

Revue Lamy de la concurrence

Abus de position dominante et droit des données à caractère personnel : état des lieux et perspectives

Vincent GIOVANNINI

– Les frontières mouvantes du droit de la concurrence : quand l'absence d'un contrôle d'une concentration permet de l'appréhender par un abus de position dominante
Mathieu COMBET

– Rupture brutale des relations commerciales établies : étendue du contrôle de la Cour de cassation sur l'appréciation du préavis suffisant et influence de l'absence de diversification de l'activité de la victime
Mathieu LE BESCOND de COATPONT

– Déréférencement en période de négociation commerciale : l'exécution du préavis aux conditions antérieures sur fond de déséquilibre significatif, de rupture brutale et d'avantage sans contrepartie
Clémence MOULY et Jean-Michel VERTUT

Jurisprudence commentée

RLC 4600

Déréférencement en période de négociation commerciale : l'exécution du préavis aux conditions antérieures sur fond de déséquilibre significatif, de rupture brutale et d'avantage sans contrepartie

Riches d'enseignements utiles au plan pratique, l'arrêt de la cour d'appel de Paris permet de se convaincre que la période des négociations commerciales facilitera l'identification des pratiques restrictives de concurrence.

D'abord, la caractérisation de la rupture brutale peut s'émanciper de la claire distinction entre une première rupture partielle suivie d'une rupture totale lorsque c'est « *en pleine période de négociation annuelle* », qu'un premier déréférencement partiel précède un déréférencement total. En cette période, la technique du grand distributeur est jugée destinée à « *accentuer la pression sur son fournisseur* » et le constat autorise l'identification d'une rupture unique dont l'appréciation « *globale* » profite au fournisseur.

Ensuite, et l'apport est inédit, la cour affirme clairement le nécessaire respect du calendrier des négociations commerciales durant le préavis de rupture. Parce qu'en l'espèce le grand distributeur avait cru pouvoir s'en dispenser pour imposer l'exécution du préavis aux dernières conditions convenues, le refus de négocier identifie une soumission et ouvre le contrôle du déséquilibre significatif.

Enfin, la cour affirme que le référencement en tant que tel ne se monnaie pas. Il n'identifie pas un service distinct de l'opération d'achat-revente de telle sorte que sa facturation emporte un avantage sans contrepartie. L'apport est d'autant plus intéressant qu'en cette espèce il est le fait d'une entité dédiée à cette tâche au sein d'un groupe de distribution dans lequel d'autres entités achètent et revendent les produits du fournisseur.

CA Paris, 29 nov. 2023, n° 22/03166

1. Puissant mais pas tout puissant. Un fournisseur en carterie (cartes postales, de vœux et emballage cadeaux) est en relation de longue date avec la centrale de référencement Casino (société Achats Marchandise Casino) qui négocie et signe

les accords commerciaux pour les sociétés du groupe avec les différents fournisseurs. Ledit fournisseur approvisionnait 64 magasins de l'enseigne lorsque les relations se tendent durant les négociations du contrat cadre de février 2018, car le four-



Par Clémence MOULY

Professeur à la Faculté de droit, Université de Montpellier

Co-directrice du magistère – DJCE



Et Jean-Michel VERTUT

Avocat au Barreau de Montpellier

Chargé d'enseignement à l'Université

nisseur s'oppose à l'augmentation automatique du taux global de ristournes et services (jusqu'à 51 % du chiffre d'affaires après retours invendus) alors même que l'engagement en volume de Casino demeurait constant. Si sa requête n'était que celle d'une simple proportion entre les avantages tarifaires réclamés et l'engagement en volume, son outrecuidance sera promptement sanctionnée. D'abord en septembre par un « *blocage intempestif des commandes de ses produits* », lesquelles sont rendues impossibles par un dysfonctionnement de ses codes de produits, inactifs. Ensuite, en novembre, par la notification d'un déréférencement partiel, Casino lui retirant 23 magasins au 1^{er} mars 2019, préavis que Casino prorogera en février 2019 jusqu'au 1^{er} juillet, tout en annonçant, par un courrier du même jour de février, la rupture totale des relations pour les magasins restants à compter du 1^{er} juillet 2020 et le maintien jusqu'à ce terme des conditions tarifaires de l'accord de 2018. Les demandes de renégociation du fournisseur étant demeurées vaines, il assignera fin 2019, c'est-à-dire avant même la fin du préavis, tout à la fois la centrale et la société Distribution Casino France qui exploite les magasins du réseau et assure la vente au détail des produits. Ne pas attendre le terme du préavis lui permet, outre la rupture partielle puis totale qu'il estime brutale, outre le déséquilibre significatif qu'il identifie dans le maintien jusqu'en 2020 des conditions du contrat de 2018, de reprocher les avantages sans contrepartie imposés par Casino durant les années antérieures à la rupture et non prescrits (soit de 2015 à 2018). Effectivement, la rupture de la relation étant clairement consommée, Casino est appelée à rendre des comptes sur les anciennes concessions tarifaires obtenues.

