

Points de vue pratiques

prévues par la loi. Notre préférence va à la seconde voie. L'essentiel étant que ces publicités ne fassent « pas appel au sentiment de bonheur ni ne jouent sur le registre de la convivialité » au-delà de ce qui est acceptable pour l'alcool. La publicité, et non le message strictement informatif et objectif, doit en effet rester autorisée.

A. Louvet

CA Paris, 27 février 2020, n° 17/14071

Centrales et avantages pour services fictifs : prescription et dialectique de la preuve

Faits. Le fournisseur Label G2 avait noué en 1998 des relations commerciales avec un client, la société Excelvision, auprès de laquelle il vendait ses produits. A la suite de l'acquisition d'Excelvision par le Groupe Fareva, les négociations commerciales devaient être menées non plus entre Label G2 et Excelvision, mais entre Label G2 et une centrale de référencement, la société Centragroup Fareva, dont la fonction consistait à négocier les conditions des achats entre les fournisseurs et les sociétés du groupe Fareva. L'intervention de la centrale a, dans un premier temps, donné lieu à une convention de courtage conclue le 17 février 2005 puis, dans un deuxième temps, à un encadrement par des Conditions Particulières d'Achat prenant effet à compter du 1^{er} février 2014. La rétribution de la centrale par le fournisseur se faisait au moyen de commissions sur les sommes encaissées par le fournisseur. Ces commissions étaient égales à la différence entre un prix d'achat brut, facturé par le fournisseur au client, et un prix net donné. Considérant que les commissions exigées par la centrale avaient atteint un montant exorbitant, le fournisseur devait annoncer en juin 2015, la fin de la collaboration avec la société Excelvision pour le 30 septembre suivant « *en dénonçant des pratiques commerciales et le montant totalement démesuré de la rétro-commission* » de la centrale, puis dans un courrier du 11 septembre suivant, des « *taux de commission de courtage intenablement associés dans le même temps à une impossibilité de produire rentablement* ». Le fournisseur refusant de régler les dernières factures émises par la centrale au titre de ses commissions, celle-ci l'assignait en paiement. Reconversionnellement, le fournisseur demandait au principal la condamnation de la centrale sur le fondement de la responsabilité de l'article L. 442-6 I 1° dans sa version alors applicable. Il considérait que les avantages consentis à la centrale, sous l'empire tant des premiers contrats que des seconds, étaient sans contrepartie, et sollicitait la restitution des commissions versées au titre des cinq dernières années. A titre subsidiaire, le fournisseur invoquait l'article 1131 du Code civil, dans sa version alors applicable, et l'annulation des contrats « Convention de courtage » et « Conditions Particulières d'Achat », avec restitution des sommes payées. Le Tribunal de commerce de Paris déboutait la centrale de sa demande en paiement et la condamnait aux restitutions sollicitées par le fournisseur. La Cour d'appel de Paris confirmait la décision des premiers juges.

Problèmes :

- L'obligation souscrite par un fournisseur de rémunérer l'intervention d'une centrale de référencement, dans le cadre d'une convention de courtage, pour la négociation des conditions commerciale entre ce fournisseur et une clientèle préexistante à l'intervention ladite centrale, et les paiements de commissions consécutifs, sont-ils de nature à voir engagée la responsabilité de la centrale, créancière de l'obligation de paiement, sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° anc. du Code de commerce ?

- Sur ce même fondement, l'obligation souscrite par un fournisseur de rémunérer une centrale de référencement au titre de services et actions tels que ceux décrits dans la présente espèce et les paiements de commissions consécutifs, sont-ils aussi de nature à voir engagée la responsabilité de la centrale, créancière de l'obligation de paiement ?

- En retenant la faute sur le fondement précité, le préjudice du fournisseur traduit par la diminution de son chiffre d'affaires à raison du versement des commissions versées sans contrepartie accentuant ses difficultés financières, est-il aussi de nature à justifier la condamnation de la centrale sur le fondement du texte précité ?

