

# Revue Lamy de la concurrence

## Standard de preuve – Prix de revente imposés : la cour d’appel de Paris recadre l’Autorité de la concurrence

*Quentin COLOMBIER*

– La Cour de cassation censure pour la première fois un juge du fond qui avait annulé la saisie de documents censés être protégés par le « legal privilege » en affirmant que cette notion est étrangère au droit français

*André MARIE*

– La prohibition des avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés vise tous types d’avantages

*Jean-Michel VERTUT*

**125** | MENSUEL  
MARS 2023

# Jurisprudence commentée

RLC 4399

## La prohibition des avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés vise tous types d'avantages

En jugeant que l'ex-article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce s'applique quelle que soit la nature de l'avantage en cause, la Cour de cassation s'oppose à une interprétation restrictive de la prohibition des avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés et revigore les moyens de contrôle par le juge des avantages abusifs<sup>(1)</sup>.

*Cass. com., 11 janv. 2023, n° 21-11.163, B*



Par Jean-Michel  
VERTUT

Avocat au Barreau  
de Montpellier

Chargé  
d'enseignement à  
l'Université

### Faits et procédure

La société OC résidences, constructeur de maisons individuelle, a entrepris en 2013 de déduire du montant de la créance de son sous-traitant 3J Charpentes SARL, une remise exceptionnelle de 2 % au titre du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) accordé par l'État aux entreprises, dont 3J. Pour rappel, le CICE avait pour objet le financement de l'amélioration de la compétitivité des entreprises. Son ambition n'était pas d'inciter la clientèle des entreprises bénéficiaires de cette mesure à exiger, sous ce prétexte, des révisions à la baisse du tarif négocié. Il semble pourtant que la pratique n'ait pas été si exceptionnelle, au point d'avoir conduit la DGCCRF à spécialement mettre en garde

les acteurs contre l'abus qu'elle constituait, dans une fiche de juillet 2013 consacrée aux pratiques de captation du crédit d'impôt compétitivité emploi (CICE)<sup>(2)</sup>.

S'estimant victime de cette pratique de la part de son client OC, 3J devait alors, en novembre 2013, en référer à la DIRECCTE Midi-Pyrénées. Le ministre de l'Économie devait par la suite assigner OC en avril 2017, devant le tribunal de commerce de Bordeaux, aux fins de voir juger que la pratique consistant à déduire des factures des sous-traitants, une remise systématique de 2 % au titre du CICE, contrevenait aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce en ce qu'elle constituait une obtention ou tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie.

(1) Cet arrêt a fait l'objet d'une précédente note intégrée à la Lettre de la distribution du mois de février 2023, sous un autre intitulé et quelques variantes.

(2) Pratiques de captation du crédit d'impôt compétitivité emploi (CICE), fiche DGCCRF du mois de juillet 2013, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-captation-credit-dimpot-competitivite-emploi-cice>.

Outre la pratique en question, il était reproché à OC de s'octroyer un escompte de 3 %, certes prévu dans le contrat avec J], mais en cas de paiement anticipé et non pour des factures payées en retard, comme tel était le cas en l'espèce.

Avant dire droit, les juges consulaires devaient saisir du sujet la Commission d'examen des pratiques commerciales, qui estimait dans un avis du 7 juin 2018<sup>(3)</sup> qu'« une remise liée au bénéfice du CICE, de même qu'un escompte justifié par un délai de paiement non respecté, constituent des avantages sans contrepartie effectivement rendue en violation de l'article L. 442-6-1-1° du code de commerce ».

Par jugement du 18 janvier 2019<sup>(4)</sup>, le tribunal fit injonction à OC de cesser ses pratiques commerciales illicites, outre la condamnation à restitution des sommes par elle perçues. Sur appel d'OC, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 novembre 2020<sup>(5)</sup>, confirmait la décision des premiers juges en ce que les dispositions du code de commerce s'appliquaient aux relations de sous-traitance. Mais c'est la réformation pour le surplus en considérant, pour ce qui concerne la pratique de l'escompte litigieux, que les éléments de l'enquête ne l'établissaient pas et, pour ce qui est de la remise de 2 % au titre du CICE, que l'article L. 442-6, I, 1° du code commerce ne s'appliquait pas aux réductions de prix. Suite au pourvoi formé par le ministre, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 janvier 2023, publié au Bulletin<sup>(6)</sup>, partage l'appréciation de la cour d'appel quant à l'application de l'article précité à la relation entre un entrepreneur principal et ses sous-traitants. En revanche, c'est la cassation à la fois sur la question de l'insuffisante analyse des juges d'appel au plan de la caractérisation matérielle des faits concernant l'escompte, ainsi que sur la solution de droit donnée par la cour d'appel quant au domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 1°, que la chambre commerciale juge pleinement applicable en l'espèce. L'affaire est renvoyée devant la cour de Paris autrement composée. Seul le dernier point donnera lieu à observations ci-après.

