

Concurrences

Competition Laws Review

N° 2-2022

Significant imbalance: The Paris Court of Appeal realizes an analytical assessment of the effectiveness of the commercial negotiation of the rights and obligations disputed and considers without consideration and identification conditional rebates paid according to a monthly timetable (*MJA Financière d'Aguesseau / Achats Marchandises Casino (AMC) et Distribution Casino France (DCF)*)

DISTRIBUTION, FRANCE, DISTRIBUTION/RETAIL, BURDEN OF PROOF, REBATES, OBJECTIVE JUSTIFICATION, PUBLIC ORDER, BUYER POWER, GROUP PURCHASING ORGANIZATION, SIGNIFICANT IMBALANCE

CA Paris, 23 févr. 2022, MJA Financière d'Aguesseau c/ Achats Marchandises Casino (AMC) et Distribution Casino France (DCF), RG n° 21/07731
www.concurrences.com

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 2-2022 | Alertes | Distribution

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 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 millier 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 (1er 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 (1er 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 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* ».

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 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 échancier 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 sanctionné 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.

– *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'événement 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* » (*rappr.* 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 (*rappr.* 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 (*rappr.* 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* » (*rappr.* 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.