



Février 2024

Focus

Focus

Répercussion *inter partes* de l'amende administrative : vers un contentieux nouveau et dérivé en matière de négociation commerciale ?

Panorama

Précisions sur le régime de la clause résolutoire de plein droit

La neutralisation de la franchise participative par le droit des entreprises en difficulté

Notion de grossiste et fourniture de produits MDD

Existence et preuve des préjudices résultant d'une rupture brutale

Points de vue pratiques

Bataille autour du fichier clients en fin de contrat

Franchise : l'opposabilité et la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle examinées en référé

Transfert du contrat d'approvisionnement exclusif dans le cadre d'une cession de fonds de commerce

Le Canada Dry de la publicité pour les alcools : publicité objective, informative et non incitative !

Dans le cadre d'une réponse à appel d'offre la tête de réseau peut imposer les prix au franchisé qui exécute le contrat

En bref...

La Lettre est rédigée par le groupe Contrats et Distribution du Centre du Droit de l'entreprise

Ont contribué au présent numéro

Karine Biancone

Avocat à la Cour

Marie-Pierre Bonnet-Desplan

Avocat à la Cour

Anouk Bories

MCF Université de Montpellier

Stéphane Brena

MCF Université de Montpellier

Stéphane Destours

Avocat à la Cour

Nicolas Eréséo

MCF Université de Strasbourg

Nicolas Ferrier

Pr. Université de Montpellier

Yasmina Idani

Docteur en droit

Nathalie Lefevre-Roumanos

Avocat à la Cour

Aymeric Louvet

Avocat à la Cour

Clémence Mouly-Guillemaud

Pr. Université de Montpellier

Margot Silly

Chargée d'enseignements

Jean-Michel Vertut

Avocat à la Cour

Athénaïs Weil

Chargée d'enseignements

Association Droit et Distribution

39 rue de l'Université

34000 Montpellier

Tél : 04 34 43 30 27

www.cde-montpellier.com

Répercussion *inter partes* de l'amende administrative : vers un contentieux nouveau et dérivé en matière de négociation commerciale ?

CA Versailles, 21 décembre 2023, n° 21/06836

Faits. Dans la perspective des accords commerciaux 2019, la Centrale « Envergnure » créée dans le cadre d'un partenariat à l'achat entre les groupes Carrefour et Système U pour la négociation avec les fournisseurs les plus importants de ces groupes et mandataire de la société SNC Interdis (« le distributeur »), elle-même centrale de référencement du groupe Carrefour, a mené des négociations commerciales avec la SAS Procter et Gamble France (« le fournisseur »). Les discussions se prolongeant, les conventions écrites n'ont été conclues que le 13 mars 2019, en infraction à la règle alors fixée par l'article L. 441-7 C. com. Fin 2019, la DGCCRF inflige au distributeur une amende de 247.000 euros pour 8 conventions non conclues dans les délais avec le fournisseur, ce dernier n'étant pas sanctionné. Cette somme était comprise dans un montant global de 2.931.000 euros, pour 157 manquements avec quelques 45 fournisseurs. Considérant son fournisseur co-responsable du manquement, le distributeur l'assigne sur le fondement de l'article 1240 C. civ. en paiement de 123.500 euros à titre de dommages-intérêts, soit la moitié du montant de l'amende. Débouté, le distributeur interjette appel devant la Cour d'appel de Versailles, qui confirme le jugement.

Problèmes.

1er problème : Compétence du Tribunal de commerce. Le distributeur pouvait-il saisir le Tribunal de commerce sans encourir l'irrecevabilité de son action, aux fins de voir condamné son fournisseur à l'indemniser à raison du préjudice que le premier estimait avoir subi du fait des agissements prétendus du second et qui auraient contribué à l'absence de signature de la convention écrite dans les délais légaux ?