## Problème et solution

À la faveur de ce litige, la question était celle du domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la réforme du titre IV du livre IV du code de commerce par l'ordonnance du 24 avril 2019, qui loge désormais un dispositif similaire dans le nouvel article L. 442-1, I, 1° du même code. Tout l'enjeu était celui de la pertinence *rationae materiae* des actions en justice, à l'initiative du ministre de l'Économie ou des

victimes, sur le fondement de l'article précité, lorsque les pratiques en cause, *rationae temporis*, ne relèvent pas du nouvel article L. 442-1, I, 1°. On songe notamment à des actions aux fins de restitution suite à des pratiques commises avant que ne s'applique le nouvel article L. 442-2, I, 1° du code de commerce, dans la mesure où les règles en matière de prescription le permettent, mais aussi aux litiges en cours et dans lesquels un moyen se base sur le texte en question.

Pour la Haute Cour, « l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage, (...) ».

## Observations

Cette solution ne nous étonne pas. Il ne s'agit pas même, selon nous, d'une interprétation extensive du dispositif instauré par la Loi NRE de 2001<sup>(7)</sup>, mais d'une lecture pure et simple du texte. Au plan de l'historique réglementaire, ce dispositif n'a pas vu son domaine d'application amputé à l'occasion de la loi LME<sup>(8)</sup>, avec l'instauration de la prohibition du déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, supposant des conditions propres. Au plan des solutions issues de la jurisprudence, la Cour de cassation a jugé, dix ans après la loi NRE, dans un arrêt publié 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<sup>(9)</sup>. L'on pouvait alors y voir une application de la prohibition à un avantage en nature ce qui, *a fortiori* il nous semble, devait rendre d'autant logique, au plan de la lettre du texte, la solution rendue par la cour d'appel de Paris des années plus tard, s'agissant d'avantages financiers issus de la négociation commerciale, à l'occasion de son arrêt du 13 septembre 2017, que les praticiens et observateurs reconnaîtront sous le nom d'arrêt *Gelco*<sup>(10)</sup>. Cet arrêt avait dit l'article L. 442-6, I, 1° applicable aux réductions de prix, en l'occurrence une ristourne. Nous ne nous souvenons pas que sa solution eut généralement étonné, alors d'ailleurs que cette appréciation était partagée par la Commission d'examen des pra-

(3) CEPC, avis n° 18-6, 7 juin 2018.

(4) T. com. Bordeaux, 18 janv. 2019, n° 2017F00532.

(5) CA Paris, 4 nov. 2020, n° 19/09129.

(6) Cass. com., 11 janv. 2023, n°21-11.163.

(7) L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

(8) L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie.

(9) Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-15.296.

(10) CA Paris, 13 sept. 2017, n° 15/24117, Lettre distrib. 11/2017, obs. N. Eréséo.

tiques commerciales dans une multitude d'avis antérieurs ou postérieurs à cette dernière affaire. Pourtant, le 4 novembre 2020, un arrêt de la cour d'appel de Paris<sup>(11)</sup>, maintenant censuré par l'arrêt ici commenté, claquait comme un éclair dans le ciel jusqu'alors dégagé du contrôle des avantages abusifs issus de la négociation commerciale sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>. Dans cet arrêt, diversement goûté par les praticiens de la matière<sup>(12)</sup>, la cour d'appel estimait en effet, que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce, ne s'appliquaient pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial. La cour d'appel en était arrivée à cette conclusion aux motifs qu'« *En raison du principe de la libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure exceptionnel en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ce contrôle ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-749 QPC (voir considérant n° 7) à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 (Cass.com. 25 janv. 2017, n° 15-23547)* ». La cour d'appel réitérait d'ailleurs son appréciation dans un autre arrêt passé plus inaperçu<sup>(13)</sup>. Signalons toutefois en contrepoint, un arrêt postérieur de la même cour qui, en mai 2021<sup>(14)</sup>, avait examiné une rétro-commission de 1,5 % du chiffre d'affaires pour la considérer non abusive sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>, s'agissant alors de frais administratifs de participation à un appel d'offres, bien qu'il ne ressorte pas des débats dans cette affaire que les parties au litige aient entendu croiser le fer sur le champ d'application matériel de l'article précité.

