

N° 2-2023

---

### Négociations abusives : La Cour d'appel de Paris apporte des précisions relatives à la loyauté dans le déroulement des enquêtes de l'article L. 450-3 du Code de commerce, ainsi que sur la caractérisation de la tentative de soumission en matière de déséquilibre significatif (*Min. Eco / Incaa, ITM et EMC*)

**DISTRIBUTION, FRANCE, CHARGE DE LA PREUVE, ACCORD DE DISTRIBUTION, ENQUÊTES, PRIX, RÉDUCTIONS, TOUS SECTEURS D'ACTIVITÉ, ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE, RECEVABILITÉ (PLAINTÉ), DROITS DE LA DÉFENSE, SANCTIONS PÉNALES, ORDRE PUBLIC, PRIX ABUSIFS, PUISSANCE D'ACHAT, DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF**

CA Paris, 15 mars 2023, RG n° 21/13227, Ministre de l'Economie et des Finances c/ Incaa, ITM et EMC

CA Paris, 15 mars 2023, RG 21/13481, Ministre de l'Economie et des Finances c/ Incaa, ITM et EMC

Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la *Lettre de la distribution* <sup>✉</sup> publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

---

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

Concurrences N° 2-2023 | Alertes | Distribution

**Faits.** Suite à une enquête menée en 2016, le Ministre a, par deux assignations, saisi le Tribunal à l'encontre de la centrale d'achat Intermarché Casino Achat (INCAA) et de ses mandants ITM Alimentaire International (Intermarché) et Casino (EMC Distribution) pour pratiques commerciales abusives vis-à-vis de certains fournisseurs du secteur « parfumerie-hygiène » (<https://www.economie.gouv.fr/dgcrf/infos-presse-2017> <sup>✉</sup>). Selon le Ministre, l'enquête menée sur le fondement de l'article L. 450-3 C. com. auprès tant des distributeurs que de leurs fournisseurs, faisait ressortir qu'INCAA, quelques semaines seulement après la signature du contrat-cadre annuel légalement prévue le 1er mars 2015, avait formulé des demandes financières additionnelles à ses fournisseurs, non justifiées par des circonstances nouvelles, ni un besoin nouveau des fournisseurs et assorties d'aucune contrepartie précise et chiffrée au moment des demandes. Les fournisseurs ayant refusé auraient subi des mesures de rétorsion. Selon le Ministre, ces pratiques constituaient une tentative de soumission à un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6 I 2°. Par deux jugements (T. com. 31 mai 2021, n° 2017025155 et n° 2017025159, Lettre distrib. 10/2021, *nos obs.*) précédés de deux autres avant-dire droit du 18 novembre 2019, le Tribunal condamnait INCAA et ses mandants et prononçait une amende civile de deux fois deux millions d'euros. Par deux arrêts du 15 mars 2023 et aux termes d'une analyse *in concreto* de la situation des fournisseurs concernés, la Cour d'appel confirme pour l'essentiel les premières condamnations.

**Problèmes.** Nous nous pencherons plus particulièrement sur le sujet du déroulement de l'enquête « simple », souvent délaissé au profit des sujets de fond. Au plan procédural, *in limine litis* et à titre principal, les mises en cause entendaient voir infirmer les jugements avant dire-droit et ce faisant déclarer nulle l'assignation et la procédure subséquente et donc les jugements du 31 mai

2021. A défaut pour cette demande de prospérer, il était notamment demandé à la Cour d'écarter une série de pièces pour méconnaissance par l'Administration des principes qui sous-tendent tout procès équitable. Sur le fond, nous rapporterons quelques points des arrêts au plan de la démarche probatoire en vue d'établir la tentative de soumission.

## Solutions et observations.

### I. – Procédure : sur la loyauté dans le déroulement de l'enquête

– Sur la demande de nullité de l'assignation du Ministre – Sous fond d'article 6 de la CESDH et 9 de la DDH et compte tenu de ce que l'action du Ministre relevait de la matière pénale, il était reproché aux enquêteurs d'avoir violé les principes de loyauté dans la recherche de la preuve, d'impartialité et de neutralité dans la conduite de l'enquête et, de la présomption d'innocence, dans le cadre d'une procédure inquisitoire à leur détriment et par des questions orientées postulant leur culpabilité aussi bien à l'adresse des mises en causes que des fournisseurs enquêtés, d'avoir provoqué des réponses pour conforter les accusations sans justification factuelle. Ces agissements auraient irrémédiablement vicié l'intégralité de la procédure et entraîneraient donc la nullité de l'enquête. En quelque sorte, un vice originel corruptif de toute la procédure subséquente.

