

# Revue Lamy de la concurrence

## DOSSIER : Un peu plus de 30 ans de marché unique

- Photographie des libertés de circulation à l'heure du trentième anniversaire du marché unique  
*Blandine DE CLAVIÈRE*
- D'un marché unique de la donnée à un espace européen commun des données  
*Ludovic PAILLER*
- Le rôle du droit international privé dans le marché intérieur  
*Marylou FRANÇOISE*
- Avantages abusifs : À avantage « quelconque » contrepartie « quelconque » ?  
(de quelques brèves réflexions sur la relation entre raison et contrepartie)  
*Jean-Michel VERTUT*

RLC 4575

## Avantages abusifs : À avantage « quelconque » contrepartie « quelconque » ?

*(de quelques brèves réflexions sur la relation entre raison et contrepartie)*



Par Jean-Michel  
VERTUT  
Avocat au Barreau  
de Montpellier  
Chargé  
d'enseignement à  
l'Université

C'est à cette question que nous renvoie, de manière incidente, un arrêt de la cour d'appel de Paris à propos d'une remise obtenue d'un distributeur auprès de certains fournisseurs et en son temps parfois désignée comme la « Taxe LIDL ». Plus précisément, la raison, y compris économique, d'un avantage consenti à l'occasion de la négociation commerciale, peut-elle être synonyme de « contrepartie » dans le cadre du contrôle des avantages abusifs, notamment sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien du Code de commerce dont le champ d'application peut sembler stabilisé depuis une époque récente (ou du nouvel article L. 442-1, I, 1<sup>o</sup> dudit Code) ? Mais alors et au-delà de ce seul arrêt et des brèves réflexions ci-dessous, ne serait-il pas souhaitable d'en engager de plus denses sur ce que doit être, de manière générique et prévisible, une contrepartie au sens des dispositifs précités et quel peut en être son critère ?

CA Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927

### Faits

À la suite de plusieurs articles de presse faisant état d'une pratique du Galec dénommée « taxe Lidl », la DGCCRF et au niveau régional, les Dirrecte (Drieets) ont étudié les conditions dans lesquelles l'enseigne E. Leclerc aurait imposé une remise additionnelle de 10 % aux fournisseurs de produits à marque nationale (Heineken, Lactalis, Mars, Unilever, Yoplait, etc.), tels qu'également présents dans les rayons des magasins de l'enseigne concurrente Lidl. Les enquêteurs ont analysé les conventions annuelles conclues en 2013, 2014 et 2015 entre le Galec et un échantillon de 22 fournisseurs et ont relevé que les produits référencés par le Galec étaient affectés

d'une réduction de prix additionnelle, lorsqu'ils étaient également référencés par Lidl et que cette réduction était présentée comme inconditionnelle. Estimant cette pratique de réduction de prix dépourvue de contrepartie en contravention avec les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien du Code de commerce, le ministre a assigné le Galec, notamment en nullité de ces obligations dans les conventions conclues entre 2013 et 2015, en restitution de 83 035 774,91 euros au titre de sommes perçues indûment et paiement d'une amende civile de 25 000 000 euros. Sur appel du ministre, débouté en première instance, la cour d'appel a confirmé le jugement.

## Problème

Outre le moyen, écarté par le tribunal, sur le caractère irrecevable de l'action autonome du ministre à raison d'une contrariété de cette action au regard du droit de l'Union en matière de concurrence<sup>(1)</sup> et la primauté de ce droit dans l'ordre juridique européen, se posait la question du caractère licite de la remise litigieuse, à savoir si l'obtention par un distributeur auprès d'un fournisseur d'une remise ayant pour seule contrepartie le maintien du flux d'affaires avec ce fournisseur, dans un contexte de tension concurrentielle entre ce distributeur et son concurrent, revêtait un caractère licite au regard de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du Code de commerce.

## Solution

« De l'ensemble de ces constatations, il en ressort que dans le processus de détermination du prix convenu entre les parties lors des négociations annuelles, la remise litigieuse ne visait clairement pas à rémunérer un service commercial ou "toutes autres obligations" mais faisait partie intégrante de la négociation liée aux conditions de l'opération de vente pouvant aboutir à des réductions de prix sur le tarif des fournisseurs, et dont la contrepartie attendue par ces derniers n'était autre que le maintien du flux d'affaires entre les parties dans un contexte de tension concurrentielle entre les distributeurs E. [W] et Lidl. Il s'ensuit que la remise litigieuse ne constitue pas un avantage sans contrepartie au sens des dispositions de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ».