Mais que ceux qui auraient pu estimer être en présence du point le plus abouti au plan de la lecture étriquée de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce sachent qu'ils se seraient mépris, au vu d'un jugement du tribunal de commerce de Paris du 11 mai 2021<sup>(15)</sup>. En l'espèce, les contrats-cadres examinés par le tribunal faisaient ressortir que les remises visées par le ministre dénommées toutes « *remises sur facture inconditionnelle* » ne se référaient « *à aucun service commercial* » sur lequel les parties se seraient accordées. Le tribunal devait alors juger mal fondée la demande en restitution formulée par le ministre de l'Économie, au motif que celle-ci avait été formulée « *au titre exclusif de l'article L. 442-6 I 1<sup>o</sup> du code de commerce, fondé sur le seul moyen de l'absence de service commercial*

*effectivement rendu, alors que celui-ci n'était prévu par aucun de contrats-cadres litigieux* ». Sous réserve d'une compréhension incorrecte de notre part et dans la veine de cette solution, une prestation contractualisée, mais fictive ou donnant lieu à un avantage disproportionné, serait alors exposée à une analyse sur le fondement de l'article précité, à l'inverse d'un avantage ne donnant pas lieu à prévision entre les parties d'une contrepartie, c'est-à-dire l'archétype de la situation abusive sous l'angle de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>, à ce jour L. 442-1, I, 1<sup>o</sup>.

Oublions toutefois pour l'heure cette dernière décision, que nous trouvons bien curieuse, pour en revenir à l'arrêt du 4 novembre 2020 et à sa solution, selon laquelle le contrôle des avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés ne pouvait plus s'opérer sur le fondement de l'ex-article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code précité, mais sur le fondement du déséquilibre significatif dans les droits et obligations, lequel supposait une « *soumission* » du partenaire commercial (voir depuis lors l'article L. 442-1, I, 2<sup>o</sup> de ce code qui dorénavant vise « *l'autre partie* »). Nous nous étonnions encore voici peu<sup>(16)</sup> de cette solution exclusive et évoquions alors la récente analyse du Conseil constitutionnel<sup>(17)</sup>, certes sur le nouvel article L. 442-1, I, 1<sup>o</sup>, et sa possible incidence sur la destinée de cette appréciation, dans l'attente de l'issue du pourvoi. S'étant ravisée, peut-être à titre prémonitoire, la cour d'appel de Paris a d'ailleurs récemment souhaité dans un arrêt du 7 décembre 2022<sup>(18)</sup>, donner une explication de texte sur l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> et sur la compréhension de la solution de son arrêt du 4 novembre 2020, pour juger en l'espèce que « *La cour dans son arrêt du 4 novembre 2020 a statué en ces termes (...). Or, en l'espèce, ainsi que le fait justement valoir la société Edma, le litige ne porte pas sur le seul contrôle du prix mais sur un avantage tarifaire en échange de contreparties commerciales par la « réduction spécifique plan d'affaires » qui ne constitue pas une simple modalité de fixation du prix. En conséquence, l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce est applicable au litige* ». Ainsi dit et après l'avoir mis sur une courte période au ban des outils de lutte contre certains types d'avantages abusifs, la cour d'appel de Paris réhabilitait donc l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>.

À la réflexion, cette nouvelle interprétation de la solution de l'arrêt du 4 novembre 2020 n'est-elle pas intervenue un peu tard et se trouve-t-elle encore utile pour un arrêt du 4 novembre 2020 qui, en fin de compte, n'existe plus, car cassé par l'arrêt du 11 janvier 2023 ? En effet,

(11) CA Paris, 4 nov. 2020, n° 19/09129.

(12) Concurrences, 2-2021, obs. J.-L. Fourgoux ; *contra* : Coup de frein au contrôle des prix au titre des pratiques restrictives de concurrence, RLC 2021/106, n° 4070, obs. M. Boudou.

(13) CA Paris, 18 nov. 2020, n° 19/12813, Lettre distrib. 12/2020, obs. M.-P. Bonnet-Desplan.

(14) CA Paris, 6 mai 2021, n° 19/06400, Lettre distrib. 6/2021, obs. J.-M. Vertut.

(15) T. com. Paris, 11 mai 2021, n° 2018014864, Concurrences, 3-2021, obs. F. Buy.

(16) Lettre distrib. 12/2022. Observations en commentaires d'un jugement du tribunal de commerce de Paris du 10 octobre 2022, n° 2021000304 ; à *rapp.* : Le rejet de la QPC d'Amazon ou la constitutionnalité de la prohibition des avantages injustifiés visés par l'article L. 442-1, I, 1<sup>o</sup>, du code de commerce, M. Le Roy, actu-juridique, 14 févr. 2023, pt. 11.

(17) Cons. const., 6 oct. 2022, n° 2022-1011 QPC.