2ème problème : Qualité à agir du distributeur. Le distributeur avait-il qualité à agir dans le cadre d'une action ayant pour objet d'établir la part de responsabilité du fournisseur dans l'absence de signature des conventions écrites au plus tard le 1er mars, en sorte que son action était recevable ?

3ème problème : Responsabilité civile du fournisseur. Le distributeur, reprochant à la DGCCRF de n'avoir pas procédé à une réelle appréciation des faits entourant la négociation commerciale pour ne sanctionner que le distributeur, a-t-il rapporté la preuve de la faute du fournisseur, de nature à entraîner sa co-responsabilité civile à raison du retard du retard pris dans ces négociations et qui n'ont pas donné lieu à la signature des conventions écrites dans le délai légal ? Signalons aussi, pour faire écho à certains déballages publics récents en lien avec des désaccords tarifaires aux airs de « *name and shame* » dans des rapports privés de commerce, le cas échéant au mépris des obligations en matière de confidentialité, la demande reconventionnelle du fournisseur à raison de l'atteinte à sa réputation et préjudice d'image. Le fournisseur se plaignait en effet de la communication à des journalistes de l'assignation délivrée à son encontre. Il fut débouté faute d'avoir été nommément désigné dans l'extrait publié de ladite assignation. Le distributeur s'est en revanche montré plus préoccupé de la confidentialité s'agissant des informations relatives à sa négociation commerciale dans l'hypothèse où certaines de ces informations auraient dû être mentionnées dans l'arrêt à intervenir, au point de formuler une demande de secret des affaires, à laquelle le fournisseur s'est d'ailleurs associé, mais qui n'a pas abouti, faute de nécessité. « *Name and shame* » puis secret des affaires : un bien paradoxal

enchaînement.

Solutions.

Sur le 1er problème : La Cour approuve le Tribunal pour s'être déclaré compétent pour juger de la responsabilité de la négociation, et de l'indemnisation éventuelle de son partenaire commercial, telle que sollicité par le distributeur. Ce faisant, il ne s'agissait pas selon le Tribunal d'empiéter sur la compétence exclusive de la DGCCRF (art. L. 470-2 C. com. pour le prononcé d'amendes administratives), ni de remettre en cause la décision de cette autorité.

Sur le 2ème problème : La Cour juge recevable l'action du distributeur qui avait pour objet d'établir la part de responsabilité du fournisseur dans l'irrespect de la date butoir du 1er mars. Le distributeur, seul sanctionné, avait qualité à agir pour démontrer la responsabilité du fournisseur.

Sur le 3ème problème : La Cour estime que contrairement à ce que soutient [le distributeur], l'autorité administrative s'est bien livrée à une appréciation des faits entourant la négociation commerciale et, après avoir répondu précisément aux observations du distributeur, a décidé de prononcer à l'encontre de lui seul des sanctions tenant compte « de la gravité et de l'ampleur du manquement ». Elle relève à l'occasion que le fournisseur avait souligné avec raison que ce n'était pas moins de 157 manquements reprochés au distributeur qui avaient été constatés par la DGCCRF, dans le cadre de négociations impliquant de nombreux autres fournisseurs. S'agissant des fautes reprochées au fournisseur, le distributeur n'a apporté aucun élément qui démontrerait la coresponsabilité du fournisseur dans la signature tardive des conventions.

Observations. Malgré l'échec de la demande du distributeur, qui n'a pas eu raison des moyens du fournisseur dans le cadre de sa défense au fond, cette affaire qui aborde certaines questions nouvelles, pourrait ouvrir un nouveau chapitre des relations entre fournisseurs et distributeurs et encourager d'autres contentieux de même type puisque leur recevabilité est reconnue, voire des discussions sur la prise en charge du montant des amendes infligées à une seule des parties.

