

Points de vue pratiques

TUE, 26 janvier 2022, aff. T-286/09 RENV

Rabais de fidélité et abus de position dominante

Faits. La décision sous commentaire met fin au contentieux « Intel » et ouvre aux entreprises dominantes de plus grandes marges de manœuvre dans la construction de leur politique tarifaire. Faisant suite à l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire « Intel » (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C413/14 P, Lettre distrib. 10/2017, N. Ereseo), le Tribunal de l'UE prononce une annulation partielle de la décision de la Commission du 13 mai 2009 (Aff. COMP/C-3/37.990) ayant pour conséquence l'annulation de l'amende record de 1.06 milliards d'euros qui avait été infligée à Intel.

Pour mémoire, la Commission, confirmée par le Tribunal (TUE 12 juin 2014, aff. T-286/09, Lettre distrib. 07/2014, comm. K. Biancone) avait sanctionné Intel pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché mondial des processeurs x86, entre octobre 2002 et décembre 2007, en mettant en place des pratiques tarifaires visant à évincer son principal concurrent AMD. Intel avait, d'une part, mis en place un système reposant sur l'octroi de rabais au quatre principaux fabricants d'ordinateurs (Dell, Lenovo, HP et NEC) en contrepartie de leur engagement d'achat exclusif ou quasi-exclusif (ci-après « rabais de fidélité ») et, d'autre part, octroyé des paiements directs à trois fabricants (HP, Acer et Lenovo), à condition que ceux-ci reportent ou annulent le lancement de produits équipés de CPU x86 d'AMD ou imposent des restrictions à la distribution de ces produits (ci-après « restrictions non déguisées »).

La Cour de justice avait précisé la jurisprudence Hoffmann-La Roche (13 février 1979, 85/76, EU:C:1979:36) condamnant les rabais d'exclusivité pratiqués par une entreprise dominante comme une infraction par nature, sans en apprécier les effets, considérant que si « l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés. Dans un tel cas, la Commission est non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces » (§ 139 de l'arrêt). Elle avait également considéré que « l'analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces » (« test AEC » i.e. « as efficient competitor test ») était pertinente pour savoir si le système de rabais pouvait être objectivement justifié, et que la Commission ayant recouru à cette analyse devait étudier les arguments d'Intel visant à contester les résultats du test effectué par la Commission.

Question. Le Tribunal, statuant sur renvoi, devait décider si les rabais de fidélité litigieux avaient la capacité d'éviction anticoncurrentielle, à la lumière des précisions apportées par la Cour de justice sur l'interprétation de l'arrêt Hoffman-La Roche.

Solution. Le Tribunal maintient sa décision concernant le caractère illégal par nature des restrictions non déguisées au regard de l'article 102 TFUE, adoptée dans son arrêt initial, considérant que la Cour ne revient pas sur cette analyse et que « Le principe de sécurité juridique ne s'oppose pas à ce que les rabais conditionnels et les restrictions non déguisées soient soumis à des tests juridiques différents, au motif qu'une distinction entre ces deux types de comportement ne serait pas susceptible d'être appliquée d'une manière cohérente par les autorités et les juridictions compétentes » (§ 94).

Par ailleurs le Tribunal décide qu'« il y a lieu de relever que l'arrêt sur pourvoi précise la jurisprudence Hoffmann-La Roche, dont il est possible de tirer trois enseignements.

- Premièrement, [...] si un système de rabais instauré par une entreprise en position dominante sur le marché peut être qualifié de restriction de concurrence, dès lors que, compte tenu de sa nature, ses effets restrictifs sur la concurrence peuvent être présumés, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à cet égard, d'une présomption simple et non d'une violation per se de l'article 102 TFUE, dispensant la Commission en toute hypothèse d'en examiner les effets.

- Deuxièmement, la Cour a jugé que, dans l'hypothèse où une entreprise en position dominante "soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction [qui lui sont] reprochés", la Commission doit analyser la capacité d'éviction du système de rabais en appliquant les cinq critères énoncés au point 139 de l'arrêt sur pourvoi (cf. supra). [...] la Commission est, au minimum, tenue d'examiner ces cinq critères aux fins d'apprécier la capacité d'éviction d'un système de rabais, tel que celui en cause, en l'espèce.

