, plus large, de l'« autre partie ». Celle d'un « avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu » par celle, plus accueillante, d'« avantage ne correspondant à aucune contrepartie ». Enfin, le caractère manifestement

disproportionné ne s'apprécie plus au regard de la valeur « du service rendu » mais de celle de la « de la contrepartie consentie », dénotant le caractère commutatif du dispositif. Car la notion de contrepartie au centre du dispositif, quel que soit la qualité des parties dans le cadre d'activités de distribution, de production ou de service (cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avril 2019, p. 7).

A cette pratique originelle, élargie dans son périmètre, se rajoute le délit civil du déséquilibre significatif, lui-même élargi dans son domaine. Comment combiner l'approche de ces pratiques dans le cadre d'un débat sur la valeur ?

III. – Le futur – la question du choix des moyens

La réduction du nombre des interdictions, présentée dans le rapport au Président de la République comme un recentrage (cf. Rapport précité, p. 6), ne doit pas se comprendre comme un adoucissement du dispositif de lutte. En témoigne - dans la continuité du mouvement de durcissement des sanctions et notamment de l'amende civile initié par les précédentes lois - la suppression à l'occasion de la réforme de la référence à la proportionnalité de la sanction aux avantages tirés du manquement dans la limite de 5% du chiffre d'affaires de l'auteur des faits (cf. Rapport précité, p. 8).

Pour ce qui relève des composantes du prix, jusqu'au triple net et dans la perspective d'une démarche préventive pour de putatifs auteurs d'abus, ou correctrice pour leurs éventuelles victimes, on en revient plutôt, avec l'idée d'un recentrage, à ce qui est essentiel, sans se disperser. L'on pourrait certes s'employer à ranger les pratiques qui ne sont plus mentionnées en tant que telles dans la loi sous la définition des pratiques maintenues. Mais est-ce vraiment si important, alors que certains dispositifs n'ont été que très peu mis en œuvre ?

Le choix des pouvoirs publics de maintenir dans les deux seuls dispositifs de lutte contre les pratiques abusives (rupture brutale et participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau mis à part) une prohibition, large, des avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionné qui, à la différence de l'interdiction du déséquilibre significatif, n'exige pas la démonstration d'une soumission ou d'une tentative de soumission, laisse aux victimes le choix des armes, au mieux de leurs intérêts. La tentation d'opposer sans nuance la police des avantages ou de leur valeur (L.442-1 I 1°) à celle des clauses (L.442-1 I 2°) est peut-être critiquable, d'autant que ce dernier dispositif s'est immiscé dans sur le terrain du premier (voir Com. 25 janv. 2017 et Cons. constit. Déc. n° 2018-749, préc.). Mais il n'en demeure pas moins que les deux outils ont certes leurs terrains de prédilection respectifs, leurs subtilités ou particularités de mise en œuvre, même s'ils peuvent, à certains égards, s'alimenter mutuellement.

Et tout n'est pas à réécrire. Les acteurs, à tout le moins ceux pour lesquels ces dispositifs ont été imaginés et ceux auxquels ils peuvent être appliqués - et leurs juristes - doivent en avoir conscience. Le contexte juridico médiatique du moment et les problématiques « transverses » pourront aussi être des éléments à prendre en considération. Les deux dispositifs, très accueillant, viennent à notre rencontre avec leur raison d'être, leur histoire et leur cortège de doctrine et de jurisprudence, à l'initiative du Ministre ou des parties. Pour ces dernières, la vengeance est un plat qui se mange froid, souvent après avoir été éconduites et pour le coup plus enclines à restaurer un équilibre dont elles ont été privées en demandant des comptes à leur ancien partenaire. Alors, concurrence, complémentarité, peut-être subsidiarité de ces dispositifs ? Pour autant que cette question soit pertinente, à chacun de voir le moment venu, en amont lors des négociations et après coup lors des règlements de compte.

J-M.V

En bref...

Pau, 21 juin 2019, n° 17/03997

Qualité d'agent commercial – Permanence du pouvoir de négocier

Celui qui se prétend agent commercial doit établir qu'il exerce une activité de négociation en toute indépendance et que sa mission s'exerce à titre permanent et non à titre ponctuel ou occasionnel. Or en l'espèce, la faculté de suggérer des remises, laquelle paraît en elle-même insuffisante à caractériser une marge de manœuvre certaine, n'a aucun caractère de permanence puisqu'elle s'exprime au cas par cas sur la base de devis établis par le supposé mandant.

Y.I