Solution. Pour la Cour, il résultait des pièces versées aux débats que la centrale avait imposé au fournisseur de lui verser des commissions sur le chiffre d'affaires réalisé auprès de lui par sa filiale, sans que puisse être identifiée la réalité de prestations en contrepartie, que ce soit au titre du premier ou du second contrat. Pour la Cour, le tribunal avait démontré l'absence de contrepartie à la commission versée. Ce faisant, la centrale avait engagé sa responsabilité sur le fondement de l'article 442-6 I° et il en résultait pour le fournisseur un préjudice, puisque son chiffre d'affaires avait diminué d'autant et qu'il avait été amené à rompre les relations nouées, aux motifs qu'il rencontrait des difficultés financières, accentuées par le versement des commissions versées sans contrepartie.

La Cour confirme le jugement du tribunal, qui avait évalué le préjudice causé par cette faute au montant des commissions versées par le fournisseur et qui étaient indues. De plus et dès lors que la centrale avait engagé sa responsabilité en facturant des commissions ne correspondant à aucune prestation, sa demande de paiement des factures impayées devait logiquement être rejetée, la somme réclamée correspondant au préjudice subi par le fournisseur résultant de l'exécution d'un contrat ne comportant pour lui aucune contrepartie.

Analyse. Après analyse des faits, la Cour répond par une solution unique aux deux premières questions, qui sont les plus essentielles, pour la solution du litige. Soulignons que les premiers juges avaient procédé en deux temps, analysant d'abord l'avantage attribué au titre de la convention de courtage, puis celui attribué dans le cadre de la convention formalisée par des Conditions Particulières d'Achat. Nous savons depuis la NRE de 2001, que constitue une faute au sens de l'article L. 442-6 I 1°, notamment, l'obtention ou la tentative d'obtention d'un « *avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu* ». La référence à un « *service commercial* » suivie de l'attribut « *effectivement rendu* », renvoient à une double exigence de réalité : celle du caractère réel du service en soi, au vu de sa nature, et celle du caractère réel de son exécution. Les deux faisaient ici défauts.

S'agissant d'abord de l'avantage obtenu au titre de la convention de courtage, le tribunal avait constaté que la centrale ne pouvait se prévaloir d'une mise en relation du fournisseur avec le client, pour exiger une rémunération sur toutes les opérations passées directement entre eux. En effet, les relations avec le client préexistaient à l'intervention de la centrale. Au demeurant, cette dernière ne démontrait pas quel service elle apportait au fournisseur, alors d'ailleurs que le tribunal avait constaté que le chiffre d'affaires réalisé à partir de 2005, année où la centrale s'était immiscée dans les relations entre le fournisseur et le client, n'avait pas augmenté, ce qui montrait que la centrale n'avait pas eu d'impact positif sur le courant d'affaire préexistant. Au plan de la prescription, il nous semble intéressant de souligner que le tribunal, en cela non contredit par la Cour, avait rappelé, s'agissant des demandes au titre de cette première convention, que le régime de la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil, courait « *à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* », sans d'ailleurs même évoquer l'article L. 110-4, I du Code de commerce visant les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et qui ne fixe pas de point de départ en matière de computation du délai pour prescrire, à la différence des actions visées dans le II de cet article. Dans un récent commentaire, Anouk Bories rappelait à ce sujet que « *La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (...) a ramené à 5 ans le délai décennal de prescription de l'ancien article L. 110-4 du Code de commerce, harmonisant le texte avec le nouvel article 2224 du Code civil, issu de la même loi* » et indiquait que « *les juges de la chambre commerciale font justement le choix de ne pas renoncer à un cadre fondamental civiliste et associent les articles L. 110-4 du Code de commerce et 2224 du Code civil* » (Lettre distrib. 05/2020 ; JCP E, 2020, 1265. A rapp. Trib. com. Rennes, 22 oct. 2019, n° 2017F00131, à propos de la prescription de l'action du Ministre de l'économie). Dans l'affaire ici commentée, l'action ayant été introduite en janvier 2016, le préjudice dont pouvait se prévaloir le fournisseur au titre des commissions indues était égal au total des commissions versées par lui entre février 2011 et janvier 2014 (soit jusqu'au moment où entrait en vigueur les conditions particulières d'achat).