- Enfin, troisièmement, il y a lieu de souligner que, si la Cour n'a pas jugé qu'un test AEC devait nécessairement être réalisé pour examiner la capacité d'éviction de tout système de rabais [...], lorsqu'un test AEC a été effectué par la Commission, il fait partie des éléments dont elle doit tenir compte pour apprécier la capacité du système de rabais de restreindre la concurrence » (§ 123 et s.).

Appliquant ces principes, le Tribunal relève des erreurs dans les tests AEC effectués par la Commission et l'absence d'examen par la Commission du taux de couverture du marché des pratiques contestées et de leur durée, et annule partiellement la décision de la Commission. L'annulation totale de la sanction sera elle liée à l'impossibilité pour le Tribunal d'identifier le montant de l'amende afférent uniquement aux restrictions non déguisées, dans la mesure où la Commission dit avoir évalué l'ensemble des comportements en cause et estimé que ceux-ci se complétaient et se renforçaient mutuellement.

Analyse. Bien que la Cour de justice n'ait pas opéré un revirement de la jurisprudence établie par l'arrêt Hoffmann-La Roche, elle a précisé, et considérablement accru, le standard de preuve requis pour établir la pratique. Cette jurisprudence va ainsi dans le sens d'un allègement des contraintes sur les opérateurs dominants afin de préserver le principe de concurrence par les mérites.

Ce standard de preuve est particulièrement élevé car lorsque l'entreprise apportera la preuve de l'absence de capacité d'éviction de sa pratique, la Commission ne pourra plus se contenter d'établir l'existence de la position dominante d'une part, et du rabais d'exclusivité d'autre part, pour caractériser l'infraction. Elle devra apporter la preuve de la capacité d'éviction de la pratique sur la base des cinq critères cumulatifs établis par la Cour : (i) l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent (ii) le taux de couverture du marché par la pratique contestée, (iii) les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, (iv) leur durée et leur montant, et (v) l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces.

Pour ce faire, la Commission n'aura pas à faire état de la capacité d'éviction sur la base de preuves quantitatives, telles le test « AEC » mais pourra recourir à des preuves documentaires démontrant la stratégie d'éviction. En revanche, les entreprises pourront apporter cette preuve quantitative pour contester la position de la Commission, et renverser ainsi la présomption établie sur le fondement de la jurisprudence Hoffmann-La Roche.

Le test du concurrent aussi efficace a été introduit par la Commission elle-même dans sa communication sur les orientations sur ses priorités pour l'application de l'article 82 du Traité, il lui est donc opposable. Il s'agit d'un test de coûts consistant à identifier le prix qu'un concurrent qui est « aussi efficace » que l'entreprise dominante, c'est-à-dire qui subit les mêmes coûts que celle-ci, doit offrir au client pour détourner à son profit la « part disputable » de la demande, c'est-à-dire celle que les clients sont prêts à reporter sur un autre fournisseur que l'entreprise dominante. La Commission ayant précisé dans sa communication que « si les données font clairement ressortir qu'un concurrent aussi efficace peut concurrencer efficacement les pratiques de prix de l'entreprise dominante, la Commission en déduira en principe que ces pratiques ne risquent guère d'avoir un effet préjudiciable sur la concurrence effective et donc sur les consommateurs ». L'autorité nationale de concurrence a, elle aussi, rappelé que les entreprises peuvent s'appuyer sur la réalisation de ce test pour évaluer leurs pratiques mais rappelle que « le test présente toutefois plusieurs limites, liées d'une part aux données qu'il nécessite et, d'autre part, à son incapacité à intégrer l'ensemble des effets anticoncurrentiels potentiels des remises de fidélité. » (Aut. conc., Les remises fidélisantes, 2018, p.74)

Les entreprises dominantes ont toutefois fortement intérêt à utiliser ce test de coûts pour auto-évaluer et gérer les risques concurrentiels liés à leurs pratiques tarifaires.