La Cour ne l'entend pas ainsi. Elle prend d'abord le soin de rappeler que « *l'appartenance à la 'matière pénale' est déterminée sans égard décisif pour les catégories de droit interne qui ne constituent qu'un critère pertinent de qualification, et ne vaut que pour l'application de la [CESDH] : l'examen du litige sous le volet pénal de l'article 6 de la CESDH, qui est toujours global et opéré à l'aune de l'équité ('principe clé' selon CEDH, 10 juillet 2012, Gregacevic c. Croatie, n°58331/09, §49), n'implique pas l'application des règles nationales de droit pénal et de procédure pénale* » (rapp. Trib. com. Paris, 2 juin 2020, n° 2015024900). Nous pensons y voir une prise en compte contextuelle des principes de la CESDH, mais non littérale de la matière pénale, qui conduirait à la soumission aux règles du droit pénal des enquêtes comme celle en discussion.

La Cour rejette l'exception de nullité de l'assignation aux motifs qu'en droit interne, l'action du Ministre exercée sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 III C. com. est de nature civile (Com. 18 oct. 2011, n°10-28.005 qui valide la qualification d'action en responsabilité quasi délictuelle) et soumise aux règles du Code de procédure civile (*comp.* CJUE, 22 déc. 2022, C-98/22, *Eurelec* : Lettre distrib. 01/2023, *nos obs*, qui, sous l'angle de l'art. 1er du règlement n° 1215/2012, certes pas ici en débat, soustrait pourtant l'action du Ministre à la matière civile et commerciale). Conformément à ces règles, l'assignation, acte de procédure, ne peut être annulée que pour des vices de forme ou de fond au sens des articles 112 et s. du CPC, étant souligné que les mises en causes n'articulaient aucun moyen en ce sens.

Pour la Cour, même en suivant le raisonnement des appelantes et en retenant la réalité d'une déloyauté ou d'une atteinte aux droits garantis par l'article 6 de la CESDH dans son volet pénal violant irrémédiablement leur droit à un procès équitable, « *l'enquête, qui ne constitue qu'un mode de recueil des preuves, n'est pas le support nécessaire de l'assignation, la nullité de la première, à supposer que le juge civil puisse la prononcer, n'emportant pas celle de la seconde* ». Il est alors jugé que l'absence de preuves qui résulterait soit de leur irrecevabilité, soit ne convaincront pas le juge, n'est pas une cause de nullité de l'assignation, mais un moyen de défense au fond conduisant au rejet des prétentions qu'elle contient. La simple invocation de la « *matière pénale* », de même qu'une enquête malmenant les principes fondamentaux, n'entraîne donc pas *ipso facto* celle de l'assignation subséquente. Mais comme cela ressort des arrêts, cela ne signifie pas que le déroulement de l'enquête sur le fondement de l'article L. 450-3 C. com. (n'ouvrant pas droit aux mêmes contrôles et recours que ceux prévus pour les enquêtes dites « lourdes » relevant de l'art. L. 450-4) soit pour autant hors de portée de toute critique à faire valoir devant la juridiction ultérieurement saisie, l'invitant à entreprendre une analyse des éléments de preuve soumis à son appréciation à l'aune des principes précités. En pratique, si les questions posées durant l'enquête semblent pour celui mis en cause un peu trop « orientées », celui-ci pourrait toutefois songer, sans aller jusqu'à risquer l'opposition à fonction (art. L. 450-8 C. com.), à solliciter leur reformulation. Si tel ne peut être le cas, il devra veiller au contenu de sa réponse voire l'assortir de réserves. Mais pareille option restera inenvisageable lorsque les renseignements seront obtenus dans le cadre de l'enquête auprès de tiers, comme ici les fournisseurs.

– Sur la demande d'irrecevabilité des pièces produites par le Ministre – L'office du juge consiste ici à rechercher, dans les différentes pièces versées par le Ministre (issus principalement de procès-verbaux de déclaration et de prise de copie de documents et pièces), la réalité d'une soumission ou de sa tentative : parvenir à faire écarter des débats ces pièces revient à voir disparaître la preuve des pratiques reprochées.