## Observations

Cet arrêt se singularise d'abord par sa motivation. Celle-ci n'exclut pas les pratiques de réduction de prix du domaine du contrôle de l'avantage sans contrepartie au sens de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien du Code de commerce, puisque la cour rappelle la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 janvier 2023<sup>(2)</sup>. Mais lorsque l'on s'attarde sur l'arrêt, il n'est pas interdit d'émettre l'hypothèse selon laquelle la cour d'appel qui, sans s'opposer frontalement à la Haute Cour sur le domaine d'application de l'article précité aux réductions de prix, ne semble pas, au détour de cette affaire aux enjeux inédits au plan financier, indiscutablement et toujours disposée à une franche application du dispositif lorsque l'avantage « *quelconque* » examiné relève des conditions de la vente. Car ce même arrêt se singularise encore par la justification qu'il reconnaît à la

réduction de prix en cause au regard de la contrepartie correspondante, ce qui peut amener à s'interroger sur ce qu'est ou devrait être une contrepartie, afin que le dispositif ne se voit pas neutralisé à raison d'une lacune touchant à l'une de ses composantes essentielles.

## I. – Un domaine en apparence stabilisé du contrôle de l'avantage sans contrepartie

Le premier jugement<sup>(3)</sup> avait jugé mal étayée la demande en restitution du ministre, au motif que celle-ci avait été formulée « *au titre exclusif de l'article L. 442-6 I 1<sup>o</sup>, fondé sur le seul moyen de l'absence de service commercial effectivement rendu, alors que celui-ci n'était prévu par aucun des contrats-cadres litigieux* ». Étonnante motivation qui nous amenait à conclure qu'une prestation contractualisée, mais fictive ou donnant lieu à un avantage disproportionné, pouvait être exposée à une analyse sur le fondement de cet article, à l'inverse d'un avantage ne prévoyant pas de contrepartie, c'est-à-dire l'archétype de la situation abusive sous l'angle de l'ancien article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>. Nous considérons alors cette solution aussi audacieuse qu'elle nous apparaissait surprenante et pour tout dire mais au bout du compte à tort, bien vulnérable en cas de recours. C'était alors avant l'arrêt rassurant de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 janvier dernier<sup>(4)</sup>, dont il ressort que l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> s'applique à tout avantage, et donc à des réductions de prix. Ce faisant, la Cour cassait un arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 novembre 2020<sup>(5)</sup> jugeant que les dispositions précitées ne s'appliquaient pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial. Soulignons toutefois que cette dernière, tout juste un mois avant la cassation, avait infléchi sa position dans un arrêt du 7 décembre 2022, en livrant 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<sup>(6)</sup>. Un arrêt postérieur de la même Cour nous persuadait que la messe était dite sur la pleine réhabilitation de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> dans la lutte contre les avantages abusifs lorsque consentis sous forme de réduction de prix<sup>(7)</sup>. Mais l'était-elle réellement ?

En effet, le lendemain même de cet arrêt, un nouvel arrêt venait à nouveau semer le trouble sur le domaine d'application de l'avantage sans contrepartie ou manifestation

(1) TFUE, art. 101 ; Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002.

(2) Cass. com., 11 janv. 2023, n° 21-11.163, RDC, sept. 2023, J.-C. Roda ; Dalloz Actualité, 20 mars 2023, P. Perez ; Recueil Dalloz 2023, p. 485, N. Dissaux et R. Loir ; JCP E, 16 févr. 2023, 1049, G. Chantepie ; RLC 2022/125, n° 4399, nos obs.

(3) T. com. Paris, 11 mai 2021, n° 2018014864, cité in Lettre distrib. févr. 2023.

(4) V. note 2.

(5) CA Paris, 4 nov. 2020, n° 19/09129, Lettre distrib. déc. 2020, obs. N. Eréséo.

(6) CA Paris, 7 déc. 2022, n° 20/11472, cité in Lettre distrib. févr. 2023.