Sur le 1er problème : Un premier enseignement, le plus direct, est la possibilité d'une action récursoire, sorte d'action de « *follow-on* » en pratiques restrictives de concurrences, initiée par une partie à la fois auteur de l'infraction, sanctionnée à ce titre et se considérant victime à cette occasion, contre son partenaire qu'elle estime co-auteur de l'infraction commise. La démarche rappelle d'ailleurs celle du « *pass-on* » de la victime directe d'une pratique anticoncurrentielle, bien que la genèse et la logique en soit différente. Dans ce dernier, c'est la victime de la pratique qui souhaite être indemnisée par l'auteur de la pratique à hauteur d'un préjudice, notamment de surcoût, qu'elle n'a pourtant pas intégralement subi pour l'avoir répercuté sur ses propres clients. En revanche en l'espèce, c'est l'auteur de l'infraction qui souhaite répercuter sur son partenaire une quote-part de la sanction qui ne lui a pourtant pas été infligée. Un tel recours est à notre connaissance inédit en matière de PRC. Un deuxième enseignement résulte de la distinction entre l'action récursoire et le recours contre la sanction administrative. Il tient à la différence de nature des contentieux et à l'indépendance des deux ordres de juridictions. Bien que trouvant son origine dans une pratique sanctionnée par une amende administrative qui, lorsqu'elle fait l'objet d'un recours relève de la « compétence » des juridictions administratives, l'action en responsabilité civile doit être menée devant le juge judiciaire. Dans l'hypothèse d'une annulation de la sanction administrative prononcée, il en irait de même de

l'action en restitution du montant des sommes le cas échéant versées à l'issue du contentieux civil, si refus de restitution spontané il devait y avoir. Un troisième enseignement, dérivé de ce qui précède, réside dans le rappel de ce que le juge judiciaire, lorsqu'il entend statuer sur le recours indemnitaire de la partie condamnée, ne s'attribue ni un pouvoir subsidiaire de sanction administrative dévolu à la seule Administration, ni ne s'entend comme une juridiction de recours contre la sanction initialement prononcée à l'encontre d'une seule des parties, pourtant ensemble actrices de la signature d'un même contrat conclu hors délai. Enfin, un quatrième enseignement se rapporte aux matières susceptibles de donner lieu à action récursoire. Même si la Cour ne le précise pas expressément, nous comprenons de l'arrêt, par la référence faite aux manquements visés au titre IV relatif à la transparence, que des recours indemnitaires sont ouverts pour d'autres types d'infraction que l'Administration peut sanctionner sur le fondement de l'article L. 470-2 C. com., (ex. convention écrite non conforme). De quoi augurer quelques règlements de comptes à l'avenir dans la continuité des contrôles, dont il semble que ce soit particulièrement l'époque suite aux derniers soulèvements du monde agricole (« *Négociations commerciales : Bruno Le Maire pointe 124 dossiers en infraction* », M. Picard, LSA, 6 fév. 2024).

Sur le 2ème problème : Les développements de l'arrêt sur le premier sujet du pouvoir juridictionnel laissent entrevoir la solution générale sur la qualité à agir du distributeur. Les deux sujets ne se confondent certes pas, mais il aurait semblé paradoxal pour la juridiction d'avoir motivé l'admission de son pouvoir juridictionnel dans le cadre de l'action indemnitaire en cause pour ensuite déclarer que la partie saisissante n'avait pas qualité pour agir *es qualité* de victime. En l'espèce, le fournisseur contestait le droit d'agir du distributeur au motif, notamment, que ce dernier avait été reconnu l'unique auteur des faits ayant conduit à la sanction. La Cour lui donne tort. La solution n'avait rien d'évident, car elle revient *in fine* à faire supporter à la partie non sanctionnée une quotité de la sanction administrative infligée à l'autre. Le moyen n'a pas échappé au fournisseur (« [le fournisseur] ne saurait voir sa responsabilité engagée et tenue solidairement au paiement de l'amende administrative, et ce d'autant que [le distributeur] ne s'est nullement acquittée auprès de la DGCCRF de paiement de la dette d'autrui ouvrant droit à un recours en répétition ». Comp. art. 1317 et s. C. civ. ; « [le distributeur] considère que l'amende infligée à l'appelant, par sa finalité exclusivement punitive, ne peut constituer un dommage réparable »). Certes si l'irrecevabilité au titre de la « chose jugée » visée à l'article 122 du CPC n'est pas à discuter, l'on pourrait le cas échéant rechercher quelques voies d'inspirations, sans toutefois ici davantage approfondir, du côté du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil en cas de condamnation comme de relaxe (*rapp. Civ. 2*, 24 nov. 2022, n° 21-17.167). Au-delà de la solution, les débats sur la légitimité de ce type d'action récursoire ne sont peut-être pas définitivement clos. A notre connaissance et au jour où nous commentons cet arrêt, il semble que le délai de pourvoi ne soit pas encore expiré.