1. – Une unique rupture brutale

2. Une rupture partielle sans préavis. La brutalité de la rupture s'apprécie par la confrontation entre le préavis délivré et celui qui aurait dû l'être. Mais comment apprécier le préavis délivré alors que le déréférencement partiel fut annoncé trois mois à l'avance, fut ensuite prorogé moins de 15 jours avant son terme pour le porter à sept mois, sans toutefois permettre la réalisation du chiffre d'affaires espéré en raison d'une large diminution des commandes rendues impossibles par un dysfonctionnement affectant les codes du fournisseur ?

La solution de la cour révèle un louable pragmatisme dans l'appréciation du préavis de rupture partielle, quand bien même il se révèle dépourvu d'effet concret.

D'une part, elle refuse tout effet à la prorogation de quatre mois car elle ne fut accordée « *que quelques jours avant la date d'expiration du préavis initial* » et qu'elle n'a donc pas pu permettre la reconversion du fournisseur durant le préavis notifié. Cette position est classique et parfaitement justifiée. La notification d'un préavis n'est pas que celle d'une information étherée et son exigence ambi-

tionne d'autoriser la réorientation de l'activité, ce qui implique que son destinataire puisse planifier le futur. Cette projection est cependant contrariée si l'opérateur évincé n'apprend que quelques jours avant l'échéance annoncée qu'il pourrait finalement disposer de davantage de temps. L'absence d'effet d'une prorogation tardivement notifiée est une solution constante qui appelle pleine approbation⁽¹⁾.

D'autre part, la cour juge que ce préavis est rendu inefficace par le blocage des commandes. Quant à sa cause, la cour est convaincue que le dysfonctionnement ne procède pas d'un problème technique mais d'une volonté de blocage lors de la « *haute période d'activité de fin d'année* », notamment car il ne sera répondu aux multiples relances du fournisseur que neuf mois plus tard par un courrier remerciant de l'information et quelque peu cynique au vu de sa tardiveté. Quant à son effet, la cour constate une chute de plus de 45,7 % du chiffre d'affaires par rapport à l'année précédente, laquelle ne procède pas du « *déclin du non-alimentaire au cœur de la crise des hypermarchés* », celle-ci n'étant d'ailleurs guère attestée par Casino alors qu'une étude contraire évalue cette baisse à seulement 2,5 % du marché. Si le caractère inefficace du préavis n'est que rarement autant détaillé, la solution n'innove pas : le préavis n'est pas effectif si le partenaire ne maintient pas le même volume d'affaires sans justifier d'une cause extérieure susceptible de justifier sa diminution.

À ce stade, la cour juge ainsi que le préavis fut seulement de trois mois et qu'il ne fut pas effectif. Elle insinue encore l'insuffisance des trois mois pour cette rupture qui, bien que partielle, représente 27 % du chiffre d'affaires réalisé avec l'enseigne et près de 12 % du chiffre d'affaires total du fournisseur. Néanmoins, l'intérêt de l'analyse n'est que théorique. Elle n'emportera aucun effet pratique puisque la cour fusionne le déréférencement partiel puis total en une rupture unique et brutale puis défalque de son indemnisation le chiffre d'affaires réalisé durant le préavis de rupture partielle. Or, il importe peu de déterminer si le préavis de rupture partielle est de trois mois ou de sept mois lorsque c'est le préavis attendu pour une rupture totale qui est exigé. Dès lors, il importe également peu de déterminer si ce préavis de rupture partielle fut effectif ou non, *a fortiori* quand le montant des échanges réellement opérés est ensuite soustrait de l'assiette de l'indemnisation⁽²⁾.