(7) CA Paris, 10 mai 2023, n° 21-04967, Lettre distrib. juin 2023 ; à rapp. CA Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, Lettre distrib. nov. 2023, à propos de versements centrale, facturés quant à eux.

disproportionné. En l'espèce, la cour d'appel jugeait que « la rémunération contestée est le prix de la prestation convenu entre les parties et ne porte pas sur un avantage consenti au sens de la disposition précitée », ce qui nous amenait à dire qu'il s'agissait, peut-être, d'un simple soubresaut judiciaire<sup>(8)</sup>.

Rien de tel dans l'affaire rapportée où il était bien question d'un avantage au sens tel que précisé par la Cour de cassation. En l'espèce, la cour rappelle la solution générale de la Cour de cassation du 11 janvier 2023 sur le domaine de l'article L. 442-6, I, 1°. Puis elle constate, à l'analyse des contrats-cadre annuels 2013-2015 et leurs annexes conclus entre chacun des fournisseurs et le Galec, que la « remise spécifique sur produits était prévue au titre des conditions de l'opération de vente des produits (...) et non au titre de la rémunération d'un service commercial ou de toute autre obligation au sens des 2° et 3° de l'article L. 441-7 ».

Cette catégorisation des avantages par la cour d'appel<sup>(9)</sup>, opposant ceux qui relèvent de la vente – il y a encore peu non contrôlables selon ladite cour<sup>(10)</sup> – de ceux qui n'en relèvent pas et qu'il n'était peut-être pas indispensable d'évoquer puisqu'ici non concernés, laissait planer un doute sur l'universalité de la notion d'avantages contrôlables et ce d'autant plus que la distinction entre ces catégories se loge encore dans la solution de l'arrêt.

Toutefois, et parce qu'alignée sur la solution de la Cour suprême, la cour d'appel ne conclut donc pas au caractère hors champs de l'article L. 442-6, I, 1° de la pratique litigieuse, donnant ainsi pleine force à la disposition. En témoigne encore les motifs de l'arrêt au sujet de la proportionnalité de l'avantage discuté et sur la carence probatoire reprochée au ministre, qui « ne procède à aucune démonstration du caractère manifestement disproportionné de la remise ainsi obtenue de chacun des fournisseurs sur les produits litigieux au regard des gains escomptés par ces derniers du référencement de leur gamme de produits dans les magasins de l'enseigne E. [W] ». Mais les apparences sont parfois trompeuses car bien qu'épuisé, le débat sur la réduction de prix contrôlable n'empêchera pas, à l'occasion du contrôle de la contrepartie, de considérer celle-ci non contrevenante à l'article L. 442-6, I, 1°, aussi discutable cette contrepartie soit-elle, tant en elle-même qu'au vu des circonstances de son obtention. C'est le sentiment ressenti à l'analyse de cet arrêt.

(8) CA Paris, 11 mai 2023, n° 20/04679, cité in Lettre distrib. oct. 2023.

(9) Par référence à l'article L. 441-7 ancien du Code de commerce (v. depuis C. com., art. L. 441-3).

(10) V. note 5.

## II. – Un domaine fragilisé par le défaut de critère de la contrepartie

### Les enjeux

La motivation de l'arrêt débouche sur la solution dont nous prenons acte et qui, de notre point de vue, n'avait rien d'évident. Certes, il est question de débat sur la contrepartie, bien que ce terme ne figurât pas expressément au sein de l'énoncé du principe de la prohibition (« 1° d'obtenir du service rendu »), ce dernier étant en revanche mentionné au détour de l'un des exemples cités pour illustrer l'une des pratiques interdites (« Un tel avantage peut notamment consister (...) et sans contrepartie »). Malgré le défaut d'emploi de ce vocable en tant que condition légale expresse de la définition de la prohibition, contrairement au terme corrélatif d'« avantage », la recherche de l'existence de la « contrepartie », condition implicite et centrale dans les contentieux d'application de l'article L. 442-6, I, 1°, est menée par la cour d'appel. Rappelons que depuis l'Ordonnance du 24 avril 2019<sup>(11)</sup>, la définition de la prohibition à l'article L. 442-1, I, 1° se réfère expressément, à deux reprises, à la « contrepartie ». Pour autant, l'on ne disposait pas à l'époque des faits – ni actuellement – d'une ligne franche de partage, légale ou prétorienne, entre la contrepartie en soi licite et celle qui ne l'est pas (question de valorisation de ladite contrepartie mise à part). Tout au plus, savait-on que l'avantage qui y correspondait pouvait selon la loi, être « quelconque » (dorénavant « un » avantage – quel qu'il soit donc – dans la version la plus récente de l'interdiction), une telle généralité autorisant une application non étriquée de la prohibition<sup>(12)</sup>. Implicitement et de manière générale, l'on sait aussi que cet avantage ne devait pas et ne doit toujours pas être abusif, un tel caractère pouvant découler de la contrepartie causale, exprimée sous différentes désignations (fictivité, faux services, etc.). En ce qui concerne cette contrepartie, l'on savait encore, dans la version du texte applicable à l'espèce, qu'elle était sa « fonction » au sens très large – les termes de « tâche » ou « prestation » étant probablement plus appropriés – à savoir un service commercial effectivement rendu. Mais, en dépit de ces approches plus ou moins abouties, la « nature » ou l'essence de la contrepartie au sens de l'ancien L. 442-6, I, 1° (ou désormais l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce) reste opaque.

