

Panorama

française en support de celle luxembourgeoise aurait peut-être permis de situer l'action dans le champ d'une des exceptions au principe d'autonomie des personnes morales au sein d'un groupe de société (immixtion, apparence trompeuse, action concertée). Rien de tel ici puisque Amazon France est demeurée totalement étrangère au courant économique établi entre le vendeur et Amazon Europe. Rien ne permet de l'attirer dans cette relation.

On sait que l'optimisation fiscale par l'éclatement des activités d'Amazon et le pilotage des activités françaises depuis le Luxembourg qui est son siège européen irrite Bercy. Les filiales françaises du groupe échappent largement à l'impôt français. Elles échappent encore à toute responsabilité pour la rupture des relations nouées par la société luxembourgeoise. Mais à défaut d'une quelconque implication d'une filiale française dans cette relation, cette conséquence s'impose. Et elle ne devrait pas être altérée par la nouvelle formulation de l'article L. 410-1 du Code de commerce qui, depuis le 28 mai 2021, désigne explicitement les « *entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement* » comme sujets du droit de la concurrence (le grand comme le petit). L'ambition de cette formulation est certes de dépasser l'écran des personnalités juridiques. Mais, puisque l'application de l'article L. 442-1, II, demeure conditionnée à l'identification d'une relation commerciale établie, c'est-à-dire à des « *échanges commerciaux conclus directement entre les parties* » (not. Paris, 1^{er} févr. 2019, n° 17/00578 ; Paris, 24 mai 2019, n° 17/11382), ce n'est pas l'appréhension juridique du partenaire qui limite son application, mais la matérialité des échanges. Autrement dit, demain comme hier, tant qu'Amazon France ne participe pas aux courants d'affaires des autres sociétés du groupe, il demeurera indifférent qu'elle appartienne à la même entreprise que le partenaire au flux d'affaires brutalement rompu.

C. Mouly-Guillemaud

CA Douai, 2^{ème} Ch., Sect. 1, 10 novembre 2022, n° 20/04534
Florilèges de solutions en matière de contrat de bière

Une société exploitant un bar à bières conclut un contrat de fourniture de boissons le 3 mai 2017. En contrepartie, elle obtient du fournisseur le cautionnement d'un prêt et la mise à disposition du matériel nécessaire au tirage de la bière. Des difficultés surviennent, le fournisseur soupçonnant notamment une violation de l'exclusivité. Il finit par assigner l'exploitant afin de réclamer différentes indemnités.

En premier lieu, l'exploitant échoue à obtenir la nullité du contrat sur le fondement de la contrepartie illusoire ou dérisoire (C. civ., art. 1169) dès lors que le fournisseur avait pris « *un risque réel d'être actionné en garantie du prêt* » en se portant caution solidaire (comp. Com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; D. 2006, pan. p. 512, obs. D. Ferrier ; D. 2005, somm. p. 2836, obs. S. Amrani Mekki ; JCP 2006, II 10011, note A.-M. Luciani ; RTD com. 2005, p. 825, obs. B. Bouloc, une espèce où le fournisseur était lui-même garanti de sorte qu'il n'avait pris aucun risque réel).

En deuxième lieu, l'exploitant n'est pas condamné à payer la pénalité contractuelle convenue pour non-respect de l'exclusivité faute pour le fournisseur d'avoir produit de preuves de sa violation (une ordonnance sur requête avait été obtenue puis rétractée par le juge de sorte que les preuves en possession du fournisseur avaient été restituées...).

En troisième lieu, les magistrats analysent les échanges de correspondances entre les parties et constatent un accord sur le principe de la résiliation du contrat ; le litige étant circonscrit aux conséquences de cette résiliation (et notamment aux différentes sommes réclamées par le fournisseur).