En substance, les mises en cause critiquaient l'enquête administrative, qui aurait été conduite de manière déloyale, moyennant d'éventuels biais et orientations suscitées par la méthodologie employée par les enquêteurs. Sur cette question encore, on se limitera à un rappel ramassé de la motivation des arrêts, auxquels il conviendra de se reporter. Reprenant à nouveau les moyens de la jurisprudence de la CEDH sur l'article 6 de la CESDH, la Cour d'appel estime qu'au regard des moyens d'enquête mis en œuvre et du montant de l'amende civile demandée, dont le caractère civil est indifférent à raison de sa nature de sanction et sa sévérité, l'action du Ministre relève de la matière pénale au sens de l'article 6 précité. Pour autant et comme déjà indiqué, « *l'autonomie de cette qualification n'emporte pas application au litige et à l'examen de la recevabilité des éléments de preuve les règles internes de droit pénal et de procédure pénale. En outre, le jugement de l'affaire sous le volet pénal de l'article 6 de la CESDH ne se satisfait pas d'un examen isolé des violations alléguées mais commande une appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble pour apprécier l'impact effectif des premières sur le procès et sur l'appréciation portée par le tribunal au sens de l'article 6 de la CESDH.* ». Il s'ensuit un rappel par la Cour de la méthodologie précisée par la CEDH dans divers de ses arrêts, pour apprécier « *l'équité globale d'un procès* » ou « *si la procédure a été équitable dans son ensemble* » ou encore d'« *examiner si la procédure, y compris le mode d'obtention des preuves, fut équitable dans son ensemble* ». Dans cette perspective et malgré les éclairages donnés, il n'en demeure pas moins que l'appréciation « *in concreto et en tenant compte du cadre juridique de l'enquête* » questionne au plan de la sécurité juridique. Elle semble d'ailleurs mouvante selon les situations rencontrées, puisque le type de relation nouée entre la grande distribution et les fournisseurs « *considérés comme structurellement en situation défavorable, peu important que le déséquilibre se vérifie ou non en l'espèce puisqu'il s'agit d'apprécier le cadre contextuel et juridique de l'enquête, induit une appréciation plus souple des atteintes aux droits garantis par l'article 6 de la CESDH en son volet pénal que dans le cadre d'une procédure correctionnelle ou criminelle, les enquêteurs pouvant être amenés à vaincre ou contourner la réticence des fournisseurs soucieux de ne pas déplaire à leurs partenaires commerciaux* ». Finalement, tout va reposer sur l'appréciation souveraine des juridictions spécialisées, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris, qui livre déjà son appréciation sur le mode opératoire des enquêteurs ici rapporté.

A l'issue de son examen des demandes adressées par les enquêteurs aux fournisseurs concernés (demandes initiales, demandes complémentaires, auditions) afin d'établir la réalité ou l'inexistence de la soumission ou de sa tentative, et aux termes d'une « *appréciation globale des atteintes alléguées et la recevabilité des pièces* », la Cour estime en l'espèce que « *les éventuels biais introduits et orientations suscitées par la méthodologie employée sont, en raison de leur totale transparence et de l'absence de toute manœuvre dissimulée, soumis au libre débat contradictoire devant le tribunal de commerce puis devant la cour, les appelantes demeurant libres de produire toute pièce susceptible de contredire les déclarations des fournisseurs et les documents qu'ils ont communiqués. (...) Dès lors, en admettant leur réalité, les atteintes alléguées ne sont pas irrémédiables et n'affectent pas l'équité de la procédure dans son ensemble.* ». La Cour ne fait pas droit à l'irrecevabilité des pièces demandées.

**II. – Fond : sur la caractérisation de la tentative de soumission** – Les deux jugements de première instance avaient donné l'occasion de nous pencher sur la question de l'accoutumance des fournisseurs aux pratiques litigieuses, laquelle n'est pas une cause exonératoire de la responsabilité de leur auteur (cf. Lettre distrib. 10/2021, *nos obs.*).

En appel, la Cour se penche non sur la soumission mais sur sa tentative résultant des demandes additionnelles. Pour elle, la répression de la seule tentative, « *qui s'entend de l'action par laquelle on s'efforce vainement d'obtenir un résultat, implique ainsi une analyse qui accorde une attention particulière à l'entrée en négociation prétendue* » (*rappr.* Trib. com. Paris, 22 février 2021, n° 2016071676, *obs. S.C.*). Cette notion fait écho à l'article 1112 du Code civil, que la Cour dit non applicable au litige, qui dispose que si l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, « *ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Pareil rappel est utile, y compris à l'aune de la toute dernière loi du

30 mars 2023 (art. 9) qui vise expressément cette notion. La Cour procure alors des éclairages auquel il conviendra de se reporter, sur la caractérisation de la tentative de soumission au moyen de « *critères pertinents* » ou « *indices pertinents* ». Nous en retiendrons deux.

