

Revue Lamy de la concurrence

Le gun jumping par le jeu des règles de gestion de la cible avant l'autorisation concurrence : l'affaire Altice / PT Portugal

Eric PAROCHE et Céline VERNEY

– À propos des lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022 : une timide avancée dans le champ de la protection de la biodiversité

Dorian GUINARD

– L'exclusion de principe des aides aux entreprises en difficulté appartenant à un groupe

Cheik GALOKHO

– Avantages tarifaires abusifs et contentieux des restitutions pour déséquilibre significatif

Jean-Michel VERTUT

Jurisprudence commentée

RLC 4236

Avantages tarifaires abusifs et contentieux des restitutions pour déséquilibre significatif

À l'occasion d'un litige opposant un fournisseur et deux sociétés d'un groupe de distribution, un récent arrêt de la cour d'appel de Paris examine des avantages tarifaires sur le fondement de la prohibition du déséquilibre significatif. Aux termes d'une analyse affinée et compartimentée de la soumission, la cour d'appel considère déséquilibrée l'obligation de paiement par un fournisseur de ristournes, ici conditionnelles, selon un échancier d'acomptes fixé contractuellement. Au regard de ses conséquences pratiques au plan des négociations commerciales dans le secteur de la grande distribution, d'où est issue l'espèce examinée, cet arrêt mérite une attention particulière d'autant plus qu'il intervient après cassation et renvoi.

CA Paris, 23 févr. 2022, n° 21/07731⁽¹⁾



Par Jean-Michel
VERTUT

Avocat au barreau
de Montpellier

Chargé
d'enseignement à
l'Université

Faits et procédure

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 1 million 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 de services de coopération commerciale. Considérant les avantages précités injustifiés, il a assigné Casino aux fins de leur restitution devant

le tribunal de commerce de Paris. Il en fut pour l'essentiel débouté⁽²⁾. La cour d'appel de Paris a confirmé la décision des premiers juges, sauf pour un chef de demande pour lequel une restitution fut ordonnée à hauteur d'une centaine de milliers d'euros⁽³⁾. L'arrêt d'appel a été cassé⁽⁴⁾, avec renvoi devant la même cour de Paris, autrement composée. Les parties, remises dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt censuré, se sont à nouveau expliquées.

La cour d'appel de renvoi vient de condamner le distributeur à restituer au fournisseur le montant des ristournes litigieuses, ainsi que les rémunérations au titre de la coopération commerciale, respectivement sur le fondement des articles L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, I, 1° du code de commerce.

(1) Cet arrêt a fait l'objet d'une précédente note intégrée à la Lettre de la distribution du mois d'avril 2022, à quelques variantes près.

(2) T. com. Paris, 20 mars 2017, n° 201470141.

(3) CA Paris, 9 janv. 2019, n° n° 17/09617.

(4) Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533.

Problèmes

Les ristournes conditionnelles ont été examinées sur le fondement du déséquilibre significatif de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce : 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 commerciale, la question rituelle était celle du caractère justifié ou non de ces paiements au regard de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du code de commerce, à raison de la fictivité ou non des prestations commerciales concernées (2^e problème).

Solutions

Sur les ristournes conditionnelles⁽⁵⁾

Après un rappel sous forme de chapeau de la solution générale (voir observations *infra*), la cour considère, au plan de la soumission (1^{er} élément de l'infraction), 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** [surlignement rajouté] ou le pourcentage dû pour une opération commerciale, néanmoins, il n'est nullement démontré que les **ristournes** [surlignement rajouté] litigieuses facturées pourtant pour un montant significatif ont fait l'objet d'une négociation effective. ».

Sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligation (2^e élément de l'infraction), la cour s'interroge ensuite sur la contrepartie. Elle relève que pour ces ristournes conditionnelles « associées à des conditions particulières de vente (CPV) », il convient de vérifier si ces dernières « qui sont subordonnées à la réalisation de services résultant de conditions particulières, correspondaient à une contrepartie réelle et identifiée ». Évoquant 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 [surlignement 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 et sur les autres ristournes confidentielles 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 ».

Sur les rémunérations de prestations de coopération commerciale⁽⁶⁾

Le premier jugement est confirmé sur le principe des restitutions en ce qui concerne le caractère fictif des 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

Intervenu après cassation et renvoi, cet arrêt 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 d'une part, et du diagnostic de l'équilibre dans les droits et obligations d'autre part. Certes, la position des magistrats du Quai de l'Horloge intervenue il y a un an⁽⁷⁾, nous laissait déjà entrevoir les solutions de l'arrêt rapporté, *a priori* dénuement de cette longue affaire⁽⁸⁾. Si seuls les deux sujets précités donneront lieu à observations, d'autres points méritent d'être soulignés. Citons par exemple celui de la mise en œuvre combinée des deux dispositifs visés au point 1° et 2° de l'ex-article L. 442-6 (devenu l'article L. 442-1)⁽⁹⁾. À ce sujet, relevons que la cour d'appel met en avant dans ses motifs le contenu d'un avis de la CEPC du 22 décembre 2008⁽¹⁰⁾. Elle approuve ainsi la CEPC, d'avis qu'un distri-

(5) Au regard de l'ex-article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

(6) Au regard de l'ex-article L. 442-6, I, 1° du code de commerce.