En quatrième lieu, les magistrats font application des clauses relatives à la restitution du matériel et constatent que le fournisseur était seul investi par le contrat du droit de choisir entre la restitution en nature et la restitution par équivalent. Dans ce dernier cas, la somme due n'est généralement pas qualifiée de clause pénale puisqu'elle représente le paiement du prix du matériel (voir Aix-en-Provence, 23 juin 2016, n° 15/00641 : Concurrences n° 4-2016, p. 111). Mais elle peut être accompagnée d'une indemnité à payer en cas de retard de paiement (ou de restitution) qui, celle-là, a été qualifiée de clause pénale par les juges puis modérée compte tenu de son caractère excessif (elle était égale à 1% du prix d'installation par jour de retard).

En dernier lieu et du fait de la fin du contrat, la Cour condamne l'exploitant à rembourser le prêt à la banque de manière anticipée (et non au fournisseur qui n'était que caution et n'avait pas été actionné).

Relevons que les discussions n'ont pas porté sur l'éventuelle violation par le fournisseur du monopole bancaire prévu par l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier (le cautionnement entrant dans le champ de ce monopole). Traditionnellement, les juridictions font application des

exceptions prévues par le texte et valident les montages financiers tels que celui en cause dans l'arrêt (Paris, 14 avr. 1999 : RJDA 1999, n° 981 – Paris, 22 mai 2003 : RJDA 2004, n° 604 ; Lettre distrib. 10/2003, p. 1, obs. D. Ferrier – Poitiers, 7 avr. 2009, n° 08/01071 : JCP G 2010, 145 ; JCP E 2010, 1496, n° 5, obs. J. Stoufflet – Saint-Denis de la Réunion, 30 oct. 2006, n° 04/0198 – Colmar, 29 juin 2005, préc. – CA Montpellier, 7 mai 2013, n° 12/01373 ; RD banc. fin. 2014, comm. 89, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin – Montpellier, 17 févr. 2015, n° 14/01926). Un arrêt récent de la Cour de cassation a semblé promouvoir une approche plus restrictive (Com., 15 juin 2022, n° 20-22.160 : Lettre distrib. 07-08/2022, obs. N.E.) mais il y est rappelé que la violation du monopole bancaire n'a aucune incidence sur la validité du contrat de sorte que les parties n'ont guère intérêt à l'invoquer...

N. Eréséo

Points de vue pratiques

T. com. Paris, 10 octobre 2022, n° 2021000304

Claris non fit interpretatio et PRC : application à l'obtention d'un avantage sans engagement écrit de commande

Faits. Le litige opposait un fournisseur (Phyto Plus), à l'un de ses distributeurs (Frans Bonhomme). Ces deux sociétés avaient noué une relation commerciale de 2011 jusqu'au 1^{er} mars 2020. Le fournisseur prétendait que son distributeur lui avait demandé début 2016 de concevoir et de développer un filtre d'assainissement spécifique, conformément à un cahier des charges précis du distributeur pour répondre au besoin des clients de ce dernier. Selon le fournisseur, cette demande aurait été assortie, oralement, d'un accord sur les volumes de commandes de ce produit, ce qui aurait conduit notre fournisseur à entreprendre des investissements et emprunts à hauteur de plusieurs centaines de milliers d'euros. Le nombre de commandes passées n'étant pas à la hauteur de celles attendues et alors que le distributeur soutenait ne pas être à l'origine de la fabrication des produits, ledit distributeur, mettant en avant le comportement brutal de son fournisseur lors d'échanges téléphoniques, devait lui notifier en août 2019 la rupture de la relation commerciale, avec un préavis de sept mois arrivant à échéance le 1^{er} mars 2020. Le fournisseur l'assigna sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 3° (obtention d'un avantage sans volume écrit de commande), 4° (conditions financières disproportionnées sous la menace d'une rupture brutale) et 5° (rupture brutale) du Code de commerce. Par jugement du 10 octobre 2022, le Tribunal de commerce de Paris déboute le fournisseur de ses demandes.