(18) CA Paris, 7 déc. 2022, n° 20/11472.

à peine un mois se sera écoulé depuis l'arrêt d'appel du 7 décembre 2022, pour que la Cour de cassation nous livre sa solution et la veuille assortie d'une publication au Bulletin. Car qu'il soit tenu pour dit par la Cour suprême, que l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce « exige seulement » que soit constatée l'obtention d'un « avantage quelconque » ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, « quelle que soit la nature de cet avantage ». L'ex-article L. 442-6, I, 1° s'applique donc « quelle que soit la nature de cet avantage ». C'est précisément ce dont dispose le texte lorsqu'il vise un « avantage quelconque » et il n'y a selon nous rien à rajouter.

Si le contrôle de l'absence de contrepartie ou de la disproportion manifeste (hors soumission à un déséquilibre significatif) s'effectue dorénavant, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019 sur le fondement du nouvel article L. 442-1, I, 1°, la solution de ce récent arrêt de la Cour de cassation redistribue les cartes au plan des procédures engagées sur l'ancien fondement. Cette solution purge aussi d'un débat similaire ou à tout le moins en dissuade, sur le nouveau fondement de l'article L. 442-1, I, 1° sur l'obtention ou la tentative d'obtention de l'autre partie d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie. Au plan de la prohibition de la pratique en cause dans les termes applicables depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, ce qui vient d'être jugé par la Cour de cassation sur la lettre de l'ex-article L. 442-6, I, 1° devrait être encore plus fondé au vu de celle du nouvel article L. 442-1, I, 1°, même si cette disposition, qui met en corrélation deux facteurs, c'est-à-dire « un avantage », quel qu'il soit, et « une

contrepartie », quelle qu'elle soit, laissait de toute façon peu de place à polémiques équivalentes sur son champs d'application et, au-delà, sur une prévalence avec effet exclusif de l'article L. 442-1, I, 2° (déséquilibre significatif) sur l'article L. 442-1, I, 1° (avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné), s'agissant des avantages abusifs obtenus de l'autre partie résultant de la négociation commerciale<sup>(19)</sup>.

## Remarques conclusives

La brèche ouverte voici un peu plus de deux ans par l'arrêt du 4 novembre 2020, qu'on s'en félicite ou non selon que l'on soit créancier ou débiteur d'un avantage abusif au sens de l'article L. 442-6, I, 1°, et *a fortiori* de l'article L. 442-1, I, 1°, vient de se refermer. Les perspectives renouvelées et renforcées de ce dispositif<sup>(20)</sup> qui fut, depuis son instauration par la loi NRE de 2001, le dispositif essentiel de lutte contre les pratiques abusives dans la négociation, avant de se voir rallié par celui de la prohibition du déséquilibre significatif par la LME en 2009 (sans omettre, bien évidemment car bien plus ancienne encore puisque remontant à la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ou loi Galland, l'interdiction de la rupture brutale de relation commerciale établie, qui peut être initiée suite à désaccord d'un partenaire de consentir à un avantage abusif), invitent à des réflexions – nombreuses – pour qui veut bien prendre à bras le corps le sujet. Abstraction faite des évolutions ultérieures des textes, nous assistons à la restauration du triptyque en vigueur au lendemain de la LME de 2008, au plan des garde-fous contre les abus de la libre négociabilité, suite à l'abrogation de l'interdiction en tant que telle des pratiques discriminatoires<sup>(21)</sup>. ■

(19) À *rappr.* : CA Paris, 31 juill. 2019, n° 16/11545, Lettre distrib. 9/2019, obs. J.-M. Vertut.

(20) Le rejet de la QPC d'Amazon ou la constitutionnalité de la prohibition des avantages injustifiés visés par l'article L. 442-1, I, 1°, du code de commerce, M. Le Roy, *actu-juridique*, 14 févr. 2023, pts. 4 et s ; La complémentarité de l'avantage sans contrepartie et du déséquilibre significatif, G. Chantepie, *JCP E* 2023, n° 7, 1049.

(21) Signalons tout de même que la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs (dite loi Egalim II), avec la finalité qui est la sienne, est toutefois venue introduire dans l'article L. 442-1 du code de commerce la pratique restrictive de concurrence de discrimination abusive, s'agissant des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie soumis au I de l'article L. 441-1-1 du code de Commerce (article L. 442-1, I, 4° du code de commerce). À *rappr.* : Loi visant à protéger la rémunération des agriculteurs (dite « Egalim II ») : sécuriser l'amont et verrouiller l'aval, RLC 2021/111, n° 4172, obs. Ph. Vanni et A.-C. Martin.