S'agissant ensuite de l'avantage obtenu au titre du contrat « Conditions Particulières d'Achat », la centrale n'établissait pas plus « *quel service réel* » elle apportait au fournisseur, ni ne montrait que le chiffre d'affaires réalisé par celui-ci à partir de 2014 aurait augmenté grâce à son « *rôle de service* » tel qu'expliqué dans les conditions particulières précitées (négociation avec les fournisseurs de conditions d'achat pour toutes les sociétés du groupe, permettant ainsi au fournisseur de réaliser la vente de ses produits, et gestion des opérations d'achat). Selon le même raisonnement juridique que celui mis en œuvre pour l'avantage au titre de la « Convention de courtage », le tribunal, en cela approuvé par la Cour, devait estimer que le préjudice subi par le fournisseur, était égal aux commissions versées à la centrale entre février 2014 et juin 2015. Bien que la disposition ne soit pas expressément visée dans par les premiers juges, il transparaît du raisonnement du tribunal et de la Cour, l'exigence probatoire de l'article L. 442-6 III, § II, qui dispose que « *dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.* ». Il ne s'agit d'ailleurs que d'un rappel des exigences probatoires de l'article 1315 du Code civil, dans sa version alors applicable, qui prévoyait,

Points de vue pratiques

après que celui qui réclamait l'exécution d'une obligation ait à la prouver, que réciproquement, celui qui s'en prétendait libérée doit justifier du paiement ou du fait qui avait produit l'extinction de son obligation (*rappr.* C. civ., art. 1353 nouv. contenant une disposition identique). Comme expliqué et efficacement imagé par certains auteurs « *c'est à celui qui avance une prétention de la prouver : celui qui invoque un contrat devra démontrer son existence et son contenu, l'adversaire qui prétend avoir payé devra à son tour rapporter la preuve du paiement, etc. Sur le plan de la preuve, le procès s'apparente à une partie de ping-pong où chacun se renvoie la balle. Et, de même que le joueur qui rate la balle perd le point, de même le plaideur qui manque sa preuve perd le procès* » (Ph. Malinvaud, M. Mekki, J-B. Seube, Droit des obligations, 15^e éd. 2019, n° 398). Bien que les nouveaux articles L. 442-1 et s. du Code de commerce, qui à l'occasion de la réforme issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, se sont substitués à l'ancien article L. 442-6, ne fassent plus expressément référence à la charge de la preuve libératoire un temps contenue dans le III de cet article, pour cause de simplifications et précisions apportées à l'arsenal de lutte contre les pratiques abusives, la mécanique probatoire ci-dessus demeure inchangée. Au cas présent, à défaut pour la bénéficiaire de l'avantage d'avoir été en mesure de rapporter la preuve que les conditions de l'article L. 442-6 I 1^o précité n'étaient pas réunies et de démontrer « *quel service réel elle apportait* » au fournisseur, la centrale, défaillante dans l'exécution de cette prescription légale, a été considérée fautive. Le préjudice causé par cette faute s'est élevé au montant des commissions qui étaient indues.