(7) Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533, Contrats, conc. consom. 2021, comm. 81, N. Mathey.

(8) CA Paris, 9 janv. 2019, n° 17/09617, Lettre distr., févr. 2019, obs. S. Chaudouet ; Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533, Lettre distr., avr. 2021, obs. Y. Idani.

(9) CA Paris, 31 juill. 2019, n° 16/11545, Lettre distr., sept. 2019, obs. J.-M. Vertut.

(10) CEPC, avis n° 08 121931, 22 déc. 2008.

buteur 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 du code de commerce* »⁽¹¹⁾. L'affaire nous 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⁽¹²⁾. 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 est donc recevable.

Les observations qui succèdent 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)⁽¹³⁾.

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 ») et 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 du code de commerce (dans sa version applicable au litige) qui prohibent les pratiques restrictives de concurrence. 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⁽¹⁴⁾.

Une approche analytique de la soumission

Comme à l'accoutumée, avant de s'intéresser à l'existence même d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations à raison du contenu de l'accord prévoyant ces ristournes litigieuses, la cour vérifie s'il y a eu 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* »⁽¹⁵⁾. Dès lors et à raison de cet examen compartimenté de l'éventuelle soumission, 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⁽¹⁶⁾, 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 et donc l'absence de soumission. 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.

(11) En particulier aux termes de l'avis, celle visant la soumission d'un partenaire commercial à des obligations de nature à créer un déséquilibre significatif.

(12) CA Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170 ; CA Paris, 30 mars 2021, n° 19/15655, Lettre distr., mai 2021, obs. J.-M. Vertut.

(13) Même si elle est rendue sur le fondement de l'article L. 442-6, I 2° du code de commerce alors applicable, la solution de cet arrêt reste aujourd'hui pertinente au regard du nouvel article L. 442-1, I, 2° du code précité.

(14) CA Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251, Lettre distrib., juill.-août/2015, obs. J.-M. Vertut, et Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, Lettre distrib., févr. 2017, obs. N. Eréséo ; À rapp. CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Lettre distrib., juin 2018, RLC 2018/74, n° 3425, obs. J.-M. Vertut ; T. com. Paris, 31 mai 2021, n° 2017025155 et n° 2017025159, Lettre distrib., oct. 2021, obs. J.-M. Vertut.

(15) CA Paris, 9 janv. 2019, n° 17/09617, Lettre distr., févr. 2019, obs. S. Chaudouet.

(16) Cass. com., 3 mars 2021, précité, point 24.

→ 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 querellée, 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 d'appel complète sa motivation en citant 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* »⁽¹⁷⁾. La cour d'appel 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.

À 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⁽¹⁸⁾. Il s'agit là d'une problématique connexe, d'ailleurs traitée dans l'affaire *Galec* précitée⁽¹⁹⁾.

→ 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 (i.e. « *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, à raison de ce que les prestations invoquées par le distributeur pour démontrer la réalité des prestations délivrées en contrepartie des ristournes concernées (en l'espèce, 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* »⁽²⁰⁾ « **et** » [surlignement 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, à des doublons de rémunération, illustrées par la jurisprudence rendue sur l'ex-article L. 442-6, I, 1^o et 2^o⁽²¹⁾.

(17) À rappr. CA Paris, 15 janv. 2015, n° 13/03832, et Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18.381, RLC 2017/63, n° 3226, obs. J.-M. Vertut.

(18) À rappr. CEPC, avis n° 15-27, Lettre distr., déc. 2015, obs. A.-C. Martin.
(19) À rappr. T. com. Lille, 6 janv. 2010, Lettre distr., janv. 2010, obs. J.-M. Vertut, lors d'un des premiers contentieux à l'initiative du ministre de l'Économie en matière de déséquilibre significatif, à propos de « RFA » payées par avoirs mensuels.
(20) À rappr. CA Paris, 2 févr. 2012, n° 09/22350, et Cass. com., 10 sept. 2013, n°12-21.804 ; CA Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170 ; CA Paris, 19 avr. 2017, n° 15/24221, Lettre distr., mai 2017, obs. N. Eréséo.
(21) CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/02306, Lettre distr., sept 2016, obs. S. Chaudouet ; CA Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170 ; T. com. Paris, 22 févr. 2021, n° 2016071676, Lettre distr., avr. 2021, obs. S. Chaudouet.

Et pour la cour d'appel 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* ».

Remarques conclusives

Cet arrêt de renvoi, d'autant plus riche d'enseignements et de rappels, que ces derniers s'inscrivent dans la voie tracée par la Cour de cassation, doit être perçu comme un arrêt important de ce début d'année 2022, au vu de son impact sur le déroulement de la négociation commerciale et, au-delà, des contestations engagées par les fournisseurs aux fins de restitution des avantages abusifs. ■