3. Une unique rupture totale brutale. L'intérêt de la solution relative à la brutalité de la rupture est assurément dans la fusion que la cour opère entre la rupture partielle, le premier déréférencement de 23 magasins notifié en novembre, et la rupture totale notifiée en février. Selon la cour, « *ce déréférencement en deux temps, espacé d'à*

(1) V. par ex., CA Paris, 15 avr. 2021, n° 18/27963.

(2) V. *infra* n° 5.

peine trois mois en pleine période de négociation annuelle, traduit incontestablement de la part des sociétés Casino une intention de séquencer artificiellement la rupture pour en limiter la durée de préavis et accentuer la pression sur son fournisseur. Dans ces circonstances, la durée de préavis nécessaire pour la rupture de la relation commerciale nouée entre les parties doit être appréciée globalement ».

Une nouvelle fois, le pragmatisme de la cour appelle approbation. La justification est pour le moins convaincante. Son effet, c'est-à-dire cette « fusion » entre les deux ruptures pour mener une analyse globale, sans être inédite, est relativement rare⁽³⁾. Bien au contraire, la cour se montre le plus souvent rigoureuse pour clairement distinguer le préavis qu'appelle la rupture partielle, généralement plus bref que pour une rupture totale mais dont l'insuffisance sera indemnisée, certes à hauteur de la rupture partielle mais sur la base de l'entier chiffre d'affaires auparavant généré par la relation⁽⁴⁾, tandis que celui nécessité par la rupture totale subséquente est plus long mais l'assiette de l'indemnisation ne porte plus que sur le reliquat du chiffre d'affaires⁽⁵⁾. En l'espèce, le procédé bénéficie grandement au fournisseur puisque la cour a estimé que le préavis accompagnant le déréférencement total (relation avec 41 magasins restants) n'était pas ineffectif ; il n'aurait dû occasionner aucune indemnisation. Seule aurait dû être indemnisée la marge perdue durant le préavis du déréférencement partiel de 23 magasins (en l'occurrence ineffectif) et durant le moindre temps qu'appelle une rupture seulement partielle. En fusionnant les deux ruptures, la cour impose le maintien de l'ancien volume d'affaires (avec 63 magasins) durant l'entier temps attendu pour une rupture totale, en occultant la notification du déréférencement partiel. Concrètement, la solution autorise l'indemnisation du déréférencement partiel de 23 magasins non plus pendant le préavis attendu pour une rupture partielle mais durant les 16 mois de prévenance attendus pour une rupture totale.

4. Le temps de préavis opportun. Effectivement, une prévenance de 16 mois est jugée ici opportune. Cette relation n'appelle ni dépendance économique, ni exclusivité ni investissement spécifique. En revanche sa durée est litigieuse car le fournisseur estime que celle qu'il a directement nouée avec Casino, il y a 14 ans, n'est que la reprise de celle initialement établie par une des trois sociétés qu'il a absorbées. Il sera débouté dès lors que

les documents qu'il produit (courriers, attestation d'une ancienne salariée et le registre clients) sont jugés insuffisants à démontrer la volonté « commune » des parties de poursuivre une même relation, alors que telle est la condition qui serait exigée par la Cour de cassation. Le point pourrait être discuté, car cette condition ne paraît exigée que lorsque la continuité de la relation litigieuse intéresse deux véritables tiers, cédant et cessionnaire d'un fonds, le premier cédant son activité au second qui s'adresse aux mêmes partenaires que le cédant et poursuit ses relations. Tout du moins si telle est bien leur intention⁽⁶⁾. Lorsqu'il n'y a pas de véritable altérité entre les personnes⁽⁷⁾ ou entre les patrimoines (en raison de sa dévolution à l'issue d'une scission ou, comme en l'espèce, d'une fusion-absorption⁽⁸⁾), la condition d'une intention n'est pas nécessaire⁽⁹⁾. Elle est pourtant ici exigée, peut-être parce que le nouveau partenaire est issu de l'absorption de trois sociétés distinctes dont une seule était en lien avec Casino ? Toujours est-il que la relation est jugée bénéficier d'une ancienneté de 14 ans.