(11) Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019.

(12) Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-15.296, pour une mise à disposition gratuite par un fournisseur à son client distributeur, de personnels intérimaires pour la réalisation d'un inventaire, relevant d'un avantage indu.

## La variable de la contrepartie et l'utilité d'un critère

### Désir, raison, contrepartie : une distinction nécessaire.

Écartons d'emblée ce que ne peut être la contrepartie, à savoir l'expression du désir d'avantage. La réponse satisfaisante à ce désir en tant qu'objet de l'avantage, ne saurait être licite. Dans ce même registre, il en va également s'agissant du seul besoin d'avantage ou de la seule expression d'un tel besoin. Le critère ne peut donc être idéologique. À un stade plus évolué que l'expression du désir ou du besoin, la raison matérialisée ou « réelle », qui adjoint au désir un agissement ou une action de la partie qui sollicite l'avantage, ne peut davantage, selon nous, constituer *ipso facto* la contrepartie. Un critère matérialiste qui consisterait à se contenter de ce qui est consenti en échange de l'avantage, ne suffit encore pas pour que la contrepartie soit. Si la contrepartie englobe la raison, la réciproque n'est pas vraie. Contrepartie n'est donc ni désir, ni raison. Elle se positionne selon nous en haut de la pyramide des strates, d'abord immatérielles (ou psychologiques), puis matérielles, précitées. La contrepartie transcende et supplante le désir et la raison, dans le cadre d'une démarche incrémentale, au point de considérer les premières comme accessoires. En effet, le désir ou le besoin d'avantage est présumé chez celui qui le sollicite. Quant à la raison et tant il peut en exister, celle-ci ne saurait *per se* justifier un avantage, outre que le contrôle doit porter sur la contrepartie et non sur la raison. Si l'on devait au demeurant considérer que toute raison est une contrepartie, le point 1<sup>o</sup> de l'article L. 442-6, I n'aurait plus grand rôle à jouer dans le contrôle des abus, sauf peut-être lorsqu'il s'agirait de contrôler le caractère manifestement disproportionné de l'avantage quelconque au regard du service rendu (ou de l'avantage au regard de la valeur de la contrepartie consentie au sens du 1<sup>o</sup> du nouvel article L. 442-1 du Code de commerce). Ce serait en outre s'exposer à telle interprétation du texte en vue de le voir écarter, bien que de notre point de vue très aventureuse, motif pris que son domaine matériel ne traite que du contrôle des contreparties et non des raisons alors que pourtant et comme évoqué *supra*, la contrepartie suppose la raison. Mais le litige rapporté, notamment au stade de l'étonnante solution rendue par les premiers juges, ne témoignait-il pas de ce que tout moyen peut finalement s'avérer payant, surtout s'agissant d'un texte à l'interprétation ou à la mise en œuvre parfois surprenante. D'où l'intérêt qu'il existe à voir posé le critère de la contrepartie, même si son identification est difficile. C'est le sujet d'autres réflexions que chacun a le loisir de mener et, le cas échéant, de soumettre au Juge.

