

N° 1-2024

Négociations abusives : La cour d'appel de Paris juge que le simple référencement des produits d'un fournisseur par la centrale de référencement d'un groupe de distribution ne constitue pas un service détachable de l'opération d'achat-vente et condamne le distributeur à restituer au fournisseur les avantages financiers perçus à ce titre (*FG Diffusion / Achat Marchandises Casino ; Distribution Casino France*)

DISTRIBUTION, FRANCE, CHARGE DE LA PREUVE, ACCORD DE DISTRIBUTION, PRIX, RÉDUCTIONS, TOUS SECTEURS D'ACTIVITÉ, ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE, ORDRE PUBLIC, NULLITÉ / CADUCITÉ, PRIX ABUSIFS, PUISSANCE D'ACHAT, CENTRALE D'ACHAT, DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

CA Paris, 29 nov. 2023, RG n° 22/03166, FG Diffusion c/ Achats Marchandises Casino ; Distribution Casino France
Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la *Lettre de la distribution* publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

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

Concurrences N° 1-2024 | Alerts | Distribution

Faits. Pour l'exposé des faits, nous renverrons aux observations de C. Mouly-Guillemaud (v. *supra*, Focus).

Problème. L'arrêt aborde de nombreux sujets que les observateurs des négociations commerciales ne sauraient négliger, tant les enseignements qu'il recèle apparaissent utiles au plan pratique pour l'accompagnement de leurs interlocuteurs, tant dans le cadre des négociations commerciales que des contentieux actuels ou à venir. Un véritable festival d'informations. On se concentrera, pour notre part (*adde. supra*, C. Mouly) sur la réponse à l'une des principales questions, fréquente en pratique et qui peut donner lieu à des réponses parfois hésitantes ou frileuses. A savoir celle du caractère monnayable ou non, au regard de l'article L. 442-6 I 1°, de la tâche de référencement à l'occasion de la relation commerciale mettant en présence un fournisseur et un acteur de la grande distribution.

Solution. A 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 la centrale de référencement du Groupe Casino (AMC) ne permettent d'appréhender ni la consistance exacte de ce service, « *ni en quoi il se distingue du simple référencement des produits FG Diffusion* », ni de son ampleur dans la variété de gammes justifiant une rémunération spécifique. Dans ces conditions, AMC « *ne justifie pas avoir accompli un service détachable de l'opération d'achat-vente en contrepartie de la somme versée par la société FG Diffusion 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 AMC, que cette dernière ne justifie pas de « l'exécution d'une prestation autre que du référencement de deux produits de la société FG Diffusion ce qui fait partie de l'opération d'achat-vente », et qu'AMC « ne démontre pas avoir réalisé un service spécifique à la "mise en marché" au titre de l'année 2018 en contrepartie de la somme versée à ce titre par la société FG Diffusion ». Même chose lors de l'examen par la Cour d'appel du bien-fondé de la « 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 de la société FG Diffusion concernés. Si la société AMC explique que l'objectif de cette ristourne était de permettre une gamme de référence des produits FG Diffusion "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 de la société FG Diffusion et un service distinct du simple référencement des produits". Dans ces conditions, la société AMC ne justifie pas avoir accompli une prestation détachable de l'opération d'achat-vente en contrepartie de la ristourne obtenue de la société FG Diffusion en 2018 ».

Observations. L'arrêt permet, entre autres, de revenir sur une question tant de fois posée : le référencement en tant que tel et en toutes circonstances, à commencer par celle où il est le fait d'une entité au demeurant souvent dédiée à cette tâche au sein d'un groupe de distribution dans lequel d'autres entités achètent et revendent les produits du fournisseur, peut-il se monnayer ? Nous nous penchions d'ailleurs récemment sur cette question du caractère monnayable de certains versements auprès de Centrales de la grande distribution, alors intrigué que nous étions à la lecture d'un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris (Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, Lettre distrib. 11/2023, *nos obs.*). Riche, pratique et clair : indépendamment des solutions apportées en l'espèce, tels sont de notre point de vue les caractères de l'arrêt sous commentaire. Tel n'est pourtant pas nécessairement toujours notre sentiment, davantage réservé sur d'autres arrêts traitant de problématiques voisines et convoquant quelques rendez-vous sur des interrogations plus fondamentales (ex. Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, Lettre distrib. 12/2023 et RLC 2024/134, n° 4575, *nos obs.*). Mais rien de tel ici. A la lecture de l'analyse menée par la Cour d'appel sur certains services de centrales et de leur caractère monnayable, est-il encore besoin d'épiloguer ? En quoi de tels services, peu importe leur dénomination et pour lequel il a été consenti à un « avantage », sont-ils (si) distincts du « simple référencement » ? 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 alors sa désignation comme un « service » ou les bavardages qui l'accompagnent parfois dans les conventions qui la prévoient. De tout ceci et à l'issue d'une analyse *in concreto* et comme cela ressort de cet arrêt, il convient de retenir que la requalification menace alors aussi des « services » ou « contreparties » aux intitulés différenciant tels « mise en marché » ou « ristourne de gamme ». Dès lors et sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 I 1° du Code de commerce (et *mutadis mutandis* sur le fondement de l'article L. 442-1 I 1°), 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. L'observation vaut encore nous semble-t-il, lorsqu'il est question d'examiner des contreparties en matière de déséquilibre significatif sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 I 2° (devenu art. L. 442-1 I 2° ; à *rappr.* Com., 25 janv. 2017, n° 15-23547 : Lettre distrib. 02/2017, N. Eréséo ; Paris, 1er juill. 2015, n° 13/19251 : Lettre distrib. 07-08/2015, *nos obs.* ; T. Com. Paris, 24 sept. 2013 : Lettre distrib. 11/2013 ; Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, Lettre distrib. 07-08/2019, S. Chaudouet. ; Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, RLC 3425, juillet-août 2018, n° 74, p. 16 et s, *nos obs.*), même si la convergence dans l'analyse menée au visa des 1° et 2° de l'article L. 442-6 I s'avère parfois aléatoire (cf. Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, *préc.*). En pleine période de négociation commerciale, même si certaines se terminent déjà en ce milieu du mois de janvier 2024 ou se clôt à la fin de ce mois à raison du dispositif exceptionnel pour 2024 prévu par la loi n° 2023-1041 du 17 novembre 2023 (Lettre distrib. 02/2017, N. Eréséo), tel sera – sans plus – l'éclairage que nous souhaitons donner sur l'un des principaux apports de l'arrêt sur cette problématique récurrente, sans amoindrir bien entendu l'intérêt des autres sujets qu'il aborde.