La cour évoque ensuite la progression « de son chiffre d'affaires [avec Casino...] de 3 % entre 2013 et 2018 » dans un secteur qui demeure « en forme malgré le numérique » puisqu'il n'a baissé, l'année de la rupture, que de 2,5 % par rapport à 2017. La relation représentait 30 % du chiffre d'affaires global du fournisseur. La cour détaille encore la saisonnalité du produit car les achats en carterie se concentrent entre décembre et janvier et la notoriété de Casino, qui détient « une part de marché significative dans la grande distribution », en l'occurrence 11,6 %. Ces différents facteurs autorisent l'évaluation d'un préavis porté à 16 mois.

5. L'indemnisation. Le préavis de 16 mois notifié et effectivement réalisé auprès du reliquat des 41 magasins toujours référencés n'est pas jugé ineffectif. Seul est donc fautif le déréférencement de 23 magasins sans aucun préavis effectif alors que 16 mois de prévenance auraient dû être respectés. La cour rappelle que l'indemnisation a pour référent la

(3) V. not. CA Paris, 18 nov. 2020, n° 18/22443.

(4) Le calcul est, lorsque les juges identifient le pourcentage de diminution du flux d'affaires occasionné par la rupture partielle : Préjudice = entier chiffre d'affaires antérieur à la rupture partielle mensualisé (moyenne des trois derniers chiffres d'affaires antérieurs/12) x pourcentage de diminution du chiffre d'affaires x nombre de mois défailants x taux de marge.

(5) Chiffre d'affaires résiduel réalisé depuis la rupture partielle mensualisé x nombre de mois défailants x taux de marge.

(6) Cass. com., 7 sept. 2022, n° 21-12.704 ; Cass. com., 10 févr. 2021, n° 19-15.369 ; CA Paris, 15 avr. 2022, n° 20/09669.

(7) Par exemple lorsqu'une personne physique se substitue une société qu'elle crée et dirige ; v. not. CA Paris, 21 nov. 2018, n° 16/03979 ; CA Paris, 12 janv. 2022, n° 20/03207 ; CA Paris, 12 avr. 2023, n° 21/02332.

(8) Certaines décisions se réfèrent ainsi aux « opérations emportant transfert automatique de droits et obligations au contractant ayant poursuivi la relation commerciale avec elle par suite d'opération de rachat, d'apport ou de fusion » (CA Paris, 26 juin 2020, n° 17/16437 ; Cass. com., 16 mars 2022, n° 20-19.490).

(9) Généralement, la cour d'appel opère une claire distinction des hypothèses ; v. not. CA Paris, 22 mars 2023, n° 21/01871 : « La poursuite de la relation par une personne distincte de celle qui l'a nouée initialement ne fait pas obstacle à sa stabilité en présence d'une transmission universelle de patrimoine et, à défaut, si des éléments démontrent que la commune intention des parties était de continuer la même relation ».

marge sur coûts variables, mais puisque le fournisseur fournit sa seule marge brute non contestée par Casino, les juges s'en tiennent à celle-là pour indemniser la différence entre 16 mois de marge escomptée au vu de celle anciennement réalisée auprès des 24 magasins dont le fournisseur fut partiellement déréférencé et celle effectivement réalisée durant les premiers mois consécutifs à ce déréférencement, soit une différence de 248 647 euros.

II. – Le déséquilibre significatif par le maintien des anciennes conditions contractuelles durant le préavis

6. Un contexte édifiant. Casino notifie la rupture en février 2019 avec un préavis de 16 mois et sans ne jamais s'être rapproché de son fournisseur pour négocier les nouvelles conditions commerciales. Pourquoi négocier une relation qui dépérit ? Le distributeur croit opportun de simplement affirmer le maintien de la relation aux conditions antérieures. Cela revient à imposer jusqu'en 2020 les conditions du contrat cadre conclu en 2018. Le fournisseur sollicite bien au contraire, par deux fois, des négociations afin que les conditions commerciales soient en adéquation avec la baisse du volume de chiffres d'affaires liée au déréférencement partiel. Ces protestations demeureront lettres mortes. Le silence de Casino conduit le fournisseur à finalement solliciter du juge le remboursement des sommes versées en 2019 au titre de ristournes et de services de coopération commerciale sur le fondement du déséquilibre significatif. Les éléments constitutifs d'un tel déséquilibre sont, en premier lieu, la soumission ou sa tentative et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif.