### L'intérêt du partage entre raison et contrepartie.

Certes, la casuistique est incontournable pour en conclure au caractère abusif de l'avantage, mais l'arrêt commenté nous amène à penser qu'il reste un espace à combler entre la condition théorique de l'existence de la contrepartie et les considérations d'espèce qui conduisent à

estimer que cette contrepartie donne lieu – ou pas – à un avantage abusif. Car, sans avoir jusqu'alors empêché l'analyse comme en témoignent les innombrables affaires d'application de la prohibition, l'absence de critère précis de ce qu'est la contrepartie au sens des textes reste le maillon faible dans l'appréciation de l'abus et accroît la probabilité de bien des bavardages à son sujet. Un tel critère, qui permettrait de séparer « raison » (en tant que motif) et « contrepartie », sans exclure que la première puisse éventuellement se traduire dans la seconde, serait *ab initio* employé dans le cadre d'une appréciation non exclusivement casuistique. Le raisonnement convoquerait alors le critère à l'instar d'une majeure et la mineure qui s'y confronterait, pour parvenir à la conclusion de ce que la raison avancée est – ou n'est pas – une contrepartie. Dans un contexte de retour en force de la prohibition de la discrimination depuis les lois « EGAlim 2 »<sup>(13)</sup> et « Descrozaille »<sup>(14)</sup>, le critère de la contrepartie serait aussi utile à l'heure de la justification des différences de traitement entre deux opérateurs, où l'un se verra avantagé par rapport à son concurrent<sup>(15)</sup>. Son emploi permettrait de déterminer comme d'ordinaire, mais peut être de manière moins subjective parfois, en un premier temps, si la contrepartie existe pour l'avantage observé, puis le cas échéant et en un deuxième temps, vérifier si l'avantage qui lui correspond est proportionné.

### Traduction de la difficulté du partage en l'espèce.

Pour rappel, le mis en cause n'avait intelligemment pas contesté le domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> aux réductions de prix<sup>(16)</sup>. Il avait ainsi notamment préféré plaider que la pratique litigieuse ne constituait pas un avantage sans contrepartie et que s'il y avait lieu de considérer un « avantage quelconque » au sens des dispositions précitées, il devait en être de même de la contrepartie qui pouvait alors être « quelconque ». Bien lui en a pris, car il nous semble que la cour d'appel centralisatrice, il y a peu encore réfractaire à l'application aux réductions de prix de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> et désapprouvé en cela par la Cour de cassation, semble au détour de cet arrêt et en dépit des circonstances, bien souple, pour ne pas dire moins regardante, en matière d'appréciation de la légitimité de la contrepartie en débat. Son appréciation en l'espèce de la contrepartie peut apparaître comme dissonante avec celle observée dans un autre arrêt, pourtant du même jour, au vu de la contrepartie du maintien à l'avenir de la relation ou du courant d'affaires, à l'occasion d'un litige opposant le ministre à un groupement de distribution concurrent, mais sur le fondement du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>, encore dans un contexte de guerre des prix<sup>(17)</sup>.

(13) L. n° 2021-1357, 18 oct. 2021.

(14) L. n° 2023-221, 30 mars 2023.

(15) C. com., art. L. 442-1, I, 4<sup>o</sup>.

(16) À rapp. CA Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, Lettre distrib. nov. 2023.

(17) CA Paris, 25 oct. 2023, n° 20/15542, cité in Lettre distrib. déc. 2023.

Comme quoi, s'agissant du contrôle des contreparties aux réductions de prix obtenues, la convergence dans l'analyse menée au visa de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ou de celui de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>, peut s'avérer aléatoire<sup>(18)</sup>. La cour d'appel de Paris semble donc encore parfois favoriser le deuxième outil au premier, comme sous l'empire de sa jurisprudence du 4 novembre 2020, ce dont le ministre de l'Économie ou les victimes, parfois mono fondement dans leurs actions devraient tirer enseignements, alors pourtant que rien ne s'oppose à une action sur les deux fondements<sup>(19)</sup>, voire à une demande à titre principal et l'autre au subsidiaire.

Mais sur la recherche d'un critère de la contrepartie dans le contexte particulier de l'espèce rapportée, l'on peut légitimement se questionner sur le financement par un fournisseur, de la concurrence sur ses propres produits voire d'une guerre des prix, entre deux de ses clients. En pareille hypothèse, le maintien du chiffre d'affaires du distributeur avec son fournisseur doit-il être entendu comme une « contrepartie » réelle et sérieuse, qu'un tel financement soit opéré de bon gré – à le supposer ainsi – ou contraint ?

Si la question peut certes être ressentie comme provocatrice, elle pourrait en contrepoint ne pas sembler si saugrenue lorsqu'il apparaît que cette guerre des prix, en principe non souhaitée par le fournisseur à raison de ce qu'il peut lui en coûter, est à l'origine de son obligation de la financer et ce faisant de contribuer à son dynamisme. La décennie 2010 de guerre des prix témoigne d'un tel phénomène, avec les conséquences qu'elle a pu avoir pour les fournisseurs.