Nos observations se cantonneront à la solution donnée par le Tribunal sur le fondement du point 3° de l'article précité. Cette prohibition est souvent désignée, dans le langage des praticiens, sous le terme d'interdiction des primes de référencement.

Problème et solution. Dans ce contexte de relation d'affaires et alors que les circonstances de la cause ne décriaient pas une situation de « *référencement* », notamment du fait de centrales éponymes, le texte pouvait-il – au moins au plan des principes – s'appliquer ? La réponse est affirmative pour le Tribunal qui, par une formulation générique, « *constate que les dispositions de l'article L. 442-6 I 3° du code de commerce ne sont pas limitées au seul versement fautif de primes de référencement* ». La violation de cette prohibition est toutefois écartée par le Tribunal après vérification de la réalité des allégations du demandeur.

Observations. La solution générale ne nous surprend pas. Pour rappel, deux lectures s'opposaient sur le domaine de l'ancien article L. 442-6, I 3°. Le fournisseur reprochait à son distributeur d'avoir obtenu comme avantage, celui de la création d'un filtre pour satisfaire sa demande et ce suivant un cahier des charges précis respecté par le fournisseur. Il ajoutait que le distributeur se serait engagé, non par écrit mais oralement, à commander un certain nombre de filtres par an, compris une fourchette quantitative et que cet engagement n'avait d'ailleurs pas été respecté. Le distributeur soutenait quant à lui, que l'article L. 442-6, I 3° était inapplicable (« *les conditions d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 3° du code de commerce relatif aux primes de référencement ne sont pas réunies* »), le texte ayant « *vocation à lutter contre le fait de subordonner le référencement d'un fournisseur à l'octroi d'avantages financiers, sans contrepartie suffisante, comme les primes de référencement abusives qui peuvent être versées aux centrales de*

Points de vue pratiques

référément ». In concreto, selon lui, les exigences de ce texte faisaient défaut. Entendre par cela, notamment l'inexistence d'un avantage préalable à la passation de commande puisque Phyto était déjà un fournisseur actif du distributeur depuis plusieurs années, mais aussi l'absence d'avantage « financier » (« en second lieu, l'avantage allégué n'est pas un avantage financier ») non assorti d'un engagement de volume ou d'un service demandé par le fournisseur). Le Tribunal a eu les faveurs de la première de ces deux lectures.

Certes, la solution ne conduira pas à la condamnation du distributeur, faute de rapporter la preuve de la pratique ainsi prohibée et notamment de l'existence d'un avantage au sens de l'article précité (« Que dès lors le moyen selon lequel PHYTO PLUS aurait défini et élaboré le produit "STEPURFILTRE", sur la base d'un cahier des charges adressé par FRANS BONHOMME, et que cette dernière aurait imposé à PHYTO PLUS la création, le développement ou la production de ce filtre, sera écarté par le tribunal ; Qu'en tout état de cause, PHYTO PLUS ne démontre pas non plus que FRANS BONHOMME aurait pris, au-delà de l'intérêt porté sur le produit "STEPURFILTRE" pour, à l'évidence, diversifier son catalogue de produits, un quelconque engagement de commandes, par oral ou par écrit ; »). Les motifs du jugement, qui relatent les circonstances propres de l'espèce, mériteront que l'on s'y reporte, notamment pour qui souhaitera réfléchir aux hypothèses, autres, dans lesquelles les éléments de la pratique prohibée auraient pu être vérifiés.

Rappelons toutefois que la pratique en cause n'est plus sanctionnée *per se* depuis la réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce par l'ordonnance du 24 avril 2019. Cette ordonnance a recentré la liste des pratiques abusives autour de trois pratiques générales existantes et modifiées dans leur champ d'application, au sein du nouvel article L. 442-1. De la sorte, des pratiques visées jadis en tant que telles pourraient relever du champ d'application des prohibitions maintenues, ce qu'il appartiendra aux juridictions saisies d'apprécier au vu de la lettre des nouveaux textes. Lorsqu'il sera question de faire application de ces derniers, les jurisprudences rendues en matière de pratiques abusives sur des fondements aujourd'hui disparus, pour des raisons tenant davantage à un souhait de simplification que d'absolution (cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, p. 7 et 8), pourront alors tenir lieu de points de repère.