K. Biancone

CA Paris, 23 février 2022, n° 21/07731

Avantages tarifaires abusifs et contentieux des restitutions pour déséquilibre significatif

Faits. La société Achats Marchandises Casino, Centrale de référencement du groupe Casino, et la société Distribution Casino France (ensemble ici dénommées « Casino ») avaient obtenu d'un fournisseur d'articles de sport (société Espas) des ristournes conditionnelles pour environ de 1 millions d'euros (intitulées « CPV libres conditionnelles » pour 1,50% du CA, « CPV non alimentaires spécifique » pour 4,50% du CA, « Ristournes financières autres » pour 0,50% du CA et « Ristournes CPV optimisation marketing » pour 23% du CA). Ce fournisseur s'était aussi acquitté de rémunérations de prestations des services de coopération commerciale. Considérant ces

Points de vue pratiques

avantages injustifiés, il assignait Casino aux fins de leur restitution mais fut pour l'essentiel débouté (T. com. 20 mars 2017), ce qui fut confirmé en appel, sauf pour un chef de demande pour lequel une restitution fut ordonnée à hauteur d'une centaine de milliers d'euros (Paris, 9 janv. 2019, n° 17/09617). L'arrêt fut cassé (Com., 3 mars 2021, n° 19-13.533) et, sur renvoi, la même Cour de Paris autrement composée vient de condamner le distributeur à restituer au fournisseur le montant des ristournes litigieuses, ainsi que les rémunérations au titre de la coopération commerciale, sur le fondement respectivement des articles L. 442-6 I 2° et L. 442-6 I 1° anciens du Code de commerce.

Problèmes. Les ristournes conditionnelles furent examinées sur le fondement du déséquilibre significatif : le fournisseur avait-il été contraint de les verser sans qu'une réelle négociation n'ait eu lieu et, dans l'affirmative, leur paiement par anticipation selon un échéancier mensuel pouvait-il constituer un déséquilibre significatif (1^{er} problème) ? S'agissant des rémunérations du distributeur au titre des services de coopération commerciales, la question rituelle était celle du caractère justifié ou non de ces paiements à raison de la fictivité ou non des prestations commerciales concernées (2nd problème).

Solutions

1. Sur les ristournes conditionnelles : après un rappel sous forme de chapeau de la solution générale (voir nos obs.), la Cour considère, au plan de la soumission (1^{er} élément du grief), que « *si les premiers juges ont relevé que l'appelante a pu obtenir quelques modifications du contrat pré rédigé soumis par le distributeur sur des points précis tels le pourcentage appliqué aux remises [soulignement rajouté] ou le pourcentage dû pour une opération commerciale, néanmoins, il n'est nullement démontré que les ristournes [soulignement rajouté] litigieuses facturées pourtant pour un montant significatif ont fait l'objet d'une négociation effective* ». Sur l'existence d'un déséquilibre significatif (2nd élément du grief), la Cour s'interroge sur la contrepartie. Elle relève que pour ces ristournes conditionnelles « *associées à des conditions particulières de vente (CPV)* », il convient de vérifier si ces ristournes « *qui sont subordonnées à la réalisation de services résultant de conditions particulières, correspondaient à une contrepartie réelle et identifiée* ». Evoquant les modalités de règlement, notamment des ristournes « *Optimisation Marketing* » (23%), la Cour considère que « *ce type de paiement par échéances régulières tend à démontrer que le paiement n'est en pratique pas conditionné par l'exécution d'obligations de la part du distributeur pouvant varier selon les périodes et/ou les besoins des parties* ». De plus, « *la facturation émise par le groupe Casino des "avoirs" dus par le fournisseur au distributeur au titre desdites ristournes ne mentionne aucune opération précise autre que "en exécution de l'accord commercial, RIST ESPAS SPORT PERMANENT 20" et l'année concernée* ». En outre, les pièces produites par le distributeur « *pour démontrer la réalité des prestations délivrées en contrepartie des ristournes concernées* » (en l'espèce des « *extraits de planogrammes, des préconisations d'implantations et un catalogue de Noël en 2009 et 2010* »), « *ne permettent pas de distinguer ces services des opérations "achat/vente" classiquement assumées par le distributeur et [soulignement rajouté] de ceux prévus à l'article 3-4 des accords de 2009 à 2012 prévoyant un assortiment qui doit permettre une optimisation des linéaires et une constante adaptation aux besoins des consommateurs* ». Enfin, sur les autres ristournes conditionnelles contestées (1,50% ; 4,50% et 0,50%) « *le distributeur ne justifie d'aucun autre élément concret sur les prestations effectivement réalisées* ». In fine, la Cour considère qu'« *au vu de ces éléments, il n'est pas prouvé que les prestations n'étaient pas déjà dues au titre des relations normales d'achat et de vente et qu'il s'agissait de véritables services, effectivement fournis et proportionnés au prix payé par le fournisseur* ».