7. Le préavis ne dispense pas de négociations commerciales. L'élément de soumission ou sa tentative implique la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation. Pour admettre cette soumission, la cour devait écarter les prétentions de Casino, en premier lieu desquelles le fait que le maintien des anciennes conditions n'identifie pas un fait de soumission puisqu'il n'est que le strict respect de l'exigence légale de délivrer un préavis dont l'effectivité suppose l'exécution de la relation aux conditions antérieures. Le maintien des conditions antérieures serait ainsi un effet de la loi et non un fait de soumission.

L'argument ne convainc pas la cour qui pose le principe inverse. Elle rappelle effectivement que « l'octroi d'un préavis de rupture de la relation commerciale suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures (...). Or le maintien des conditions antérieures de la relation commerciale ne signifie pas que la relation commerciale pendant le préavis octroyé est figée suivant le dernier accord commercial. La poursuite de la relation commerciale doit conduire les partenaires pendant la période de préavis

devant courir au-delà de la période d'exécution du contrat-cadre à entrer en négociation annuelle en application des articles L. 441-6 et L. 441-7 du Code de commerce ». La cour en conclut qu'en « refusant toute négociation pour l'année 2019 et en imposant l'application de l'accord 2018 pour la durée d'un préavis de 16 mois, les sociétés [Casino] ont soumis [le fournisseur] à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens des dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ».

La claire affirmation de la nécessité d'entrer en négociations durant le préavis est à notre connaissance inédite. Jusque-là, la cour s'était contentée d'encourager le procédé en le sécurisant, c'est-à-dire en refusant que la signature d'une convention unique durant le préavis identifie une renonciation au principe de la dénonciation de la relation antérieure⁽¹⁰⁾. Mais elle n'avait pas affirmé cette nécessité.

Ce principe est naturellement bienvenu tant il aurait été incohérent que le préavis puisse être l'occasion d'enchaîner son partenaire au respect de conditions financières devenues désuètes au fil de l'exécution de longs préavis. Au-delà, cette exigence autorise une opportune transition avec la solution imposée par la nouvelle rédaction de l'article L. 442-1, II, qui s'applique aux ruptures intervenues depuis le 1^{er} avril 2023. En effet, depuis la loi EGalim 3⁽¹¹⁾, l'article précise encore que le préavis doit tenir compte « pour la détermination du prix applicable durant sa durée, des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties ». La loi impose désormais explicitement cette adaptation du prix. On regrettera simplement que l'exigence jurisprudentielle de nouvelles négociations commerciales durant le préavis pour les relations qui en relèvent n'ait pas été affirmée plus tôt car elle aurait peut-être permis l'économie de cette nouvelle précision au sein du texte, laquelle ne manquera de renouveler le contentieux à l'occasion de ruptures de relations non soumises aux négociations commerciales. Effectivement, le législateur semble une fois encore avoir oublié que les « relations commerciales » ne sont pas que celles de distribution et que la pratique prohibée ne se limite pas au seul « cadre de la négociation commerciale »⁽¹²⁾. Aussi, cette exigence d'adaptation du prix devrait-elle s'imposer à des situations qu'elle n'intéresse aucunement, tels les préavis de rupture de contrat de licence de marque, de

(10) CA Paris, 22 nov. 2023, n° 21/11932, jugeant que cet accord annuel réalisé dans le respect des exigences des articles L. 441-6 et suivants n'est qu'un « accessoire » du contrat entre les parties et non un nouveau contrat de distribution, alors que l'auteur de la rupture n'a jamais renoncé au principe de la résiliation notifiée.

(11) L. n° 2023-221, 30 mars 2023.

(12) Comp. C. com., art. L. 442-1, I, lequel vise « le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat ».

gérance-mandat ou de production audiovisuel⁽¹³⁾. Mais là où la loi ne distingue pas...

Toujours est-il qu'il importe peu désormais que la rupture soit intervenue avant ou après le 1^{er} avril 2023 pour que les parties se plient au calendrier des négociations commerciales. À défaut, le refus de négocier identifie une soumission et ouvre le contrôle des déséquilibres significatifs. Néanmoins, telle est ici la solution car la clause de prorogation stipulée au contrat ne s'appliquait pas au cas d'espèce.