Mais à nos yeux, l'essentiel est ailleurs : au-delà de la pratique ici rapportée, le jugement suggère une réflexion plus « macro-juridique », si nous osons l'expression. Mais expliquons-nous ci-après.

Cette affaire témoigne à la fois de la plasticité des textes en matière de pratiques abusives et de la compatibilité de leur contenu pour appréhender des pratiques qui n'étaient pas nécessairement celles pour lesquelles les textes avaient été initiés. La loi a ses raisons qui ne peuvent avoir raison de la loi : l'on sait qu'une fois établie, la règle de droit revêt un caractère abstrait, obligatoire et coercitif. A cela trois exemples.

Souvenons-nous, en premier lieu, que la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, dont la *Lettre* avait souligné le large domaine d'application (*Lettre distrib.* juil./août 1996), avait pourtant été essentiellement imaginée, à l'occasion de la loi Galland de 1996, afin de lutter contre les déréférencements abusifs. Il en est de la même multifonctionnalité, en deuxième lieu, de la prohibition, instituée par la NRE, de l'article L. 442-6, I, 1° visant les nouvelles formes d'abus « parfois commis par la grande distribution au détriment de ses fournisseurs » (Rapport Sénat sur le projet adopté par l'Assemblée Nationale relatif aux Nouvelles Régulations Economiques, p. 20), que constituaient les avantages sans contrepartie ou moyennant une contrepartie disproportionnée. Sur ce fondement, la Cour de cassation a jugé, dix ans plus tard, dans un arrêt ayant reçu les honneurs d'une publication au bulletin, que la mise à disposition gratuite par un fournisseur à son client distributeur, de personnels intérimaires pour la réalisation d'un inventaire, relevait de l'avantage indu car sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard du service rendu, quand bien même ne donnait-il par lieu à un mouvement de fonds en faveur du distributeur (Com., 18 oct. 2011, n° 10-15.296). L'on peut y voir une application de la prohibition à un avantage en nature. Fort de ce témoignage, s'il en est, de l'adaptabilité du texte aux contingences particulières et sauf revirement de jurisprudence de la même chambre que nous n'aurions pas remarqué, nous nous questionnons - encore - sur la solution de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 novembre 2020 (n° 19/09129) d'où il ressort que les dispositions de l'article L. 442-6 I 1° ne s'appliquent pas à une réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial. A ce propos, la récente analyse du Conseil constitutionnel, certes sur le nouvel article L. 442-1, I, 1°, goûtée ou non (*rappr.* pour une analyse critique, CC n° 2022-1011 QPC, 6 oct. 2022, *Lettre distrib.* 10/2022, obs. N.E.), pourrait avoir quelques incidences sur le sort de cette solution, puisqu'à notre connaissance, l'arrêt d'appel a fait l'objet d'un pourvoi. L'avenir nous en dira davantage. En dernier lieu

et dans le domaine voisin de la formalisation de la relation commerciale, comment ne pas évoquer l'application des textes du Code de commerce à des univers très différents de celui de la relation entre les fournisseurs et les grands distributeurs.

Claris non fit interpretatio et Dura led sed lex : la réglementation des pratiques restrictives n'y fait pas exception.