2. Sur les rémunérations de prestations de coopération commerciale : le premier jugement est confirmé sur le principe des restitutions en ce qui concerne le caractère fictif de services de coopération commerciale facturés par le distributeur, car rien ne permettait de distinguer à quelle opération cette facture correspondait. La Cour défalque néanmoins du montant à restituer une quote-part qui n'avait pas été payée par le fournisseur.

Observations. Cet arrêt de renvoi mérite la plus grande attention des praticiens au plan de l'enseignement qu'il procure sur deux sujets, à savoir celui de l'échelle d'analyse de la soumission et du diagnostic d'équilibre dans les droits et obligations. Certes, la position des magistrats du Quai de l'Horloge intervenue il y a un an (Com., 3 mars 2021, n° 19-13.533, CCC n° 5, mai 2021, comm. 81, N. Mathey) laissait déjà entrevoir les solutions de l'arrêt rapporté, *a priori* dénouement de cette longue affaire (Paris, 9 janv. 2019, n° 17/09617, Lettre distrib. 02/2019, obs. S.C. ; Com., 3 mars 2021, n° 19-13.533, Lettre distrib. 04/2021).

Si seuls les deux sujets précités donneront lieu à observations, d'autres points méritent d'être soulignés. Citons par exemple la mise en œuvre combinée des deux dispositifs visés au point 1° et 2° de l'ancien article

L. 442-6 (Paris, 31 juill. 2019, n° 16/11545, Lettre distrib. 09/2019, nos obs). A ce sujet, relevons que la Cour d'appel met en avant dans ses motifs un avis de la CEPC (n° 08 121931 du 22 décembre 2008). La Cour semble ainsi approuver la CEPC, d'avis qu'un distributeur ne pourrait imposer à un fournisseur la déduction sur facture des avantages précités, alors que l'obligation qui les conditionne n'aurait pas été exécutée et vérifiée et qu'il « *pourrait se voir opposer plusieurs dispositions de l'article L. 442-6 I* » (en particulier celle visant le 2°). L'affaire rappelle aussi que le fait, pour un fournisseur, de ne pas avoir précédemment contesté certains avantages financiers ne les rend pas à jamais non contestables et non répétables (Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170 ; Paris, 30 mars 2021, n° 19/15655, Lettre distrib. 05/2021, nos obs.). Enfin, sur un plan strictement procédural, rappel est fait que la demande, en cours de procédure, des intérêts moratoires sur les demandes de condamnation en restitution de l'indu dès la première instance, ne constitue pas une prétention nouvelle et s'avère donc recevables.

Les observations qui suivent se limiteront aux apports de l'arrêt à l'occasion du traitement, sur le fondement du déséquilibre significatif, des ristournes conditionnelles réglées selon un échéancier mensuel (voir l'énoncé du premier problème).

Une solution générale et installée en matière de déséquilibre d'ordre tarifaire. En avant-propos, relevons que l'arrêt rappelle en chapeau, la solution générale issue de « l'affaire Galec » dans laquelle était déjà en cause une ristourne (« RFA »), où il avait été jugé que le principe de la libre négociabilité des conditions de vente et des tarifs n'est pas sans limite et se trouve encadré par les dispositions de l'article L. 442-6. Ainsi, l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif (Paris, 1er juill. 2015, n° 13/19251, Lettre distrib. 07-08/2015, nos obs., et Com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, Lettre distrib. 02/2017, N.E. ; *rappr.* Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Lettre distrib. 06/2018 ou RLC n° 74, juillet-août 2018, nos obs. ; Trib. com. Paris, 31 mai 2021, n° 2017025155 et n° 2017025159, Lettre distrib. 10/2021, nos obs).