8. L'efficacité d'une clause de prorogation ? Si le contrat devait prévoir sa prorogation durant le préavis, son maintien n'identifierait pas davantage un fait de soumission mais la simple application de la loi des parties. C'est au demeurant ce qu'invoquait encore Casino, qui se prévalait de la clause de durée pour estimer que le maintien de ses conditions tarifaires ne résultait pas d'une soumission opérée en 2019 mais bien au contraire d'un accord de volonté en 2018, puisque leur contrat prévoyait effectivement une clause emportant sa prorogation en deux situations distinctes. Mais, au terme d'une analyse littérale et pour le moins convaincante, la cour estime que le contexte ici litigieux se situe hors de son champ. En effet, la première hypothèse est hors sujet puisqu'elle vise seulement une prorogation durant la situation intermédiaire de négociations, du 1^{er} janvier à la date d'entrée en vigueur d'un nouvel accord se substituant alors au précédent. Or, ici, il n'y a pas eu de négociation durant cette période. La seconde hypothèse est celle de la « résiliation » de l'accord, celui-ci se prorogeant pour les besoins du préavis. Mais cette hypothèse n'est pas non plus celle de l'espèce puisque l'accord ne fut pas « résilié » : la notification de la rupture fut effectuée en 2019, soit en un temps où le contrat était déjà expiré⁽¹⁴⁾. Et si la rupture partielle fut notifiée en novembre 2018, soit avant cette expiration, encore aurait-il fallu que les parties soient entrées en négociation pour investir son champ car la rédaction de la clause prévoyait une prorogation en cas d'échec des négociations et en l'absence d'accord. Casino ayant refusé toute négociation, cette clause n'a pas pu emporter prorogation de l'accord.

Cette solution est l'occasion de souligner l'attention qu'il convient de prêter à la rédaction des clauses dont chaque mot importe lorsque les juges délaissent l'esprit pour s'attacher aux termes. Cela dit, il serait hâtif de conclure

qu'une clause mieux rédigée et susceptible de proroger le contrat dispense l'auteur de la rupture de nouvelles négociations annuelles durant le préavis. La prorogation valablement convenue permettrait au mieux d'écarter le grief de soumission et interdirait ce faisant de caractériser un déséquilibre significatif. Mais cette clause ne saurait contrarier l'affirmation ici clairement posée d'entrer en « négociation annuelle » durant le préavis. Rappelons en effet que la jurisprudence délaisse allégrement les stipulations contractuelles lorsqu'il s'agit d'apprécier la correcte délivrance du préavis de rupture, laquelle relève d'un texte d'ordre public⁽¹⁵⁾. Aussi semble-t-il vain de convenir de l'absence de nécessité d'entrer en négociation durant le préavis lorsque la cour d'appel de Paris pose le principe inverse, sauf à accepter le risque que ledit préavis soit jugé non effectif, à l'instar de toute prévenance ne respectant pas les exigences jurisprudentielles, tout en s'exposant à l'amende sanctionnant le manquement aux articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce.

9. L'indemnisation. Le déséquilibre s'identifie par une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties. Or, en l'espèce, les conditions commerciales (ristournes et coopération commerciales) de l'accord 2018 furent arrêtées sur la base d'un plan d'affaire de 2,2 millions d'euros. Elles furent ensuite imposées à l'identique par Casino durant les 16 mois de préavis devant courir entre 2019-2020, alors même que le chiffre d'affaires prévisionnel était « *moitié moins de l'année précédente* » en raison notamment du déréférencement partiel, mais encore du « *ralentissement inévitable de l'activité dans la perspective d'un arrêt total des relations* ». Dès lors, la cour n'a aucun mal à engager la responsabilité des sociétés Casino et à les condamner *in solidum* à payer 131 864 d'euros au titre des ristournes maintenues en 2019, 277 170 d'euros au titre des services de coopération commerciale non convenus en 2019, et 30 000 d'euros à titre de dommages-intérêts.

III. – Les avantages sans contrepartie

10. De nombreux avantages mais peu de contreparties.

Le contentieux qui oppose le fournisseur au grand distributeur est finalement l'occasion de remettre en cause les nombreux services et ristournes facturés dès avant même les ruptures et dont le fournisseur peine à se convaincre de la réalité ou de la proportionnalité du montant. Ils seront passés au crible de l'article L. 442-6, I, 1^o ancien du Code de commerce, lequel prévoyait la responsabilité de celui qui obtient ou tente d'obtenir « *un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial* »

(13) Puisqu'il s'agit là de « relations commerciales » : pour la licence de marque, v. not. CA Paris, 1^{er} févr. 2019, n° 17/00578 ; pour la gérance-mandat, v. not. Cass. com., 2 oct. 2019, n° 18-15.676 ; pour le contrat de production audiovisuel, v. not. CA Paris, 16 juin 2023, n° 21/19914.