Le flot de litiges sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1^o pour les avantages indus obtenus par les centrales de référencement et favorisés, justement, par leur situation « centrale » dans la relation commerciale, n'a jamais tari (*rappr.* Com. 26 sept. 2018, n° 17-10173 : Lettre distrib. 10/2018, nos obs. ; Paris, 31 juill. 2019, n° 16/11545 : Lettre distrib. 09/2019, nos obs. ; « *Souplesse ou rigueur en matière de prestations de services de l'article L. 441-7 du Code de commerce ? Un enjeu à risques différés à l'heure de l'arrêt des relations commerciales* », RLDA, n° 61, Juin 2011, nos obs.). La problématique de la négociation commerciale entre ces intermédiaires et les fournisseurs aura façonné tant le droit de la transparence que celui des pratiques abusives, et plus généralement celui des pratiques restrictives de concurrence. L'affaire ici rapportée nous en procure un nouvel exemple, sans d'ailleurs même que les juges n'aient eu à se pencher sur la problématique de la proportionnalité de l'avantage, puisque les contreparties n'étaient – déjà pas – réelles. Les vrais ou supposés incontournables intermédiaires devraient retenir quelques enseignements de cette affaire, notamment quant à leur rôle, à ce qu'ils apportent aux débiteurs de l'obligation de paiement, à l'utilité pour ces derniers des tâches ou prestations rétribuées et, au-delà, même si ce n'était pas ici le sujet, de la valorisation de ces dernières.

J-M. Vertut

Autorité de la concurrence, Etude Mai 2020, Concurrence et commerce en ligne

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-06/concurrence_commerce_en_ligne_v2.pdf

Huit ans après son avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, l'Autorité de la concurrence publie une passionnante étude dédiée aux incidences du e-commerce sur la politique de concurrence. Elle fait état d'une application des règles de concurrence évolutive au regard de la croissance des ventes en ligne, et des technologies numériques permettant d'y procéder. Partant du constat que les achats en ligne représentent aujourd'hui un peu moins de 10 % du commerce de détail en France, avec une croissance rapide d'environ 14 % par an entre 2014 et 2018, elle met en exergue les stratégies d'adaptation des offreurs déployant des modèles omnicanals, « *phygital* » ou « *click & mortar* », intégrant le recours aux technologies numériques et à l'utilisation des smartphones, tablettes ou technologies augmentées.

Cette étude traite en substance en premier lieu de l'évaluation de la pression concurrentielle exercée par les activités en ligne sur les activités hors ligne (I), et en second lieu des comportements des opérateurs face au développement du commerce en ligne (II).

I. Sur l'évaluation de la pression concurrentielle exercée par les activités en ligne sur les activités hors ligne

L'Autorité de la concurrence livre sa grille d'analyse ayant accueilli la prise en compte des ventes en ligne dans la définition du marché pertinent, lorsque ces ventes exercent une pression concurrentielle suffisante sur les ventes en magasin. Cette pratique décisionnelle est nouvelle par rapport à la position adoptée par l'Autorité en 2012.

La substituabilité des ventes en ligne et hors ligne du point de vue des offreurs et des consommateurs relève bien évidemment d'une appréciation au cas par cas. L'Autorité procède, pour ce faire, à une

analyse des reports de demandes inter-canaux tant sur un plan quantitatif (analyse du report de la demande en cas de hausse uniforme des prix de 5 à 10%), que qualitatif (taux de pénétration de la vente en ligne dans le secteur étudié, les documents internes des parties, les évolutions des prix et la similarité des gammes de produits et des services proposés sur les canaux en ligne et hors ligne et, enfin, la capacité des consommateurs à passer d'un canal à l'autre). Pour autant, l'Autorité précise que, bien que les ventes en ligne et hors ligne soient considérées comme s'exerçant dans un seul et même marché, la dimension géographique des marchés pourra être définie au niveau local ou national car « *l'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut ainsi être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales* » (§ 46). Cette substituabilité a pu être identifiée par l'Autorité notamment dans les affaires de rachat de Darty par la Fnac sur le secteur des produits bruns ou gris (Déc. n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016) ou encore sur le secteur de la distribution au détail de jouets, lors du rachat Toys 'R'Us par PicWic (Déc. n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019). En revanche, la substituabilité entre les ventes en ligne et hors ligne a pu être rejetée dans les affaires Deezer (Déc. n° 04-D-54 du 9 novembre 2004), lors de l'analyse de l'opération de concentration dans le secteur de la distribution de détail d'articles de jardinage, de bricolage, d'animalerie et d'aménagement extérieur (Déc. n° 18-DCC-148 du 24 août 2018), ou encore dans le secteur de la vente de produits de décoration et de bazar à bas et moyen prix (Déc. n° 17-DCC-216 du 18 décembre 2017).