Une approche analytique de la soumission. Comme à l'accoutumée, la Cour vérifie d'abord la soumission. Elle estime que malgré les « *quelques modifications du contrat pré rédigé* » (l'arrêt évoque des mentions manuscrites sur quelques sujets, mais moins significatifs que celui des ristournes litigieuses, dont le taux est particulièrement élevé pour l'une d'entre elles), soumis par le distributeur sur des points précis, tels le pourcentage appliqué aux « *remises* » ou le pourcentage dû pour une opération commerciale, « *il n'est nullement démontré que les ristournes litigieuses facturées pourtant pour un montant significatif ont fait l'objet d'une négociation effective* ». Ainsi peut-on en conclure qu'il peut y avoir défaut de négociation effective sur tel sujet en particulier (d'autant plus que celui-ci constitue un « *poste d'importance* » à savoir les ristournes d'un montant significatif), alors que certaines circonstances permettraient de considérer qu'il y a eu par ailleurs négociation sur tel(s) autre(s). En l'espèce, au vu des caractéristiques propres aux ristournes controversées, comme leurs conditions d'application, notamment d'exigibilité, dont il n'est pas établi qu'elles « *aient fait l'objet de la moindre discussion entre les parties* », la Cour caractérise, pour ces ristournes, « *la situation de soumission du fournisseur par rapport au distributeur Casino, qui dispose d'un fort pouvoir de négociation compte tenu des débouchés qu'il offre par le biais de sa centrale d'achat* ». La solution semble logique, lorsqu'il est question de s'interroger, de manière « *analytique, à l'échelle de la clause litigieuse* » selon une formule qui n'est pas nôtre et que nous relayons, sur la soumission à des droits et obligations déséquilibrés résultant d'une clause en particulier « *et non sur la soumission à un contrat pris en son entier* » (Paris, 9 janv. 2019, n° 17/09617 ; Lettre distrib. 02/2019, obs. S.C). Dès lors, ce n'est pas parce qu'auraient été négociées en vue de la conclusion d'un accord, certaines clauses tarifaires et/ou non tarifaires, qu'*ipso facto* toutes l'auront été pour autant. Ce recadrage, suite à l'invitation formulée il y a un an dans cette affaire par la Haute Cour (Com., 3 mars 2021, préc., pt 24), incite à reconsidérer l'intérêt de certains échanges écrits entre les parties lors des négociations (annuelles) qu'ils singent parfois, à propos desquels l'on peut se demander s'ils ne sont pas notamment destinés à sauver l'apparence d'une réelle négociation. Il reviendra alors au juge en cas de contentieux, dans le cadre d'une approche distributive, de déterminer ce qui a été effectivement négocié car négociable, de ce qui ne l'a pas été et donnant lieu à soumission.

Un déséquilibre à raison de l'absence de contrepartie. La problématique est double, pour un défaut de contrepartie caractérisé à deux égards.

Points de vue pratiques

- *Absence de contrepartie à l'obligation « pendente conditione »* – La difficulté a trait aux modalités de règlement de la ristourne, notamment à raison de la nature conditionnelle de l'avantage : l'obligation de s'acquitter mensuellement et par fraction d'une quote-part de la ristourne se justifiait-il par la réalisation de la condition posée au moment où l'acquittement est intervenu ? Le sujet revêt une importance pratique de premier ordre, tant se rencontrent fréquemment des ristournes conditionnelles du type de celle querrellée, dont le règlement s'opère par anticipation moyennant des échéanciers mensuels.