(14) La cour précise opportunément que le jeu de la clause suppose « *que ledit accord cadre soit en cours d'exécution au moment de sa résiliation* », laquelle ne peut donc intervenir que durant sa période d'application, soit entre « *1^{er} janvier-31 décembre 2018* ».

(15) V. nos obs. Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?, RLC 2013/37, n° 2435.

effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ».

Selon la cour d'appel, il revient à Casino d'établir la réalité des services facturés, c'est-à-dire de l'avantage particulier qu'il emporte pour le fournisseur en stimulant la revente de ses produits et allant au-delà des simples obligations résultant des opérations d'achat-vente. Le distributeur y parvient pour certains. Tel est le cas, par exemple, des services de « mise en avant de fin d'année », en raison de valorisations spécifiques notamment par la mise en place de présentoirs de tailles et de formes différentes. Bien que ce service, à l'instar des autres, soit facturé au prorata du chiffre d'affaires du fournisseur (en l'occurrence 10 %, soit 152 374 d'euros par an) et non par rapport à son importance, la disproportion de ce montant doit, quant à elle, être établie par le fournisseur qui défaille. Il convient de souligner que pour les services dont la réalité est admise, la disproportion au regard de la valeur du service rendu est systématiquement rejetée sans guère de motivation, si ce n'est pour le service de « développement objets cadeaux », service qui fut jugé avéré pour l'exercice 2017 – contrairement aux années antérieures – et sans que le fournisseur ne convainque de la disproportion du montant de 47 747,36 d'euros (3 % de son chiffre d'affaires) pour des opérations relatives à des « bougies prénoms » et « bracelets prénoms », car la disproportion « ne peut résulter du seul chiffre d'affaires réalisé sur ces produits ».

En revanche, les nombreuses facturations au titre de 12 services ou les règlements de ristournes y afférentes identifient des avantages sans contrepartie sur trois motivations distinctes. Les premiers car Casino défaille lors de cette première étape, en n'apportant aucune preuve de la réalité du service pourtant facturé. Tel est le cas des services de « mise en avant spécifique », pourtant facturés à hauteur de 10 % du chiffre d'affaires du fournisseur, soit 158 257 d'euros. L'analyse est minutieuse et certains services sont jugés identifier une contrepartie à leur facturation lors de certains exercices et non sur d'autres. Pour les deuxièmes, l'absence de contrepartie résulte d'un doublon entre les services facturés : ceux litigieux recoupent d'autres prestations pourtant également facturées, tel le service « Trade et opérations spécifique » facturé à hauteur de 11,00 % (174 084,76 d'euros) alors qu'il ne se distingue pas du service « Multi-implantation et/ou emplacement privilégié ». Pour les troisièmes, la facturation est jugée sans contrepartie car le prétendu service ne se distingue pas de l'opération achat-vente et appelle à ce titre de plus amples observations.

11. Le référencement n'est pas une contrepartie. À l'issue de la confrontation des moyens des parties sur un service de « référencement assortiment permanent » pour 2016 et 2017, la cour constate que les explications et les pièces produites par Casino ne permettent d'appréhender ni la consistance exacte de ce service, « ni en quoi il se distingue du simple référencement des produits », ni de

son ampleur dans la variété de gammes justifiant une rémunération spécifique. Dans ces conditions, Casino « ne justifie pas avoir accompli un service détachable de l'opération d'achat-vente » en contrepartie de la somme versée par le fournisseur au titre de la rubrique « référencement assortiment permanent ».

La solution se retrouve incidemment encore à l'occasion des débats sur le service de « mise en marché » pour 2018 et qui conduisent la cour à estimer, au vu des pièces produites par Casino, que cette dernière ne justifie pas de « l'exécution d'une prestation autre que du référencement de deux produits [du fournisseur] ce qui fait partie de l'opération d'achat-vente ». En l'absence de preuve d'un autre service spécifique à la « mise en marché » au titre de l'année 2018 en contrepartie de la somme versée à ce titre, l'avantage est dépourvu de contrepartie.