Sur le 3ème problème : L'épicentre des moyens en demande résidait en ce que la DGCCRF n'avait pas procédé à une analyse *in concreto* du déroulement de la négociation, pour déterminer la cause du dépassement de la date butoir et s'était contentée d'une appréciation générale basée sur l'envoi des documents (notamment CGV) et le respect des dates légales. S'est alors engagé *ex post* de la décision de sanction administrative un débat sur l'imputabilité du retard, que le distributeur estimait ne pas avoir été mené *ex ante* par l'Administration. Pour débouter le distributeur défaillant dans l'établissement de la faute du fournisseur, la Cour prend en considération deux types de circonstances relevées lors du contrôle conduit par la DGCCRF. Les premières tiennent au constat que la date butoir n'avait pas été respectée dans 157 manquements du même type impliquant 45 fournisseurs, dont 8 pour le fournisseur en cause. Cette donnée, insuffisante elle seule pour établir le manquement reproché au distributeur, faisait néanmoins ressortir selon la Cour une réelle appréciation des faits et le caractère contradictoire de l'enquête. Sur le prétendu manque de diligence du fournisseur, il faudra encore retenir de la motivation de l'arrêt, dans le prolongement de celle de la décision d'amende administrative, que le fait pour les 45 fournisseurs concernés de ne pas avoir fait droit durant les négociations aux propositions du distributeur (et partant expliquant le défaut de signature à temps des conventions), ne suffit pas à exonérer le distributeur de sa responsabilité au titre de la signature hors délai, alors « *qu'en tout état de cause, l'enquête a révélé qu'en tant que distributeur, la société Interdis n'avait pas été en mesure de justifier de la conclusion des conventions au plus tard le 1er mars 2019 alors que les fournisseurs avaient adressé leurs conditions générales de vente au moins trois mois avant la date limite comme le prévoit l'article L.441-7 (...)* ». S'il était entendu que l'envoi