Le raisonnement de la Cour peut difficilement être pris à défaut : quand bien même devrait-elle être acquittée selon un échéancier (« *acomptes* »), la ristourne n'est pas due si la condition n'est pas réalisée au moment où le paiement de la quote-part doit intervenir. Comme le précise l'arrêt, « *les ristournes contestées (...) sont associées à des conditions particulières de vente (CPV) dont les parties s'accordent pour dire qu'il s'agit de "ristournes conditionnelles", ce qui implique que leur mise en paiement par le biais de déduction sur les factures émises par le distributeur au titre d'"avoirs" ou "ristournes" n'est déclenchée que si l'évènement conditionnel, c'est à dire l'obligation prévue par l'accord commercial en contrepartie, est effectivement intervenu.* ». La Cour cite l'avis précité de la CEPC, qui « *a rappelé aux acteurs économiques que « incertaines par nature, les ristournes conditionnelles ne peuvent alors pas faire l'objet d'une déduction sur facture que pour autant que l'obligation qui les conditionne ait été exécutée et vérifiée* ». Or, pour la Cour « *ce type de paiement par échéances régulières tend à démontrer que le paiement n'est en pratique pas conditionné par l'exécution d'obligations de la part du distributeur pouvant varier selon les périodes et/ou les besoins des parties.* », ce qui paraît se vérifier en l'espèce en contemplation des mentions forts génériques dans « *la facturation* » de ces ristournes (entendre semble-t-il l'émission par le distributeur des demandes d'« avoirs ») qui ne visent « *aucune opération précise* » (rapp. Paris, 5, 5, 15 janv. 2015, n° 13/03832 et Com., 15 mars 2017, n° 15-18.381 : RLC n° 63, 07/08 2017, 3226, nos obs.). La Cour considère ainsi déséquilibrée l'obligation pour le fournisseur de s'acquitter de son obligation conditionnelle, comme si la réalisation de la condition était vérifiée, alors que rien n'est moins sûr. A ce sujet, il nous apparaît que la technique employée est de surcroît préjudiciable au fournisseur au plan de sa trésorerie, puisqu'il est tenu de procéder à des paiements, alors que la condition qui les rend exigibles n'est pas vérifiée. La question de l'asymétrie dans les délais de paiement peut en outre se poser (rapp. CEPC, avis n°15-27 : Lettre distrib. 12/2015, obs. A-C. M.). Il s'agit là d'une problématique connexe, d'ailleurs traitée dans « *l'affaire Galec* » précitée (rapp. T. com. Lille, 6 janv. 2010 : Lettre distrib. 01/2010, nos obs, lors d'un des premiers contentieux à l'initiative du Ministre en matière de déséquilibre significatif, à propos de « *RFA* » payées par avoirs mensuels).

- *Absence de contrepartie pure et simple* – Cette deuxième difficulté, indépendante de la précédente, tient à la contrepartie prévue en l'espèce : les prestations que le distributeur, créancier de la ristourne, était tenu de rendre pour prétendre à son droit à paiement étaient-elles, par leur nature, de réelles contreparties (ie « *de véritables services* »), ou distinctes de services par ailleurs prévus dans l'accord entre les parties, le cas échéant sous une rubrique différente ? Une réponse, négative, à cette interrogation aurait seule suffi, de notre point de vue, pour remettre en cause l'obligation mise à la charge du fournisseur, ce qui nous aurait, de façon regrettable, privé de l'analyse menée par la Cour sur la contrepartie à l'obligation « *pendente conditione* ». La solution rendue sur cette deuxième difficulté vient toutefois nourrir la motivation de la condamnation à restitution, car les prestations invoquées par le distributeur pour démontrer la réalité des prestations délivrées en contrepartie des ristournes concernées (la mise en place d'une signalétique visuelle des rayons et d'un positionnement des produits étudié pour « *orienter* » le client, l'adaptation des produits sport à la saisonnalité, ainsi que la mise en application des guidelines du Livret établi en interne en 2007 intitulé « *Sport permanent* » via des planogrammes annuels) « *ne permettent pas de distinguer ces services des opérations "achat/vente" classiquement assumées par le distributeur* » (rapp. Paris, 2 févr. 2012, n° 09/22350 et Com. 10 sept. 2013, n° 12-21804 ; Paris, 8 février 2017, n° 15/02170 ; Paris, 19 avr. 2017, n° 15/24221, Lettre distrib. 05/2017, obs. N.E) « *et [soulignement rajouté] de ceux prévus à l'article 3-4 des accords de 2009 à 2012 prévoyant un assortiment qui doit permettre une optimisation des linéaires et une constante adaptation aux besoins des consommateurs* ». Cette dernière proposition, de dimension comparative, nous transporte sur les problématiques générales de la superposition des services et, au-delà, des doublons de rémunération, illustrées par la jurisprudence rendue sous l'ancien article L. 442-6 I 1° et 2° (Paris, 29 juin 2016, n° 14/02306, Lettre distrib. 09/2016, obs. S.C ; Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170 ; Trib. com. Paris, 22 févr. 2021, n° 2016071676, Lettre distrib.

04/2021, obs. S.C). Et la Cour d'en conclure qu'« *il n'est pas prouvé que les prestations n'étaient pas déjà dues au titre des relations normales d'achat et de vente et qu'il s'agissait de véritables services, effectivement fournis et proportionnés au prix payé par le fournisseur.* ». Cet arrêt, d'autant plus riche d'enseignements et de rappels que ces derniers s'inscrivent dans la voie tracée par la Cour de cassation, est important en ce début d'année 2022, au vu de son impact sur le déroulement de la négociation et, au-delà, des contestations engagées par les fournisseurs aux fins de restitution des avantages abusifs.