En premier lieu, si la Cour juge que si la loi notamment n'exclut pas la possibilité d'une « *renégociation intercalaire* » conformément au droit commun des contrats et au principe de la liberté contractuelle, encore faut-il que celle-ci « *repose sur un motif concret, vérifiable et licite* ». Entendre la nécessité d'un élément nouveau qui, s'il n'est pas une condition formelle de la renégociation, « *en est une condition matérielle et constitue quoi qu'il en soit un critère pertinent d'appréciation de la soumission ou de la tentative de soumission* ». La renégociation doit être objectivement motivée et la révision des conditions initiale ne doit pas être arbitraire au détriment de l'une des parties.

En deuxième lieu, la Cour induit de l'absence de contrepartie l'existence d'un indice de la tentative de soumission : « *si l'analyse de la contrepartie participe prioritairement de l'appréciation du déséquilibre significatif, celle de son existence, plutôt que de sa suffisance, demeure utile pour caractériser une éventuelle soumission ou tentative de soumission en ce que l'absence d'avantage attendu par le cocontractant ou de réciprocité des obligations est de nature à éclairer subjectivement, à raison de la dimension purement unilatérale de la démarche, une volonté d'assujettissement. (...)* ». Et pour la Cour de préciser que « *De fait, l'idée même d'une négociation présuppose d'emblée la prise en compte des besoins de l'interlocuteur et ainsi la détermination, même provisoire et sommaire, de contreparties identifiables et quantifiables dès l'entrée en pourparlers. En ce sens, l'absence de ces dernières est un indice pertinent de la soumission ou de sa tentative* ». Ce raisonnement, qui convoque la mécanique de la preuve par présomption de fait, prend en compte l'objectif de la tentative ou son résultat escompté (une obligation sans contrepartie) pour en inférer, aux côtés d'autres indices, l'existence de la tentative. La solution vaut aussi, aux termes de cet attendu, pour la soumission proprement dite. Cette approche rappelle celle d'une précédente affaire (Trib. Com. Paris, 6 juillet 2021, n° 2016064825, Lettre distrib. 09/2021, *nos obs* ; rappr. Trib. com. Paris, 1ère ch., 13 oct. 2020, n° 2017005123, *obs.*, K. Biancone). Sans s'inscrire selon nous en opposition avec la solution selon laquelle il ne peut s'inférer du seul contenu des clauses incriminées (Paris, 29 mars 2019, n° 16/25962 ; Paris, 1er avr. 2021, n° 19/21083), la caractérisation de la soumission ou de sa tentative, au risque de confondre la condition de soumission avec celle de déséquilibre visée par le texte, le raisonnement de la Cour affine encore la démarche indiciaire probatoire de la soumission ou de sa tentative (v. déjà Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Lettre distrib. 06/2018 et RLC juillet/août 2018, n° 3425, *nos obs*).

Pour conclure, toujours sur un plan probatoire, la Cour considère que les communications internes aux fournisseurs, contemporaines des négociations litigieuses et que ces derniers sont tenus de communiquer aux enquêteurs sur demande (art. L. 450-8 C. com.), sont dotées d'une valeur probatoire, à la façon d'un témoignage en temps réel de la situation qui y est évoquée. Selon la Cour, « *un courriel interne de compte-rendu n'est pas privé de valeur probante par le seul fait qu'il émane d'un fournisseur, celui-ci n'étant pas partie au litige et ne pouvant pas prévoir, lorsqu'il le rédige de manière confidentielle, avant le commencement de l'enquête, et à des fins purement internes qu'il pourra être exploité contre les appelantes [i.e. leur client]. Un compte-rendu est par définition la relation objective d'un évènement passé : sa visée étant purement informative, sa fidélité à la réalité est de son essence. Aussi ces pièces sont-elles pleinement probantes, analyse valant pour tous les documents internes de même nature (...)* » (v. l'arrêt n° 13481, à propos du fournisseur Henkel, à l'égard duquel au demeurant la tentative de soumission n'a pas retenue). Ces pièces, à défaut d'être imputable au mis en cause, lui sont à tout le moins opposables. Ainsi, la preuve de la soumission ou de sa tentative peut ressortir des échanges bilatéraux entre les parties mais aussi du récit, pour soi-même, d'usage interne et *a priori* confidentiel, de ces échanges ou de leur portée : ne pas extérioriser expressément une soumission ou sa tentative - ou s'y efforcer - n'implique pas que cette dernière n'existe pas.