Même chose lors de l'examen par la cour d'appel du bien-fondé de la « ristourne de "gamme" » pour 2018. Ici encore et aux yeux de la cour, « la ristourne dite de "gamme" libellée ZRB3 n'a fait l'objet ni d'une facture détaillée ni d'un contrat d'application permettant d'en apprécier le contenu, les modalités d'application et en particulier l'ampleur des gammes de produits (...) concernés. Si [Casino] explique que l'objectif de cette ristourne était de permettre une gamme de référence des produits [du fournisseur] "des plus élargies", force est de constater qu'elle se limite à produire les cadenciers 2018 sans aucune analyse mettant en évidence l'optimisation des produits [du fournisseur] et un service distinct du simple référencement des produits. Dans ces conditions, [Casino] ne justifie pas avoir accompli une prestation détachable de l'opération d'achat-vente en contrepartie de la ristourne obtenue [du fournisseur] en 2018 ».

12. La fin des interrogations. La question du caractère monnayable de certains versements auprès de centrales de la grande distribution refait ici surface⁽⁶⁾. En des problématiques voisines au plan des contreparties, certaines décisions ont entretenu l'incertitude et suggéraient quelques rendez-vous sur des interrogations plus fondamentales⁽⁷⁾. Rien de tel ici et la motivation de l'arrêt se révèle riche, pratique et claire pour les praticiens à propos de l'une des composantes essentielles de cette préoccupation. Il ressort de l'analyse ici menée par la cour d'appel sur certains services de centrales que le référencement en tant que tel et en toutes circonstances, à commencer par celle où il est le fait d'une entité dédiée à cette tâche

(16) À rapp. CA Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, De certains versements Centrales en Grande distribution : vers un renouveau du débat sur leur caractère monnayable ?, Lettre distrib. nov. 2023, nos obs.

(17) V. par ex. CA Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, Lettre distrib. déc. 2023 ; Avantages abusifs : À avantage « quelconque » contrepartie « quelconque » ? (de quelques brèves réflexions sur la relation entre raison et contrepartie), RLC 2024/134, n° 4575, nos obs.

au sein d'un groupe de distribution dans lequel d'autres entités achètent et revendent les produits du fournisseur, ne peut se monnayer. Sans aller jusqu'à la dire avilie, la tâche de référencement est donc banalisée, parce qu'en réalité inhérente à la relation d'achat-vente observée et dont elle n'est pas un « *service détachable* ». Peu importe qu'elle soit désignée comme un « *service* », ou les bavardages qui l'accompagnent parfois dans les conventions qui la prévoient. Il conviendra de se demander, en quoi tels ou tels services – peu importants leurs intitulés – pour lesquels il a été consenti un « *avantage* », sont-ils (si) distinct du « *simple référencement* » ? À l'issue d'une analyse *in concreto* et comme cela ressort de cet arrêt, la requalification menace ainsi en outre des « *services* » ou « *contreparties* » aux intitulés différenciants tels « *mise en marché* » ou « *ristourne de gamme* ». Par conséquent et sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1^o ancien du Code de commerce (et *mutatis mutandis* sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 1^o), la vigilance s'impose au plan de la négociabilité à titre onéreux de certaines

prestations de référencement et ses déclinaisons, même déguisées en autre chose. Il en ira de même lorsqu'il sera question d'examiner des contreparties en matière de déséquilibre significatif sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2^o (devenu l'article L. 442-1, I, 2^o du Code de commerce)⁽¹⁸⁾, même si la convergence dans l'analyse menée au visa des 1^o et 2^o de l'article L. 442-6, I, 1^o ancien du Code de commerce peut parfois se révéler aléatoire⁽¹⁹⁾.

13. Épilogue. Au total, les sociétés Casino seront condamnées *in solidum* à la restitution des sommes, soit un montant cumulé de 1 538 748 d'euros.

Enfin, en application de l'article L. 442-6, III ancien du Code de commerce, la cour ordonne la publication durant trois jours sur le site internet www.groupe-casino.fr en première page de ce site sous la rubrique « Actualités » avec un intitulé visible « COMMUNICATION JUDICIAIRE », d'un résumé de cette condamnation pour pratiques restrictives de concurrence. ■

(18) À rapp. Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, Lettre distrib. févr. 2017, N. Eréséo ; CA Paris, 1^{er} 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. CA Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, préc.