Une fois le marché déterminé, l'Autorité doit procéder à l'appréciation des parts de marché, étape particulièrement complexe, en particulier sur des marchés locaux. Pour exemple « *lors de l'examen du rachat de Darty par la Fnac, l'Autorité a adopté des méthodes de calcul différenciées en fonction du profil des acteurs sur le marché. S'agissant des acteurs possédant des points de vente, faute de chiffres d'affaires pour l'ensemble des concurrents des parties au niveau local, l'Autorité s'est appuyée sur des données de surfaces des magasins physiques multipliées par des chiffres d'affaires par mètre carré moyens de chaque enseigne pour chaque grande zone géographique, à savoir région parisienne, grandes villes de province et province hors grandes villes. S'agissant des acteurs en ligne, les parts de marché au niveau local ont été estimées à l'aide d'un double postulat : pour chaque zone de chalandise, i) sur le segment de la vente en ligne, les parts de marché des acteurs sont supposées identiques à celles qu'ils détiennent au niveau national, ii) le poids en termes de valeur des ventes en ligne par rapport aux ventes en magasin est identique à celui observé au niveau national* » (§ 59).

Dans ce cadre concurrentiel, l'Autorité met en exergue les facteurs concurrentiels des activités en ligne, tels la mobilité des clients entre opérateurs, le multi-hébergement des clients et l'évolution rapide des marchés numériques. Elle identifie également les facteurs susceptibles de diminuer la concurrence, tels les effets de réseau (à savoir lorsque la valeur d'un produit ou d'un service s'accroît avec le nombre de ses utilisateurs), et l'accès aux données qui constituent des barrières à l'entrée renforçant le pouvoir de marché des opérateurs en place.

II. Sur l'analyse des comportements des opérateurs face au développement du commerce en ligne

A. Les restrictions sur le commerce en ligne

1. Les pratiques interdites. Parmi les comportements des fournisseurs visant à limiter la concurrence pratiquée par les revendeurs en ligne, on notera que l'Autorité illustre, à travers sa pratique décisionnelle et celle des autorités européennes de concurrence, la qualité de « *restriction caractérisée* » attachée aux pratiques d'imposition des prix de revente, de « *dual pricing* », à savoir le fait de pratiquer des prix différents en fonction du canal de revente en ligne ou hors ligne, et d'interdiction des ventes en ligne. Bien que ces restrictions caractérisées puissent faire l'objet d'une exemption individuelle, l'Autorité rappelle qu'aucune de ces pratiques n'a pu bénéficier d'une telle exemption à ce jour.

2. Les pratiques autorisées sous certaines conditions : - S'agissant des pratiques de différenciation tarifaire entre les acteurs traditionnels et les acteurs spécialisés de la vente en ligne : « *cette différenciation tarifaire n'est en principe susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle que dans la mesure où elle émane d'une entreprise en position dominante ou d'un accord de volontés entre opérateurs économiques et à condition que :*

- *l'ampleur du différentiel de prix puisse avoir des effets anticoncurrentiels, en limitant la pression concurrentielle que les acteurs spécialisés dans la vente en ligne sont censés pouvoir exercer sur le commerce traditionnel,*

- *que ce différentiel tarifaire ne s'appuie sur aucune justification objective, liée par exemple à des volumes d'achats ou à des services rendus par chaque canal de distribution qui pourrait motiver une exemption individuelle de cette pratique* » (§ 101).