Nous avons pourtant cru que la rivalité concurrentielle entre distributeurs relevait d'une situation normale, notamment pour la défense de leurs parts de marché, et dont il leur incombait d'assumer les effets.

Certes et afin de proposer de meilleurs prix d'achat aux consommateurs et outre la diminution envisageable de leur marge, rien ne s'oppose à ce que ces mêmes distributeurs tentent aussi d'obtenir un « accompagnement » au travers de meilleurs prix d'achat auprès de leurs fournisseurs, mais moyennant en retour des contreparties.

Alors que cette concurrence s'est muée en une « guerre » des prix que les distributeurs avaient semble-t-il eux-mêmes déclenchée ou à laquelle ils avaient bon gré mal gré participé, la prise en compte de cette situation est-elle de nature à devoir reconnaître dans la raison d'un « maintien du flux d'affaires entre les parties », un cri-

rière de justification d'un avantage financier et ainsi lui attribuer la nature d'une contrepartie au sens de l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>, la cour d'appel ayant considéré que « la remise litigieuse ne constitue pas un avantage sans contrepartie au sens des dispositions de l'article L. 442-6 I 1<sup>o</sup> du Code de commerce » ?

Et à considérer que toute raison économique peut constituer une contrepartie, doit-on alors craindre un retour des pratiques qui ont-elles aussi en leur temps eu leurs raisons ? Citons par exemple la « corbeille de la mariée », à l'occasion de recomposition du paysage commercial et autres « mercatos » (alliances, migration de points de vente d'une enseigne à une autre, etc.).

Le tout sans compter sur l'imagination toujours fertile des opérateurs lorsqu'il s'agira de trouver une raison à un avantage (par exemple, remise de « client historique », de non-rupture de la relation commerciale sans tout de même aller jusqu'à risquer celle de non-rupture brutale de la relation, réductions de prix pour non-déréférencement à l'issue de la négociation commerciale, etc.).

Finalement, et si nous prenons comme hypothèse qu'en commerce, toute chose à une raison ou une explication, légitime ou non, ne faut-il pas considérer que la seule existence d'une raison ou d'un motif, même sensé au plan économique pour celui qui sollicite l'avantage, ne peut être le critère pertinent de la contrepartie, du moins si l'on prétend se doter d'outils de lutte contre certaines pratiques ? Sans se replonger dans les jurisprudences de l'avantage indu, y compris les plus récentes<sup>(20)</sup>, stigmatisant des contreparties abusives à partir de constatations diverses<sup>(21)</sup> (par exemple, inconsistance de la contrepartie, défaut d'intérêt, caractère non détachable de l'opération d'achat vente du service), gardons à l'esprit qu'avant le recentrage de certaines d'entre elles dans le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce, l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> ancien donnait des exemples d'avantages pour des contreparties illicites, telle la demande d'alignement ou la demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité (adde le bénéfice automatique de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes, toujours sanctionné au nouvel article L. 442-3 du Code de commerce). Autant de situations dont nous comprenions, par leur énoncé plus que par l'identification d'un critère précis, qu'elles n'étaient pas des contreparties sujettes à avantages, même si elles eussent leur raison propre. Et s'il fallait encore penser ce critère de la

(18) V. Cass. com., 25 janv. 2017, n°15-23547, Lettre distrib. févr. 2017, N. Eréséo ; CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 13/19251, Lettre distrib. juill.-août 2015, nos obs. ; T. com. Paris, 24 sept. 2013, Lettre distrib. nov. 2013 ; CA Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323, Lettre distrib. juill.-août 2019, S. Chaudouet ; CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, RLC 2018/74, n° 3425, nos obs.

(19) V. note 7.

(20) CA Paris, 29 nov. 2023, n° 22/03166, Lettre distrib. janv. 2024, nos obs.