J-M. Vertut

Cass. crim., 22 février 2022, n° 21-83.226

Commission-affiliation et interdiction de réassort en période de soldes

Faits. Un contrôle de l'administration lors des soldes d'hiver 2018 fait apparaître que les deux tiers de références vendues par un magasin affilié ont fait l'objet d'un réapprovisionnement auprès du fournisseur-commettant dans les 30 jours précédant les soldes. Sur le fondement des articles L. 310-3 -1 al. 3 et L. 310-5-3° du Code de commerce, le Tribunal puis la chambre correctionnelle de la Cour d'appel condamnent la société affiliée à 10.000€ d'amende pénale pour avoir vendu en solde des marchandises détenues depuis moins d'un mois.

Problème. La société commissionnaire-affiliée affirme, au soutien de son pourvoi, qu'il n'y a pas eu réapprovisionnement au sens de ces textes, dès lors qu'elle est étroitement liée à son fournisseur-commettant et que « *son indépendance juridique et économique n'est que purement fictive* ». Pour cette dernière, le contrat de commission-affiliation est en effet spécifique dès lors que le magasin ne bénéficie pas d'une autonomie réelle par rapport à son commettant, ce dernier assurant seul la gestion et le renouvellement des stocks.

Solution. La Cour de cassation rejette le pourvoi, confirmant ainsi la solution d'appel. Pour ce faire, il est relevé qu'il s'agit de « *deux entités juridiques indépendantes* [...] le commettant fournit à l'affilié un stock de marchandises que celui-ci vend pour son compte en échange d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé, de sorte que les produits du commettant sont placés en dépôt-vente chez les commissionnaire ». De même, « *il résulte des articles L. 310-5, qui mentionne seulement la détention de marchandises, et L. 310-3 du code de commerce, [...] que les produits annoncés comme soldés doivent avoir été détenus et proposés à la vente depuis plus d'un mois par la même société* ». Il peut donc en être déduit que « *la détention des marchandises doit s'apprécier au regard de cette société commissionnaire vendeuse qui ne saurait s'exonérer des obligations et interdictions découlant de l'application de la législation du code du commerce, en sa qualité de commerçant procédant elle-même à des soldes, en tant que gestionnaire de son magasin et maître des prix affichés* ». Et d'en conclure que « *faire remonter la date de détention des marchandises dans l'établissement commercial dans lequel les ventes de produits soldés sont organisées à la détention des marchandises dans le dépôt d'un fournisseur juridiquement indépendant, aboutirait à vider la loi de son sens et générerait une inégalité économique au sein des différents commerces, les uns écoulant effectivement leurs stocks dépareillés, les autres vendant tous leurs articles régulièrement réapprovisionnés* ».

Observations. Les textes précités encadrant les soldes usent de notions – et de silences – générateurs d'insécurité juridique. Les produits annoncés comme soldés doivent en effet « *avoir été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois* » à la date de début de la période de soldes considérée. Sont donc sanctionnées pénalement les soldes portant sur des marchandises « *détenues depuis moins d'un mois* » à la date de début de la période de soldes considérée. Aucune précision n'est donc apportée quant au lieu et quant à la personne qui peut détenir le stock. De même, s'agit-il d'un réapprovisionnement compris comme une simple livraison (acte matériel) ou d'un achat (acte juridique) ? Questions d'autant plus prégnantes au sein des réseaux de distribution qui assurent la gestion centralisée et déportée des stocks ainsi qu'une livraison parfois quotidienne des magasins. La décision sous commentaire traduit une interprétation très stricte des dispositions légales. A en croire cette solution, l'opération de réapprovisionnement serait en effet interdite dès lors qu'elle mettrait en présence deux « *entités juridiquement autonomes* » donc apparemment deux sociétés juridiquement distinctes. Ce faisant, l'obligation de détention et de proposition à la vente *depuis plus d'un mois ne pourrait être justifiée que (par) la même société*. Autrement dit, l'impossibilité pour le magasin affilié de justifier d'une détention et d'une offre à la vente dudit stock par le commettant.

Cette interprétation qui paraît ajouter une condition au texte pénal – pourtant d'interprétation stricte – ne va pas de soi. La Circulaire du 16 janvier 1997 précisait en effet que « *le stock peut être constitué dans*