dans les temps des CGV, souvent prescrit avant une date fixe (*a priori* le 1^{er} décembre pour les produits concernés), conférerait légalement aux négociateurs un délai suffisant pour trouver un accord au 1^{er} mars, la précision selon laquelle des fournisseurs ne répondraient pas positivement aux propositions commerciales du distributeur – nous comprenons ses demandes – n'exonère pas ce dernier au titre du manquement en cause, nous semble inédite et bienvenue. Mais la Cour ne s'en est pas tenue à ces seules constatations pour débouter le distributeur. Les deuxièmes séries de circonstances tiennent à l'absence d'éléments, qu'il incombait au distributeur de rapporter, démontrant que le fournisseur était co-responsable de la signature tardive des conventions litigieuses. A ce propos, les « *quelques* » courriels échangés entre la Centrale Envergure et le fournisseur ont été insuffisants à établir le comportement déloyal et dilatoire reproché au fournisseur au cours des négociations. Au nombre de ces derniers, la Cour vise un courrier de la Centrale adressé au fournisseur le 19 février 2019, dans lequel cette dernière rappelle la date butoir du 1^{er} mars 2019 et le fait que « *l'absence de signature à cette date d'une convention écrite (...) est de nature à engager la responsabilité conjointe du distributeur (...)* » et indique que les propositions du fournisseur sont « *encore trop éloignées de nos demandes pour pouvoir envisager la conclusion d'un accord pour 2019* » tout en lui demandant de faire de nouvelles propositions, afin que les négociations puissent être finalisées. Le fournisseur lui répondait le lendemain, en précisant les propositions qu'il avait été amené à faire depuis le mois de novembre 2018, que ses équipes mettaient tout en œuvre afin de pouvoir respecter les échéances légales et qu'il déclinait toute responsabilité si un accord ne devait pas être trouvé au 1^{er} mars 2019. Si de tels échanges, lors de la dernière ligne droite de leur négociation, établissaient que les parties ne s'étaient pas toujours accordées sur les conditions de leur collaboration, ils ne permettaient pas de retenir que la conclusion des conventions avait été retardée par la faute du fournisseur. Accepter ou être responsable au plan civil : le choix des parties à la négociation ne devrait pas se résumer à cela. Il sera néanmoins important pour chacune des parties à la négociation d'être en mesure de prouver leur comportement à cette occasion, tant *a priori* lors des contrôles de l'Administration qu'*a posteriori* si ce type de contentieux « redistributif » en responsabilité civile devait se multiplier. Cette dernière situation n'est pas à exclure en l'état de la solution ici rendue, puisque le demandeur, bien que succombant sur un plan strictement probatoire au vu des circonstances de l'espèce, sort de notre point de vue conforté au vu des solutions rendues en matière de « compétence » et de qualité à agir.

En définitive et abstraction faite des circonstances de l'espèce qui ont amené l'Administration à décider d'infliger une amende au seul distributeur – ce dont la Cour n'entend pas débattre car tel ne relève pas de son pouvoir juridictionnel – et qu'au bout du compte le distributeur ait succombé en ses demandes, l'arrêt doit être accueilli plus favorablement du côté des distributeurs que côté fournisseurs, si ces derniers devaient avoir une part de responsabilité dans le manquement sanctionné. Il semble d'ailleurs, au détour de quelques passages de l'arrêt, que d'autres assignations aient été délivrées à l'encontre de différents fournisseurs qui, selon le distributeur, auraient eu une responsabilité dans l'absence de signature de convention écrite. L'heure et en effet à la multiplication des sanctions administratives. Cela étant, en cas de sanction infligée au seul fournisseur, ce dernier devrait être en droit d'engager ce même recours. Maigre consolation car, en pratique, sera-t-il bien inspiré en initiant une action à l'encontre d'un client en cours de relation ? Signalons que l'assignation ici délivrée par le distributeur l'a été le 24 février 2020, soit la dernière semaine des négociations commerciales pour 2020. Que les négociations aient été alors bouclées ou que fournisseur et distributeur n'aient plus été en relation d'affaires, la formulation d'une telle demande et son maintien ultérieur par le fournisseur ne semble pas être le meilleur moyen de conserver ou retrouver une présence dans les rayons du distributeur. Alors, sauf aux parties de cesser comme il se doit de négocier au lendemain du 1^{er} mars à défaut d'accord conclu, le risque, surtout si les chiffres d'affaires impactés sont importants et sauf à ce que les sanctions administratives soient réellement dissuasives, est que les parties préfèrent s'exposer à l'éventualité d'une sanction individuellement ou ensemble, quitte à s'en répartir ultérieurement la charge, plutôt que d'avoir à consentir à des conditions commerciales qu'elles estiment trop défavorables ou à cesser toute négociation et relation au soir du 1^{er} mars. Reste à voir comment vont évoluer les choses à partir de cet arrêt aux incidences importantes au plan pratique.

J.-M. Vertut