(21) Conduisant parfois à désigner ces dernières comme le « critère » de la contrepartie mais peut-être trop hâtivement à commencer nous-mêmes (ex. CA Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, Lettre distrib. nov. 2023, nos obs.), alors qu'il pourrait être plus à propos de viser des « caractères » de ce qui est consenti en échange de l'avantage, pour estimer que la « contrepartie » est ou n'est pas abusive.

contrepartie à la lumière, entre autres, d'un « *intérêt commun* » il y a encore peu évoqué au détour d'un exemple cité dans l'ancien L. 442-6, I, 1°, faudrait-il se contenter d'une communauté d'intérêt dans l'approche d'un tel critère, dès qu'il est constaté que le fournisseur est désireux de commercer avec son client ou de continuer à ce faire, cette seule raison accédant au rang de « contrepartie » au sens de l'article précité, justifiant ainsi tout moyen dédié à cette fin ? Nous ne le pensons pas. De notre point de vue, la contrepartie ne peut se loger dans le fait d'entretenir une relation avec un partenaire commercial, sauf à neutraliser l'ancien article L. 442-6, I, 1° (et le nouvel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce qui ne vise plus que « *l'autre partie* »), puisque sa mise en jeu est intimement liée à la relation commerciale creuset des pratiques litigieuses, mais qui ne peut en tant que telle, constituer la contrepartie contrôlable<sup>(22)</sup>.

Alors qu'en l'espèce, les relations se sont maintenues entre les parties qui ont répondu à la demande de remise additionnelle, il ne semble pas qu'un tel intérêt soit des plus partagé. En effet, la cour d'appel, aux confins d'une analyse sur la soumission, non nécessaire ici mais apportant un éclairage sur la raison de la réduction de prix, constate sur la base des déclarations de fournisseurs que la remise demandée et obtenue par le distributeur, n'avait pas d'autre contrepartie que celle de pouvoir maintenir le référencement de leur produit chez ledit distributeur et de sécuriser la commercialisation de leurs gammes de produits, ou relève que deux des fournisseurs avaient été obligés d'arbitrer leur politique de distribution de leur marque nationale et de faire le choix entre l'une ou l'autre des enseignes ou, pour tel ou tel autre, de limiter le nombre de double référencement ou son volant d'affaires avec Lidl, voire de proposer au concurrent des formats de produits différents.

La cour constate en outre que, pour la majorité des fournisseurs interrogés, cette pratique de remise sur leurs produits référencés chez Lidl n'a pas eu d'impact significatif sur la poursuite de leur relation commerciale avec l'une ou l'autre des enseignes, ni sur leur chiffre d'affaires global.

Nous en retournant une dernière fois sur cet arrêt aux termes duquel la seule contrepartie (monnayable) constatée n'est autre que le maintien du flux d'affaires dans un contexte de tension concurrentielle entre deux enseignes, si ce type de solution était amené à se multiplier, il est à craindre que soit mis à mal le contrôle des réductions de prix abusives issues de la négociation ou de la renégociation commerciale sur le fondement progressivement résiduel de l'ancien article L. 442-6, I, 1°, mais retrouvé dans le nouvel article L. 442-1, 1°.

En fin de compte, le recadrage opéré par la Cour de cassation en janvier 2023 sur le domaine du contrôle des avantages sans contrepartie risque de ne pas suffire au contrôle des abus sur ce fondement, si la contrepartie doit demeurer une notion aux contours imprécis et parfois volatils, selon les préférences du juge. Il en va de la sécurité juridique du contenu de la négociation entre les parties car la jurisprudence est pleine de rebondissements, au point qu'une contrepartie admise aujourd'hui pourrait ne plus l'être demain. Il n'est pas heureux de cheminer de la sorte dans la pénombre. Alors et quand bien même la causalité de l'avantage peut apparaître vertueuse pour son bénéficiaire, à la question « *À avantage "quelconque" contrepartie "quelconque" ?* », la réponse, nous en avons conscience un peu frustrante, peut être oui si nous sommes en présence d'une contrepartie, mais non si ce n'est pas le cas. Le sujet n'est donc pas épuisé. ■

(22) La perspective aurait pu être différente, s'il avait été question, en d'autres circonstances étrangères à l'espèce, de procéder au contrôle d'un avantage à la lumière du point 3° du I de l'article L. 442-6 et pour autant que les éléments de cette prohibition en soient réunies, à savoir le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit. Il en irait de même nous semble-t-il agissant du b) du II du même article, disposant que sont nuls les clauses ou contrats prévoyant la possibilité d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande. Ainsi, la certitude de commandes à intervenir et plus largement d'une relation commerciale à venir et jusqu'alors inexistante, et non leurs simples éventualités, aurait-elle pu donner lieu à avantage.