J.-M. Vertut

Cass. com., 16 novembre 2022, n° 21-17.338

Vente et service de coopération commerciale dans un contexte international

Faits. De 2004 à 2006, la société Conforama a eu comme fournisseur la société de droit américain Mab Ltd en liquidation amiable depuis le 21 décembre 2006. En juillet et août 2006, deux fournisseurs de la société Mab en liquidation, l'une italienne fournisseur de peaux et de meubles, l'autre américaine prêteuse de deniers, toutes deux créancières de la Mab, ont fait pratiquer des saisies conservatoires entre les mains de la société Conforama en vue du paiement de leurs créances respectives. La société Conforama s'opposa à ces saisies opérées par les deux créanciers de Mab au motif qu'elle était elle-même créancière de Mab au titre de factures de services de coopération commerciale non réglées venant en compensation avec les créances de Mab à son égard au titre de la vente de marchandises. Les deux créancières assignèrent Conforama, sur le fondement d'une action oblique, pour contester les factures de coopération commerciale émises par Conforama à l'égard de Mab, factures qui n'auraient pas été conformes aux règles du Code de commerce français, des articles L 441-3, 441-6 et L 442-6 en vigueur à l'époque concernant la réalité des services et leur preuve, la forclusion contractuelle pour la contestation des factures et la prescription de l'action, le formalisme non transparent et le caractère disproportionné de l'avantage obtenu par Conforama au titre desdites prestations de coopération commerciale. Sur ces fondements, la Cour d'appel (Paris, 30 mars 2021, n° 19/15655 : *Lettre distrib.* 05/2021, obs. J.-M. Vertut) rejeta les factures de coopération commerciale de Conforama et par voie de conséquence la compensation avec sa dette à l'égard du fournisseur Mab en liquidation dont Conforama se prévalait. Sur tous ces motifs de rejet des factures de coopération, fort intéressants, nous renvoyons aux observations précitées sous l'arrêt d'appel.

Problème. La compensation entre la dette de Conforama à l'égard de son fournisseur Mab et sa créance au titre de la coopération commerciale est rejetée au motif que lesdites prestations de coopération commerciale, leur formalisation et valorisation n'étaient pas conformes aux exigences de proportionnalité, de preuve et de formalisme issues de notre Code de commerce français. Le contrat de vente des marchandises étant lui soumis au droit américain, Conforama reproche à la Cour d'appel d'avoir apprécié la validité de sa créance de coopération commerciale au regard des règles du droit français qu'elle estime ici inapplicables, la relation avec le fournisseur devant être appréciée globalement et soumise au droit US.

Discussion. Pour exclure l'application de la loi française au contrat de coopération commerciale et retenir le droit américain, Conforama invoquait le lien entre le contrat de distribution et le contrat de prestation de services. L'ensemble constituerait un groupe de contrats : « en présence d'un groupe de contrats dérivant d'une convention initiale, telles que des conditions générales, le choix par les parties d'une loi pour régir ce contrat initial vaut en principe également pour les autres contrats liés ». Quant à considérer de manière isolée le contrat de coopération commerciale, il convenait, conformément aux règles de la Convention de Rome, de rechercher la loi du pays avec lequel ce contrat de coopération avait les liens les plus étroits : « la loi entretenant les liens les plus étroits avec un contrat accessoire de coopération commerciale est celle régissant le rapport principal de distribution que la coopération commerciale a pour objet ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi, confirmant la Cour d'appel en ce qu'elle avait jugé que les contrats de coopération commerciale litigieux avaient les liens les plus étroits avec le pays où était rendue la prestation de coopération commerciale, à savoir la France : « après avoir énoncé qu'à défaut de choix par les parties, l'article 4, paragraphe 1, de la Convention de Rome prévoit que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et que, selon le paragraphe 2 de cet article, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, puis relevé que les contrats de coopération commerciale étaient distincts des contrats « fournisseur », l'arrêt retient qu'il résulte des éléments versés au dossier et notamment de leur objet, qui porte sur la promotion commerciale, par le biais de publicités ou de catalogues mis à la disposition des clients ou sur internet, et la visibilité des produits en magasin, que les contrats